

ANNO LVI - N. 2

APRILE-GIUGNO 2004

RASSEGNA
AVVOCATURA
DELLO STATO

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE DI SERVIZIO

ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO
ROMA 2004

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 – Maria Vittoria Lumetti – Antonio Palatiello – Giovanni Paolo Polizzi – Mario Antonio Scino – Tito Varrone*.

HANNO COLLABORATO INOLTRE AL PRESENTE NUMERO: *Massimo Bachetti – Luciano Bologna – Fausto Capelli – Ignazio Francesco Caramazza – Lorenza Carlassare – Francesco Paolo Casavola – Nicola Cirillo – Maria Rosaria Fumarola – Francesco Galgano – Marco Natoli – Glauco Nori – Giancarlo Pampanelli – Martina Sinisi*.

SEGRETERIA DI REDAZIONE: *Francesca Pioppi*.

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

ABBONAMENTI ANNO 2004

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

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

Per abbonamenti e acquisti rivolgersi a:

ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO S.p.A.

Funzione Editoria

P.zza Verdi, 10 – 00198 Roma

Tel. 0685082207 – 0685084124

Fax 0685084117

E-mail: venditeperiodici@ipzs.it

c/c postale n. 387001

Stampato in Italia – Printed in Italy

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

(P401024/1) Roma, 2004 — Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A. – S.

INDICE – SOMMARIO

TEMI ISTITUZIONALI

<i>Tecniche normative, orientamenti interpretativi e contenzioso</i> (interventi dal seminario svoltosi il 5 marzo 2004 presso l'Avvocatura Generale dello Stato)	Pag.	449
<i>Interventi di:</i>		
Francesco Paolo Casavola	»	449
Glaucio Nori	»	453
Francesco Galgano	»	464
Lorenza Carlassare	»	473

IL CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

<i>L'accordo raggiunto dai 25 Stati membri sul testo della «Costituzione europea» rappresenta un grande successo</i> , di Fausto Capelli	»	485
1. — <i>Le decisioni:</i>		
<i>Sulla nozione di agente commerciale</i> , sez. 1 ^a , ord. 10 febbraio 2004, C-85/03, di Oscar Fiumara	»	488
2. — <i>I giudizi in corso alla Corte di Giustizia CE</i>	»	491

IL CONTENZIOSO NAZIONALE

Ignazio Francesco Caramazza, <i>Limiti all'irresponsabilità del Presidente della Repubblica</i> (Corte Cost., sent. 24-26 maggio 2004 n. 154)	»	547
Oscar Fiumara, <i>La nuova disciplina del falso in bilancio al vaglio della Corte Costituzionale</i> (Corte Cost., sent. 26 maggio-1 giugno 2004 n. 161 e ord. pari data n. 165)	»	561
Giuseppe Fiengo, <i>La via amministrativa sul condono edilizio</i> (Corte Cost., sentt. 28 giugno 2004 nn. 196, 197, 198, 199)	»	572
Massimo Bachetti, Martina Sinisi, <i>Omesso avviso al difensore nel giudizio di cassazione penale. Mancanza di strumenti di tutela</i> . (Cassaz., ord. 27 luglio 2000)	»	603
Antonio Palatiello, <i>«legge Pinto» e controversie tributarie</i> (Cassaz., sez. 1 ^a , sent. 17 giugno 2004 n. 11350)	»	614
Giancarlo Pampanelli, <i>In tema di annullamento dell'aggiudicazione: riflessi sul contratto d'appalto stipulato per la realizzazione di opera pubblica e tutela risarcitoria</i> (C.d.S., sez. 4 ^a , sent. 27 ottobre 2003 n. 6666)	»	618
Maria Vittoria Lumetti, <i>Atto meramente confermativo e impugnativa</i> (T.A.R. Toscana, Firenze, sez. 1 ^a , ord. Cam. Cons. 4 febbraio 2004 n. 165)	»	630
Maria Vittoria Lumetti, <i>Impugnazione della Conferenza dei Servizi e legittimazione ad agire</i> (T.A.R. Toscana, Firenze, sez. 1 ^a , ord. 20 aprile 2004 n. 456)	»	635

I PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO	»	641
--	---	-----

CONTRIBUTI DI DOTTRINA

Nicola Cirillo, <i>Il diritto di accesso e l'attività di diritto privato della pubblica amministrazione</i>	»	675
Maria Rosaria Fumarola, <i>Inquinamento elettromagnetico da elettrodotti</i>	»	685
Marco Natoli, <i>Ambiti di operatività della discrezionalità amministrativa e di quella tecnica alla luce dell'informatizzazione dell'attività amministrativa</i>	»	712

RECENSIONE

Giuseppe De Marzo, Roberto Tomei (a cura di) <i>Il rapporto di lavoro alle dipendenze degli enti locali</i> . Recensione di LUCIANO BOLOGNA	»	731
---	---	-----

INDICI SISTEMATICI	»	733
------------------------------	---	-----

TEMI ISTITUZIONALI

Tecniche normative, orientamenti interpretativi e contenzioso

Dal seminario di studio svoltosi a Roma, in data 5 marzo 2004, presso l'Avvocatura Generale dello Stato.

ALCUNI INTERVENTI

Prof. Francesco Paolo Casavola;

Avv. Glauco Nori - Vice Avvocato Generale dello Stato;

Prof. Francesco Galgano;

Prof. Lorenza Carlassare - Ordinario di diritto costituzionale all'Università di Padova.

Francesco Paolo Casavola. Introduzione.

Per muovere da un punto di vista adeguato al nostro tema può giovare la separazione dei tre segmenti:

- a) le tecniche normative;
- b) l'interpretazione;
- c) il contenzioso.

Le tecniche normative dovrebbero produrre un enunciato il più possibile inequivoco, e quindi strutturato in sintagmi e lessico corrispondenti alla lingua d'uso nella comunità dei parlanti e non a quella speciale e gergale degli uomini di legge. Il *target*, come si direbbe oggi, della legge sono i cittadini, non i giudici, gli avvocati, l'amministrazione. Il modulo comunicativo così scelto può evitare quella traduzione in lingua comune cui allude il brocardo *in claris non fit interpretatio*.

In secondo luogo il testo normativo dovrebbe essere illuminato dalla *ratio legis*, cioè dalla dichiarazione del fine che il legislatore vuole raggiungere. Questa clausola è presente ad esempio nelle leggi francesi, non nelle nostre. La sua assenza rende insicura e alla fine irrilevante la ricerca delle intenzioni del legislatore.

Lo storico sa che nel Codice Teodosiano le leggi generali avevano un dispositivo essenziale, preceduto da una prolissa esposizione delle cause e dei fini che avevano spinto il legislatore ad intervenire.

In terzo luogo la norma dovrebbe stabilire la sua portata di sistema rispetto ad altre norme, che ne sono alterate od abrogate (anche l'abrogazione è dichiarata nelle leggi francesi) o rispetto a principi dell'ordinamento.

Quanto al contenuto della disposizione, va da sé che la fattispecie descritta deve avere la conclusività di una ipotesi tassativa, non la esemplarità di un paradigma perché in quest'ultimo caso viene sollecitata un'attività di interpretazione estensiva o analogica tale da fare dell'interprete un colegislatore.

Specie nel diritto penale dove la tassatività della fattispecie incriminatrice dovrebbe essere inderogabile, a tutela della libertà del cittadino, le norme in bianco come abuso di potere, violenza privata e simili scaricano sull'interprete compiti non assolti dal legislatore.

La certezza del significato della legge tuttavia non basta a realizzare la certezza del diritto.

La esperienza storica romana insegna che anche quando per ottenere la certezza della legge si mutò l'intero contesto istituzionale sostituendo il regime monarchico, nel quale la legge era mero comando del sovrano e cioè arbitrio, con la repubblica, in cui la legge è volontà del popolo, *propter disputationem fori* nacque l'*interpretatio* cioè la scienza giuridica per l'applicazione giudiziale della legge. È in questa attività interpretativa che consiste il *ius civile*. Non dissimilmente oggi chiamiamo diritto vivente quello consolidato in interpretazioni costanti delle più alte giurisdizioni rispetto ad enunciati legislativi, nella loro astrattezza ed elementarità impari a regolare complessità e variabilità dei casi concreti. Già da questa prima relazione tra legge e interpretazione della legge può intendersi la natura di un diritto storico. Per il diritto romano e fino alle codificazioni per quello europeo la maggior fonte formale e materiale del diritto è stata la scienza giuridica. Questo è il diritto giurisprudenziale nel senso proprio e originario di diritto dei giuristi (*Juristenrecht*).

Per il *common law* costituito dalle decisioni giudiziali (il *judge made law*) l'attività interpretativa si esercita sul *corpus* dei precedenti più che su un enunciato legislativo.

La legge in questi sistemi ha una funzione marginale rispetto ai giuristi nell'uno e ai giudici nell'altro. Per il diritto romano è nota la definizione di Schulz: «il popolo del diritto non è il popolo della legge».

E tuttavia valutiamo gli esiti di questi diritti storici. Il diritto romano costruito dai giuristi come diritto casistico divenne diritto controverso. Si dovettero stabilire regole per applicare tra le plurime e opposte opinioni dei giuristi quelle della maggioranza concorde. E quando la giurisprudenza scomparve, lasciando l'immensa biblioteca delle sue opere, si dovette con la legge delle citazioni stabilire che di soli cinque tra circa un centinaio di autori si potessero leggere in tribunale i testi (Gaio, Papiniano, Paolo, Ulpiano, Modestino) e che tra i cinque prevalesse l'opinione parteggiata da Papiniano. E non a caso quella regola fu detta del Tribunale dei morti. Tribunale, perché la *recitatio codicum* ad opera delle parti o dei loro avvocati teneva luogo della interpretazione giudiziale, dei morti, perché quei giuristi non erano che rappresentanti di una corporazione professionale estinta.

Eppure anche quel diritto giurisprudenziale ebbe un approdo imprevedibile. Malgrado la raffinatezza scientifica della logica dei giuristi le cui opere soltanto erano considerate *ius*, al plurale *iura*, crebbe la loro polarità antagonista con la *lex*, o al plurale *leges*. E non tanto per la posizione sovrana del legislatore rispetto alla posizione privata dei giuristi, quanto per lo spostamento del valore della certezza dal controversismo casuistico della scienza alla univocità del comando della legge astratta. La tendenza fu non alla sostituzione della fonte legislativa a quella giurisprudenza ma quella alla codificazione di *leges* e *iura* e a fare del sovrano il solo legislatore e il solo interprete per la cui bocca parlavano ancora gli antichi giuristi.

È significativo che nella tradizione europea *ius* e *lex* divennero sinonimi e i frammenti delle opere dei giuristi venivano citati come *lex*, sottintendendo legge imperiale. In questo composito diritto, legislativo e giurisprudenziale insieme, si esercitò l'*interpretatio* dei giuristi del diritto comune. E anche per questi, quando la mole delle *opiniones doctorum* oscurò la certezza del diritto applicabile, intervenne la interpretazione del sovrano con il *referé legislatif* finché non si ricorse alle codificazioni moderne.

Con il Codice Napoleone si pretese di stringere in articoli leggi dettate dalla ragione più che dalla storia. Ma il Codice ebbe bisogno di attività di interpretazione che recuperarono il diritto romano e quello consuetudinario francese facendo rivivere la ineliminabile complementarietà di legislatore e giudice. Si può dire semmai che con le codificazioni il ruolo della scienza si è nascosto dietro quello della giurisdizione. Legislazione, dottrina e giurisprudenza, quest'ultima nell'accezione moderna equivalente a giurisdizione, caratterizzano la produzione del diritto negli ordinamenti contemporanei di *civil law*. Per il *common law* deve dirsi che accanto al *judge made law* della tradizione anglo-sassone, cresce lo *statute law* della esperienza anglo-americana. Se osserviamo le dimensioni quantitative, la pur imponente produzione legislativa, specie in Italia, è soverchiata dalla massa crescente delle decisioni giudiziali. Sicché si potrebbe affermare che siamo di nuovo dinanzi ad un ciclo storico di dominanza di un diritto giurisprudenziale, rispetto ad un diritto che con le codificazioni sembrava dover essere essenzialmente se non soltanto diritto legiferato (uno dei giuristi padri del Codice Napoleone usava dire *Je n'enseigne pas droit civil, je enseigne code civil*). La causa della crescita del diritto giurisprudenziale rispetto al diritto legiferato è la crescita del contenzioso. E come nei sistemi storici di *Juristenrecht* il diritto controverso nasceva dalle opposte opinioni scientifiche, così nei sistemi contemporanei l'interpretazione dei giudici dà luogo a opposti orientamenti giurisprudenziali. Per rincorrere la regola da applicare nei sempre più mutevoli casi concreti non basta la prescrizione astratta e generale della legge. La *regula iuris* sembra voler nascere più *ex facto* che non dalla legge. E secondo un intramontabile principio ermeneutico romano, *factum* è *infinitem* mentre il *ius finire potest et debet*. Il diritto deve essere ancorato alla certezza e perciò definito. Da qui nasce la contesa tra legislatore e giudice. Del giudice il legislatore teme la interpretazione creativa che condurrebbe al diritto libero, fondato sull'equità non sulla volontà legislativa.

Quando però si afferma, come nella nostra Costituzione, che il giudice è soggetto soltanto alla legge, non si deve intendere che il potere giudiziario è sottoposto al potere legislativo, come purtroppo nello spirito polemico recente cui la contesa tra legge e giurisdizione si è degradata, si lascia intendere.

Il giudice non può che interpretare la legge, questo e soltanto questo è il significato dell'art. 101 cat. co. 2° della Costituzione.

Perché la sovrabbondanza e la eterogeneità delle interpretazioni giudiziali non cancelli il bene della certezza del diritto, è attribuita al vertice della giurisdizione di legittimità una funzione nomofilattica, di custodia del diritto, inteso come armonia di volontà legislativa e di applicazione interpretativa.

Ma che dire quando nello stesso esercizio della funzione nomofilattica si registrino variazioni di orientamenti o di più orientamenti interpretativi opposti?

Che dire quando i giudici sottordinati non si uniformano alla giurisprudenza delle Corti superiori?

I dati di tensione e di disturbo del sistema sono molteplici. Possono però esserne individuati quelli riconducibili alle cause quantitative. Un eccesso di legiferazione a carattere regolamentare rende incoerente e talora irricognoscibile il sistema logico della produzione legislativa. La accentuata politicità compromissoria e congiunturale dell'intervento legislativo produce contenzioso. E il giudice dubita dell'arbitrio del legislativo non meno di quanto il potere legislativo non dubiti dell'arbitrio del giudice. In sistemi di costituzione rigida cresce la richiesta dei giudici di merito di valutazioni di costituzionalità da parte del giudice delle leggi.

Il che significa che il comando legislativo anziché essere obbedito è assoggettato a verificare della sua legittimità costituzionale.

È significativo che malgrado la Corte Costituzionale con le sentenze interpretative di rigetto proponga una interpretazione adeguatrice delle leggi alla Costituzione per salvarle dalla pronuncia di incostituzionalità, i giudici di merito tendono ad evitare questa rotta di non collisione con il dettato legislativo. D'altra parte la interpretazione adeguatrice spontanea dei giudici comuni può condurre e conduce a interpretazioni assai lontane dalla volontà e dai fini del legislatore e spesso lo stesso diritto vivente elaborato dalla Corte di Cassazione e dal Consiglio di Stato non solo rivela scostamenti dalla legge interpretata, ma è difforme tra una giurisdizione e l'altra, come è accaduto a proposito della decisione della Corte Costituzionale che ha fatto cadere il principio della inescusabilità della ignoranza della legge penale.

Occorrerebbe da un canto contenere la produzione legislativa, dall'altro rendere più omogenei gli orientamenti giurisprudenziali, più limitata e prudente la enunciazione di principi di diritto, scopo cui non giova il metodo della massimazione oggi oltremodo agevolato e distorto dalle tecnologie informatiche. È opportuno inoltre che non si enfatizzi la preoccupazione di una gerarchizzazione delle attività interpretative della giurisdizione.

La coerenza del diritto applicato è un bene indeclinabile della vita ordinata della comunità. I giudici, se sono soggetti alla legge nel senso che s'è detto, sono interpreti anche del sistema di valori condivisi su cui la comunità si regge. Se questa coerenza fosse costantemente o molto frequentemente smentita, la comunità stessa perderebbe ogni fiducia e nella legge e nella giurisdizione.

Glauco Nori. *Il perché del seminario.*

Per una visione complessiva del contenzioso attuale l'Avvocatura dello Stato si trova in una situazione favorevole, da un lato, ma scomoda, dall'altro.

La posizione è favorevole perché l'Avvocatura è, se non la sola, una delle pochissime istituzioni con un orizzonte a trecentosessanta gradi, compreso il settore privato, che è investito, più spesso di quanto non si possa credere, dalla sua attività, anche consultiva.

L'orizzonte ampio, dentro il quale opera, gli consente di individuare le linee di coerenza dell'ordinamento, quando ci sono, e le incoerenze e le disarticolazioni sia nelle norme stesse che nei criteri secondo i quali vengono applicate.

Avendo sotto gli occhi gli effetti finali che le norme producono, per applicazione spontanea o a seguito dell'intervento del giudice, l'Avvocatura dello Stato è in grado di cogliere lo stato complessivo dell'ordinamento.

L'ampiezza dell'orizzonte non solo consente, ma stimola anche a riflettere sulle ragioni delle controversie, sulle loro connessioni oltre che sulla loro utilità pratica finale.

Il fatto, poi, che l'Avvocatura dello Stato intervenga per la tutela di interessi generali, non sempre di natura economica, riduce gli ostacoli a valutazioni neutrali, non condizionate dal solo interesse del soggetto in favore del quale opera.

La posizione dell'Avvocatura dello Stato è, peraltro, anche scomoda.

La sua attività è svolta o per lo Stato o, in genere, per pubbliche amministrazioni che da tempo si trovano in condizioni di inefficienza, alla quale si tenta di rimediare con risultati che, nella migliore delle ipotesi, richiedono tempo per essere apprezzabili.

I corpi giurisdizionali davanti ai quali esercita la difesa lamentano inefficienze a loro volta. Gli effetti più visibili di queste inefficienze, e non i soli, sono il rallentamento e l'aumento dei procedimenti contenziosi.

Nei giudizi ha come contraddittori cittadini che dello Stato hanno, più spesso di quanto si possa pensare, una nozione assistenziale, sulla quale si fondano aspettative di tutela di tutti gli interessi personali.

L'effetto è una moltiplicazione dei procedimenti amministrativi e giurisdizionali che finisce con l'aggravare la posizione dell'Amministrazione, già precaria.

Posta all'interno di questo triangolo di forze, l'Avvocatura dello Stato vede cumularsi su di sé le difficoltà che provengono da ciascuno dei vertici, diventando il centro di convergenza, senza possibilità di difesa, di tutte le spinte contrastanti.

Il numero delle cause dipende dalla iniziativa dei singoli o delle amministrazioni pubbliche, a loro volta condizionate dal moltiplicarsi delle leggi.

I giudizi vengono trattati secondo le esigenze organizzative dei giudici competenti, che ne fissano i tempi secondo le proprie possibilità operative.

La quantità di lavoro ed i tempi di trattazione sono, pertanto, subiti dall'Avvocatura dello Stato che al suo interno, in quanto parte dell'organizza-

zione statale, ha anche essa problemi di efficienza, aggravati dal fatto che la sua struttura, per le ragioni appena rilevate, è sottoposta a sollecitazioni esterne, ormai sproporzionate alle sue capacità operative.

La scomodità della sua posizione ha come effetto parzialmente positivo lo stimolo ulteriore a riflettere sul moltiplicarsi del contenzioso.

Sono queste le ragioni per le quali è stato ritenuto utile questo seminario.

Ci si è domandati se per caso una parte del contenzioso non sia provocata dal modo in cui le norme vengono redatte, dalla formazione culturale dei giudici chiamati ad applicarle e dai conflitti in cui incorre la Corte di cassazione nell'enunciare i principi di diritto ai sensi dell'art. 384 c.p.c.

Senza avventurarsi nella valutazione delle leggi, della opportunità della loro disciplina e della coerenza del sistema complessivo, si è ritenuto utile verificare se il contenzioso possa essere ridotto solo aggiornando le tecniche normative ed i parametri culturali degli interpreti.

Quando si parla di interpretazione non ci si richiama solo ai giudici ed, in genere, ai tecnici del diritto, ma anche ai singoli destinatari delle norme che spesso partono da posizioni contestative.

Individuare i problemi e fissare i termini nei quali si propongono è indispensabile per la ricerca della loro soluzione, soluzione che in teoria, ma solo in teoria, dovrebbe essere non difficile per il fatto che non richiede modifiche legislative.

Un dato si impone all'attenzione: il contenzioso italiano ha raggiunto ormai una dimensione che nessuna organizzazione di giustizia, che voglia veramente essere tale, può sostenere.

Non è pensabile di adeguare il numero dei giudici ad un carico del contenzioso finito fuori controllo.

Le ragioni per le quali questa via non sembra praticabile utilmente sono note e non è il caso di ripeterle.

Non resta, pertanto, che operare sul lato del contenzioso per cercare di ridurlo.

Il modo di fare le leggi è un problema attuale non solo in Italia, anche se altrove si propone in forma meno preoccupante.

L'argomento è stato messo alla studio dalla Comunità europea.

È stato costituito, su iniziativa del Consiglio, un gruppo informale (*working group on better regulation*) il cui compito è appunto quello, una volta individuati i principi ed accertate le situazioni dei singoli Paesi membri, di dare indicazioni per il miglioramento delle normazioni nazionali.

In questa iniziativa è interessata anche la Commissione con l'obiettivo di arrivare ad una normazione comunitaria che sia omogenea con quelle nazionali, a loro volta rese più omogenee tra di loro.

Gli studi preliminari risultano già fatti. Il Gruppo sta cercando di superare le difficoltà per mettere in pratica, naturalmente con gradualità, le indicazioni di principio alle quali è pervenuto.

Il problema non è teorico, ma pratico; non è ipotetico, ma reale perché legato a situazioni di fatto che stanno provocando già da tempo inconvenienti non di poco conto.

Non è il caso di soffermarsi sulla forma in cui sono redatte le leggi italiane.

Le critiche sono state molte, da vari punti di vista, e sono note.

Può essere utile cercare di individuarne le ragioni.

I difetti di ordine formale e la mancanza di coordinamento con norme precedenti, oltre un certo limite, non sono giustificabili ed è ancora meno giustificabile che non si sia già provveduto a rimediare con interventi anche severi.

L'uso, ormai radicato, di non riscrivere le norme nel loro testo definitivo, una volta che sia stato modificato, ma di far stratificare più modifiche, che si succedono nel tempo, cosicché la ricostruzione del testo in vigore viene ad essere non facile anche per chi è del mestiere, è un inconveniente che anche gli ambienti non specializzati hanno denunciato da tempo.

È singolare, se così si può dire, la ragione per la quale questo capita talvolta.

Alcune regioni hanno fatto rilevare che, riscritta l'intera norma per renderne più agevole la comprensione al lettore, si sono viste sollevare la questione di costituzionalità anche per la parte non modificata, perché intesa come norma nuova nel suo complesso.

Non ci vorrebbe molto per rimediare. Basterebbe che la Presidenza del Consiglio non assumesse più iniziative del genere. Se ne avrebbero solo benefici senza alcun inconveniente.

Lo Stato non si vedrebbe preclusa alcuna questione di legittimità costituzionale, perché la prassi richiamata già gliela impedisce; nel frattempo si avrebbero norme che, almeno per la individuazione del loro testo attuale, non richiederebbero una apposita attività di ricostruzione.

Alcuni caratteri della normativa hanno cause più serie.

Una buona parte delle norme sono redatte in modo tale che provocano necessariamente un contenzioso; sono norme che nascono, per così dire, conflittuali.

Secondo rilevazioni fatte da chi si è soffermato sull'argomento, è soprattutto nelle commissioni parlamentari che si forma questo loro carattere: o perché vi si inseriscono discipline di dettaglio confliggenti, e questo capita prevalentemente nelle leggi di minore rilievo politico; o perché, nella impossibilità di pervenire ad un testo che possa riportare il consenso voluto, si adottano formulazioni non precise, suscettibili di interpretazioni diverse.

Per dare alle norme un significato coerente, nel primo caso, o preciso, nel secondo, si deve investire il giudice.

Il sistema risulta così distorto sotto un duplice profilo.

Prima di tutto si moltiplica il contenzioso, traducendo in contestazioni, del tutto evitabili, difficoltà ad arrivare ad una volontà normativa omogenea e coerente.

In secondo luogo il legislatore abdica, almeno in parte, alla sua funzione. Nella impossibilità di introdurre discipline complete, ne rimette una parte ai giudici, spostando il baricentro normativo verso questi ultimi.

I giudici, in questo modo, si trovano investiti non di quel potere di modellamento della norma al caso che esaminano, ma di completamento delle norme, funzione della quale, in linea di principio, non dovrebbero essere investiti oltre una certa misura.

Nello svolgimento di questa funzione atipica diventano più probabili risultati confliggenti. Al giudice, infatti, viene richiesto di attingere non solo alla sua preparazione tecnica, ma anche alla sua visione politica, da intendersi in senso aristotelico.

Nel provvedere al completamento della norma il giudice, peraltro, non sconfina nella sfera del legislatore perché è proprio il legislatore che, sia pure inconsapevolmente, gliene assegna il compito.

Una situazione analoga si riscontra nella contrattazione collettiva. Se in un lungo negoziato notturno non si trova una formula accettabile dalle parti, se ne cerca una meno precisa sulla quale si possa formare il consenso, anche se a costo di riserve mentali.

È stata portata, talvolta, come giustificazione una sorta di stato di necessità. Si è detto che, in certe situazioni difficili, è meglio una normazione imprecisa piuttosto che nessuna normazione.

Si deve, peraltro, accettare la conseguenza che gran parte di coloro ai quali la norma è applicabile finiranno con il rivolgersi al giudice fino a che non si sia formata una giurisprudenza stabile, ammesso che si formi.

La stessa giustificazione non può essere estesa ad altri casi.

Quando viene modificata una normazione preesistente il primo accorgimento da adottare dovrebbe essere quello di individuare le questioni provocate dalle norme precedenti in modo da evitare che continuino ad insorgere, per giunta aggravate dalle innovazioni.

Per quanto si è potuto verificare sino ad ora, questo non viene fatto.

Le modifiche legislative finiscono quasi sempre con l'aggravare il contenzioso, invece di ridurlo.

Un esempio si trova nel nuovo Titolo V della Costituzione.

Per ripartire il potere legislativo tra Stato e Regioni è stato adottato il criterio della legislazione *esclusiva* e della legislazione *concorrente*.

Ci si poteva aspettare che il legislatore costituzionale avesse cercato di arrivare al massimo della precisione possibile in considerazione del rilievo degli effetti.

In particolare, sarebbe stato auspicabile che avesse precisato come andasse intesa la legislazione *esclusiva* dello Stato.

Le difficoltà che, in caso contrario, sarebbero sorte erano prevedibili.

Un esempio può essere utile.

Tra le materie di legislazione *esclusiva* nel secondo comma dell'art. 117, lettera *s*), è compresa anche la *tutela dell'ambiente*.

La Corte costituzionale già da tempo aveva chiarito che l'ambiente è materia *trasversale*, vale a dire che investe settori di interessi diversi, alcuni dei quali, *tutela della salute e governo del territorio*, rientrano oggi nella legislazione concorrente delle Regioni.

Sarebbe stato bene che il legislatore costituzionale avesse precisato se il carattere esclusivo della legislazione statale impedisse il sovrapporsi della legislazione regionale e, in caso affermativo, in quali limiti.

Il legislatore non lo ha fatto; vi ha provveduto la Corte costituzionale.

Resta il dubbio se la volontà del legislatore fosse diversa o se effettivamente si sia inteso rimettere alla Corte costituzionale la definizione di un assetto istituzionale che, almeno così si ritiene, non dovrebbe essere compito di un giudice, anche se del livello massimo.

Questo modo di procedere del legislatore costituzionale ha provocato non solo un contenzioso anche esso costituzionale che, almeno in parte, si sarebbe potuto evitare, ma insieme un notevole contenzioso amministrativo, insorto per l'applicazione di leggi la cui legittimità costituzionale era stata nel frattempo messa in dubbio.

Non sembrano necessari altri esempi, tra i tanti che si potrebbero fare.

Resta la questione ulteriore: in che modo sono interpretate le norme, che già nella loro redazione si presentano conflittuali?

Malgrado spesso si dica il contrario, nella cultura dei giudici italiani si riscontra un formalismo residuo che viene ad essere a sua volta causa di un contenzioso evitabile.

È sufficiente un esempio nel contenzioso amministrativo.

Nel primo comma dell'art. 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241, è previsto che l'avvio del procedimento è comunicato ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenire.

La giurisprudenza amministrativa è ormai stabile nel ritenere che, mancata la comunicazione, il procedimento nasce con un vizio che provoca l'illegittimità del provvedimento finale.

Un giudice di cultura anglosassone, probabilmente, non si sarebbe fermato ad accertare la mancanza della sola comunicazione, ma avrebbe voluto sapere quale interesse avrebbe fatto valere il destinatario della comunicazione per verificarne la rilevanza in linea di principio.

Se l'interesse, si ripete, in linea di principio, fosse risultato rilevante, avrebbe annullato il provvedimento.

L'interessato, in questo caso, avrebbe potuto far valere le sue ragioni e l'organo competente ne avrebbe tenuto conto nel provvedere.

Annullando l'atto per la sola mancanza della comunicazione, si è talvolta verificato che, rinnovato il procedimento ed inviata la comunicazione, il destinatario non ha preso nessuna iniziativa cosicché il procedimento si è svolto nelle stesse forme e con la stessa conclusione finale.

Il solo interesse protetto è stato, pertanto, non quello sostanziale a far valere le proprie ragioni nel procedimento, ma quello solo formale a ricevere la comunicazione.

È questo sicuramente un contenzioso inutile che provoca costi all'amministrazione e aggravii di lavoro al giudice.

Il settore nel quale la formazione culturale del giudice italiano può provocare gli inconvenienti, se non più seri, quanto meno più evidenti è quello economico.

Anche i rapporti sociali presentano oggi una velocità di evoluzione, non comparabile con quella di venti o più anni fa.

La struttura della famiglia, ad esempio, e tutto quello che ad essa è legato, come le successioni, non ha più la stabilità che, fino a qualche decennio fa, costituiva il suo carattere principale.

Ma dove la velocità di evoluzione è tanto elevata, da non consentire a nessun legislatore, per quanto rapido nelle sue reazioni, di tenergli dietro, è nella economia, soprattutto nei settori a tecnologia avanzata o organizzati in via informatica.

Non è pensabile che il legislatore possa provvedere con norme a fattispecie rigorosa. Norme del genere diventerebbero obsolete in tempi brevissimi e richiederebbero un aggiornamento continuo, che interverrebbe sempre in ritardo.

Al legislatore non resta che provvedere per clausole generali.

Per quanto qui può essere utile, anche a costo di qualche approssimazione, si può dire che la clausola generale si ha quando il legislatore, per la valutazione di certi fatti, si rimette a canoni rilevabili dall'ambiente sociale o economico; fissa, cioè, un parametro elastico la cui portata concreta il giudice deve estrarre dall'ambiente in cui andrà applicato.

Gli esempi classici sono quelli della *buona fede*, del danno *ingiusto*, della *diligenza* e tanti altri.

Per attenersi a normative più recenti, come clausola generale può essere intesa la *libera concorrenza*, tutelata dalla normativa sia comunitaria che nazionale, ma non definita da nessuna delle due.

È libera concorrenza quella che, secondo le convenzioni del momento, è considerata tale.

L'uso della clausola generale non costituisce per il legislatore un venire meno ai suoi compiti, ma una necessità imposta dalla peculiarità dei rapporti da disciplinare, le cui capacità evolutive sono tali da non consentire interventi più precisi.

In corrispondenza, si fa più incisivo l'intervento del giudice al quale è richiesto, prima di applicarla al caso che gli viene sottoposto, di integrare la norma secondo i parametri che vi sono fissati.

La formazione culturale del giudice acquista qui una importanza del tutto particolare.

Il legislatore, infatti, non richiede al giudice di integrare la norma con il suo personale canone di valutazione, ma di ricavare quel canone dagli ambienti di riferimento.

Per tornare agli esempi già fatti: non richiede al giudice quale sia la sua personale nozione di buona fede in quel certo rapporto o se una causa di recesso sia giusta secondo il suo modo di pensare; gli chiede, invece, di ricercare quelle nozioni dall'ambiente in cui andranno applicate, in quanto canoni ritenuti necessari per la sua funzionalità.

Per continuare nell'esempio: la buona fede e la correttezza andranno valutate diversamente se da applicarsi nei rapporti tra un orafo ed un suo cliente o tra due operatori di finanza che trattano i cosiddetti prodotti derivati.

Procedendo con questo criterio, si avrà una giurisprudenza più omogenea, con quelle differenze che si possono considerare fisiologiche; procedendo con canoni personali, si arriva a disparità di trattamento senza giustificazione.

È rimasto famoso a suo tempo il caso di quel pretore che considerava offensivo del pudore indossare il bikini, col risultato che le giovani che praticavano la spiaggia, rientrate nel suo mandamento, non potevano indossare lo stesso costume che indossavano liberamente le loro coetanee nel mandamento vicino.

Una parte non trascurabile del contenzioso trova la sua ragione in questo modo di procedere dei giudici italiani, che ha provocato come reazione alcuni interventi del legislatore, anche essi impropri, in quanto rivolti a porre rimedio con strumenti che, per definizione, sono in contrasto con le ragioni che avevano richiesto la clausola generale.

Nei settori più sensibili della vita economica questi inconvenienti, almeno in parte, sono stati evitati.

In alcuni, infatti, la clausola generale richiede, per la decisione finale, indagini complesse sia per gli strumenti da utilizzare che per le nozioni tecniche da applicare, strumenti e nozioni la cui individuazione non può essere lasciata ad un consulente nominato dal giudice.

Per tornare ad un esempio già fatto: valutare se esiste una pratica concordata e se pregiudica la concorrenza, o se c'è un abuso di posizione dominante richiede indagini complesse, da condursi con tecniche diverse e quindi da specialisti in ciascuna di esse.

Indagini del genere non potrebbero esser condotte utilmente sotto il controllo di un giudice, quanto meno per due ragioni: perché talvolta al giudice, per individuare il tecnico o i tecnici in grado di svolgere le indagini, mancano le nozioni indispensabili cosicché potrebbe trovarsi nella necessità di servirsi di un consulente per la loro individuazione; perché quasi sempre un solo consulente non è sufficiente, ma ne dovrebbero essere nominati diversi, che sarebbero poi costretti a rivolgersi a strutture complesse, di cui in genere non dispongono, per svolgere le attività strumentali di ricerca.

Per averne una conferma, basta richiamare la complessità dei procedimenti che si svolgono presso l'autorità antitrust, dove è richiesto con frequenza notevole l'intervento di economisti, statistici, giuristi, matematici attuariali, che predispongono gli studi preliminari indispensabili per la decisione dell'organo collegiale, dove ugualmente confluiscono competenze diverse.

Sarebbe, se non difficile, spesso impossibile svolgere le stesse attività in sede giudiziale con gli stessi risultati e le stesse garanzie.

Queste autorità si interpongono tra la norma ed il giudice e fanno quanto, in condizioni normali, le clausole generali richiedono al giudice di fare: desumere dall'ambiente interessato il canone per la valutazione del caso di specie.

Il loro intervento consente di realizzare quegli obiettivi che sono fuori della portata del legislatore per la mobilità delle situazioni da disciplinare e per questo non inquadrabili in fattispecie sufficientemente determinate. Per

la loro disciplina concreta, caso per caso, si richiederebbero al giudice una competenza tecnica che non ha e che verrebbe ad essere di difficile, se non di impossibile acquisizione, in sede giurisdizionale.

Queste autorità, collocate tra legislatore e giudice, assumono una posizione più vicina a quest'ultimo in quanto chiamate ad esprimersi non in via astratta, ma caso per caso.

Di conseguenza il controllo giurisdizionale sulle loro decisioni può investire solo la legittimità del procedimento, la regolarità del contraddittorio, la ragionevolezza e coerenza desumibili dall'esame del solo provvedimento senza la possibilità di controllare e ripetere il giudizio di merito, rivalutando gli atti del procedimento.

Non è un caso che, ad esempio, in materia di antitrust siano pochi gli appelli proposti contro le sentenze di primo grado: non essendo possibile un riesame del merito, le parti finiscono spesso con il ritenere inutile una seconda verifica sulla legittimità del procedimento e sulla esistenza di una palese irragionevolezza del provvedimento finale.

È possibile ridurre il contenzioso adottando qualche cautela nel redigere le norme e nell'interpretarle?

Un tentativo vale la pena di essere fatto, anche senza creare troppe aspettative.

Prima di mettere mano ad una modifica di una normativa, si dovrebbe conoscere il contenzioso provocato da quella già in vigore. Come è stato già rilevato, il minimo da richiedere al legislatore è che ponga rimedio ai dubbi interpretativi provocati dalla legge da modificare eliminando il contenzioso conseguente.

Se c'è un settore in cui questo accorgimento sembra indispensabile è quello costituzionale.

Quando si modifica la Costituzione si dovrebbe prima di tutto evitare che risorgano le stesse controversie o controversia analoghe a quelle provocate dalle norme modificate.

Nella legislazione ordinaria, il contenzioso, non solo quando eccessivo, è sempre dannoso, ma lo è in particolare in quelle aree dell'economia soggette a rapida evoluzione, che oggi costituiscono le aree nevralgiche delle economie più avanzate, perché a maggiore valore aggiunto.

In queste aree, introducendo una nuova disciplina, il legislatore, soprattutto in caso di delega legislativa, potrebbe, per esempio, prevedere, quasi sistematicamente, un suo intervento successivo, e con effetti retroattivi, se in sede applicativa, per il modo in cui la norma è stata redatta, questa producesse effetti diversi da quelli voluti.

Una norma del genere prima di tutto non creerebbe affidamenti nei destinatari, perché già avvertiti di un possibile intervento con effetti retroattivi; eviterebbe interpretazioni avventurose o contraddittorie da parte dei giudici, che sarebbero indotti ad una maggiore prudenza applicativa; ridurrebbe il contenzioso successivo, sempre che l'intervento interpretativo sia fatto tempestivamente e in forma corretta.

Nelle materie amministrative, sempre per continuare negli esempi, per evitare il moltiplicarsi del contenzioso sulle competenze, talvolta difficili da

individuare, si potrebbe assegnare agli organi o agli enti le cui sfere di intervento sono in discussione, di determinare consensualmente la competenza con effetti normativi. Si potrebbe fare qualche cosa di analogo a quanto è stato talvolta previsto nelle materie soggette alla contrattazione collettiva.

Molto si potrebbe fare in sede giurisprudenziale.

Un fenomeno preoccupante sono i contrasti nella giurisprudenza della cassazione.

In materia sono state svolte indagini alquanto accurate, anche se risalenti a qualche anno fa, ed i risultati hanno dato risultati numerici che non possono essere considerati fisiologici.

La Corte di cassazione, come è previsto nell'art. 384 c.p.c., quando accoglie il ricorso per violazione o falsa applicazione di norme di diritto, enuncia il *principio di diritto*.

La valutazione dei fatti e della loro rilevanza esula dai poteri della Corte. Si è, pertanto, al di fuori della sfera del giudicato per mancanza di alcuni dei presupposti, giudicato che si formerà eventualmente con la sentenza di rinvio.

Lo stesso si può dire anche quando la Corte cassa senza rinvio ai sensi del secondo comma dell'art. 384 c.p.c..

Anche in questo caso la Corte enuncia il principio di diritto e non investe il giudice di rinvio solo perché le conclusioni di quest'ultimo, tenuto conto dei termini in cui la questione resta fissata a seguito della sentenza di cassazione, sarebbero obbligate, cosicché un grado ulteriore costituirebbe una dispersione inutile di attività processuale.

Per questo non si possono estendere alle sentenze della Corte i principi che la Corte costituzionale ha enunciato, talvolta incidentalmente, a proposito dei possibili conflitti tra giudicati.

Il *principio di diritto*, quando è la stessa norma ad essere coinvolta, proprio per essere *principio*, dovrebbe essere uno ed uguale per tutti.

Così, invece, non è.

I conflitti sono stati rilevati, e continuano a rilevarsi, in numero notevole proprio nella enunciazione dei principi con la conseguenza che la stessa norma in un giudizio viene intesa in un certo modo ed in altri in modo diverso.

Gli esempi che si possono fare sono molteplici.

Il caso che forse provoca il maggiore sconcerto sugli interessati, non pratici della materia, è quello della prescrizione: è veramente difficile accettare come fisiologico che uno stesso diritto si prescriva per alcuni in cinque anni e per altri in dieci.

Si potrà argomentare quanto si vuole, ma chi viene a trovarsi in posizione deteriore resterà convinto che nei suoi confronti non ha operato il principio di uguaglianza.

Causa di un contenzioso, che potrebbe essere evitato, è anche il controllo non convincente della legittimità costituzionale del principio che viene enunciato.

La Corte di cassazione, anche in questo caso con qualche oscillazione giurisprudenziale a pendolo, che l'ha portata a ritornare su di un orienta-

mento iniziale, dal quale si era discostata successivamente, è ferma nel ritenere che, per l'applicazione dell'art. 11, comma 7, della legge n. 413 del 1991, ci si deve riferire non al momento in cui è sorto il credito, ma al momento del pagamento.

Questa norma è stata dichiarata legittima dalla Corte costituzionale, naturalmente sotto i profili che erano stati prospettati nella ordinanza di rinvio.

Anche a questo principio è difficile che si acquietino gli interessati che, infatti, hanno continuato a ricorrere alla Corte di cassazione.

Chi si rivolge al giudice vi è costretto dalla posizione negativa del soggetto tenuto al pagamento.

Si è così verificato che chi ha ottenuto tempestivamente il pagamento dell'indennità, perché ha trovato un soggetto espropriante disponibile e corretto, non ha incontrato la ritenuta; non l'ha incontrata ugualmente chi ha avuto la fortuna di trovare un giudice in grado di provvedere in tempi brevi; vi è stato assoggettato, invece, chi si è imbattuto in un ente che non ha voluto pagare il dovuto ed in un giudice che ha impiegato tempi lunghi per portare a termine il giudizio.

In pratica, la capacità contributiva, ai sensi dell'art. 52 Cost., può finire con l'essere fondata sul fatto di aver avuto un creditore contestatore, che ha ritardato il pagamento, e di aver trovato un giudice incapace di portare a termine il giudizio in tempi brevi.

In un periodo in cui la durata eccessiva dei giudizi è rilevata da tutti, anche dagli stessi giudici, un orientamento giurisprudenziale del genere provoca disappunto e moltiplica le contestazioni. Ci si aspetterebbe che la Corte di cassazione, prima di assumere posizioni definitive, sottoponesse la norma al controllo della Corte costituzionale sotto tutti i possibili punti di vista, anche se non fatti valere dalle parti.

È illusorio ritenere che in questo modo le casse dello Stato ne traggano beneficio, perché sulle casse dello Stato incide anche, e notevolmente, il carico eccessivo del contenzioso.

Né andrebbe trascurato un elemento ulteriore.

Se la causa di questo effetto fosse la durata del giudizio, lo Stato potrebbe rispondere ai sensi della legge n. 89 del 2001: la durata eccessiva avrebbe provocato non solo un danno all'interessato, ma anche un vantaggio corrispondente allo Stato stesso.

La Corte di cassazione ha escluso una tale possibilità.

La situazione attuale è, pertanto, che, mentre la gran parte degli interessati ha subito la ritenuta, qualcuno l'ha evitata, in deroga ad un orientamento giurisprudenziale contrario che successivamente è stato confermato.

È prevedibile una obiezione: anche se fosse profilabile una violazione del principio di uguaglianza, la Corte costituzionale non potrebbe essere chiamata a pronunciarsi poiché la violazione dipenderebbe dal fatto che la stessa norma è interpretata una volta in un senso ed una volta in un altro.

Un conflitto giurisprudenziale su una stessa norma non potrebbe essere risolto dalla Corte costituzionale.

Il principio, comunque, è violato e se c'è violazione un rimedio va ricercato perché è contro la nozione dello Stato di diritto, almeno nella sua versione aggiornata, che i *principi di diritto* non siano gli stessi per tutti.

La singolarità della situazione, che costituisce anche la ragione della difficoltà all'intervento della Corte costituzionale, sta nel fatto che in contrasto con l'art. 3 Cost. non è la norma, di per sé considerata, ma l'interpretazione oscillante della Corte di cassazione.

Il difetto, se così si può dire, sta non nella legislazione, ma nella *nomofilachia* della Corte.

Se non può intervenire la Corte costituzionale, e si vuole rimediare alla situazione, non resta che un'alternativa: o la Corte di cassazione provvede direttamente, o provvede il legislatore, anche se il suo intervento sarebbe da evitare perché incongruo rispetto alla funzione legislativa.

La prima eventualità sembra difficile, almeno per il momento, considerata la tradizione culturale sulla quale si fonda la giurisprudenza di legittimità. La seconda non risulta mai presa in considerazione.

Desta perplessità, peraltro, che la Corte di cassazione continui a ritenere fisiologica questa situazione, che porta alla moltiplicazione di un contenzioso che sarebbe evitato se le cose andassero diversamente.

In presenza di contrasti sui principi di diritto è scontato che gli interessati insistano sino al terzo grado di giudizio nella speranza che a decidere sia un collegio orientato in senso favorevole.

L'esito del giudizio finisce, in una certa misura, col dipendere dal caso.

La confluenza verso un risultato dannoso di cause così diverse ed apparentemente indipendenti impone qualche considerazione di sintesi.

Il cittadino italiano, è questa una osservazione ricorrente, ha scarso senso dello Stato, senso dello Stato la cui prima manifestazione è la fiducia nella legge, intesa come mezzo di tutela di tutti, in particolare delle persone meno protette.

Per chi ha senso dello Stato la norma, in quanto elemento dell'ordinamento che dello Stato costituisce la struttura portante, va rispettata perché c'è e non perché la sua osservanza risulti utile. Se quel senso manca, la norma è vista come ostacolo da superare, cercando di evitare o di ridurre gli effetti negativi provocati dalla sua inosservanza.

In pratica, la norma viene sottoposta ad una valutazione personale di opportunità e la si osserva nei limiti della propria utilità: ognuno si sente giudice della norma che lo riguarda.

Una volta, poi, che la violazione sia stata rilevata, si percorrono tutte le vie che possano portare, quanto meno, a ritardare l'applicazione della sanzione.

Diventa questa una costante quando, per il moltiplicarsi del contenzioso, i giudizi si allungano tanto da far sì che la giustizia non sia più tale.

Il contenzioso in eccesso, dunque, come capita spesso in fenomeni del genere, finisce con l'alimentare se stesso.

È il cittadino con questa base culturale che diventa legislatore, funzionario pubblico e giudice.

Il legislatore, di conseguenza, non ha la visione di insieme dell'ordinamento, ma si concentra sulle singole norme in funzione degli interessi contingenti da realizzare, senza darsi cura delle possibili incongruenze tra norme e norme e dei contrasti che ne derivano.

Il titolare di poteri amministrativi è portato ad operare tenendo conto degli interessi che ritiene di dover perseguire, trascurando i limiti di procedimento e di funzione imposti dalla norma.

Il giudice interpreta la norma non attingendo alle sue cognizioni tecniche per individuare canoni sociali, a cui la norma stessa lo richiama, ma applicando i suoi personali criteri di valutazione.

Nel servizio della giustizia queste tre distorsioni si sommano, portando il contenzioso ai livelli attuali.

La conclusione da trarre, sempre che si concordi su queste premesse, non è confortante.

Una delle cause, non certo trascurabile, dell'entità del contenzioso italiano non è tecnica, ma culturale.

Poiché il tempo per rimediarsi non può essere breve, il rimedio va messo allo studio il prima possibile.

È anche questa la ragione per la quale si è ritenuto utile un seminario.

Francesco Galgano. *Quale stare decisis per la giurisprudenza italiana?*

1. – Il carico crescente degli uffici giudiziari. Comincio con una rilevazione sul campo, certamente insolita nella cultura giuridica italiana, portata per la sua formazione idealistica più all'argomentazione speculativa che non alla verifica empirica. I dati sulla giustizia civile in Italia, annualmente divulgati dall'Istituto centrale di statistica, consentono di tracciare tre curve: la prima è una curva ascendente, ma modestamente ascendente, che corrisponde all'incremento della litigiosità; la seconda è una curva che, all'opposto, si impenna verso l'alto, ed è quella che denota l'incremento del carico degli uffici giudiziari; la terza è, più che una curva, una linea piatta, e riguarda il numero delle sentenze emesse in un anno. È un numero che resta pressoché immutato di anno in anno.

La macchina della giustizia è, dunque, una macchina che lavora a produttività costante; sicché un modesto aumento della litigiosità è in grado di generare, di anno in anno, una qualità crescente di carichi giudiziari, fino a provocare il collasso del sistema.

In verità, non è sempre stato così. C'è stato un tempo felice, conclusosi purtroppo nel 1980, nel quale la curva della produttività giudiziaria era una curva ascendente: il numero delle sentenze emesse tendeva al raddoppiarsi di decennio in decennio. La quantità di lavoro giudiziario svolto era proporzionale all'aumento del lavoro da svolgere: i procedimenti chiusi con sentenza erano pari ai nuovi procedimenti introitati. Nell'ultimo periodo il meccanismo si è rotto: alla curva ascendente è subentrata la linea piatta. La giustizia civile ordinaria si è collassata; funzionano solo la giustizia monitoria, cautelare, camerale, ossia la giustizia senza contraddittorio, resa con decreto, ordinanza, sentenza camerale. Per il giudizio ordinario di cognizione si è al limite del diniego di giustizia.

Quali le ragioni della odierna linea piatta? Evitiamo le risposte banali (che pure circolano, persino nel dibattito politico). Il punto è che i compiti della giustizia e i suoi metodi di azione sono fortemente cambiati. La durata dei processi si allunga a misura che si accentuano le garanzie del contraddittorio processuale, che ora è anche un valore protetto della Costituzione(1). Basti un esempio: la Cassazione decide(2) che, se il giudice intende rilevare d'ufficio una nullità, deve rimettere la causa in trattazione, perché sulla questione di nullità si apra il contraddittorio. E si consideri l'odierno processo civile, quale risulta dalla riforma del 1990: oggi occorrono, *in limine litis*, ben tre udienze dove prima bastava una sola udienza. La lunghezza dei processi è anche un costo della civiltà processuale.

2. – *La nomofilachia come riduttore della litigiosità.* La litigiosità, in sé considerata, non è una perversione; equivale, nel linguaggio della statistica giudiziaria, alla conflittualità, che è carattere fisiologico della odierna società competitiva. È però tutt'altro che fisiologico l'odierno collasso della giustizia civile in Italia.

Quali i rimedi? Si può, in astratto, agire sulla macchina della giustizia, perché incrementi la sua produttività, adeguando gli organici della magistratura al carico degli uffici giudiziari, rendendo più efficiente l'organizzazione della giustizia. Ma ci si può anche domandare se la litigiosità emergente dalle statistiche giudiziarie sia tutta e soltanto la fisiologica espressione della conflittualità civile, economica e sociale del nostro tempo o se piuttosto non agiscano entro la macchina della giustizia anche fattori, questi sì perversi, che generano un tasso ulteriore di non fisiologica litigiosità.

Sotto il primo aspetto non si può fare un gran che: l'organico dei magistrati, è vero, non aumenta in proporzione all'aumento del carico giudiziario. Ma non credo che il problema vada posto in questi termini: gli organici non possono aumentare oltre un certo limite senza che ciò vada a detrimento della qualità del prodotto giudiziario.

Sotto il secondo aspetto si deve prendere atto che altrove operano forti riduttori della litigiosità e, quanto meno, della litigiosità in diritto. Mi riferisco al sistema giudiziario basato sul precedente vincolante, allo *stare decisis* dei Paesi di *common law* o, se si preferisce un termine di raffronto continentale, al sistema processuale spagnolo, che ammette il ricorso per Cassazione per violazione della *doctrina legal*, ossia per violazione dei precedenti del Tribunale Supremo(3).

(1) Sul nuovo art. 111 Cost. mi sono soffermato nello scritto *Il contraddittorio processuale è, dunque, nella Costituzione*, in *Contratto e Impresa*, 2000, p. 1081.

(2) Mi riferisco a Cass., 21 novembre 2001, n. 14637, in *Giust. Civ.*, 2002, I, p. 1611, per la quale «è nulla la sentenza che si fonda su una questione rilevata d'ufficio, e non sottoposta dal Giudice al contraddittorio delle parti». La sentenza dà rilievo alla «dialettica del processo» ed all'esigenza di evitare «una decisione a sorpresa, adottata sulla base di una terza via rispetto a quelle alternativamente sostenute dalle parti».

(3) È però richiesto che si tratti di un indirizzo consolidato; il che, del resto, corrisponde a quanto si richiede, se non in Gran Bretagna, negli Stati Uniti.

Noi non siamo del tutto sprovveduti: a presidio della certezza del diritto e dell'uguaglianza dei cittadini abbiamo l'art. 65 dell'ordinamento giudiziario (il r.d. 30 gennaio 1941, n. 12), che conferisce alla Corte di Cassazione, quale «organo supremo della giustizia», la funzione di assicurare «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale», facendo di essa, secondo un sinonimo largamente utilizzato nel linguaggio forense, la Corte regolatrice del diritto, nell'assolvimento di un compito cui si è dato il nome colto di *nomofilachia*.

La lettura di questa norma in termini di *stare decisis* ha trovato, per decenni, un elemento di apparente contrasto nell'art. 101, comma 2, Cost., per il quale i giudici sono soggetti soltanto alla legge, inteso come norma che fa riferimento non al corpo giudiziario, indipendente da ogni altro potere, ma al singolo giudice, indipendente da ogni altro giudice, anche se si tratta della Corte regolatrice. Sono perciò prevalse per lungo tempo le interpretazioni riduttive dell'art. 65, la cui portata è stata circoscritta a quanto dispongono gli articoli dell'ordinamento giudiziario subito successivi, relativi alla istituzione dell'Ufficio del massimario (art. 68), inteso quale mero strumento conoscitivo, e alla assegnazione alle sezioni unite (art. 67, comma 2) delle controversie precedentemente risolte dalle sezioni singole in modo contrastante (art. 374, comma 2, c.p.c.), quale strumento di uniformità interna alla sola Corte di Cassazione.

Un esempio di questa visione riduttiva si ritrova in Cass., 17 marzo 1980, n. 1772: «esposti in modo conciso i motivi di fatto e di diritto della propria decisione, il giudice non deve dimostrare esplicitamente l'infondatezza o la non pertinenza della giurisprudenza eventualmente difforme, poiché i motivi della decisione in tanto possono essere viziati in quanto siano di per sé erronei in fatto o in diritto in relazione alla fattispecie concreta, non già in quanto eventualmente in contrasto con quelli adottati in decisioni riguardanti altre fattispecie analoghe, simili o addirittura identiche».

Ma poi le cose sembrano cambiare; la Cassazione, pochi anni dopo, enuncia tre principi:

a) il giudice di merito soddisfa l'obbligo di motivazione della sentenza, impostagli dall'art. 132, n. 4, cod. proc. civ., anche con il «mero riferimento alla giurisprudenza della Cassazione» (Cass., 13 maggio 1983, n. 3275);

b) il giudice di merito, per quanto «libero di non adeguarsi all'opinione espressa da altri giudici» ed anche «di non seguire l'interpretazione proposta dalla Corte di cassazione», ha pur tuttavia l'obbligo di «addurre ragioni congrue, convincenti a contestare e a fare venire meno l'attendibilità dell'indirizzo interpretativo rifiutato» (Cass., 3 dicembre 1983, n. 7248);

c) del pari, deve motivare adeguatamente quando si discosti dai propri precedenti (Cass., 30 luglio 1986, n. 4895).

Al precedente era, dunque, riconosciuto questo valore; esso dispensa il giudice che vi si adegui dall'obbligo di motivare; impone al giudice che voglia discostarsene l'obbligo di motivare convincentemente il rifiuto. L'efficacia di un simile sistema è, tuttavia, subordinata alla condizione che il Supremo Collegio tenga fermi, quanto meno per un tempo apprezzabile, i propri orientamenti. Sennonché l'esperienza denota una progressiva volubilità della Cassa-

zione: rilevazioni statistiche hanno messo in evidenza oltre 200 «contrasti di giurisprudenza» all'anno, ossia oltre 200 sentenze all'anno nelle quali la Cassazione ha contraddetto principi in precedenza accolti (4).

3. – *La «volubile giurisprudenza continentale»*. Entro la stessa Corte di cassazione operano così due opposte tensioni: da un lato il proposito di realizzare il più alto grado di certezza e di uguaglianza del diritto, oltre che di contenere l'incremento della litigiosità, di ovviare al collasso del sistema giudiziario; dall'altro, l'ideologia propria del giudice di *civil law*, che a null'altro si ritiene sottoposto se non alla legge e che in nome di una interpretazione della legge che sia la migliore possibile, non esita a contraddire l'altrui e proprie precedenti interpretazioni, e ciò anche a costo di dovere emettere, come ora è dato di constatare per la Cassazione civile, circa ventimila sentenze all'anno.

Può essere significativo considerare, sotto questo aspetto, l'impressione che la giurisprudenza continentale suscita nel mondo di *common law*: nel caso *Fothergill v. Monarch Airlines* del 1980 i *Law Lords*, dovendo fare riferimento, in forza dei principi di diritto internazionale privato, al diritto vigente in un paese di *civil law* e non trovando una precisa norma di legge nella materia della controversia, scrissero che il giudice di *common law* deve applicare il diritto continentale, ed è preferibile che tenga conto della dottrina piuttosto che della sua «volubile giurisprudenza».

L'indirizzo inaugurato negli anni '80 non ha avuto lunga tenuta. La stessa Cassazione lo contraddice negli anni '90. Statuisce Cass., 28 luglio 1997, n. 7050 che «non è configurabile il vizio di violazione di legge se il giudice non spiega perché la sua decisione si discosta dai precedenti giurisprudenziali; se essa è giuridicamente corretta, non è soggetta a cassazione, anche se manca o è erronea la motivazione seguita per qualificare i fatti ed individuare la norma applicabile (secondo comma dell'art. 384 c.p.c.)».

4. – *Lo stare decisis della Sezione lavoro*. E così si chiude questa stagione della nomofilachia. Un'altra si inaugura nello stesso periodo con una sentenza della Corte Costituzionale, che nel decidere sulla legittimità costituzionale di norme di legge ha tenuto conto della interpretazione che delle norme in questione è data dalla Cassazione, e si è pronunciata per l'illegittimità della norma solo se essa risulta illegittima «così come intesa dalla Cassazione», mentre la questione di legittimità è da rigettare se sollevata in relazione ad una sua interpretazione non corrispondente a quella datale dalla Corte Suprema. Così Corte cost., 12 giugno 1991, n. 271, nella quale è detto che l'interpretazione data dalla Cassazione vale a rendere la norma quale «diritto vivente» e si fa anche menzione della «funzione di nomofilachia che l'ordinamento assegna alla Cassazione» (5).

Il tema si ripropone in Cassazione, e questa volta davanti alla Cassazione penale. Statuisce Cass. pen., sez. III, 23 febbraio 1994, che «l'uniforme

(4) E cfr. al riguardo MONETA, *Conflitti giurisprudenziali in Cassazione*, Padova, 1995; nonché ID., *Nomofilachia, in Contratto e impresa*, 1997, p. 368.

(5) In argomento PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*, Milano, 1994.

interpretazione della legge significa uguaglianza di trattamento dei cittadini di fronte alla legge sicché la nomofilachia è diretta espressione di un principio cardine della Costituzione, l'art 3. Certo la funzione nomofilattica appartiene ad ogni sezione della Corte, ma quando essendovi decisioni in contrasto, intervengono le Sezioni unite per mettere fine ad una incertezza interpretativa, la decisione delle Sezioni unite costituisce una sorta di annuncio implicito di giurisprudenza futura, determinante affidamento per gli utenti della giustizia in genere e per il cittadino in particolare: in tale ipotesi la funzione nomofilattica ha un peso determinante su altri valori, e le sezioni semplici devono prenderne atto» (6).

Dalla Cassazione penale alla Sezione lavoro della Cassazione civile, e se ne comprende il perché se si considera, sempre sulla base delle statistiche giudiziarie, che il quaranta per cento circa dell'intero carico giudiziario civile è formato dalle cause in materia di lavoro e previdenza sociale. Escono diverse sentenze, la prima delle quali è del 22 ottobre 1998, n. 10514 (7). Punto di partenza del loro discorso è il concetto di «norma elastica»; tali sono, anzitutto, le clausole generali, come quelle di buona fede (cui si riferisce una delle due sentenze), di correttezza, di giusta causa (cui si riferisce un'altra sentenza), di danno ingiusto e così via; ma sono anche i concetti giuridici non definiti legislativamente, come ad esempio il concetto di causalità (il «cagionare» di cui all'art. 2043 c.c.) o il concetto di gravità dell'inadempimento o quello di causa che non consente la prosecuzione del rapporto (cui un'altra delle sentenze fa esplicito riferimento con riguardo all'art. 2119 c.c.). Orbene, come il giudice di merito sussume un dato comportamento ad una data norma elastica? Come perviene alla conclusione che il comportamento di Tizio è, o non è, esecuzione in buona fede del contratto? O che il comportamento di Caio ha cagionato, o non ha cagionato, un danno a Sempronio?

Così argomenta il Supremo Collegio: «nell'esprimere tale giudizio il giudice di merito compie un'attività di integrazione giuridica – e non meramente fattuale – della norma stessa (come è stato rilevato dai più classici contributi dottrinali sulla funzione della Cassazione) in quanto dà concretezza a quella parte mobile (elastica) della stessa che il legislatore ha voluto tale per adeguarla ad un determinato contesto storico-sociale». Si tratta, in altre parole, di giudizio di diritto e non di giudizio di fatto. E in ciò c'è già una profonda innovazione nella giurisprudenza della Cassazione, che la Corte così esplicita: «il giudizio di merito applicativo di norme elastiche è soggetto al controllo di legittimità al pari di ogni altro giudizio fondato su qualsiasi norma di legge».

La svolta può sembrare di poco conto, giacché i repertori di giurisprudenza sono colmi di massime della Cassazione che danno contenuto alla

(6) La sentenza (imputato Lops) si legge in *Riv. Pen.*, 1995, p. 457. La commenta ANGELONI, *Ancora sul precedente di Cassazione: questa volta secondo la Cassazione penale*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 14.

(7) La si legge in *Foro it.*, 1999, I, c. 1819, con note di FABIANI e di DE CRISTOFARO. In argomento MALTESE, *Norma elastica, giudizio di legittimità e «stare decisis»*, in *Contratto e impresa*, 2000, 0.1.

buona fede e la tipizzano, come tipizzano la correttezza, la giusta causa, l'ingiustizia del danno ecc., oppure che definiscono il concetto di causalità, di importanza dell'inadempimento ecc.; e sono massime alla stregua delle quali sono state cassate, oppure confermate, le impugnate sentenze di merito. Dove risiede allora l'innovazione? Quelle massime non nascono da ricorsi per violazione di norme di diritto, ai sensi del n. 3 dell'art. 360 c.p.c., ma da ricorsi che censurano la congruità della motivazione della impugnata sentenza, ai sensi del n. 5 dell'art. 360. Sicché il ricorrente *ex art. 360, n. 5*, è sempre esposto al rischio che il suo ricorso venga respinto perché attinente al giudizio di fatto, incensurabile in Cassazione se correttamente motivato. E ad uguale rischio egli è esposto se motiva il ricorso per violazione della norma di legge «elastica».

L'innovazione sta, dunque, nell'ammettere che viola norme di diritto, e non incorre solo in vizio di motivazione, il giudice di merito che enuncia censurabili principi in sede di «integrazione giuridica» della norma elastica, allorché «dà concretezza», per usare le parole della Cassazione, alla sua «parte mobile».

Questa integrazione, precisa ancora la Cassazione, implica «una opzione valutativa», un «giudizio di valore *tout court*»; dunque, una vera e propria attività normativa. E allora è vero che il giudice crea diritto, e non si limita ad applicare la legge; è vero che egli crea sub-norme, nel quadro della compatibilità con le norme poste dalla legge, secondo un postulato largamente diffuso nella moderna teoria generale del diritto.

Ma qui viene il punto: come la Cassazione esercita il proprio sindacato di legittimità su questa attività di «integrazione» ossia, di sub-normazione, che il giudice di merito compie per dare «concretezza» alle norme elastiche?

La risposta è nel seguente passo della motivazione di una di queste sentenze: «per quanto attiene agli obblighi di correttezza e buona fede il Tribunale, correttamente, ne individua la funzione nell'obbligo di ciascuna parte di salvaguardare l'interesse della controparte alla prestazione dovuta ed all'utilità che la stessa le assicura, imponendo una serie di comportamenti a contenuto atipico. Come è noto, nella funzione integrativa – di tali comportamenti – del contenuto del rapporto obbligatorio – in relazione alle concrete circostanze in cui esso si svolge – si individua l'essenza degli obblighi in questione. I quali, tuttavia, proprio per la predetta funzione integrativa del contenuto tipico del rapporto (di lavoro nel caso di specie) non possono debordare dal complesso di regole in cui si sostanzia la civiltà del lavoro – quale assieme dei principi giuridici – espressi dalla giurisdizione di legittimità – e dei comportamenti che in un certo contesto storico-sociale è ragionevole esigere dalle parti – sicché essi assumono la consistenza di *standards* e che rispetto ai principi stessi sono in rapporto coesistente ed integrativo, così compendiando il diritto vivente del lavoro».

Astraiamo dal discorso lavoristico il concetto base, suscettibile di generalizzazione: il giudice di merito, nello svolgimento delle predetta funzione integrativa delle norme elastiche, non può debordare dai principi di civiltà giuridica, «quale assieme dei principi giuridici espressi dalla giurisdizione di legittimità». In altre parole: le sub-norme, che il giudice di merito crea per integrare le norme di legge elastiche, sono sindacabili in Cassazione per

violazione di quelle norme di diritto che sono «i principi giuridici espressi dalla giurisdizione di legittimità», i quali sono anch'essi, perciò, altrettante norme di diritto, ma sono norme di diritto di grado superiore, dalle quali il giudice di merito non può «debordare».

A questa gerarchia delle fonti di diritto giurisprudenziale la stessa Sezione lavoro fa riferimento allorché adduce che «la valutazione di conformità – agli *standards* di tollerabilità dei comportamenti lesivi posti in essere dal lavoratore – dei giudizi di valore espressi dal giudice di merito per la funzione integrativa che essi hanno delle regole giuridiche spetta al giudice di legittimità nell'ambito della funzione nomofilattica che l'ordinamento ad esso affida».

Stare decisis allora? Pare proprio di sì: risulta ammesso il ricorso per cassazione per violazione di norme di diritto quando la norma di diritto violata dal giudice di merito è un precedente della Corte di legittimità (assunto da queste sentenze, come già dalla Corte costituzionale, come «diritto vivente»). Se non è proprio lo *stare decisis* di *common law*, che rende vincolanti i precedenti di tutte le corti superiori, oltre che quelli dello stesso giudicante, è certamente la *doctrina legal* del diritto spagnolo, che impone il vincolo del precedente di Cassazione ai giudici di merito.

5. – *La Terza Sezione si dissocia*. Anche questa stagione ha un suo epilogo. La chiude la stessa Cassazione civile, III sezione, con la sentenza 19 dicembre 2001, n. 16007: è inammissibile il ricorso per Cassazione avverso la sentenza di appello che non ha tenuto conto di un precedente di Cassazione, dato che il giudice del merito non è vincolato dai riferimenti di giurisprudenza della Corte di legittimità: la sentenza di appello può essere censurata nei casi previsti dall'art. 360 c.p.c. «tra i quali non rientra quello di non avere tenuto conto di un precedente di Cassazione» (8).

E così la macchina della giustizia, piuttosto che ridurre la litigiosità, opera per incrementarla. Si dedica, per così dire, all'autoproduzione di litigiosità. In Inghilterra l'avvocato che perda in un medesimo anno due ricorsi in appello è censurato per temerarietà e sottoposto a sanzioni disciplinari. Da noi, la volubilità della giurisprudenza agisce come incentivo alla temerarietà: qualsiasi tesi, per quanto ardita, per quanto in contrasto con gli orientamenti prevalenti, può trovare un giudice disposto ad accoglierla.

6. – *Il giudice «bocca della legge» e il giudice che fa la legge*. Per realizzare certezza del diritto e uguaglianza dei cittadini i paesi anglosassoni hanno fatto ricorso allo *stare decisis*, e sia pure con i correttivi del *distinguishing* e dell'*overruling*. Nell'Europa continentale, per evitare la disparità delle decisioni giudiziarie, si è preferito puntare sulla precostituzione della legge al giudizio. Un giurista americano dell'Ottocento, John Holmes, definì il diritto come «ciò che permette di prevedere le decisioni giudiziarie». Un secolo prima, il nostro Carlo Ludovico Muratori, nel suo celebre *Dei difetti della giurisprudenza*, aveva avvertito il medesimo problema, generato da

(8) La sentenza è commentata da RICCIO, *Un obiter dictum della Cassazione sull'efficacia del precedente giudiziario*, in *Contratto e impresa*, 2002, p. 46.

esperienze forensi straordinariamente simili a quelle del nostro tempo: gli avvocati mi dicono – egli non era un avvocato, anche se era laureato «*in utroque*» – che non riescono mai a immaginare l'esito delle loro cause; quando sono convinti di vincere, perché ritengono di avere fortissimi argomenti, perdono, e quando sono invece sicuri di perdere, perché sanno che la loro posizione è debole, vincono. Come mai, si interrogava Muratori, questa imprevedibilità? Perché sono troppe le opinioni sulle medesime questioni, e questa enorme disparità di vedute genera incertezza. Occorre dunque eliminare questi elementi di incertezza. Ma come eliminarli? La risposta di Muratori – siamo ancora lontani dalle codificazioni, siamo alla metà del Settecento – è questa: occorrono leggi scritte, occorrono codici ai quali vincolare i giudici.

Un altro nostro pensatore del medesimo tempo, Pietro Verri, aveva addirittura asserito che bisognava vietare al giudice di interpretare la legge. Nella tradizione di pensiero dell'illuminismo continentale la certezza del diritto si associa così al primato della legislazione sulla giurisprudenza, porta alla riduzione del giudice, secondo la celebre espressione di Montesquieu, a pura e semplice *bouche de la loi*.

L'obiettivo è stato tuttavia mancato. Il diritto resta incerto e imprevedibile nonostante i codici e le leggi; e quantunque si sacrificino valori fortemente sentiti nel tempo presente. Si è anzi assistito a questo paradosso: quante più leggi intervengono in una materia, tanto più esteso è il contenzioso giudiziario che ne deriva, giacché ogni nuova norma è l'occasione di una nuova pretesa ed è fonte di plurime interpretazioni.

Di certezza e di prevedibilità non si parla solo fra i giuristi. Sono concetti che ricorrono, e con crescente frequenza, nel discorso degli economisti. Ogni impresa ha bisogno di ridurre il più possibile – o, nel linguaggio degli economisti – di «minimizzare l'incertezza». Non potrà formare i propri piani aziendali se non basandoli sulla previsione degli eventi futuri, e le probabilità di realizzarli sono tanto maggiori quanto minore è il margine di incertezza e di non prevedibilità. Nel discorso degli economisti l'incertezza verte sui prezzi, sul volume delle vendite, sul costo dei fattori produttivi; verte anche, da qualche tempo, sull'energia disponibile. Ma troviamo un riferimento all'incertezza del diritto ed al pregiudizio che questa arreca alle imprese negli atti dell'Unione europea, in relazione all'obiettivo della armonizzazione del diritto degli Stati membri enunciato nel Trattato di Roma; «il concetto ispiratore» – si legge nella relazione alla direttiva 9 marzo 1968 (la prima direttiva di armonizzazione del diritto societario) – «è la necessità di assicurare la rapidità e la certezza del diritto nelle transazioni internazionali».

Non si dica che in questo modo la certezza del diritto, da valore sommo di civiltà giuridica, regredisce a materiale necessità economica. Il rapporto della certezza del diritto con le ragioni dell'economia è presente fin dalle sue origini, le quali si riportano all'illuminismo, ma anche alla rivoluzione industriale, che aspira a regole di diritto chiare, razionali, previamente conoscibili, capaci di superare l'incertezza dell'antico particolarismo giuridico. Alle tante incertezze del mercato le imprese non possono sopportare, oltre i limiti del ragionevole, anche l'incertezza del diritto.

Le nostre preleggi, all'art. 12, vincolano il giudice all'interpretazione letterale, e la Cassazione, con una serie di ripetute pronunce, proclama che l'inter-

pretazione secondo la *ratio legis* è eccezionale: «solo eccezionalmente, qualora l'effetto giuridico risultante dalla formulazione legislativa sia incompatibile con il sistema, l'interprete è autorizzato in base all'*intentio legis*, di individuare l'effetto giuridico che in realtà i compilatori della norma hanno inteso ricollegare alla tipizzata fattispecie astratta» (9). Il primato dell'interpretazione letterale è costantemente ribadito: all'intenzione del legislatore ricostruibile «attraverso l'esame complessivo del testo», può darsi rilievo pari alla lettera della norma, «mediante valorizzazione della congiunzione «e», interposta, nel comma 1 dell'art. 12 prel, fra un criterio interpretativo e l'altro», solo «quando la lettera della norma sia ambigua» (10). Queste massime danno però una falsa rappresentazione delle operazioni interpretative che i giudici sono soliti condurre circa il significato proprio delle parole. Basti, come esempio emblematico, la clamorosa interpretazione che a cavallo del 2000, la Cassazione ha dato all'art. 2059 c.c. relativo al risarcimento del danno non patrimoniale: interpretazione abrogativa dell'inciso «nei casi previsti dalla legge», giudicato in contrasto con l'art. 2 della Costituzione. Operazione interpretativa encomiabile, in sé considerata; ma è davvero una interpretazione o non è piuttosto una vera e propria riforma legislativa, anche se attuata per sentenza? Era «ambiguo» quell'inciso? Certamente no: la Cassazione lo cancella, anche se chiarissimo; lo cancella perché lesivo di un diritto fondamentale; e cancella, al tempo stesso, l'art. 12 delle preleggi (11).

7. – *Codificare la nomofilachia*. Montesquieu, Muratori, Verri sono oggi improponibili. In una società in rapida trasformazione, come quella odierna, l'adeguamento del diritto ai mutamenti della realtà non può essere rimesso solo alla sede legislativa. Dalla società si leva, anche sul giudice, una spinta incontenibile, cui il giudice non può sottrarsi, adducendo che una apposita legge non c'è o che, se la legge che c'è è una legge ingiusta, non può il giudice modificarla. La società di cui parliamo è poi una società sempre più globalizzata, le cui regole non sono statuali, come non sono statuali, bensì planetarie, le regole che compongono la nuova *mercatoria*, sicché è vano pretendere di vincolare il giudice alla legge dello Stato. Nelle controversie che insorgono nel commercio internazionale il giudice applicherà piuttosto la transnazionale *lex mercatoria*, come la nostra Cassazione ha avvertito già negli anni '80 (12).

(9) Così Cass., 6 agosto 1984, n. 4631, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 2983.

(10) Cfr., fra le altre, 26 febbraio 1983, n. 1482; Cass., 2 marzo 1983, n. 1557, in *Dir. lav.*, 1984, II, p. 12; Cass., 27 ottobre 1983, n. 6363; Cass., 7 aprile 1985, n. 2454; Cass., 28 agosto 1979, n. 4699, in *Giur. agr. it.*, 1980, p. 359.

(11) Fra le più recenti ricordo Cass., 31 maggio 2003, n. 8827, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2273, dove gli altri riferimenti. E la Corte Cost., con sentenza 11 luglio 2003, n. 233, ha avallato questa innovazione interpretativa qualificandola come «una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ.».

(12) Mi riferisco a Cass., 8 febbraio 1982, n. 722, in *Foro it.*, 1982, I, c. 2285, sulla quale mi sono soffermato in *Lex mercatoria*, Bologna, 2001, p. 232 ss. E segnalo anche la recente sentenza del Trib. Busto Arsizio, 27 ottobre 2003, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, con nota di MARRELLA.

Non viviamo più nell'era della *legislatio*; viviamo, uso ora le parole di nostri filosofi, nell'era della *iurisdictio* (e al riguardo ricordo Guido Fassò e Nicola Matteucci).

La soluzione del problema non è, dunque, nel rapporto tra legislazione e giurisprudenza; è, invece, da ricercare all'interno di quest'ultima.

Se una legge si vuole fare, si faccia una legge che codifichi la nomofilia e introduca, fra i motivi di ricorso per Cassazione, la contrarietà immotivata della sentenza di merito ai principi già fissati dalla Corte regolatrice, precisando altresì che il giudice di merito incorre in vizi di motivazione se disattende immotivatamente i propri precedenti. Sarà meno dello *stare decisis* di *common law*, meno della *doctrina legal* spagnola, meno anche del sistema predicato dalla nostra Sezione lavoro.

Lorenza Carlassare. *Conflitti nella enunciazione dei principi di diritto: problemi di costituzionalità?*

1. – *La questione dei conflitti fra «l'indeclinabile funzione interpretativa» degli organi giurisdizionali e il principio di eguaglianza.* Il tema che mi è stato assegnato dagli organizzatori è veramente arduo e il punto interrogativo nel titolo è d'obbligo.

La divergenza d'interpretazioni all'interno stesso dell'organo cui è affidata la funzione nomofilattica (13) è sicuramente una questione seria che presenta risvolti assai problematici con ricadute non lievi sulle situazioni giuridiche soggettive.

È o sembra essere in causa addirittura il principio costituzionale d'eguaglianza, in quanto la difformità interpretativa porta a soluzioni diverse nei singoli casi concreti, con la conseguenza che situazioni eguali o analoghe ricevono poi risposte giurisdizionali differenti. I soggetti che si trovano ad essere parte di un giudizio possono infatti vederlo concludersi con una sentenza favorevole o contraria a seconda dell'interpretazione che il giudice ha seguito.

Già così prospettata la questione - nella prospettiva del costituzionalista - appare assai dubbia: non è questa diversità possibile il necessario portato dell'ineliminabile problematicità dell'interpretazione che - come ormai è stato chiarito da troppo tempo perché sia necessario insistervi - non è riducibile ad un'operazione matematica? (14)

La Corte costituzionale, del resto, riconosce espressamente che «a tutti gli organi giurisdizionali spetta, in piena indipendenza e autonomia, una indeclinabile funzione interpretativa» (15).

(13) Ben documentata da G. MONETA, *I mutamenti nella giurisprudenza della Cassazione civile*, Padova 1993 ; id., *Conflitti giurisprudenziali in Cassazione*, Padova 1995.

(14) Si veda già L. CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1953. Di recente, spunti di notevole interesse in A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano, 2003.

(15) Sent. n. 456/1989.

Parrebbe allora di dover impostare la questione in termini diversi, e, precisamente, chiedendosi quali rimedi siano disposti dall'ordinamento per garantire (un minimo di) certezza e omogeneità interpretativa. Così però si torna al punto di partenza: la risposta fornita dal sistema giuridico italiano sta infatti nella Suprema Corte di cassazione che «assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale» (16). Se quest'organo, diviso in più Sezioni, esprime orientamenti interpretativi disarmonici e contrastanti, il rimedio sta nelle Sezioni Unite; non sembra, tuttavia, che si raggiunga l'obiettivo desiderato.

Cosa può dire in proposito il costituzionalista? Può essere chiamata in causa la Corte costituzionale? In quale modo e per quali ragioni?

2. – *Il giudizio incidentale di legittimità costituzionale fra «disposizione» e «norma».* Se un problema è particolarmente complesso conviene ridurlo, nei limiti del possibile, nei suoi termini più semplici ed essenziali, scomponendolo nei diversi passaggi affinché la linea argomentativa risulti maggiormente chiara.

Inizierei dai presupposti, ricordando in che modo interviene la Corte costituzionale e in che modo (e da chi) può essere chiamata in causa quando è in gioco il principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione.

I giudizi nei quali è in causa il principio di eguaglianza sono essenzialmente i giudizi sulla legittimità costituzionale delle leggi (o degli atti aventi forza di legge) in via incidentale; chi può investire la Corte della questione è il giudice nel corso di un giudizio, d'ufficio o su iniziativa *delle parti*. Quest'ultima precisazione va per ora soltanto sottolineata, ma sarà ripresa in quanto suscettibile di aprire qualche possibile via alla riflessione che qui interessa.

Un altro punto essenziale per il nostro discorso è il seguente: nei giudizi di costituzionalità delle leggi, su cosa si pronuncia la Corte?

La questione di legittimità costituzionale è sollevata nei confronti di una *disposizione legislativa*: la disposizione è essenziale, perché, com'è noto, norme senza disposizione (ad esempio norme di fonte consuetudinaria) non possono normalmente essere sottoposte al controllo di legittimità costituzionale. Ho detto «normalmente» perché qualche rarissima eccezione si conosce: mi riferisco in particolare alle decisioni nelle quali finalmente la Corte ha ritenuto ammissibile il controllo delle norme prodotte da un decreto-legge sanato ma non convertito (e quindi nel frattempo decaduto), dopo una lunga prassi giurisprudenziale che vedeva concludersi il giudizio con una dichiarazione di inammissibilità della questione per mancanza dell'*atto fonte*. (17)

(16) Art. 65 del R.D. 30 gennaio 1941, n. 12.

(17) Contro questa giurisprudenza avevo richiamato l'attenzione già in *Le decisioni di inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, (Atti del Convegno di Trieste), Milano (Giuffrè, 1988, 27ss.). La Corte costituzionale, eliminando finalmente una grave lacuna nel sindacato sugli atti legislativi, muta giurisprudenza con la sent. n. 84/1996 che ammette il *trasferimento* della censura di incostituzionalità dal decreto impugnato al successivo decreto-legge

Se la disposizione è essenziale, la Corte tuttavia giudica quasi sempre di norme, ossia di disposizioni interpretate, pronunciandosi dunque su significati normativi ricavabili dalle disposizioni impugnate (18).

Il discorso sembra doversi necessariamente muovere entro questo binario, costituito dalle «disposizioni» e dalle «norme»: si tratta di vedere se sia possibile riuscire ad inserire in questo spazio e collocare nell'area del controllo di legittimità costituzionale la questione delle interpretazioni divergenti provenienti dall'organo che dovrebbe assicurare l'uniforme interpretazione della legge. A causa dei conflitti nell'enunciazione dei principi di diritto (art. 384 c.p.c.) i destinatari dei provvedimenti giurisdizionali, pur trovandosi in situazioni (astrattamente) eguali, in concreto ricevono un trattamento diseguale in contrasto col principio di eguaglianza.

La risposta sembra subito negativa: sul versante della disposizione, almeno nel modo in cui fin qui si è posto l'interrogativo, non si vede proprio quale possa essere la disposizione da sottoporre al giudizio di costituzionalità (19).

Più problematica appare la risposta sul versante della norma. Ma, come ho appena ricordato, a fronte di significati normativi divergenti, non abbiamo le corrispondenti disposizioni: la disposizione diversamente interpretata è una sola e l'eventuale incostituzionalità *non* sarebbe riconducibile ad essa in *una* delle sue interpretazioni, ma alla divergenza delle soluzioni interpretative adottate da diversi organi giurisdizionali nell'applicazione della disposizione medesima. Quindi l'eventuale illegittimità sarebbe dovuta a qualcosa che sta *fuori* dalla disposizione collegandosi direttamente a comportamenti di organi diversi dal legislatore e ad atti (le sentenze) diversi dalla legge, atti che il giudice costituzionale non può sottoporre al sindacato di legittimità costituzionale.

È qui essenziale, fra l'altro, non dimenticare che la giurisprudenza costituzionale è ferma e costante nel rifiutare, dichiarandole inammissibili, tutte le questioni nelle quali il giudice remittente non indica il significato normativo - un *solo* significato normativo - da lui attribuito alla disposizione, ma prospetta invece diverse interpretazioni. Si tratta di un orientamento giurisprudenziale costante che continua nel tempo.

In base ai dati rapidamente riassunti non risulta facile individuare come si potrebbe investire la Corte di simili questioni.

avente contenuto normativo eguale, oppure - ciò che più conta - *sulla legge di sanatoria*, affermando la possibilità di continuare il giudizio *sulla norma* anche se contenuta in *fonte diversa da quella originaria*.

(18) V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova 1978, 38 ss.

(19) A meno di non pensare di portare al controllo della Corte l'art. 384 chiedendo una sentenza additiva che ne dichiari l'incostituzionalità nella parte in cui non prevede che tutti i giudici - e non solo quello del rinvio - siano vincolati dai principi di diritto enunciati dalla Cassazione. Cosa incongrua da un lato - dato che si lamenta proprio la difformità d'interpretazioni da parte di quest'ultima - e non ipotizzabile, dall'altro lato perché ciò che si chiede è sicuramente incostituzionale.

Resta da chiedersi se potrebbe essere d'aiuto il carattere *trilatero* dei giudizi di eguaglianza, nei quali appunto, oltre al principio costituzionale violato – l'art. 3 – altre *due norme* sono poste a confronto. Due norme ricavate normalmente da due diverse disposizioni legislative, ma talvolta da una *medesima* disposizione quando, indicando le situazioni o i soggetti tutelati, la disposizione stessa implicitamente *esclude* altre categorie non espressamente menzionate che pure si trovano in situazioni eguali.

In alcuni casi, dalla stessa disposizione deriva dunque sia la norma che attribuisce una posizione giuridica di vantaggio ad alcuni, sia la norma che esclude altri senza la giustificazione della *diversità* delle situazioni; e sarà questa *norma di esclusione* ad essere impugnata. L'esempio più chiaro e notissimo è la sentenza, ormai risalente, con la quale venne dichiarato illegittimo l'articolo del codice civile che, non indicando anche i figli naturali tra coloro che succedevano per rappresentazione, li escludeva irragionevolmente dalla successione, ledendo così il principio d'eguaglianza.

3. – *Segue: la peculiare struttura dei giudizi di eguaglianza.* Tuttavia, non sembra agevole trovare la via d'accesso al giudizio di costituzionalità neppure utilizzando la particolare struttura del giudizio di eguaglianza, che non si esaurisce nel confronto fra la norma impugnata e il parametro costituzionale richiamato «bensì richiede che il giudizio stesso comprenda almeno tre termini, vale a dire la norma impugnata, il principio costituzionale d'eguaglianza ed un *tertium comparationis*, in vista del quale possa dirsi che la differenziazione... sia ragionevole oppure arbitraria» in quanto «provista o carente di un adeguato fondamento giustificativo». Non è infatti la bontà nè «l'intrinseca giustezza» di questa o quella scelta che la Corte viene chiamata a valutare. (20)

Il tentativo di trovare uno spiraglio nella peculiarità del giudizio di eguaglianza si rivela peraltro infruttuoso quando si rifletta sul *tertium comparationis*. In primo luogo la disparità di trattamento «denunciata con riferimento alla disciplina di certe fattispecie o categorie di soggetti, dev'essere apprezzata in *rapporto* alla disciplina che l'ordinamento riserva ad altre categorie o fattispecie del tutto o in parte distinte da quella che forma l'oggetto della norma impugnata» chiarisce Paladin. (21)

(20) Secondo la dottrina prevalente cui la Corte normalmente si attiene. Si veda in particolare L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza: aprile 1979 - dicembre 1983*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985, 609, il quale, com'è noto, ha inteso rendere il più possibile giuridico il giudizio di eguaglianza per non consentire che sia affidato a valutazioni condotte alla stregua di valori, principi o criteri che sconfinino in altri piani aprendo spazi non delimitabili al giudice costituzionale. La Corte, come egli stesso ha dimostrato, nel complesso vi si è attenuta, anche se il discorso è complesso e quella rigorosa posizione non è da tutti interamente condivisa. Sulla questione si vedano in particolare S. BARTOLE, *L'elaborazione del parametro e del protocollo delle argomentazioni*, e G. ZAGREBELSKY, *Eguaglianza e giustizia nella giurisprudenza costituzionale*, oltre all'*Introduzione* di L. CARLASSARE, in *Corte costituzionale e principio d'eguaglianza* (Atti del Convegno in ricordo di Livio Paladin), Padova, 2002, 15 ss., 35 ss., 56 ss. e gli interventi di S. FOIS e F. GRECO, *ivi* 141 ss., 147 ss.

(21) L. PALADIN, *Corte costituzionale, cit.*, 609.

Si vede subito che non è il nostro caso nel quale le categorie o fattispecie sono invece *le stesse*. Inoltre, è necessario separare nettamente le discriminazioni rilevanti sul piano normativo, dalle *disparità di mero fatto*.

Il principio d'eguaglianza si rivolge *alla legge*, per vietare che essa introduca arbitrarie differenziazioni (22). Viceversa, nel caso di decisioni ispirate a interpretazioni contrastanti, non si ha diseguaglianza derivante da discipline legislative differenti dettate per situazioni eguali, ma *diseguaglianza nell'applicazione* di una disposizione a causa delle divergenti interpretazioni degli organi giurisdizionali. I quali peraltro – art. 101 comma 2 Cost. – sono soggetti soltanto alla legge.

In definitiva mancano entrambe le condizioni che caratterizzano i giudizi di eguaglianza: che le fattispecie o categorie disciplinate in modo differente siano distinte fra loro, che la disparità non sia di mero fatto, ma derivi dalla legge.

Se questa non sembra una via praticabile non si può tuttavia escludere che attraverso altre e meno dirette strade la giustizia costituzionale possa essere in qualche modo di aiuto.

4. – *Le decisioni interpretative e le decisioni d'inammissibilità della Corte costituzionale*. È da chiedersi se attraverso le decisioni interpretative di vario tipo la Corte costituzionale possa intervenire utilmente riducendo almeno l'entità del fenomeno.

La risposta è sicuramente positiva, anche se necessariamente articolata.

Mentre non sembra possibile ipotizzare un giudizio di legittimità costituzionale fondato su contrastanti enunciazioni del punto di diritto invocando la violazione dell'art. 3 Cost. per la conseguente diseguaglianza che si produce, non è dubbio che la disposizione oggetto delle contrastanti interpretazioni possa essere portata al giudizio di costituzionalità in una delle interpretazioni stesse. Non perché in contrasto con altre, ma perché *non conforme* a Costituzione.

Perciò ho voluto sottolineare la possibilità che siano le parti del giudizio principale a sollevare l'eccezione nel corso del giudizio. Infatti, se il significato normativo che il giudice è tenuto ad assumere ai sensi dell'art. 384 c.p.c. è ritenuto da una delle parti tale da recare pregiudizio alla sua posizione, sarà possibile chiedere che la disposizione, in *quel significato normativo*, sia sottoposta al controllo di costituzionalità; in presenza di interpretazioni divergenti non è difficile ipotizzare che una delle due sia in contrasto con la Costituzione. Qualora la Corte, così investita della questione, ne riconosca la fondatezza, può ben concludere con una sentenza di *accoglimento interpretativa* che, dichiarando incostituzionale *quel* significato normativo ne determini l'annullamento, lasciando in vita la disposizione in tutti gli altri significati da essa ricavabili.

Il dubbio, sollevato in dottrina, che il giudice del *rinvio* possa sollevare la questione di legittimità costituzionale della disposizione come interpretata dalla

(22) *Op. ult. cit.*, 611.

Corte di Cassazione, nell'enunciazione del principio di diritto (che egli è tenuto a seguire) è stato superato dalla giurisprudenza costituzionale. Nonostante l'enfasi di una parte della dottrina sulla situazione senza uscita del giudice del rinvio posto di fronte a due contrastanti obblighi (23), la risposta affermativa della Corte costituzionale è stata chiara (24) e risulta pienamente giustificata in particolare nell'ottica della teoria del «diritto vivente» che escluderebbe peraltro, in simile ipotesi, la possibilità che il giudice costituzionale risponda con una sentenza interpretativa di rigetto (25).

In via generale l'esame della giurisprudenza condurrebbe a concludere che «l'attività interpretativa della Consulta non è condizionata, nei suoi esiti, dalla soluzione ermeneutica adottata dalla Cassazione» (26) e non da oggi. Del resto la dottrina ha messo in luce che da tempo la giurisprudenza della Cassazione, pur essendo una delle matrici del «diritto vivente» anzi la più importante, da un lato non è l'unica, dall'altro è talora disattesa dalla Corte costituzionale che se ne discosta assumendo altre soluzioni interpretative (27).

La Corte costituzionale interviene dunque in vario modo sulle interpretazioni della Cassazione per correggerne o eliminarne alcune; in tal modo sicuramente facilitando la ricomposizione dell'unità.

Una riprova forte è l'ordinanza n. 338 del 2001, dove la Corte costituzionale risponde con una decisione puramente processuale ad una questione sollevata dalle Sezioni Unite civili (28), seguendo così l'orientamento ormai affermato di dichiarare inammissibile la questione se la disposizione è suscettibile di un'interpretazione diversa non contrastante con la Costituzione, richiamando il giudice al suo dovere di cercare egli stesso un'interpretazione conforme a Costituzione prima di sottoporla al controllo di costituzionalità, da riservare ai soli casi in cui non sia possibile rinvenirne alcuna.

La decisione è significativa nei suoi passaggi. Considerato: che dalla stessa ordinanza di rimessione risulta che la giurisprudenza «anche di legittimità» ha oscillato fra due soluzioni interpretative; che il remittente «non ha saggiato la tenuta dell'interpretazione cui è giunto alla luce sistematica dei principi costituzionali» che egli stesso «ritiene reggere la materia» (infatti li ha invocati nel proporre la questione); che «in relazione al principio di unità dell'ordinamento giuridico» il giudice deve ricorrere ai principi costituzionali

(23) Di cui dà conto ampiamente A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*. *Genesi, uso, implicazioni*, Milano, 1994, 608 ss.

(24) La conferma è in molte decisioni costituzionali, a partire dalla n. 39/1961: indicazioni in A. PUGIOTTO, *Sindacato*, cit., 609.

(25) In quanto, in quel caso, non vi sarebbero interpretazioni alternative possibili per il giudice del rinvio e, quindi, il giudizio di costituzionalità dovrebbe necessariamente assumere la disposizione nel significato normativo fissato dalla Cassazione: se è incostituzionale dichiarandone l'illegittimità, altrimenti dichiarando infondata la questione (senza contrapporre interpretazioni diverse): A. PUGIOTTO, *ult. cit.*, 612 ss.

(26) A. CARDONE, *Funzione di nomofilachia della Cassazione e pronunce della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.* 2001, 2896.

(27) Cfr. A. PUGIOTTO, *sindacato di costituzionalità*, cit., 368-392.

(28) In *Giur. cost.* 2001, 2884 ss.

per giustificare la proposizione della questione solo dopo che «siano stati considerati per interpretare in loro conformità le disposizioni che il giudice deve applicare»; che, sotto questo profilo la questione risulta carente «per difetto d'interpretazione della norma censurata» tanto più evidente in quanto «altra giurisprudenza è potuta giungere a un risultato interpretativo che avrebbe reso superflua... la questione di costituzionalità proposta», la questione dev'essere dichiarata «*manifestamente inammissibile*» (29).

Di uno dei passaggi vorrei sottolineare un punto per il suo grande interesse ai fini del nostro discorso: il richiamo al principio di unità dell'ordinamento giuridico, costituita dall'intero sistema con al vertice la Costituzione; unità che, di conseguenza, alla Corte costituzionale spetta assicurare.

La decisione non ha mancato di suscitare qualche perplessità. E non tanto per il fatto che il principio di diritto era stato enunciato dalle Sezioni Unite, ma soprattutto unendo questo al tipo di decisione prescelto: una ordinanza di inammissibilità. La Corte costituzionale, in nome dell'interpretazione conforme a Costituzione, ha addirittura rifiutato di entrare nel merito (30).

5. – *Le sentenze interpretative di rigetto.* Dalle decisioni interpretative di rigetto, pur senza voler attribuire un vincolo positivo oltre che negativo che sembra proprio da respingere, deriva comunque per tutti i giudici l'obbligo «di non ritenere manifestamente infondata la *quaestio legitimitatis* risolta in senso negativo dalla Corte costituzionale» (31). Ad ogni giudice, e dunque anche alla Suprema Corte di cassazione, «sarebbe inibita la reiezione per manifesta infondatezza della questione sollevata dalle parti». Su quest'ultima affermazione sicuramente si può concordare.

Ciò significa che, non solo il giudice del rinvio, ma la stessa Cassazione (le singole Sezioni o le Sezioni unite) sarebbe tenuta, quando decide definitivamente (ai sensi del novellato art. 384), a sollevare la questione di costituzionalità di una disposizione su richiesta di una delle parti che da quel significato normativo si ritiene danneggiata. Dopo essersi preoccupata di cercare l'interpretazione *conforme* a Costituzione (32).

Anche mediante questo tipo di decisioni il giudice costituzionale può incidere sul significato della disposizione. È pertanto utile un breve cenno agli effetti di queste sentenze e al rapporto giudici/Corte costituzionale che in qualche modo va in due direzioni.

(29) La Corte richiama espressamente i suoi precedenti, in particolare «tra molte, ordd. Nn. 592 e 117 del 2000».

(30) Il che sembra compromettere del tutto la funzione nomofilattica: A. CARBONE, *Funzione di nomofilachia*, cit., 2891 ss. il quale ricorda anche che la Corte costituzionale, pur avendo avuto occasione di pronunciarsi sull'art. 65 dell'ordinamento giudiziario alla luce della Costituzione, non abbia veramente chiarito il ruolo della funzione nomofilattica in tale luce (sent. n. 134/1968, in *Giur. Cost.* 1968, 2249 ss. con nota di V. ANDRIOLI).

(31) L. ELIA, *Sentenze interpretative di norme costituzionali e vincolo dei giudici*, in *Giur. Cost.* 1966, 1719. Anche per G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, 294, ogni giudice dovrebbe risolvere la questione ogniqualvolta volesse dare alla disposizione il significato escluso dalla Corte.

(32) *Infra* e nota 23.

In una prima fase la Corte costituzionale nel decidere con una sentenza interpretativa di rigetto la questione sottoposta dal giudice remittente non teneva in particolare considerazione l'esistenza di un'interpretazione consolidata in giurisprudenza, tendendo a reinterpretare comunque la disposizione in modo conforme a Costituzione. Con la conseguenza che, successivamente, persistendo l'interpretazione da essa disattesa, di fronte alla riproposizione della medesima questione, si trovava costretta ad emanare una decisione di accoglimento, rimuovendo così, con effetto *erga omnes*, il significato normativo incostituzionale, passando da un'interpretativa di rigetto ad un'interpretativa di accoglimento.

In proposito, oltre al caso più noto – le due decisioni sull'art. 2 t.u.p.s., un'interpretativa di rigetto del 1956 (n. 8) e un'interpretativa di accoglimento del 1961 (n. 26) – è interessante ricordare il contrasto con la Cassazione che manteneva la stessa interpretazione dell'art. 392 c.p.p. allora vigente, pur dopo la sentenza n. 11/1965 (che, come dirà poi la Corte, forniva l'unica interpretazione non contrastante con l'art. 24 Cost.): nella sentenza n. 52 dello stesso anno, la Corte costituzionale dice espressamente che «avendo la magistratura ordinaria continuato a ribadire l'indirizzo seguito fin dal 1958» e continuando perciò la disposizione «a “vivere” nella realtà concreta in modo incompatibile con la Costituzione» deve esserne dichiarata l'illegittimità.

Successivamente è più attenta al *diritto vivente* e a questo spesso si adegua. Laddove il diritto vivente non si è ancora formato, e sussistono interpretazioni divergenti, la Corte costituzionale può contribuire a consolidare e far diventare «diritto vivente» un'interpretazione della Cassazione: ad esempio nella sent. 325/1983 assume come conforme a Costituzione, e dunque, da seguire, quella fornita dalla Cassazione.

Abbiamo quindi la possibilità che l'interpretazione della Cassazione diventi maggiormente vincolante proprio in virtù di una decisione costituzionale. In questo senso si può dire che l'esistenza del giudice della costituzionalità delle leggi può costituire in parte un rimedio alle divergenze interpretative lamentate.

Come già accennavo, ciò non sempre avviene, nonostante il forte impegno della dottrina (Pugiotto) a vincolare la Corte costituzionale al diritto giurisprudenziale effettivamente applicato, onde evitare che si ritenga libera di interpretare in modo del tutto autonomo le disposizioni legislative sottoposte al suo controllo (lasciando in vita norme incostituzionali che i giudici continuano effettivamente ad applicare).

Va ricordato che non di rado nella conferenza stampa di fine anno i Presidenti della Corte hanno trattato la questione. Nell'84 Leopoldo Elia (33) chiarisce che le sentenze interpretative di rigetto vanno distinte in due specie «facendo riferimento alcune al «diritto vivente» quale enunciato dalla Corte di cassazione, diritto che inficia il presupposto da cui muove il giudice *a quo* per denunciare il contrasto della norma con la Costituzione,

(33) L. ELIA, *La giustizia costituzionale nel 1984*, in *Giur. cost.* 1985, 393 ss.

altre, nelle quali in assenza «di qualunque “diritto vivente”», si procede «a un intervento esegetico adeguato alla Costituzione circa il senso della norma impugnata».

6. – *Segue: gli «altri» giudici di fronte alle sentenze interpretative di rigetto; le precisazioni del Presidente Vassalli dopo alcune affermazioni della Cassazione.* In altra occasione sottolineavo che le sentenze di rigetto interpretative possono prestarsi a diverse letture (34). Da un lato la Corte, con questo tipo di decisioni, riconosce a sé il potere di reinterpretare le disposizioni sottoposte al suo giudizio dalle autorità remittenti. Dall'altro lato invitando i giudici ad utilizzare la Costituzione nell'interpretare le leggi e «ad utilizzare fino in fondo gli strumenti interpretativi «a loro disposizione» (35), apre ad essi spazi ampi. L'invito a regolarsi autonomamente quando «si dia la possibilità di una diversa lettura... tale da evitare le conseguenze della illegittimità costituzionale» si fa sempre più deciso: il canone dell'*interpretazione conforme a Costituzione* è considerato, per l'interprete, addirittura un «dovere» (sent. n. 232/1998) (36).

In questa luce tali decisioni appaiono pienamente rispettose della libertà dei giudici.

Può sembrare dunque strano che dalla stessa Corte costituzionale venga segnalato un rischio alle sentenze interpretative di rigetto «nelle quali si addita la soluzione ermeneutica che facendo salvo il sistema in ossequio al principio della conservazione dei valori giuridici, lo rende immune sul piano della costituzionalità». Nella conferenza stampa relativa all'attività svolta nel 1999 (37) il Presidente Vassalli sottolinea che una decisione di questo tipo da un lato «può far assumere alla Corte una funzione nomofilattica che non le appartiene» e, dall'altro, «specie dopo talune sentenze della Corte di Cassazione in ordine alla portata vincolante delle sentenze costituzionali formalmente interpretative», può determinare l'insorgere di un nuovo contenzioso qualora gli organi giurisdizionali non ritengano di condividere la soluzione ermeneutica indicata dalla Corte costituzionale ove questa dovesse ritenersi vincolante (38).

Quali sono e cosa dicono le sentenze della Cassazione cui il presidente della Corte costituzionale allude? Di quale «portata vincolante» si parla e nei confronti di chi?

(34) L. CARLASSARE, *Perplexità che ritornano a proposito delle sentenze interpretative di rigetto*, in *Giur. Cost.*, 2001, 186 ss.

(35) Le sentenze interpretative di rigetto erano considerate «impliciti inviti» in tal senso, soprattutto rispetto alle leggi anteriori alla Costituzione: V. ONIDA, *L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Mortati*, IV, Milano 1977, 541. Oggi, come si dirà subito nel testo, l'invito è sempre più pressante.

(36) Sul punto, anche per il richiamo ad altre sentenze più recenti, si veda E. LAMARQUE, *Gli effetti della pronuncia interpretativa di rigetto della Corte costituzionale nel giudizio a quo*, in *Rivista 2000*, 727 ss. L'orientamento della Corte costituzionale, come dicevo, continua: si vedano, ad esempio le decisioni n. 3, n. 89, n. 366 del 2002.

(37) In *Giur. Cost.*, 2000, 1225 ss.

(38) Si veda ancora G. VASSALLI, *La giustizia costituzionale nel 1999*, cit., 1227.

Le incertezze in ordine al carattere negativo o positivo del vincolo delle sentenze di rigetto interpretative per l'autorità remittente sono oggetto di dibattito dottrinale fin dagli anni cinquanta (39). Ora, rispetto al passato, le posizioni delle due Corti – Corte costituzionale e Corte di cassazione – risultano in un certo senso invertite.

È infatti il Presidente della prima a sottolineare il rischio di attribuire al giudice costituzionale una «funzione nomofilattica che non le appartiene», ed è, viceversa, la Cassazione, in definitiva, a riconoscergliela. Ed è sempre la Corte costituzionale a concepire in senso limitativo il vincolo di tali sentenze – un vincolo negativo per il giudice *a quo*, tenuto a «uniformarsi alla pronuncia della Corte anche per quanto riguarda l'interpretazione esclusa» (40), non più utilizzabile in *quel* giudizio - mentre è la Corte di cassazione ad ampliarne sia l'intensità sia i destinatari.

Il vincolo per il giudice remittente è inteso infatti da quest'ultima come «positivo», almeno «ove, per avventura, dal contesto della motivazione della decisione della Corte costituzionale, appaia chiaro che la soluzione adottata sia "l'unica compatibile", essendo state scartate tutte le altre» (41).

Ma pure per gli altri giudici la sentenza interpretativa di rigetto creerebbe un vincolo non solo *negativo*, ma *positivo*, in quanto «tutti i giudici sono tenuti a *non fare applicazione* delle disposizioni *in un senso diverso* da quello affermato dalla Corte costituzionale senza aver prima sollevato questione di legittimità costituzionale» (42). Non si tratta soltanto, dunque, di non applicare la disposizione nel significato disatteso (o implicitamente ritenuto illegittimo) dalla Corte costituzionale, come talora era stato sostenuto (43) ma di applicarla nell'interpretazione proposta dal giudice delle leggi.

(39) Questione ben nota e assai risalente, in cui si sono impegnati, solo per citare alcuni, Esposito, Crisafulli, Sandulli, Mazziotti, Elia.

(40) Interpretazione «che costituisce parte integrante della decisione che egli deve assumere»: Corte Cost., ord. n. 268/1990, in *Giur. Cost.* 1990, 1599 ss.

(41) Cass., Sez. un. penali, 16 dicembre 1998, in *Giur. Cost.*, 2000, 1407, commentata da E. LAMARQUE, *Le sezioni unite penali della Cassazione «si adeguano» ...all'interpretazione adeguatrice della Corte costituzionale*, *ivi*, 1412 ss., la quale sottolinea che la Cassazione «modula gli effetti delle pronunce interpretative di rigetto in relazione ai motivi per i quali la Corte dichiara di abbandonare una interpretazione della legge in favore di un'altra» (1417).

(42) In questo senso ancora Cassazione, sez. un. pen., *cit.*, 1409 così conclude (al punto 8), dopo aver richiamato la (scarsa) giurisprudenza precedente della stessa Corte suprema di Cassazione al riguardo (*loc. cit.*, 1406 s), considerato che l'affermazione secondo cui «non esiste alcun effetto vincolante della decisione di rigetto interpretativa» in relazione a tutti gli altri giudizi, «esatta nella sua premessa generale, trova dei correttivi e necessita di chiarimenti».

(43) Nella decisione menzionata (*loc. cit.* 1408) la Cassazione si riferisce esplicitamente alla doppia pronuncia contenuta nella motivazione della sentenza interpretativa di rigetto, sulla conformità a Costituzione del significato normativo attribuito dalla Corte costituzionale alla disposizione impugnata e sulla contrarietà a Costituzione di quello attribuito alla medesima disposizione dal giudice *a quo* come già in altre decisioni precedenti (in particolare Cass., sez. un., n. 930 del 1996, in *Gazz. Giur. Giuffrè*, n. 9/1996, 46) dove di parlava di

Contro il valore vincolante delle sentenze interpretative di rigetto – che restano comunque sentenze *di rigetto*, benché la loro influenza nei confronti dei giudici comuni non sia discutibile, gli argomenti non mancano.

In primo luogo ne vanno sottolineate le conseguenze negative per la libertà dei giudici: nessuna opzione interpretativa rimarrebbe aperta se davvero l'interpretazione assunta dalla Corte fosse, *per tutti*, vincolante. Ma la Corte stessa era stata esplicita sulla natura del vincolo – sicuramente *negativo* – delle decisioni di rigetto interpretative nei confronti dell'autorità remittente (44). Difficile ipotizzare un generale vincolo positivo.

D'altra parte, se il giudice costituzionale intendesse attribuire efficacia generale alle sue pronunce, disporrebbe di altro, sicuro e non controverso strumento: le *sentenze di accoglimento interpretative* utilizzate fin dall'inizio qualora, dopo una sentenza di rigetto interpretativa, la disposizione continuava ad essere applicata nel significato disatteso dalla Corte che in tal modo veniva eliminato *erga omnes e retroattivamente*. (45)

Se la sentenza di accoglimento interpretativa preclude ai giudici l'applicazione della disposizioni *nel solo significato* normativo dichiarato incostituzionale (restando aperta ogni altra opzione interpretativa), come si può ipotizzare che dalle decisioni di rigetto (interpretative) derivi un vincolo più intenso (cioè un vincolo positivo)? (46)

7. – *La ricomposizione dell'unità a livello costituzionale*. Con le decisioni interpretative di accoglimento e di rigetto, e con il richiamo al dovere per i giudici di ricorrere all'interpretazione conforme a Costituzione, la Corte ribadisce l'intreccio fra interpretazione della legge e interpretazione della Costituzione, eliminando gli ultimi residui dell'idea risalente che poneva quest'ultima su un piano diverso e *separato* rispetto al piano delle leggi (47). Quasi che la Costituzione non riguardasse i giudici e che i suoi principi non fossero immediatamente vincolanti nell'applicazione del diritto.

In questa luce risalta appieno la funzione delle decisioni con le quali la Corte costituzionale dichiara *inammissibile* la questione proposta, con la motivazione che il giudice remittente ha omesso di cercare l'interpretazione conforme a Costituzione prima di sottoporre al giudizio di costituzionalità la disposizione legislativa che egli deve applicare.

Attraverso i diversi strumenti considerati il giudice costituzionale è dunque in grado di ripristinare l'*unità*, che si ricompone ormai a *livello costituzionale*.

un generale vincolo negativo. Per altri precedenti e per più approfondite considerazioni, si veda ancora E. LAMARQUE, *Gli effetti della pronuncia interpretativa di rigetto*, cit., in particolare 517-522.

(44) Si veda la decisione già menzionata *supra* alla nota Corte Cost., ord. n. 268/1990, in *Giur. Cost.*, 1990, 1599 ss.

(45) Cass., Sez. un. penali, 16 dicembre 1998, in *Giur. Cost.*, 2000, 1407 (vedi nota 29).

(46) Come ho ricordato *supra*, § 4.

(47) Intreccio sulla cui necessità, del resto, da tempo insiste la dottrina (in particolare C. MEZZANOTTE) sensibile ai valori costituzionali, rifiutando la concezione della Costituzione come «separata» dal piano delle leggi.

IL CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

L'accordo raggiunto dai 25 Stati membri sul testo della «Costituzione europea» rappresenta un grande successo (*)

Nonostante le valutazioni critiche o negative di alcuni commentatori, è da ritenere che l'accordo conseguito a Bruxelles il 18 giugno scorso dai 25 Stati membri sul testo del Trattato costituzionale, istitutivo dell'Unione europea, rappresenti un grande successo.

I commenti negativi, che hanno raggiunto l'opinione pubblica, sono per lo più espressi da politologi, sociologi o filosofi usi a considerare più importante l'attività dell'Unione europea in politica estera nei suoi rapporti con i Paesi che non ne fanno parte.

Questo è soltanto un aspetto, e non il più rilevante, dell'originale struttura istituzionale che è stata realizzata in mezzo secolo di integrazione europea.

A partire dal primo Trattato, quello della Comunità europea del carbone e dell'acciaio, di oltre cinquant'anni fa, ogni successivo trattato, destinato ad istituire una nuova Comunità o ad ampliare i poteri e gli obiettivi di quelle già istituite, ha avuto i suoi critici, sempre sollecitati a vaticinarne il fallimento o quanto meno l'irrilevanza dell'impatto.

(*) Questo testo è pubblicato sul sito: www.lavoce.info. Su richiesta dell'Autore, chi ne condivide il contenuto può segnalarlo ad altre persone interessate.

Ogni volta le critiche si sono dimostrate infondate e spesso sono state clamorosamente smentite.

Alla base di tali critiche vi è sempre stata la delusa aspettativa di veder trasformata l'Unione europea in un'entità in grado di gestire in modo unitario i rapporti di politica estera con gli altri Paesi.

Ci si è dimenticati e ancora ci si dimentica che lo straordinario risultato raggiunto, grazie alla geniale intuizione di Jean Monnet, è stato quello di creare una struttura che consentisse, tramite una normativa vincolante, di gestire in modo unitario i rapporti tra gli stessi Stati membri, sotto il profilo economico, sociale, giuridico e alla fine, anche politico.

L'impatto di tale normativa è sotto gli occhi di tutti.

L'abolizione delle dogane, l'abbattimento degli ostacoli al commercio intra ed extra-comunitario, la competitività nel sistema bancario e in quello assicurativo, la trasparenza negli appalti pubblici, la disciplina della concorrenza, la soppressione dei monopoli, il controllo degli aiuti di Stato, la liberalizzazione dei trasporti e delle telecomunicazioni, l'armonizzazione fiscale e societaria, una completa integrazione monetaria, un'ampia normativa per la tutela dei consumatori, un'avanzatissima disciplina di protezione dell'ambiente etc.: tutto ciò è la conseguenza dell'applicazione di una serie impressionante di disposizioni comunitarie che, lentamente e silenziosamente, nell'arco di qualche decennio, hanno trasformato il contesto giuridico ed economico dell'Europa e soprattutto del nostro Paese.

La normativa che sta all'origine dei predetti cambiamenti è stata prevalentemente adottata sulla base di quel particolare meccanismo decisionale dell'Unione europea che, coinvolgendo le tre istituzioni più importanti (Parlamento europeo, Consiglio dei Ministri e Commissione) consente di ottenere accordi ragionevoli a tutela degli interessi della generalità dei cittadini, evitando il perpetuarsi dei conflitti unicamente dovuti agli scontri politici tra maggioranza e opposizione che vengono scatenati per mere ragioni di potere.

Nell'unione europea, mancando un governo da far cadere e una maggioranza da sconfiggere, tutti i soggetti coinvolti nel processo decisionale finiscono per seguire quel criterio logico-razionale che John Rawls chiama «*dissenso ragionevole*».

L'esperienza ha dimostrato che il sistema decisionale comunitario funziona e permette di ottenere risultati eccezionali senza determinare insanabili lacerazioni fra coloro che sostengono posizioni divergenti.

Questo sistema ha permesso di erodere gradatamente e progressivamente la sovranità degli Stati membri, trasformando l'Unione europea in una specie di Federazione in tutti i settori nei quali le decisioni devono essere adottate a maggioranza qualificata, e in una sorta di Confederazione nei settori nei quali le decisioni possono essere adottate soltanto all'unanimità.

Le decisioni di politica estera, per le quali i politologi, i sociologi e i filosofi mostrano specifico interesse, devono ancora essere adottate all'unanimità.

Si tratta quindi di passare da una votazione all'unanimità ad una votazione a maggioranza qualificata, magari con maggioranze diverse a seconda dell'importanza della materia sulla quale occorre decidere.

Ma noi sappiamo che lo sviluppo dell'integrazione europea è avvenuto proprio in questo modo nel corso dei suoi cinquant'anni di storia.

Negli anni '60 occorre l'unanimità persino per modificare i dazi doganali; oggi con la sola maggioranza qualificata è stato possibile eliminare i monopoli statali ritenuti indistruttibili.

Si arriverà quindi ad adottare le decisioni a maggioranza anche in politica estera. Sarà la forza delle cose che lo esigerà e lo imporrà a tutti gli Stati, perché è una soluzione ragionevole che va nel senso della storia.

E la storia stessa dell'Unione europea costituisce la prova formidabile dell'esattezza di una massima troppe volte dimenticata: *«gli uomini e le nazioni ricorrono a soluzioni ragionevoli dopo aver sperimentato ogni altro mezzo»*.

P.S.: Per saperne di più: FAUSTO CAPELLI, *Il sistema istituzionale dell'Unione europea come fondamento di una nuova forma di democrazia*, pubblicato sul n. 2/2004 della Rivista: *Diritto Comunitario e degli Scambi internazionali*.

Fausto Capelli
Collegio europeo di Parma

Sulla nozione di agente commerciale

(Corte di giustizia delle Comunità europee, Sezione Prima,
ordinanza 10 febbraio 2004, nella causa C-85/03)

La Corte di giustizia si è pronunciata con ordinanza, ai sensi dell'art. 104 n. 3 del suo regolamento di procedura, considerando che la risposta ai quesiti posti dal Giudice greco «non dà adito ad alcun ragionevole dubbio».

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

Rileva la Corte che l'art. 1 della direttiva 86/653 definisce la figura dell'agente commerciale in maniera chiara ed esaustiva: «per agente commerciale si intende la persona che, in qualità di intermediario indipendente, è incaricata in maniera permanente di trattare per un'altra persona la vendita o l'acquisto di merci, ovvero di trattare e di concludere dette operazioni in nome e per conto del preponente». Nessuna delle disposizioni della direttiva menziona le persone che, pur agendo per conto di un altro, lo fanno tuttavia in nome proprio: l'attività di queste persone — che rientrano nella categoria giuridica dei commissionari — è differente da quella degli agenti commerciali, e gli interessi ed il bisogno di protezione delle due professioni non sono gli stessi. Il campo di applicazione della direttiva in oggetto non include pertanto la situazione contemplata dal Giudice di rinvio.

In Italia l'art. 1742 del codice civile definisce quale contratto di agenzia quello mediante il quale «una parte assume stabilmente l'incarico di promuovere, per conto dell'altra, verso retribuzione, la conclusione di contratti in una zona determinata». Tale definizione appare più vasta di quella contenuta nella direttiva. Si profila quindi un contrasto tra l'interpretazione della direttiva offerta dalla Corte di giustizia e la disposizione nazionale, che, indicando come elemento centrale del contratto di agenzia quello della stabilità dell'incarico, sembra consentire di includere, nella nozione di agente commerciale, anche chi svolga tale attività *in proprio nome*.

La Corte rileva come ad oggi non si è realizzata un'armonizzazione delle regole degli Stati membri tendenti alla protezione dei commissionari e una tale armonizzazione non potrebbe tuttavia essere introdotta per via giurisprudenziale. Ciò posto, è da considerare che la sua interpretazione «autentica» della direttiva sugli agenti commerciali esplica effetti vincolanti nei confronti degli organi amministrativi o giurisdizionali di tutti gli Stati membri. Pertanto, anche in presenza di una disposizione nazionale quale quella dell'art. 1742 c.c., gli organi amministrativi o giurisdizionali nazionali dovrebbero applicare la nozione di agente commerciale che la Corte di giustizia ha elaborato nella sua pronuncia. È auspicabile, comunque, che il legislatore nazionale proceda ad una correzione formale della normativa interna che sia tale da chiarire l'esatta nozione di agente commerciale secondo quanto attualmente indicato dalla Corte comunitaria.

O.F.

Corte di giustizia delle Comunità europee, sezione prima, ordinanza 10 febbraio 2004, nella causa C-85/03 – Pres. rel. Jann – Avv. Gen. Geelhoed – Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Polymeles Protodikeio di Atene nella causa Mavrona c/ Delta Etairia Symmetochon. Interv.: governi ellenico, italiano (avv. Stato O. Fiumara) e tedesco e Commissione delle Comunità europee.

(direttiva del Consiglio 18 dicembre 1986, n. 86/653/CEE, art. 1).

La direttiva del Consiglio 18 dicembre 1986, n. 86/653/CEE, relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti, deve essere interpretata nel senso che essa non si applica alle persone che agiscono per conto di un preponente, ma in nome proprio.

«(omissis) 12. – Con le sue questioni, che occorre esaminare complessivamente, il giudice remittente chiede in sostanza se nell'ambito di applicazione della direttiva 86/653 rientrano, oltre agli intermediari che agiscono in nome e per conto di un preponente, anche le persone che agiscono per conto di quest'ultimo ma a nome proprio e, in caso di risposta negativa, se i giudici nazionali possano nondimeno applicare per analogia ai commissari le disposizioni della detta direttiva.

13. – I governi ellenico e tedesco nonché la Commissione ritengono che il tenore chiaro e inequivocabile della direttiva 86/653 ne escluda l'applicazione, sia pure analogica, ai commissionari. Tale esclusione varrebbe a livello comunitario come a livello nazionale. Gli agenti commerciali e i commissionari, infatti, eserciterebbero professioni diverse e diversa sarebbe la tutela di cui hanno bisogno nei rapporti con i preponenti. Una misura d'armonizzazione del diritto applicabile ad un rapporto contrattuale dato e ben definito non può essere estesa ad altri tipi di rapporti contrattuali che tale misura non contempla.

14. – La Mavrona e il governo italiano sostengono nondimeno la necessità dell'applicazione della direttiva 86/653 alla situazione oggetto della causa principale perché ciò che importa ai suoi fini è che la persona interessata agisca per conto del preponente. Un commissionario potrebbe perciò essere trattato alla stregua di un agente commerciale.

15. – A tale riguardo occorre constatare che all'art. 1, n. 2, della direttiva 86/653 l'agente commerciale è chiaramente definito come «la persona che, in qualità di intermediario indipendente, è incaricata in maniera permanente di trattare per un'altra persona, in prosieguo definita preponente, la vendita o l'acquisto di merci, ovvero di trattare e di concludere dette operazioni in nome e per conto del preponente». Ai suoi artt. 1, n. 3, e 2 la detta direttiva definisce esattamente la nozione di agente commerciale circoscrivendola a situazioni ben precise.

16. – La direttiva 86/653 non si riferisce in nessuna disposizione alle persone che, pur se per conto di terzi, agiscono a nome proprio e inoltre non indica alcunché che possa far presumere la sua eventuale applicazione a rapporti contrattuali quali quelli della causa principale.

17. – L'attività delle persone che agiscono per conto terzi ma a nome proprio è infatti diversa da quella degli agenti commerciali e, come giustamente rileva il governo tedesco, gli interessi e la tutela necessaria alle due professioni non sono gli stessi.

18. – Non sussistono dunque ragionevoli dubbi quanto al fatto che la situazione oggetto della causa principale non rientri nell'ambito di applicazione della direttiva 86/653.

19. – Indipendentemente dalla questione della possibile utilità di un'armonizzazione delle normative degli Stati membri per la tutela della professione dei commissionari, questione su cui non spetta alla Corte pronunciarsi, è pacifico che un'armonizzazione siffatta al momento non esiste e comunque non può essere introdotta nel diritto comunitario per via pregiudiziale.

20. – Tale situazione normativa a livello comunitario non impedisce, del resto, che un legislatore nazionale preveda, per tutelare i commissionari, regole appropriate che si ispirino a disposizioni della direttiva 86/653, ove ciò appaia opportuno e sempre che non vi osti nessun'altra disposizione di diritto comunitario.

21. – Alle questioni sottoposte occorre perciò rispondere che la direttiva 86/653 dev'essere interpretata nel senso che essa non si applica alle persone che agiscono per conto di un preponente, ma a nome proprio (*omissis*)».

I GIUDIZI IN CORSO ALLA CORTE DI GIUSTIZIA CE

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 della direttiva 64/221/CEE Articoli 2, 5, 6, 13 e CEDU 14 (ct 124497/03, avv. dello Stato M. Fiorilli).

IL FATTO

Una cittadina Ucraina, arrivata in Italia dal territorio austriaco in cui era entrata in conformità del visto Schengen di tipo «C», è stata espulsa per non aver richiesto il permesso di soggiorno entro otto giorni lavorativi dall'entrata in Italia, come invece esige l'articolo 5, comma 2, del decreto legislativo 286/1998. L'espulsione è stata coattivamente eseguita immediatamente dopo la notifica del decreto di espulsione del Prefetto e la richiesta di convalida è stata presentata il giorno successivo all'espulsione, comunque entro il termine di 48 ore posto dall'articolo 13, comma 5, del decreto legislativo 286/1998. Il giudice *a quo* lamenta l'inutilità di una convalida legittimamente richiesta successivamente alla esecuzione del provvedimento, dal momento che tale richiesta di convalida è stata presentata non solo dopo la esecuzione dell'espulsione, ma anche con la presentazione di una documentazione inidonea a verificare la effettiva sussistenza dei presupposti del provvedimento di espulsione.

I QUESITI

1. – Se le norme comunitarie soprarichiamate – articoli 7, 8 e 9 della direttiva del Consiglio della Comunità europea n. 221 del 25 febbraio 1964, e gli 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 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 una autorità imparziale diversa da quella che ha adottato l'atto.

2. – Se le singole norme comunitarie soprarichiamate 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, prendere con la forza ed espellere chi essa unilateralmente ritenga non avere diritto di restare nel territorio dello Stato membro e possa farlo in tempi e con modalità tali da sottrarre tale sua attività al concreto ed effettivo controllo di una autorità terza e imparziale sia prima che durante che dopo l'esecuzione della attività medesima.

3. – Se le singole norme comunitarie sopra richiamate e i principi generali e fondamentali del diritto comunitario vadano interpretati nel senso che è illogico o illegittimo che uno Stato membro della Comunità europea preveda un sistema di controllo giurisdizionale dei provvedimenti di espulsione

degli stranieri e dell'attività di polizia esecutiva degli stessi tale da essere sostanzialmente del tutto 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 e i principi generali e fondamentali del diritto comunitario vadano interpretati o no nel senso che è illegittimo che uno Stato membro della Comunità europea disciplini i provvedimenti di espulsione degli stranieri e la esecuzione degli stessi in modo tale da impedire concretamente l'esercizio da parte degli espulsi del loro eventuale diritto di asilo e rifugio.

5. – Se le singole norme comunitarie sopra richiamate e i principi generali e fondamentali del diritto comunitario vadano interpretati o no nel senso che è illegittimo, perché sproporzionatamente e iniquamente afflittivo e limitativo dei diritti di libertà personale a 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 e specifiche esigenze di ordine e sicurezza pubblica che giustificano un tale ricorso alla coazione fisica.

6. – Se le singole norme comunitarie sopra richiamate 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. 286/1998 dello Stato italiano nel testo oggi vigente.

OSSERVAZIONI

L'Italia ha presentato osservazioni chiedendo di dichiarare la inammissibilità della questione pregiudiziale proposta senza entrare nel merito delle singole questioni pregiudiziali non riformulandole neppure come questioni di interpretazione del diritto comunitario. La Corte di giustizia con ordinanza 18 marzo 2004 ha dichiarato di essere manifestamente incompetente a risolvere le questioni sottoposte dal Tribunale di Catania con ordinanza 19 gennaio 2003.

Osserva la Corte:

«Sulla competenza della Corte.

23. *Con le sue questioni il Tribunale di Catania chiede in sostanza se gli articoli 7, 8 e 9, della direttiva 64/221 e i diritti fondamentali dei quali la Corte garantisce rispetto, quali risultano, in particolare, dalla convenzione ostino a disposizioni nazionali relative alle misure di espulsione di cittadini stranieri e all'esecuzione delle dette misure, quali quelle previste dal decreto legislativo n. 286/1998.*

24. *Occorre rilevare che tutti gli interessati che hanno presentato osservazioni scritte, vale a dire i governi italiano e francese, nonché la Commissione, avanzano dubbi riguardo alla competenza della Corte a rispondere alle dette questioni o a taluni aspetti delle stesse.*

25. Occorre, al fine di verificare la competenza della Corte, esaminare, da un lato, le condizioni nelle quali essa è adita dal Tribunale di Catania e, dall'altro, l'oggetto delle questioni poste a titolo pregiudiziale.

26. Riguardo, in primo luogo, alle condizioni nelle quali la Corte è adita dal giudice nazionale, occorre ricordare che secondo la giurisprudenza costante, risulta dall'articolo CE 234 che i giudici nazionali possono adire la Corte unicamente se dinanzi ad essi sia pendente una controversia e se essi siano chiamati a statuire nell'ambito di un procedimento destinato a risolversi in una pronuncia di carattere giurisdizionale (ordinanza 5 marzo 1986, causa 318/1985, Greis Unterweger, Racc. pag. 955, punto 4; sentenze 19 ottobre 1995, causa C-111/1994, Job Centre, detta «Job Center I», Racc. pag. I-3361, punto 9; 12 novembre 1998» causa C-134/1997, Victoria Film, Racc. pag. 7023, punto 14, e 14 giugno 2001, causa C-178, Salzmann, Racc. pag. I-4421, 99.14; ordinanze 10 luglio 2001 e causa C-86/00, HSB-Wohnbau, Racc. pag. I- 5353, punto 11, 22 gennaio 2002, causa C-447/ 00, Racc. pag. I- 735, punto 17).

27. Occorre quindi determinare la legittimazione di un organo ad adire la Corte secondo criteri tanto strutturali quanto funzionali. In proposito, un organo nazionale può essere qualificato come «giurisdizione» ai sensi dell'articolo 234 CE quando esercita funzioni giurisdizionali, mentre, nell'esercizio di altre funzioni, in particolare di natura amministrativa, tale qualifica non può essergli riconosciuta (pv. Ordinanza 26 novembre 1999, causa C-192/1998, ANAS, Racc. pag. I- 8583, punto 22).

28. Ne consegue che, per stabilire se un organo nazionale con la legge affida funzione di natura diversa e debba essere qualificato come «giurisdizione» C ai sensi dell'articolo CE 234, è necessario accertare quale sia la natura specifica delle funzioni che esso esercita nel particolare contesto normativo in cui è indotto a rivolgersi alla Corte (v. ordinanza ANAS, cit.).

29. Nella fattispecie risulta dal fascicolo che il decreto di accompagnamento coattivo della sig.ra D. Alla frontiera ai fini della sua espulsione è stato adottato dal Questore di Catania. Quest'ultimo, ai sensi dell'articolo 13, n. 5-bis, del decreto legislativo n. 286/1998, lo ha successivamente sottoposto al Tribunale di Catania per la convalida. Quando la richiesta di convalida è pervenuta al detto tribunale tale decreto era già stato eseguito e l'interessata aveva lasciato il territorio italiano.

30. Occorre ricordare che, ai sensi dell'articolo 13, n. 5-bis, del decreto legislativo n. 286/1998, l'autorità incaricata della convalida di un decreto di accompagnamento forzato alla frontiera deve verificare se sussistono o meno dei requisiti di tale accompagnamento.

31. La commissione sostiene che l'intervento del giudice civile in sede di convalida è diretto ad offrire ai cittadini stranieri interessati le garanzie previste dalla costituzione italiana. Essa si fonda sull'articolo 13 della Costituzione, secondo il quale la libertà personale è inviolabile, e sulla giurisprudenza della Corte costituzionale, sulla premessa del decreto legge 4 aprile 2002, n. 51, e sui lavori preparatori.

32. Pur se tale tesi pare meritare attenzione, resta il fatto che gli elementi di cui dispone la Corte non le consentono di determinare con certezza se il Tribunale

di Catania, nell'esercizio delle sue funzioni a norma dell'articolo 13, n. 5 bis, del decreto legislativo n. 286/1998, agisca in qualità di giudice ai sensi dell'articolo 234 CE. Nondimeno, alla luce delle considerazioni svolte in prosegue punti 33-47, non è necessario approfondire l'esame di detta questione.

33. Riguardo, in secondo luogo, all'oggetto delle questioni poste dal giudice del rinvio, occorre esaminare se la direttiva 64/221 si applichi nelle circostanze della causa principale e se ricorrano le condizioni nelle quali la Corte è competente a fornire al giudice nazionale gli elementi di interpretazione necessari per la valutazione, da parte di quest'ultimo, della conformità di una disposizione nazionale con i diritti fondamentali dei quali la Corte garantisce rispetto.

34. Per quanto riguarda l'applicazione delle disposizioni della direttiva 64/221 fattispecie principale, occorre ricordare che, ai sensi dell'articolo 1, tale direttiva si applica, da un lato, nei confronti dei cittadini di uno Stato membro che soggiornino o si trasferiscano in un altro Stato membro della comunità allo scopo di esercitare una attività salariata o non salariata in qualità di destinatari di servizi e, dall'altro lato, nei riguardi del coniuge o dei familiari che rispondono alle condizioni previste dai regolamenti e dalle direttive adottate in questo settore in esecuzione al Trattato.

35. Nella fattispecie è accertato che la sig.ra D. è cittadina Ucraina. Dall'esame del fascicolo non risulta inoltre alcun elemento che consenta di assumere consistente un legame familiare o matrimoniale tra essa e un cittadino comunitario.

36. Pertanto alla fattispecie principale non si applica la direttiva 64/221.

37. Tuttavia, per fornire una soluzione utile al giudice che le ha sottoposto una questione pregiudiziale, la Corte può essere indotta a prendere in considerazione norme di diritto comunitario alle quali il giudice nazionale non ha fatto riferimento nel testo della sua questione (v., in particolare, sentenze 20 marzo 1986, causa C-35/1985, Tissier, punto 9; 27 marzo 1990 causa C-315/1988, Bagli Pennacchiotti, punto 10; 18 novembre 1999, causa C-107/1998, Teckal, punto 39, e 7 novembre 2002, cause riunite C-228/01 e C-289/01, Bourrasse e Perchiot, punto 33).

38. In proposito occorre constatare che l'accordo di partenariato e di cooperazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e l'Ucraina, dall'altra, firmato a Lussemburgo il 14 giugno 1994 e approvato, a nome delle Comunità europee dalla decisione 26 gennaio 1998, 98/149/CE, CECA, Euratom (Gazzetta Ufficiale L 49, pag. 1), non contiene disposizioni pertinenti nell'ambito del procedimento principale.

39. Per contro, l'articolo 23 della CAAS stabilisce le circostanze nelle quali gli stranieri che non soddisfano più le condizioni per il soggiorno di breve durata devono lasciare i territori delle Parti contraenti. Detto articolo prevede al suo n. 3 che, qualora tale straniero non lasci volontariamente il territorio o se può presumersi che non lo farà, quest'ultimo deve essere allontanato dal territorio della Parte contraente nel quale è stato fermato, alle condizioni previste dal diritto nazionale di tale Parte contraente.

40. Come risulta dal punto 10 della presente ordinanza, il Consiglio ha indicato gli articoli 82, n. 3, e 63, n. 3, CE quale fondamento normativo dell'arti-

colo 23, n.3, della CAAS. Di conseguenza occorre esaminare se ricorrono le condizioni, stabilite dall'articolo CE, 68 nelle quali trova applicazione l'articolo 234 CE.

41. Si deve ricordare che l'articolo 68, n. 1, CE, riserva la facoltà di domandare alla Corte di pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione del capo IV del trattato agli organi giurisdizionali nazionali contro le cui decisioni non sono esperibili rimedi giurisdizionali di diritto interno.

42. Orbene, come sostiene la commissione ai punti 35-36 delle sue osservazioni, risulta che l'ordinamento giuridico italiano ha previsto un rimedio giurisdizionale avverso la decisione di convalida adottata da un tribunale a norma dell'articolo 13, n. 5-bis, del decreto legislativo n. 286/1998.

43. Non essendo stata adita da un giudice di cui all'articolo 68 CE, la Corte non è pertanto competente a pronunciarsi sull'eventuale applicazione dell'articolo 23, n. 3 della CAAS.

44. Si deve quindi constatare, da un lato, che la controversia principale riguarda una situazione che non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 64/221 e, dall'altro lato, che l'interruzione dell'articolo 23, n. 3, della CAAS esula nelle circostanze dalla fattispecie, dalla competenza della Corte.

45. Per quanto riguarda la conformità delle disposizioni nazionali di cui trattasi nella causa principale con i diritti fondamentali, quali risultano, in particolare, dalla convenzione, si deve ricordare che, secondo la giurisprudenza costante, i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza. In tale contesto, la convenzione riveste un significato particolare (v. in particolare, parere 28 marzo 1996, 2/1994, punto 33). Ne consegue che nella Comunità non possono essere consentite misure incompatibili con il rispetto di diritti dell'uomo in tal modo riconosciuti e garantiti (v., in particolare, sentenza 18 giugno 1991, causa C-260/1989, ERT, punto 41.)

46. Risulta inoltre dalla giurisprudenza della Corte che, quando la normativa nazionale entra nel campo di applicazione del diritto comunitario, la Corte, adita in via pregiudiziale, deve fornire tutti gli elementi di interpretazione necessari per la valutazione, da parte del giudice nazionale, della conformità di tale normativa con i diritti fondamentali di cui la Corte assicura il rispetto, quali essi risultano, in particolare, dalla convenzione. Per contro, essa non ha tale competenza nei confronti di una normativa che non si colloca nell'ambito del diritto comunitario (v., in particolare, sentenza 29 maggio 1997, causa C-299/1995, Kremzow, punto 15).

47. Alla luce delle considerazioni enunciate al punto 44 della presente ordinanza, si deve constatare che non ricorrono circostanze nelle quali la Corte sia competente a fornire al giudice nazionale elementi e interpretazioni necessarie affinché esso valuti la conformità di una tale disposizione nazionale, quale il decreto legislativo n. 286/1998, con i diritti fondamentali dei quali la Corte garantisce l'osservanza.

48. Risulta dalle considerazioni svolte nei punti 33-47 della presente ordinanza che si deve dare applicazione gli articoli 92, n.1, e 103, n.1, del regolamento di procedura e constatare che la Corte è manifestamente incompetente a pronunciarsi sulle questioni sottoposte dal Tribunale di Catania».

Causa C-202/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Appalto di forniture – Tutela cautelare nel processo amministrativo – Articolo 21 legge n. 1034/1971, così come novellato dalla legge 205/2000 (cs.8876/04, avv. dello Stato M. Fiorilli).

IL FATTO

Una società partecipante ad una gara per la aggiudicazione di un appalto di fornitura impugna il rifiuto della stazione appaltante di rilascio della documentazione di gara. Il Presidente del TAR per la Lombardia – sezione staccata di Brescia – ha sospeso l'aggiudicazione dell'appalto facendo divieto alla stazione appaltante di dare corso alla sottoscrizione del contratto d'appalto.

I QUESITI

1. – Se la diversa tutela cautelare prevista per le pretese comunitarie accordabile dal giudice amministrativo nazionale nelle procedure d'appalto rispetto a quella prevista nell'ordinamento interno per i diritti riconosciuti nelle liti fra soggetti privati ovvero in quelle fra questi ultimi e l'amministrazione per le quali abbia giurisdizione nell'ordinamento nazionale il giudice ordinario violi o meno il principio di collaborazione sancito dall'articolo 10 del Trattato, che fa obbligo, in assenza di un sistema processuale armonizzato, di riconoscere alle suddette pretese comunitarie l'identica forma di tutela e non già una tutela meramente incidentale e, dunque, meno efficace rispetto a quella garantita con caratteri di generalità agli altri diritti nazionali.

2. – Se inoltre l'articolo 21 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, così come novellato dall'articolo 3 della legge 21 luglio 2000, n. 205, nella parte in cui non prevede che fra i possibili mezzi di ricorso urgente sia previsto quello *ante causam*, come tale diretto ad impedire in via immediata che l'amministrazione dia ulteriore corso alla sottoscrizione del contratto dopo la conclusione di una procedura di gara, del tutto indipendentemente dalla proposizione di una previa azione di impugnazione di un atto della stessa procedura, rappresentino o meno sufficiente adempimento della previsione di cui all'articolo 1, n. 3 della direttiva 21 dicembre 1989, n. 665/CEE, che fa obbligo a tutti gli Stati membri di introdurre nei rispettivi ordinamenti nazionali ricorsi pienamente accessibili per quanti intendano richiedere la riparazione di un danno subito o comunque temano di subire una lesione in dipendenza di una decisione della commissione di gara e per il conseguimento di un appalto pubblico.

3. – Se la suddetta tutela cautelare e contabile del giudice amministrativo nazionale integri o meno violazione dell'articolo 2, lett. a) della suddetta direttiva, che fa obbligo di prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i

provvedimenti intesi a sospendere o far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dalle autorità aggiudicatrici.

4. – Se, infine, la stessa forma di tutela cautelare violi o meno concorrentemente l'articolo 6, 2° comma del Trattato che, nel codificare il rispetto da parte della Unione dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ha fatto proprio il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale stabilito dagli articoli 6 e 13 della stessa Convenzione, facendo obbligo agli Stati membri di assicurarne la piena operatività nei rispettivi ordinamenti nazionali.

NOTA

La Cancelleria della Corte di Giustizia delle Comunità europee ha invitato le parti a pronunciarsi in merito alla statuizione con ordinanza motivata sulla questione pregiudiziale sollevata nel presente procedimento, motivando con la giurisprudenza risultante dalle sentenze della Corte 19 settembre 1996 nel procedimento C-236/1995, Commissione/Grecia, punto 11, e 15 maggio 2003 nel procedimento C-214/00, Commissione/Spagna, punti 98 – 100.

Nella citata sentenza Commissione/Grecia, vertente sulla conformità alla direttiva 89/665 di una normativa nazionale che, da un lato, limitava la tutela giurisdizionale provvisoria alle sole procedure di sospensione dell'esecuzione di un atto amministrativo e, dall'altro, subordinava il provvedimento di sospensione alla proposizione di un ricorso d'annullamento contro l'atto impugnato, la Corte ha avuto modo di precisare la portata degli obblighi derivanti a tale proposito dalla detta direttiva. In particolare, ha affermato che, in forza dell'articolo 2 di questa direttiva, gli Stati membri sono tenuti, più in generale, a conferire ai loro organi competenti a conoscere dei ricorsi la facoltà di adottare, indipendentemente da ogni azione previa, qualsiasi provvedimento provvisorio, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica di un appalto (sentenza Commissione/Grecia, cit., punto 11). A tale proposito, si deve rilevare che, sebbene la normativa spagnola preveda la possibilità di adottare provvedimenti provvisori consistenti in un "facere", tuttavia essa non può essere considerata come un sistema di tutela giurisdizionale provvisorio adeguato al fine di porre rimedio in modo efficace alle violazioni eventualmente commesse dalle amministrazioni aggiudicatrici, in quanto essa impone, come regola generale, la previa proposizione di un ricorso di merito quale condizione per adottare un provvedimento provvisorio o contro una decisione dell'amministrazione giudicante. Tale considerazione non è confortata dal fatto che, nell'ambito della sospensione per via giudiziaria, il ricorso può essere proposto con semplice atto scritto e che l'atto introduttivo del ricorso può essere formulato successivamente alla domanda di provvedimento provvisorio, dal momento che l'obbligo di un previo esperimento di tale formalità non può neanche essere considerato compatibile con i precetti della direttiva 89/669, come precisati nella già citata sentenza Commissione/Grecia.

Causa C-223/03 (*) (domanda di pronuncia pregiudiziale) – IVA – Università – Operatore parzialmente esente – Operazioni finalizzate ad ottenere restituzione integrale dell'imposta pagata a monte – Nozione di forniture tassabili e di attività economiche – Art. 4, n. 2 sesta direttiva 77/388/CEE – Decisione del «*VAT and Duties Tribunal*» (Regno Unito) emessa il 16 maggio 2003, notificata il 23 luglio 2003 (ct. 33968/03, avv. dello Stato G. De Bellis).

IL FATTO

L'appellante università lamentava il mancato integrale rimborso da parte degli appellati *Commissioners of customs and exercise* dell'IVA pagata a monte per la ristrutturazione di un mulino abbandonato avuto in locazione nell'ambito di una fornitura esente (una percentuale della quale soltanto sarebbe stata in teoria recuperabile, essendo l'università un operatore parzialmente esente) in base ad un piano di risparmio finanziario posto in essere al fine. Il piano consisteva nella locazione ad un *trust* appositamente costituito ed in un *leaseback*, in relazione alle quali l'IVA pagata avrebbe dovuto essere recuperata ma che erano artificialmente interposti. Nel caso di specie il giudice ritiene che oggettivamente si determini un risultato contrario allo spirito e alla finalità della direttiva, e che tale sia lo scopo soggettivo, integrandosi quindi la fattispecie dell'esclusione, come ritenuto dai *Commissioners*.

I QUESITI

Se, nel caso in cui:

1. — un'università rinuncia al suo diritto all'esenzione dall'IVA riguardante qualsiasi fornitura ad un immobile di una sua proprietà e dà in locazione l'immobile ad un *Trust* costituito e controllato dall'università;

2. — il *Trust* rinuncia al suo diritto all'esenzione dall'IVA riguardante qualsiasi fornitura a tale immobile e concede all'università la sublocazione dell'immobile;

3. — l'università ha concluso e dato esecuzione alla locazione e alla sublocazione al solo fine di ottenere un vantaggio fiscale, senza intenzione di svolgere un'attività economica indipendente;

4. — la locazione e il *leaseback* [retrolocazione] costituivano, nell'intenzione dell'Università e del *Trust*, un piano per differire il pagamento dell'IVA con la caratteristica intrinseca di permettere un risparmio fiscale assoluto in un periodo successivo:

a) la locazione e la sublocazione costituiscano forniture tassabili ai fini della sesta direttiva;

b) esse costituiscano attività economiche nel senso della seconda frase dell'art. 4, n. 2, della sesta direttiva IVA.

(*) La presente causa è stata già pubblicata nel precedente fascicolo (p. 184) con le Osservazioni del Governo italiano relative però ad altra controversia. Si provvede ora a ripubblicare la versione corretta.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

«(omissis) 7. — Il Governo italiano ritiene che oggetto del contendere nel giudizio pendente davanti al Tribunale di Manchester, sia il fatto che l'Università abbia potuto portare integralmente in detrazione l'IVA assolta per la ristrutturazione di due immobili, nonostante gli stessi fossero destinati all'esercizio di attività per la gran parte esenti da imposta.

8. — Secondo i Commissioners (punto 55 della decisione del 16 ottobre 2002) «la locazione e la sublocazione con il Trust sono giustamente classificate come atti artificialmente interposti (...) e che tali atti non possono essere presi in considerazione per determinare la validità delle pretese relative all'imposta pagata a monte avanzate dall'Università... .. Se non si prendono in considerazione la locazione e la sublocazione risulta che l'imposta pagata a monte imputata da Properties all'Università è stata gestita non correttamente da quest'ultima in quanto è stata imputata a prestazioni tassabili e integralmente recuperata».

9. — Essendo in contestazione il diritto della detrazione dell'imposta assolta a monte, si pone in realtà un problema di interpretazione dell'articolo 17 della direttiva n. 77/388/CEE, il quale dispone al paragrafo 2:

«2 Nella misura in cui beni e servizi sono impiegati ai fini di sue operazioni soggette ad imposta, il soggetto passivo è autorizzato a dedurre dall'imposta di cui è debitore:

a) l'imposta sul valore aggiunto dovuto o assolta per le merci che gli sono o gli saranno fornite e per i servizi che gli sono o gli saranno prestati da un altro soggetto passivo;

b) l'imposta sul valore aggiunto dovuta o assolta per le merci importate;

c) l'imposta sul valore aggiunto dovuta ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 7, lettera a), e dell'articolo 6, paragrafo 3».

10. — Il successivo paragrafo 5 dispone:

«5. Per quanto riguarda i beni ed i servizi utilizzati da un soggetto passivo sia per operazioni che danno diritto a deduzione di cui ai paragrafi 2 e 3, sia per operazioni che non conferiscono tale diritto, la deduzione è ammessa soltanto per il prorata dell'imposta sul valore aggiunto relativo alla prima categoria di operazioni.

Detto prorata è determinato ai sensi dell'articolo 19 per il complesso delle operazioni compiute dal soggetto passivo».

11. — Il quesito formulato dal giudice a quo riguarda allora sostanzialmente l'esatta portata dell'articolo 17 paragrafo 5 della direttiva n. 77/388/CEE e cioè se tale disposizione debba essere interpretata nel senso che per valutare in quale misura i beni ed i servizi la cui IVA si intende portare in detrazione siano utilizzati sia per operazioni che danno diritto a detrazione, sia per operazioni che non conferiscono tale diritto, non devono considerarsi quegli accorgimenti o quelle operazioni poste in essere allo scopo esclusivo di evitare l'applicazione del meccanismo del pro-rata usufruendo dell'intera detrazione. Ad un tale quesito il Governo italiano ritiene debba essere data risposta positiva.

12. — Le condizioni di ammissibilità del diritto alla detrazione previsto dall'articolo 17 della direttiva n. 77/388/CEE sono state chiaramente enunciate dalla Corte nella sentenza 13 dicembre 1989 emessa nella causa C-342/1987 (Genius Holding BV).

13. — *In tale decisione la Corte ha stabilito il principio che il diritto a detrazione dell'imposta assolta "è limitato soltanto alle imposte dovute, vale a dire alle imposte corrispondenti ad un'operazione soggetta all'IVA o versate in quanto erano dovute".*

14. — *In particolare la Corte, dopo aver analizzato varie disposizioni nonché i lavori preparatori della direttiva 77/388/CEE, ha precisato (al punto 17) che "Questa interpretazione dell'art. 17, n. 2, lett. a), è quella che meglio consente di prevenire le frodi fiscali che sarebbero agevolate qualora ogni imposta fatturata potesse essere detratta". Tale posizione è stata di recente ribadita dalla stessa Corte nella sentenza 19 settembre 2000 in causa C-454/1998 (punto 53).*

15. — *Nel giudizio a quo, il Tribunale ha accertato che le operazioni di costituzione del Trust, di locazione e successiva sublocazione, avevano come esclusiva finalità "l'ottimizzazione dell'IVA" nel senso di consentire la detraibilità intera (anziché nella percentuale del pro-rata) dell'IVA assolta per la ristrutturazione degli immobili.*

16. — *Tali operazioni, afferma il Tribunale (punto 136) "sono state effettuate ed eseguite con l'unica intenzione di ottenere un vantaggio fiscale: esse non avevano finalità economica autonoma".*

17. — *Una simile connotazione (mancanza di una finalità economica diversa dal risparmio fiscale), porta ad escludere che di tali operazioni si possa tenere conto al fine di verificare la sussistenza dei presupposti di applicabilità dell'articolo 17 paragrafo 5 della direttiva n. 77/388/CEE.*

18. — *La difesa dell'Università davanti al Tribunale (punti da 94 a 98) ha sostenuto che i Commissioners avevano illegittimamente proceduto ad una riclassificazione delle operazioni; a conferma di ciò ha citato la sentenza 9 ottobre 2001 (in causa C-108/1999 - Cantor) nella quale la Corte ha affermato (punto 33) "Il principio della neutralità fiscale non implica che un soggetto passivo il quale ha la scelta tra due operazioni possa scegliere l'una e far valere gli effetti dell'altra".*

19. — *Il richiamo a tale pronuncia non appare però pertinente, in quanto in quel giudizio non era in discussione la circostanza che le operazioni poste in essere avevano reali finalità economiche.*

20. — *Una questione del genere è stata invece affrontata nella sentenza 17 luglio 1997 (in causa C-28/1995 A. Leur Bloem) in cui la Corte era chiamata ad interpretare l'articolo 11 n. 1 lett. a) della direttiva 90/434/CEE il quale dispone:*

"1. Uno Stato membro può rifiutare di applicare in tutto o in parte le disposizioni dei titoli II, III e IV o revocarne il beneficio qualora risulti che l'operazione di fusione di scissione, di conferimento d'attivo o di scambio di azioni:

a) ha come obiettivo principale o come uno degli obiettivi principali la frode o l'evasione fiscale; il fatto che una delle operazioni di cui all'art. 1, non sia effettuata per valide ragioni economiche, quali la ristrutturazione o la razionalizzazione delle attività delle società partecipanti all'operazione, può costituire la presunzione che quest'ultima abbia come obiettivo principale o come uno degli obiettivi principali la frode o l'evasione fiscali".

21. — *Ai punti 46 e 47 della sentenza la Corte ha affermato:*

“Con la seconda questione sub e), il giudice nazionale domanda se una compensazione fiscale orizzontale delle perdite tra le società che partecipano all'operazione costituisca una valida ragione economica ai sensi dell'art. 11 della direttiva.

Dalla formulazione e dagli obiettivi dell'art. 11, come da quelli della direttiva, risulta che la nozione di valide ragioni economiche trascende la mera ricerca di un'agevolazione puramente fiscale. Pertanto, un'operazione di fusione per scambio di azioni unicamente volta a raggiungere tale scopo non può costituire una valida ragione economica ai sensi del detto articolo”.

22. — Analoghi principi si ritiene debbano valere in sede di interpretazione della direttiva n. 77/388/CEE, la quale nel prevedere all'articolo 4 il concetto di attività economica ai fini dell'IVA, non può in alcun modo riferirsi ad attività che abbiano finalità di pura elusione fiscale.

23. — Ma allora se una operazione (quale la locazione e sublocazione effettuata dall'Università) non può essere qualificata come economica nel senso voluto dalla direttiva n. 77/388/CEE, alla stessa operazione non potrà essere attribuito alcun rilievo in sede di determinazione della percentuale di IVA detraibile agli effetti dell'articolo 17 paragrafo 5 della medesima direttiva.

In conclusione il Governo italiano suggerisce alla Corte rispondere al quesito sottoposto al suo esame affermando che per valutare in quale misura i beni ed i servizi la cui IVA si intende portare in detrazione siano utilizzati sia per operazioni che danno diritto a detrazione sia per operazioni che non conferiscono tale diritto, non devono essere presi in considerazione quegli accorgimenti o quelle operazioni poste in essere allo scopo esclusivo di evitare l'applicazione del meccanismo del pro-rata (usufruendo dell'intera detrazione), in quanto tali accorgimenti ed operazioni non costituiscono, nei confronti del soggetto autorizzato ad operare la detrazione, attività economica ai sensi dell'articolo 4 paragrafo 2 della direttiva n. 77/388/CEE.

Roma, 2 ottobre 2003 – Avvocato dello Stato Gianni De Bellis».

Causa C-270/03 (Commissione c/ Repubblica Italiana) – Raccolta e trasporto rifiuti pericolosi – Articolo 30, comma 4, decreto legislativo 22/1997 – Articolo 12 direttiva 75/40642/CEE.

IL FATTO E LE DIFESE

La Commissione contesta all'Italia di permettere alle imprese, in virtù dell'articolo 30, comma 4, del decreto legislativo 22/1997 (modificato dalla legge 426/1998), di esercitare la raccolta e il trasporto dei propri rifiuti non pericolosi come attività ordinaria e regolare senza obbligo di essere iscritte all'albo nazionale delle imprese esercenti servizi di smaltimento rifiuti, nonché di trasportare i propri rifiuti pericolosi in quantità inferiore ai 30 chilogrammi o 30 litri al giorno. In tal modo si viola l'articolo 12 della direttiva 75/442/CEE.

Nel controricorso si contrappone che l'articolo 12 della direttiva deve essere interpretato non formalisticamente, ma nel quadro degli obiettivi principali perseguiti dalla normativa comunitaria in materia ambientale; il

primo riguarda la prevenzione, il secondo la gestione integrata dei rifiuti secondo le seguenti priorità: – riduzione alla fonte della quantità e della nocività dei rifiuti; – recupero dei rifiuti mediante riciclo, reimpiego, riutilizzo, nonché il loro uso come fonte di energia; – infine, come ultima e solo residuale possibilità, l'interramento in discarica. In tema di rifiuti pericolosi, la direttiva 91/689/CEE stabilisce – fermi restando i principi generali comunitari sulla gestione di rifiuti – norme supplementari più severe che tengono conto della natura di tali rifiuti mirando ad avvicinare le legislazioni degli stati membri nella gestione controllata dei rifiuti pericolosi per migliorarne le condizioni di smaltimento e di gestione. La raccolta e il trasporto di rifiuti, che sono considerati merci ad ogni effetto, rientra nella gestione integrata dei rifiuti. Nessuna norma comunitaria prescrive che la raccolta ed il trasporto di rifiuti avvenga ad opera di terzi rispetto al produttore dei medesimi. Ciò che interessa per la realizzazione degli obiettivi propri delle normative di settore è che vi sia un controllo del ciclo dei rifiuti. Si può convenire che il termine «professionale» indichi «attività abituale». La normativa comunitaria stabilisce la responsabilità del produttore di rifiuti persino al momento della loro consegna per il riutilizzo, riciclaggio o recupero di materia ed energia, o lo smaltimento. L'esigenza sottesa alla disposizione contenuta nell'articolo 12 della direttiva è, dunque, quella di controllare il rifiuto allorché esce dalla disponibilità del produttore per proseguire il suo ciclo di utilizzazione con smaltimento, attività che debbono avvenire in sicurezza per la salute e nel rispetto degli ecosistemi. Invero, la norma ha riguardo alla fase del recupero e dello smaltimento ed è costituita da due segmenti: la raccolta ed il trasporto dei rifiuti, e lo smaltimento o il recupero. La disposizione prescrive che chi effettua la raccolta dal produttore del rifiuto ed il trasporto del rifiuto a titolo imprenditoriale «o» a titolo imprenditoriale effettua lo smaltimento o il recupero di rifiuti per conto di commercianti o intermediari (che hanno acquistato il rifiuto dal produttore, che se ne è disfatto perdendone la disponibilità) deve essere iscritto presso le competenti autorità qualora non siano soggetti ad autorizzazione. La sostanza della disposizione è che il rifiuto non deve sottrarsi al controllo dell'autorità pubblica deputata alla salvaguardia degli interessi generali della salute umana e della protezione dell'ecosistema. Ciò per permettere il controllo della fase successiva a quella in cui produttore del rifiuto «si disfa» del medesimo. Il produttore del rifiuto che trasporti direttamente il rifiuto allo stabilimento di recupero o di smaltimento si «disfa» del rifiuto medesimo solo al momento della consegna allo stabilimento per il riutilizzo o lo smaltimento e, quindi, non vi è necessità dell'iscrizione all'albo per il controllo della raccolta e del trasporto del rifiuto e, quindi, permane nell'ambito della sua responsabile vigilanza. La necessità del controllo da parte delle pubbliche autorità sorge, invece, allorché è uscito dalla disponibilità del produttore o del detentore. All'iscrizione all'albo si riconnette un obbligo di registrazione e comunicazione dei quantitativi di rifiuti raccolti e trasportati all'autorità pubblica, che consente a quest'ultima, raffrontando i dati forniti dal produttore con quelli forniti dagli altri soggetti che intervengono nel ciclo dei rifiuti, di verificare il conseguimento degli obiettivi della gestione integrata dei

rifiuti. L'articolo 30, comma 4, del decreto legislativo 22/1997 (come modificato dalla legge 426/1998) non ostacola il raggiungimento degli obiettivi propri dell'articolo 12 della direttiva 75/402/CEE e, quindi, non è sostenibile l'assunto inadempimento italiano. La disposizione in esame, invero, letta ed applicata nell'ambito della normativa italiana di recepimento realizza pienamente gli obiettivi della gestione integrata dei rifiuti.

Causa C-393/03 (Repubblica austriaca c/ Commissione) – Distribuzione degli «ecopunti» per il 2003 (cs 217556/03, avv. dello Stato M. Fiorilli).

IL FATTO E LE DIFESE

L'Austria chiede l'annullamento della decisione della Commissione delle Comunità europee di rigetto della richiesta di un progetto di riduzione del numero di «ecopunti» per l'anno 2003.

Il protocollo n. 9, relativo al trasporto su strada e ferrovia e quello combinato in Austria dell'atto di adesione dell'Austria alla Comunità Europea istituisce un regime speciale per il traffico commerciale attraverso l'Austria. Tale regime speciale, derogatorio al principio di libera circolazione delle merci in ambito comunitario, è volto a limitare le emissioni inquinanti derivanti dal traffico di transito. Tale regime, applicabile fino al 31 dicembre 2003, ha comportato l'introduzione di un sistema contingentato di diritti di transito (c.d. ecopunti) da utilizzare per l'attraversamento del territorio austriaco, disponibili per gli Stati membri della Comunità europea. L'articolo 11, paragrafo 2 lettera c) contiene la c.d. «clausola del 108%». Tale clausola comporta per un determinato anno il numero dei transiti effettuati attraverso il territorio austriaco non debba superare di più dell'8% il numero dei transiti determinati per il 1991. L'eventuale superamento del limite comporta una diminuzione del contingente di ecopunti spettante agli Stati membri, calcolato ai sensi dell'allegato 5, paragrafo 3, del Protocollo.

La contestazione verte sul conteggio degli attraversamenti, effettuato in base ad un sistema elettronico di rilevamento predisposto all'ingresso delle territorio austriaco.

L'Italia, intervenendo in causa, ha contestato la veridicità dei dati forniti dall'Austria alla Commissione sottolineando che, rimanendo impregiudicata la questione su chi gravi effettivamente l'onere della prova dei transiti, per ottenere una migliore valutazione di singoli viaggi è sufficiente utilizzare tutte le informazioni registrate dal sistema elettronico, in particolare quelle relative alle stazioni di confine di entrata e di uscita, non limitandosi alla sola considerazione della «dichiarazione» automatica di transito, come, invece, ritengono corretto fare le autorità austriache. Si tratta di una operazione di valutazione già effettuata dai singoli Stati membri relativamente ai viaggi di propria pertinenza, nonché da parte della Commissione, che ha condotto alla conclusione che numerosi viaggi registrati come «transiti» in realtà non lo erano stati.

Causa C-398/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Prodotti alimentari
Classificazione – Antiparassitari chimici – Direttiva 90/642/CEE (cs.
43432/03, avv. dello Stato M. Fiorilli).

IL FATTO

La causa ha ad oggetto il divieto di importazione di «foglie di vite» risultanti all'analisi contenenti antiparassitari vietati. Il giudice finlandese deve risolvere la questione se l'amministrazione doganale potesse vietare l'importazione e la commercializzazione dei detti prodotti alimentari contenenti residui tossici in misura superiore a quelli consentiti dalla legislazione nazionale, che recepisce la direttiva 90/642/CEE.

I QUESITI

1. – Se l'articolo 1, n. 1, della direttiva del Consiglio 27 novembre 1990, 90/642/CEE, che fissa le percentuali massime di residui di antiparassitari su e in alcuni prodotti di origine vegetale, compresi gli ortofrutticoli, con le successive modifiche, vada interpretato nel senso che la direttiva si applica alle «foglie di vite».

2. – Qualora la direttiva si applichi alle «foglie di vite»:

se l'allegato I della direttiva vada interpretato nel senso che le foglie di vite vanno classificate nella categoria di prodotti «ortaggi a foglia ed erbe fresche» e l'allegato II nel senso che le foglie di vite vanno classificate sotto la voce «erbe altre».

3. – Qualora le «foglie di vite» non vadano classificati sotto la voce «erbe e altre», si desidera sapere in quale categoria di prodotti e sotto quale voce vadano classificate.

OSSERVAZIONI

Il Governo italiano non ha presentato osservazioni.

Dai considerando della direttiva 92/642/CEE si riscontra che l'impiego degli antiparassitari chimici è ritenuto necessario per proteggere i vegetali e i prodotti vegetali dall'azione degli organismi nocivi. Tuttavia, è stato ritenuto opportuno fissare le quantità massime obbligatorie – al livello minimo consentito dalle buone pratiche agricole – per taluni antiparassitari utilizzati su e in taluni altri prodotti di origine vegetale, sopprimendo la possibilità per gli Stati membri di autorizzare quantità più elevate. Infatti, il rispetto delle quantità massime e obbligatorie per talune sostanze attive presenti sugli e negli ortofrutticoli assicura sia la libera circolazione di questi prodotti che una adeguata protezione della salute dei consumatori e degli animali. Tale imposizione e disciplina comune consente, pertanto, la piena realizzazione del mercato interno e garantisce la libera circolazione delle merci nella Comunità. L'articolo n. 1 della direttiva oggetto del quesito stabilisce che «La presente direttiva riguarda i prodotti che rientrano nei gruppi di prodotti elencati nella prima colonna dell'allegato e di cui sono indicati esempi nella seconda colonna, nella misura in cui i prodotti di questi gruppi, o le relative parti descritte nella terza colonna, possano contenere taluni residui di antiparassitari. L'elenco dei residui di antiparassitari interessati e delle relative quantità massime ammesse è stabilito dal Consiglio

che delibera a maggioranza qualificata, su proposta della Commissione. I residui di antiparassitari non possono che essere inclusi in tale elenco fino a quando la direttiva 76/895/CEE stabilisce una quantità massima per questo residuo».

Con il documento «Classification of (minor) crops not listed in the Appendix of Council Directive 90/642» (cfr. europa.eu.int/comm/food/fs/ph-ps/-index-en.htm) viene stabilito che le «foglie di vite», cui si riferisce l'ordinanza in questione, appartengono alla classe «Erbe» e, pertanto, a tale classe si deve far riferimento per l'applicazione dei limiti massimi di residui. Il documento è stato predisposto per evitare problemi al commercio e facilitare l'applicazione dei limiti massimi di residui stabiliti dalla direttiva 90/462/CEE e dai successivi aggiornamenti.

Causa C-444/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Medicinali omeopatici – Procedura speciale semplificata di registrazione – Nozione di medicinali omeopatici tradizionali – Articoli 14 e 15, n. 2 della direttiva 2001/1983/CE (cs.2248/04, avv. dello Stato M. Fiorilli).

IL FATTO

L'attrice ha chiesto alla competente autorità federale la registrazione del medicinale omeopatico «metaipecac» ai sensi della normativa tedesca sui medicinali. L'autorità federale ha respinto la domanda di registrazione adducendo che non sarebbe stato soddisfatto il «requisito della generale notorietà» del preparato nell'impiego come medicinale omeopatico, ai sensi del paragrafo 39, secondo comma, n. 7a della normativa tedesca sui medicinali (AMG). La sostanza *de qua*, infatti, è composta da sostanze tutte note, ma in una nuova combinazione che non si trova sul mercato nella medesima composizione e nella medesima, o quanto meno analoga, forma di somministrazione. Essa sarebbe, pertanto, una combinazione del tutto nuova e nulla rileva, ai fini della registrazione, la (controversa) notorietà dei singoli componenti principi attivi. Infatti, considerando tutte le possibili interazioni delle singole sostanze, non è a tal riguardo possibile una valutazione del rischio, qualora la composizione concreta del medicinale non sia «di generale conoscenza».

I QUESITI

Se la norma adottata nel paragrafo 39, secondo comma, n. 7a della AMG, laddove fa divieto di registrare un medicinale costituito da componenti omeopatici giustificati dalla bibliografia, quando il suo «uso come medicinale omeopatico (...) non è di generale conoscenza», sia compatibile con la direttiva 6 novembre 2001, 2001/83/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio.

In particolare:

1. – Se sono soggetti alla procedura speciale semplificata di registrazione, ai sensi degli articoli 14 e seguenti della direttiva 2001/1983/CE solo i medicinali omeopatici «tradizionali».

2. – In caso di soluzione affermativa di tale questione, se possa intendersi come «tradizionale» anche un medicinale prodotto utilizzando materiali

di partenza omeopatici giustificati dalla bibliografia, senza che prima della domanda di registrazione in tale combinazione sia stato effettivamente usato omeopaticamente,

oppure

se l'articolo 15, n. 2, secondo trattino del regolamento 2001/CE/83 consente che uno Stato membro richieda per la registrazione di un medicinale omeopatico prodotto utilizzando più materiali di partenza omeopatici, la presentazione di documentazione bibliografica avente ad oggetto il composto in quanto tale.

OSSERVAZIONI

Il Governo italiano non ha presentato osservazioni scritte.

Si può rilevare che la direttiva 2001/83/CE, recante un codice comunitario relativo a medicinali per uso umano, ha previsto, ai sensi dell'articolo 14, una procedura speciale semplificata di registrazione soltanto per medicinali omeopatici che soddisfano a delle condizioni ben precise:

- *via di somministrazione orale o esterna;*
- *assenza di indicazioni terapeutiche particolari sull'etichetta o tra le informazioni di qualunque tipo relative al medicinale;*
- *grado di diluizione che garantisca l'innocuità del medicinale; in particolare il medicinale non può contenere più di una parte per 10.000 di tintura madre né più di 1/100 della più piccola dose eventualmente utilizzata nell'alleopatia per le sostanze attive la cui presenza in un medicinale omeopatico comporta l'obbligo di presentare una prescrizione medica.*

L'articolo 15 della predetta direttiva definisce, inoltre, la documentazione da presentare a sostegno della domanda.

Pertanto, la risposta al primo quesito formulato dal giudice tedesco relativamente all'applicabilità della procedura speciale semplificata di registrazione soltanto ai medicinali omeopatici «tradizionali» è già insita nell'articolo 14 della direttiva 2001/83/CE, poiché non è presente alcun riferimento ai medicinali omeopatici «tradizionali». Ne segue che i quesiti successivi vengono a decadere.

Causa C-447/03 (Commissione c/ Repubblica italiana) – Ricorso per inadempimento – Discariche e nell'area di Manfredonia – Recupero Smaltimento – Articoli 4 e 8 della direttiva 75/442/CEE.

I FATTI E LE DIFESE

La Commissione contesta la mancata adozione di misure necessarie ad assicurare che i rifiuti, stoccati o depositati in discarica, presenti nel sito *ex Enichem* di Manfredonia e nella discarica Pariti I (nella zona di Manfredonia) fossero recuperati o smaltiti senza pericolo per la salute dell'uomo e senza usare procedimenti o metodi che potessero arrecare pregiudizio all'ambiente, ed altresì di non avere adottato le misure necessarie affinché il detentore dei rifiuti, stoccati o depositati in discarica, presenti in detti siti consegnassero tali rifiuti ad un collettore privato o pubblico o ad un'impresa che effettua le operazioni previste nell'allegato II A e II B della direttiva 75/442/CEE.

Il Governo italiano nel controricorso ha rilevato come la tempestività dell'intervento sostitutivo, visto che quello repressivo non muta la situazione di illegittimità creata nel comportamento dei detentori dei rifiuti, richiede risorse economiche adeguate alla situazione di illegittimità accertata nel rispetto delle procedure che legittimano l'intervento sostitutivo, posto che l'obbligo imposto agli Stati dalla normativa di settore non esonera il produttore e detentore di rifiuti di adempimento diretto dell'obbligo dello smaltimento e della osservanza delle disposizioni armonizzate. Ha quindi indicato che i due siti sono stati inseriti tra i siti inquinati contemplati dal Programma Nazionale di bonifica e ripristino ambientale, approvato con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela dei territorio è nel n. 468 del 18 settembre 2001. Detto decreto, fermo restando l'obbligo dei responsabili di sostenere le spese di bonifiche e ripristino stabilito per legge (articolo 17 del decreto legislativo n. 22/1997), ha stanziato, per gli anni 2001, 2002 e 2003, l'importo di 37,8 miliardi di lire a titolo di concorso pubblico per l'operazione di messa in sicurezza e bonifica. Nell'ambito di detto programma sono iniziate le operazioni di messa in sicurezza dell'area. Il Governo italiano ha chiesto, quindi, che sulla documentata attivazione per la messa in sicurezza dei siti, unico provvedimento dovuto in assenza della iniziativa dei contravventori, venga respinta la domanda di condanna proposta dalla Commissione.

Causa C-459/03 (Commissione c/ Irlanda) – Procedimento di infrazione avviato dalla Commissione europea contro l'Irlanda per violazione delle competenze comunitarie in materia di accordi misti (cs. 1922/04, avv. dello Stato M. Fiorilli).

IL FATTO

La Commissione europea ha avviato un procedimento giudiziario per contestare all'Irlanda il fatto di avere intrapreso contro il Regno Unito, accusato di avere inquinato con scorie radioattive un tratto costiero prospiciente le coste irlandesi, un procedimento giudiziario innanzi alla Tribunale internazionale del diritto del mare (Amburgo) secondo la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (CNUDM), un accordo multilaterale di tipo misto del quale sono parti contraenti tutti gli Stati membri (eccetto il Regno di Danimarca) e la Comunità europea.

La Commissione europea nel suo ricorso di inadempimento, deduce:

a) violazione dell'articolo 291/CE: mancato rispetto della competenza esclusiva della Corte di giustizia delle Comunità europee in materia di controversie fra Stati membri. La Commissione ritiene che le pertinenti disposizioni della CNUDM invocate dall'Irlanda in appoggio alla sua azione dinanzi al Tribunale internazionale del diritto del mare ricadono nelle competenze comunitarie, essendo stata tale convenzione sottoscritta anche dalla Comunità europea, per cui la loro interpretazione ed applicazione nell'ambito di rapporti fra Stati membri spetterebbero esclusivamente alla Corte di Giustizia delle Comunità europee in virtù della clausola finale contenuta nel-

l'articolo 292/CE. Del resto, le competenze trasferite alle Comunità europee in base all'articolo 4.3 dell'allegato IX della CNUDM ed alla Dichiarazione relativa alle competenze comunitarie, connessa a quest'ultima, escluderebbero non soltanto l'esercizio di quelle a carattere esclusivo, ma anche l'esercizio delle competenze di tipo non esclusivo ripartito, il che impedirebbe comunque ad uno Stato membro di rivolgersi, per dispute concernenti altri Stati membri, giurisdizioni diverse da quella esclusiva della Corte di Giustizia delle Comunità europee, in modo da garantire la coerenza e l'uniformità del sistema giuridico comunitario;

b) ulteriore relazione dell'articolo 292/CE in combinato disposto con l'articolo EA 193; sottoposizione ad un Tribunale internazionale diverso dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee di una controversia relativa all'interpretazione dall'applicazione di atti di diritto comunitario. Nella sua azione contro il Regno Unito, l'Irlanda ha chiesto al Tribunale internazionale del diritto del mare di prendere in considerazione, oltre a varie convenzioni internazionali in materia di inquinamento marittimo, anche alcuni atti di diritto comunitario (nella specie, tre direttive CE e due direttive EA in tema di rispetto dell'ambiente). La Commissione ritiene che tale riferimento al diritto comunitario integri una ulteriore violazione dell'articolo 292/CE, letto in combinato disposto con l'articolo CEEA 193 dal momento che l'unico ed esclusivo giudice dell'interpretazione dell'applicazione di tale diritto dei rapporti fra gli Stati membri resterebbe la Corte di Giustizia delle Comunità europee;

c) violazione dell'articolo CE 10, in combinato disposto con l'articolo 192 CEEA: mancato rispetto dell'obbligo di cooperazione leale in materie coperte da accordi di tipo misto.

Secondo la Commissione, nel contesto di un accordo di tipo misto, come la CNUDM, uno Stato membro sottoposto al dovere di cooperare lealmente con le Istituzioni comunitarie al fine di agevolare l'esercizio delle competenze di queste ultime non dovrebbe atteggiare la sua posizione di parte dell'accordo in modo tale da pregiudicare il raggiungimento degli obiettivi del trattato CE. Nella specie, l'Irlanda, agendo individualmente contro il Regno Unito, avrebbe mancato all'obbligo di coordinare la propria attività in ambito CNUDM, mettendo così a rischio la coerenza e l'efficacia della politica estera comunitaria.

Cause riunite C-462/03 e C-163/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Appalti – Servizi di trasporto ferroviario – Nozione di gestione di reti – Articolo, n. 2 lett. c) 2 direttiva 93/38/CEE (cs 5712/04, avv. dello Stato M. Fiorilli).

IL FATTO

Si controverte della aggiudicazione di un appalto per la realizzazione di lavori di costruzione di ponti e di opere di calcestruzzo per il raddoppio dei binari di una tratta ferroviaria. L'ufficio federale per la procedura di assegnazione degli appalti pubblici ha ritenuto che i progetti di infrastruttura oggetto dell'appalto vanno qualificati come «messa a disposizione di una rete di tra-

sporti». Ai sensi delle disposizioni legislative nazionali tale attività non rappresenterebbe una attività del settore. Occorre chiarire se concreti interventi nelle infrastrutture ferroviarie costituiscono un'attività del settore ai sensi dell'articolo 2, n. 2, lett. c) della direttiva 93/38/CEE. L'ente aggiudicatore afferma in sostanza che considerazioni di ordine sistematico ostano ad una distinzione tra gestione e messa a disposizione di reti di trasporto. Se la messa a disposizione di una rete ferroviaria non dovesse essere considerata alla stregua di una attività del settore, ciò significherebbe che imprese che realizzano infrastrutture ferroviarie potrebbero del tutto liberamente assegnare appalti, ed è dubbio che ciò corrisponda all'intenzione del legislatore comunitario.

I QUESITI

1. – Se l'articolo 2, n. 2, lett. c), della direttiva 93/38/CE vada interpretato nel senso che, contrariamente alle altre fattispecie dell'articolo 2, n. 2 della detta disposizione, per quanto riguarda i servizi trasporto, «solamente» la gestione di reti vada considerata come attività del settore.

2. – Quali attività rientrino nella nozione di «gestione di reti destinate a fornire un servizio pubblico nel settore dei trasporti per ferrovia» ai sensi dell'articolo 2, n. 2, lett. c), della direttiva 93/38/CEE; in che misura vadano inclusi in tale nozione, in particolare, interventi nell'ambito delle infrastrutture; se tali interventi di carattere infrastrutturale possano essere inclusi nella nozione di «messa disposizione di reti».

3. – Se – qualora nell'ambito dei servizi di trasporto (ferroviario) sia soggetta alla direttiva 93/98/CE solamente la gestione di reti (soluzione affermativa della questione *sub* 1) pratica – l'autorità competente a conoscere dei ricorsi debba disapplicare una disposizione nazionale secondo la quale, contrariamente al disposto della direttiva 93/98/CE, anche la «messa disposizione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel settore dei trasporti per ferrovia» costituisce attività del settore.

Causa C-468/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Codice doganale comunitario (CDS) – Valore in dogana delle merci importate – Prezzo delle merci e commissione d'acquisto – Rimborso dei dazi pagati sull'intero importo – Articoli 29 e 33 del regolamento del Consiglio 2913/92 (cs 6254/04, avv. dello Stato M. Fiorilli).

IL FATTO

La ricorrente, società con sede nel Regno Unito, all'atto di immissione in libera pratica di un certo quantitativo di calzature provenienti dall'estremo oriente, indicava come valore in dogana delle merci un importo comprensivo della commissione d'acquisto e del relativo dazio. Accortasi dell'errore, avanzava, successivamente, quattro domande di rimborso degli importi erroneamente pagati; tre di tali importi le venivano dapprima riconosciuti ed un secondo tempo negati, mentre la quarta domanda di rimborso veniva respinta.

I QUESITI

1. – Se la commissione d'acquisto effettivamente prevista sia assoggettabile a dazio, in quanto parte del prezzo effettivamente pagato o da pagare per le merci ai sensi dell'articolo 29 del codice doganale.

2. – In caso di soluzione negativa della prima questione, se la commissione d'acquisto effettivamente prevista sia detraibile dal valore di transazione dichiarato, tenuto conto di quanto disposto dagli articoli 32, n. 3, e 33 del codice doganale.

3. – Se, in simili circostanze, le autorità doganali siano tenute, in forza del codice doganale, in particolare dell'articolo 78, n. 3, del medesimo, ad accettare la rettifica del prezzo pagato o da pagare per le merci importate e, quindi, la riduzione del relativo valore in dogana.

Se, pertanto, l'importatore abbia diritto, in forza del codice doganale, in particolare dell'articolo 236 del medesimo, ad ottenere un rimborso del dazio pagato sulla commissione d'acquisto.

OSSERVAZIONI

Il Governo italiano non ha presentato osservazioni scritte.

Si può, peraltro, osservare quanto segue. La norma applicabile in materia (articolo 33 del codice comunitario doganale) prevede che, ove, la fattura presentata per stabilire il valore in dogana comprenda, oltre il prezzo della merce, anche il corrispettivo dovuto per una commissione di acquisto, quest'ultima sia esclusa dal valore imponibile della merce importata, a condizione, però, che il suo ammontare sia distinto dal prezzo pagato o da pagare per la merce. Pertanto, in presenza di una fattura unica comprendente, senza distinzione alcuna, il prezzo della merce e la commissione di acquisto, è tuttavia possibile per l'operatore richiedere la deduzione della parte di somma che si riferisce alla commissione, previa presentazione di necessaria documentazione che permetta l'esatta quantificazione (fatture, contratto di commissione, eccetera). Fatto è, che qualora l'autorità doganale abbia già autorizzato lo svincolo delle merci, come nel caso di specie, tale operazione di revisione dell'accertamento relativo all'importazione in questione non può più essere effettuata, ai sensi dell'articolo 65 del predetto codice doganale comunitario che, difatti, prevede che nessuna rettifica della dichiarazione può essere autorizzata.

Causa C-498/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – IVA – Esenzione di imposta – S.r.l. fornitrice di servizi di assistenza – Nozione di «charitable»
– Art. 13, parte A, n. 1, lett. g) e h) sesta Direttiva 77/388/CEE – Ordinanza del «*VAT and Duties Tribunal*» (Regno Unito) emessa il 10 giugno 2003, notificata il 9 febbraio 2004 (cs. 12125/04, avv. dello Stato G. De Bellis).

IL FATTO

Nel caso di specie le ricorrenti, società a responsabilità limitata, hanno costituito una società (*Kingscrest RCH*) che gestisce nel Regno Unito sei istituti di assistenza per adulti con difficoltà di apprendimento e di assistenza per l'infanzia; tale società è gestita a scopi lucrativi e non si configura come

una *charity* (istituto caritativo che persegue scopi di pubblica utilità) secondo il diritto inglese. Il ricorso è diretto avverso la decisione dei *Commissioners of Custom and Excise* di cancellare la registrazione delle ricorrenti ai fini dell'IVA a partire dal marzo 2002, in quanto le stesse avevano smesso di fornire servizi tassabili a tale data.

I QUESITI

Con la predetta ordinanza, è stato chiesto alla Corte di Giustizia delle Comunità europee di pronunciarsi, ai sensi dell'articolo 234 CE, in ordine all'interpretazione dell'art. 13, parte A, n. 1, lett. *g*) ed *h*) della sesta direttiva del Consiglio, n. 77/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulle cifre d'affari. In particolare, il giudice *a quo* chiede:

1. – se sia ammissibile il ricorso ad altre versioni linguistiche della stessa direttiva del Consiglio 77/388/CEE per chiarire il significato del termine «*charitable*» (versione inglese) dell'art. 13, parte A, n. 1, lett. *g*) e *h*) o se invece il termine debba avere lo stesso significato attribuitogli nella normativa nazionale;

2. – se l'art. 13, parte A, n. 1, lett. *g*) e *h*), qualora interpretato come applicabile a un organismo a cui è stato riconosciuto carattere sociale, debba essere interpretato nel senso che esso si applica a un ente a scopi lucrativi quale la società *Kingscrest Residential Care Homes*;

3. – se l'art. 13, parte A, n. 1, lett. *g*) e *h*) della direttiva debba essere interpretato nel senso che conferisce agli Stati membri il potere discrezionale di attribuire, ai fini di tale disposizione, carattere sociale ad un organismo registrato ai sensi del *Care Standards Act 2000* (o del *Registered Homes Act 1984* o del *Children Act 1989*), ma che non è un ente disciplinato dal diritto pubblico e che non ha lo *status* di «istituto caritativo» in base alla normativa nazionale dello Stato membro considerato.

Causa C-535/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Regime comunitario della pesca – Limitazioni alla pesca – Utilizzo di particolari attrezzi da pesca – Sfogliare a rete aperta – Regolamenti (CE) 2341/02 e 671/02 – Decisione 03/185/CE – Articoli 33,34,28 e CE 29 (cs 12736/04, avv. dello Stato M. Fiorilli).

IL FATTO

Due società inglesi che operano nel settore della pesca nelle acque inglesi impugnano le disposizioni con le quali il Regno Unito ha dato applicazione al regolamento (CE) 2341/200; detto regolamento mira alla salvaguardia del merluzzo bianco nel mare del Nord, di Irlanda ed altri mari vicini disponendo un contingentamento del pescato e la restrizione del numero di giorni che una imbarcazione di lunghezza superiore ai dieci metri può trascorrere fuori dal porto per pescare. Il regolamento, nel suo punto 6, determina il variabile numero di giornate di pesca a seconda del tipo di pesce pescato e di attrezzature e dà, altresì, alla Commissione la facoltà di asse-

gnare i giorni aggiuntivi agli Stati ricorrendo certe condizioni. La norma inglese di attuazione vieta ad un peschereccio britannico di rimanere fuori del porto per un numero di giornate superiore a quello previsto per le imbarcazioni di quel tipo dall'allegato XVII del regolamento. Con decisione 2003/185/CE, la Commissione ha concesso agli Stati, a certe condizioni, la facoltà di assegnare giorni aggiuntivi al naviglio da pesca. Con regolamento 671/2003, il Consiglio ha modificato l'allegato XVII al regolamento e consentito agli Stati membri, a certe condizioni di attrezzatura dei pescherecci, di trascorrere un massimo di 16 giorni fuori dal porto purché da un lato vi fosse una previa notifica alla Commissione, dall'altro un controllo della proporzione di merluzzo bianco pescato tenuta ad essere meno del 5%. I ricorrenti precisano, in punto di fatto, che i pescherecci a sfogliare a rete aperta (quelli della ditta ricorrente) hanno in assoluto la cattura di merluzzo più esigua di tutti i pescherecci superiori a dieci metri e, dai dati disponibili ad opera dello stesso ente britannico, tale percentuale si assesta sullo 0,6% mentre la ricorrente l'ha stimato all'1,6%; l'impatto di conservazione sul merluzzo bianco delle disposizioni richiamate dalla ricorrente è quindi minimo e lo è ancora di più se rapportato all'impatto della pesca illimitata dell'orso bianco consentito ai pescherecci di meno di dieci metri. Le disposizioni contestate riducono la redditività della pesca sfogliare a rete aperta anche nel caso che, ed è quello della ricorrente, la flotta di pescherecci non è intesa a catturare merluzzo bianco ma pleuronettiformi e cioè passerì di mare e sogliole. Non solo, ma con la riduzione dei giorni di pesca, verrà logicamente a ridursi la cattura pur legittima dei pleuronettiformi. La situazione quale descritta comporterà l'abbandono della attività da parte di molte società quale quelle identiche alla ricorrente (pescherecci di più di dieci metri a sfogliare a rete aperta destinate alla pesca di pleuronettiformi) per ragioni legate alla tutela del merluzzo bianco che, nei fatti, la ricorrente non minaccia. Né pare agevole una riconversione in altri settori ittici poiché, a parte il problema delle licenze, il riadattamento delle imbarcazioni a diversi tipi di pesca è problematico. Le ricorrenti ne deducono che le disposizioni del Regno Unito adottate in adesione al regolamento sono discriminatorie poiché danneggiano di più quelle società di pesca che hanno una minore incidenza sulla conservazione degli *stocks* di merluzzo bianco mentre sono incompatibili con il diritto fondamentale del libero esercizio di attività economica, poiché possono porre fuori mercato delle società di pesca sulla scorta di un assunto, peraltro in fatto contestabile, che esse più di altre società di pesca minaccerebbero gli *stocks* di merluzzo bianco che nel caso in esame restando l'ordinanza non intenderebbero pescare, presterebbero solo in via incidentale e comunque in quantità rilevante.

I QUESITI

Si chiede di chiarire se:

1. – i punti 4, lett. *b*) e 6, lett. *a*) nella parte che rinvia al punto 4, lett. *b*), dell'allegato XVII al regolamento del Consiglio 20 dicembre 2002, n. 2341 e/o

2. – i punti 4, lett. *b*), e 6, lett. *a*), nella parte che rinvia al punto 4, lett. *b*). dell'allegato XVII al regolamento del Consiglio 20 dicembre 2002, n. 2341, come modificato dal regolamento 10 aprile 2003, n. 671 e/o

3. – l'articolo 1 della decisione della Commissione 14 marzo 2003, 2003/185/CE, nella parte in cui la Commissione rifiuta di aumentare di due giorni, ai sensi del punto 6, lett. *b*), dell'allegato XVII al regolamento del Consiglio n. 2341/2002, il numero dei giorni assegnati alle navi che detengono attrezzi denominati «sfogliare a rete aperta» (punto 4, lett. *b*), dello stesso allegato), sia legittima nella parte applicabile a pescherecci a sfogliare a rete aperta, in quanto gli stessi sono: *a*) e *b*) incompatibili con gli articoli 34 e CE 34 (politica agricola comune), nonché con gli articoli 28 e CE 29 (divieto di restrizioni quantitative e misure ad effetto e equivalente); *c*) sproporzionati; *d*) discriminatori, e/o *e*) incompatibili con il diritto fondamentale al libero esercizio di una attività economica.

Causa C-9/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Immissione nel mercato di sostanze pericolose – Contenuto di cadmio nei prodotti – Sicurezza dei giocattoli – Art. 1, parte seconda direttiva 91/338/CEE – Direttiva 88/378/CEE – Ordinanza della *Hoge Raad* (Paesi Bassi), emessa il 23 dicembre 2003, notificata il 10 marzo 2004 (cs 20805/04, avv. dello Stato D. Del Gaizo).

IL FATTO

A seguito dell'importazione nei Paesi Bassi di una partita di giocattoli che, ad un esame dell'Ispettore della salute, è risultata avere un contenuto di cadmio superiore a 100 mg/Kg, la società Geharo B.V., ricorrente nella causa principale, è stata condannata per violazione dell'art. 2 della legge nazionale di recepimento della direttiva sul cadmio. La ricorrente ha tuttavia contestato la rilevanza penale dell'addebito, adducendo a motivo del ricorso l'applicabilità al caso di specie della direttiva sulla sicurezza dei giocattoli, e del limite del contenuto di cadmio per questi ultimi ivi indicato, sul presupposto che l'art. 1, parte 2 dell'Allegato alla suddetta direttiva dispone l'inapplicabilità delle nuove disposizioni (modificative della direttiva 76/769/CEE) ai prodotti contenenti cadmio già contemplati da altre disposizioni comunitarie.

IL QUESITO

Con la predetta ordinanza il giudice *a quo* ha chiesto alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee di pronunciarsi, ai sensi dell'articolo 234 CE, su un quesito pregiudiziale vertente sull'interpretazione dell'articolo 1, seconda parte della direttiva del Consiglio n. 91/338/CEE, la cosiddetta «*direttiva sul cadmio*», al fine di stabilire se il limite posto dalla suddetta normativa relativo al contenuto di cadmio dei prodotti sia applicabile anche ai giocattoli, o se, piuttosto, a questi ultimi debbano applicarsi le sole disposizioni previste dalla direttiva del Consiglio del 3 giugno 1988, n. 88/378/CEE, la cosiddetta «*direttiva sulla sicurezza dei giocattoli*».

Causa C-14/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Organizzazione dell’orario di lavoro – Prescrizioni minime di sicurezza e di salute – Definizione di orario di lavoro – Applicabilità ai diritti nazionali – Computabilità dei periodi di inoperosità – Direttiva 93/104/CE – Ordinanza del *Conseil d’Etat* (Francia) – *Section du Contentieux*, emessa il 3 dicembre 2003 e notificata il 18 febbraio 2004, nella causa Abdelkader Della e a. contro *Secrétariat général du gouvernement*; parte interveniente: *Union des fédérations et syndicats nationaux d’employeurs sans but lucratifs du secteur sanitaire, social et médico-social* (cs 17558/04, avv. dello Stato D. Del Gaizo).

IL FATTO

I ricorrenti, con separati atti successivamente riuniti in unico procedimento, hanno richiesto tutti l’annullamento per eccesso di potere del decreto 31 dicembre 2001, n. 2001-1384, adottato ai fini dell’applicazione dell’art. L 212-4 del codice del lavoro, il quale istituisce un orario di durata equivalente all’orario legale di lavoro nei centri sociali e medico-sociali gestiti da persone private senza scopo di lucro. È in seguito intervenuta nel procedimento un’altra parte controinteressata al mantenimento del decreto impugnato.

I QUESITI

1. – Se – tenuto conto dell’oggetto della direttiva del Consiglio 23 novembre 1993 (93/104/CE) che è, a tenore dell’art. 1, n. 1 della stessa, quello di stabilire prescrizioni minime di sicurezza e di salute in materia di organizzazione dell’orario di lavoro – la definizione di orario di lavoro ivi enunciata si applichi solo alle soglie indicate dalla direttiva o sia applicabile anche alle soglie accolte dai diritti nazionali, quand’anche le stesse siano state fissate (come nel caso della Francia) ad un livello di maggior tutela di quella direttiva.

2. – In quale misura un regime di equivalenza strettamente proporzionale, consistente nel prendere in considerazione la totalità delle ore di presenza pur applicando a queste ultime un meccanismo di ponderazione relativo alla minore intensità del lavoro fornito durante i periodi di inoperosità potrebbe considerarsi compatibile con gli obiettivi della direttiva citata al punto precedente.

Causa C-15/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Appalti pubblici di forniture e di lavori – Revoca del bando dopo l’apertura delle offerte – Effetto diretto delle direttive in materia di aggiudicazione – Articoli 1 e 2, n. 1, lettera b) direttiva 89/665/ CEE (avv. dello Stato M. Fiorilli).

IL FATTO

Un ente pubblico austriaco ha avviato una prima procedura di aggiudicazione di lavori pubblici ed ha revocato il bando relativo per gravi

motivi dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte. Ha, quindi, avviato una seconda procedura di aggiudicazione avente ad oggetto le medesime prestazioni. Un concorrente ha impugnato la decisione di revocare, dopo la scadenza del termine per le offerte, il bando di gara per l'aggiudicazione del lotto di lavori pubblici chiedendo che il provvedimento sia dichiarato nullo o, in subordine, annullabile; in questo caso chiede che sia affermato il divieto di apertura della nuova procedura di aggiudicazione mediante pubblicazione di un bando di gara relativo alle medesime prestazioni antecedentemente alla conclusione della prima gara.. L'ente appaltatore sostiene che il «grave motivo» che giustifica la revoca del bando di gara dopo la scadenza del termine delle offerte ai sensi della legge federale è costituito dalla circostanza che tutti i prezzi di offerta, malgrado l'accurata valutazione dell'appalto, sono risultati notevolmente superiori al valore stimato dell'appalto. Diversamente, la ricorrente ritiene che tale disciplina nazionale contrasti con la normativa comunitaria relativa alle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e lavori, in particolare con la direttiva del consiglio 89/665/CEE, la quale potrebbe trovare diretta applicazione in quanto sufficientemente incondizionata e precisa.

I QUESITI

1. – Se le disposizioni dell'articolo 1, in combinato disposto con l'articolo 2, n. 1, lettera *b*), della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/ CEE, siano così incondizionate e sufficientemente precise che un singolo, nel caso di revoca del bando di gara dopo l'apertura delle offerte possa direttamente far valere tali disposizioni dinnanzi al giudice nazionale e possa legittimamente proporre al riguardo una procedura di ricorso.

2. – Per il caso in cui la questione *sub*1) vada risolta in senso negativo: se l'articolo 1, in combinato disposto con l'articolo 2, n. 1, lett. *b*), della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/ CEE, debba interpretarsi nel senso che gli Stati membri sono obbligati a rendere possibile in ogni caso sottoporre ad una procedura di ricorso la decisione della aggiudicatrice, precedente alla revoca del bando di gara, di voler revocare il bando di gara (decisione di revoca analoga alla decisione di aggiudicazione); procedura in cui il ricorrente, indipendentemente dalla possibilità di richiedere un risarcimento danni dopo la revoca, possa ottenere l'annullamento della decisione ove ne ricorrano i presupposti.

NOTA

Il Governo italiano non ha presentato osservazioni.

L'articolo 1 della direttiva 89/665/CE rinvia agli Stati membri l'adozione dei «provvedimenti necessari per garantire che... le decisioni prese possano essere oggetto di un ricorso efficace e quanto più rapido possibile» (articolo 1, comma 1), ponendo a carico degli stessi l'obbligo di garantire che non vi sia «alcuna discriminazione tra imprese» (articolo 1, comma 2) e che «le procedure di ricorso siano accessibili a chiunque abbia interesse a ottenere l'aggiudicazione

e che sia stato o rischi di essere lesi» (articolo 1, paragrafo 3). Negli stessi termini l'articolo 2, comma 1, lett. b), stabilisce che «gli Stati membri fanno sì che i provvedimenti presi permettano di annullare o far annullare le decisioni illegittime».

Dal tenore letterale delle disposizioni, appare evidente che la norma non è in grado di produrre effetti diretti negli ordinamenti interni. L'ampio rinvio agli Stati circa l'individuazione dei mezzi e delle forme necessarie al recepimento induce a ritenere che non si tratta di norme sufficientemente dettagliate e, quindi, self-executing.

Per quanto riguarda la seconda questione bisogna stabilire se il provvedimento di revoca di un bando di gara, anche dopo che siano scaduti i termini per la presentazione delle offerte, rientri o meno tra le decisioni oggetto di ricorso giurisdizionale. Il problema sorge in particolare per il diritto austriaco che distingue tra decisioni separatamente impugnabili (bando di gara, determinazione in pendenza del termine per le offerte e aggiudicazione) e decisioni non separatamente impugnabili. Per l'ordinamento italiano non esiste questa differenziazione per cui la tutela giurisdizionale è sempre ammessa contro tutti gli atti della pubblica amministrazione lesivi di diritti e interessi legittimi, ivi compreso il provvedimento di revoca di un bando di gara. La revoca, invero, è espressione dello ius poenitendi della pubblica amministrazione che, in base ad una diversa valutazione dell'interesse pubblico, ritorna sulla decisione presa. Trattasi di esercizio di amministrazione attiva, inerente alla medesima funzione esercitata a suo tempo con l'emanazione dell'atto revocato, attraverso il quale la pubblica amministrazione adotta un atto uguale e contrario a quello posto a base dell'adozione di un bando di gara. Giova sottolineare che la giurisprudenza della Corte di Giustizia tende ad attribuire ampio significato alle «decisioni» oggetto di impugnazione dinanzi alle autorità nazionali. Con sentenza del 18 giugno 2002 (in C-92/00) la Corte di giustizia ha sottolineato che la stessa struttura della direttiva 89/664/CEI suggerisce un'interpretazione ampia della nozione di «decisione» comprensiva anche della revoca («la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di revocare il bando di gara deve poter costituire oggetto di ricorso ed essere eventualmente annullata nel caso in cui risulti contraria al diritto comunitario in materia di appalti pubblici»). Non ammettere la procedura di ricorso d'annullamento nei riguardi di decisione di revoca di bandi di gara significherebbe impedire a coloro che sono stati danneggiati da una decisione assunta in violazione delle norme di diritto comunitario di agire in giudizio. Pertanto, la «decisione» di revoca di un bando di gara sembra rientrare tra quelle «decisioni» per le quali gli Stati membri debbono istituire procedure di ricorso di annullamento che assicurino l'osservanza delle norme di diritto comunitario nel settore degli appalti pubblici e delle norme nazionali che recepiscono tale diritto. La Corte di Giustizia nella sentenza del 28 ottobre 1999, causa C-81/1998, ha affermato che «l'articolo 2, n. 1, lettera b) della direttiva (...) deve essere interpretato nel senso che gli Stati membri sono tenuti a prevedere in ogni caso una procedura di ricorso che consenta agli offerenti respinti di ottenere l'annullamento delle decisioni di aggiudicazione in presenza delle relative

condizioni, indipendentemente dalla possibilità di ottenere un risarcimento danni dopo la conclusione del contratto»: secondo la applicazione analogica del principio tale possibilità dovrebbe essere prevista anche nel caso di decisione di revoca.

Causa C-30/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Sicurezza sociale – Pensione di vecchiaia – Calcolo dell'importo teorico della prestazione – Integrazioni al minimo – Art. 42 CE – Art. 46, par. 2 lett. *b*) regolamento 1408/1971 – Ordinanza del Tribunale di Bolzano – Cancelleria del Lavoro – emessa il 9 gennaio 2004, notificata il 25 marzo 2004 (ct 22307/04, avv. dello Stato D. Del Gaizo).

IL FATTO

La ricorrente è titolare di una pensione di vecchiaia a decorrere dall'ottobre 1996. Essa ha maturato 262 settimane contributive in Italia e 533 settimane contributive in un Paese dell'Unione europea (Germania), per un totale di 795 settimane contributive. Ai fini del diritto all'integrazione della pensione al trattamento minimo, la ricorrente, alla data sopra indicata, disponeva di un reddito familiare superiore al limite indicato dalla legge nazionale italiana. È sorta così una controversia tra la ricorrente e l'INPS, sull'interpretazione da dare all'art. 46, paragrafo 2 lett. *b*) del regolamento CE 1408/1971.

I due metodi di calcolo del prorata danno infatti un risultato differente a seconda che il metodo di calcolo parta da un importo teorico integrato al trattamento minimo (c.d. pensione virtuale integrata), secondo quanto sostenuto dalla ricorrente, oppure da un importo teorico non integrato al minimo (c.d. pensione virtuale pura), secondo il metodo di calcolo applicato dall'INPS.

Secondo la tesi dell'INPS, il metodo di calcolo proposto dalla ricorrente produrrebbe un risultato iniquo sotto il profilo di parità di trattamento sostanziale tra pensionato italiano e pensionato «internazionale».

I QUESITI

Se, alla luce dell'art. 42 CE che in materia di sicurezza sociale impone l'adozione di misure atte a garantire la libera circolazione dei lavoratori:

l'art. 46 paragrafo 2 lett. *b*) del regolamento 1408/1971 possa essere interpretato nel senso che la base di calcolo del prorata italiano debba essere costituita sempre dalla pensione virtuale integrata al minimo, anche se fossero superati i limiti di reddito sanciti dalla legge nazionale italiana per l'integrazione al trattamento minimo (art. 6 legge 638/1983, modificato dall'art. 4 d.l.vo 503/1992), oppure

se lo stesso articolo debba essere interpretato nel senso che la base di calcolo del prorata italiano debba essere costituita dalla pensione virtuale non integrata al minimo nei casi in cui il pensionato superi i limiti di reddito sanciti dalla legge per ottenere l'integrazione al minimo.

Causa C-42/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Afta epizootica – Misure eccezionali – Aiuti settore carne suina e di vitello – Nozione di «partij» – Art. 4, n. 3 e punto 1 allegato II del regolamento (CE) n. 1046/01 – Ordinanza del *College van Beroep* (Paesi Bassi), emessa il 23 gennaio 2004, notificata il 17 marzo 2004 (cs 20807/04, avv. dello Stato D. Del Gaizo).

IL FATTO

La ricorrente, allo scopo di beneficiare di un aiuto concesso dalle competenti autorità olandesi (parte convenuta) a sostegno del settore delle carni suine e di vitello, aveva ceduto un certo numero di vitelli da macello destinati alla distruzione. Tali capi venivano quindi trasportati con quattro autocarri e pesati per carico di ciascun autocarro. Sulla base di informazioni fornite per le vie brevi dal servizio nazionale per l'esecuzione dei regolamenti del Ministero dell'Agricoltura la ricorrente riteneva che tutti gli animali dovessero essere considerati come un'unica «partita», circostanza questa che avrebbe garantito, in relazione al peso dei vitelli, il diritto all'importo massimo del sussidio ministeriale. Diversamente la convenuta, richiamandosi alla definizione di «partita» di cui al «*decreto in materia di sussidio per l'acquisto nelle zone di protezione e sorveglianza dell'afta epizootica*» considerava come «partita» ciascun autocarro carico e, di conseguenza, riconosceva alla ricorrente un importo inferiore.

IL QUESITO

Si chiede alla Corte di chiarire se il termine «*partij*» (partita) di cui all'art. 4, n. 3, del Regolamento (CE) n. 1046/2001, abbia lo stesso significato del termine «*vracht*» (carico) di cui al punto 1 dell'allegato II del detto regolamento, oppure se per «*partita*» debba intendersi: tutti gli animali di una azienda agricola che in un unico giorno, oppure in base ad una sola decisione relativa all'acquisto, sono ceduti ai fini della distruzione.

Causa C-53/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Contratti di lavoro a termine ed a tempo indeterminato – Contratti stipulati con la P.A. – Contratti di lavoro privati – Direttiva 99/70 – Ordinanza del Tribunale di Genova – Sezione Lavoro – emessa il 21 gennaio 2004, notificata il 25 marzo 2004 (ct. 19480/04, avv. dello Stato D. Del Gaizo).

IL FATTO

Recesso da parte della Pubblica Amministrazione, nella specie l'Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate, dal contratto di lavoro – ultimo di una serie di 4, in un caso, e di 5, nell'altro – da quest'ultima stipulato con i due lavoratori ricorrenti.

Questi ultimi lamentano l'illegittimità del licenziamento invocando l'applicazione della disciplina di cui al d.l.vo 368/2001 (che, unitamente alla legge 422/2000 ha dato applicazione alla direttiva 1999/70), in virtù del quale la riassunzione a termine «entro un periodo di dieci giorni dalla data di sca-

denza di un contratto di durata fino a sei mesi» comporta che il rapporto di lavoro si consideri automaticamente a tempo indeterminato. Di contro l'azienda datrice di lavoro contesta le pretese avverse adducendo il divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato da parte delle pubbliche amministrazioni sancito dall'articolo 36, secondo comma del d.l.vo 165/2001. Quest'ultimo articolo, sottoposto al vaglio della Corte Costituzionale, è stato dichiarato legittimo sul presupposto che l'articolo 97 della Costituzione impedisce che possa instaurarsi un rapporto di impiego con enti pubblici mediante procedure diverse dal pubblico concorso.

IL QUESITO

Se la Direttiva 1999/70/CE (articolo 1 nonché clausole 1, lett. B, e clausola 5 dell'Accordo quadro sul lavoro CES-UNICE-CEEP recepito dalla Direttiva) debba essere intesa nel senso che osta ad una disciplina interna (previgente all'attuazione della Direttiva stessa) che differenzia i contratti di lavoro stipulati con la pubblica amministrazione, rispetto ai contratti con datori di lavoro privati, escludendo i primi dalla tutela rappresentata dalla costituzione d'un rapporto di lavoro a tempo indeterminato in caso di violazione di regole imperative sulla successione dei contratti a termine.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

Il Governo Italiano ha presentato le seguenti osservazioni.

«(omissis) 2. La suddetta questione è stata formulata nell'ambito di due giudizi riuniti, instaurati su ricorsi proposti da lavoratori occupati alle dipendenze dell'Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate (ente che ha natura di pubblica amministrazione secondo la legge italiana) con successivi contratti di lavoro a tempo determinato.

Come si desume dall'ordinanza del giudice a quo, per entrambi i lavoratori l'ultima assunzione è avvenuta nel momento in cui era vigente il decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, recante «attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES».

L'articolo 5 del predetto decreto legislativo detta disposizioni in materia di scadenza del termine e sanzioni, nonché di successione dei contratti.

In particolare detta norma prevede al comma 3 che: «Qualora il lavoratore venga riassunto a termine, ai sensi dell'articolo 1, entro un periodo di dieci giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata fino a sei mesi, ovvero venti giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata superiore ai sei mesi, il secondo contratto si considera a tempo indeterminato.»

Poiché in entrambi i casi l'ultima assunzione a tempo determinato è avvenuta otto giorni dopo la scadenza del precedente contratto, i lavoratori in questione hanno chiesto al giudice nazionale il riconoscimento, ai sensi della norma predetta, del rapporto di lavoro intercorrente con l'Azienda sanitaria come rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

A tale tesi l'Azienda convenuta ha opposto che, in base all'art. 36 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (recante «Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche»), la viola-

zione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte di pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato, dando luogo soltanto al diritto al risarcimento del danno.

Nell'ordinanza di remissione alla Corte il giudice a quo si diffonde ampiamente in considerazioni atte a dimostrare che questa ultima disposizione sarebbe implicitamente abrogata, o comunque derogata dalle norme del d.lgs. n. 368/2001, in quanto successive ed incompatibili con la stessa e non richiamate da tale decreto, in base alla previsione contenuta nell'articolo 11 dello stesso.

Il Tribunale di Genova ha, peraltro, sollevato la questione pregiudiziale dinanzi alla Corte, ritenendo che «nell'ipotesi che debba opinarsi in senso opposto, in ragione della portata speciale della norma di cui al secondo comma dell'art. 36 del T. U. e della ritenuta sua conformità con l'art. 97 Cost.» si ponga il «dubbio se la disposizione sia in conflitto con i principi dettati dalla Direttiva 1999/70/CE, così come attuati dalla legge 422/1990 e dal d. L.vo 368/2001 che hanno così reso operativa la Direttiva stessa nell'ordinamento interno» (pag. 11 dell'ordinanza).

3. – *Così formulata la questione pregiudiziale è, ad avviso del Governo italiano, irricevibile, in quanto, come si è già osservato, il giudice nazionale, al quale indubbiamente spetta interpretare le norme di diritto interno, non mostra alcun dubbio circa la asserita applicabilità al caso di specie dell'art. 5 d.lgs. 368/2001 e circa la asserita deroga che tale norma apporterebbe all'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 (ovvero circa l'avvenuta abrogazione implicita di quest'ultima da parte della prima).*

Ne consegue che il quesito sottoposto alla Corte risulta puramente ipotetico, come del resto sembra riconoscere lo stesso giudice a quo, e quindi che, conformemente alla propria giurisprudenza, la Corte non dovrebbe statuire sulla stessa.

4. – *Fermo quanto precede, nell'ipotesi in cui la Corte ritenesse comunque sussistente la propria competenza a pronunciare sulla questione suddetta, il Governo italiano ritiene che alla stessa debba risponderci negativamente.*

Al riguardo è, infatti, necessario considerare che, come emerge dal preambolo dello stesso, l'accordo recepito dalla direttiva 1999/70 mira a «stabilire un quadro generale che garantisca la parità di trattamento ai lavoratori a tempo determinato, proteggendoli dalle discriminazioni, e un uso dei contratti di lavoro a tempo determinato accettabile sia per i datori di lavoro sia per i lavoratori».

In tale contesto la clausola 5, paragrafo 1, dell'accordo stabilisce che gli Stati nazionali debbano adottare, previa consultazione delle parti sociali, le misure ivi previste per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti a tempo determinato o rapporti di lavoro a tempo determinato «in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori».

Ai sensi del paragrafo 2 della stessa clausola spetta inoltre agli stessi Stati membri stabilire, previa consultazione delle parti sociali, a quali condizioni i

contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato debbano essere considerati «successivi» ovvero debbano essere considerati contratti o rapporti a tempo indeterminato.

Dal combinato disposto delle disposizioni sopra menzionate emerge che, nell'esercitare quest'ultimo potere discrezionale gli Stati membri devono prevenire gli abusi, sempre che non sussistano norme equivalenti a tal uopo.

Orbene l'articolo 36, comma 2, del d.lg.s n. 165/2001, ove ritenuto applicabile dal giudice nazionale, stabilisce che, in presenza del divieto di trasformazione dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato in contratti o rapporti di lavoro a tempo indeterminato, il lavoratore interessato ha comunque diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di norme imperative e restano ferme le responsabilità e le sanzioni nei confronti dei dirigenti responsabili del mancato rispetto della normativa. Nei cui confronti le amministrazioni pubbliche hanno anche l'obbligo di recuperare le somme pagate a titolo risarcitorio.

Diversamente da quanto sembra ritenere il giudice a quo, tale forma di tutela ben può considerarsi equivalente ai sensi dell'accordo; quest'ultimo, infatti, mira a prevenire gli abusi derivanti dalla applicazione indiscriminata ed ingiustificata dei contratti e dei rapporti di lavoro a tempo determinato in luogo di quelli a tempo indeterminato, e non già ad assicurare a tutti i costi la stabilità del posto di lavoro, come si desume anche dal fatto che nel secondo paragrafo del preambolo le parti riconoscono espressamente la liceità dei contratti a tempo determinato e la loro rispondenza, in determinate circostanze, sia alle esigenze dei datori di lavoro che a quelle dei lavoratori.

Ne consegue che la previsione di un risarcimento e della responsabilità del dirigente risultano, in un settore come quello pubblico, un adeguato deterrente al verificarsi di abusi, posto anche che non pare sussistere alcuna particolare gravosità dell'onere della prova del danno subito da parte del lavoratore e tenuto conto del principio di accesso alla pubblica amministrazione per pubblico concorso (contenuto nell'art. 97 della Costituzione italiana).

5. – Tanto premesso il Governo italiano propone alla Corte:

a) di pronunciare nel senso che non si deve statuire sulla questione pregiudiziale posta dal Tribunale di Genova;

b) in subordine, di rispondere al quesito posto dallo stesso Tribunale come segue: «la Direttiva 1999/70/CE debba essere intesa nel senso che essa non osta ad una disciplina interna che differenzia i contratti di lavoro stipulati dalla pubblica amministrazione, rispetto ai contratti di lavoro privati, escludendo i primi dalla tutela rappresentata dalla costituzione d'un rapporto di lavoro a tempo indeterminato in caso di violazione di regole imperative sulla successione dei contratti a termine, in presenza di norme nazionali equivalenti per la prevenzione degli abusi che la stessa direttiva mira ad evitare, aventi, in particolare, ad oggetto la previsione di un risarcimento danno per il lavoratore assunto in violazione delle norme suddette, anche a carico dei dirigenti responsabili della violazione, nonché di sanzioni a carico di questi ultimi».

Roma, 4 giugno 2004 – L'Avvocato dello Stato Danilo Del Gaizo».

Causa C-62/04 – Commissione c/ Repubblica italiana – Ricorso per inadempimento – Requisiti per la determinazione dei livelli di diossina e P C B diossina – Simili nei mangimi – Direttiva 02/70/ CE (avv. dello Stato M. Fiorilli).

IL FATTO

La Commissione chiede alla Corte di Giustizia di constatare che la Repubblica italiana, non avendo adottato le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva 02/70/CE della Commissione del 26 luglio 2002, che stabilisce i requisiti per la determinazione dei livelli di diossina e P C B diossina – simili nei mangimi – o, comunque, non avendo comunicato tali disposizioni alla commissione, è venuta meno agli obblighi ad essa imposti dall'articolo 3, primo comma, della direttiva stessa.

NOTA

La direttiva 02/70/CE stabilisce i requisiti per la determinazione dei livelli di diossina e P C B diossina – simili nei mangimi – e, come indicato nei suoi considerando, si propone di fissare i criteri generali cui si debbono conformare i metodi di analisi affinché i laboratori incaricati dei controlli nei vari stati membri operino in condizioni comparabili; prevede, altresì, che le modalità di prelievo dei campioni ed i metodi di analisi possano essere adeguate in funzione dell'evoluzione delle conoscenze scientifiche e tecnologiche ed indica, nei suoi allegati, i metodi di campionamento per il controllo ufficiale dei limiti delle diossine nei mangimi, individuando i criteri da seguire per la preparazione dei campioni ed i metodi d'analisi per il controllo ufficiale dei livelli di diossina.

Il Governo ha controdedotto che, in ottemperanza alla legge comunitaria 2002 (legge 3 febbraio 2003, n. 14) è stato già predisposto uno schema di decreto legislativo di recepimento, della cui pubblicazione nella GURI si darà immediata comunicazione alla Commissione.

Causa C-69/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Prestazione di servizi aeroportuali – Obblighi di assunzione di personale – Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, stabilimenti o parti di stabilimenti – Art. 18 della direttiva 97/67/CEE e art. 49 CE – Ordinanza del Tribunale di Civitavecchia emessa il 12 gennaio 2004, notificata il 16 aprile 2004 (ct 24869/04, avv. dello Stato O. Fiumara).

IL FATTO E I QUESITI

È stato chiesto alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee di pronunciarsi in ordine all'interpretazione dell'articolo 18 della direttiva 96/67/CE in combinato disposto con l'art. 49 CE, con riferimento ad una controversia in materia di obblighi di assunzione di personale in capo al prestatore di servizi aeroportuali: si domanda «se l'art. 18 della direttiva considerata unitamente al suddetto art. 49, sia di ostacolo all'applicazione di una

legislazione nazionale (nella specie l'art. 14 del d.lgs. 18/99) che impone obblighi di assunzione di personale in capo al soggetto prestatore di servizi aeroportuali così restringendo la corrispondente facoltà di determinazione delle strategie imprenditoriali per quanto attiene alla scelta, al numero e al trattamento dei propri dipendenti».

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

L'Avvocatura ha rilevato che la questione è stata già sottoposta all'esame della Corte di Giustizia nella causa C-460/02, introdotta con ricorso della Commissione C.E. contro l'Italia per preteso inadempimento agli obblighi imposti dalla direttiva. In attesa della pronuncia della Corte, l'Avvocatura ha richiamato le difese svolte in tale causa, con le quali si era osservato che la norma nazionale non contrasta con la Direttiva (cfr. stralcio della memoria prodotta in tale causa in questa Rassegna 2003, I, 107).

Causa C-73/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale): competenza giurisdizionale – Contratto di «time sharing» – Contratto d'affitto di immobili – Contratto di associazione – Indebito arricchimento – Articolo 16, n. 1, lettera a) della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 (avv. dello Stato M. Fiorilli).

I FATTI

Due cittadini tedeschi hanno adito il giudice tedesco per ottenere il rimborso del pagamento di una somma di denaro corrisposta ad una società inglese per l'uso di un appartamento per le vacanze situato a Rodi (Grecia). Gli attori hanno sostenuto di aver pagato, in un primo momento, l'anticipo richiesto e di avere poco dopo versato il prezzo totale dovuto sulla base del contratto stipulato con la società, senza dedurre la somma anticipata. La società convenuta ha eccepito l'incompetenza del tribunale tedesco adito, sostenendo che, in caso di controversia in tema di contratto d'affitto di immobili, quale quella in esame, ai sensi dell'articolo 16, n. 1, lettera a) della Convenzione di Bruxelles è competente il giudice dello Stato in cui l'immobile si trova (il c.d. *forum rei sitae*), indipendentemente dal domicilio delle parti. In realtà, la fattispecie contrattuale sulla quale si fonda la controversia non ha ad oggetto soltanto l'acquisto del diritto d'uso dell'appartamento per le vacanze per una determinata settimana di calendario di ogni anno fino al 2031, ma anche l'associazione ad un club, essendo l'acquisto del diritto d'uso, senza l'associazione al club, nemmeno previsto.

I QUESITI

1. – Se la locuzione «in materia di contratti di affitto di immobili» di cui all'articolo 16, n. 1, lettera a), della Convenzione di per sé, debba essere interpretata nel senso che comprenda controversie vertenti sull'uso di un alloggio in un *hotel*, individuato per tipo e collocazione, per una determinata settimana di calendario ogni anno e per un periodo di quasi quarant'anni,

qualora il contratto comprenda contemporaneamente e necessariamente l'associazione ad un club, il cui compito principale consiste nell'assicurare ai membri l'esercizio del menzionato diritto d'uso.

2. – In caso di soluzione affermativa della questione *sub* 1): Se la competenza esclusiva ai sensi dell'articolo 16, n. 1, lettera *a*), della Convenzione di Bruxelles valga anche per diritti, i quali sorgono da un rapporto di affitto in tal senso, ma non hanno nulla a che fare in diritto e in fatto con l'affitto e, precisamente, per il diritto al rimborso di una parte del corrispettivo, erroneamente pagato in eccesso, per l'uso dell'appartamento per le vacanze o per l'associazione al club.

NOTA

Il Governo italiano non ha presentato osservazioni scritte.

La questione di diritto controversa attiene al problema dell'applicabilità della regola di competenza esclusiva prevista dall'articolo 16, n. 1 lettera a) della Convenzione di Bruxelles, in materia di contratti di affitto di immobili, ad una azione di indebito arricchimento sorto nell'ambito di un contratto di affitto di immobile stipulato tra un privato ed una società, aventi domicilio (o sede) in due Stati diversi. Tale disposizione, in deroga ai principi generali, previsti dall'articolo 2 della medesima Convenzione, attribuisce, in materia di «diritti reali immobiliari e di contratti di affitto di immobili» la competenza, in via esclusiva, al giudice del luogo ove è situato l'immobile. In proposito la Corte di Giustizia, pur pendendo per un'interpretazione restrittiva dell'articolo 16.1 lettera a) della Convenzione di Bruxelles, in quanto eccezione rispetto al principio generale (sancito dalla medesima Convenzione) che attribuisce la competenza al giudice dello Stato in cui è domiciliato il convenuto, ha più volte applicato l'invocata disposizione a controversie riguardanti diritti e obblighi discendenti da un contratto di locazione di un bene immobile, indipendentemente dal fatto che l'azione sia fondata su un diritto reale o su un diritto di obbligazione. Ciò è quanto accade, anche nella fattispecie in esame, atteso che l'azione giudiziaria intentata dai coniugi tedeschi, sorta da un inadempimento del contratto di affitto di immobile, è fondata sull'obbligo dell'affittuario di restituire la caparra ricevuta. L'oggetto della controversia pendente dinanzi al giudice tedesco, si ricollega così direttamente ad un contratto di locazione di immobili sicuramente rientrante nell'ambito della previsione di cui all'articolo 16, punto 1, lettera a), della Convenzione, che in materia di affitti di immobili attribuisce la competenza esclusiva al giudice del luogo dove è situato l'immobile. La questione controversa non suscita in ambito nazionale dubbi interpretativi, né problemi applicativi. Difatti, la Corte di Cassazione ha più volte chiarito, intervenendo sull'interpretazione dell'articolo 21 c.p.c., che pone una regola di competenza esclusiva simile a quella prevista dall'articolo 16, punto 1, della Convenzione, che tale eccezione trova applicazione ogni qualvolta sorga una controversia comunque riferibile ad un contratto di affitto di immobile, che attenga, cioè, non solo alla sua esistenza, validità ed efficacia, ma altresì a tutte le altre possibili sue vicende, e segnatamente a quelle che involgano l'adempimento delle obbligazioni derivanti dal rapporto in base alla disciplina codicistica o a quella di settore della legislazione speciale (Cass. 10070/2001; Cass. 6962/00).

Causa C-83/03 (Commissione c/ Repubblica italiana) – Ricorso per inadempimento – Valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati – Progetto di costruzione di un porto turistico a Fossacesia – Articolo 4, paragrafo 2 direttiva 85/337/CEE (ct 111536/03, avv. dello Stato M. Fiorilli).

I FATTI E LE DIFESE

La Commissione delle Comunità europee ha contestato alla Repubblica italiana la violazione degli obblighi derivanti dall'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 85/337/CEE, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati, nella misura in cui non ha correttamente verificato se il progetto per la costruzione di un porto turistico a Fossacesia, progetto ricompreso nella lista di cui all'allegato II della direttiva stessa, avesse caratteristiche tali da richiedere l'effettuazione di una procedura di impatto ambientale.

L'intervento urbanistico oggetto di infrazione deve essere correttamente classificato come approdo turistico in darsena posizionata sulla terraferma e collegata al mare tramite un canale artificiale di 40 metri e, quindi, non è assoggettato a valutazione di impatto ambientale, né a verifica. La verifica di assoggettabilità alla VIA risulta essere stato effettuato dal Comitato di coordinamento regionale sulla VIA, che ha concluso per la non assoggettabilità del progetto alla procedura. A seguito del procedimento di infrazione il Ministero dell'ambiente si è attivato presso la regione perché accerti quale sia la natura dell'opera.

Causa C-89/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Nozione di trasmissione televisiva – Servizio della società dell'informazione – Articoli 1, lettera a) e 6 della direttiva 89/552/CEI, come modificata dalla direttiva 97/36/CE – Articolo 1, n. 2 e allegato A, V n. 3 della direttiva 98/34/CE, come modificata dalla direttiva 98/48/CE (avv. dello Stato M. Fiorilli).

IL FATTO

I quesiti sono sorti nell'ambito di una controversia avente ad oggetto il servizio prestato dall'emittente Mediakabel, il c.d. «*Filmtime*», costituito dall'offerta di film sotto forma di segnali modificati, scelti dall'offerente e diffusi sulla sua rete, che possano essere decodificati e visti dall'abbonato in diversi orari stabiliti dall'offerente, contro speciale versamento per ciascun film, grazie ad una chiave elettronica e individuale. Al fine di valutare se nel caso descritto trovino attuazione le disposizioni della direttiva 89/552/CE, e la cosiddetta direttiva «Televisione senza frontiere» (di seguito TSF), occorre stabilire se tale servizio vada qualificato come « servizio di trasmissione televisiva » o « servizio della società dell'informazione ». Più in generale, la questione pregiudiziale concerne l'individuazione del criterio in base al quale distinguere i due tipi di servizi.

I QUESITI

1. – Sinteticamente, il *Nederlands Raad Van State* si domanda se la nozione di «trasmissione televisiva» di cui all'articolo 1, lettera a) della diret-

tiva TSF debba intendersi come comprensiva dei servizi definiti nell'elenco indicativo riprodotto nell'allegato V della direttiva 98/34/CE, come modificata dalla direttiva 98/48/CE, in particolare, nel n. 3 di detto elenco, nel quale figurano i «servizi di radio diffusione televisiva di cui alla direttiva TSF» e i «*near video on demand*», ovvero se in tale nozione rientri un «servizio della società dell'informazione» come menzionato nell'articolo 1, n. 2 della direttiva 98/34/CE (quesito 1 *a*). In caso di risposta negativa a tale quesito, e cioè qualora si ritenesse che la direttiva TSF sia applicabile anche ai servizi della società dell'informazione, il giudice del rinvio pone una questione complementare relativa all'individuazione delle modalità con le quali distinguere la nozione di «trasmissione televisiva» da quella di «servizi di comunicazione che forniscono informazioni specifiche su richiesta individuale», contemplati nel su citato articolo 1, lettera *a*) della direttiva (quesito 1).

2. – Dalla lettura congiunta delle due normative in materia di televisione e di telecomunicazioni, rilevanti nel caso di specie, emerge che le nozioni di «programma» e di «servizio della società dell'informazione», in esse definite, debbano essere interpretate conformemente alle direttive comunitarie dalle quali hanno tratto origine e che disciplinano il settore. Alla luce delle caratteristiche del servizio, è evidente che esso presenta elementi sia a favore dell'una che dell'altra categoria, tali da giustificare l'incertezza intorno all'interpretazione dell'articolo 1, lettera *a*) della direttiva TSF; invero, da un lato, il fatto che l'abbonato scelga un film e l'orario di visione tra quelli messi a disposizione dall'offerente, depone a favore della presenza di un «servizio individuale a richiesta», di cui all'articolo 1, n. 2 della direttiva 98/34/CE e della direttiva 2000/31/CE. In tale ottica, decisivo ai fini della risoluzione della questione sarebbe il punto di vista dell'abbonato. Dall'altro lato, invece, il fatto che la scelta dei film disponibili, così come la frequenza e gli orari in cui questi vengono trasmessi spettano all'offerente del servizio, rappresentano elementi a favore dell'esistenza di un servizio di trasmissione televisiva, ai sensi dell'articolo 1, lettera *a*) della direttiva 89/552/CEE, in quanto la scelta dell'abbonato non sarebbe effettiva. Decisivo in tale seconda ipotesi sarebbe il punto di vista dell'offerente del servizio. Da tali osservazioni discende perciò l'ulteriore questione pregiudiziale, se, al fine di stabilire se un servizio come quello in esame sia una trasmissione televisiva o servizio della società dell'informazione, si debba attribuire particolare importanza al punto di vista dell'abbonato o piuttosto al punto di vista dell'offerente del servizio, e se, a tal fine, rilevino i tipi di servizi che sono in concorrenza con quello in esame (al riguardo si può pensare, da un lato, ad esempio, a videoteche o a diffusione individuale di film tramite *Internet* e, dall'altro, a trasmettitori televisivi, nella forma o meno di un abbonamento televisivo).

3. – Inoltre, poiché la direttiva TSF contiene norme che disciplinano il contenuto audiovisivo, il giudice di rinvio si chiede ancora quale sia la portata dell'articolo 6 di quest'ultima direttiva al caso principale: se nella specie rileva il fatto che la qualificazione del servizio come quello in esame, quale «servizio della società dell'informazione» e la conseguente non applicazione della direttiva TSF potrebbe compromettere l'efficacia della direttiva, in particolare, tenuto conto dell'obiettivo di riservare una determinata percentuale

di ore di trasmissione ad opere europee; o se, piuttosto, tale norma non trovi attuazione al caso di specie, in quanto gli utenti pagano per la ricezione del servizio.

NOTA

Il Governo italiano non è intervenuto nella fase scritta.

Causa C-93/04 (Commissione c/ Repubblica Italiana) – Ricorso per inadempimento notificato il 10 marzo 2004 – Misure comunitarie di lotta contro la peste suina classica – Direttiva 01/89/CE.

IL RICORSO

La Commissione ha chiesto alla Corte di Giustizia di constatare che la Repubblica italiana, non avendo adottato le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva 2001/89/CE del Consiglio del 23 ottobre 2001, che stabilisce misure comunitarie di lotta contro la peste suina classica o, comunque, non avendo comunicato tali disposizioni alla Commissione, è venuta meno agli obblighi ad essa imposti dall'art. 30 1° comma della direttiva stessa.

IL CONTRORICORSO

«(omissis) Il Governo italiano desidera rappresentare alla Corte che la direttiva in questione è stata recepita con il D.Lgs. 20 febbraio 2004, n. 55, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 28 febbraio 2004, n. 30/L e ritualmente notificata alla Rappresentanza Permanente d'Italia presso l'Unione europea con nota n. 2566 del 1 marzo 2004.

Tanto premesso il Governo italiano auspica che la Commissione voglia rinunciare al ricorso, con compensazione di spese, atteso che l'adozione del decreto legislativo in questione è avvenuta prima del deposito del ricorso presso la Corte.

Roma, 29 marzo 2004 – L'Avvocato dello Stato Danilo Del Gaizo».

Causa C-97/04 (Commissione c/ Repubblica Italiana) – Ricorso per inadempimento notificato il 10 marzo 2004 – Incenerimento rifiuti – Direttiva 00/76/CE (ct 15611/04, avv. dello Stato G. Fiengo).

IL RICORSO

La Commissione delle Comunità Europee chiedeva alla stessa Corte di constatare che la Repubblica Italiana, non avendo dettato le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva 2000/76/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 4 dicembre 2000 sull'incenerimento dei rifiuti o, in ogni caso, non avendole comunicate alla Commissione è venuta meno agli obblighi imposti dall'art. 21 di tale direttiva.

IL CONTRORICORSO

«Il Governo della Repubblica Italiana fa presente che lo schema di decreto legislativo predisposto dal Ministero dell'Ambiente sulla base di specifica delega

contenuta nella legge 31 ottobre 2003, n. 306 (legge Comunitaria 2003), è stato trasmesso alla Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento delle politiche comunitarie.

Successivamente lo schema di decreto dovrà essere sottoposto ai pareri della Conferenza Stato-Regioni e delle Commissioni parlamentari ed approvato dal Consiglio dei Ministri.

Si confida che nel prosieguo del giudizio il Governo Italiano possa dare notizia della conclusione dell'iter di adeguamento alla direttiva, nella prospettiva che la Commissione delle Comunità Europee voglia aderire ad una cessazione della materia del contendere.

Roma 8 maggio 2004 – L'Avvocato dello Stato Giuseppe Fiengo».

Causa C-99/04 (Commissione c/ Repubblica Austriaca) – Ricorso per inadempimento notificato il 10 marzo 2004 – Liquidazione delle emissioni nell'atmosfera di taluni inquinanti originati dai grandi impianti di combustione – Direttiva 2001/080/CE (ct 19778/04, avv. dello Stato G. Fiengo).

IL RICORSO

La Commissione delle Comunità Europee chiedeva alla stessa Corte di constatare che la Repubblica Italiana, non avendo dettato le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva 2001/80/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2001 relativa ai limiti nazionali di emissione di taluni inquinanti originati dai grandi impianti di combustione o, in ogni caso, non avendole comunicate alla Commissione è venuta meno agli obblighi imposti dall'art. 18, paragrafo 1 di tale direttiva. Chiedeva altresì la condanna al pagamento delle spese di lite.

IL CONTRORICORSO

«Il Governo della Repubblica Italiana fa presente che lo schema di decreto ministeriale, predisposto dal Ministero dell'Ambiente è all'esame dei Ministeri della salute e delle Attività Produttive per l'acquisizione del relativo assenso. Successivamente il provvedimento dovrà essere sottoposto al parere della Conferenza Stato-Regioni e del Consiglio di Stato e, per completare l'iter di adozione, esser comunicato alla Presidenza del Consiglio dei ministri.

Si confida che nel prosieguo del giudizio il Governo Italiano possa dare notizia della conclusione dell'iter di adeguamento alla direttiva, nella prospettiva che la Commissione delle Comunità Europee voglia aderire ad una cessazione della materia del contendere.

Roma 8 maggio 2004 – L'Avvocato dello Stato Giuseppe Fiengo».

Causa C-100/04 (Commissione c/ Repubblica Italiana) – Ricorso per inadempimento notificato il 10 marzo 2004 – Limiti nazionali di emissione di alcuni inquinanti atmosferici (avv. dello Stato G. Fiengo).

IL RICORSO

La Commissione delle Comunità Europee chiedeva alla stessa Corte di constatare che la Repubblica Italiana, non avendo dettato le disposizioni

legislative, regolamentari ed amministrative necessario per conformarsi alla direttiva 2001/81/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2001 relativa ai limiti nazionali di emissione di alcuni inquinanti atmosferici o, in ogni caso, non avendole comunicate alla Commissione è venuta meno agli obblighi imposti dall'art. 15 di tale direttiva. Chiedeva altresì la condanna al pagamento delle spese di lite.

IL CONTRORICORSO

Nel costituirsi al presente giudizio, il Governo della Repubblica Italiana, come sopra rappresentato e difeso, fa presente che, con deliberazione 7 maggio 2004, a seguito del complesso iter legislativo previsto dalla normativa nazionale, è stato approvato in via definitiva dal Consiglio dei ministri il decreto legislativo recante il «recepimento della direttiva 2001/81/CE relativa ai limiti nazionali di emissione di alcuni inquinanti atmosferici». L'atto è alla firma del Capo dello Stato e sarà pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana.

Nel prosieguo del giudizio il Governo Italiano darà notizia della conclusione dell'iter di adeguamento alla direttiva, nella prospettiva che la Commissione delle Comunità Europee voglia aderire ad una cessazione della materia del contendere, con compensazione delle spese di lite.

Roma 8 maggio 2004 – L'Avvocato dello Stato Giuseppe Fiengo».

Causa C-107/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Prodotti agricoli – Nozione di «biologico» e di «ecologico» – Metodo di produzione biologico – Regolamento (CEE) n. 2092/91 – Regolamento (CE) n. 1804/99 (avv. dello Stato M. Fiorilli).

IL FATTO

Il *Comitè Andaluz de Agricultura* ha chiesto l'annullamento del Regio decreto 11 maggio 2001, n. 506, recante modifica al Regio decreto 22 ottobre 1993, n. 1852, relativo al metodo di produzione biologico di prodotti agricoli e alla indicazione di tale metodo sui prodotti agricoli e sulle derrate alimentari.

Il *Comitè Andaluz de Agricultura* osserva: «È la Commissione europea ad incarnare l'interesse generale della Unione a fissarne gli indirizzi e ad eseguire le azioni deliberate dal Consiglio e dal Parlamento. Tra le funzioni della Commissione europea vi è quella di garantire il rispetto del diritto comunitario (alla stregua della Corte di giustizia). Ciò significa che la Commissione controlla che la legislazione europea sia applicata correttamente negli Stati membri al fine di mantenere un clima di fiducia reciproca tra gli Stati membri, gli operatori economici e i privati cittadini. Vi è già stato uno studio approfondito della Commissione sulla possibilità di utilizzare i termini e vocaboli protetti («ecologico», «biologico», «organico», «bio», «eco»), che questa Corte può richiedere, evitando così che la detta Corte di giustizia delle Comunità europee debba esaminare un problema che dovrà essere risolto in futuro nell'ambito del procedimento per inadempimento contro la Spagna per violazione del regolamento (CEE) 24 giugno 1991, n. 2092, e successive modifiche, principalmente quelle apportate dal regolamento (CE)

4/1999». In definitiva, il *Comitè*, per evitare lungaggini processuali, sottolinea che le risposte alle domande presentate alla Corte di giustizia delle comunità europee le detiene già la stessa Commissione europea «nella sua relazione, ove sono specificamente studiate e motivate con riferimento al diritto comunitario». Il Pubblico ministero afferma che non appare necessario adire la Corte di giustizia delle Comunità europee già che si tratta del valore semantico di determinati vocaboli e, nonostante siano caratterizzati da un'identica morfologia nelle varie lingue comunitarie, il loro significato è ben distinto in ciascuna di esse, fenomeno del resto piuttosto frequente. Lo stesso regolamento, all'articolo 2, specifica quale termine, tra «ecologico», «biologico» e «organico» è applicato in ogni Paese. L'amministrazione ritiene inopportuno un rinvio pregiudiziale e, data la chiarezza dei termini in cui si esprimono i regolamenti comunitari, non violati in alcun modo dal Regio decreto n. 506/01.

I QUESITI

1. – Se il regolamento (CEE) del Consiglio 24 giugno 1991, n. 2092, integrato dal regolamento (CE) e del Consiglio 19 luglio 1999, n. 1804, relativo al metodo di produzione biologico di prodotti agricoli e alla indicazione di tale metodo sui prodotti agricoli e le derrate alimentari, consideri in tutti gli Stati membri i termini «biologico» ed «ecologico», nonché i loro prefissi «bio» ed «eco», come indicazioni che suggeriscono al compratore che il prodotto o gli ingredienti sono stati ottenuti in conformità delle norme sulla produzione biologica.

2. – Se il regolamento (CEE) del Consiglio 24 giugno 1991, n. 2092, integrato dal regolamento (CE) e del Consiglio 19 luglio 1999, n. 1804, relativo al metodo di produzione biologico di prodotti agricoli e alla indicazione di tale metodo sui prodotti agricoli e le derrate alimentari, riservi necessariamente, in tutti gli Stati membri, i termini «biologico» ed «ecologico», nonché i loro prefissi «bio» e «eco», ai prodotti ottenuti in conformità delle norme stabilite per la produzione biologica da tale regolamento.

3. – Se l'articolo 2 del regolamento (CEE) del Consiglio 24 giugno 1991, n. 2092, integrato dal regolamento (CE) e del Consiglio 19 luglio 1999, n. 1804, relativo al metodo di produzione biologico di prodotti agricoli e alla indicazione di tale metodo sui prodotti agricoli e le derrate alimentari riservi in spagnolo solo il termine «ecologico» e il suo prefisso «eco» ai prodotti ottenuti in conformità delle norme stabilite per la produzione biologica del citato regolamento, cosicché può non essere in contrasto con quanto disposto dalla normativa europea l'utilizzo in Spagna del termine «biologico» e del suo prefisso «bio» in relazione a prodotti non biologici, se l'uso di tale termine e di tale prefisso li ha resi generici e non destinati a designare, in Spagna, prodotti alimentari con determinate caratteristiche connesse al metodo di produzione biologico.

NOTA

Le amministrazioni interessate non hanno rappresentato l'interesse a presentare osservazioni scritte.

Causa C-108/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Regime speciale di previdenza sociale per i lavoratori agricoli – Requisiti – Discriminazioni basate sul sesso – Art. 4 direttiva 97/7/CEE – Sentenza del «*Tribunal Superior de Justizia*» (Spagna) emessa il 19 gennaio 2004 e notificata l'8 aprile 2004 (avv. dello Stato G. Fiengo).

IL FATTO

La signora, ricorrente, richiedeva la sua iscrizione, come lavoratrice autonoma, al *Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social* (Regime speciale di previdenza sociale per i lavoratori agricoli), iscrizione che le veniva negata con risoluzione 18 luglio 2000 della *Tesoreria General de la Seguridad Social*, con la motivazione che essa *svolge lavori agricoli senza che questi ultimi costituiscano il suo mezzo principale di sussistenza, poiché suo marito è iscritto come lavoratore autonomo*. Inoltre veniva disposta la registrazione d'ufficio della ricorrente al *Régimen Especial de Trabajadores Autónomos* (regime speciale dei lavoratori autonomi).

I QUESITI

1. – Se sia contraria al disposto della direttiva 19 dicembre 1978, 79/7/CEE e, in particolare dell'art. 4 di quest'ultima, una norma di diritto interno in forza della quale, per potersi iscrivere ad un regime speciale di previdenza sociale dei lavoratori agricoli, oltre alla sussistenza dei requisiti di carattere generale, occorre, nel caso in cui il/la lavoratore/lavoratrice sia coniugato/a, che i redditi provenienti dall'attività compresa in tale regime rappresentino i redditi principali dei coniugi, cioè quelli più elevati.

2. – Se sia contraria al disposto della direttiva 19 dicembre 1978, 79/7/CEE e, in particolare dell'art. 4 di quest'ultima, una norma di diritto interno in forza della quale, in ragione della semplice iscrizione del coniuge ad un altro regime di previdenza sociale, il/la lavoratore/lavoratrice agricolo/a deve provare che i redditi provenienti dall'attività compresa nel regime speciale di previdenza sociale dei lavoratori agricoli sono superiori a quelli del coniuge, presumendosi, in assenza di tale prova, che non lo siano.

Causa C-118/04 (Commissione c/ Repubblica Italiana) – Ricorso per inadempimento notificato il 17 marzo 2004 – Norme minime per la protezione dei suini – Direttiva 01/88/CE recante modifica della direttiva 91/630/CEE. (ct 17032/04, avv. dello Stato D. Del Gaizo).

IL RICORSO

La Commissione ha chiesto alla Corte di Giustizia di constatare che la Repubblica italiana, non avendo adottato le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva 2001/88/CE del Consiglio del 23 ottobre 2001, recante modifica della direttiva n. 91/630/CE che stabilisce misure minime per la protezione dei suini o, comunque, non avendo comunicato tali disposizioni alla Commissione, è venuta meno agli obblighi ad essa imposti dall'art. 30, primo comma, della direttiva stessa.

IL CONTRORICORSO

«(omissis) Il Governo italiano desidera rappresentare alla Corte che la direttiva in questione è stata recepita con il D.Lgs. 20 febbraio 2004, n. 53, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 28 febbraio 2004, n. 30/L e ritualmente notificata alla Rappresentanza Permanente d'Italia presso l'Unione europea con nota n. 2564 del 1 marzo 2004.

Tanto premesso il Governo italiano auspica che la Commissione voglia rinunciare al ricorso, con compensazione di spese, atteso che la pubblicazione del decreto legislativo in questione è avvenuta prima del deposito del ricorso presso la Corte.

Roma, 2 aprile 2004 – Avvocato dello Stato Danilo del Gaizo».

Causa C-139/04 (Commissione c/ Repubblica Austriaca) – Ricorso per cattiva applicazione notificato il 25 marzo 2004 – Qualità dell'aria nell'ambiente – Valori limite di particolari sostanze (biossido di zolfo, d'azoto...) – Mancata trasmissione di informazioni – Direttive 99/30/CE e 96/62/CE – Decisione 01/839/CE (ct 19777/04, avv. dello Stato G. Fiengo).

IL RICORSO

La Commissione delle Comunità Europee chiedeva alla Corte di constatare che la Repubblica Italiana, avendo comunicato, solo in parte, alla Commissione i metodi utilizzati per la valutazione della qualità dell'aria di cui all'art. 3, per quanto riguarda le sostanze coperte dalla direttiva 1999/30/CE, e avendo inviato, peraltro dopo il 30 settembre 2002, il questionario adottato dalla decisione 2001/839/CE, fornendo solo alcune delle informazioni relative al 2001, sulle sostanze coperte dalla direttiva 1999/30/CE, come previsto dall'art. 11, comma 1, lettera a), sottoparagrafi i), ii) e comma 1 lettera b), della direttiva 1996/62/CE, è venuta meno rispettivamente agli obblighi derivanti dall'articolo 11 della direttiva 1996/62/CE, in combinazione con l'articolo 4, comma 1 della stessa direttiva e con la direttiva 1999/30/CE e agli obblighi derivanti dall'art. 11 delle direttive 1996/62/CE in combinazione con l'art. 4 comma 1 della stessa direttiva, con la direttiva 1999/30/CE e con l'articolo 1 della decisione 2001/839/CE. La Commissione ha richiesto altresì la condanna alle spese del giudizio.

IL CONTRORICORSO

«(omissis) In sintesi, le inadempienze contestate al Governo italiano riguardano la parziale comunicazione dei metodi utilizzati per la valutazione preliminare della qualità dell'aria, di cui all'articolo 5 della direttiva 1996/62/CE, per le sostanze coperte dalla direttiva 1999/30/CE e la incompleta, oltre che tardiva, comunicazione dei dati della qualità dell'aria relativi all'anno 2001, secondo il questionario previsto dalla decisione 2001/839/CE, ai sensi dell'articolo 11 della direttiva 1996/62/CE.

Fermo restando il ritardo con il quale l'Italia ha trasmesso alla Commissione europea i dati e le informazioni previsti dall'articolo 11 della direttiva

1996/62/CE rispetto ai termini stabiliti, attualmente si può tuttavia affermare che tutte le comunicazioni oggetto della contestazione e del ricorso sono state regolarmente effettuate.

Si riassumono, brevemente qui di seguito, le modalità di comunicazione di quanto richiesto dalla Commissione europea:

a) in data 10 ottobre 2003, il Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio ha trasmesso per via diplomatica, con nota n. 7333/UL/2003, la prima parte della documentazione in questione, e più precisamente:

i questionari 2001 delle Regioni Emilia Romagna, Lazio, Liguria, Lombardia, Marche, Piemonte, Toscana, Valle d'Aosta e Veneto e della Provincia autonoma di Trento;

i questionari 2002 delle Regioni Emilia Romagna, Lazio, Liguria, Lombardia, Marche, Piemonte e Valle d'Aosta e della Provincia autonoma di Trento;

i metodi utilizzati per la valutazione preliminare della qualità dell'aria delle Regioni Liguria, Lombardia, Marche, Piemonte, Toscana e valle d'Aosta e della Provincia autonoma di Trento;

b) in data 19 marzo 2004, con lettera UL/2004/2087, il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio ha inoltre trasmesso, sempre per via diplomatica:

i questionari relativi all'anno 2001 di tutte le Regioni e Province autonome, completando perciò il precedente invio;

una sintesi dei metodi utilizzati, per la valutazione preliminare della qualità dell'aria, da tutte le Regioni e Province autonome.

Tutti i dati trasmessi sono stati anche pubblicati sul sito del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e sono liberamente consumabili da cittadini ed enti.

Sulla base di tali risultanze si confida che la Commissione voglia aderire alla declaratoria di cessazione della materia del contendere, con compensazione delle spese di lite.

Roma 8 maggio 2004 – L'Avvocato dello Stato Giuseppe Fiengo».

Causa C-144/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Lavoro a tempo determinato – Parità di trattamento – Ragione obiettiva – Direttive 1999/70/CE e 2000/78/CE. Ordinanza dell'Arbeitsgericht Munchen (Germania) notificata l'11 maggio 2004 (cs 29426/04, avv. dello Stato D. Del Gaizo).

IL FATTO

La controversia verte su un contratto di lavoro a tempo determinato stipulato con un lavoratore di 54 anni. Per la normativa tedesca la limitazione di tempo del contratto con lavoratori anziani si fonda sull'art. 14, n. 3, quarta frase, in combinato disposto con la prima frase, del TzBfG (legge sul lavoro a tempo parziale e a tempo determinato) in quanto il lavoratore ha più di 52 anni.

Il ricorrente ritiene che tale disciplina nazionale contrasti con la normativa comunitaria, ed in particolare con le direttive 1999/70/CE e 2000/78/CE. Egli chiede pertanto che il contratto a tempo determinato sia

dichiarato inefficace e sia in corso un rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Il convenuto dal canto suo, fa valere che esiste una ragione obiettiva che sottende alla conclusione di tale contratto, proprio per il fatto che i lavoratori anziani risultano difficilmente collocabili sul mercato del lavoro, e questo in osservanza della clausola 5 dell'allegato alla direttiva 1999/70/CE, che stabilisce per gli Stati membri di prevedere misure legislative per evitare gli abusi derivanti da una successione di rapporti di lavoro a tempo determinato. Questa ragione obiettiva giustificherebbe anche la disparità di trattamento prevista dall'art. 6, n. 1, lett. a), della direttiva 2000/78/CE.

I QUESITI

1. – a) Se la clausola 8, n. 3, dell'accordo quadro (direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato) debba essere interpretata nel senso che nell'ambito della sua attuazione nell'ordinamento interno essa vieta una *reformatio in peius* attraverso un abbassamento dell'età da 60 a 58 anni;

b) Se la clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro (direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato) debba essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale la quale – come quella controversa nel caso di specie – non contenga alcuna limitazione ai sensi delle tre alternative previste al n. 1;

2. – Se l'art. 6 della direttiva del Consiglio 27 novembre 2000, 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro, debba essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale la quale – come quella controversa nel caso di specie – consenta di concludere contratti a tempo determinato con lavoratori che abbiano compiuto i 52 anni in assenza di una ragione obiettiva, così derogando al principio della necessaria presenza di una ragione obiettiva;

3. – Se, nel caso in cui una delle precedenti questioni venga risolta affermativamente, il giudice nazionale debba disapplicare la normativa nazionale contrastante con il diritto comunitario e se trovi quindi applicazione il principio generale di diritto interno secondo cui un contratto di lavoro a tempo determinato è ammissibile solo in presenza di una ragione obiettiva.

Causa C-148/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Misure fiscali per le banche e le fondazioni bancarie – Decisione della Commissione europea n. 2002/58/CE – Compatibilità con il diritto comunitario – Principio di affidamento, certezza del diritto e proporzionalità (avv. dello Stato M. Fiorilli).

IL FATTO

1. – Sulla base della legge di delega al Governo del 23 dicembre 1998, n. 461 per il riordino della disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione del settore bancario, il decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153 ha introdotto benefici e vantaggi per favorire una più completa ristrutturazione

e consolidamento del settore bancario. In particolare, la riduzione al 12,50% dell'aliquota dell'imposta sul reddito IRPEG per le banche che effettuano fusioni o analoghe operazioni di ristrutturazione per cinque periodi d'imposta consecutivi, a condizione che gli utili siano destinati a una Riserva Speciale non distribuita per un periodo di tre anni. Detti utili non possono superare l'1,20% della «differenza tra la consistenza complessiva dei crediti e dei debiti delle banche che hanno partecipato alla fusione e l'aggregato della - maggiore banca» che ha partecipato a tale operazione; agevolazioni fiscali per le operazioni di fusione e concentrazione realizzate negli anni dal 1998 al 2004 incluso. La Commissione europea con decisione n. 2002/581/ CE dell' 11 dicembre 2001 ha stabilito che tali agevolazioni non sono compatibili con il Mercato comune, ai sensi dell'articolo 87 del Trattato CE, perché:

1) concedono vantaggi fiscali per le fusioni bancarie a talune imprese permettendo loro di raggiungere una maggiore dimensione in seguito all'operazione di fusione e di trarre vantaggio dall'economia di scala a un costo ridotto; 2) il vantaggio è concesso mediante rinuncia alla percezione di entrate tributarie da parte dello Stato italiano, ossia tramite risorse dello Stato, e tale aiuto influisce sugli scambi tra Stati membri perché facilita l'espansione all'estero di banche italiane e rende più ardua l'entrata delle banche estere in Italia. L'articolo 4 della predetta Decisione così dispone: «1) L'Italia adotta tutti i provvedimenti necessari per recuperare dai beneficiari l'aiuto concesso in base al regime di cui all'articolo 1 e già posto illegalmente a loro disposizione. 2) Il recupero viene eseguito senza indugio secondo le procedure del diritto interno, a condizione che queste consentano l'esecuzione immediata ed effettiva della decisione. L'aiuto da recuperare comprende gli interessi, che decorrono dalla data in cui l'aiuto è divenuto disponibile per i beneficiari fino a quello del suo effettivo recupero. Gli interessi sono calcolati sulla base del tasso di riferimento utilizzato per il calcolo dell'equivalente sovvenzione nell'ambito degli aiuti a finalità regionale».

2. – La Unicredito Italiano s.p.a. ha impugnato il silenzio rifiuto della Agenzia delle Entrate – Ufficio di Genova 1 – in relazione all'istanza di rimborso del versamento delle imposte e degli interessi per complessivi euro 244.712.646, 05 e per quanto la società ricorrente ha fruito per le agevolazioni previste dagli articoli 22 e 23 del decreto legislativo 153/1999. Eccepisce la ricorrente che il silenzio opposto dall'ufficio è illegittimo e che la società ha diritto al rimborso per i seguenti motivi: 1) Il provvedimento censurato dalla Commissione europea non è altro che il proseguimento di leggi, che non erano state censurate dalla Commissione delle Comunità europee, aventi l'obiettivo di ammodernare e ristrutturare il settore bancario fermo alla legge bancaria del 1936. 2) Il provvedimento normativo censurato dalla Commissione europea non è lesivo della concorrenza e del mercato, perché tutte le banche – comprese le filiali delle banche estere – possono usufruire delle agevolazioni fiscali, mentre la disparità del trattamento rispetto agli altri settori di attività, si giustifica per la natura e struttura del sistema bancario. 3) Il provvedimento di recupero viola il principio della irretroattività delle leggi tributarie, che nell'ordinamento italiano si fonda sul principio costituzionale della capacità contributiva e della riserva di legge, nonché il

principio del legittimo affidamento e della certezza del diritto. 4) La decisione della Commissione europea che configura il decreto legislativo 153/1999 come «aiuto di Stato» è in contrasto con i precedenti orientamenti della Commissione medesima. 5) L'articolo 1 del decreto legge 282/2002, convertito in legge 27/2003, essendo norma di attuazione di una decisione illegittima della Commissione deve essere disapplicato. In subordine, la società ricorrente chiede che sia sollevata questione pregiudiziale di validità e/o di interpretazione ai sensi dell'articolo 234 del Trattato.

I QUESITI

1. – Se la decisione della Commissione delle Comunità europee n. 2002/581/CE del 11 dicembre 2001 (in *GUCE* L 184 del 13 luglio 2002) sia invalida ed incompatibile con il diritto comunitario, in quanto le disposizioni della legge Ciampi e del relativo decreto legislativo riguardante le banche, contrariamente a quanto ritenuto dalla Commissione CE, sono compatibili con il mercato comune e, comunque, rientrano nelle deroghe di cui all'articolo 87, paragrafo 3, lettere *b)* e *c)* del Trattato CE.

2. – Se, in particolare, l'articolo 4 della citata decisione sia invalido ed incompatibile con il diritto comunitario, in quanto la Commissione: *a)* ha violato il dovere di fornire adeguata motivazione ai sensi dell'articolo 253 delle Trattato CE; e/o *b)* ha violato il principio di legittimo affidamento; e/o *c)* ha violato il principio di proporzionalità.

3. – In ogni caso se la corretta interpretazione degli articoli 87 e seguenti del Trattato CE, dell'articolo 14 del Regolamento CE n. 659/1999 ed i principi generali del diritto comunitario e segnatamente di quelli richiamati in motivazione, ostino all'applicazione dell'articolo 1 del decreto legge 24 dicembre 2002, n. 282 (convertito in legge 21 febbraio 2003, n. 27, recante «Disposizioni urgenti in materia di adempimenti comunitari fiscali, di riscossione e di procedure di contabilità» in *Suppl. ord.* n. 29 alla *Gazzetta Ufficiale* n. 44 del 22 febbraio 2003).

NOTA

Il Governo ha presentato osservazioni scritte. Si sono ribaditi i motivi di illegittimità della decisione della Commissione svolti nel ricorso diretto alla Corte di Giustizia (Causa C-66/02). In relazione ai profili dei quesiti che attengono ai rapporti tra i beneficiari delle agevolazione fiscali e Stato membro, si è dedotto: 1. – la infondatezza dell'assunto della non applicabilità dell'articolo 1 del decreto legislativo 282/2002, in quanto norma di attuazione di una decisione illegittima della Commissione: trattandosi di atto emesso da una Istituzione sopranazionale è atto dovuto che potrà essere disapplicato solo a seguito dell'accertamento della illegittimità della decisione della Commissione; 2. – la assenza di fondamento giuridico dell'eccezione di lesione del disposto dell'articolo 14 del regolamento di procedura in tema di aiuti di Stato (Reg. CE n. 659/1999), che consente di escludere il recupero nel caso siano riscontrate «circostanze eccezionali»; 3. – la assenza di fondamento giuridico dell'argomentazione basata sulla non applicabilità retroattiva delle disposizioni di un atto comunitario: l'articolo 4 della decisione in esame dispone il recupero dell'imposta «senza indugio», secondo le procedure di diritto interno, a condizione che queste con-

sentano l'esecuzione immediata ed effettiva della decisione, con corresponsione degli interessi che decorrono dalla data in cui l'aiuto è divenuto disponibile per i beneficiari.

Causa C-154/04 e 155/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Integratori alimentari – Sostanze non consentite – Libera circolazione delle merci – Principi di proporzionalità e sussidiarietà – Direttiva 2002/46/CE – Ordinanza della *High Court of Justice* (Inghilterra e Galles) notificata il 25 maggio 2004 (cs 31428/04 e 31429/04, avv. dello Stato D. Del Gaizo).

IL FATTO

La presente domanda di pronuncia pregiudiziale è sorta nell'ambito di due distinti procedimenti pendenti dinanzi alla *High Court of England and Wales*, volti ad ottenere l'annullamento della normativa nazionale di attuazione delle disposizioni della direttiva che secondo le ricorrenti introducono restrizioni al commercio delle «sostanze non consentite».

Le ricorrenti in entrambi i procedimenti sostengono che le restrizioni agli scambi di «sostanze non consentite» introdotte dagli artt. 3, 4 e 15, lett. *b*), della direttiva sono contrarie al diritto comunitario e che pertanto i detti articoli dovrebbero essere annullati.

I QUESITI

1. – Se l'art. 95 CE costituisca un valido e/o sufficiente fondamento normativo per l'adozione delle restrizioni agli scambi commerciali delle «sostanze non consentite» introdotte dagli artt. 3, 4, n. 1, e 15, lett. *b*), della direttiva.

2. – Se gli eventuali effetti reali o potenziali sugli scambi commerciali delle disposizioni della direttiva violino una serie di norme primarie del diritto comunitario attinenti in particolare:

- a*) alla libera circolazione delle merci;
- b*) alla politica commerciale comune;
- c*) ai principi generali di proporzionalità, parità di trattamento e sussidiarietà;
- d*) alla tutela dei diritti fondamentali; e all'obbligo di motivazione.

Causa C-187/04 – Commissione contro Repubblica italiana – Ricorso per inadempiamento – Norme per l'aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori – Direttiva 93/37/ CEE (avv. dello Stato M. Fiorilli).

IL FATTO

La Commissione delle Comunità europee chiede che si accerti che la Repubblica italiana, avendo l'ANAS s.p.a. affidato la concessione di costruzione e gestione dell'autostrada denominata «Pedemontana Veneta Ovest» alla società per l'autostrada Brescia – Verona – Vicenza – Padova s.p.a. mediante concessione diretta attuata a mezzo di una convenzione stipulata il 7 dicembre 1999 non preceduta da pubblicazione di un bando di gara, senza che ne ricorressero i presupposti, è venuta meno agli obblighi che le

incombono in virtù della direttiva 93/776/ CEE del Consiglio del 14 giugno 1993 che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori e, in particolare, dei suoi articoli 3, paragrafo 1 e 11, paragrafi 3, 6, 7.

LE DIFESE

Il Governo ha controdedotto come segue.

«(...) 3. – Descrizione dell'intervento. Il «raccordo autostradale tra l'autostrada A 4 e la Valtrompia» si prefigge l'obiettivo di realizzare un collegamento rapido e funzionale della Valle Trompia e della Valle Gobbia all'autostrada A4 ed al sistema della grande viabilità dell'area metropolitana di Brescia. Esso è composto da un ramo che si sviluppa a nord di Concesio e che raccoglie il traffico dell'alta Valle Trompia e della Valle Gobbia (denominato, per brevità, tronco Concesio – Lumezzane) mentre a sud di Concesio il tracciato si divide in due rami dei quali, uno dirige verso il casello autostradale di Ospitaletto (tronco Concesio-Ospitaletto), ed uno verso Brescia (tronco Concesio-Brescia). Il tronco Concesio-Brescia raggiunge l'autostrada A4 congiungendosi e sovrapponendosi alla tangenziale ovest di Brescia che presenta due corsie per senso di marcia e, per la quale, nello stesso progetto del raccordo autostradale sono previsti interventi di riqualificazione. Dall'interconnessione tra la tangenziale ovest e la tangenziale sud di Brescia sono raggiungibili i caselli di Brescia ovest, Brescia centro e Brescia est, utilizzando un tratto della stessa tangenziale sud, già dotata di due corsie per senso di marcia. Il tronco Concesio-Lumezzane è interamente in nuova sede e potrà essere utilizzato degli utenti in alternativa alla viabilità esistente. Per il tronco Concesio-Ospitaletto è prevista la riqualificazione di un tracciato stradale esistente (la strada provinciale SP 19). Nel tronco Concesio-Brescia sono previsti sia tratti in nuova sede, sia interventi di riqualificazione dell'esistente tangenziale ovest di Brescia. La lunghezza complessiva degli interventi è di circa 31 chilometri con riqualificazione di tratti di viabilità già esistente e realizzazione di nuovi tratti per 16 chilometri circa. La sezione stradale scelta prevede due corsie per ogni senso di marcia ad eccezione della parte terminale del tronco Concesio Lumezzane dove, per circa 6, 5 chilometri, la sezione presenta una corsia per ogni senso di marcia. Tutti gli svincoli sono privi di sistemi di esazione, mentre è prevista la riscossione di un pedaggio forfettario presso una barriera automatizzata ubicata in itinere all'inizio del tronco Concesio-Lumezzane. L'intervento rientra nelle opere strategiche di interesse nazionale ai sensi della legge n. 443/2001 (legge «obiettivo») come da elenco della delibera CIPE n. 121 del 21 dicembre 2001.

4. – Presupposti normativi. La applicabilità della normativa comunitaria in materia di appalti di lavori pubblici presuppone la verifica in concreto dell'interesse alla comparazione tra l'interesse pubblico alla realizzazione della costruzione e l'interesse alla concorrenza nel mercato di riferimento. La legittimità della decisione di costruire un'opera pubblica, che rileva ai fini dell'apprezzamento dell'interesse pubblico da comparare nella fattispecie concreta con l'interesse concorrenziale del singolo imprenditore operante nel mercato di riferimento, deve essere rinvenuta nella legge. In Italia, la costruzione di autostrade è affidata per legge alla ANAS, che ivi può provvedere direttamente o mediante affidamento in concessione a enti pubblici e privati (...) la legge 28 aprile

1971, n. 287 (modifiche ed integrazioni all'attuale legislazione autostradale) prevede all'articolo 11 la sospensione delle concessioni per la costruzione di autostrade e l'articolo 18 bis della legge 16 ottobre 1975, n. 492 ha aggiunto la sospensione della costruzione (evidentemente anche da parte dell'ANAS) di nuove autostrade o tratte autostradali e di trafori di cui non fosse stato effettuato l'appalto «ancorché assentiti amministrativamente». Ne deriva che sostanzialmente le società concessionarie di costruzione e gestione delle autostrade, ove abbiano esaurito la realizzazione di tratte a suo tempo affidate sono divenute soprattutto concessionarie del solo esercizio del sistema autostradale. Altra conseguenza è che è necessaria una apposita previsione di legge per la realizzazione di nuovi tratti autostradali. In tale contesto la legge 12 agosto 1982, n. 531, che deve ritenersi legge fondamentale per l'ordinamento del settore autostradale, dopo aver definito all'articolo 1 la natura dei singoli collegamenti viari (distinguendo l'autostrada dalle strade che congiungono la rete viaria principale internazionale), per quanto qui interessa, prevede espressamente numerose deroghe al divieto posto dall'articolo 18 bis della legge 492/1975 disponendo la realizzazione di nuovi interventi e completamenti autostradali (articoli 5, 6, 7, 8, 9, 11 comma 1 lettera c) affidati alle società concessionarie. Invero, con norma interpretativa, l'articolo 14 dispone che la sospensione della costruzione di autostrade di cui l'articolo 18-bis citato «deve intendersi riferita ai soli lavori di primo impianto con esclusione degli eventuali successivi interventi di adeguamento, tra i quali la realizzazione di corsie aggiuntive, di connessioni varie e di raccordi che sia richiesta da esigenze relative alla sicurezza del traffico e mantenimento del livello del servizio». La disposizione è stata interpretata nel senso che i lavori di ammodernamento, ampliamento e completamento dell'autostrada in esercizio (quali le terze corsie, le corsie aggiuntive, i raccordi autostradali, le connessioni tra le varie autostrade, nonché la viabilità di adduzione ai trafori alpini esistenti e già finanziati, ai valichi di confine e la viabilità al servizio delle grandi aree metropolitane) sono fuori della sospensione limitata alla fase della costruzione di nuove autostrade, in quanto ricomprese dal legislatore tra gli interventi riguardanti il corretto ed adeguato esercizio della rete autostradale esistente e perciò rientrante sostanzialmente tra i compiti gestionali del concessionario, in quanto opere che consentono una migliore funzionalità della rete autostradale «esistente» e ricomprese pertanto nella originaria concessione, ovviamente da integrare soprattutto nella parte del piano finanziario attraverso apposite convenzioni aggiuntive secondo le disposizioni vigenti in materia di revisione delle concessioni autostradali, di piani finanziari e di tariffe autostradali. La norma dell'articolo 14 la legge 531/1982 è norma speciale rispetto le disposizioni generali in materia di costruzioni autostradali. La concessione di tali lavori non è dunque sul mercato (costruzioni stradali) in quanto sono parti dell'originaria concessione, e pertanto ad essa non trova applicazione la direttiva 93/37/CEE.

5. – La vigente convenzione ANAS/società autostrada Brescia-Verona-Vicenza-Padova (...)

6. – Caratterizzazione dell'intervento in termini funzionali e economici. L'ANAS ha qualificato l'infrastruttura autostradale in parola, quale «raccordo autostradale, tra autostrada A 4 e la Valtrompia», ovvero opera priva di una

autonoma funzionalità e priva di uno specifico bacino di utenza aggiuntivo. Sono state svolte dall'ANAS accurate valutazioni specifiche finalizzate a verificare la possibilità dell'intervento di autofinanziamento, nel caso lo stesso intervento fosse oggetto di una autonoma concessione, assumendo come parametri di riferimento quelli che erano a disposizione al momento della stipula della nuova convenzione con la società Brescia-Padova. È stato sviluppato lo "scenario 1" relativo all'ipotesi di una autonoma concessione con gli stessi parametri inseriti nel Piano Finanziario 1999-2004 allegato alla predetta Convenzione, nonché lo "scenario 2" che, a differenza dei precedenti, considera le tariffe di pedaggio più elevate, nonché il tempo di costruzione strettamente necessario sotto l'aspetto tecnico, e cioè quattro anni. (...). Dalle valutazioni effettuate è emerso, con tutta evidenza, che se il Raccordo autostradale fosse oggetto di una concessione autonoma non consentirebbe il recupero dei costi di investimento nei trent'anni di concessione ipotizzata. Di nessuna utilità sarebbe, altresì, un tempo ancora più lungo di durata della concessione, in quanto la liquidità necessaria nella fase di realizzazione non potrebbe essere comunque garantita. (...). Si può pertanto concludere che la realizzazione del raccordo autostradale tra l'autostrada A 4 e la Valtrompia non risulta un investimento fattibile sotto l'aspetto finanziario e che la eventuale gara di appalto per l'assegnazione dell'autonoma concessione risulterebbe verosimilmente priva di concorrenti o porterebbe al fallimento dell'aggiudicatario concessionario. Viceversa la Società Brescia-Padova potrà far fronte a tale realizzazione, che si ribadisce essere pesantemente in perdita, solo razionalizzando e assorbendo una parte dei costi con la propria struttura esistente e distribuendo l'onere di investimento sull'intero Piano Finanziario. Ciò è reso possibile dalla presenza prevalente di azionariato pubblico costituito dagli Enti locali, i soli che possono permettersi di privilegiare l'assetto del territorio a discapito del livello di utili da distribuire. Peraltro essi, come rilevato, al momento del subentro, a seguito di gara ad evidenza pubblica, di un nuovo concessionario recupereranno almeno le quote degli investimenti non ammortizzati al 2013.

7. – Qualificazione dei lavori relativi al raccordo A/Montebello-A31/Tiene (ovvero Autostrada Pedemontana Ovest) come «opera» ai sensi dell'articolo 1, lettera c), della direttiva n. 93/37/CEE.

Non si può negare che la direttiva 93/37/CEE abbia assimilato l'affidamento della concessione di costruzione e gestione a quello dei lavori, con il conseguente obbligo della pubblicità. Ciò che è in gioco, in questo caso, però è la definizione stessa di opera da assoggettare a procedura di gara, ovvero l'approfondimento se nel caso specifico del raccordo autostradale tra la A 4 e la Valtrompia, si configuri o meno l'ipotesi dell'articolo 1 lett. c) della direttiva 93/37/CEE: «c) Si intende per "opera" il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile che di per sé espliciti una funzione economica o tecnica.» Si deve verificare in altri termini, se il raccordo autostradale in parola espliciti o meno una autonoma funzione tecnica oppure una autonoma funzione economica. Per una corretta interpretazione di questa clausola sembra necessario tenere presente che la direttiva in questione è relativa sia all'appalto di lavori, che all'affidamento di concessione di costruzione e gestione: il requisito dell'autonomia tecnico-funzionale sembra sia essenziale ai fini dell'appaltabilità di un

lavoro ad intero carico pubblico, mentre quello dell'autonomia economica essenziale per l'affidamento in concessione, che può aver luogo solamente se sussistono le condizioni dell'equilibrio economico della concessione. In mancanza di una specifica previsione nella direttiva, deve intendersi rimessa alla «sussidiarietà» ovvero la libera decisione dello Stato membro se realizzare un'opera a suo totale carico mediante appalto, ovvero in concessione mediante finanziamento e gestione di privati. Nel caso specifico, per quanto riguarda la «funzione tecnica», sembra che le contestazioni della Commissione (vedi punto 33 della Sezione «in diritto») abbiano al più evidenziato la «separabilità» tecnica dell'opera; infatti, nel caso che si trattasse di realizzare l'accordo in parola nell'ambito di un appalto di lavori dell'autostrada A 4, l'affidamento dell'opera sarebbe sicuramente separabile dall'appalto principale e realizzabile da un diverso assuntore, non essendoci necessaria concessione tecnica di cantiere e l'inscindibilità dell'intervento appaltato. L'approfondimento della autonoma «funzione tecnica» dell'intervento appare carente, in relazione alla considerazione della funzione propria dello stesso nell'ambito della concessione già a suo tempo, prima dell'entrata in vigore della direttiva 89/44 CEE, regolarmente assentita. Infatti, per le considerazioni esposte, la funzione tecnica di infrastruttura, nell'ambito della concessione vigente, è: – Sistemazione della già esistente viabilità di adduzione all'interno dello stesso bacino di utenza dell'autostrada A 4 già concessa, per un più comodo accesso all'autostrada, senza incremento del traffico addotto dalla Valtrompia l'autostrada stessa. Essa, pertanto, si configura effettivamente quale «accordo autostradale» privo di una propria autonomia tecnico funzionale nell'ambito della convenzione vigente. Ciò è tanto più evidente qualora si immaginasse l'autonoma realizzazione del collegamento in parola, pur in assenza dell'autostrada collegata (A4): l'infrastruttura perderebbe qualunque significato tecnico, sarebbe, infatti, privo di senso realizzare opere di caratteristiche autostradali solamente per adeguare l'esistente viabilità locale. Circa la presunta mancanza di collegamento funzionale con la tratta Brescia-Padova, piuttosto che con la tratta Milano-Brescia come sostenuto dalla Commissione, si fa presente che la tratta Milano-Brescia in carico ad altro concessionario termina ad ovest di Brescia, mentre i collegamenti preferenziali della Valtrompia sono con il capoluogo di provincia e, quindi, riferibili ai caselli nell'ambito della concessione della tratta Brescia-Padova cui fa, dunque, capo la maggiore parte del traffico. Si fa, inoltre, presente che l'attuale concessionario, in caso di affidamento dell'intervento ad altro concessionario, potrebbe sostenere che attraverso tali opere si sottrarrebbe parte del traffico ricompreso nel bacino di utenza della sua concessione e avanzare richiesta di danni allo Stato italiano. Per quanto riguarda l'autonoma «funzione economica» dell'intervento, elemento necessario per l'assoggettamento alla direttiva per l'affidamento in concessione sembra che tale argomento sia stato sostanzialmente non trattato nell'ambito delle contestazioni della Commissione. Essa non sembra contestare la chiara e documentata mancanza di autonoma redditività dell'intervento, ma si limita ad osservare che l'unica prova della stessa sarebbe fornita da una gara di affidamento in concessione andata deserta (vedi punto 36 sezione «in diritto»). Al riguardo non pare possa essere «imposta» l'effettuazione di una gara, quando gli studi econo-

mici e finanziari non quantifichino, almeno ipoteticamente, la possibilità di realizzare condizioni di mercato, in base alle quali sia possibile ottenere offerte valide. Un siffatto comportamento dello stato italiano sarebbe contrario alle regole di correttezza e di buon andamento dell'amministrazione. In sintesi sembra che, diversamente da quanto sostenuto dalla Commissione, sussistano sia le condizioni tecniche, che economiche per la legittimità dell'affidamento in concessione dell'opera in parola ai sensi del direttiva 93/37/CEE (...)».

Causa C-188/04 – Commissione c/ Repubblica italiana – Ricorso per inadempimento – Norme per l'aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori – Direttiva 93/37/CEE – Autostrada della Valtrompia (avv. dello Stato M. Fiorilli).

IL FATTO

La Commissione ha adito la Corte di Giustizia delle Comunità europee per far constatare che la Repubblica italiana, avendo l'ente ANAS s.p.a. affidato la concessione di costruzione e gestione dell'autostrada denominata «Pedemontana Veneta Ovest» alla società per l'autostrada Brescia-Verona-Vicenza-Padova S.p.a., mediante concessione diretta attuata per mezzo di una convenzione stipulata il 7 dicembre 1999 non preceduta da pubblicazione di un bando di gara, senza che ne ricorressero i presupposti, è venuta meno agli obblighi che le incombono in virtù della direttiva 93/37/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993 che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori e, in particolare dei suoi articoli 3, paragrafo 1 e 11, paragrafi 3, 6, 7.

LE DIFESE

«3. – Descrizione dell'intervento. *Il raccordo autostradale A4/ A/31 collega le tratte esistenti Brescia-Padova (A 4) e Vicenza-Piovene Rocchette per complessivi 31 chilometri. Esso si sviluppa completamente nell'ambito del quadrante territoriale a ovest della Provincia di Vicenza collegando la bassa Valle dell'Agno all'area Pedemontana Vicentina con orientamento sud-nord e lungo la Valle dell'Agno nord-est dopo Castelgomberto, verso Malo e Tione. L'innesto a nord è previsto sulla A/31 in Comune di Tione con una lunghezza complessiva del collegamento di circa 27 chilometri, compresa una galleria dello sviluppo di circa 5 chilometri. La sezione stradale scelta prevede due corsie per ogni senso di marcia, con predisposizione per l'eventuale futura terza corsia. Il sistema di esazione previsto è di tipo chiuso con tre caselli intermedi e, precisamente, quelli di Montecchio Nord, Castelgomberto e Malo. La posizione dei caselli è prossima alla intersezione con la viabilità di maggiore deflusso al fine di limitare l'interferenza del traffico sui centri abitati posti nelle vicinanze. Gli interventi di progetto sono completati da circa 19 chilometri di viabilità di adduzione non soggetta a pedaggio. Complessivamente l'intervento interessa un bacino di utenza di circa 100000 abitanti. In prossimità dell'attestamento sud del raccordo, in Comune di Montebello, è prevista la realizzazione di altre importanti opere quali il nuovo casello di Montecchio sulla A 4, da realizzare in sostituzione dell'esistente; la nuova SS 246, in corso di realizzazione a cura dell'ANAS;*

un Centro Intermodale Merci previsto degli strumenti di pianificazione regionale e provinciali; una stazione ferroviaria passeggeri connessa con il previsto sistema ferroviario ad Alta Velocità. Tali opere costituiscono un complesso sistema infrastrutturale e intermodale di cui il raccordo A 4-A 31 diviene elemento indispensabile per la completezza funzionale del nodo e rientrante nelle opere strategiche di interesse nazionale ai sensi della legge n. 443/2001 (legge «obiettivo»), come da elenco della Delibera CIPE n. 121 del 21 dicembre 2001. (...)

4. – Presupposti normativi (quelli svolti nella causa C-187/04).

5. – La vigente convenzione ANAS/ Società Autostrada Brescia-Verona-Vicenza-Padova. Il vigente atto convenzionale ANAS/ Concessionario fu stipulato in data 7 dicembre 1999 e approvato con D.I. n. 612/Segr. DICOTER del 21 dicembre 1999 (regolarmente registrato). Esso faceva seguito ai precedenti affidamenti fiduciari alla concessionaria (la cui composizione societaria per circa il 70% è costituita da soggetti di natura pubblicistica) della A 4 (Brescia-Padova) e della A 31 (Trento-Val Valdistico-Rovigo) e di connesse infrastrutture. L'atto prevedeva una serie di opere complementari e di potenziamento della rete, tra le quali, testualmente: 1) Raccordo autostradale tra l'autostrada A/4 Brescia-Padova e la Valtrompia; 2) Realizzazione del raccordo tra l'autostrada A/4 (Montebello Vicentino) e la autostrada A/31 (Tiene). La convenzione, predisposta in conformità alla direttiva Costa/Ciampi (D.I. n. 283 delle 20 ottobre 1998), prevedeva, sulla base della delibera CIPE del 20 dicembre 1996, il passaggio dal sistema delle tariffe amministrato a quello delle tariffe convenzionali, con concessione di una proroga fino al 30 giugno 2013, dovuta esclusivamente alla compensazione del contenzioso insorto con il concessionario, cui non erano stati consentiti, ai fini del contenimento dell'inflazione, gli aumenti tariffari spettanti per i precedenti contratti. Tale proroga non aveva, pertanto, alcun legame con le nuove opere affidate al concessionario. La convenzione all'articolo 25 prevede, infatti, che alla scadenza della concessione le opere tornino alla ANAS e che il concessionario avrà diritto ad un indennizzo da parte del concessionario subentrante, da ricercare con procedura ad evidenza pubblica secondo le direttive europee, nel frattempo entrata in vigore, pari alle quote delle opere non ammortizzate. Il piano finanziario allegato alla convenzione 1999 in parola prevede: – Raccordo Valtrompia – costo euro 271 (costo aggiornato euro 338) -progettazione e costruzione tra l'anno 2002 e il 2010;- Raccordo A 4/ Montebello- A 31/Tiene ovvero Autostrada pedemontana Veneta Ovest- costo euro 279 (costo aggiornato euro 350) – progettazione e costruzione tra l'anno 2004 ed e il 2011. Il piano finanziario prevede che gli ammortamenti dei nuovi investimenti, per quanto già esposto, siano conclusi entro l'anno 2024 e, pertanto, si conferma che nel 2013, scadenza di concessione, le due opere sopraindicate non saranno ammortizzate e le relative quote dovranno essere rimborsate dal concessionario subentrante.

6. Caratterizzazione dell'intervento in termini funzionali e economici. L'ANAS ha qualificato l'infrastruttura autostradale in parola, quale «raccordo autostradale, tra l'autostrada A4 l'autostrada A31», ovvero opera priva di una autonoma funzionalità e priva di uno specifico bacino di utenza aggiuntivo. Essa, infatti, per la vicinanza tra le due autostrade interessate (A4 e A31) non

è in grado di attrarre nuovo traffico ma consente solamente un alleggerimento del traffico per coloro che percorrono la A4 (forse la più congestionata autostrade italiana) in direzione della A31, offrendo una alternativa più scorrevole. Né si può ritenere che i caselli intermedi, tra Montebello e Tiene, aggiungano nuovo traffico alle infrastrutture, in quanto rientrano nel bacino di utenza delle autostrade già concesse: ed essi consentono unicamente un confortevole accesso al sistema autostradale ad utenti già consolidati. È appena il caso di accennare che, in coerenza a quanto sopra esposto, il piano finanziario della convenzione del 1999, per la parte relativa alle previsioni di traffico, non prevede un traffico aggiuntivo autonomo per il collegamento autostradale in parola. Esaminando le tabelle dell'allegato n. 1 «Traffico e Pedaggi», infatti, risulta che il traffico totale della concessione risulta dalla sommatoria di tre tabelle A + B + C. La tabella A relativa all'autostrada A 4, la tabella B relativa all'autostrada A 31 della Valdastico, la tabella C relativa alla Valtrompia. Il traffico del raccordo autostradale in parola è compreso in quello della tabella A, cioè nella proiezione ragionata in base di studi specifici svolti sul traffico esistente sulla attuale A 4, senza alcuna valutazione aggiuntiva di ampliamento del bacino di utenza. Ciò in coerenza con il citato articolo 14 della legge n. 531/1982 in quanto l'opera si configura quale derivante «da esigenze relative alla sicurezza del traffico o al mantenimento del livello di servizio». Né vale a qualificare diversamente la funzione tecnica delle infrastrutture in parola, con richiamo di maggior traffico, la previsione di realizzazione da parte della Regione Veneto della «Pedemontana Est»: essa, infatti, non sarà direttamente collegata al raccordo autostradale in parola e, comunque, potrebbe esplicare la sua funzione di richiamo solamente dopo la sua ultimazione e, quindi, ragionevolmente, successivamente alla scadenza (giugno 2013) della convenzione di concessione oggetto di contestazione. Nella relazione (di cui la nota ANAS 26 settembre 2002) emerge, inoltre, la carenza assoluta di equilibrio economico-finanziario del raccordo autostradale in parola autonomamente considerato. Infatti, gli elementi caratteristici del raccordo autostradale in parola, secondo la valutazione dell'ANAS in relazione a studi sul traffico effettuate da soggetti indipendenti e nell'arco temporale 2004/2034, sono i seguenti: (.....) Da quanto esposto risulta che i rientri tariffari potenziali della tratta autostradale interessata non coprono interamente neanche i costi di manutenzione e gestione ordinari dell'intervento. Non è possibile, neanche, impostare un piano finanziario, in accordo alle normative vigenti (delibera CIPE 20 dicembre 1996), che preveda tutte le spese per la progettazione, manutenzione dell'infrastruttura, e di ritorno sul capitale investito con una ragionevole remunerazione. Dalle valutazioni esposte è emerso, con tutta evidenza, che se il raccordo autostradale fosse oggetto di una concessione autonoma, essa non consentirebbe il recupero dei costi di investimento qualunque fosse la durata della concessione ipotizzata. Di nessuna utilità sarebbe, altresì, un tempo più lungo di durata della concessione in quanto la liquidità necessaria nella fase di realizzazione non potrebbe, comunque, essere garantita. Non solo non si recupera il capitale iniziale, ma la passività incrementa ad ogni anno di gestione dell'opera. Si può pertanto concludere che la realizzazione del Raccordo autostradale tra la Autostrada A4 e la A 31 non risulta un investimento fattibile sotto l'aspetto finanziario e che un'eventuale gara di appalto per l'assegnazione

dell'autonoma concessione risulterebbe verosimilmente priva di concorrenti, che o porterebbe al fallimento dell'aggiudicatario concessionario. Viceversa la società Brescia-Padova potrà far fronte a tale realizzazione, che si ribadisce essere pesantemente in perdita, solo razionalizzando e assorbendo una parte dei costi con la propria struttura esistente e distribuendo l'onere dell'investimento sull'intero Piano Finanziario. Ciò è reso possibile dalla presenza del prevalente azionariato pubblico costituito dagli Enti locali, i soli che possono permettersi di privilegiare l'assetto del territorio a discapito del livello di utili da distribuire. Peraltro, essi, come rilevato, al momento del subentro, a seguito di gara ad evidenza pubblica, di un nuovo concessionario recupereranno almeno le quote degli investimenti non ammortizzate alla 2013.

7. Qualificazione dei lavori relativi al raccordo A 4/Montebello-A31/-Tiene (ovvero Autostrada Pedemontana Veneta Ovest) come «opera» ai sensi dell'articolo 1, lettera c), della direttiva n. 93/37/ CEE. (....) *Nel caso specifico, per quanto riguarda la «funzione tecnica», sembra che le contestazioni della Commissione (vedi punto 26 della Sezione «In diritto») abbiano al più evidenziato la «separabilità» tecnica dell'opera; infatti, nel caso che si trattasse di realizzare il raccordo in parola nell'ambito di un appalto di lavori delle due autostrade, l'affidamento dell'opera sarebbe sicuramente separabile dall'appalto principale e realizzabile da un diverso assuntore, non essendoci la necessaria connessione tecnica di cantiere e l'inscindibilità dell'intervento appaltato. L'approfondimento sulla autonoma «funzione tecnica» dell'intervento appare carente, in relazione alla considerazione della funzione propria dello stesso nell'ambito della concessione già a suo tempo, prima dell'entrata in vigore della direttiva 89/44/ CEE, regolarmente assentita. Infatti, per le considerazioni già esposte al precedente punto, la funzione tecnica dell'intervento, nell'ambito della concessione vigente, è: – smaltire il traffico in eccesso sulla A4 in direzione della A 31; – consentire, all'interno dello stesso bacino di utenza delle due autostrade A 4 ed il A 31 già connesse un più comodo accesso alle due predette autostrade senza incremento del traffico. Essa, pertanto, si configura effettivamente quale «raccordo autostradale» privo di una propria autonomia tecnico funzionale nell'ambito della convenzione vigente. Ciò è tanto più evidente qualora si immaginasse l'autonoma realizzazione del collegamento in parola, in assenza delle due autostrade collegate (A4 ed A31): l'infrastruttura perderebbe qualunque significato tecnico, sarebbe, infatti, privo di senso realizzare opere di caratteristiche autostradali solamente per adeguare l'esistente viabilità locale.....»*

Causa C-211/04 – Regolamento (CE) n. 316/04 della Commissione del 20 gennaio 2004 recante modifica del regolamento (Ce) n. 753/01 – Designazione, denominazione, presentazione e protezione di taluni prodotti vitivinicoli (avv. dello Stato M. Fiorilli).

IL FATTO

Il regolamento (CEE) n. 316/2004 recante modifica del regolamento (CE) n. 753/2002, fissa talune modalità di applicazione del regolamento (CEE) n. 1493/1999 del Consiglio per quanto riguarda la designazione, la

denominazione, la presentazione e la protezione di taluni prodotti vitivinicoli. Il Governo ha impugnato detto regolamento nella parte in cui modifica gli articoli 24, 36 e 37 del citato regolamento n. 753/2002 concernenti la protezione delle «menzioni tradizionali». Pervero, l'unificazione delle due liste (sezione A e B dell'allegato III del regolamento 753/2002) che originariamente valevano a proteggere i vini di produzione comunitaria riportanti denominazioni geografiche associate a menzioni tradizionali (lista B) ha comportato la perdita di tutela di tali ultimi vini. In termini concreti, mentre in precedenza un vino prodotto in un paese terzo poteva denominarsi «Ambra» (lista A) e non «Brunello» (lista B), ora può indifferentemente denominarsi «Ambra» o «Brunello», alle condizioni indicate nel nuovo articolo 37 del regolamento. La commercializzazione di vini con la denominazione «Brunello» genera confusione nel consumatore in quanto non conosce se ha acquistato un «Brunello» di Montalcino, denominazione che identifica nella comune opinione un vino dalle caratteristiche acquisite alla comune considerazione, o un vino con caratteristiche non acquisite alla comune considerazione prodotto in uno Stato terzo e con uve non rispondenti al disciplinare del Brunello di Montalcino (e, quindi, non rispondente alla tradizionale apprezzabilità), denominato pure «Brunello» per «*factum principii*». La disposizione ha quindi equivocamente e contraddittoriamente soppresso una distinzione posta a tutela della tradizione vitivinicola europea, con valenza diretta sulla concorrenza.

Inoltre, le «menzioni tradizionali» sono da ritenere oggetto di diritto di proprietà intellettuale, come tale rilevante ai fini della concorrenza nel mercato europeo ed extra-europeo, con palese violazione delle finalità della politica agricola comune.

NOTA

La Corte di Giustizia con una ordinanza 8 giugno 2004 ha rimesso la causa al Tribunale di primo grado delle Comunità europee. E ciò, in applicazione della decisione 2004/407/CE, EURATOM del 26 aprile 2004, che modifica gli articoli 51 e 54 del protocollo sullo Statuto della Corte di giustizia, modificando l'enumerazione contenuta nell'articolo 51 del detto Statuto delle categorie di ricorso che, in deroga alla norma di cui all'articolo 225, paragrafo 1, del Trattato CE e dell'articolo 140 A, paragrafo 1, del Trattato CEE, sono di competenza della Corte di giustizia. L'articolo 2 della citata decisione del Consiglio, dispone che le cause di cui la Corte è investita alla data di entrata in vigore della detta decisione e che rientrano ormai nella competenza del Tribunale di primo grado, sono rimesse al Tribunale di primo grado se, in tale data, il procedimento è sospeso (articolo 54, terzo comma, ultima frase, dello Statuto) o in tale data la fase scritta del procedimento non si è ancora conclusa a norma dell'articolo 44 del regolamento di procedura della Corte.

IL CONTENZIOSO NAZIONALE

Limiti all'irresponsabilità del Presidente della Repubblica

(Corte Costituzionale, sentenza 24-26 maggio 2004 n. 154)

Con la sentenza in rassegna la Corte Costituzionale ha affrontato due delicatissimi problemi, quello dei limiti della immunità di giurisdizione del Presidente della Repubblica e quello della ammissibilità di un conflitto fra poteri dello Stato sollevato da una persona fisica che all'atto della proposizione del ricorso non impersoni più quel potere.

Il primo nodo è stato sciolto dalla Corte con la piana ed ortodossa applicazione del principio di funzionalità.

Il secondo, più delicato, è stato risolto attraverso un'interpretazione particolarmente pregnante del diritto di difesa.

Ha rilevato la Corte che, nella specie, la tutela delle attribuzioni della carica dinanzi alla Corte coincide con la protezione della persona fisica dalla responsabilità. Pertanto il rimettere l'attivazione dello strumento costituzionale di difesa delle prerogative della carica soltanto alla scelta di opportunità politica di un titolare diverso da quello evocato nel giudizio ordinario di responsabilità come persona fisica, vulnererebbe il diritto di difesa di quest'ultimo.

Come risulta dalla narrativa in fatto della sentenza la particolare delicatezza dei risvolti politici involti dalla controversia hanno indotto l'Avvocatura ad assumere una linea difensiva sostanzialmente neutrale.

Avv. Ignazio Francesco Caramazza

Corte Costituzionale, sentenza 24-26 maggio 2004, n. 154 – Pres. G. Zagrebelsky – Red. V. Onida – Francesco Cossiga c/ Corte di Cassazione (avv. Stato O. Fiumara) – Interv.: Presidenza della Repubblica (avv. Stato I.F. Caramazza) – **Conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato.**

Nei conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato la legittimazione a sollevare il conflitto può essere proposta dalla persona fisica che ha cessato di ricoprire la carica monocratica in particolari situazioni in cui concorrono le seguenti due circostanze: a) la controversia sulle attribuzioni e sulla loro ipotizzata lesione coincide con la controversia circa l'applicabilità, nel caso

concreto, di una norma costituzionale la cui portata si sostanzia nell'escludere o nel limitare, in via di eccezionale prerogativa, la responsabilità della persona fisica titolare della carica costituzionale per atti da essa compiuti; b) vi è coincidenza fra la persona fisica della cui responsabilità si discute, e il titolare, nel momento in cui è stato compiuto l'atto da cui si fa discendere la responsabilità, della carica monocratica alla quale la norma costituzionale collega la prerogativa della immunità.

Spetta all'Autorità giudiziaria, investita di controversie sulla responsabilità del Presidente della Repubblica in relazione a dichiarazioni da lui rese durante il mandato, accertare se le dichiarazioni medesime costituiscano esercizio delle funzioni, o siano strumentali ed accessorie ad una funzione presidenziale, e solo in caso di accertamento positivo ritenerle coperte dalla immunità del Presidente della Repubblica, di cui all'art. 90 della Costituzione. (artt. 21, 68, 89 e 90 Cost.; art. 37 legge 11 marzo 1953, n. 87).

«(Omissis) Ritenuto in fatto 1. – Con ricorso depositato l'11 febbraio 2002 il senatore a vita Francesco Cossiga, nella sua qualità di ex Presidente della Repubblica, ha sollevato conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato nei confronti della Corte suprema di cassazione, III sezione civile, chiedendo l'annullamento delle sentenze n. 8733 e n. 8734 del 27 giugno 2000, rese nell'ambito di due distinti giudizi civili per risarcimento dei danni intentati nei confronti del senatore Cossiga stesso, rispettivamente, dai senatori Sergio Flamigni e Pierluigi Onorato, a causa di dichiarazioni pronunciate nel corso del mandato presidenziale che questi ultimi assumono essere ingiuriose e diffamatorie nei loro riguardi.

Le decisioni della Corte di cassazione hanno disposto l'annullamento con rinvio di due sentenze della Corte d'appello di Roma – rispettivamente del 21 aprile 1997 e del 16 marzo 1998, che avevano a loro volta riformato due pronunce di condanna del senatore Cossiga, emesse dal Tribunale di Roma adito per il risarcimento dei danni dai due parlamentari – affermando i seguenti principi di diritto:

*a) Ai sensi dell'art. 90, primo comma della Costituzione, l'immunità del Presidente della Repubblica (che attiene sia alla responsabilità penale che civile o amministrativa) copre solo gli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni (nelle quali rientrano, oltre quelle previste dall'art. 89 della Costituzione, anche quelle di cui all'art. 87 della Costituzione, tra le quali la stessa rappresentanza dell'unità nazionale) e non quelli 'extrafunzionali'; né la continuità del *munus* comporta che l'immunità riguardi ogni atto compiuto dalla persona che ha la titolarità dell'organo per quanto monocratico.*

b) Tra le funzioni del Presidente della Repubblica, coperte dall'immunità, può annoverarsi anche l'«autodifesa» dell'organo costituzionale, ma solo allorché l'ordinamento non assegni detta difesa alle funzioni di altri organi ovvero nel caso in cui oggettive circostanze concrete impongano l'immediatezza dell'autodifesa.

c) L'autorità giudiziaria ha il potere di accertare se l'atto compiuto sia funzionale o extrafunzionale, salva la facoltà per il Presidente della Repubblica di sollevare il conflitto di attribuzione per menomazione.

d) Pur non essendo il Presidente della Repubblica vincolato ad esprimersi solo con messaggi formali (controfirmati a norma dell'art. 89 della Costituzione), il suo c.d. «potere di esternazione», che non è equiparabile alla libera manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 della Costituzione, non integra di per sé una funzione, per cui è necessario che l'esternazione sia strumentale o accessoria ad una funzione presidenziale, perché possa beneficiare dell'immunità.

e) Le ingiurie o le diffamazioni commesse nel corso di un'esternazione presidenziale beneficiano dell'immunità solo se commesse «a causa» della funzione, e cioè come estrinsecazione modale della stessa, non essendo sufficiente la mera contestualità cronologica, che dà luogo solo ad atto arbitrario concomitante.

f) Il legittimo esercizio della critica politica, riconosciuto ad ogni cittadino, pur potendo sopportare toni aspri e di disapprovazione, non può trasmodare nell'attacco personale e nella pura contumelia, con lesione del diritto di altri all'integrità morale».

Il ricorrente ripercorre i passaggi centrali delle decisioni, da quelle di primo grado – basate su una lettura «stretta» della disciplina dell'immunità del Presidente della Repubblica ex art. 90 della Costituzione, ricollegata ai soli atti espressivi di esercizio delle funzioni presidenziali proprie –, a quelle di appello – viceversa fondate su una concezione ampia della

prerogativa, anche alla stregua delle prassi costituzionali recentemente poste in essere –, fino a quelle della Cassazione, che hanno, per la prima volta, delineato ambito e contenuti della responsabilità del Capo dello Stato.

Secondo il ricorrente, la Corte di cassazione in tali sentenze si sarebbe attenuta ai seguenti criteri: (a) una lettura ampia dei poteri del Presidente della Repubblica, titolare non solo delle funzioni elencate nell'art. 87 della Costituzione ma anche legittimato al compimento di atti o dichiarazioni non tipizzati, correlati a dette funzioni, tra cui le espressioni del c.d. «potere di esternazione», convalidato dalla prassi costituzionale e dal «diritto vivente»; (b) per converso, e in contrario avviso rispetto all'impostazione dei giudici d'appello, la sottolineatura dell'esigenza di agganciare la irresponsabilità penale, civile, amministrativa alla sussistenza di un nesso funzionale tra l'illecito commesso e i poteri propri del Presidente, dovendosi ammettere la possibilità di «esternazioni» solo alla condizione della loro strumentalità rispetto a un compito presidenziale, *ratione materiae* dunque, e non *ratione personae*, diversamente che nella forma di Stato monarchica; (c) l'affermazione che l'irresponsabilità giuridica del Capo dello Stato può essere pertanto riconosciuta solo in presenza di atti e comportamenti che siano diretto esercizio delle funzioni o che trovino la loro causa in queste, escludendosi in tal modo le attività «extrafunzionali»; (d) il rilievo per il quale spetta al giudice comune accertare l'esistenza di detto nesso funzionale, salva la facoltà del Presidente della Repubblica di promuovere il conflitto di attribuzioni di fronte alla Corte costituzionale; (e) l'osservazione secondo cui le dichiarazioni eventualmente diffamatorie pronunciate dal Capo dello Stato, se connesse nel senso detto alla funzione, non hanno a che fare con il diritto di libera manifestazione del pensiero ex art. 21 della Costituzione, al quale si riconnette la critica politica che è facoltà comune a tutti i cittadini, ma che deve comunque essere contenuta in limiti espressivi, comuni anch'essi alla generalità dei cittadini.

Ciò premesso, il ricorrente svolge in primo luogo alcune considerazioni in punto di ammissibilità del ricorso, sotto il profilo della legittimazione a ricorrere di chi sia stato Presidente della Repubblica.

Posta l'elasticità della nozione di «potere» ai fini del promovimento del conflitto, che si tradurrebbe nella necessità di valutare caso per caso l'individuazione del potere confliggente, nell'ambito del pluralismo istituzionale che contrassegna il quadro costituzionale, il ricorrente ritiene di trarre argomenti in senso favorevole dalla più recente giurisprudenza costituzionale resa in materia di insindacabilità ex art. 68 della Costituzione a fronte di ricorsi proposti da singoli parlamentari, nella quale, pur ribadendo l'attinenza della prerogativa alla Camera e non al singolo parlamentare, la Corte avrebbe mostrato talune aperture alla possibilità che in concreto si diano ipotesi in cui si configuri una attribuzione costituzionale di potere individuale, per la cui tutela pertanto sia legittimato a ricorrere il singolo (ordinanze n. 177 del 1998 e n. 101 del 2000). Ciò equivarrebbe a dire che l'aspetto centrale è quello «oggettivo» del conflitto, essendo impossibile predefinire i soggetti che possono entrare in conflitto e che possono ricevere tutela in sede di giurisdizione costituzionale.

Alla stregua di questi rilievi, il fatto che il senatore Cossiga non rivesta più la carica di Presidente della Repubblica non ne escluderebbe la legittimazione, tanto più considerando che egli è stato citato in giudizio durante il mandato e che attualmente, pur pendendo i giudizi civili, non potrebbe far valere le garanzie che gli spettano qualora si adottasse una nozione formalistica di «potere».

In questa direzione, assumerebbe rilievo la posizione peculiare rivestita da colui che abbia ricoperto un ufficio pubblico e per il quale, conseguentemente, la qualità di «ex» abbia rilievo giuridico, come elemento impeditivo rispetto a ulteriori *munera*, o all'inverso come requisito o come vera e propria condizione per accedere a ulteriori cariche.

In questo ordine di idee, l'art. 59 della Costituzione, che stabilisce che è senatore di diritto a vita chi sia stato Presidente della Repubblica, testimonierebbe esplicitamente che anche dopo la scadenza del mandato presidenziale il titolare conserva una posizione giuridicamente rilevante sul piano costituzionale, essendo tra l'altro tenuto al segreto d'ufficio sui fatti appresi durante il settennato.

Si potrebbe perciò desumere dal contesto costituzionale complessivo che l'aver rivestito la carica di Capo dello Stato produce una sorta di «effetto di irradiazione» sulla posizione

del soggetto cessato dalla carica, e che non può dunque negarsi la legittimazione al ricorso, tanto più in relazione ad un giudizio pendente su fatti che riguardavano l'ufficio presidenziale durante l'esercizio del mandato.

Quanto al profilo oggettivo del conflitto, osserva il ricorrente che si è in presenza di un conflitto da menomazione, che avrebbe origine da «eccedenze» del potere giudiziario e in particolare dall'attribuzione di responsabilità civile per condotte, come l'esercizio del potere di esternazione, che sarebbero da ricollegare alla funzione presidenziale e che dunque non ammetterebbero tale ascrizione di responsabilità, secondo la disciplina dell'immunità delineata in Costituzione (art. 90).

Peraltro, «nel nostro ordinamento», sostiene il ricorrente, «deve essere la Corte costituzionale, e nessun altro organo, a risolvere le controversie che possono insorgere tra gli organi giudiziari e gli organi titolari delle immunità», sicché farebbe «molto dubitare l'asserita compatibilità costituzionale di una verifica effettiva di ciò che sia esercizio delle funzioni presidenziali e di ciò che non lo sia, lasciata alla giurisdizione ordinaria».

In ordine ai confini della responsabilità giuridica del Presidente della Repubblica vi sarebbe inoltre una notevole incertezza interpretativa, avendo questa materia ricevuto nel testo costituzionale una disciplina particolarmente «ambigua».

Muovendo dalle origini storiche dell'istituto, nel passaggio dall'inviolabilità personale del Re propria dell'esperienza monarchica – espressione della sacralità del titolare e della necessità che un soggetto responsabile affiancasse l'agire del sovrano, imputandosene la responsabilità, donde l'origine della controfirma del ministro per l'atto del sovrano – al principio della irresponsabilità non più personificata ma «oggettivata nella funzione», il ricorrente sottolinea come nel disegno costituzionale, una volta effettuata la scelta per la forma repubblicana, la figura del Presidente della Repubblica presenti tuttavia una persistente difficoltà di ricostruzione unitaria e generalmente accettata, coesistendo in essa aspetti di un organo «governante» e aspetti di un organo «garante»: per i primi rileva la astrattezza di una tesi che configuri un organo totalmente *super partes*, data la valenza politica della carica, per i secondi rileva una ulteriore sottodistinzione, tra chi riconosce in capo al Presidente della Repubblica un ambito di indirizzo politico-costituzionale rivolto a dare attuazione – e appunto a garantire – principi e fini costituzionali, per tutelare gli aspetti fondamentali e permanenti della comunità statale, e chi accentua invece la funzione di stretta garanzia; non senza registrare ulteriori disparità di accenti e di vedute circa l'essenza di detta funzione garante.

Da ciò l'eterogeneità di letture sul connesso tema della responsabilità, accentuandosi l'esigenza della piena e totale irresponsabilità nell'ottica della funzione «governante» e restringendosi invece tale prerogativa nell'ambito del profilo di garanzia, con una gamma di ricostruzioni che vanno dalla tesi della totale immunità, di diritto sostanziale e processuale, durante e dopo il mandato, alla tesi della responsabilità piena e secondo il diritto comune per tutte le attività del Capo dello Stato che non si possano ricondurre alla funzione assegnata ed esercitata secondo la Costituzione.

È in questo composito e non stabilizzato quadro teorico, prosegue il ricorrente, che la Corte costituzionale è chiamata a valutare se delle dichiarazioni per le quali il senatore Cossiga è stato citato in giudizio egli debba rispondere. Questa verifica, si precisa, era stata già effettuata dalla Corte d'appello di Roma, che aveva vagliato la portata «offensiva» delle dichiarazioni, per pervenire a escludere ogni responsabilità in base a una – dal ricorrente condivisa e fatta propria – ricostruzione del ruolo e delle funzioni del Presidente della Repubblica quale si è venuta delineando nella forma di governo e nella prassi costituzionale. Un risultato, questo, che tra l'altro impedisce il paradosso di una garanzia del Capo dello Stato di livello inferiore a quella dei parlamentari, e che tutela le comunicazioni del Presidente con l'immunità, quale aspetto della assoluta indipendenza di esso di fronte a qualsiasi altro organo o potere, superando l'idea, inattuale, di un Presidente avulso dalla formazione dell'indirizzo politico-costituzionale.

Quanto al potere di «esternazione» del Presidente della Repubblica, esso dovrebbe oramai ritenersi riconosciuto in via di principio, quale facoltà di svolgere e chiarire le proprie valutazioni e i propri orientamenti se reputati indispensabili per lo svolgimento delle fun-

zioni attribuite dalla Costituzione, tra cui in primo luogo l'indirizzo, autonomo, volto a garantire il rispetto e l'attuazione dei principi costituzionali che appartengono all'intera comunità.

Ciò discenderebbe dalla nuova e differente collocazione del Capo dello Stato, che finisce per trovarsi in un ambito di «frontiera» rispetto agli altri organi definiti politici, e che risentirebbe del mutare degli assetti che si danno nelle altre «zone» dell'ordinamento costituzionale, così che la caratteristica monocratica della carica ha finito per differenziare ruolo e caratteristiche dell'organo, in una logica di «personalizzazione» intrinseca a questa figura.

Caratteristica evidente della presidenza del senatore Cossiga sarebbe stata appunto la prassi delle «esternazioni», attraverso i *media* e in vista di una comunicazione diretta e non mediata con i cittadini e la pubblica opinione.

Questo potere, prosegue il ricorrente, è oggetto di discussione teorica, e la sua configurazione è in continua evoluzione, di pari passo con lo sviluppo pluralistico della società e con l'aumentata importanza della comunicazione politica, in un circuito volto a ricercare l'adesione della pubblica opinione intorno a temi di rilevanza costituzionale; e ciò, si conclude sul punto, non può certo essere oggetto di sindacato da parte dell'autorità giudiziaria.

Sotto altro aspetto, poi, il ricorrente osserva come sia estremamente difficile una rigorosa distinzione tra le manifestazioni del pensiero *uti singulus* e le enunciazioni riconducibili alla funzione, in particolare quando, nel circuito comunicativo che si è sopra detto, le esternazioni si sottraggono alla dimensione formale dello scritto: anche questo aspetto, prosegue il ricorrente, è stato affrontato dalla Corte d'appello di Roma, che ha concluso per l'irresponsabilità di esse, in quanto comunque riferibili alla realizzazione dell'indirizzo politico-costituzionale, ai poteri di stimolo e di persuasione, alle forme di «autotutela» della istituzione presidenziale, prescindendosi dunque del tutto dal formalistico collegamento – istituito invece dai giudici di primo grado – tra irresponsabilità e controfirma ministeriale.

Questa conclusione, afferma il ricorrente, deve ora essere ribadita, per «superare l'anacronistica concezione dei poteri e delle prerogative presidenziali dei Costituenti, costantemente smentita nella prassi recente e non più compatibile con la logica del sistema costituzionale»: deve affermarsi che sono coperte dall'immunità le esternazioni non direttamente ascrivibili a una delle funzioni tipizzate del Capo dello Stato, ma comunque riferibili alla dimensione politico-rappresentativa che a questa carica è connaturata.

Alla stregua di tali premesse, le dichiarazioni rese dal senatore Cossiga nei confronti dei senatori Flamigni e Onorato non potrebbero essere qualificate come atti privati, trattandosi della reazione del titolare della più elevata carica della Repubblica agli attacchi a essa rivolti suo tramite; né – prosegue il ricorrente – avrebbe serio fondamento il tentativo di sostenere la non riconducibilità delle reazioni del Presidente della Repubblica all'esercizio delle funzioni, essendo una mera «finzione» la distinzione tra sfera privata e sfera pubblica nelle comunicazioni di valore e contenuto politico da parte di un organo monocratico, il cui titolare è investito del *munus* in modo permanente, non a date e orari prestabiliti.

Nella specie, talune delle frasi pronunciate nei confronti del senatore Onorato costituirebbero la reazione – «franca e senza ipocrisie», ma non gratuitamente denigratoria – nei riguardi di posizioni espresse dal medesimo su temi di straordinario rilievo istituzionale, come la collocazione dell'Italia nel sistema di alleanze internazionali in occasione della guerra del Golfo, e come la vicenda «Gladio», in relazione alla quale il parlamentare, con altri, aveva sollecitato una messa in stato di accusa del Presidente, ciò che comportava un attacco evidente alla massima carica dello Stato, finalizzato a screditarne il titolare; altre frasi rivolte sempre al senatore Onorato – quali quelle circa la «fazziosità», cioè l'essere di parte, o quelle circa il senso dello Stato e della Patria, oltretutto reciproche – dovrebbero reputarsi perfino prive di contenuto offensivo; mentre le frasi pronunciate nei riguardi del senatore Flamigni costituirebbero reazione alle posizioni da costui espresse, sia in sede di commissione parlamentare di inchiesta sul caso Moro sia in un libro, relativamente a vicende anch'esse di indubbia rilevanza politico-costituzionale, come il presunto coinvolgimento del senatore Cossiga, allora Ministro dell'interno, in trame legate, nell'ambito della vicenda Moro, alla loggia massonica P2 e ai servizi segreti deviati.

Il ricorrente rileva quindi la riconducibilità di tutte queste «esternazioni» all'immunità *ex art. 90* della Costituzione, anche alla luce dei principi elaborati dalla giurisprudenza

costituzionale nel contiguo settore dell'insindacabilità dei parlamentari *ex art. 68* della Costituzione, attraverso il criterio del nesso funzionale tra opinioni e attività parlamentare tipica.

Infine, il ricorrente affronta l'aspetto del regime dei c.d. atti «extrafunzionali» del Presidente della Repubblica, disciplinando la Costituzione solo quelli «funzionali», cioè compiuti, come recita l'art. 90 della Costituzione, «nell'esercizio delle sue funzioni»: richiamati i lavori sul punto dell'Assemblea costituente, si sottolinea come alla fine prevalse, per ragioni di opportunità, l'idea di non disporre espressamente alcunché sulla responsabilità del Capo dello Stato per illeciti comuni.

Al riguardo – sottolinea il ricorrente – anche le opinioni di dottrina maggiormente propense, per non trasformare la garanzia in privilegio, a delimitare un'area «stretta» di irresponsabilità del Presidente della Repubblica, devono pur sempre riconoscere l'esistenza di aspetti particolari, specie nel settore delle opinioni o «esternazioni», aspetti che male si prestano a una generica riconduzione alla responsabilità comune *tout court*; di qui la ricostruzione, proposta da una dottrina ampiamente citata nell'atto introduttivo e fatta propria dal ricorrente, che, partendo dalla identificazione tra carica monocratica e soggetto ad essa preposto, afferma che l'integrità della persona vale, data questa identificazione, anche a tutela dell'istituzione. In questo senso, la lacuna costituzionale nella disciplina dell'irresponsabilità del Presidente della Repubblica viene colmata con l'affermazione che l'immunità presidenziale preserva da ogni procedimento giudiziario che possa limitare la libertà d'azione del titolare o che lo ponga in condizione di soggezione o subalternità di fronte ad un potere diverso; e la residua responsabilità comune, certo sussistente, non potrà essere fatta valere durante l'esercizio del mandato: in una logica secondo cui è rovesciata la tesi che le immunità debbano configurarsi come eccezioni al diritto comune, essendo esse – sempre nella ricostruzione proposta – un postulato coesistente agli organi supremi costituzionali.

Il ricorrente conclude «affinché codesta Ecc.ma Corte voglia dichiarare ammissibile» il ricorso.

2. – Con memoria depositata nell'imminenza della deliberazione sull'ammissibilità del conflitto il ricorrente ha insistito «affinché questa Corte, previa declaratoria di ammissibilità» del ricorso, «annuli le sentenze» della Corte di cassazione.

A conforto dell'ammissibilità del ricorso, il ricorrente sostiene che si verta in una situazione di «ultrattività del potere», analoga a quella che questa Corte ebbe a risolvere con la sentenza n. 7 del 1996, concernente il conflitto sollevato dall'*ex* Ministro della giustizia.

Nel caso di specie, il senatore Cossiga, convenuto in giudizio («in prossimità dello spirare del mandato settennale»), «non è stato neppure destinatario, in pendenza della funzione, di un atto o di un provvedimento proveniente da altro Potere dello Stato», tale da consentirgli di sollevare contro di esso conflitto di attribuzione.

Negare successivamente tale facoltà significherebbe, prosegue il ricorrente, «privare il soggetto titolare della funzione di qualsiasi tutela», legando quest'ultima ad un evento indipendente dalla volontà del titolare del potere, quale la durata del processo.

Il ricorrente aggiunge che solo a seguito delle sentenze rese dalla Corte di cassazione il conflitto avrebbe potuto essere sollevato, poiché si tratta dell'organo che esprime «l'ultima parola» del potere giudiziario, e perché, in ogni caso, la sentenza di primo grado è intervenuta successivamente allo spirare del mandato presidenziale.

3. – Con ordinanza n. 455 del 2002 questa Corte ha dichiarato l'ammissibilità del conflitto ai sensi dell'art. 37 della legge 11 marzo 1953, n. 87, disponendo l'integrazione del contraddittorio anche nei confronti del Presidente della Repubblica, «la cui posizione costituzionale, in relazione alle questioni di principio circa l'immunità di cui all'art. 90 della Costituzione, è oggetto delle due decisioni della Corte di cassazione e del ricorso per conflitto» proposto nei confronti di esse.

Il ricorso e l'ordinanza sono stati notificati nei termini ai contraddittori così individuati.

4. – Si è costituito in giudizio il Presidente della Repubblica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, riservando «al prosiegua la formulazione delle proprie conclusioni».

Osserva il Presidente della Repubblica di essere stato destinatario della notifica dell'ordinanza di questa Corte dichiarativa dell'ammissibilità del conflitto, non tanto in relazione

«al profilo contingente (...) collegato ad eventi puntuali e ad altrettanto puntuali interessi, sia pur di rilievo costituzionale, contrapposti», quanto in relazione al «profilo immanente di una *'actio finium regundorum'* fra potere presidenziale e potere giudiziario».

Per tale ragione, «ogni argomentazione e conclusione non potrà quindi prescindere dalla posizione che assumerà in giudizio il potere giudiziario nella sua epifania della Suprema Corte di cassazione».

5. – Con atto denominato «di intervento» si è costituita in giudizio la Corte di cassazione, in persona del Primo Presidente *pro tempore*, e, «per quanto possa occorrere», la Sezione III civile della Corte di cassazione, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentate e difese dall'Avvocatura generale dello Stato, concludendo per il rigetto del ricorso.

L'Avvocatura ritiene sufficiente ripercorrere l'*iter* logico cui si sono attenute le due sentenze della Suprema Corte oggetto del conflitto.

La Cassazione sarebbe partita dalla premessa secondo cui, ai sensi dell'art. 90 della Costituzione, il Presidente della Repubblica gode di immunità «penale, civile o amministrativa» per i soli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni.

Tra questi non si potrebbero ricomprendere i soli «atti ufficiali controfirmati», ma le stesse manifestazioni del potere di esternazione, purché strumentale ed accessorio ad una funzione presidenziale.

Esso costituirebbe, infatti, non una funzione, bensì «solo un mezzo, cioè uno dei possibili strumenti con cui il Presidente provvede all'esercizio di alcune funzioni presidenziali».

Altro sarebbe, invece, la manifestazione del pensiero della persona fisica che ricopre la carica.

Tra le funzioni presidenziali, cui si connette il potere di esternazione, la Suprema Corte avrebbe annoverato anche «l'autodifesa» delle prerogative e del prestigio dell'organo costituzionale, a fronte di lesioni arrecatevi da terzi.

Tuttavia, il compito di tutelare sotto tale profilo il Presidente sarebbe in via ordinaria assegnato dall'ordinamento ad altri «organi istituzionali» (articoli 278 e 313 del codice penale; art. 343 del codice di procedura penale), salva l'ipotesi residuale «in cui le oggettive circostanze concrete impongano al Presidente l'immediatezza nel respingere gli attacchi offensivi».

Spetterebbe all'autorità giudiziaria valutare se, in concreto, si versi nella sfera di immunità così delineata; salvo che il Presidente della Repubblica non si esprima sul punto egli stesso con «un atto valutativo presidenziale», impugnabile solo tramite la via del conflitto di attribuzione.

Nel caso di specie, in mancanza di ciò (posto che a tale atto non sarebbe equiparabile l'eccezione proposta nel giudizio civile tramite memoria di difesa), toccherebbe al Presidente sollevare il conflitto, avverso la pronuncia dell'autorità giudiziaria, mentre è compito del giudice di merito, innanzi a cui le cause sono state rinviate, stabilire se ricorra oppure no l'esimente del legittimo esercizio della critica politica.

Sulla circostanza secondo cui l'odierno conflitto non è stato sollevato avverso le sentenze del Tribunale di Roma che affermarono in primo grado la responsabilità del senatore Cossiga, nonché su «ogni altro punto riguardante l'ammissibilità definitiva del ricorso», l'Avvocatura «si rimette al giudizio» di questa Corte.

6. – È intervenuto in giudizio Pierluigi Onorato, attore in uno dei giudizi che hanno originato il conflitto.

L'interveniente ritiene di essere legittimato all'intervento, in quanto «titolare di un interesse giuridicamente qualificato e differenziato, che può essere compromesso (o soddisfatto) dall'esito della controversia», e chiede che il ricorso sia dichiarato inammissibile e in subordine infondato.

7. – In prossimità dell'udienza il ricorrente ha depositato ampia memoria illustrativa con la quale, dopo aver ripercorso i passaggi della vicenda ed i temi implicati nel conflitto, chiede che siano annullate «le sentenze della Suprema Corte di cassazione per la non spettanza all'autorità giudiziaria del potere di individuare il contenuto delle immunità presidenziali di cui all'art. 90 della Costituzione, nonché di giudicare se gli atti compiuti dal Presidente della Repubblica abbiano natura funzionale o extrafunzionale», previa definitiva pronuncia di ammissibilità del ricorso.

Il ricorrente ribadisce, in ordine all'ammissibilità del conflitto, l'analogia fra il presente conflitto e quelli sollevati dal Ministro della giustizia nel caso deciso con la sentenza n. 7 del 1996, osservando che le citazioni – riguardanti il contenuto di esternazioni pronunciate durante il mandato presidenziale e ritenute offensive – proposte dagli attori nei suoi confronti davanti al Tribunale di Roma gli erano state notificate durante il mandato presidenziale ed in prossimità della scadenza di esso, ma che nessun provvedimento menomativo della propria sfera di attribuzioni era stato adottato dall'autorità giudiziaria in pendenza del mandato, sicché non vi erano stati né l'interesse da parte del Presidente a sollevare conflitti di attribuzione, cioè a difendere le proprie prerogative costituzionali, né, a maggior ragione, la necessità e la materiale possibilità di farlo.

Se dunque non si consentisse oggi ad esso ricorrente di sollevare conflitto nei confronti dell'autorità giudiziaria di ultima istanza, si priverebbe il soggetto, scaduto dalla carica, della benché minima tutela, perché la possibilità di sollevare o meno il conflitto per fatti inerenti alla carica non sarebbe più collegata alla libera scelta del titolare del potere, ma ad un mero criterio di decorrenza temporale.

Quanto al merito, il ricorrente ribadisce e sviluppa le argomentazioni già svolte nel ricorso introduttivo, ed in particolare si sofferma sulla necessità di negare ogni distinzione tra le manifestazioni di pensiero compiute *uti singulus* dal Presidente e le enunciazioni riconducibili all'esercizio della carica.

Il titolare di un organo monocratico di vertice come il Presidente, si osserva in proposito, non avrebbe una dimensione politica privata – la sfera delle esternazioni informali – contrapposta ad una dimensione pubblica, ma una sfera assolutamente privata – nella quale rientrerebbero, ad esempio, l'intervista ad un giornale sulle proprie preferenze calcistiche o le dichiarazioni sui propri gusti letterari in occasione della consegna di un premio –, nella quale egli è pienamente responsabile, contrapposta ad una sfera pubblica nella quale esercita le sue funzioni, che sono quelle previste, esplicitamente o implicitamente, dalla Costituzione: «le esternazioni, di conseguenza, o riguardano le funzioni tipiche oppure no», essendo inserite in un circuito politico-culturale e collegate al ruolo svolto dal Presidente quale organo «moderatore» del sistema politico, di «stimolo», di «persuasione», di «monito», di «influenza», di «garante» dei valori costituzionali, di «rappresentante» dell'unità nazionale.

Quanto al tema del regime dei c.d. atti extrafunzionali del Presidente della Repubblica, nella disciplina della responsabilità per fatti estranei all'esercizio di funzioni si rivelerebbe una lacuna che lascia esposto il Presidente alle conseguenze di iniziative arbitrarie o destabilizzanti.

Non sarebbe pertanto ammissibile che l'autorità giudiziaria possa sostituirsi al Presidente nel valutare la congruità dei mezzi per soddisfare gli interessi istituzionali affidati alla sua tutela, non prestandosi tale valutazione – per l'indiscutibile politicità che comporta – ad essere svolta da organi la cui azione non è discrezionale ma vincolata, e che, comunque, non sono titolati ad affrontare e decidere questioni di tono costituzionale, in quanto ciò determinerebbe una lesione del principio della divisione dei poteri.

8. – Ha depositato memoria il Presidente della Repubblica, che si è rimesso «integralmente al giudizio di questa Corte» sia per la questione pregiudiziale di ammissibilità del conflitto, sia, «in caso di soluzione positiva della stessa, per quanto attiene alla perimetrazione dei confini funzionali della responsabilità presidenziale».

La difesa del Presidente, richiamando la sentenza di questa Corte n. 116 del 2003, osserva che «i conflitti fra poteri dello Stato vedono assai spesso il profilo giuridico indissolubilmente intrecciato con quello politico e talvolta accade addirittura che in essi la dimensione giuridica della controversia finisca per essere assorbita da quella politica»; e rileva che «in conflitti di tale natura oltretutto possono emergere risvolti personali indotti dalla natura monocratica dell'organo che impersona il potere chiamato in causa».

Sulla base di tali premesse, conclude essere «pertanto intendimento del Potere evocato in giudizio astenersi dal prendere posizione sulle questioni pregiudiziali di ammissibilità del ricorso e limitare la propria presa di posizione alla condivisione del principio del necessario collegamento fra irresponsabilità ed esercizio della funzione. Principio non revocato in dubbio dal ricorrente».

9. – Ha altresì depositato memoria il sen. Pierluigi Onorato, insistendo nelle conclusioni rassegnate nell'atto di intervento.

L'interveniente anzitutto illustra i motivi a sostegno della ammissibilità dell'intervento di un terzo dalla posizione qualificata nel giudizio per conflitto di attribuzione fra poteri, valorizzando, tra l'altro, il caso, relativo ad un conflitto tra enti (sentenza n. 76 del 2001), nel quale tale intervento è stato, appunto, ritenuto ammissibile. Confuta quindi la tesi della tardività dell'intervento nella fattispecie, dovendo necessariamente decorrere il termine per lo stesso dalla pubblicazione del ricorso nella *Gazzetta Ufficiale*.

Dopo aver ricordato i fatti all'origine del giudizio promosso davanti al giudice civile, eccipisce l'inammissibilità del conflitto, tanto sotto il profilo oggettivo – segnatamente per la mancanza di un *petitum* e dell'indicazione delle attribuzioni lese nel ricorso –, che sotto quello soggettivo, per più ragioni, ed in particolare in quanto le prerogative di una carica non potrebbero nella presente sede essere tutelate che ad iniziativa dell'attuale titolare di essa.

Nel merito, ad avviso dell'interveniente, piena adesione meritano i principi affermati dalle sentenze della Corte di cassazione, che disegnerebbero una nozione dell'irresponsabilità presidenziale tutt'altro che restrittiva, la quale valorizza al massimo il ruolo presidenziale di rappresentante dell'unità nazionale.

10. – In prossimità dell'udienza pubblica ha depositato «atto di intervento in giudizio» il sen. Sergio Flamigni, attore nell'altro giudizio civile all'origine del conflitto, il quale, assumendo di averne tardivamente avuto notizia informale, chiede, in ragione della propria posizione nel detto giudizio, che rischierebbe di essere compromessa o soddisfatta all'esito del giudizio in corso davanti a questa Corte, di essere ammesso a parteciparvi, concludendo affinché il ricorso sia dichiarato inammissibile e in subordine infondato.

Considerato in diritto 1. – Il ricorso per conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato è proposto dal sen. Francesco Cossiga in qualità di *ex* Presidente della Repubblica (il suo mandato, esplicatosi negli anni 1985-1992, è terminato il 28 aprile 1992) contro la Corte suprema di cassazione, III sezione civile, in relazione a due sentenze da questa pronunciate il 27 giugno 2000, n. 8733 (in causa Flamigni contro Cossiga) e n. 8734 (in causa Onorato contro Cossiga).

Le due sentenze, largamente analoghe nella motivazione, sono state rese in due giudizi civili instaurati, rispettivamente, dal sen. Sergio Flamigni e dal sen. Pierluigi Onorato nei confronti del sen. Cossiga, per ottenere il risarcimento del danno morale che sarebbe derivato agli attori da alcune dichiarazioni asseritamente diffamatorie o ingiuriose rese dal medesimo sen. Cossiga, allorché ricopriva la carica di Presidente della Repubblica. Esse, in accoglimento dei ricorsi principali degli attori, nonché dei ricorsi incidentali del convenuto, annullano con rinvio due sentenze della Corte d'appello di Roma (rese rispettivamente il 16 marzo 1998 e il 21 aprile 1997), le quali, riformando le pronunce del Tribunale di Roma, di condanna del convenuto sen. Cossiga, avevano dichiarato improponibili le domande giudiziali dei sen. Flamigni e Onorato.

Nei due giudizi, instaurati quando ancora era in corso il mandato presidenziale del sen. Cossiga, ma che erano proseguiti, giungendo alle decisioni del Tribunale, dopo la scadenza di tale mandato, il convenuto sen. Cossiga – costituendosi, nel primo caso, prima della scadenza del mandato presidenziale (con atto del 14 febbraio 1992), nel secondo caso, nello stesso giorno della sua scadenza (con atto del 28 aprile 1992) – aveva eccepito, preliminarmente, la improponibilità o la inammissibilità delle domande in base all'art. 90 della Costituzione, sostenendo che le dichiarazioni per cui era giudizio fossero coperte dalla immunità ivi sancita per gli atti del Presidente della Repubblica compiuti nell'esercizio delle sue funzioni: tesi respinta dai giudici di primo grado, e accolta invece in appello.

La Corte di cassazione, nel rinviare le cause ai nuovi giudici di merito, ha stabilito i punti di diritto (identici nelle due pronunce) che si sono integralmente riportati nell'esposizione in fatto della presente sentenza. Essi, in sintesi, si sostanziano nell'affermazione che l'immunità di cui all'art. 90 della Costituzione copre solo gli atti «funzionali» del Presidente della Repubblica, comprendendosi fra questi quelli compiuti nell'esercizio della funzione di rappresentanza dell'unità nazionale di cui all'art. 87 della Costituzione, nonché gli atti di «autodifesa» dell'organo costituzionale quando l'ordinamento non assegni detta difesa alle funzioni di altri organi ovvero nel caso in cui in concreto si imponga l'immediatezza dell'autodifesa medesima; che le «esternazioni» del Presidente della Repubblica, non equiparabili a libere manifestazioni di pensiero ai sensi dell'art. 21 della Costituzione, sono coperte da immunità solo quando siano strumentali o accessorie ad una funzione presidenziale; che le

ingiurie o le diffamazioni commesse nel corso di una esternazione presidenziale sono coperte da immunità solo se commesse come «estrinsecazione modale» della funzione; che l'autorità giudiziaria ha il potere di accertare se l'atto compiuto sia funzionale o extrafunzionale, salva la facoltà per il Presidente di sollevare conflitto di attribuzioni per «menomazione»; che, infine, il legittimo esercizio della critica politica, riconosciuto ad ogni cittadino, pur potendo sopportare toni aspri e di disapprovazione, non può trasmodare nell'attacco personale e nella pura contumelia, con lesione dell'altrui diritto all'integrità morale.

Il ricorrente, nell'articolare diffusamente le proprie censure nei confronti delle pronunce del giudice di legittimità, prospetta sostanzialmente due tesi principali ed una subordinata. In via principale egli sostiene, in primo luogo, che non potrebbe riconoscersi all'autorità giudiziaria, ma solo alla Corte costituzionale, il potere di tracciare la distinzione fra atti coperti e atti non coperti dalla prerogativa di irresponsabilità di cui all'art. 90 della Costituzione. Si dovrebbe pertanto affermare, secondo la testuale conclusione formulata nella memoria del ricorrente, «la non spettanza all'autorità giudiziaria del potere di individuare il contenuto delle immunità presidenziali di cui all'art. 90 Costituzione, nonché di giudicare se gli atti compiuti dal Presidente della Repubblica abbiano natura funzionale o extrafunzionale». In secondo luogo, e sul terreno sostanziale, la tesi del ricorrente è che non si potrebbe fare alcuna distinzione, nell'ambito delle esternazioni non appartenenti alla «sfera assolutamente privata» del presidente, ma in qualche modo «riferibili o genericamente connesse alla carica rappresentativa», fra manifestazioni di pensiero compiute uti singulus ed enunciazioni riconducibili all'esercizio della carica; o, sotto un altro profilo, che la garanzia di assoluta indipendenza del Presidente nei confronti di qualsiasi atto proveniente da altro organo o potere richiederebbe che l'immunità si estenda «anche alla persona del titolare, e quindi alla sfera della sua responsabilità extra-funzioni».

In via non formalmente, ma logicamente subordinata rispetto alle tesi ora esposte, il ricorrente argomenta circa la necessità di riconoscere che le dichiarazioni alle quali si riferiscono le domande giudiziali del sen. Flamigni e del sen. Onorato sono da ritenersi ricomprese nella sfera della irresponsabilità presidenziale, in quanto espressione di legittima reazione di natura politica e di autodifesa da attacchi portati alla istituzione presidenziale, in relazione a posizioni espresse dagli attori con riguardo a vicende di straordinaria valenza istituzionale (rapimento e uccisione dell'on. Moro, posizione italiana nella «guerra del Golfo», vicenda «Gladio», richieste di messa in stato d'accusa del Presidente della Repubblica), e in quanto dunque strumentali al ruolo «pubblico, politico ed istituzionale» del Presidente e di «indubbia valenza politica». Inoltre il ricorrente, con riguardo al giudizio che lo vede opposto al sen. Onorato, nega il «carattere denigratorio ed offensivo» delle dichiarazioni addebitategli e nega che esse superassero i limiti del legittimo diritto di critica politica.

2. – Devono essere innanzitutto dichiarati ammissibili gli interventi spiegati nel presente giudizio dalle parti attrici nei due giudizi civili in cui sono state rese le impugnate sentenze della Corte di cassazione.

Questa Corte, pur confermando che di norma nei giudizi per conflitto di attribuzioni non è ammesso l'intervento di soggetti diversi da quelli legittimati a promuovere il conflitto o a resistervi, ha riconosciuto che tale preclusione non opera quando l'oggetto del giudizio per conflitto consista proprio nella affermazione o negazione dello stesso diritto di agire in giudizio di chi pretende di essere stato leso da una condotta in relazione alla quale si controverte, nel giudizio costituzionale, se essa sia o meno da ritenersi coperta dalle eccezionali immunità previste dalla Costituzione (sentenza n. 76 del 2001). Tale conclusione, raggiunta dalla Corte con riguardo ad un conflitto avente ad oggetto l'applicabilità della immunità prevista dall'art. 122 della Costituzione per le opinioni espresse e i voti dati dai consiglieri regionali nell'esercizio delle loro funzioni (e dunque implicitamente riferibile anche all'analoga ipotesi concernente l'applicazione della prerogativa della insindacabilità di cui godono i membri del Parlamento ai sensi dell'art. 68, primo comma, della Costituzione), non può non estendersi, per l'evidente identità di *ratio*, al caso presente, in cui il conflitto riguarda l'applicabilità della ipotesi di immunità prevista dall'art. 90 della Costituzione per gli atti del Presidente della Repubblica compiuti nell'esercizio delle sue funzioni.

In siffatte ipotesi, infatti, negare ingresso alla difesa delle parti del giudizio comune, in cui si controverte sull'applicazione della immunità, significherebbe esporre tali soggetti all'eventualità di dover subire, senza possibilità di far valere le proprie ragioni, una pronuncia

il cui effetto potrebbe essere quello di precludere definitivamente la proponibilità dell'azione promossa davanti alla giurisdizione: il che contrasterebbe con la garanzia costituzionale del diritto al giudice e ad un pieno contraddittorio, che discende dagli articoli 24 e 111 della Costituzione, ed è protetto altresì dall'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, come applicato dalla giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo (cfr., da ultimo, sentenze 30 gennaio 2003, *Cordova c. Italia I*, ric. n. 40877/1998, e *Cordova c. Italia II*, ric. n. 45649/1998).

3. – Il ricorso è rivolto contro pronunce dell'autorità giudiziaria che si sostiene abbiano leso la prerogativa della irresponsabilità presidenziale sancita dall'art. 90 della Costituzione: sotto il profilo oggettivo, dunque, esso prospetta indubbiamente un conflitto «per la delimitazione della sfera di attribuzioni determinata per i vari poteri da norme costituzionali» (art. 37, primo comma, della legge n. 87 del 1953), alla stessa stregua degli altri casi già presentatisi in passato, in cui la Corte ha riconosciuto l'ammissibilità di ricorsi con i quali organi costituzionali (in un caso anche il Presidente della Repubblica) contestavano atti di autorità giurisdizionali ritenuti lesivi della propria posizione costituzionale (cfr. ad es. sentenze n. 129 del 1981, n. 435 del 1995, n. 379 del 1996, n. 225 del 2001, n. 263 del 2003 e n. 58 del 2004).

Né possono sorgere incertezze circa l'oggetto della domanda giudiziale, ancorché l'atto introduttivo non contenga un esplicito *petitum* di merito ma si limiti a chiedere che la Corte dichiari ammissibile il ricorso medesimo: infatti dal ricorso, proposto per l'annullamento delle sentenze impugnate, si ricavano in modo univoco le ragioni per le quali il ricorrente ritiene dette sentenze lesive delle prerogative costituzionali dell'istituzione presidenziale.

4. – Essendo parimenti fuori discussione la legittimazione passiva della Corte di cassazione che ha reso le pronunce impugnate, la Corte deve invece interrogarsi sulla sussistenza della legittimazione attiva del ricorrente, che nella specie è la persona fisica che ricopriva la carica di Presidente della Repubblica all'epoca in cui effettuò le dichiarazioni a lui addebitate come fonte di responsabilità per danni, ma che al momento dell'emanazione degli atti impugnati e della proposizione del ricorso era cessato dalla carica medesima.

Non è qui in gioco la posizione costituzionale dell'ex titolare della carica in quanto tale, né lo sono eventuali attribuzioni costituzionali a lui spettanti in tale qualità. L'oggetto del conflitto è infatti una prerogativa e dunque un'attribuzione spettante alla istituzione presidenziale e ad essa sola.

È ovvio che, di norma, legittimato a ricorrere per conflitto di attribuzioni è soltanto chi impersona il potere delle cui attribuzioni si discute, nel momento in cui il ricorso viene proposto.

Tuttavia, la Corte ritiene che la legittimazione possa estendersi a chi ha cessato di ricoprire la carica, nelle particolari situazioni, come quella che si verifica nel presente caso, in cui concorrono le seguenti due circostanze: *a)* la controversia sulle attribuzioni e sulla loro ipotizzata lesione coincide con una controversia circa l'applicabilità, nel caso concreto, di una norma costituzionale la cui portata si sostanzia nell'escludere o nel limitare, in via di eccezionale prerogativa, la responsabilità della persona fisica titolare della carica costituzionale per atti da essa compiuti; *b)* vi è coincidenza fra la persona fisica della cui responsabilità si discute, e il titolare, nel momento in cui è stato compiuto l'atto da cui si fa discendere la responsabilità, della carica monocratica alla quale la norma costituzionale collega la prerogativa della immunità.

Infatti tale prerogativa è bensì connessa ad atti di organi costituzionali, ma, riguardando la persona fisica, si estende nel tempo anche al di là della cessazione dalla carica di chi tali atti ha posto in essere. E poiché l'applicazione in giudizio della norma che sancisce la prerogativa avviene per sua natura a posteriori, anche a distanza di tempo dal momento in cui gli atti forieri di responsabilità sono stati compiuti («ora per allora»), è evidente come possa accadere che il giudizio sulla responsabilità, in coincidenza col quale si prospetta la controversia costituzionale sulle attribuzioni, si svolga quando la persona fisica della cui responsabilità si discute non è più titolare della carica costituzionale.

Il giudizio per conflitto di attribuzioni è bensì uno strumento apprestato dalla Costituzione a tutela delle attribuzioni proprie della carica di Presidente della Repubblica, ma tale tutela, in queste situazioni, coincide con la protezione della persona fisica dalla responsabi-

lità, in forza della prerogativa; e quindi il conflitto opera anche o principalmente come strumento di difesa nei confronti di possibili applicazioni giudiziali delle norme che si traducano in violazioni della prerogativa.

Non appare allora ragionevole che la possibilità di sollevare conflitto, di cui il titolare della carica gode finché dura il mandato, in relazione agli atti da lui compiuti, sia invece rimessa alle scelte di un titolare diverso da quello della cui responsabilità si discute per il solo fatto casuale che il giudizio di responsabilità – che riguarda sempre la persona fisica – insorga dopo, anziché prima della scadenza di detto mandato: tenendo anche conto del fatto che non solo diversi titolari della carica possono valutare in modo diverso la portata o l'applicabilità concreta della norma sulla prerogativa, ma che, per un nuovo e diverso titolare della carica, la scelta del ricorrere per conflitto non si configura come atto dovuto, ma piuttosto come scelta di opportunità politica, da cui verrebbe però a dipendere l'attivazione, in concreto, dello strumento di difesa della prerogativa di immunità.

Si deve dunque concludere che, verificandosi la situazione indicata, la legittimazione a ricorrere – ovviamente sempre spettante al titolare attuale della carica – spetta anche ai precedenti titolari. Una legittimazione – quella dei precedenti titolari –, peraltro, limitata strettamente non solo ai conflitti concernenti atti da loro stessi compiuti durante il mandato, ma a quelli soltanto nei quali la lesione lamentata consista proprio nella negazione in concreto, nei loro confronti, della prerogativa di irresponsabilità: in cui quindi l'interesse al ricorso nasca dal fatto che oggetto del conflitto sia l'affermazione o la negazione della possibilità di far valere in concreto la responsabilità per detti atti.

Nonostante la scissione e quindi la possibile duplicità della legittimazione a ricorrere in questi casi, le regole del giudizio costituzionale, il contraddittorio che in esso si svolge, e in definitiva la decisione della Corte, consentirebbero in ogni modo di dare soluzione alle possibili ipotesi di divaricazione o di contrasto fra le posizioni processuali e le tesi sostanziali del titolare in carica dell'organo e del precedente titolare della cui responsabilità si discute. Nella specie, peraltro, il Presidente della Repubblica, evocato in giudizio per iniziativa di questa Corte (ordinanza n. 455 del 2002), si è costituito senza nulla eccepire quanto alla legittimazione del ricorrente, mentre, nel merito, si è limitato a dichiarare la propria «condivisione del principio del necessario collegamento fra irresponsabilità ed esercizio della funzione».

5. – Il ricorso è in parte non fondato, in parte inammissibile sotto un profilo diverso da quello precedentemente esaminato.

Non può accogliersi, in primo luogo, la tesi secondo cui l'autorità giudiziaria ordinaria difetterebbe radicalmente di competenza giurisdizionale in ordine alla qualificazione degli atti del Presidente della Repubblica, al fine di verificare l'applicabilità o meno della clausola di esclusione della responsabilità di cui all'art. 90 della Costituzione.

Tale clausola non fa che recare, infatti, una eccezione alla regola della responsabilità di ciascuno per gli atti compiuti in violazione di diritti altrui. Questa regola, che discende dallo stesso principio di legalità e di giustiziabilità dei diritti, e che per i pubblici funzionari è espressamente ribadita dall'art. 28 della Costituzione, col rinvio alle «leggi penali, civili e amministrative» caso per caso applicabili, fonda la generale competenza delle autorità giudiziarie all'accertamento dei presupposti della responsabilità e alla pronuncia delle eventuali misure sanzionatorie, restitutorie o risarcitorie conseguenti.

È pertanto alla stessa autorità giudiziaria che spetta, in prima istanza, decidere circa l'applicabilità in concreto, in rapporto alle circostanze del fatto, della clausola eccezionale di esclusione della responsabilità. Se nel decidere in proposito l'autorità giudiziaria venisse ad apprezzare erroneamente la portata della clausola o a negare ad essa erroneamente applicazione, con conseguente lesione della prerogativa e dunque dell'attribuzione presidenziale, oltre ai normali rimedi apprestati dagli istituti che consentono il controllo sulle decisioni giudiziarie ad opera di altre istanze pure giudiziarie, varrà il rimedio del conflitto di attribuzioni davanti a questa Corte. Ma non può essere negata la competenza dell'autorità giudiziaria a pronunciarsi, nell'esercizio della sua generale funzione di applicazione delle norme, ivi comprese quelle della Costituzione.

La competenza di questa Corte a risolvere i conflitti di attribuzione non può sostituirsi a quella del giudice comune per l'accertamento in concreto dell'applicabilità della clausola di esclusione della responsabilità. Infatti la giurisdizione costituzionale sui conflitti non è

istituto che sostituisca l'esercizio della funzione giurisdizionale là dove siano in gioco diritti dei soggetti di cui si chiede l'accertamento e il ristoro (e l'azione di responsabilità integra tipicamente tale fattispecie), ma vale solo a restaurare la corretta osservanza delle norme costituzionali nei casi in cui, in concreto, a causa di un cattivo esercizio della funzione giurisdizionale, questa abbia dato luogo ad una illegittima menomazione delle attribuzioni costituzionali di un altro potere.

Nemmeno potrebbe ipotizzarsi un qualsiasi effetto inibitorio dell'esplicarsi dell'esercizio della funzione giurisdizionale, collegabile alla semplice affermazione, da parte di colui la cui responsabilità viene evocata in giudizio, della applicabilità della prerogativa, stante la non configurabilità di un potere di definizione unilaterale, in causa propria, dei limiti della propria responsabilità.

La garanzia del rispetto della norma costituzionale, anche nei confronti di eventuali erronee applicazioni da parte dell'autorità giudiziaria, non sta nell'esclusione *a priori* della competenza di questa – che verrebbe in pratica a configurare una esenzione senza limiti dalla giurisdizione e un privilegio personale privo di fondamento costituzionale – ma nella possibilità (esplicitamente riconosciuta, del resto, anche dalle pronunce impugnate) di sollevare conflitto di attribuzioni contro le determinazioni dell'autorità giudiziaria.

6. – Nemmeno può condividersi, sul piano sostanziale, la tesi secondo cui anche gli atti extrafunzionali, o almeno tutte le dichiarazioni non afferenti esclusivamente alla sfera privata, del Presidente della Repubblica dovrebbero ritenersi coperti da irresponsabilità, a garanzia della completa indipendenza dell'alto ufficio da interferenze di altri poteri, o in forza della impossibilità di distinguere, in relazione alle esternazioni, il *munus* dalla persona fisica.

È appena il caso di precisare che non viene qui in considerazione il diverso e discusso problema degli eventuali limiti alla procedibilità di giudizi (in particolare penali) nei confronti della persona fisica del Capo dello Stato durante il mandato, limiti che, se anche sussistessero, non varrebbero, appunto, se non fino alla cessazione della carica. Qui si discute invece dei limiti della *responsabilità*, che come tali valgono allo stesso modo sia durante il mandato presidenziale, sia, per gli atti compiuti durante il mandato, dopo la sua scadenza.

A questo riguardo, quale che sia la definizione più o meno ampia che si accolga delle funzioni del Presidente, quale che sia il rapporto che si debba ritenere esistente fra l'irresponsabilità di cui all'art. 90 della Costituzione e la responsabilità ministeriale di cui all'art. 89, e, ancora, quale che sia la ricostruzione che si adotti in relazione ai limiti della cosiddetta facoltà di esternazione non formale del Capo dello Stato, una cosa è fuori discussione: l'art. 90 della Costituzione sancisce la irresponsabilità del Presidente – salve le ipotesi estreme dell'alto tradimento e dell'attentato alla Costituzione – solo per gli «atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni».

È dunque necessario tenere ferma la distinzione fra atti e dichiarazioni inerenti all'esercizio delle funzioni, e atti e dichiarazioni che, per non essere esplicazione di tali funzioni, restano addebitabili, ove forieri di responsabilità, alla persona fisica del titolare della carica, che conserva la sua soggettività e la sua sfera di rapporti giuridici, senza confondersi con l'organo che *pro tempore* impersona.

Si può riconoscere che operare la distinzione, nell'ambito delle «esternazioni», fra quelle riconducibili all'esercizio delle funzioni presidenziali e quelle ad esse estranee può risultare, in fatto, più difficile di quanto non sia distinguere nel campo dei comportamenti o degli atti materiali, o anche di quanto non sia distinguere fra opinioni «funzionali» ed «extrafunzionali» espresse dai membri di un'assemblea rappresentativa, che si differenzia dagli individui che ne fanno parte, laddove nel caso del Presidente l'organo è impersonato dallo stesso individuo: ma l'eventuale maggiore difficoltà della distinzione non toglie che essa sia necessaria.

Quando dunque la Corte di cassazione, nelle pronunce impugnate, stabilisce i principi di diritto secondo cui l'immunità del Presidente della Repubblica riguarda solo gli atti che costituiscono esercizio delle funzioni presidenziali e le dichiarazioni strumentali o accessorie rispetto a tale esercizio, coglie correttamente la portata dell'art. 90 della Costituzione e non reca lesione alle prerogative del Presidente.

Anche la possibilità che nell'ambito dell'esercizio delle funzioni possano rientrare, in determinate ipotesi, attività o dichiarazioni intese a difendere l'istituzione presidenziale non può mai tradursi automaticamente in una estensione della immunità a dichiarazioni extra-

funzionali per la sola circostanza che esse siano volte a difendere la persona fisica del titolare della carica e, come tali, possano indirettamente influire sul suo prestigio o sulla sua «legittimazione» politica.

7. – Restano da considerare le censure, avanzate dal ricorrente in via logicamente subordinata, con le quali si sostiene che le dichiarazioni nella specie addebitate al sen. Cossiga sarebbero tutte legate da «nesso funzionale» con l'esercizio delle funzioni presidenziali, e come tali tutte coperte dalla clausola di immunità.

Ma su questo terreno e con riguardo a questi motivi il ricorso è inammissibile in quanto rivolto contro pronunce che non affermano in concreto la responsabilità del sen. Cossiga, e nemmeno escludono in concreto che le dichiarazioni a lui addebitate possano, in tutto o in parte, risultare coperte dalla immunità alla stregua dei criteri indicati, ma si limitano a fissare i principi di diritto cui dovrà attenersi il giudice di merito in sede di giudizio di rinvio, esplicitamente affermando, inoltre, che contro l'accertamento da parte dell'autorità giudiziaria può essere sollevato conflitto di attribuzione «per menomazione» davanti a questa Corte.

Le censure in esame sono dunque premature, potendo, se del caso, essere proposte solo nei confronti delle pronunce con le quali l'autorità giudiziaria abbia giudicato nel merito sugli addebiti mossi al sen. Cossiga, escludendo che essi siano coperti dalla immunità.

8. – Restano fuori dall'ambito del giudizio costituzionale per conflitto le censure e le affermazioni del ricorrente relative al carattere, che si sostiene non denigratorio né offensivo, di talune fra le dichiarazioni per cui è giudizio, che non travalicherebbero i limiti della «continenza» come espressione del legittimo diritto di critica politica. Si tratta infatti di profili (apparentemente da riferire all'ultimo dei principi di diritto enunciati dalla Corte di cassazione) che non possono venire in considerazione nella presente controversia sulle attribuzioni, e attengono piuttosto alla valutazione, spettante all'autorità giudiziaria, delle dichiarazioni che, in ipotesi, dovessero essere in concreto riconosciute come estranee all'ambito dell'immunità costituzionale. Onde anche per questo aspetto il ricorso è inammissibile. (*omissis*).

La nuova disciplina del falso in bilancio al vaglio della Corte Costituzionale.

(Corte Costituzionale, sentenza 26 maggio - 1 giugno 2004 n. 161 e ordinanza in pari data n. 165)

L'Avvocatura dello Stato nell'atto di intervento per la Presidenza del Consiglio dei Ministri aveva rilevato, al di là dei profili di inammissibilità pur evidenti, la infondatezza delle questioni poste dai vari giudici di merito.

La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali dettata dal decreto legislativo 11 aprile 2002 n. 61, secondo i principi della legge delega 3 ottobre 2001 n. 366 – aveva rilevato l'Avvocatura – ha razionalmente graduato le varie ipotesi di illecito nelle comunicazioni dei dati sociali: dall'illecito amministrativo per la mancanza di pubblicità, sanzionato dal nuovo art. 2630 cod. civ., si passa al reato contravvenzionale del mero falso dell'art. 2621, reato di pura condotta a tutela della fede pubblica, e si finisce con il delitto di cui all'art. 2622, reato di evento in cui si profili il danno, punibile a querela se esso riguarda pochi soggetti ben individuabili, d'ufficio se esso riguarda una moltitudine di soggetti, come avviene per le società quotate in borsa, salva la non perseguibilità di falsi al di sotto di una certa soglia di rilevanza. Il tutto in una logica di ponderazione dei diversi interessi lesi e della potenzialità del fatto offensivo. Il che non toglie – si era aggiunto – che possa anche essere rivalutata in sede legislativa la eventualità di una riconsiderazione di alcune fattispecie, in particolar modo per i falsi riguardanti imprese che fanno capo al risparmio (in relazione ad alcuni eclatanti e ben noti casi sopravvenuti), a maggior tutela di una categoria di cittadini particolarmente esposti ed indifesi.

Nella relazione al decreto legislativo – si era detto – si è inteso perseguire, nel solco tracciato dai principi enunciati dalla legge delega, «un'incisiva razionalizzazione del sistema penale societario, da un lato, restringendo il numero delle fattispecie penali e, dall'altro, introducendo nuove ipotesi incriminatrici volte a colmare talune lacune di tutela da tempo segnalate dalla dottrina penalistica», così «che le nuove fattispecie fossero rispettose dei principi-cardine del diritto penale fissati dalla Costituzione: determinatezza e tassatività dell'illecito, in modo da garantire la conoscibilità del precetto; sussidiarietà, con conseguente contrazione del tradizionale spazio di intervento penalistico a favore di altri strumenti in grado di assicurare l'effettività della tutela; ma soprattutto offensività, intesa sia come attenta selezione dei beni giuridici penalmente rilevanti, sia come tipizzazione delle sole condotte realmente lesive di tali beni».

Nell'intento di allineare il sistema ai modelli europei, il legislatore delegato si è mosso in una logica che fa risaltare la rilevanza del dolo specifico di «ingiusto profitto per sé o per altri», discriminando l'assunzione di rischi patrimoniali non sempre evitabili dai fatti meritevoli di sanzione penale; che distingue i reati di pericolo da quelli di danno, subordinando la procedibilità dei secondi alla presentazione di querela da parte della persona offesa; che predilige la selezione di modalità comportamentali direttamente offensive di singoli beni giuridici, piuttosto che ricostruzioni in chiave di plurioffensività,

le quali, come l'esperienza ha dimostrato, recano con sé l'effetto, difficilmente arginabile, di estendere a dismisura talune fattispecie, lasciando eccessiva discrezionalità nell'applicazione giurisprudenziale.

Nella fattispecie, i principi ed i criteri direttivi appaiono assolutamente chiari e specifici: l'intenzione del legislatore delegante era di condizionare la rilevanza dell'alterazione del documento contabile ad un primo requisito, di portata generale, costituito dalla sensibilità dello scostamento tra il risultato contabile dichiarato e quello reale, consentendo di utilizzare all'uopo anche una determinazione quantitativa di soglie di rilevanza.

Il legislatore delegato altro non ha fatto, al terzo e quarto comma dell'articolo 2621 c.c., che attuare i criteri di delega, individuando un principio generale di irrilevanza del falso che non determina una sensibile alterazione del risultato globale dell'esercizio, precisando con l'introduzione dei limiti percentuali che – in ogni caso – piccoli scostamenti sul risultato complessivo non sono comunque mai punibili.

Il meccanismo che ne risulta ha tradotto la specificità del criterio direttivo: esiste un insieme più ampio costituito dalla necessaria individuazione della sensibilità dell'alterazione, come pre-condizione per la punibilità; esiste, al suo interno, un ambito più ridotto, rappresentato dalla necessità che lo scostamento abbia prodotto una variazione percentuale superiore ad un limite quantitativo, che è stato individuato in maniera differente a seconda che ci si riferisca al risultato dell'esercizio od al patrimonio netto; infine, e comunque, un ultimo requisito condiziona la punibilità alla circostanza che lo scostamento delle singole valutazioni dichiarate rispetto a quelle reali deve essere almeno superiore ad una percentuale del dieci per cento.

Il sistema non affida al giudicante un'eccessiva discrezionalità, né avalla scostamenti rilevanti delle singole poste compensate in sede di bilancio da altre poste: se l'alterazione della singola posta supera la soglia del 10% e causa una sensibile alterazione del bilancio, il fatto sarà punibile; se non determinerà la sensibile alterazione del bilancio, ciò sarà dovuto al fatto che in altre parti del documento contabile altre poste avranno compensato lo squilibrio; e siccome ciò che interessa ai soci ed ai terzi è che il bilancio rispecchi complessivamente lo stato economico-finanziario di un'impresa, sia in termini di solvibilità che di affidabilità complessiva, non appare irragionevole non punire penalmente uno scostamento che non abbia determinato alcuna rilevante alterazione del risultato dimostrativo del documento contabile.

La Corte ha risolto i problemi a monte, dichiarando inammissibili tutte le questioni sollevate. Essa, invero, ha osservato, in particolare, che le questioni risultavano espressamente finalizzate ad ottenere una pronuncia di estensione dell'ambito di applicazione della norma discriminatoria a fatti che attualmente non sono in essa compresi. Il principio secondo cui nessuno può essere punito se non in forza di legge entrata in vigore prima del fatto commesso (art. 25 Cost.) esclude che l'effetto di una sentenza della Corte possa essere quello di introdurre nuovi reati o di ampliare o aggravare figure di reato già esistenti, essendo ammesso il giudicato di costituzionalità *in malam partem* solo in presenza delle c.d. norme penali di favore (la cui rimo-

zione, comunque, non incide sul divieto di applicazione retroattiva del regime penale più severo ai fatti commessi sotto il vigore della norma di favore rimossa): e nella specie non è configurabile alcuna norma penale di favore, trattandosi di una scelta a carattere generale del legislatore, che può presentare più o meno ampi margini di opinabilità, ma che resta comunque sottratta al sindacato della Corte.

Di ovvia inammissibilità era la questione relativa alla brevità del termine prescrizione applicabile, secondo la norma generale dell'art. 159 cod. pen. non derogata per il caso in esame: la riduzione del termine di prescrizione – ha osservato la Corte – rappresenta una conseguenza naturale dell'opzione, fatta a monte dal legislatore, per il modulo contravvenzionale, opzione che può anche essere opinabile, ma, essendo insindacabile dalla Corte, porta alla corretta applicazione del termine ordinario di prescrizione fissato in via generale per i reati contravvenzionali.

Con separata ordinanza la Corte ha rinviato a nuovo ruolo le cause nelle quali il Tribunale di Palermo aveva sollevato questioni di costituzionalità delle medesime disposizioni sopra indicate sotto il profilo del contrasto con la normativa comunitaria (le direttive 68/151/CEE, 78/660/CEE e 83/349/CEE). Come rilevato dall'Avvocatura dello Stato, è opportuno attendere il giudizio della Corte di Giustizia delle Comunità europee, investita di analoga problematica, sotto il profilo dell'interpretazione della normativa comunitaria richiamata: (stralcio delle osservazioni presentate nelle cause pendenti dinanzi al Giudice comunitario dall'Avvocatura dello Stato per il Governo italiano sono riportate in *questa Rassegna*, 2002, luglio-dicembre, pag. 245): l'udienza di discussione dinanzi alla Corte di Lussemburgo è fissata per il 13 luglio 2004.

Avv. Oscar Fiumara

Corte Costituzionale, 26 maggio – 1 giugno 2004, sentenza n. 161 e ordinanza n. 165 – Pres. G. Zagrebelsky – Red. Flick – Giudizio di legittimità in via incidentale sollevato in vari processi penali dai tribunali di Forlì, Melfi, Milano e Palermo. Presidenza del Consiglio dei Ministri (avv. Stato O. Fiumara).

La Corte:

1) dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 11, comma 1, lettera a), numero 1), della legge 3 ottobre 2001, n. 366 (*Delega al Governo per la riforma del diritto societario*), e dell'art. 2621, terzo e quarto comma, del codice civile, come sostituito dall'art. 1 del decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61 (*Disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali, a norma dell'articolo 11 della legge 3 ottobre 2001, n. 366*), sollevate, in riferimento agli artt. 3, 25, 76 e 117 della Costituzione ed all'art. 8 della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, fatta a Parigi il 17 dicembre 1997, dal Tribunale di Milano con l'ordinanza in epigrafe;

2) dichiara la manifesta inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale degli artt. 2621 e 2622 del codice civile, come sostituiti dall'art. 1 del predetto decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61, sollevate, in riferimento agli artt. 3, 24, primo comma, e 27, terzo comma, della Costituzione, dal giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Forlì con l'ordinanza indicata in epigrafe;

3) dichiara la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 del predetto decreto legislativo 11 aprile 2002 e dell'art. 11 della citata legge 3 ottobre 2001, n. 366, sollevata, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, dal Tribunale di Melfi con l'ordinanza indicata in epigrafe;

4) (ordinanza n. 165) le cause relative alle questioni di legittimità costituzionale degli artt. 2621 e 2622 cod. civ., come sopra sostituiti, in riferimento agli artt. 10, 11 e 117 della Costituzione e in relazione alla Direttiva 68/151/CEE del 9 marzo 1968, sono rinviate a nuovo ruolo in attesa della pronuncia della Corte di Giustizia delle Comunità europee su analoghe questioni.

(Costituzione, artt. 3, 10, 11, 24, 25, 27, 76 e 117; Cod. Civ., artt. 2621 e 2622, come sostituiti dal d.lgs. 11 aprile 2002 n. 61; legge delega 3 ottobre 2001, n. 366).

I

«(omissis). 1. – Il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Forlì solleva tre distinte questioni di legittimità costituzionale concernenti la nuova disciplina delle false comunicazioni sociali prevista dagli artt. 2621 e 2622 cod. civ., come sostituiti dall'art. 1 del decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61 (Disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali, a norma dell'articolo 11 della legge 3 ottobre 2001, n. 366).

Il rimettente assume, in primo luogo, che il «combinato disposto» delle due norme – le quali delinerebbero una «fattispecie a formazione progressiva», reprimendo l'una la «dichiarazione infedele», e l'altra «la dichiarazione infedele a cui consegua un danno specifico e concreto per singoli soci e creditori» – violi l'art. 3 Cost. in rapporto alla diversità delle risposte repressive da esse rispettivamente prefigurate, che implica il passaggio da un illecito contravvenzionale (art. 2621 cod. civ.) ad altro di natura delittuosa (art. 2622 cod. civ.); con conseguente non configurabilità della forma tentata del primo. L'identità del dolo specifico – di inganno dei soci o del pubblico e di ingiusto profitto – che caratterizza le due figure criminose renderebbe infatti irragionevole tale scarto sanzionatorio; né basterebbe far leva, in contrario, sul rilievo che l'evento di danno, costitutivo dell'ipotesi delittuosa, deve riflettersi nella relativa componente psicologica: e ciò in quanto l'elemento differenziale si esaurirebbe nella rappresentazione – anche in termini di mera accettazione del rischio, ossia di dolo eventuale – di un danno causato a terzi (soci e creditori) quale conseguenza di una «primaria e diversa volontà di base», comune alle due ipotesi (la frode in danno dei soci o del pubblico).

Il giudice *a quo* ritiene, in secondo luogo, che l'art. 2621 cod. civ. – nel configurare il reato di false comunicazioni sociali come illecito contravvenzionale – contrasti con gli artt. 27, terzo comma, e 3 Cost. Il primo dei due parametri sarebbe compromesso, in particolare, a fronte della manifesta inadeguatezza del modulo contravvenzionale rispetto alle caratteristiche oggettive e soggettive dell'illecito: quest'ultimo, per un verso, si tradurrebbe in un fatto lesivo di un interesse pubblico primario, quale quello alla trasparenza del mercato; e, per un altro verso, lungi dall'essere punibile indifferentemente a titolo di dolo o di colpa, richiede il dolo nella sua forma più intensa (il dolo specifico). L'art. 3 Cost. risulterebbe a sua volta vulnerato sotto un duplice profilo: la irragionevole disparità di trattamento della fattispecie criminosa considerata rispetto ad altri reati di frode lesivi del medesimo interesse alla trasparenza del mercato, quali, in assunto, i delitti di aggio (artt. 501 cod. pen. e 2637 cod. civ.), ben più severamente repressi; e la impossibilità di perseguire, ai sensi degli artt. 9 e 10 cod. pen., i fatti commessi all'estero, con conseguente asserita impunità – nel caso di bilanci consolidati di gruppi internazionali – del falso consumato in una società controllata avente sede all'estero, ma i cui effetti lesivi dell'interesse pubblico alla trasparenza del mercato si determinino nel territorio dello Stato.

In terzo luogo e da ultimo, il giudice rimettente impugna, in riferimento agli artt. 3 e 24, primo comma, Cost., l'art. 2622 cod. civ., nella parte in cui prevede la perseguibilità a querela delle false comunicazioni sociali che hanno cagionato danno ai soci o ai creditori, allorché si tratti di fatto commesso nell'ambito di società non quotate. L'art. 3 Cost. sarebbe lesa, in specie, sotto tre diversi aspetti. Anzitutto, per la irragionevole subordinazione all'iniziativa privata della perseguibilità di un reato anch'esso lesivo del fondamentale interesse pubblico alla trasparenza del mercato, tramite la cui preliminare offesa transita la lesione degli interessi patrimoniali dei soci e dei creditori. Poi, per la ritenuta impossibilità di perseguire d'ufficio la falsità del bilancio consolidato di società quotate che derivi da falsità dei bilanci di società controllate non quotate: si dovrebbe infatti escludere – secondo il rimettente – alla stregua della giurisprudenza di legittimità formatasi in rapporto all'originario art. 2621 cod. civ., che in simile ipotesi gli amministratori della società controllante rispondano penalmente della falsità del bilancio consolidato, in quanto privi di poteri di accertamento della

veridicità dei dati trasmessi dalle società del gruppo. Infine, per l'irragionevole prevalenza accordata – con riferimento all'istituto della remissione della querela – a soluzioni conciliative di natura privata rispetto all'esigenza di tutela diffusa dei soggetti tratti in inganno. Posto, infatti, che tra le ipotesi criminose previste dagli artt. 2621 e 2622 cod. civ. sarebbe ravvisabile – anche alla luce della clausola di salvezza con cui la prima delle due norme esordisce – un rapporto di specialità, la remissione della querela per il delitto di cui all'art. 2622 cod. civ. escluderebbe, per il suo effetto estintivo, anche la configurabilità della contravvenzione di cui al precedente art. 2621: con la conseguenza che iniziative transattive private finirebbero per prevalere su un interesse pubblico comunque tutelato dall'ordinamento tramite il citato art. 2621 cod. civ. Per quel che concerne, poi, l'art. 24, primo comma, Cost., il precepto costituzionale risulterebbe violato in quanto i soggetti legittimati alla proposizione della querela – soci e creditori – si troverebbero nella pratica impossibilità di esercitare il relativo diritto, non disponendo di strumenti conoscitivi adeguati al fine di verificare la sussistenza della falsità integratrice del reato.

2. – Il Tribunale di Melfi dubita della legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 3 Cost., dell'art. 1 del decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61, e dell'art. 11 della legge delega 3 ottobre 2001, n. 366, nella parte in cui hanno modificato il termine di prescrizione del reato di false comunicazioni sociali previsto dalle norme vigenti anteriormente alla riforma. Più in particolare, il rimettente lamenta che l'originario termine di prescrizione del delitto di cui al previgente art. 2621, numero 1), cod. civ. – pari a dieci anni, prolungabili fino ad un massimo di quindici in presenza di atti interruttivi – risulti ora ridotto, per il reato di cui all'art. 2621 cod. civ. – in base alle disposizioni generali degli artt. 157 e 160 cod. pen., trattandosi di contravvenzione punita con la pena dell'arresto – a soli tre anni, prolungabili al massimo fino a quattro e mezzo.

La questione di costituzionalità, ad avviso del giudice *a quo*, sarebbe ammissibile alla luce della più recente giurisprudenza di questa Corte in tema di sindacato sulle norme penali di favore e di rispetto dei principi di uguaglianza e di ragionevolezza, in quanto concerne esclusivamente il termine di prescrizione e non anche l'entità della pena; fermo restando il principio di irretroattività *in malam partem*, che nella specie verrebbe comunque rispettato, essendo il fatto oggetto di giudizio anteriore alla norma modificativa.

Ciò premesso, il rimettente assume che il nuovo termine di prescrizione, per la sua eccessiva brevità, impedirebbe sistematicamente e «fisiologicamente» – a fronte delle rilevanti difficoltà di accertamento della fattispecie criminosa e della sua attribuzione alla cognizione del giudice collegiale (*ex art. 33-bis*, comma 1, lettera *d*, cod. proc. pen.), con correlata necessità di celebrazione dell'udienza preliminare – di definire il processo prima che sopravvenga l'estinzione del reato. Situazione, questa, che implicherebbe, per un verso, una irrazionale contraddizione della stessa scelta legislativa di sottoporre a pena le false comunicazioni sociali, assicurandone di fatto l'impunità; per un altro verso, un altrettanto irragionevole disparità di trattamento del reato di cui all'art. 2621 cod. civ. rispetto al complesso degli altri fatti cui il legislatore ha attribuito rilievo penale, stabilendo però un termine di prescrizione che non esclude la possibilità di definire il processo in tempo utile; e, per un altro verso ancora, una irragionevole equiparazione del medesimo reato a tutte le altre contravvenzioni punite con l'arresto, pur in presenza di elementi differenziali – quali, appunto, le difficoltà di accertamento e la cognizione collegiale – che dilatano la durata del processo.

Al riguardo, il giudice *a quo* evoca come *tertium comparationis* la disposizione di cui all'art. 9 del decreto-legge 10 luglio 1982, n. 429, convertito, con modificazioni, in legge 7 agosto 1982, n. 516, che stabiliva per determinate contravvenzioni in materia tributaria – caratterizzate, in tesi, da difficoltà di accertamento analoghe a quelle del reato di cui all'art. 2621 cod. civ. – termini di prescrizione più lunghi di quelli ordinari: e ciò proprio nella prospettiva di evitare una sistematica estinzione del reato prima della pronuncia definitiva. Tale *ratio* troverebbe conferma nella successiva riforma della materia attuata dal d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, con la quale il legislatore, nel riformulare le fattispecie contravvenzionali tributarie non abrogate, le ha trasformate in delitti, eliminando correlativamente la deroga all'art. 157 cod. pen., in quanto il più ampio termine di prescrizione – conseguente alla nuova qualificazione – risultava già di per sé idoneo a soddisfare l'esigenza dianzi indicata.

3. – La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali è sottoposta altresì a scrutinio di costituzionalità dal Tribunale di Milano, con specifico ed esclusivo riguardo ai previsti

limiti di «significatività» penale della falsa od omessa informazione: limiti correlati tanto al requisito dell'alterazione sensibile della rappresentazione della situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene; quanto alla fissazione di specifiche «soglie quantitative» di rilevanza del fatto.

Il Tribunale rimettente muove dalla premessa che i quesiti di costituzionalità sollevati – tendenti alla rimozione dei predetti limiti – debbano considerarsi ammissibili alla luce della giurisprudenza di questa Corte, secondo cui è possibile sottoporre a sindacato di costituzionalità, anche *in malam partem*, le «norme penali di favore», ossia le norme che abbiano l'effetto di escludere o attenuare la responsabilità penale in favore dell'agente; e ciò perché l'invalidazione di tali disposizioni non determina la configurazione di nuove fattispecie penali, ma si limita a ricondurre alle norme penali comuni casi che la disposizione impugnata, in ipotesi, abbia loro arbitrariamente sottratto. Tale sarebbe, appunto, l'effetto della caducazione delle limitazioni censurate, la quale – senza creare alcuna nuova norma penale – varrebbe soltanto a riportare le falsità rimaste al di sotto delle soglie di rilevanza nell'ambito della «norma generale» di cui allo stesso art. 2621 cod. civ.: incidendo quindi, in tale ottica, sulla formula di proscioglimento che il Tribunale rimettente dovrebbe adottare nel caso di specie (dichiarazione dell'intervenuta prescrizione, anziché proscioglimento perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato, stante la mancata contestazione del superamento delle soglie da parte del pubblico ministero).

Su tale premessa, il giudice *a quo* impugna quindi, in primo luogo, per contrasto con l'art. 76 Cost., l'art. 11, comma 1, lettera *a*), della legge 3 ottobre 2001, n. 366, nella parte in cui – nel dettare i principi e criteri direttivi della riforma della disciplina penale delle società commerciali, oggetto di delega legislativa al Governo – prescrive di precisare, quanto alla nuova formulazione del reato di false comunicazioni sociali, «che le informazioni false od omesse devono essere rilevanti e tali da alterare sensibilmente la rappresentazione della situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene, anche attraverso la previsione di soglie quantitative»; nonché nella parte in cui prescrive, agli stessi fini, di «prevedere idonei parametri per i casi di valutazioni estimative». Ad avviso del rimettente, si sarebbe difatti al cospetto di una «delega in bianco», in quanto la previsione di generiche «soglie quantitative», non accompagnata dall'indicazione di specifici parametri di riferimento, non sarebbe idonea ad indirizzare in alcun modo l'attività normativa del legislatore delegato.

Il rimettente dubita, per altro verso, sotto plurimi profili, della legittimità costituzionale dell'art. 2621, terzo e quarto comma, cod. civ., come sostituito dall'art. 1 del d.lgs. n. 61 del 2002, che alla predetta norma di delega ha dato attuazione.

La disposizione denunciata violerebbe, anzitutto, i principi di determinatezza dell'illecito penale e di uguaglianza, di cui agli artt. 25 e 3 Cost., nella parte in cui subordina la sussistenza del reato ad una alterazione «sensibile» della rappresentazione della situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società o del gruppo di appartenenza. Il disposto normativo risulterebbe, difatti, talmente astratto da non poter essere riempito di «contenuto oggettivo, coerente e razionale», lasciando così aperta la via all'arbitrio giudiziale e alla creazione di contrastanti orientamenti applicativi (nella motivazione dell'ordinanza – ma non nel dispositivo – tale censura viene riferita anche alla corrispondente previsione che figura nell'art. 11, comma 1, lettera *a*, numero 1, della legge delega n. 366 del 2001).

Il terzo ed il quarto comma dell'art. 2621 cod. civ. si porrebbero inoltre in contrasto con gli artt. 25, secondo comma, e 76 Cost., nella parte in cui delineano una serie di soglie di punibilità a carattere percentuale; in specie, escludendo «comunque» la punibilità delle falsità o delle omissioni che determinano una variazione del risultato economico di esercizio, al lordo delle imposte, non superiore al cinque per cento, o una variazione del patrimonio netto non superiore all'uno per cento; nonché escludendo la punibilità dei fatti conseguenti a valutazioni estimative che, singolarmente considerate, differiscono in misura non superiore al dieci per cento da quella corretta. Da un lato, infatti, le soglie di punibilità introdotte dal decreto legislativo – in mancanza della fissazione di direttive nella legge delega – verrebbero ad integrare il contenuto precettivo della norma penale in contrasto con il principio della riserva assoluta di legge. Da un altro lato, il legislatore delegato avrebbe attuato la generica indicazione della legge delega stabilendo soglie percentuali «tipizzate», senza spiegare le ragioni delle sue scelte, ovvero fornendo giustificazioni «non veritiere» o non perti-

nenti rispetto all'oggetto della delega. Così, in particolare, non sarebbe veritiera la giustificazione addotta dalla relazione al d.lgs. n. 61 del 2002 riguardo alla soglia del cinque per cento del risultato di esercizio; secondo la relazione la soglia esprimerebbe un criterio ritenuto corretto dalla SEC (*Security and Exchange Commission*) degli Stati Uniti: in realtà, invece, detta Autorità, lungi dall'avallare un simile margine di tolleranza – seguito per prassi da alcune società di revisione nel sindacato sulle valutazioni di bilancio (e comunque escluso per le ipotesi di frode) – lo avrebbe apertamente censurato, giudicando irragionevole e contrastante con il diritto statunitense la pretesa di subordinare la rilevanza delle falsità di bilancio al superamento di soglie quantitative prestabilite. Non sarebbe pertinente, poi, la giustificazione addotta riguardo alla soglia in materia di valutazioni estimative, che la relazione governativa afferma essere stata mutuata dalla recente normativa penale tributaria: con ciò, peraltro, fondando l'esercizio del potere discrezionale conferito al Governo su soluzioni adottate in una materia diversa da quella oggetto della delega legislativa e su criteri «tecnico-normativi» ad esso estranei, posto che l'evasione d'imposta è in ogni caso direttamente correlata all'entità del mendacio che sottrae la base imponibile.

Il sistema delle soglie vulnererebbe, ancora, l'art. 3 Cost., in quanto – in contrasto con la finalità di tutela della fiducia nella veridicità dei bilanci e delle comunicazioni dell'impresa societaria, assegnata dallo stesso legislatore alla norma incriminatrice impugnata – lascerebbe esenti da pena fatti idonei a pregiudicare gravemente la capacità informativa delle comunicazioni sociali (come nel caso di falsità di poste di bilancio superiori di per sé alle soglie, che però si neutralizzano reciprocamente); e farebbe altresì dipendere la responsabilità penale non dallo spessore del mendacio in rapporto alle esigenze informative del destinatario – costituenti il bene oggetto di tutela – ma da fattori ad esse estranei.

Sarebbe violato, infine, l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 8 della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni commerciali internazionali – fatta a Parigi il 17 dicembre 1997 e ratificata dall'Italia con legge 29 settembre 2000, n. 300 – che impone alle Parti di prevedere adeguate sanzioni per le violazioni contabili delle imprese, al fine di impedire la creazione di «fondi neri» utilizzabili a scopo di corruzione: finalità, questa, frustrata dalla introduzione di soglie di punibilità che in quanto parametriche percentualmente al risultato economico di esercizio o al patrimonio netto della società – renderebbero penalmente lecite falsità anche molto rilevanti.

4. – Poiché le questioni di costituzionalità attengono, in parte, alle medesime norme e risultano comunque tra loro connesse, i relativi giudizi vanno riuniti per essere definiti con un'unica decisione.

5. – Le questioni sollevate dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Forlì sono manifestamente inammissibili, avendo il rimettente offerto una motivazione insufficiente, implausibile e contraddittoria – nei singoli passaggi – circa la loro rilevanza nel procedimento *a quo*.

Nel formulare i quesiti di costituzionalità – che investono, nella sostanza, i primi due il trattamento sanzionatorio della fattispecie contravvenzionale di cui all'art. 2621 cod. civ.; e il terzo il regime di perseguibilità a querela del delitto di cui al successivo art. 2622 (quando si tratti di società non quotate) – il rimettente ne afferma infatti la rilevanza nel procedimento *a quo* sulla base di un triplice assunto, e cioè: *a*) che il fatto di false comunicazioni sociali, relativo a società non quotata, per cui si procede sarebbe attualmente riconducibile tanto all'ipotesi contravvenzionale che a quella delittuosa; *b*) che mancherebbe peraltro, nella specie, la condizione di procedibilità del delitto; *c*) che, in conseguenza di ciò, il fatto dovrebbe essere valutato come ipotesi contravvenzionale.

Riguardo al primo assunto, il rimettente omette tuttavia di spiegare per quale ragione la falsità oggetto del procedimento principale integrerebbe, oltre alla contravvenzione, anche il delitto: puntualizzazione viceversa indispensabile a fronte della preliminare narrazione della vicenda concreta contenuta nella stessa ordinanza di rimessione, dalla quale non emerge che detta falsità abbia cagionato concretamente un danno patrimoniale al soggetto offeso, tanto che alla persona sottoposta alle indagini è stato ascritto il concorrente reato di truffa soltanto tentata.

Nel ravvisare, poi, il difetto della condizione di procedibilità del delitto, il giudice *a quo*, da un lato, non specifica perché non consideri idonea, a tal fine, l'originaria *notitia criminis*, che egli stesso pure qualifica come «denuncia-querela»; dall'altro lato e comunque, fornisce

una motivazione implausibile in ordine alla presunta inefficacia dell'ulteriore querela proposta per iscritto dalla persona offesa successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 61 del 2002, in base all'art. 5 del medesimo decreto. Ciò, in particolare, allorché egli esclude che l'atto di «ratifica» e «conferma del contenuto della querela» – redatto in calce alla stessa e sottoscritto dalla persona offesa in occasione della sua presentazione ad un ufficiale di polizia giudiziaria – possa «sanare» le conseguenze del fatto che l'atto di querela era stato presentato in copia fotostatica, anche quanto alla sottoscrizione; in tal modo trascurando, tra l'altro, sia il principio del *favor quaerelae*, sia la possibilità – prevista dalla legge processuale – che la querela venga proposta anche in forma orale (art. 337, comma 2, cod. proc. pen.), a prescindere dal *nomen* attribuito all'atto.

Infine, nelle premesse dell'ordinanza di rimessione il giudice *a quo* postula – come segnalato – che la mancata proposizione della querela per il delitto lasci salva la possibilità di perseguire *ex officio* come contravvenzione il falso dannoso per i soci o i creditori (formulando, di conseguenza, autonome censure di costituzionalità in ordine all'art. 2621 cod. civ.). Al contrario, nella parte finale dell'ordinanza stessa – allorché si duole del regime di perseguibilità a querela del delitto – egli afferma espressamente che la remissione della querela impedirebbe di configurare nel fatto l'ipotesi contravvenzionale, stante il rapporto di specialità che intercorrerebbe tra gli artt. 2621 e 2622 cod. civ. Non viene in alcun modo chiarito, tuttavia, per quale ragione due evenienze *primo visu* omologhe, quanto al risultato del difetto della condizione di procedibilità – mancata proposizione e remissione della querela – dovrebbero determinare conseguenze diametralmente opposte sul versante considerato.

Le manchevolezze dell'ordinanza di rimessione in punto di motivazione sulla rilevanza, ora evidenziate, comportano, alla luce della giurisprudenza di questa Corte, l'inammissibilità delle questioni (cfr., *ex plurimis*, ordinanze n. 119, n. 199 e n. 238 del 2002); esse risultano, in tal senso, assorbenti rispetto ad ogni ulteriore profilo di inammissibilità, ed in particolare a quelli – pur evidenti – connessi al tenore dei primi due quesiti, con i quali si censura il trattamento punitivo della fattispecie di cui all'art. 2621 cod. civ. senza neppure specificare, tra l'altro, in quale direzione dovrebbe concretamente esplicarsi l'ipotetico intervento «correttivo» della Corte.

6. – La questione sollevata dal Tribunale di Melfi è, del pari, manifestamente inammissibile.

Il giudice *a quo* – nel dolersi del fatto che le norme impugnate abbiano modificato il regime anteriore delle false comunicazioni sociali in punto di prescrizione, in maniera tale da rendere praticamente impossibile l'esaurimento delle attività processuali prima dell'estinzione del reato – chiede difatti a questa Corte di sottoporre la figura contravvenzionale di cui all'art. 2621 cod. civ. ad un termine di prescrizione diverso e più lungo rispetto a quello stabilito per la generalità delle contravvenzioni punite con l'arresto dall'art. 157, primo comma, numero 5), cod. pen., e coincidente, in specie, con il termine di prescrizione dell'abrogata fattispecie delittuosa già prevista dall'originario art. 2621, numero 1), cod. civ.

A prescindere da ogni altro possibile rilievo circa i limiti dei poteri di questa Corte allorché si discuta di interventi *in peius* sulla disciplina della prescrizione, risulta tuttavia evidente come una soluzione di tal fatta – lungi dal potersi considerare costituzionalmente obbligata, nella stessa prospettiva del rimettente – avrebbe carattere non solo spiccatamente «creativo», ma addirittura totalmente «eccentrico», in una cornice di sistema. Tale soluzione implicherebbe difatti una frattura, *extra ordinem*, tra natura dell'illecito e regime della prescrizione, attraverso la quale il «declassamento» delle false comunicazioni sociali da delitto a contravvenzione (in assenza del danno patrimoniale per i soci o i creditori), attuato dalla riforma del 2002, si accompagnerebbe al mantenimento, per la nuova ipotesi contravvenzionale, del termine di prescrizione già proprio del delitto.

In realtà, è palese come la riduzione del termine di prescrizione, oggetto di doglianza, rappresenti una conseguenza «naturale» dell'opzione fatta «a monte» dal legislatore, per il modulo contravvenzionale: ed è questa opzione che assume, semmai, una valenza derogatoria rispetto alle linee generali del sistema sanzionatorio, tenuto conto sia delle particolari e complesse note di disvalore che contrassegnano la condotta costitutiva del reato in parola; sia del fatto che esso richiede un dolo intenzionale-specifico a contenuto plurimo (*animus*

deciendi et lucrandi). Peculiarità, queste, che allontanano la figura dal modello «ordinario» della contravvenzione, quale illecito a carattere più o meno marcatamente preventivo-cautelare e punibile anche a titolo di semplice colpa.

Senonchè, non è comunque ipotizzabile che la scelta derogatoria «a monte» (adozione dello schema contravvenzionale per un fatto che presenta i tratti ordinariamente propri del delitto) possa essere «neutralizzata» *pro parte* – ossia quanto ai riflessi sui termini di prescrizione – tramite una pronuncia di questa Corte che introduca una anomalia «a valle» (applicazione ad una contravvenzione del termine di prescrizione valevole per un delitto ormai abrogato); in specie «recuperando» – come pretende il giudice *a quo* – la *ratio* sottesa ad altra previsione derogatoria anch'essa ormai non più presente nell'ordinamento (quella dell'art. 9 del decreto-legge n. 429 del 1982, convertito, con modificazioni, in legge n. 516 del 1982, in materia di contravvenzioni tributarie). Intervento, questo, che – per le ragioni dianzi indicate – certamente esorbita dai limiti del sindacato di costituzionalità.

7.1. – Inammissibili sono infine le questioni sollevate dal Tribunale di Milano.

Prendendo anzitutto in esame – per le ragioni di priorità logica che più oltre si chiariranno – le censure inerenti alle soglie di punibilità a carattere percentuale, va rilevato che come dette questioni risultino espressamente finalizzate ad ottenere una pronuncia che – tramite la rimozione delle soglie stesse – estenda l'ambito di applicazione della norma incriminatrice di cui all'art. 2621 cod. civ. a fatti che attualmente non vi sono compresi.

All'adozione della pronuncia invocata osta, tuttavia, il secondo comma dell'art. 25 Cost., il quale – per costante giurisprudenza di questa Corte – nell'affermare il principio secondo cui nessuno può essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso, esclude che la Corte costituzionale possa introdurre in via additiva nuovi reati o che l'effetto di una sua sentenza possa essere quello di ampliare o aggravare figure di reato già esistenti, trattandosi di interventi riservati in via esclusiva alla discrezionalità del legislatore (cfr., *ex plurimis*, sentenze n. 49 del 2002; n. 183, n. 508 e n. 580 del 2000; n. 411 del 1995).

Contrariamente a quanto sostiene il giudice *a quo*, non vale richiamarsi, in senso opposto, all'orientamento di questa Corte che ha ritenuto suscettibili di sindacato di costituzionalità, anche *in malam partem*, le c.d. norme penali di favore: ossia le norme che stabiliscano, per determinati soggetti o ipotesi, un trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall'applicazione di norme generali o comuni (cfr., tra le altre, sentenze n. 25 del 1994; n. 167 e n. 194 del 1993; n. 148 del 1983).

Orientamento, questo, fondato – quanto all'esigenza di rispetto del principio di legalità – essenzialmente sul rilievo che l'eventuale ablazione della norma di favore si limita a riportare la fattispecie già oggetto di ingiustificato trattamento derogatorio alla norma generale, dettata dallo stesso legislatore (fermo restando, altresì, il divieto di applicazione retroattiva del regime penale più severo ai fatti commessi sotto il vigore della norma di favore rimossa).

Al riguardo, non può essere infatti condiviso l'assunto del rimettente, secondo cui le soglie di punibilità di cui discute si presterebbero ad essere ricomprese nell'anzidetta categoria normativa, perché la loro soppressione, senza creare alcuna nuova norma penale, varrebbe soltanto a ricondurre le falsità rimaste al di sotto dei limiti percentuali nell'ambito della «norma generale» di cui allo stesso art. 2621 cod. civ. Tale ragionamento porta invero a confondere le norme penali di favore con gli elementi di selezione dei fatti meritevoli di pena che il legislatore ritenga di introdurre in sede di descrizione della fattispecie astratta, nell'esercizio di scelte discrezionali «primarie» di politica criminale, di sua esclusiva spettanza.

Alla stregua dell'opinione largamente maggioritaria, le soglie di punibilità contemplate dall'art. 2621 cod. civ. integrano requisiti essenziali di tipicità del fatto: e la stessa ordinanza di rimessione non esita, del resto, a qualificarle espressamente come «elementi costitutivi» del reato. Ma la conclusione non potrebbe essere diversa neppure qualora si aderisse alla tesi minoritaria che assegna alle soglie il ruolo di condizioni di punibilità. Nell'una prospettiva e nell'altra, difatti, si tratta comunque di un elemento che «delimita» l'area di intervento della sanzione prevista dalla norma incriminatrice, e non già «sottrae» determinati fatti all'ambito di applicazione di altra norma, più generale: un elemento, dunque, che esprime una valutazione legislativa in termini di «meritevolezza» ovvero di «bisogno» di pena, idonea a caratterizzare una precisa scelta politico-criminale.

Tale scelta – pur a fronte di una generale tendenza alla valorizzazione dei c.d. «indici di esiguità» del fatto espressi da elementi numerici nella delimitazione delle fattispecie penali – può presentare più o meno ampi margini di opinabilità, avuto riguardo alla natura degli interessi coinvolti ed agli effetti indotti dalla concreta architettura delle soglie di punibilità a carattere percentuale. Ma resta comunque una scelta sottratta al sindacato di questa Corte, la quale non potrebbe, senza esorbitare dai propri compiti ed invadere il campo riservato dall'art. 25, secondo comma, Cost. al legislatore, sovrapporre ad essa – tramite l'intervento ablativo invocato – una diversa strategia di criminalizzazione, volta ad ampliare l'area di operatività della sanzione prevista dalla norma incriminatrice.

A riprova dell'assunto, è appena il caso di aggiungere che, diversamente opinando, e seguendo cioè l'impostazione del giudice *a quo*, tutti gli elementi che concorrono alla definizione del reato di cui all'art. 2621 cod. civ. (come di qualsiasi altra fattispecie criminosa) – il dolo specifico, l'idoneità all'inganno, le caratteristiche limitative delle comunicazioni penalmente rilevanti, e così via dicendo – si presterebbero ad essere qualificati come norme penali di favore, giacché anch'essi finiscono per espungere determinati fatti dalla sfera di operatività della norma incriminatrice: sicché, in tale prospettiva, la norma stessa potrebbe essere «smantellata» pezzo a pezzo in sede di sindacato di costituzionalità, trasformandola – con vanificazione del principio espresso dal citato precetto costituzionale – in un *quid alii* rispetto alla figura voluta dal legislatore.

Giova ancora, per altro verso, precisare che il profilo di inammissibilità ora evidenziato preclude l'esame nel merito anche delle censure di violazione dell'art. 76 Cost. – riferite tanto alla norma di delega che alla norma delegata – basate sull'asserita carenza, o insufficiente specificazione, dei principi e criteri direttivi relativi alla configurazione delle soglie in questione, nonché sull'arbitrarietà o scorretta attuazione della delega da parte dell'esecutivo. Ove pure, in ipotesi, le censure fossero fondate, la Corte non potrebbe, difatti, comunque pervenire al risultato richiesto dal giudice rimettente (ossia alla eliminazione delle sole soglie, sia nella norma di delega che in quella delegata), perché ciò equivarrebbe pur sempre ad introdurre una norma incriminatrice diversa e più ampia di quella prefigurata dal legislatore delegante; ma dovrebbe, semmai, rimuovere l'intera norma (di delega e delegata), con un effetto diametralmente opposto, che sovvertirebbe il risultato perseguito dal giudice *a quo*: non più, cioè, di dilatazione dell'ambito di rilevanza penale delle false comunicazioni sociali, ma di esclusione totale della rilevanza stessa.

7.2. – L'inammissibilità, per la ragione ora evidenziata, delle questioni inerenti alle soglie numeriche rende inammissibile, per difetto di rilevanza, la questione relativa all'ulteriore requisito di fattispecie rappresentato dall'alterazione sensibile della rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo cui quest'ultima appartiene (requisito censurato, in specie, sotto il profilo della violazione del principio di determinatezza dell'illecito penale); e ciò a prescindere dalla riferibilità anche a tale questione della preclusione di una pronuncia di incostituzionalità *in malam partem*.

Il rapporto esistente, nella struttura della fattispecie, tra il requisito in parola e le soglie di tipo numerico è, per vero, allo stato, alquanto controverso. Si discute, in specie, se il limite dell'«alterazione sensibile» venga in rilievo esclusivamente nei casi in cui le soglie numeriche non possano trovare applicazione (in quanto si tratti di falsità in comunicazioni sociali non destinate ad esporre il risultato economico di esercizio o il valore del patrimonio netto della società o del gruppo); ovvero se detta «clausola generale» possa fungere (anche) da «correttivo» verso l'alto delle soglie quantitative, abilitando il giudice a ritenere, in rapporto alle circostanze del caso concreto, «non sensibile» – e dunque non punibile – una alterazione che pure si situi al di sopra delle soglie. Al di là di ciò, si registra però generale convergenza di opinioni sul fatto che il criterio dell'«alterazione sensibile» resti inoperante rispetto alle falsità che rimangono al di sotto delle soglie percentuali, le quali si traducono in altrettante presunzioni *iuris et de iure* di «non significatività» dell'alterazione. Conclusione, questa, che trova sicuro conforto nella perentorietà del dettato normativo («la punibilità è comunque esclusa ...»).

A fronte di ciò, la circostanza che – per espressa affermazione del giudice *a quo* – gli imputati dovrebbero essere nel caso di specie assolti in ragione della mancata contestazione del superamento delle soglie numeriche, rende dunque irrilevante la questione relativa al requisito dell'alterazione sensibile, trattandosi di elemento di fattispecie che non viene comunque in rilievo nel giudizio *a quo*.

7.3. – I profili di inammissibilità diano evidenziati risultano assorbenti rispetto alle altre eccezioni di inammissibilità per difetto di rilevanza sollevate dall'Avvocatura dello Stato e dalla parte privata U. L., nonché a quella – egualmente qualificabile come eccezione di inammissibilità – sollevata dalla parte privata G. F. in rapporto alla sola questione concernente l'art. 11 della legge n. 366 del 2001. (*omissis*).

II

«(*omissis*). *Ordinanza* nei giudizi di legittimità costituzionale degli artt. 2621 e 2622 del codice civile, sostituiti dall'art. 1 del decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61 (Disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali, a norma dell'articolo 11 della legge 3 ottobre 2001, n. 366), promossi con ordinanze del 21 gennaio 2003, del 20 novembre 2002 e del 6 marzo 2003 dal giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Palermo, rispettivamente iscritte ai numeri 162, 232 e 335 del registro ordinanze 2003 e pubblicate nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica numeri 14, 18 e 24, 1^a serie speciale, dell'anno 2003.

Visti gli atti di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri e l'atto di costituzione di F.G.;

Udito nell'udienza pubblica del 9 marzo 2004 il giudice relatore Giovanni Maria Flick;

Uditi l'avvocato dello Stato Oscar Fiumara per il Presidente del Consiglio dei ministri e gli avvocati Roberto Tricoli e Francesco Bertorotta per F.G.;

Ritenuto che con le tre ordinanze, di analogo tenore, indicate in epigrafe, il giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Palermo ha sollevato, in riferimento agli artt. 10, 11 e 117 della Costituzione e in relazione alla direttiva 68/151/CEE del 9 marzo 1968, questione di legittimità costituzionale degli artt. 2621 e 2622 del codice civile, nella parte in cui non prevedono un «adeguato mezzo processuale» atto a consentire la definizione del processo penale entro i termini di prescrizione dei reati previsti dalle stesse norme;

che il quesito di costituzionalità si incentra, in specie, sull'asserito contrasto delle norme impugnate con l'art. 6 della citata direttiva, che impone agli Stati membri di prevedere «adeguate sanzioni» per i casi di «mancata pubblicità del bilancio e del conto dei profitti e perdite, come prescritto dall'art. 2, paragrafo 1, lettera f)» della direttiva medesima;

che, nella memoria difensiva depositata nell'imminenza dell'udienza pubblica, l'Avvocatura generale dello Stato ha dedotto che nel corso del 2002 il Tribunale di Milano (con due distinte ordinanze) e la Corte di appello di Lecce hanno posto alla Corte di giustizia delle comunità europee, ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE, quesiti analoghi a quello formulato dal giudice rimettente, tendenti a conoscere se le sanzioni stabilite dagli artt. 2621 e 2622 cod. civ. possano ritenersi «adeguate» in rapporto alle previsioni della direttiva 68/151/CEE (e a quelle «parallele» delle direttive 78/660/CEE e 83/349/CEE, rispettivamente sui conti annuali e consolidati);

che la difesa erariale ha conseguentemente segnalato – stante l'assoluta coincidenza di oggetto fra giudizio di costituzionalità e giudizio comunitario, e pur a fronte della «ben nota ... indipendenza e ... separatezza» dei due giudizi – l'opportunità «di dare la precedenza temporale alla Corte comunitaria», formulando quindi, nel corso dell'udienza pubblica, richiesta di rinvio, a tal fine, della decisione sui giudizi incidentali di legittimità costituzionale.

Considerato che le tre ordinanze di rimessione sollevano identiche questioni, onde i relativi giudizi vanno riuniti per essere definiti con un'unica decisione;

che la richiesta di rinvio formulata dall'Avvocatura generale dello Stato, in vista della decisione della Corte di giustizia delle comunità europee nelle cause C-387/2002, C-391/2002 e C-403/2002, appare meritevole di accoglimento, stante la sostanziale coincidenza fra il quesito di costituzionalità, attinente all'asserito contrasto delle norme impugnate con il diritto comunitario, e quello che costituisce oggetto delle predette cause.

Per questi motivi, la Corte Costituzionale riuniti i giudizi, rinvia le cause a nuovo ruolo».

La via amministrativa sul condono edilizio

(Corte Costituzionale, sentenze 28 giugno 2004 nn. 196, 197, 198, 199)

Con le quattro decisioni del 28 giugno 2004 la Corte Costituzionale supera con una sostanziale «*pari e patta*» il conflitto insorto tra il Governo della Repubblica e le autonomie regionali sul condono edilizio. Nel dichiarare l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni del decreto legge *omnibus*, adottato dall'ex ministro Tremonti, come anticipazione della manovra della legge Finanziaria 2004, la Corte indica anche le prospettive secondo le quali dovrebbe correttamente muoversi nel nostro ordinamento il nuovo (ed è il terzo) condono edilizio. In sintesi, l'idea è che una nuova sanatoria edilizia possa essere costituzionalmente ammissibile ma che, comunque, le decisioni, sul come debba concretamente articolarsi la relativa fase amministrativa e su quali oneri e garanzie debbono accompagnarla, sono scelte che spettano oramai in gran parte alla legislazione regionale.

Le quattro controversie decise dalla Corte Costituzionale riguardavano nell'ordine: *a)* l'impugnazione da parte delle regioni dell'articolo 32 del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, recante *Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici* e la relativa legge di conversione del 24 novembre 2003, n. 326; *b)* l'impugnazione da parte del Governo nazionale di alcune leggi regionali che dichiaravano, direttamente o indirettamente, la non applicabilità al territorio regionale delle disposizioni legislative statali in materia di condono edilizio; *c)* la questione incidentale di costituzionalità sollevata da alcuni Tribunali amministrativi regionali e da alcuni giudici delle indagini preliminari nei giudizi in corso su abusi edilizi; *d)* l'adozione da parte della Regione Campania di una «*linea guida*» per la pianificazione territoriale, che nell'applicazione pratica eludeva per l'intero territorio regionale l'applicabilità del nuovo condono edilizio. Le conclusioni alle quali giunge la Corte Costituzionale sono, a loro volta, una declaratoria di illegittimità della normativa adottata dal Governo, «*nella parte in cui*» interferisce su aree di legislazione riservate al concorso della legislazione regionale (essenzialmente, i profili amministrativi ed economici delle procedure di sanatoria edilizia); la declaratoria di illegittimità costituzionale delle leggi regionali che, in luogo di risolvere il conflitto insorto con il Governo nazionale nell'ambito delle procedure giurisdizionali, previste innanzi alla stessa Corte Costituzionale, disponevano *sic et simpliciter* l'inapplicabilità al territorio di una singola regione del nuovo condono introdotto dalla legislazione nazionale; l'annullamento, infine, dell'atto della giunta regionale della Campania – la linea guida di elusione del condono – per la violazione del dovere di «*leale collaborazione*» tra lo Stato e le regioni nell'esercizio di un'attività amministrativa, che interferisce nelle due sfere di competenza.

Quanto alle questioni sostanziali di legittimità costituzionale, quali l'assunta irragionevolezza della nuova normativa e le altre violazioni dei principi della Costituzione, sollevate dai Tribunali amministrativi regionali e dai giudici penali nei riguardi delle disposizioni statali di cui si discute, la Corte

Costituzionale ha rinviato indietro i fascicoli ai giudici *a quo*, invitandoli a svolgere un *nuovo esame delle norme* alla luce delle decisioni della stessa Corte (che, come detto, ha annullato alcune disposizioni del contestato articolo 32 del decreto legge n. 269 del 2003) e delle norme che il Parlamento nazionale e le regioni, su sollecitazione della Corte, dovranno adottare entro un termine ragionevole, al fine di completare in modo costituzionalmente corretto il quadro normativo della nuova sanatoria edilizia.

È noto che, a seguito delle decisioni della Corte Costituzionale, il Governo ha adottato il decreto legge 12 luglio 2004, n. 168 convertito in legge 30 luglio 2004, n. 191, che all'art. 5, sotto la rubrica «*Esecuzione di sentenza della Corte Costituzionale in materia di definizione di illeciti edilizi*», dispone una serie di proroghe dei termini, già contenuti nel decreto legge Tremonti, necessari perché la legislazione regionale possa ragionevolmente intervenire in materia.

Nel valutare le decisioni che si pubblicano di seguito, l'attenzione va rivolta – al di là degli aspetti processuali, che costituiscono e/o ribadiscono importanti innovazioni della Corte nei giudizi costituzionali – ad alcune affermazioni sostanziali, che si rinvergono soprattutto nella sentenza n. 196/2004 e che appaiono idonee a prefigurare i contenuti ed i limiti della misura di sanatoria che dovrebbe derivare dal concorso, sia pure diacronicamente sfalsato, tra la legislazione nazionale, sostanzialmente salvata dalla Corte, e la legislazione regionale, la cui mancanza – come detto – ha reso, almeno provvisoriamente, impossibile dar corso effettivo alle procedure di condono edilizio.

Una prima affermazione riguarda la competenza esclusiva dello Stato a trattare le questioni di abusi edilizi che assumono valenza di diritto penale. Il problema non si pone, ovviamente, sotto il profilo dell'applicazione di sanzioni afflittive o pecuniarie, dal momento che appariva ovvio che il trattamento dei cittadini non potesse ragionevolmente essere diversificato sul piano penale in relazione a comportamenti simili che si realizzano in parti diverse del territorio nazionale. La questione riguarda, invece, le misure cautelari ed accessorie, che il magistrato procedente e, più ancora, il giudice penale può adottare al momento in cui verifica la sussistenza di un reato di abuso edilizio: sequestro, confisca, ordine di remissione in pristino etc. Qui l'incidenza sul territorio e sulla gestione diventa di assoluto rilievo e spesso l'azione penale si presenta come l'unica misura idonea a frenare un fenomeno, che ha presentato e presenta notevole diffusione su quasi tutto il territorio nazionale.

Al riguardo l'indicazione della Corte gioca sul ruolo della separatezza: la fattispecie penale conserva dall'inizio alla fine una sua autonomia sulle vicende amministrative dell'abuso edilizio, ha i suoi tempi, le sue regole, le sue difficoltà (*lo strumento resta infatti non duttile*) e viene regolato integralmente dalla legislazione statale.

Sotto questo profilo il condono edilizio, così come voluto dal ministro Tremonti, appare pienamente operativo: con la domanda di condono ed il pagamento della relativa oblazione (e degli altri oneri) la rilevanza penale dell'abuso edilizio viene meno, anche nell'ipotesi in cui per il concorso della

legislazione regionale e per le scelte gestionali della pianificazione comunale, la sanatoria edilizia non abbia seguito sul piano del diritto civile (ad esempio la commerciabilità del bene realizzato con l'abuso) e del diritto amministrativo (il rilascio dell'autorizzazione).

È evidente quindi che la norma statale finisce per funzionare come una sorta di *amnistia impropria* che si realizza, prima, attraverso la sospensione dei processi in corso, indi, con la declaratoria di estinzione dei reati e, con essa, di tutte quelle misure che derivano dalla solenne declaratoria di responsabilità penale. *Exit curia* e, se si considera la difficoltà di *gestire* con il processo penale un fenomeno così diffuso quale l'abusivismo *fino ad oggi realizzato*, la cessazione degli effetti, anche interinali, delle azioni giurisdizionali in corso non crea poi grandi danni...

La seconda affermazione della Corte è che la sanatoria edilizia resta e debba restare sempre *una misura eccezionale*, che trova ragion d'essere e giustificazione solo in una particolare sopravvenienza dell'ordinamento giuridico. Così come, alla fine di una fase di guerra civile (ad esempio la Resistenza), si decise l'amnistia ed il perdono nazionale, così come nel 1985, dopo trent'anni di boom economico ed uno sviluppo urbanistico non regolato dalla pianificazione comunale, fu deciso il primo condono edilizio (la legge 28 febbraio 1985, n. 47), così – è la tesi della Corte – oggi l'entrata in vigore del Testo Unico sull'edilizia e la riforma del Titolo V della Costituzione costituiscono *fatti nuovi*, che giustificano la scelta del legislatore nazionale di *ricominciare ex imis*, senza il peso del passato, una nuova gestione dell'edilizia e del territorio.

Tuttavia, sembra evidente che, se si confrontano i fatti posti a base delle scelte legislative del condono, nel passato ed oggi, la giustificazione della Corte Costituzionale resta in ogni caso oggettivamente debole. Nessuna coscienza avverte, infatti, né nel Titolo V della Costituzione, né tanto meno nell'entrata in vigore del Testo Unico sull'edilizia, quei fatti innovativi che facciano sperare, per la loro oggettiva incidenza, in una nuova, diversa e più responsabile gestione dell'attività edilizia e del territorio. Unica vera ragione, avvertita dai comuni e dalle regioni ma anche dai cittadini, per dar corso al condono edilizio, resta l'idea, tipica della finanza creativa del cesato ministro del Tesoro, di poter «*far cassa*».

In realtà, sul piano dogmatico, la Corte Costituzionale, nel mantenere fermo il requisito della cosiddetta *eccezionalità della sanatoria*, continua a mantenere l'occhio esclusivamente all'amministrazione della giustizia penale, senza rendersi conto che, nel sistema civile e, ancor più, in quello amministrativo, la sanatoria degli abusi edilizi, sia pure con particolari procedimenti e cautele, è *fenomeno insito nel sistema* e resta strettamente funzionale alla stessa cura degli interessi pubblici da parte dell'autorità preposta alla gestione dell'edilizia e del territorio.

L'autorizzazione in sanatoria è infatti prevista in generale dal Testo Unico sull'edilizia ed anche in relazione alle stesse aree protette (parchi, beni paesistici e ambientali), l'attività svolta senza consenso dell'amministrazione competente può essere *autorizzata ex post*. Vale al riguardo la solenne affer-

mazione dell'Adunanza Generale del Consiglio di Stato n. 4 del 24 aprile 2002, ma valgono soprattutto le tante pronunce del giudice amministrativo che non ammettono la demolizione di una costruzione abusiva se non quando vi sia una specifica prova dell'interesse pubblico a procedere in tal senso. Tale interesse coincide sostanzialmente con la verifica di non conformità della costruzione realizzata con i piani edilizi e paesistici vigenti all'attualità sul sito (vedi anche al riguardo l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 20 del 22 luglio 1999). In altri termini, mentre un reato si estingue solo con la condanna e/o l'amnistia, un abuso edilizio o paesistico va valutato sempre in relazione alle pianificazioni esistenti e l'attività amministrativa che ne consegue non è razionalmente eludibile e/o semplificabile né surrogabile da autorità diversa. Non esistono, in altri termini «*scorciatoie*» o automatismi per sanare situazioni di abuso e/o di degrado edilizio, se non una realistica pianificazione del territorio interessato dal fenomeno, i piani di recupero e di risanamento, e comunque sempre e soltanto «*piani regolatori*».

Tuttavia il legislatore del 1939, con le «leggi Bottai», aveva previsto per i beni paesistici (che oramai costituiscono quasi il 40% del territorio nazionale) un particolare meccanismo sanzionatorio, tuttora vigente all'articolo 167 del Codice Urbani che, correttamente applicato, potrebbe condurre a risultati apprezzabili.

Per questa disposizione il trasgressore è tenuto «*alla rimessione in pristino a proprie spese o al pagamento di una somma equivalente al maggior importo tra il danno arrecato e il profitto realizzato attraverso la trasgressione*». Il riferimento al profitto realizzato, come misura minima sulla quale comunque si fissa la sanzione, consente di trasferire alla collettività interessata (ai comuni ed alle regioni) una massa di risorse idonee a dar luogo a quei piani di risanamento e/o comunque a quei nuovi piani che giustificano, in un nuovo e diverso assetto, la sanatoria dell'abuso ed il rilascio dell'autorizzazione *ex post*. In altri termini il problema, salvo che per abusi che oggettivamente restino non compatibili con qualsiasi evoluzione della pianificazione, non è quindi tra il sanare o il non sanare, ma quello di «*non fare sconti*» sui vantaggi, che il trasgressore acquista con l'abuso e consolida con il condono. È ferma convinzione di chi scrive che alla base dell'abusivismo edilizio non vi sia alcun bisogno di abitazioni, ma la semplice circostanza che un terreno agricolo, normalmente incolto e frazionato, non vale nulla, mentre al contrario una costruzione, comunque realizzata (e all'occorrenza condonata) resta in ogni caso un bene apprezzabile, fruibile e commerciabile: il rapporto speculativo tra l'utilità di partenza e il valore della costruzione realizzata è una delle poche prospettive «capitalistiche» rimasta intatta nel nostro Paese.

Non v'è dubbio che la via delle pianificazioni (di area, di quartiere, di agglomerato etc.), per condonare abusi, crea reali vantaggi: i privati pagano somme considerevoli (quelle di cui si vanno arricchendo), ma ottengono servizi collettivi ed un bene liberamente commerciabile; i comuni e le regioni acquistano risorse da destinare al risanamento del territorio e adeguano le loro pianificazioni all'effettiva realtà territoriale; lo Stato consolida a favore delle casse nazionali il prezzo del perdono penale.

Il vero limite di questa soluzione amministrativa – che la legislazione demandata alle regioni dovrebbe in vari modi prospettare per l'intero territorio, anche quello privo di vincoli paesistici e ambientali, in considerazione del fatto che la tutela paesistica, per effetto della Convenzione europea sul paesaggio, tende ad assumere carattere esteso – è che, per buona parte del territorio nazionale (quello interessato agli abusi), *non sarebbero i piani ad indicare come costruire, ma sarebbero i privati, con i loro comportamenti al di fuori della legge, a condizionare di fatto gli indirizzi e i contenuti della pianificazione*. Il limite è chiaramente ideologico, ma forse, se incominciassimo ad accettarlo, invertendo l'approccio al sistema, finiremmo per valutare con realismo il problema dell'abusivismo in Italia e troveremmo anche il modo di evitare il riproporsi a scadenze fisse di una esigenza di dar vita ad un nuovo condono edilizio.

Avv. Giuseppe Fiengo

Corte Costituzionale, sentenza 28 giugno 2004, n. 196 – Pres. G. Zagrebelsky – Red. U. De Siervo.

«1. — Le Regioni Campania, Marche, Toscana, Emilia-Romagna, Umbria e Friuli-Venezia Giulia hanno impugnato l'art. 32 del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269 (*Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici*), ed in particolare i commi: 1, 2, 3, 5, 14-20; 25-31; 32 e seguenti (reg. ric. n. 76 del 2003); 1, 2, 3, 5, 6, 9, 10, 13, 14-20; 24-41; (reg. ric. n. 81 del 2003); 1, 3, 5, 6, 9, 10, 14-20; 24, 25-40 (reg. ric. n. 82 del 2003); 1, 2, 3, 25, 26, lettera *a*), 28, 32, 35, 37, 38, 40, nonché l'Allegato 1 (reg. ric. nn. 83, 87 del 2003); 1, 2, 3, 4, 25, 26, lettera *a*), 28, 32, 35, 37, 38, 40, nonché l'Allegato 1 (reg. ric. n. 89 del 2003). La Regione Marche ha impugnato anche l'art. 32 citato nel suo complesso.

Le prospettazioni contenute nei ricorsi introduttivi dei giudizi sollevano rilievi di costituzionalità sostanzialmente analoghi e sintetizzabili nella pretesa violazione dei seguenti parametri costituzionali:

1 – l'art. 117, quarto comma, della Costituzione (nonché, secondo i ricorsi della Regione Campania, l'art. 114 Cost.), in quanto la normativa impugnata interverrebbe nella materia dell'edilizia, affidata alla competenza residuale delle Regioni; ovvero, in subordine, l'art. 117, quarto comma, Cost., in quanto interverrebbe nella materia dell'urbanistica, affidata alla competenza residuale delle Regioni (così, in particolare, i ricorsi della Regione Campania e della Regione Marche); ovvero, in via ulteriormente subordinata, l'art. 117, terzo comma, Cost., in quanto interverrebbe con una disciplina di dettaglio in una materia, quale quella del «governo del territorio», affidata alla competenza concorrente di Stato e Regioni, e non essendo, più in generale, la stessa idea di condono edilizio idonea ad essere qualificata quale principio fondamentale della materia;

2 – l'art. 118 Cost., in quanto la disciplina del condono edilizio determinerebbe la vanificazione degli interventi di pianificazione e controllo locale, nonché la necessità di apprestare appositi strumenti urbanistici e soluzioni di governo del territorio che tengano conto delle conseguenze della disciplina statale impugnata, cosicché le Regioni e gli enti locali sarebbero costretti a subire, anziché governare, le destinazioni urbanistiche del territorio (così, in particolare, i ricorsi della Regione Campania, della Regione Marche e della Regione Toscana);

3 – l'art. 77 Cost., dal momento che difetterebbero i presupposti costituzionali per l'esercizio della decretazione d'urgenza (così i ricorsi della Regione Campania e della Regione Marche); difetterebbe inoltre il requisito, costituzionalmente necessario, della omogeneità del contenuto del decreto-legge (così i ricorsi della Regione Campania); infine, il decreto-legge sarebbe inidoneo a porre i principi fondamentali di cui all'art. 117, terzo comma, Cost.;

4 – l'art. 119 Cost., e l'autonomia finanziaria delle regioni e degli enti locali in esso contemplata, in quanto il condono edilizio, disposto in vista di esigenze finanziarie del bilancio statale, comporterebbe spese particolarmente ingenti e di vario genere a carico delle finanze delle autonomie territoriali, a fronte di una compartecipazione al gettito delle operazioni di condono che sarebbe decisamente esigua;

5 – l'art. 25 Cost., in quanto la reiterazione con cadenza novennale della sanatoria edilizia, implicando «non solo la lesione del principio di legalità», ma ledendo «soprattutto la fiducia dei cittadini sulla effettiva capacità degli organi pubblici di garantire il rispetto dei valori costituzionali coinvolti nella disciplina urbanistica ed edilizia», determinerebbe la violazione del principio di tassatività e certezza delle norme penali (così i ricorsi della Regione Marche);

6 – l'art. 3 Cost., in quanto la disciplina in esame, riaprendo ed estendendo i termini del condono, introdurrebbe un sistema discriminatorio a svantaggio di coloro che, rispettando la normativa, non hanno costruito perché privi del titolo abilitativo, dovendo subire però le conseguenze in termini di degrado urbanistico del condono, trattando in modo uguale situazioni diverse, ossia quella di chi ha costruito in base ad un titolo legittimo e quella di chi ha costruito abusivamente, e non consentendo «di riportare ad uguaglianza, attraverso la sanzione, chi si è astenuto da comportamenti illeciti e chi illecitamente li ha compiuti»;

7 – l'art. 3 Cost., sotto il profilo della ragionevolezza, in quanto la reiterazione del condono edilizio farebbe venir meno i caratteri di assoluta straordinarietà, eccezionalità ed irripetibilità che soli, secondo la giurisprudenza costituzionale, possono giustificare la sanatoria; nel caso in questione mancherebbero del tutto quelle circostanze eccezionali che, nelle precedenti situazioni, hanno portato la Corte costituzionale a ritenere giustificata la sanatoria; sarebbero incisi numerosi principi costituzionali, senza però che sia perseguito adeguatamente l'obiettivo della stessa disciplina impugnata;

8 – l'art. 97 Cost., ed in particolare i principi di imparzialità dei pubblici poteri e di buon andamento dell'amministrazione, che sarebbero frustrati dalla inattività degli sforzi compiuti dalle amministrazioni locali al fine di reprimere l'abusivismo;

9 – l'art. 9 e l'art. 117, terzo comma, Cost. (che sancisce la competenza regionale in tema di valorizzazione dei beni ambientali), nonché il «principio costituzionale di indisponibilità dei valori costituzionalmente tutelati», in quanto il valore costituzionale dell'ordinato assetto del territorio non potrebbe «essere scambiato con valori puramente finanziari», come invece avviene nel caso del condono edilizio;

10 – gli artt. 9, 32, 41 e 42 Cost., dal momento che la sanatoria prevista dalla disciplina impugnata inciderebbe negativamente nei confronti di valori costituzionali che tutti i livelli di governo e in particolare le regioni hanno il diritto-dovere di tutelare nella loro effettività, quali: i valori paesistico-ambientali, il valore della salute, il valore del corretto e ordinato svolgimento dell'attività imprenditoriale in materia edilizia, la tutela del diritto di proprietà (così i ricorsi della Regione Marche);

11 – il principio di leale collaborazione tra i diversi livelli di governo, nonché l'art. 2 del d.lgs. 28 agosto 1997, n. 281 (*Definizione e ampliamento delle attribuzioni della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano ed unificazione, per le materie ed i compiti di interesse comune delle regioni, delle province e dei comuni, con la Conferenza Stato-città ed autonomie locali*), che tale principio recepisce, e il principio costituzionale che prescrive «la partecipazione regionale al procedimento legislativo delle leggi statali ordinarie, quando queste intervengano in materia di competenza concorrente», desumibile dall'art. 11 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (*Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione*), dal momento che, in sede di adozione del decreto-legge, le autonomie regionali non sono state consultate attraverso la Conferenza Stato-Regioni;

12 – il giudicato costituzionale, ed in particolare le sentenze di questa Corte n. 427 del 1995, n. 416 del 1995, n. 231 del 1993, n. 369 del 1988 e n. 302 del 1988, con cui sarebbe stato «attribuito al regime di sanatoria [...] carattere episodico e delimitato temporalmente», pena la illegittimità costituzionale (così i ricorsi della Regione Campania);

13 – l'art. 4, numero 12, e l'art. 8 della legge costituzionale 31 gennaio 1963, n. 1 (*Statuto speciale della Regione Friuli-Venezia Giulia*), in riferimento all'autonomia legislativa e

amministrativa della Regione nella materia urbanistica, in quanto le competenze regionali in detta materia potrebbero essere legittimamente vincolate solo dalla Costituzione, dai principi generali dell'ordinamento giuridico e dalle norme fondamentali di grande riforma economico-sociale, tra le quali non potrebbe certo essere annoverata la previsione di un condono edilizio.

2. — Le ricorrenti hanno altresì proposto, in via subordinata, le seguenti specifiche censure:

14 — il comma 26, lettera *a*), dell'art. 32 del d.l. n. 269 del 2003, nella parte in cui subordina la sanabilità alla legge regionale nel caso degli abusi minori in zone non vincolate, sottraendo viceversa alla decisione regionale gli abusi maggiori e gli abusi minori in zone vincolate, violerebbe i principi di eguaglianza e ragionevolezza, nonché gli artt. 117 e 118 Cost.;

15 — il comma 25, «in quanto non eccettua dal condono gli abusi per i quali il procedimento sanzionatorio sia già iniziato», violerebbe il principio di ragionevolezza, poiché — una volta iniziato il procedimento sanzionatorio — il condono edilizio non porterebbe alcun vantaggio al pubblico interesse, né in termini di «uscita allo scoperto» di situazioni di illegalità, né in termini economici, poiché le sanzioni urbanistiche sono essenzialmente di carattere pecuniario;

16 — i commi 3, 25, 26, lettera *a*), 28, 32, 35, lettere *b*) e *c*), 37, 38, 40 e l'Allegato 1, in quanto con disciplina dettagliata ed autoapplicativa stabiliscono le modalità, i termini e le procedure relative al condono edilizio, violerebbero l'art. 117 Cost., perché la competenza dello Stato a dettare norme non cedevoli non sarebbe giustificata, nel caso di specie, né da materie indicate dall'art. 117, secondo comma, né dall'attrazione di funzioni amministrative allo Stato in base all'art. 118;

17 — i commi 25 e 35 violerebbero il principio di ragionevolezza, in quanto la disciplina del comma 25 estende il condono agli abusi compiuti sino a sei mesi prima dell'entrata in vigore del decreto-legge impugnato (mentre nel caso dei due precedenti condoni il termine era rispettivamente di un anno e di diciassette mesi) e ciò renderebbe particolarmente difficile distinguere le opere ultimate da quelle non ultimate, complicando notevolmente l'attività di vigilanza amministrativa; la disciplina risulterebbe collegata al disposto del comma 35, in forza del quale è sufficiente, ove l'opera abusiva non superi i 450 metri cubi, una autocertificazione per la prova dello «stato dei lavori», consentendo così di far passare per già costruite opere in corso di costruzione o ancora da costruire;

18 — il comma 25 violerebbe gli artt. 3, 9, 97, 117 e 118 Cost., nella parte in cui prevede un limite di volume (750 metri cubi) per ogni singola richiesta di sanatoria, senza però precisare che non sono ammesse più richieste riferite alla medesima area;

19 — il comma 37 violerebbe il principio di ragionevolezza, dal momento che sarebbe «palese» il contrasto con tale principio di una norma che sana gli abusi in virtù del solo decorso del tempo con un meccanismo di «silenzio-assenso», nonché gli artt. 9, 97, 117 e 118 Cost. (e gli artt. 4 e 8 dello Statuto speciale della Regione Friuli-Venezia Giulia), perché renderebbe eventuale il controllo dei comuni sull'ammissibilità delle domande di condono, ledendo altresì le competenze regionali in materia di governo del territorio;

20 — i commi da 14 a 20 ed il comma 24, che disciplinano la sanatoria degli abusi commessi sulle aree di proprietà statale, facendola dipendere unicamente dalla volontà e dalla decisione dello Stato proprietario, senza dare alcuna rilevanza a quanto in merito stabilito dal legislatore regionale, violerebbero l'art. 117 Cost., che affida alle Regioni la competenza a disciplinare l'ammissibilità urbanistica degli interventi anche sulle aree di proprietà dello Stato, nonché gli artt. 118 e 119, perché la decisione sulla ammissibilità della sanatoria viene riservata al soggetto proprietario dell'area, senza possibilità di contraddittorio con gli enti locali interessati e in assenza di una previa intesa con le Regioni;

21 — il comma 5, il quale affida al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti un ruolo di coordinamento per l'applicazione della normativa sul condono, violerebbe gli artt. 117 e 118 Cost., perché non vi sarebbe alcuna esigenza unitaria in grado di giustificare l'attribuzione ad un organo statale di tale funzione, in una materia, come il «governo del territorio», attribuita alla competenza regionale;

22 — il comma 6 violerebbe l'art. 118 Cost., perché in una materia regionale determinerebbe la avocazione di funzioni amministrative al centro senza prevedere, come richiesto

dalla sentenza n. 303 del 2003, l'intesa con la Regione interessata, nonché l'art. 119 Cost., il quale non ammette finanziamenti vincolati alla realizzazione di interventi scelti dal Ministro;

23 – i commi 9 e 10 violerebbero gli artt. 118 e 119 Cost. per ragioni analoghe a quelle appena richiamate.

3. — Le Regioni Campania, Marche, Toscana ed Emilia-Romagna (quest'ultima con atto separato, notificato il 9 febbraio 2004 e depositato il 10 febbraio 2004) chiedono inoltre l'applicazione dell'art. 35 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (*Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*), come sostituito dall'art. 9 della legge 5 giugno 2003, n. 131 (*Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3*), ritenendo sussistenti le condizioni ivi previste perché la Corte possa sospendere in via cautelare l'esecuzione della normativa impugnata.

4. — Le Regioni Lazio, Marche, Toscana, Umbria, Friuli-Venezia Giulia, Emilia-Romagna e Campania hanno impugnato l'art. 32 del d.l. n. 269 del 2003, così come risultante dalla conversione in legge ad opera della legge 24 novembre 2003, n. 326 (*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, recante disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici*), ed in particolare i commi: 1, 2, 3, 9, 14-23; 25, 26, 32-38; 41 e 42 (reg. ric. n. 6 del 2004); 1, 2, 3, 5, 6, 9, 10, 13, 14-20; 24-41 (reg. ric. n. 8 del 2004); 1, 3, 5, 14-20; 25-43; 49-ter (reg. ric. n. 10 del 2004); 1, 3, 25, 26, lettera a), 28, 32, 35, 37, 38, 40 e l'Allegato 1 (reg. ric. n. 11 del 2004); 1, 3, 4, 25, 26, lettera a), 28, 32, 35, 37, 38, 40 e l'Allegato 1 (reg. ric. n. 12 del 2004); 1, 2, 3, 25, 26, lettera a), 28, 32, 35, 37, 38, 40 e l'Allegato 1 (reg. ric. n. 13 del 2004); 1, 2, 3, 5, 14-20; 25-50 (reg. ric. n. 14 del 2004). Le Regioni Marche e Campania hanno impugnato anche l'art. 32 citato nel suo complesso.

Le ricorrenti ripropongono sostanzialmente le medesime censure già sollevate nei confronti dell'art. 32 del d.l. n. 269 del 2003 nel testo originario, con le seguenti precisazioni e aggiunte.

L'art. 77 Cost. sarebbe violato anche dalla legge n. 326 del 2003, dal momento che la carenza dei requisiti costituzionalmente previsti per la decretazione d'urgenza si ripercuoterebbe, quale vizio *in procedendo*, anche nei confronti della legge di conversione.

La Regione Marche lamenta la violazione dell'art. 79 Cost., in quanto il provvedimento normativo impugnato costituirebbe, nella sostanza, una vera e propria amnistia, adottata senza percorrere le vie del procedimento aggravato previsto dalla citata disposizione costituzionale.

L'art. 3 Cost. è invocato, nel ricorso della Regione Lazio, anche in quanto la disciplina impugnata violerebbe il principio di eguaglianza a causa della perdita di valore degli immobili dei cittadini rispettosi della legge conseguente alla immissione sul mercato di immobili abusivi, nonché dell'aumento della pressione fiscale a carico dei medesimi cittadini al fine di reperire le risorse finanziarie volte alla realizzazione delle opere di urbanizzazione.

Sempre secondo la Regione Lazio, il principio di ragionevolezza, sancito dal medesimo art. 3 Cost., sarebbe violato anche perché dalla normativa risultante dalle modifiche operate in sede di conversione e derivante dalle abrogazioni disposte dalla legge finanziaria per il 2004, emergerebbe chiaramente che sarebbe rimasto soltanto il condono edilizio, mentre sarebbero stati abrogati i fondi per la riqualificazione urbanistica e ambientale, pur ritenuti evidentemente insufficienti dalle Regioni, ciò che renderebbe palese «la irragionevolezza e la scarsa attendibilità del meccanismo congegnato attraverso le varie disposizioni di cui all'art. 32, per realizzare finalità di reale e credibile intento di riqualificazione del territorio»; inoltre, la modifica dell'art. 32 della legge n. 47 del 1985 renderebbe applicabile il condono anche alla pratiche restaste inevase sotto l'egida di precedenti condoni, con il risultato di realizzare l'effetto di un «condono "open"».

Per quel che concerne le singole disposizioni contenute nell'art. 32 del d.l. n. 269 del 2003, così come risultante dalla conversione ad opera della legge n. 326 del 2003, le Regioni ricorrenti ribadiscono le censure già proposte nei confronti del testo originario del decreto-legge, evidenziando, tuttavia, alcuni profili nuovi di impugnazione connessi con le modifiche normative introdotte dalla legge di conversione.

Il comma 25 dell'art. 32 viene censurato in quanto, prevedendo un limite massimo per la costruzione abusiva considerata nel suo complesso pari a 3000 metri cubi, violerebbe gli

artt. 3, 9, 97, 117 e 118 Cost., poiché non preciserebbe che non sono ammesse più richieste riferite alla medesima area; viene peraltro mantenuta ferma la censura rivolta al medesimo comma 25 nella versione originaria del d.l. n. 269 del 2003, in quanto gli emendamenti introdotti in sede di conversione opererebbero soltanto *pro futuro*.

Dei commi 9 e 10 si ribadisce il contrasto con l'art. 118 Cost., nonostante che il comma 9, nel testo risultante a seguito della conversione, preveda l'intesa con la Conferenza unificata, in quanto risulterebbe comunque riconosciuta una priorità alle aree oggetto di programmi di riqualificazione approvati con decreto del Ministro dei lavori pubblici.

Nei ricorsi suddetti si propone, infine, censura avverso il comma 49-ter, introdotto in sede di conversione, il quale, determinando l'accentramento della competenza concernente le demolizioni in capo al prefetto, violerebbe gli artt. 117, terzo comma, e 118 Cost; ciò in quanto tale norma non esprimerebbe un principio fondamentale, né del resto sarebbe giustificabile in base ad esigenze unitarie, in quanto l'amministrazione statale non sarebbe adeguata allo svolgimento di tale funzione, non disponendo nemmeno dei dati per effettuare il controllo degli interventi edilizi.

5. — Le Regioni Campania, Marche, Toscana ed Emilia-Romagna chiedono inoltre, anche nei confronti dell'art. 32 come risultante dalle modifiche operate in sede di conversione, l'applicazione dell'art. 35 della legge n. 87 del 1953, come sostituito dall'art. 9 della legge n. 131 del 2003, ritenendo sussistenti le condizioni ivi previste perché la Corte possa sospendere in via cautelare l'esecuzione della normativa impugnata.

6. — La Regione Basilicata ha impugnato, con un unico ricorso, l'art. 32 del d.l. n. 269 del 2003, sia nel testo originario che nel testo risultante dalla legge di conversione, esponendo censure rivolte in generale nei confronti dell'intero art. 32, e sostanzialmente corrispondenti, nel merito, a quelle più sopra richiamate.

7. — La Regione Toscana, con il ricorso n. 10 del 2004, ha impugnato anche l'art. 14, commi 1 e 2, del d.l. n. 269 del 2003, come convertito della legge di conversione n. 326 del 2003, mentre la Regione Emilia-Romagna, con il ricorso n. 13 del 2004, ha impugnato anche l'art. 21, nonché i commi 21 e 22 dell'art. 32. Tali ultime disposizioni, congiuntamente al comma 23, risultano impugunate altresì dalla Regione Campania, con entrambi i propri ricorsi (n. 76 del 2003 e n. 14 del 2004).

Per ragioni di omogeneità di materia, tali questioni di costituzionalità verranno trattate separatamente da quelle concernenti la disciplina del condono edilizio di cui all'art. 32 sollevate con i medesimi ricorsi e appena illustrate, per essere definite con distinte decisioni di questa Corte.

8. — In considerazione dell'identità della materia, nonché dei profili di illegittimità costituzionale fatti valere, i ricorsi, per la parte relativa all'art. 32 del d.l. n. 269 del 2003, sia nel testo originario, che in quello risultante dalla conversione ad opera della legge n. 326 del 2003, possono essere riuniti per essere decisi con un'unica pronuncia.

9. — Con ordinanza letta nella pubblica udienza dell'11 maggio 2004 e allegata alla presente sentenza, sono stati dichiarati inammissibili gli interventi spiegati nel giudizio dai comuni di Roma, Salerno, Ischia e Lacco Ameno, dal CODACONS e dal *World Wide Fund for Nature* (WWF) ONLUS.

10. — Deve essere dichiarata l'inammissibilità del ricorso n. 6 del 2004, proposto dalla Regione Lazio, in quanto notificato al Presidente del Consiglio dei ministri presso l'Avvocatura generale dello Stato e non presso la Presidenza del Consiglio dei ministri (cfr., da ultimo, la sentenza n. 333 del 2000).

11. — Il ricorso della Regione Basilicata si rivolge genericamente nei confronti dell'intero art. 32, pur motivando soltanto in relazione al condono edilizio. È possibile tuttavia — non essendo specificamente indicati i commi dell'articolo nei cui confronti vengono rivolte le doglianze — interpretare il ricorso come rivolto esclusivamente nei confronti delle disposizioni che disciplinano il condono edilizio (cfr., ad esempio, sentenza n. 15 del 2004). Analogamente è da dirsi in relazione ai ricorsi delle Regioni Marche e Campania, nella parte in cui si rivolgono all'art. 32 nella sua interezza.

12. — Inammissibili, invece, devono essere ritenute le censure rivolte dalla Regione Campania specificamente nei confronti dei commi 44, 45, 46, 47, 48, 49 e 50 del d.l. n. 269 del 2003 e dei medesimi commi, nonché dei commi 49-bis e 49-quater, del testo dell'art. 32 convertito dalla legge n. 326 del 2003, in quanto non sorrette da alcuna delle argomentazioni

in diritto rinvenibili nei ricorsi. Ciò a prescindere dal fatto che la medesima Regione Campania, nel ricorso n. 14 del 2004 avverso il testo del decreto-legge così come convertito in legge dalla legge n. 326 del 2003, impugna erroneamente i commi 48 e 49, soppressi in sede di conversione in legge.

Ancora, va esclusa l'ammissibilità delle censure sollevate dalla Regione Marche, con i ricorsi n. 81 del 2003 e n. 8 del 2004, in relazione ai parametri costituiti dagli artt. 32, 41 e 42 Cost., in quanto non viene fornita alcuna motivazione autonoma rispetto agli altri profili di doglianza.

Del pari inammissibile è la censura proposta dalla Regione Campania, con i ricorsi n. 76 del 2003 e n. 14 del 2004, in riferimento al parametro dell'art. 114 Cost., anch'essa non motivata in alcun modo.

Il rilievo di incostituzionalità di cui alla sopra indicata lettera *h*) — fondato sulla violazione dell'art. 97 Cost., in quanto i principi di imparzialità dei pubblici poteri e di buon andamento dell'amministrazione sarebbero frustrati dalla inanità degli sforzi compiuti dalle amministrazioni locali al fine di reprimere l'abusivismo — deve invece essere dichiarato inammissibile perché eccessivamente generico.

Quanto alla censura concernente il comma 10 dell'art. 32, formulata in entrambi i ricorsi della Regione Marche e nel ricorso della Regione Toscana avverso il testo del d.l. n. 269 del 2003, ne va dichiarata l'inammissibilità con riferimento al ricorso n. 8 del 2004 della Regione Marche per carenza di qualunque autonoma motivazione, mentre le modifiche apportate dalla legge di conversione debbono ritenersi soddisfattive delle doglianze prospettate dalle ricorrenti in relazione al testo originario del decreto-legge, consentendo — in assenza di un'attuazione *medio tempore* della norma impugnata — di dichiarare la cessazione della materia del contendere (cfr., da ultimo, ordinanza n. 137 del 2004).

13. — Numerose tra le questioni proposte dalle Regioni ricorrenti fanno riferimento a parametri differenti da quelli specificamente concernenti il riparto di competenze tra le stesse e lo Stato. Non possono essere ritenute ammissibili le censure relative ad aspetti che non siano potenzialmente idonei «a determinare una vulnerazione delle attribuzioni costituzionali delle Regioni o Province autonome ricorrenti» (sentenza n. 303 del 2003; cfr., inoltre, le sentenze n. 353 del 2001, n. 503 del 2000, n. 408 del 1998, n. 87 del 1996). Alla luce di tale criterio deve essere dichiarata l'inammissibilità della questione di cui alla sopra indicata lettera *f*), secondo la quale la disciplina impugnata violerebbe l'art. 3 Cost., sotto il profilo del principio di eguaglianza, perché discriminerebbe tra cittadini rispettosi della legalità e cittadini che non lo siano, in sfavore dei primi. È del tutto evidente, infatti, che tale vizio non sarebbe in grado di incidere in alcun modo sulla sfera di autonomia delle ricorrenti. Per le medesime ragioni è inammissibile anche la censura di cui alla sopra indicata lettera *e*), secondo la quale la disciplina impugnata violerebbe l'art. 25 Cost. e, in particolare, i principi di legalità, tassatività e certezza delle norme penali.

14. — Vanno disattese, invece, le eccezioni di inammissibilità formulate dall'Avvocatura dello Stato nei confronti delle censure di cui alle sopra indicate lettere *d*) e *t*), secondo le quali le Regioni non sarebbero legittimate a ricorrere avverso la disciplina impugnata, in quanto pretenderebbero di far valere competenze non solo proprie, ma anche degli enti locali.

Infatti, la stretta connessione, in particolare in materia urbanistica e in tema di finanza regionale e locale, tra le attribuzioni regionali e quelle delle autonomie locali consente di ritenere che la lesione delle competenze locali sia potenzialmente idonea a determinare una vulnerazione delle competenze regionali. Ciò al di là del fatto che il nuovo quarto comma dell'art. 123 Cost. ha configurato il Consiglio delle autonomie locali come organo necessario della Regione e che l'art. 32, secondo comma, della legge n. 87 del 1953 (così come sostituito dall'art. 9, comma 2, della legge n. 131 del 2003), ha attribuito proprio a tale organo un potere di proposta alla Giunta regionale relativo al promovimento dei giudizi di legittimità costituzionale in via diretta contro le leggi dello Stato.

15. — Nel periodo intercorrente tra l'approvazione della legge di conversione n. 326 del 2003 e la proposizione dei ricorsi nei confronti di quest'ultima, è intervenuta la legge 24 dicembre 2003, n. 350 (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2004*), che ha abrogato i commi 6, 9 e 24 dell'art. 32 in questione. Tale sopravvenienza normativa, in considerazione del tenore delle censure rivolte

avverso le disposizioni menzionate, deve essere ritenuta soddisfattiva delle pretese regionali. Conseguentemente, anche alla luce della evidente inattuazione *medio tempore* di tali disposizioni, deve essere dichiarata la cessazione della materia del contendere riguardo alle predette censure.

16. — A questo punto è possibile passare ad esaminare i profili di merito delle rimanenti censure prospettate dalle Regioni ricorrenti, tenendo conto che i riferimenti che si faranno di seguito alle disposizioni oggetto del giudizio devono intendersi relativi, salvo diversa esplicita indicazione, al testo dell'art. 32 del d.l. n. 269 del 2003 quale convertito in legge dalla legge n. 326 del 2003.

17. — In via preliminare appare opportuno evidenziare alcune caratteristiche generali di questo nuovo condono edilizio.

Malgrado la titolazione dell'art. 32 sia «*Misure per la riqualificazione urbanistica, ambientale e paesaggistica, per l'incentivazione dell'attività di repressione dell'abusivismo edilizio, nonché per la definizione degli illeciti edilizi e delle occupazioni delle aree demaniali*», l'oggetto fondamentale di tale disposizione è la previsione e la disciplina di un nuovo condono edilizio esteso all'intero territorio nazionale, di carattere temporaneo ed eccezionale rispetto all'istituto a carattere generale e permanente del «permesso di costruire in sanatoria», disciplinato dagli artt. 36 e 45 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (*Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia*), ancorato a presupposti in parte diversi e comunque sottoposto a condizioni assai più restrittive.

Si tratta, peraltro, di un condono che si ricollega sotto molteplici aspetti ai precedenti condoni edilizi che si sono succeduti dall'inizio degli anni ottanta: ciò è reso del tutto palese dai molteplici rinvii contenuti nell'art. 32 alle norme concernenti i precedenti condoni, ma soprattutto dal comma 25 dell'art. 32, il quale espressamente rinvia alle disposizioni dei «capi IV e V della legge 28 febbraio 1985, n. 47, e successive modificazioni e integrazioni, come ulteriormente modificate dall'art. 39 della legge 23 dicembre 1994, n. 724, e successive modificazioni e integrazioni», disponendo che tale normativa, come ulteriormente modificata dal medesimo art. 32, si applica «alle opere abusive» cui la nuova legislazione appunto si riferisce. Attraverso questa tecnica normativa, consistente nel rinvio alle disposizioni dell'istituto del condono edilizio come configurato in precedenza, si ha una esplicita saldatura fra il nuovo condono ed il testo risultante dai due precedenti condoni edilizi di tipo straordinario, cui si apportano solo alcune limitate innovazioni.

Resta, in particolare, la caratteristica fondamentale di mantenere collegato il condono penale con la sanatoria amministrativa: l'integrale pagamento dell'oblazione, oltre a costituire il presupposto per l'estinzione dei reati edilizi, estingue anche i relativi procedimenti di esecuzione delle sanzioni amministrative (cfr. art. 38, secondo comma, della legge n. 47 del 1985) e costituisce uno dei requisiti per il rilascio del titolo abilitativo in sanatoria (commi 32 e 37 dell'art. 32 in questione); ancora, l'oblazione interamente corrisposta costituisce condizione perché la sanatoria renda inapplicabili le sanzioni amministrative, «ivi comprese le pene pecuniarie e le sovrattasse previste per le violazioni delle disposizioni in materia di imposte sui redditi relativamente ai fabbricati abusivamente eseguiti» (cfr. art. 38, quarto comma, della legge n. 47 del 1985).

Ciò non esclude, peraltro, che — ove sia stata effettuata l'oblazione — pur in presenza di diniego di sanatoria, si estinguano i reati edilizi e le sanzioni amministrative consistenti nel pagamento di una somma di denaro siano «ridotte in misura corrispondente all'oblazione versata» (art. 39 della legge n. 47 del 1985).

Rispetto ai precedenti, l'attuale condono risulta per alcuni profili più ristretto, dal momento che il comma 25, relativamente alle nuove costruzioni residenziali, pone un limite complessivo di 3.000 metri cubi ai volumi sanabili, e definisce analiticamente le tipologie di abusi condonabili (comma 26 e Allegato 1), introducendo altresì alcuni nuovi limiti all'applicabilità del condono (comma 27), che si aggiungono a quanto previsto negli artt. 32 e 33 della legge n. 47 del 1985. A fianco di tali previsioni, viene disciplinata analiticamente la possibilità di sanare opere abusive edificate su aree di proprietà dello Stato o facenti parte del demanio statale o su aree gravate da diritti di uso civico (commi da 14 a 20).

Il richiamo all'intero capo IV della legge n. 47 del 1985 rende applicabile anche al presente condono la sospensione dei procedimenti amministrativi e giurisdizionali disposta dall'art. 44 della legge n. 47 del 1985, con effetto dalla data di entrata in vigore del decreto e

fino alla scadenza dei termini fissati per la presentazione delle domande di sanatoria [stabilito, come è noto, originariamente al 31 marzo 2004, quindi differito al 31 luglio 2004 dal decreto-legge 31 marzo 2004, n. 82 (*Proroga di termini in materia edilizia*), convertito in legge ad opera della legge 28 maggio 2004, n. 141 (*Conversione in legge del decreto-legge 31 marzo 2004, n. 82, recante proroga di termini in materia edilizia*)].

La regolare e tempestiva presentazione di tale domanda al comune competente, nonché il versamento dell'oblazione, «sospende il procedimento penale e quello per le sanzioni amministrative» (art. 38, primo comma, della legge n. 47 del 1985).

Il titolo abilitativo è rilasciato dal comune, ove non vi siano motivi ostativi (art. 35 della legge n. 47 del 1985), ma il comma 37 dell'art. 32 del d.l. n. 269 del 2003 dispone che il decorso di 24 mesi dalla consegna della documentazione, senza che l'amministrazione abbia adottato un provvedimento negativo, integra un'ipotesi di silenzio-assenso, che equivale al rilascio del titolo abilitativo in sanatoria.

Da notare, infine, che permane l'atipicità dell'oblazione delineata da questa legislazione (e destinata all'erario statale, ai sensi dell'art. 34, primo comma, della legge n. 47 del 1985), che differisce sotto più profili dall'istituto disciplinato in generale dagli artt. 162 e 162-bis del codice penale, e la cui quantificazione è determinata o forfetariamente o in misura rapportata alla tipologia dell'abuso, alla qualità degli immobili e alla superficie della costruzione abusivamente realizzata (si veda, al riguardo, la sentenza n. 369 del 1988).

Quanto al ruolo riconosciuto in questa legislazione alle autonomie territoriali, i comuni, principali titolari dei poteri pianificatori in materia urbanistica nonché dei poteri gestionali, ivi compreso — come accennato — il «permesso di costruire in sanatoria», sono tenuti da questa legislazione a rilasciare il titolo abilitativo in sanatoria (artt. 31 e 35, quattordicesimo comma, della legge n. 47 del 1985), anche per le opere edilizie contrastanti con i loro atti di pianificazione. A seguito della sanatoria sono altresì vincolati a rilasciare «il certificato di abitabilità o agibilità anche in deroga ai requisiti fissati da norme regolamentari, qualora le opere sanate non contrastino con le disposizioni vigenti in materia di sicurezza statica» (art. 35, diciottesimo comma, della legge n. 47 del 1985).

Tutto ciò comporta, come già ricordato, prima la sospensione del procedimento relativo alle sanzioni amministrative, poi l'estinzione dei relativi procedimenti di esecuzione, e infine, ove si giunga al rilascio del titolo in sanatoria, la loro inapplicabilità. Al tempo stesso, questo condono straordinario di fatto esclude, o comunque limita fortemente, la possibilità per i comuni di rilasciare l'ordinario «permesso di costruire in sanatoria».

Per quel che concerne i maggiori costi che le amministrazioni comunali devono affrontare, sia per lo svolgimento delle procedure amministrative sia per la realizzazione delle opere di urbanizzazione e in genere per gli interventi di riqualificazione delle aree interessate dalle opere abusive, l'art. 32 prevede il ricorso a quattro diverse forme di introiti. La legge regionale può disporre un incremento dell'oblazione fino al massimo del 10 per cento della misura indicata dallo stesso art. 32 (Tabella C dell'Allegato 1) «ai fini della attivazione di politiche di repressione degli abusi edilizi e per la promozione di interventi di riqualificazione dei nuclei interessati da fenomeni di abusivismo edilizio», nonché per l'effettuazione di controlli periodici del territorio (comma 33). La legge regionale, ancora, può incrementare «fino al massimo del 100 per cento» gli oneri di concessione relativi alle opere abusive oggetto di sanatoria (comma 34). La stessa amministrazione comunale può aumentare fino ad un massimo del 10 per cento i diritti ed oneri ordinariamente previsti per il rilascio dei titoli abilitativi edilizi «da utilizzare con le modalità di cui all'articolo 2, comma 46, della legge 23 dicembre 1996, n. 662» (comma 40). Infine, il Ministero dell'economia attribuisce ai comuni il 50 per cento delle somme riscosse a conguaglio dell'oblazione, «al fine di incentivare la definizione delle domande di sanatoria» (comma 41).

La nuova normativa sul condono, peraltro, prevede direttamente (al comma 38, che rinvia all'Allegato 1) la misura dell'anticipazione degli oneri concessori, la cui determinazione è, invece, di competenza del comune e della legge regionale (cfr. art. 37 della legge n. 47 del 1985, nonché art. 16 del d.P.R. n. 380 del 2001).

Quanto alle Regioni, malgrado l'intervenuto accrescimento dei loro poteri in conseguenza della riforma del Titolo V della parte II della Costituzione, l'art. 32 del d.l. n. 269 del 2003 riserva loro ambiti di intervento assai ristretti ed entro termini molto esigui. Infatti, la normativa oggetto del presente giudizio prevede che le Regioni mediante leggi possano

intervenire solo in questi limiti: per i soli illeciti relativi ad opere di restauro e risanamento conservativo o ad opere di manutenzione straordinaria realizzate in aree non soggette ai vincoli di cui all'art. 32 della legge n. 47 del 1985, come modificato dal comma 43 dell'impugnato art. 32, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della disciplina qui esaminata, la Regione, con propria legge, può determinare «la possibilità, le condizioni e le modalità per l'ammissibilità a sanatoria di tali tipologie di abuso edilizio» (comma 26, lettera *b*); entro i medesimi sessanta giorni, possono anche essere emanate «norme per la definizione del procedimento amministrativo relativo al rilascio del titolo abilitativo edilizio in sanatoria» (comma 33); inoltre, nello stesso termine, può essere previsto, tra l'altro, «un incremento dell'oblazione fino al massimo del 10 per cento della misura determinata nella tabella C» (comma 33); ancora, è possibile aumentare «gli oneri di concessione relativi alle opere abusive oggetto di sanatoria [...] fino al massimo del 100 per cento», nonché individuare modalità di attuazione della norma secondo cui chi esegua in tutto o in parte le opere di urbanizzazione primaria o secondaria può detrarre dall'importo complessivo degli oneri concessori quanto già versato a titolo di anticipazione (comma 34); infine, si può prevedere l'obbligo di allegare alla domanda di definizione dell'illecito ulteriore documentazione rispetto a quella già determinata dalla legge statale (comma 35, lettera *c*).

18. — La pluralità ed eterogeneità dei profili di costituzionalità sollevati dalle ricorrenti rende opportuno esaminare, in via prioritaria, le censure mosse nei confronti dell'intero istituto disciplinato dall'art. 32 oggetto del presente giudizio e delle sue caratteristiche complessive. A tale riguardo, è ovviamente preliminare l'analisi dei rilievi di costituzionalità relativi alla fonte utilizzata.

Le Regioni ricorrenti hanno anzitutto impugnato l'art. 32 del d.l. n. 269 del 2003 per asserito contrasto con l'art. 77 Cost., sia per carenza dei presupposti di necessità e urgenza, sia per la disomogeneità del contenuto del decreto-legge, sia, infine, perché il decreto-legge sarebbe inidoneo a porre i principi fondamentali di cui all'art. 117, terzo comma, Cost. Inoltre, le ricorrenti hanno negato la legittimità costituzionale della conversione in legge dell'art. 32 ad opera della legge n. 326 del 2003, in quanto i vizi del decreto-legge si ripercuoterebbero come vizi *in procedendo* sulla stessa legge di conversione.

Le questioni non sono fondate.

Per ciò che riguarda in particolare l'art. 32 nel testo originario del decreto-legge n. 269 del 2003, non può negarsi che la delicata materia del condono edilizio potrebbe meritare una più meditata elaborazione tramite l'ordinario procedimento di formazione delle leggi; al tempo stesso, peraltro, potrebbero essere adottati per questo particolare istituto anche alcuni specifici motivi per un'immediata adozione ed entrata in vigore del testo normativo, destinato ad avere — come prima esposto — efficacia sulle procedure giurisdizionali ed amministrative in corso, ma soprattutto per evitare o ridurre spinte alla modifica del disegno di legge sotto la pressione di interessi favorevoli a nuove opere abusive.

Se a ciò si aggiunge che in questo caso sembra aver pure pesato — seppur opinabilmente — la necessità di inserire questo provvedimento in un assai più ampio decreto-legge intitolato «*Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici*», non può negarsi che ci si trovi in un contesto nel quale la Corte costituzionale non può rilevare un caso di «evidente mancanza» dei presupposti di necessità e di urgenza prescritti dal secondo comma dell'art. 77 Cost., secondo la sua ormai consolidata giurisprudenza in materia (fra le molte, cfr. da ultimo la sentenza n. 341 del 2003 e la sentenza n. 6 del 2004).

Quanto poi alla presunta carenza di omogeneità dell'oggetto del decreto-legge, è sufficiente rilevare che non si tratta di requisito costituzionalmente imposto (seppur opportunamente previsto dal comma 3 dell'art. 15 della legge 23 agosto 1988, n. 400, recante «*Disciplina dell'attività di Governo ed ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri*»).

In ordine alla pretesa secondo la quale il decreto-legge sarebbe una fonte strutturalmente inidonea alla posizione di principi fondamentali, deve essere osservato che questa Corte ha già più volte chiarito che «un decreto-legge può di per sé costituire legittimo esercizio dei poteri legislativi che la Costituzione affida alla competenza statale, ivi compresa anche la determinazione dei principi fondamentali nelle materie di cui al terzo comma dell'art. 117 Cost.» (sentenza n. 6 del 2004).

Tali considerazioni, peraltro, valgono anche ad escludere la lamentata violazione dell'art. 77 Cost. da parte della legge di conversione, senza che occorra in questa sede prendere in esame la possibilità secondo la quale i vizi del decreto-legge relativi alla carenza dei presupposti costituzionali per la sua adozione si riverberino anche su quest'ultima quali vizi *in procedendo* (sul punto, cfr. comunque le sentenze n. 341 del 2003, n. 29 e n. 16 del 2002, n. 398 del 1998 e n. 330 del 1996).

19. — La Regione Marche, nel ricorso contro l'art. 32 convertito dalla legge n. 326 del 2003, ha sollevato anche la questione di legittimità costituzionale dell'intero istituto del condono in riferimento alla presunta lesione dell'art. 79 Cost., così riproponendo una tesi che già più volte in passato era stata sostenuta in atti introduttivi di giudizi di legittimità costituzionale. In base a tale ricostruzione, il condono costituirebbe in realtà un tipo di amnistia impropria, che quindi andrebbe prevista e disciplinata solo tramite una legge conforme alle rigide prescrizioni di cui all'art. 79 Cost.

La questione non è fondata.

L'assoluta mancanza di nuove argomentazioni a sostegno del rilievo di costituzionalità sollevato, rispetto a quelle già in passato affrontate da questa Corte, induce a confermare gli esiti della precedente giurisprudenza: se nella sentenza n. 369 del 1988 si era negata la natura di amnistia impropria al condono, a causa della «complessa fattispecie estintiva» del reato, che «viene ad essere [...] almeno di regola, costitutiva (di effetti amministrativi) ed estintiva (di effetti penali)», e nella quale la non punibilità si produce «soltanto a seguito delle manifestazioni di concrete volontà degli interessati e dell'autorità amministrativa», nella sentenza n. 427 del 1995 — adottata dopo la modificazione dell'art. 79 Cost. ad opera della legge costituzionale 6 marzo 1992, n. 1 (*Revisione dell'articolo 79 della Costituzione in materia di concessione di amnistia e indulto*) — questa tesi è stata esplicitamente confermata, sottolineandosi inoltre come esistano nell'ordinamento casi di altre leggi determinanti «lo stesso effetto estintivo del reato prodotto dal condono edilizio».

D'altra parte — come in precedenza evidenziato — l'attuale testo dell'art. 45 del d.P.R. n. 380 del 2001 prevede un analogo effetto estintivo del reato a seguito del rilascio del permesso di costruire in sanatoria ai sensi dell'art. 36 del medesimo d.P.R.

20. — In relazione alle censure di ordine sostanziale che le ricorrenti muovono nei confronti dell'intero istituto disciplinato nelle disposizioni impugnate, nonostante alcune di esse si rivolgano a contestare la stessa ammissibilità di un condono edilizio, è opportuno prendere in esame anzitutto i rilievi fondati sulla lamentata violazione del sistema costituzionale delle competenze, dal momento che tutte le Regioni ricorrenti contestano primariamente la legittimità costituzionale dell'art. 32 sulle base delle proprie attribuzioni costituzionali in tema di edilizia, di urbanistica o di governo del territorio: se le Regioni ad autonomia ordinaria lo fanno in riferimento ai commi terzo o quarto dell'art. 117 e all'art. 118 Cost., la Regione Friuli-Venezia Giulia lo fa in riferimento all'art. 4, numero 12, e all'art. 8 della legge costituzionale n. 1 del 1963 (*Statuto speciale della Regione Friuli-Venezia Giulia*).

Solo la Regione Campania e la Regione Marche sostengono la tesi secondo la quale il condono edilizio inciderebbe in una materia di competenza residuale delle Regioni di cui al quarto comma dell'art. 117 Cost. (l'edilizia o l'urbanistica), mentre tutte le Regioni ad autonomia ordinaria ritengono che, ove la disciplina oggetto del presente giudizio dovesse essere collocata nell'ambito di una materia affidata alla competenza concorrente di Stato e Regioni (nel caso di specie, «governo del territorio»), comunque contrasterebbe con l'art. 117, terzo comma, Cost., per violazione dei limiti posti da tale disposizione al legislatore statale. Ciò, innanzi tutto, in quanto l'art. 32 detterebbe una normativa di dettaglio, per di più intrinsecamente non cedevole; in secondo luogo, a causa della circostanza secondo la quale la stessa idea di condono edilizio, in quanto disciplina eccezionale, non sarebbe idonea ad essere qualificata quale principio fondamentale della materia.

Inoltre, si sostiene che, anche non contestandosi il pieno ed esclusivo potere del legislatore statale in materia penale, che lo abilita ad escludere la punibilità di determinate condotte, sarebbe inammissibile che la legge statale incida contestualmente sulla sanzionabilità amministrativa degli illeciti edilizi, che invece spetta all'autonomia regionale in quanto relativa alla disciplina del «governo del territorio».

La Regione Friuli-Venezia Giulia sostiene che, disponendo essa di competenza legislativa primaria in materia di urbanistica, l'autonomia regionale in tale ambito potrebbe essere

legittimamente vincolata esclusivamente dalla Costituzione, dai principi generali dell'ordinamento giuridico e dalle norme fondamentali delle leggi di grande riforma economico-sociale, tra le quali non potrebbe essere annoverata la previsione di un condono edilizio quale disciplinato dall'art. 32 anche sul versante della disciplina urbanistica.

A loro volta, alcune Regioni ad autonomia ordinaria (la Regione Campania, la Regione Marche e la Regione Toscana) evidenziano che alcune parti significative della disciplina del condono di cui all'art. 32 contrasterebbero con il nuovo art. 118 Cost., specie in riferimento al radicale svuotamento del principio di sussidiarietà che deriverebbe dalla disciplina impugnata in un ambito caratterizzato sia da funzioni indubbiamente proprie delle regioni, che da un'area di tradizionale titolarità di funzioni di gestione amministrativa da parte dei comuni. Né, certo, la natura delle funzioni amministrative di gestione in materia urbanistica potrebbe legittimare la loro attribuzione al livello centrale in nome del principio di adeguatezza, come dimostrato dalla stessa legislazione sul condono, che le mantiene ai comuni pur vincolandone radicalmente l'esercizio.

I suddetti rilievi appaiono in parte fondati, secondo quanto meglio di seguito specificato.

Il condono edilizio di tipo straordinario, quale finora configurato nella nostra legislazione, appare essenzialmente caratterizzato dalla volontà dello Stato di intervenire in via straordinaria sul piano della esenzione dalla sanzionabilità penale nei riguardi dei soggetti che, avendo posto in essere determinate tipologie di abusi edilizi, ne chiedano il condono tramite i comuni direttamente interessati, assumendosi l'onere del versamento della relativa oblazione e dei costi connessi all'eventuale rilascio del titolo abilitativo edilizio in sanatoria, appositamente previsto da questa legislazione.

Non vi è dubbio sul fatto che solo il legislatore statale può incidere sulla sanzionabilità penale (per tutte, v. la sentenza n. 487 del 1989) e che esso, specie in occasione di sanatorie amministrative, dispone di assoluta discrezionalità in materia «di estinzione del reato o della pena, o di non procedibilità» (sentenze n. 327 del 2000, n. 149 del 1999 e n. 167 del 1989). Peraltro, la circostanza che il comune sia titolare di fondamentali poteri di gestione e di controllo del territorio rende necessaria la sua piena collaborazione con gli organi giurisdizionali, poiché, come questa Corte ha affermato, «il giudice penale non ha competenza "istituzionale" per compiere l'accertamento di conformità delle opere agli strumenti urbanistici» (sentenza n. 370 del 1988). Tale doverosa collaborazione per concretizzare la scelta del legislatore statale di porre in essere un condono penale si impone quindi su tutto il territorio nazionale, inerendo alla strumentazione indispensabile per dare effettività a tale scelta.

Al tempo stesso rileva la parallela sanatoria amministrativa, anche attraverso la previsione da parte del legislatore statale di uno straordinario titolo abilitativo edilizio, a causa dell'evidente interesse di coloro che abbiano edificato illegalmente ad un condono su entrambi i versanti, quello penale e quello amministrativo; ma sul piano della sanatoria amministrativa i vincoli che legittimamente possono imporsi all'autonomia legislativa delle Regioni, ordinarie e speciali, non possono che essere quelli ammissibili sulla base rispettivamente delle disposizioni contenute nel nuovo art. 117 Cost. e degli statuti speciali.

Per ciò che riguarda l'art. 117 Cost., la giurisprudenza di questa Corte ha già chiarito (cfr. le sentenze n. 303 e n. 362 del 2003) che nei settori dell'urbanistica e dell'edilizia i poteri legislativi regionali sono senz'altro ascrivibili alla nuova competenza di tipo concorrente in tema di «governo del territorio». E se è vero che la normativa sul condono edilizio di cui all'impugnato art. 32 certamente tocca profili tradizionalmente appartenenti all'urbanistica e all'edilizia, è altresì innegabile che essa non si esaurisce in tali ambiti specifici ma coinvolge l'intera e ben più ampia disciplina del «governo del territorio» — che già questa Corte ha ritenuto comprensiva, in linea di principio, di «tutto ciò che attiene all'uso del territorio e alla localizzazione di impianti o attività» (cfr. sentenza n. 307 del 2003) — ossia l'insieme delle norme che consentono di identificare e graduare gli interessi in base ai quali possono essere regolati gli usi ammissibili del territorio. Se poi si considera anche l'indubbio collegamento della disciplina con la materia della «valorizzazione dei beni culturali ed ambientali», appare evidente che alle Regioni è oggi riconosciuta al riguardo una competenza legislativa più ampia, per oggetto, di quella contemplata nell'originario testo dell'art. 117 Cost; ciò — è bene ricordarlo — mentre le potestà legislative dello Stato di tipo esclusivo, di cui al secondo comma dell'art. 117 Cost., sono state consapevolmente inserite entro un elenco chiuso.

Inoltre, nel nuovo art. 118 Cost. per la prima volta si è stabilito che, in virtù del principio di sussidiarietà garantito in una disposizione costituzionale, i comuni sono normalmente titolari delle funzioni di gestione amministrativa, riconoscendosi inoltre che «i comuni, le Province e le Città metropolitane sono titolari di funzioni amministrative proprie». A sua volta, il quarto comma del nuovo art. 119 Cost. per la prima volta afferma che le normali entrate dei comuni devono consentire «di finanziare integralmente le funzioni pubbliche loro attribuite».

Tutto ciò implica necessariamente che, in riferimento alla disciplina del condono edilizio (per la parte non inerente ai profili penalistici, integralmente sottratti al legislatore regionale, ivi compresa — come già affermato in precedenza — la collaborazione al procedimento delle amministrazioni comunali), solo alcuni limitati contenuti di principio di questa legislazione possono ritenersi sottratti alla disponibilità dei legislatori regionali, cui spetta il potere concorrente di cui al nuovo art. 117 Cost. (ad esempio certamente la previsione del titolo abilitativo edilizio in sanatoria di cui al comma 1, dell'art. 32, il limite temporale massimo di realizzazione delle opere condonabili, la determinazione delle volumetrie massime condonabili). Per tutti i restanti profili è invece necessario riconoscere al legislatore regionale un ruolo rilevante — più ampio che nel periodo precedente — di articolazione e specificazione delle disposizioni dettate dal legislatore statale in tema di condono sul versante amministrativo.

Al tempo stesso, se i comuni possono, nei limiti della legge, provvedere a sanare sul piano amministrativo gli illeciti edilizi, viene in evidente rilievo l'inammissibilità di una legislazione statale che determini anche la misura dell'anticipazione degli oneri concessori e le relative modalità di versamento ai comuni; d'altronde, l'ordinaria disciplina vigente attribuisce il potere di determinare l'ammontare degli oneri concessori agli stessi comuni, sulla base della legge regionale (art. 16 del d.P.R. n. 380 del 2001).

Per ciò che riguarda le Regioni ad autonomia particolare, ove nei rispettivi statuti si prevedano competenze legislative di tipo primario, lo spazio di intervento affidato al legislatore regionale appare maggiore, perché in questo caso possono operare solo il limite della «materia penale» (comprensivo delle connesse fasi procedurali) e quanto è immediatamente riferibile ai principi di questo intervento eccezionale di «grande riforma» (il titolo abilitativo edilizio in sanatoria, la determinazione massima dei fenomeni condonabili), mentre spetta al legislatore regionale la eventuale indicazione di ulteriori limiti al condono, derivanti dalla sua legislazione sulla gestione del territorio: d'altra parte, su questo piano esiste il precedente costituito dalla sentenza di questa Corte n. 418 del 1995, pronunciata appunto in relazione al rapporto tra le competenze statali relative al condono edilizio del 1994 e le competenze della Provincia autonoma di Trento, dotata in materia di potestà legislativa primaria.

È significativo che questa stessa sentenza prendesse positivamente atto dell'avvenuta adozione, nelle more del giudizio, della legge della Provincia autonoma di Trento 18 aprile 1995, n. 5 (*Definizione agevolata delle violazioni edilizie - condono edilizio*), che, determinando «disposizioni di coordinamento per l'applicazione nel territorio nella Provincia delle norme contenute nell'articolo 39 della legge 23 dicembre 1994, n. 724», subordinava la sanabilità amministrativa delle opere abusive anche al rispetto di tutta una serie di vincoli determinati dalla legislazione provinciale (cfr., in particolare, gli artt. 1 e 8), da accertare tramite speciali procedimenti dell'amministrazione provinciale, con esiti vincolanti per le amministrazioni comunali (cfr. gli artt. 5, 6 e 7).

Questa legislazione conferma, in una particolare realtà territoriale, quella che è una più generale caratteristica della legislazione sul condono, nella quale normalmente quest'ultimo ha effetti sia sul piano penale che sul piano delle sanzioni amministrative, ma che non esclude la possibilità che le procedure finalizzate al conseguimento dell'estinzione dalla punibilità penale si applichino ad un maggior numero di opere edilizie abusive rispetto a quelle per le quali operano gli effetti estintivi degli illeciti amministrativi; ciò è reso d'altra parte evidente nelle disposizioni dello stesso Capo IV della legge n. 47 del 1985, e successive modificazioni e integrazioni, che nell'art. 38 disciplina separatamente, al secondo ed al quarto comma, i presupposti del condono penale (il versamento dell'intera oblazione) ed amministrativo (il conseguimento del titolo abilitativo in sanatoria) e nell'art. 39 prevede che, ove si sia effettuata l'oblazione, si produca comunque l'estinzione dei reati anche ove «le opere non possano conseguire la sanatoria».

D'altra parte, anche l'art. 32 impugnato prevede, al comma 36, i presupposti per il verificarsi dell'effetto estintivo penale, mentre i diversi presupposti per il conseguimento del titolo abilitativo in sanatoria sono regolati dal comma 37, così confermando che i due effetti possono essere indipendenti l'uno dall'altro, dal momento che l'effetto penale si produce a prescindere dall'intervenuta concessione della sanatoria amministrativa e anche se la sanatoria amministrativa non possa essere concessa.

21. — L'insieme delle considerazioni fin qui sviluppate induce a ritenere alcune parti della nuova disciplina del condono edilizio contenuta nell'art. 32 impugnato contrastanti con gli artt. 117 e 118 Cost., per ciò che riguarda le Regioni ad autonomia ordinaria, nonché con gli artt. 4, numero 12, e 8 della legge costituzionale n. 1 del 1963, per ciò che riguarda la Regione Friuli-Venezia Giulia: ciò perché questa norma, in particolare, comprime l'autonomia legislativa delle Regioni, impedendo loro di fare scelte diverse da quelle del legislatore nazionale, ancorché nell'ambito dei principi legislativi da questo determinati.

L'individuazione di profili di sicura competenza statale nella disciplina in esame, sia per la parte relativa agli aspetti penalistici sia per la parte relativa alla determinazione dei principi fondamentali sul governo del territorio, inducono questa Corte ad una dichiarazione di illegittimità costituzionale solo parziale, limitandola a quelle disposizioni del testo legislativo che, in contraddizione con gli stessi enunciati dell'art. 32 (il comma 3 afferma che «le condizioni, i limiti e le modalità del rilascio del predetto titolo abilitativo sono stabilite dal presente articolo e dalle normative regionali», mentre il comma 4 stabilisce che «sono in ogni caso fatte salve le competenze delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome di Trento e di Bolzano»), escludono il legislatore regionale da ambiti materiali che invece ad esso spettano, sulla base delle disposizioni costituzionali e statutarie.

Il riconoscimento in capo alle regioni di adeguati poteri legislativi, da esercitare entro termini congrui, rafforza indirettamente anche il ruolo dei comuni, dal momento che indubbiamente questi possono influire sul procedimento legislativo regionale in materia, sia informalmente sia, in particolare, usufruendo dei vari strumenti di partecipazione previsti dagli statuti e dalla legislazione delle Regioni (in anticipazione o in attuazione di quanto ora previsto dal nuovo quarto comma dell'art. 123 Cost.).

Alla stregua di quanto sopra detto, deve essere dichiarato costituzionalmente illegittimo anzitutto il comma 26 dell'art. 32, nella parte in cui non prevede che la legge regionale possa determinare la possibilità, le condizioni e le modalità per l'ammissibilità a sanatoria di tutte le tipologie di abuso edilizio di cui all'Allegato 1 del d.l. n. 269 del 2003.

Analoga dichiarazione di illegittimità costituzionale va pronunziata per il comma 25 dell'art. 32, nella parte in cui non prevede che la legge regionale di cui al comma 26, possa determinare limiti volumetrici inferiori a quelli indicati nella medesima disposizione.

In terzo luogo, i possibili diversi limiti opponibili dalla legge regionale non possono non riguardare anche quelle opere situate nel territorio regionale cui i commi 14 e seguenti dell'art. 32 rendono applicabile il condono, malgrado si tratti di beni che insistono su aree di proprietà dello Stato o facenti parte del demanio statale: da ciò la dichiarazione di illegittimità costituzionale del comma 14, nella parte in cui non prevede che la legge regionale di cui al comma 26 si applichi anche a questa categoria particolare di opere.

In quarto luogo, appare del tutto incongrua, rispetto alla complessità delle scelte spettanti alle autonomie regionali, la determinazione nel comma 33 di un termine perentorio di sessanta giorni — connesso alla previsione di cui alla lettera *b*) del comma 26 — entro il quale le Regioni dovrebbero esercitare il loro potere normativo; da ciò la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'inciso «entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto» e la necessità che esso sia sostituito con il rinvio esplicito alla legge regionale di cui al comma 26.

In quinto luogo, va altresì dichiarata la incostituzionalità del comma 37, nella parte in cui non prevede che la legge regionale di cui al comma 26 possa disciplinare diversamente gli effetti del silenzio, protratto oltre il termine ivi previsto, del comune cui gli interessati abbiano presentato la documentazione richiesta.

In sesto luogo, va dichiarata l'illegittimità costituzionale del comma 38, nella parte in cui prevede che sia l'Allegato 1 dello stesso d.l. n. 269 del 2003, anziché la legge regionale di cui al comma 26, a determinare la misura dell'anticipazione degli oneri concessori, non-

ché le relative modalità di versamento; conseguentemente, è da dichiarare costituzionalmente illegittimo lo stesso Allegato 1, nelle parti in cui determina la misura dell'anticipazione degli oneri concessori e le relative modalità di versamento.

In settimo luogo, deve essere dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 32 impugnato, nella parte in cui non prevede che la legge regionale di cui al comma 26 debba essere emanata entro un congruo termine da stabilirsi ad opera del legislatore statale.

Infatti, il necessario riconoscimento del ruolo legislativo delle regioni nella attuazione della legislazione sul condono edilizio straordinario esige, ai fini dell'operatività della normativa in esame, che il legislatore nazionale provveda alla rapida fissazione di un termine, che dovrà essere congruo perché le regioni e le province autonome possano determinare tutte le specificazioni cui sono chiamate dall'art. 32 — quale risultante dalla presente sentenza — sulla base del dettato costituzionale e dei rispettivi statuti speciali. Il legislatore nazionale dovrà inoltre provvedere a ridefinire i termini previsti, per gli interessati, nei commi 15 e 32 dell'art. 32, nonché nell'Allegato 1 al d.l. n. 269 del 2003, convertito in legge ad opera della legge n. 326 del 2003, di recente già prorogati dal d.l. n. 82 del 2004, convertito dalla legge n. 141 del 2004 (cioè ovviamente facendo salve le domande già presentate). È peraltro evidente che la facoltà degli interessati di presentare la domanda di condono dovrà essere esercitabile in un termine ragionevole a partire dalla scadenza del termine ultimo posto alle Regioni per l'esercizio del loro potere legislativo.

In considerazione della particolare struttura del condono edilizio straordinario qui esaminato, che presuppone un'accentuata integrazione fra il legislatore statale ed i legislatori regionali, l'adozione della legislazione da parte delle Regioni appare non solo opportuna, ma doverosa e da esercitare entro il termine determinato dal legislatore nazionale; nell'ipotesi limite che una Regione o Provincia autonoma non eserciti il proprio potere legislativo in materia nel termine massimo prescritto, a prescindere dalla considerazione se ciò costituisca, nel caso concreto, un'ipotesi di grave violazione della leale cooperazione che deve caratterizzare i rapporti fra Regioni e Stato, non potrà che trovare applicazione la disciplina dell'art. 32 e dell'Allegato 1 del d.l. n. 269 del 2003, così come convertito in legge dalla legge n. 326 del 2003 (fatti salvi i nuovi termini per gli interessati).

Le suddette considerazioni assorbono i rilievi mossi contro i commi 1, 2, 3 e 4 dell'art. 32.

22. — Le conclusioni appena raggiunte circa la parziale illegittimità costituzionale delle disposizioni impuginate per violazione delle attribuzioni costituzionalmente riconosciute alle autonomie regionali non possono non influire sulla valutazione delle ulteriori e più generali censure di ordine sostanziale proposte dalle Regioni ricorrenti.

23. — Alcune delle Regioni ricorrenti contestano la complessiva legittimità costituzionale della nuova legislazione sul condono edilizio poiché opererebbe un illegittimo bilanciamento fra valori costituzionali primari ed altri interessi pubblici: in particolare, si sacrificerebbe irrimediabilmente la tutela dei beni ambientali e paesaggistici di cui al secondo comma dell'art. 9 Cost., così violando anche l'art. 117, terzo comma, Cost., che affida alla competenza regionale la valorizzazione dei beni ambientali. La giurisprudenza costituzionale avrebbe elaborato un «principio costituzionale di indisponibilità dei valori costituzionalmente tutelati»; conseguentemente, il valore costituzionale di un ordinato assetto del territorio non potrebbe «essere scambiato con valori puramente finanziari», come invece avverrebbe nel caso della sanatoria edilizia.

La questione non è fondata.

Non v'è dubbio che gli interessi coinvolti nel condono edilizio, in particolare quelli relativi alla tutela del paesaggio come «forma del territorio e dell'ambiente», siano stati ripetutamente qualificati da questa Corte come «valori costituzionali primari» (cfr., tra le molte, le sentenze n. 151 del 1986, n. 359 e n. 94 del 1985); primarietà che la stessa giurisprudenza costituzionale ha esplicitamente definito come «insuscettibilità di subordinazione ad ogni altro valore costituzionalmente tutelato, ivi compresi quelli economici» (in questi termini, v. sentenza n. 151 del 1986). Tale affermazione rende evidente che questa «primarietà» non legittima un primato assoluto in una ipotetica scala gerarchica dei valori costituzionali, ma origina la necessità che essi debbano sempre essere presi in considerazione nei concreti bilanciamenti operati dal legislatore ordinario e dalle pubbliche amministrazioni; in altri termini, la «primarietà» degli interessi che assicurano alla qualifica di «valori costituzionali» non

può che implicare l'esigenza di una compiuta ed esplicita rappresentazione di tali interessi nei processi decisionali all'interno dei quali si esprime la discrezionalità delle scelte politiche o amministrative.

Il bilanciamento che nel caso di specie verrebbe in considerazione, secondo le ricorrenti, è quello tra i valori tutelati in base all'art. 9 Cost. e le esigenze di finanza pubblica; a questo proposito, però, le Regioni ritengono che nella disciplina impugnata si opererebbe una totale e definitiva compromissione dell'interesse paesistico-ambientale: ciò in quanto uno dei due interessi (quello relativo alla tutela dell'ambiente, del paesaggio e del territorio) apparirebbe, a differenza dell'altro, sacrificato in via del tutto definitiva (e ciò a differenza di altri condoni, come quello fiscale, che pure comportano effetti di clemenza penale).

In realtà, questa Corte, nella sua copiosa giurisprudenza in tema di condono edilizio, ha più volte riconosciuto — in particolare nella sentenza n. 85 del 1998 — come in un settore del genere vengano in rilievo una pluralità di interessi pubblici, che devono necessariamente trovare un punto di equilibrio, poiché il fine di questa legislazione è quello di realizzare un contemperamento dei valori in gioco: quelli del paesaggio, della cultura, della salute, della conformità dell'iniziativa economica privata all'utilità sociale, della funzione sociale della proprietà da una parte, e quelli di fondamentale rilevanza sul piano della dignità umana, dell'abitazione e del lavoro, dall'altra (sentenze n. 302 del 1996 e n. 427 del 1995).

Alla luce di tali considerazioni, la disciplina del condono edilizio di cui all'art. 32 impugnato, come risultante dalle già argomentate dichiarazioni di illegittimità costituzionale parziale (che ne determinano, tra l'altro, la sostanziale discontinuità rispetto ai precedenti condoni del 1985 e del 1994), non appare, allo stato attuale, in contrasto con la primarietà dei valori sanciti nell'art. 9 Cost. È infatti evidente che la tutela di un fondamentale valore costituzionale sarà tanto più effettiva quanto più risulti garantito che tutti i soggetti istituzionali cui la Costituzione affida poteri legislativi ed amministrativi siano chiamati a contribuire al bilanciamento dei diversi valori in gioco. E il doveroso riconoscimento alla legislazione regionale di un ruolo specificativo — all'interno delle scelte riservate al legislatore nazionale — delle norme in tema di condono contribuisce senza dubbio a rafforzare la più attenta e specifica considerazione di quegli interessi pubblici, come la tutela dell'ambiente e del paesaggio, che sono — per loro natura — i più esposti a rischio di compromissione da parte delle legislazioni sui condoni edilizi.

24. — Non pochi rilievi di costituzionalità sollevati dalle Regioni concernono la violazione dell'art. 3 Cost., sotto il profilo della pretesa irragionevolezza del nuovo condono edilizio, in relazione ad una serie di elementi convergenti, essenzialmente caratterizzati dalla mancata considerazione, da parte del legislatore statale, dei mutamenti che si sono prodotti nel periodo più recente nella legislazione e nella gestione urbanistica. In sostanza, la attuale disciplina in tema di condono edilizio si porrebbe in contrasto con il principio di ragionevolezza, poiché mancherebbero del tutto quelle circostanze eccezionali che, nelle precedenti situazioni, avevano portato la Corte costituzionale a ritenere giustificata la sanatoria; inoltre, l'irragionevolezza scaturirebbe dalla inidoneità intrinseca dello strumento rispetto agli scopi perseguiti in modo esplicito o implicito.

Le predette argomentazioni sono basate sulla circostanza secondo la quale, nelle precedenti occasioni, il condono era stato ritenuto strumento costituzionalmente accettabile in quanto inteso come «chiusura di una epoca di illegalità e punto di partenza di una nuova legalità»; e ciò in considerazione sia delle caratteristiche della normativa urbanistica allora in vigore, che appariva arcaica e farraginosa, sia della evidente incapacità dei comuni di assicurare il rispetto della medesima normativa.

Secondo le ricorrenti, invece, occorrerebbe prendere atto che — al momento attuale — da una parte la ripetizione nel tempo del condono vanificherebbe i suoi effetti positivi, rinviando di continuo il punto di «ripartenza» della nuova legalità, mentre, dall'altra, sarebbe venuta meno quella situazione di farraginosità normativa che aveva giustificato la sanatoria del 1985 e che già nel 1994 (sentenza n. 427 del 1995) non era più considerata elemento rilevante. Inoltre, nel periodo più recente si sarebbe potuto registrare non solo il consolidamento della nuova legislazione urbanistica, specie tramite l'adozione del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia di cui al d.P.R. n. 380 del 2001, ma anche un significativo incremento delle attività di repressione degli illeciti edilizi e dunque un aumento del tasso complessivo di legalità nel settore.

Conseguentemente, la disciplina di sanatoria in esame, per le ricorrenti, da un lato sarebbe priva degli antichi presupposti che ne potevano sorreggere l'intrinseca adeguatezza rispetto agli obiettivi di riassetto del territorio, dall'altro assumerebbe inevitabilmente una potenzialità dannosa rispetto ai medesimi obiettivi, poiché si vanificherebbe quanto fino ad oggi è stato realizzato con il decisivo apporto delle autonomie territoriali.

In relazione agli obiettivi impliciti (l'entrata finanziaria), le Regioni ricorrenti affermano che la quantificazione delle risorse acquisibili alle casse dello Stato risulterebbe fondata su elementi assolutamente incerti e aleatori; in secondo luogo, si afferma che alle entrate programmate dovrebbero corrispondere certamente ingenti oneri di spesa aggiuntiva a carico degli enti territoriali per la realizzazione delle opere di urbanizzazione e per la riqualificazione del territorio, oneri che non sarebbero stati stimati esattamente dal legislatore statale, così impedendo ogni corretto bilanciamento dei valori costituzionali in gioco.

Le questioni, nei termini appena precisati, non sono fondate.

Questa Corte, nella già richiamata giurisprudenza in tema di condono edilizio, ha più volte messo in evidenza che fondamento giustificativo di questa legislazione è stata la necessità di «chiudere un passato illegale» in attesa di poter infine giungere ad una repressione efficace dell'abusivismo edilizio, pur se non sono state estranee a simili legislazioni anche «ragioni contingenti e straordinarie di natura finanziaria» (tra le altre, cfr. sentenze n. 256 del 1996, n. 427 del 1995 e n. 369 del 1988, nonché ordinanza n. 174 del 2002).

Ciò a giustificazione di un provvedimento normativo senza dubbio eccezionale e straordinario, che deve trovare la propria *ratio* sia nella «persistenza del fenomeno dell'abusivismo, con conseguente esigenza di recupero della legalità», sia nella imputabilità di tale fenomeno di abusivismo «almeno in parte, proprio alla scarsa incisività e tempestività dell'azione di controllo del territorio da parte degli enti locali e delle Regioni» (cfr. sentenza n. 256 del 1996 e, analogamente, sentenze n. 302 del 1996 e n. 270 del 1996).

Su questo piano, non può negarsi che la legislazione statale negli ultimi anni sia profondamente mutata, prevedendo ormai strumenti preventivi e repressivi adeguati, e che abbia trovato anche una sua relativa stabilizzazione nel recente testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia adottato con d.P.R. n. 380 del 2001 (non a caso, il comma 2 dello stesso art. 32 impugnato si riferisce appunto — seppur con norma contestata dalle ricorrenti ed alla quale si farà riferimento oltre — a questo testo unico come ad una fonte idonea a creare discontinuità nella stessa legittimazione ad adottare un condono edilizio).

Al tempo stesso, non poche realtà comunali e regionali sembrano aver assunto linee di politica amministrativa e legislativa coerenti con un'azione di contrasto dell'abusivismo edilizio, anche se certo non in modo omogeneo in tutto il territorio nazionale.

In realtà, la giurisprudenza di questa Corte ha sempre considerato ogni condono edilizio, che incide — come si è ripetutamente sottolineato — sulla sanzionabilità penale e sulla stessa certezza del diritto, nonché sulla tutela di valori essenziali come il paesaggio e l'equilibrato sviluppo del territorio, solo come un istituto «a carattere contingente e del tutto eccezionale» (in tale senso, ad esempio, sentenze n. 427 del 1995 e n. 416 del 1995), ammissibile solo «negli stretti limiti consentiti dal sistema costituzionale» (sentenza n. 369 del 1988), dovendo in altre parole «trovare giustificazione in un principio di ragionevolezza» (sentenza n. 427 del 1995).

Pertanto questa Corte, specie dinanzi alla sostanziale reiterazione — tramite l'art. 39 della legge n. 724 del 1994 — del condono edilizio degli anni ottanta, più volte ha ammonito che non avrebbe superato il vaglio di costituzionalità una ulteriore reiterazione sostanziale della preesistente legislazione del condono (fra le molte, cfr. sentenze n. 427 del 1995 e n. 416 del 1995, nonché ordinanze n. 174 del 2002, n. 45 del 2001 e n. 395 del 1996).

Tali affermazioni, tuttavia, non implicano l'illegittimità costituzionale di ogni tipo di condono edilizio straordinario, mai affermata da questa Corte.

Piuttosto, occorre uno stretto esame di costituzionalità del testo legislativo che preveda un nuovo condono edilizio, al fine di individuare un ragionevole fondamento, nonché elementi di discontinuità rispetto ai precedenti condoni edilizi, in modo da evitare l'obiezione secondo cui si sarebbe in realtà prodotto un vero e proprio ordinamento legislativo stabile, diverso e contrapposto a quello ordinario, della cui gestione per di più sono in larga parte titolari soggetti istituzionali diversi dallo Stato.

Sottoponendo l'art. 32 oggetto del presente giudizio all'esame se sussista una giustificazione del condono, rileva il comma 2 di questo articolo, il quale esprime — seppure con linguaggio in parte improprio — l'opportunità che si preveda ancora una volta un intervento straordinario di condono edilizio nelle contingenze particolari della recente entrata in vigore del testo unico delle disposizioni in materia edilizia (che — tra l'altro — disciplina analiticamente la vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia e le relative responsabilità e sanzioni), nonché dell'entrata in vigore del nuovo Titolo V della seconda Parte della Costituzione, che consolida ulteriormente nelle regioni e negli enti locali la politica di gestione del territorio. In tale particolare contesto, pur trattandosi ovviamente di scelta nel merito opinabile, non sembrano rilevare elementi di irragionevolezza tali da condurre ad una dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 32.

In realtà, il comma 2 dell'art. 32 è stato interpretato da alcune ricorrenti come finalizzato a sospendere l'esercizio dei poteri legislativi delle stesse Regioni «nelle more dell'adeguamento della disciplina regionale ai principi contenuti nel testo unico» e quindi a legittimare l'intervento legislativo statale, che supplirebbe al mancato intervento delle Regioni. Peraltro, un'interpretazione del genere urterebbe in modo palese sia con la nuova disciplina costituzionale, che non subordina l'esercizio dei poteri regionali al previo recepimento dei principi fondamentali, sia con l'indirizzo giurisprudenziale di questa Corte sul principio di continuità legislativa (cfr. fra le altre, sentenze n. 383 e n. 376 del 2002, nonché ordinanza n. 270 del 2003).

Da ciò la necessità che, invece, al comma 2 dell'art. 32 si dia l'interpretazione prima esposta, compatibile con l'attuale ordinamento costituzionale, tra l'altro così valorizzando il dato testuale dell'inciso in esso contenuto «in conformità al titolo V della Costituzione».

25. — Quanto agli altri rilievi di costituzionalità formulati dalle Regioni ricorrenti in relazione alla complessiva normativa di cui all'art. 32, va anzitutto fatto riferimento a quello fondato sulla pretesa violazione del giudicato costituzionale e cioè di quanto previsto dal terzo comma dell'art. 137 Cost.: a tal fine vengono citate, in particolare, le sentenze n. 427 e n. 416 e del 1995, n. 231 del 1993, n. 369 e n. 302 del 1988, con cui sarebbe stato «attribuito al regime di sanatoria [...] carattere episodico e delimitato temporalmente», pena la sua illegittimità costituzionale.

La questione non è fondata.

Anche volendosi prescindere dal fatto che, come affermato in precedenza, la giurisprudenza di questa Corte non può essere interpretata come assolutamente preclusiva rispetto alla ammissibilità di condoni edilizi straordinari, la censura è priva di fondamento, in quanto l'ultimo comma dell'art. 137 Cost. non può essere riferito ad un nuovo atto legislativo ritenuto contrastante con precedenti affermazioni di questa Corte relative ad altri atti legislativi.

26. — Le ricorrenti sostengono, inoltre, che l'art. 32 contrasterebbe con l'art. 119 Cost., in quanto il condono edilizio previsto dalla normativa impugnata sarebbe stato disposto in vista di esigenze finanziarie del bilancio statale, ma comporterebbe spese particolarmente ingenti, di vario genere, a carico delle finanze comunali, a fronte di una compartecipazione al gettito delle operazioni di condono che sarebbe decisamente esigua.

La questione non è fondata.

All'evidente interesse dello Stato agli introiti straordinari derivanti dall'oblazione (solo parzialmente ridotti dalla previsione, di cui al comma 41, secondo cui spetta ai comuni la metà delle somme riscosse a conguaglio dell'oblazione), corrispondono, nell'art. 32 impugnato, quattro diverse forme di possibile incremento delle finanze locali, previste dai commi 33, 34, 40 e 41; tali entrate non solo sono di ardua quantificazione, ma sono difficilmente raffrontabili con gli impegni finanziari delle amministrazioni comunali conseguenti all'applicazione del condono edilizio (a loro volta di incerta entità). Inoltre, l'attribuzione al legislatore regionale del potere di specificare la disciplina del condono sul piano amministrativo, secondo quanto esposto al precedente punto 21, potrà far considerare in questa legislazione regionale i profili attinenti alle conseguenze del condono sulle finanze comunali.

27. — In relazione alla censura concernente la pretesa illegittimità costituzionale dell'art. 32, per violazione del principio di leale collaborazione nei procedimenti legislativi — che sarebbe affermato o deducibile dall'art. 2 del d.lgs. n. 281 del 1997 — e del principio costituzionale che prescriverebbe «la partecipazione regionale al procedimento legislativo

delle leggi statali ordinarie, quando queste intervengono in materia di competenza concorrente», che sarebbe desumibile dall'art. 11 della legge costituzionale n. 3 del 2001, secondo le ricorrenti tale violazione sarebbe resa palese dal fatto che le Regioni non sono state consultate attraverso la Conferenza Stato-Regioni né in sede di adozione del decreto-legge, né in sede di adozione del disegno di legge di conversione.

La questione non è fondata.

Ciò anzitutto perché non è individuabile un fondamento costituzionale dell'obbligo di procedure legislative ispirate alla leale collaborazione tra Stato e Regioni (né risulta sufficiente il sommario riferimento all'art. 11 della legge costituzionale n. 3 del 2001).

Quanto alla disciplina contenuta nell'art. 2 del d.lgs. n. 281 del 1997 (atto normativo primario), essa prevede solo un parere non vincolante della Conferenza Stato-Regioni sugli «schemi di disegni di legge e di decreto legislativo o di regolamento», mentre non prevede ovviamente nulla di analogo per i decreti-legge, la cui adozione è consentita, ai sensi dell'art. 77, secondo comma, Cost., solo «in casi straordinari di necessità e di urgenza»; né è pensabile che il parere della Conferenza Stato-Regioni possa essere chiesto sul disegno di legge di conversione, che deve essere presentato immediatamente alle Camere e non può che avere il contenuto tipico di un testo di conversione. In relazione alla previsione, nel comma 5 dell'art. 2 del d.lgs. n. 281 del 1997, che il Governo debba sentire la Conferenza Stato-Regioni successivamente, nella fase della conversione dei decreti-legge, la procedura ivi prevista appare configurata come una mera eventualità.

28. — Debbono a questo punto essere esaminati gli specifici profili di censura di singole disposizioni avanzati dalle ricorrenti nell'ipotesi in cui questa Corte non avesse dichiarato la complessiva illegittimità costituzionale dell'art. 32.

Al riguardo sono da considerare assorbiti non soltanto i rilievi relativi alle disposizioni in precedenza dichiarate in parte costituzionalmente illegittime — commi 25, 26 e 37 — ma anche la specifica impugnazione del comma 35 (relativo alla documentazione da allegare alla domanda di condono), in quanto il particolare ruolo che viene ad essere riconosciuto ai legislatori regionali consente di ritenere soddisfatte le pretese delle ricorrenti. Analogamente è da dirsi in riferimento alla censura relativa ai commi da 14 a 20 dell'art. 32, dal momento che la dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale del comma 14 risponde pienamente alle ragioni di doglianza fatte valere nei ricorsi introduttivi del giudizio.

Va invece dichiarata non fondata la particolare questione concernente il comma 5 in relazione agli artt. 117 e 118 Cost., là dove è affidato al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, d'intesa con le Regioni interessate, un compito di supporto alle amministrazioni comunali ai fini dell'applicazione della disciplina oggetto del presente giudizio e per il coordinamento con la legge n. 47 del 1985 e con l'art. 39 della legge n. 724 del 1994. La previsione dell'intesa con ciascuna delle Regioni interessate, quale condizione affinché il Ministero possa esercitare questa attività di semplice «supporto» agli enti locali, rende evidente l'assenza di qualunque profilo di lesione delle competenze costituzionalmente riconosciute alle ricorrenti.

29. — Da ultimo, viene in considerazione la questione concernente il comma 49-ter, introdotto dalla legge di conversione, che viene impugnato in quanto, concentrando nell'autorità prefettizia la competenza a far effettuare le demolizioni conseguenti ad abusi edilizi, violerebbe il terzo comma dell'art. 117 Cost., in quanto norma di dettaglio e non principio fondamentale, e l'art. 118 Cost., in quanto sottrarrebbe ai comuni una funzione amministrativa, concentrandola in un organo statale senza che ciò sia giustificabile in base ad esigenze unitarie.

La questione è fondata.

La norma in oggetto sostituisce l'art. 41 del d.P.R. n. 380 del 2001, che, nella sua formulazione originaria, prevedeva le diverse procedure che il comune poteva seguire in tutti i casi in cui la demolizione dovesse avvenire a cura dello stesso comune (anche con l'intervento a sostegno di organi statali), con la possibilità, qualora si rivelasse impossibile l'affidamento dei lavori di demolizione, di darne notizia all'ufficio territoriale del Governo, il quale provvedeva alla demolizione. Il comma 49-ter prevede invece che il comune, così come le amministrazioni statali e regionali, debbano trasmettere ogni anno al prefetto l'elenco delle opere da demolire e che il prefetto provveda all'esecuzione delle demolizioni.

La disposizione in oggetto contrasta con il primo ed il secondo comma dell'art. 118 Cost., dal momento che non si limita ad agevolare ulteriormente l'esecuzione della demolizione delle opere abusive da parte del comune o anche, in ipotesi, a sottoporre l'attività comunale a forme di controllo sostitutivo in caso di mancata attività, ma sottrae al comune la stessa possibilità di procedere direttamente all'esecuzione della demolizione delle opere abusive, senza che vi siano ragioni che impongano l'allocazione di tali funzioni amministrative in capo ad un organo statale.

30. — Resta assorbito l'esame di ogni altra doglianza relativa ad ulteriori singoli commi dell'art. 32.

31. — Non vi è luogo a provvedere sulle istanze di sospensione dell'art. 32 del d.l. n. 269 del 2003 e dell'art. 32 dello stesso d.l. come risultante dalla conversione in legge ad opera della legge n. 326 del 2003, presentate dalle Regioni Campania, Marche, Toscana ed Emilia-Romagna.

Per questi motivi la Corte costituzionale, riservata ogni decisione sulle questioni di legittimità costituzionale relative agli artt. 14, 21 e 32, commi 21, 22 e 23 del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269 (*Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici*), convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326, sollevate dalle Regioni Campania, Toscana ed Emilia-Romagna con i ricorsi citati in epigrafe;

Riuniti i giudizi,

1) dichiara l'illegittimità costituzionale del comma 25 dell'art. 32 del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269 (*Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici*), nel testo originario e in quello risultante dalla legge di conversione n. 326 del 2003, nella parte in cui non prevede che la legge regionale di cui al comma 26 possa determinare limiti volumetrici inferiori a quelli ivi indicati;

2) dichiara l'illegittimità costituzionale del comma 26 dell'art. 32 del decreto-legge n. 269 del 2003, nel testo originario e in quello risultante dalla legge di conversione n. 326 del 2003, nella parte in cui non prevede che la legge regionale possa determinare la possibilità, le condizioni e le modalità per l'ammissibilità a sanatoria di tutte le tipologie di abuso edilizio di cui all'Allegato 1;

3) dichiara l'illegittimità costituzionale del comma 14 dell'art. 32 del decreto-legge n. 269 del 2003, nel testo originario e in quello risultante dalla legge di conversione n. 326 del 2003, nella parte in cui non prevede il rispetto della legge regionale di cui al comma 26;

4) dichiara l'illegittimità costituzionale del comma 33 dell'art. 32 del decreto-legge n. 269 del 2003, nel testo originario e in quello risultante dalla legge di conversione n. 326 del 2003, nella parte in cui prevede le parole «entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto» anziché le parole «tramite la legge di cui al comma 26»;

5) dichiara l'illegittimità costituzionale del comma 37 dell'art. 32 del decreto-legge n. 269 del 2003, nel testo originario e in quello risultante dalla legge di conversione n. 326 del 2003, nella parte in cui non prevede che la legge regionale di cui al comma 26 possa disciplinare diversamente gli effetti del prolungato silenzio del comune;

6) dichiara l'illegittimità costituzionale del comma 38 dell'art. 32 del decreto-legge n. 269 del 2003, nel testo originario e in quello risultante dalla legge di conversione n. 326 del 2003, nella parte in cui prevede che sia l'Allegato 1 dello stesso decreto-legge n. 269 del 2003, anziché la legge regionale di cui al comma 26, a determinare la misura dell'anticipazione degli oneri concessori, nonché le relative modalità di versamento;

7) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 32 del decreto-legge n. 269 del 2003, nel testo originario e in quello risultante dalla legge di conversione n. 326 del 2003, nella parte in cui non prevede che la legge regionale di cui al comma 26 debba essere emanata entro un congruo termine da stabilirsi dalla legge statale;

8) dichiara l'illegittimità costituzionale del comma 49-ter dell'art. 32 del decreto-legge n. 269 del 2003, introdotto dalla legge di conversione n. 326 del 2003;

9) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'Allegato 1 del decreto-legge n. 269 del 2003, nel testo originario e in quello risultante dalla legge di conversione n. 326 del 2003, nella parte in cui determina la misura dell'anticipazione degli oneri concessori e le relative modalità di versamento;

10) dichiara inammissibile il ricorso n. 6 del 2004, proposto dalla Regione Lazio;

11) dichiara inammissibili le questioni proposte dalla Regione Campania, con i ricorsi indicati in epigrafe, nei confronti dei commi 44, 45, 46, 47, 48, 49 e 50 dell'art. 32 del decreto-legge n. 269 del 2003, nonché dei commi 44, 45, 46, 47, 48, 49, 49-*bis*, 49-*quater* e 50 dell'art. 32 del decreto-legge n. 269 del 2003, come risultanti dalla conversione in legge ad opera della legge n. 326 del 2003;

12) dichiara inammissibile la questione proposta dalla Regione Marche, con il ricorso n. 8 del 2004, nei confronti del comma 10 dell'art. 32 del decreto-legge n. 269 del 2003 come risultante dalla conversione in legge ad opera della legge n. 326 del 2003;

13) dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 32 del decreto-legge n. 269 del 2003, nel testo originario e in quello risultante dalla legge di conversione n. 326 del 2003, per violazione degli artt. 32, 41 e 42 Cost., proposte dalla Regione Marche con i ricorsi indicati in epigrafe;

14) dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 32 del decreto-legge n. 269 del 2003, nel testo originario e in quello risultante dalla legge di conversione n. 326 del 2003, per violazione dell'art. 114 Cost., proposte dalla Regione Campania con i ricorsi indicati in epigrafe;

15) dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 32 del decreto-legge n. 269 del 2003, nel testo originario e in quello risultante dalla legge di conversione n. 326 del 2003, per violazione dell'art. 97 Cost., proposte dalle Regioni Emilia-Romagna, Umbria e Friuli-Venezia Giulia, con i ricorsi indicati in epigrafe;

16) dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 32 del decreto-legge n. 269 del 2003, nel testo originario e in quello risultante dalla legge di conversione n. 326 del 2003, per violazione dell'art. 3 Cost., sotto il profilo del principio di eguaglianza, proposte dalle Regioni, Marche, Toscana, Emilia-Romagna, Umbria e Friuli-Venezia Giulia, con i ricorsi indicati in epigrafe;

17) dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 32 del decreto-legge n. 269 del 2003, nel testo originario e in quello risultante dalla legge di conversione n. 326 del 2003, per violazione dell'art. 25 Cost., proposte dalla Regione Marche con i ricorsi indicati in epigrafe;

18) dichiara cessata la materia del contendere in relazione alle questioni di legittimità costituzionale del comma 10 dell'art. 32 del decreto-legge n. 269 del 2003, per violazione degli artt. 118 e 119 Cost., proposte dalle Regioni Marche e Toscana con i ricorsi n. 81 e n. 82 del 2003;

19) dichiara cessata la materia del contendere in relazione alle questioni di legittimità costituzionale dei commi 6, 9 e 24 dell'art. 32 del decreto-legge n. 269 del 2003, nel testo originario e in quello risultante dalla legge di conversione n. 326 del 2003, proposte dalle Regioni Marche e Toscana con i ricorsi indicati in epigrafe;

20) dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 32 del decreto-legge n. 269 del 2003, nel testo originario e in quello risultante dalla legge di conversione n. 326 del 2003, per violazione dell'art. 77 Cost., proposte con i ricorsi indicati in epigrafe;

21) dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 32 del decreto-legge n. 269 del 2003, come risultante dalla conversione in legge ad opera della legge n. 326 del 2003, per violazione dell'art. 79 Cost., proposta dalla Regione Marche con il ricorso n. 10 del 2004;

22) dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 32 del decreto-legge n. 269 del 2003, nel testo originario e in quello risultante dalla legge di conversione n. 326 del 2003, per violazione dell'art. 9 Cost., proposte con i ricorsi indicati in epigrafe;

23) dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 32 del decreto-legge n. 269 del 2003, nel testo originario e in quello risultante dalla legge di conversione n. 326 del 2003, per violazione dell'art. 3 Cost., sotto il profilo del principio di ragionevolezza, proposte con i ricorsi indicati in epigrafe;

24) dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 32 del decreto-legge n. 269 del 2003, nel testo originario e in quello risultante dalla legge di conversione n. 326 del 2003, per violazione dell'art. 137, terzo comma, Cost., proposta dalla Regione Campania con i ricorsi indicati in epigrafe;

25) dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 32 del decreto-legge n. 269 del 2003, nel testo originario e in quello risultante dalla legge di conversione n. 326 del 2003, per violazione dell'art. 119 Cost., proposte con i ricorsi indicati in epigrafe;

26) dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 32 del decreto-legge n. 269 del 2003, nel testo originario e in quello risultante dalla legge di conversione n. 326 del 2003, per violazione del principio di leale collaborazione, proposte con i ricorsi indicati in epigrafe;

27) dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale del comma 5 dell'art. 32 del decreto-legge n. 269 del 2003, nel testo originario e in quello risultante dalla legge di conversione n. 326 del 2003, per violazione degli artt. 117 e 118 Cost., proposta dalle Regioni Marche e Toscana con i ricorsi indicati in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta il 24 giugno 2004».

ALLEGATO

Ordinanza emessa nell'udienza pubblica dell'11 maggio 2004 – Pres. G. Zagrebelsky.

«Considerato che il giudizio di costituzionalità delle leggi, promosso in via di azione ai sensi dell'art. 127 Cost. e degli artt. 31 e seguenti della legge 11 marzo 1953, n. 87 (*Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*), è configurato come svolgentesi esclusivamente fra soggetti titolari di potestà legislativa, fermi restando, per i soggetti privi di tale potestà, i mezzi di tutela delle loro posizioni soggettive, anche costituzionali, di fronte ad altre istanze giurisdizionali ed eventualmente anche di fronte a questa Corte in via incidentale;

Che pertanto, alla stregua della normativa in vigore e conformemente alla costante giurisprudenza di questa Corte (da ultimo, cfr. sentenza n. 338 del 2003), non è ammesso l'intervento in tali giudizi di soggetti privi di potere legislativo.

Per questi motivi la Corte costituzionale dichiara inammissibili gli interventi spiegati nei giudizi in via principale relativi all'art. 32 del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269 (*Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e la correzione dell'andamento dei conti pubblici*) nel testo originario e in quello risultante dalla legge di conversione n. 326 del 2003, dai comuni di Roma, Salerno, Ischia e Lacco Ameno, nonché dal CODACONS e dal *World Wide Fund For Nature (WWF) ONLUS*».

Corte costituzionale, ordinanza 28 giugno 2004, n. 197 – Pres. G. Zagrebelsky – Red. U. De Siervo.

«(Omissis). Ritenuto che con ordinanza del 20 novembre 2003 (R.O. n. 10 del 2004), il Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna, sezione di Parma, ha sollevato questione di legittimità costituzionale in via incidentale dell'art. 32 del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269 (*Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici*), per contrasto con gli artt. 3, 9, secondo comma, 32, primo comma, 97, primo comma, e 117, terzo comma, della Costituzione.

(Omissis). Che con otto ordinanze di identico contenuto, tutte adottate il 10 dicembre 2003 (R.O. numeri 104, 105, 106, 107, 108, 109, 241 e 242 del 2004), il Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 32 del d.l. n. 269 del 2003, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 326 del 2003, per contrasto con gli artt. 117, terzo comma, e 118, primo comma, Cost.

Che le ordinanze di rimessione sono state pronunciate nella fase cautelare di giudizi instaurati a seguito di ricorsi presentati per l'annullamento, previa sospensione, di ordinanze comunali con le quali si dispone la demolizione di opere eseguite abusivamente.

(*Omissis*). Che con quattro ordinanze rese in data 5 dicembre 2003 (R.O. numeri 246, 247, 248 e 249 del 2004), di contenuto sostanzialmente identico, il giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Verona ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 32, commi 1, 2, 25, 26, 27, 28, 32-37, del d.l. n. 269 del 2003, per contrasto con gli artt. 1, 2, 9, secondo comma, 32, primo comma, 79, primo comma, 97, primo comma, 111, secondo comma, 112, 117, terzo comma, 118, secondo comma e 120 Cost., e con il principio di uguaglianza;

(*Omissis*). Considerato che l'identità della normativa impugnata, la parziale coincidenza delle censure proposte e dei parametri costituzionali invocati, nonché delle argomentazioni svolte nelle ordinanze di rimessione, rendono opportuna la riunione dei giudizi.

Che questa Corte, con sentenza n. 196 resa in data odierna, nel pronunciarsi sui ricorsi proposti da diverse Regioni avverso l'art. 32 del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269 (*Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici*), nonché sul testo del medesimo art. 32 così come risultante ad opera della conversione in legge intervenuta con la legge 24 novembre 2003, n. 326 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, recante disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici), con cui venivano sollevate questioni in parte analoghe a quelle formulate dai rimettenti, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale parziale della normativa impugnata.

Che, pertanto, tale sentenza ha sostanzialmente modificato la disciplina dell'art. 32 sul quale i giudici rimettenti hanno sollevato le questioni di legittimità costituzionale oggetto del presente giudizio, rendendo necessario, conseguentemente, un nuovo esame dei termini delle questioni e della loro perdurante rilevanza nei giudizi *a quibus* (si vedano, analogamente, ordinanze n. 184 del 2003 e n. 67 del 2002).

Che, alla luce delle predette considerazioni, gli atti devono essere restituiti ai giudici rimettenti.

Per questi motivi la Corte costituzionale, riuniti i giudizi, ordina la restituzione degli atti al Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna, sezione di Parma, al Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte e al giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Verona.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 24 giugno 2004».

Corte costituzionale, ordinanza 28 giugno 2004, n. 198 – Pres. G. Zagrebelsky – Red. U. De Siervo.

«(*Omissis*) 1. — Il Presidente del Consiglio dei ministri ha impugnato, con distinti ricorsi, la legge della Regione Toscana 4 dicembre 2003, n. 55 (*Accertamento di conformità delle opere edilizie eseguite in assenza di titoli abilitativi, in totale o parziale difformità o con variazioni essenziali del territorio della Regione Toscana*), l'art. 4 della legge della Regione Marche 23 dicembre 2003, n. 29 (*Norme concernenti la vigilanza sull'attività edilizia nel territorio regionale*), la legge della Regione Emilia-Romagna 16 gennaio 2004, n. 1 (*Misure urgenti per la salvaguardia del territorio dall'abusivismo urbanistico ed edilizio*), per violazione degli artt. 3, 5, 81, primo e quarto comma, 117, secondo comma, lettera l), e terzo comma, 119, 127 e 134 della Costituzione.

Ha inoltre proposto impugnazione avverso la legge della Regione Friuli-Venezia Giulia 11 dicembre 2003, n. 22 (*Divieto di sanatoria eccezionale delle opere abusive*), denunciando la violazione, oltre che dei parametri costituzionali appena richiamati, anche dell'art. 4 della legge costituzionale 31 gennaio 1963, n. 1 (*Statuto speciale della Regione Friuli-Venezia Giulia*).

2. — Considerata l'identità delle doglianze formulate avverso le leggi regionali impugnate, i relativi giudizi possono essere riuniti per essere decisi con un'unica pronuncia.

3. — In via preliminare, devono essere dichiarate inammissibili le censure sollevate nei ricorsi in riferimento sia all'art. 51 che all'art. 134 della Costituzione, dal momento che non vengono addotte motivazioni a loro sostegno.

4. — Quanto alle altre censure, occorre prendere preliminarmente in esame le questioni sollevate dal ricorrente con riferimento agli artt. 5 e 127 della Costituzione, in quanto concernenti la possibilità per le Regioni di disporre dell'efficacia di una legge dello Stato nell'ambito del territorio regionale.

4.1. — Il ricorrente sostiene, a tale riguardo, che le leggi regionali impugnate violerebbero l'art. 5 Cost., in quanto l'adozione di norme regionali «meramente demolitorie» e «di reazione» alle norme statali, che statuiscano la non applicazione nel territorio regionale di disposizioni dello Stato, pregiudicherebbe l'unità giuridica della Repubblica; inoltre, le leggi regionali violerebbero l'art. 127, secondo comma, Cost., in quanto tale disposizione, riconoscendo alle Regioni la possibilità di impugnare di fronte a questa Corte le norme statali ritenute illegittime, implicitamente escluderebbe che il potere legislativo regionale possa essere utilizzato per contrastare l'applicazione di norme dello Stato.

4.2. — La questione è fondata.

Il Titolo V della parte II della Costituzione, così come le corrispondenti disposizioni degli statuti speciali, presuppongono che l'esercizio delle competenze legislative da parte dello Stato e delle Regioni, secondo le regole costituzionali di riparto delle competenze, contribuisca a produrre un unitario ordinamento giuridico, nel quale certo non si esclude l'esistenza di una possibile dialettica fra i diversi livelli legislativi, anche con la eventualità di parziali sovrapposizioni fra le leggi statali e regionali, che possono trovare soluzione mediante il promuovimento della questione di legittimità costituzionale dinanzi a questa Corte, secondo le scelte affidate alla discrezionalità degli organi politici statali e regionali.

Ciò che è implicitamente escluso dal sistema costituzionale è che il legislatore regionale (così come il legislatore statale rispetto alle leggi regionali) utilizzi la potestà legislativa allo scopo di rendere inapplicabile nel proprio territorio una legge dello Stato che ritenga costituzionalmente illegittima, se non addirittura solo dannosa o inopportuna, anziché agire in giudizio dinnanzi a questa Corte, ai sensi dell'art. 127 Cost. Dunque né lo Stato né le Regioni possono pretendere, al di fuori delle procedure previste da disposizioni costituzionali, di risolvere direttamente gli eventuali conflitti tra i rispettivi atti legislativi tramite proprie disposizioni di legge.

4.3. — La legge della Regione Friuli-Venezia Giulia 11 dicembre 2003, n. 22, significativamente intitolata «*Divieto di sanatoria eccezionale delle opere abusive*», non si limita ad adottare una legislazione più restrittiva della sanatoria edilizia, o parzialmente diversa rispetto a quanto previsto dall'art. 32 del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269 (*Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici*) quale risultante dalla conversione in legge ad opera della legge 24 novembre 2003 n. 326 (*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, recante disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici*), come è attualmente possibile sulla base della sentenza n. 196 del 2004 di questa Corte, ma nega la stessa possibilità di applicare la sanatoria edilizia statale di tipo straordinario nel territorio regionale, escludendo altresì che la presentazione della domanda di condono possa determinare la sospensione del procedimento finalizzato alla irrogazione delle sanzioni amministrative.

Come chiarito nella sentenza appena richiamata, le Regioni a statuto speciale che dispongono di potestà legislativa di tipo primario nel settore dell'urbanistica, tra le quali è da annoverare la Regione Friuli-Venezia Giulia in base all'art. 4, numero 12, del suo statuto — diversamente da quanto sembra sostenere la Avvocatura — devono rispettare la disciplina statale concernente la misura dell'oblazione, i relativi termini di versamento, ed in genere le relative articolazioni procedurali ed organizzative, mentre possono disciplinare diversamente la sanatoria amministrativa degli abusi edilizi commessi nel proprio territorio (al pari delle Regioni ad autonomia ordinaria) ed eventualmente subordinarla anche al rispetto dei vincoli previsti da proprie specifiche normative (secondo quanto questa Corte aveva già affermato nella sentenza n. 418 del 1995, relativa alla Provincia autonoma di Trento).

4.4. — L'art. 1, comma 2, della legge della Regione Toscana n. 55 del 2003 e l'art. 4, comma 6, della legge della Regione Marche n. 29 del 2003 esplicitamente dichiarano inapplicabili nei rispettivi territori regionali numerosi commi dell'art. 32 del d.l. n. 269 del 2003.

Entrambe queste leggi muovono dal presupposto che il comma 2 dell'art. 32 del d.l. n. 269 del 2003 disponga l'applicazione del condono straordinario solo in caso di mancato adeguamento da parte delle Regioni ai principi fondamentali in materia edilizia di cui al d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (*Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia*) e che quindi Regioni come la Toscana e le Marche, già adeguatesi alla nuova normativa, ben potrebbero disporre diversamente.

Anche a prescindere dalla considerazione che, comunque, una tale previsione non giustificerebbe l'unilaterale dichiarazione di inapplicabilità nei territori regionali di parte di un testo legislativo statale esplicitamente riferito all'intero territorio nazionale, questa Corte, nella sentenza n. 196 del 2004 (che pure riconosce nella materia in questione un significativo potere legislativo anche alle Regioni ad autonomia ordinaria), ha chiarito che il solo significato del comma 2 dell'art. 32 del d.l. n. 269 del 2003 compatibile con la vigente disciplina costituzionale è l'individuazione del contesto normativo entro il quale il condono è stato adottato.

4.5. — Anche la legge della Regione Emilia-Romagna n. 1 del 2004, all'art. 1, comma 3, lettera *d*), stabilisce la «generale non sanabilità delle violazioni in contrasto con la strumentazione urbanistica vigente» e, all'art. 2, prescrive che i comuni sospendano «ogni determinazione circa la conclusione dei procedimenti relativi alla definizione degli illeciti edilizi, così come regolati dall'art. 32 del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269». In tal modo, la legge regionale dell'Emilia-Romagna sostanzialmente esclude anch'essa la possibilità di applicazione della disciplina della sanatoria edilizia dettata dall'art. 32 del d.l. n. 269 del 2003.

5. — Per le ragioni assorbenti sopra indicate (cfr. il precedente punto 4.2.), la legge della Regione Friuli-Venezia Giulia n. 22 del 2003, la legge della Regione Toscana n. 55 del 2003, l'art. 4 della legge della Regione Marche n. 29 del 2003 e la legge della Regione Emilia-Romagna n. 1 del 2004, devono quindi essere dichiarate costituzionalmente illegittime.

6. — La dichiarazione di illegittimità costituzionale delle norme impugnate esime dall'analisi delle ulteriori censure proposte.

7. — Non vi è luogo a provvedere sulle istanze di sospensione formulate dallo Stato avverso la legge della Regione Toscana n. 55 del 2003, la legge della Regione Friuli-Venezia Giulia n. 22 del 2003, l'art. 4 della legge della Regione Marche n. 29 del 2003 e la legge della Regione Emilia-Romagna n. 1 del 2004.

Per questi motivi la Corte costituzionale, riuniti i giudizi:

1) dichiara l'illegittimità costituzionale della legge della Regione Toscana 4 dicembre 2003, n. 55 (*Accertamento di conformità delle opere edilizie eseguite in assenza di titoli abilitativi, in totale o parziale difformità o con variazioni essenziali, nel territorio della Regione Toscana*);

2) dichiara l'illegittimità costituzionale della legge della Regione Friuli-Venezia Giulia 11 dicembre 2003, n. 22 (*Divieto di sanatoria eccezionale delle opere abusive*);

3) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 della legge della Regione Marche 23 dicembre 2003, n. 29 (*Norme concernenti la vigilanza sull'attività edilizia nel territorio regionale*);

4) dichiara l'illegittimità costituzionale della legge della Regione Emilia-Romagna 16 gennaio 2004, n. 1 (*Misure urgenti per la salvaguardia del territorio dall'abusivismo urbanistico ed edilizio*).

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 24 giugno 2004».

Corte costituzionale, sentenza 28 giugno 2004, n. 199 – Pres. G. Zagrebelsky – Red. U. De Siervo.

«(Omissis) 1. — Il Presidente del Consiglio dei ministri ha sollevato conflitto di attribuzione nei confronti della Regione Campania in relazione alla deliberazione della Giunta 30 settembre 2003, n. 2827 (*Integrazione alle linee guida per la Pianificazione Territoriale Regionale in Campania, di cui alla delibera di Giunta Regionale n. 4459 del 30 settembre 2002, in materia di sanatoria degli abusi edilizi*), poiché tale atto mirerebbe a disapplicare nel-

l'ambito del territorio regionale la disciplina del condono edilizio contenuta nell'art. 32 del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269 (*Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici*).

L'atto impugnato — emanato allorché si aveva già notizia della approvazione del suddetto decreto-legge da parte del Consiglio dei ministri — consiste in una integrazione alle «linee guida» per la pianificazione territoriale regionale in Campania, previste dall'art. 14 della legge regionale 18 ottobre 2002, n. 26 (*Norme ed incentivi per la valorizzazione dei centri storici della Campania e per la catalogazione dei beni ambientali di qualità paesistica. Modifiche alla legge regionale 19 febbraio 1996, n. 3*), che erano state approvate con deliberazione n. 4459 della Giunta regionale del 30 settembre 2002. Nell'atto censurato, con il quale viene approvato un allegato dal titolo «Integrazione alle linee guida per la pianificazione regionale, in materia di sanatoria degli abusi edilizi. Divieto di sanatoria», si stabilisce che «al fine di salvaguardare l'identità e l'integrità del territorio regionale, non è ammessa la sanatoria delle opere edilizie realizzate in assenza dei necessari titoli abilitativi, ovvero in difformità o con variazioni essenziali rispetto a questi ultimi, e che siano in contrasto con gli strumenti urbanistici generali vigenti»; ciò sulla base della premessa «che, al fine di salvaguardare l'identità e l'integrità del territorio regionale, sempre più compromesso dal dilagante fenomeno dell'abusivismo edilizio, occorre prevedere che non saranno ammesse ipotesi di condono edilizio ulteriori rispetto a quelle previste dal Capo IV della legge 28 febbraio 1985, n. 47, e dall'art. 39 della legge 23 dicembre 1994, n. 724».

Il Governo lamenta che in tal modo la Regione intenderebbe disapplicare sul territorio regionale una legge statale, con ciò violando il principio di leale cooperazione fra le istituzioni repubblicane, nonché la competenza statale a disciplinare i titoli abilitativi ad edificare. La delibera regionale, inoltre, trascurerebbe che il fondamento dell'art. 32 del d.l. n. 269 del 2003 andrebbe ravvisato nella competenza esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile e penale, nonché negli artt. 81, primo e quarto comma, 119, secondo comma, e 120, secondo comma, Cost. L'atto della Giunta regionale, infine, sarebbe illegittimo e inidoneo a produrre effetti giuridici.

2. — Preliminarmente, devono essere esaminate le eccezioni di inammissibilità del ricorso governativo prospettate dalla Regione Campania.

Innanzitutto, secondo la Regione, l'atto introduttivo del giudizio non individuerrebbe il parametro costituzionale violato, né motiverebbe la asserita lesione di norme costituzionali da parte della delibera regionale, così oltretutto ponendo a carico della difesa regionale l'onere di dimostrare la «legittimità» dell'atto impugnato.

Pur senza negare un non sempre chiaro sovrapporsi di motivazioni diverse nelle memorie dell'Avvocatura (la maggior parte delle quali riferite, in realtà, al problema della titolarità del potere legislativo in materia), il rilievo va respinto, poiché i motivi del ricorso emergono con sufficiente chiarezza. La censura fondamentale, prospettata dallo Stato, è costituita dal rilievo che l'atto regionale — come si esprime il ricorso governativo — «mira [...] a sottrarre effettività a disposizioni legislative prodotte dallo Stato; esso appare perciò atto che contrasta anche con il canone della leale cooperazione tra istituzioni della Repubblica». La giurisprudenza di questa Corte è costante nel riconoscere che il principio della leale collaborazione costituisca parametro invocabile nel conflitto di attribuzione, in quanto la sua violazione determini la lesione delle competenze riconosciute allo Stato e alle Regioni (cfr. sentenze n. 255 del 2002 e n. 133 del 2001).

Altro motivo di inammissibilità eccepito dalla Regione deriverebbe dalla carenza di un interesse attuale al ricorso conseguente alla mancanza di lesività dell'atto regionale. Questo, infatti, sarebbe in realtà inidoneo a produrre effetti giuridici.

Anche tale eccezione deve essere respinta. Occorre infatti tenere distinto il profilo della concreta efficacia dell'atto regionale, rispetto alla lesione della sfera di attribuzioni dello Stato che comunque si produce attraverso l'adozione di un atto regionale di indirizzo che nega efficacia giuridica ad un atto normativo statale. L'atto impugnato, in sostanza, in quanto volto espressamente ad escludere l'applicazione della normativa statale nel territorio regionale, risulta idoneo ad incidere sulle competenze rivendicate dallo Stato. E tanto è sufficiente a ritenere ammissibile il ricorso.

Infine, secondo la difesa regionale, il conflitto sarebbe privo di «tono costituzionale», in quanto il ricorrente lamenterebbe semplicemente l'illegittimità dell'atto regionale, che costituirebbe un vizio dell'atto amministrativo censurabile avanti all'autorità giudiziaria.

In realtà, la delibera della Giunta della Regione Campania non viola semplicemente un decreto-legge dello Stato, ma contiene addirittura un rifiuto di riconoscere efficacia ad un'intera normativa statale, pur disponendo la Regione degli strumenti costituzionali per contestarne la eventuale illegittimità costituzionale; ciò che poi è avvenuto con il ricorso della stessa Regione Campania n. 76 del 2003, proposto avverso l'art. 32 del d.l. n. 269 del 2003, nonché con il ricorso n. 14 del 2004, avverso l'art. 32 del medesimo d.l., così come convertito in legge dalla legge 24 novembre 2003, n. 326 (*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, recante disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici*).

3. — Deve invece essere dichiarata inammissibile la censura, formulata dal ricorrente, secondo cui la delibera impugnata non terrebbe conto del fatto che l'art. 32 del d.l. n. 269 del 2003 sarebbe fondato sull'art. 117, secondo comma, lettera l), sull'art. 120, secondo comma, nonché sul combinato disposto dell'art. 81, primo e quarto comma, e dell'art. 119, secondo comma, Cost.

È evidente infatti come il richiamo di tali norme non costituisca riferimento ad un parametro di costituzionalità su cui valutare la delibera della Giunta regionale della Campania, ma attenga al diverso problema della titolarità della potestà legislativa in tema di condono edilizio di tipo straordinario, che non è oggetto del presente giudizio, bensì dei ricorsi decisi con sentenza di questa Corte n. 196 del 2004. Il problema che si pone in questa sede, invece, prescinde dalla legittimità o illegittimità costituzionale del decreto-legge che disciplina il condono edilizio e al quale si riferisce l'atto regionale impugnato, ma riguarda semplicemente la sussistenza della potestà della Regione di dichiarare, in un provvedimento amministrativo, l'inapplicabilità di un atto con forza di legge nel proprio territorio.

4. — La fondamentale censura mossa avverso la deliberazione della Giunta regionale della Campania è che tale atto manifesterebbe la volontà della Regione di non dare efficacia ad un atto avente forza di legge dello Stato, in tal modo violando «il canone della leale cooperazione tra istituzioni della Repubblica».

In questi termini, il ricorso è fondato.

Il Titolo V della Parte II della Costituzione, così come le corrispondenti parti degli statuti speciali, presuppongono, infatti, che l'esercizio delle potestà legislative da parte dello Stato e delle Regioni, secondo le regole costituzionali di riparto delle diverse competenze, contribuisca a produrre un unitario ordinamento giuridico, nel quale, certo, non si esclude l'esistenza di una possibile dialettica fra i diversi livelli legislativi, anche con la eventualità di parziali sovrapposizioni fra le leggi statali e regionali che possono trovare soluzione mediante il promovimento della questione di legittimità costituzionale dinanzi a questa Corte, secondo le scelte affidate alla discrezionalità degli organi politici statali e regionali.

Ciò che è implicitamente escluso dal sistema costituzionale è che il legislatore regionale (così come il legislatore statale rispetto alle leggi regionali) utilizzi la potestà legislativa allo scopo di rendere inapplicabile nel proprio territorio una legge dello Stato che ritenga costituzionalmente illegittima, se non addirittura solo dannosa o inopportuna, anziché agire in giudizio dinanzi a questa Corte, ai sensi dell'art. 127 Cost.. Dunque né lo Stato né le Regioni possono pretendere, al di fuori delle procedure previste da disposizioni costituzionali, di risolvere direttamente gli eventuali conflitti di competenza tramite proprie disposizioni di legge (cfr. sentenza n. 198 del 2004) o, tanto meno, tramite atti amministrativi di indirizzo che dichiarino o presuppongano l'inapplicabilità di un atto legislativo rispettivamente delle Regioni o dello Stato.

Ciò è quanto appunto fa la deliberazione della Giunta della Regione Campania 30 settembre 2003, n. 2827. Essa, infatti, da un lato, non ammette «la sanatoria delle opere edilizie realizzate in assenza dei necessari titoli abilitativi, ovvero in difformità o con variazioni essenziali rispetto a questi ultimi, e che siano in contrasto con gli strumenti urbanistici generali vigenti»; dall'altro lato, dispone che da questo divieto restano escluse le opere abusive che risultino ultimate entro il 31 dicembre 1993, per le quali sia stata presentata domanda di rilascio di titolo edilizio in sanatoria ai sensi e nei termini previsti dalle disposizioni di cui al Capo IV della legge 28 febbraio 1985, n. 47, ed all'art. 39 della legge 23 dicembre

1994, n. 724». In tal modo la delibera regionale esclude l'applicazione nel territorio della Regione Campania delle disposizioni concernenti il condono edilizio contenute nell'art. 32 del d.l. n. 269 del 2003.

Tanto basta per ritenere che essa leda le attribuzioni costituzionali dello Stato e debba essere, conseguentemente, annullata.

Per questi motivi la Corte costituzionale, dichiara che non spetta alla Regione Campania, e per essa alla Giunta regionale adottare un atto con il quale si nega efficacia, all'interno del proprio territorio, ad un atto legislativo dello Stato; e per l'effetto annulla la deliberazione della Giunta della Regione Campania 30 settembre 2003, n. 2827 (Integrazione alle linee guida per la Pianificazione Territoriale Regionale in Campania, di cui alla delibera di Giunta Regionale n. 4459 del 30.09.2002, in materia di sanatoria degli abusi edilizi).

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 24 giugno 2004».

Omesso avviso al difensore nel giudizio di cassazione penale. Mancanza di strumenti di tutela.

(Corte di Cassazione, ordinanza 27 luglio 2000)

Premesse in punto di fatto.

La vicenda trae origine da un ricorso per Cassazione proposto dall'Avvocatura Generale dello Stato nell'interesse del Preside dell'I.T.C. M. dott. V. P. che si era avvalso del patrocinio erariale *ex art. 43 R.D. 1611/33*. Il medesimo era stato condannato dal Pretore di Roma per diffamazione nei confronti di un docente dell'Istituto da lui diretto. La Corte d'Appello aveva confermato la condanna. Avverso tale decisione l'Avvocatura dello Stato aveva adito la Corte di Cassazione. La Corte, probabilmente per una svista, omise di dare comunicazione della data dell'udienza all'Avvocatura dello Stato. Non risultando agli atti alcun difensore di fiducia la Suprema Corte procedeva alla nomina di un difensore d'ufficio. Il ricorso era respinto dalla Corte di Cassazione. L'Avvocatura, solo a seguito della comunicazione della sentenza, veniva a conoscenza della fissazione dell'udienza.

La singolarità ed anomalia della situazione, che non aveva consentito alla Avvocatura di esplicitare la propria attività difensiva nell'interesse del dott. V.P., fu segnalata alla Cancelleria della Corte di Cassazione, che suggerì informalmente al difensore del suddetto funzionario di proporre istanza di correzione di errore materiale. Ciò in quanto per analoghi precedenti la Corte avrebbe evitato all'omissione con la procedura della correzione di errore materiale. L'istanza di correzione veniva proposta alla Suprema Corte che la respingeva affermando il principio che l'omesso avviso al difensore costituisce causa di nullità assoluta sanata con il passaggio in giudicato della sentenza; la questione sottoposta quindi sarebbe stata estranea all'istituto della correzione di errore materiale che non inerisce certamente alle nullità intervenute nel corso del giudizio ma riguarda errori di mera forma.

A questo punto l'Avvocatura, ritenendo ingiustamente pretermessa la possibilità di esperire il proprio mandato difensivo, decideva di proporre incidente di esecuzione, sostenendo che la sentenza emessa senza contraddittorio andava considerata *tamquam non esset* perché in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico soprattutto alla luce della formulazione dell'art. 111 della Costituzione che ha sancito il diritto al contraddittorio nel processo penale come regola costituzionale.

Il giudice dell'esecuzione respingeva il ricorso, contro il parere favorevole all'accoglimento espresso dal P.M. in udienza, affermando che l'omesso avviso al difensore costituisce causa di nullità della sentenza, sanata dal giudicato.

La decisione suddetta era impugnata avanti alla Suprema Corte che si pronunciava in senso sfavorevole al ricorrente con la medesima motivazione del giudice dell'esecuzione.

Dalle premesse di fatto suesposte emerge che il diritto alla difesa in giudizio del V.P. è stato leso, ma che il nostro ordinamento non prevede alcuno strumento giuridico di tutela.

Tale situazione eccezionale suggerisce alcune considerazioni.

Il commento.

Il principio del contraddittorio (art. 101 c.p.c., 111 Cost.) è nel nostro ordinamento uno dei cardini del giusto processo, posto a garanzia del diritto di difesa in giudizio (1).

La necessaria correlazione tra la sentenza e l'accusa contestata nei confronti dell'imputato risponde all'esigenza di evitare che possa formare oggetto di pronuncia nei suoi confronti un fatto rispetto al quale egli non abbia avuto la possibilità di esporre le ragioni a sua discolora (2).

Tale *ratio* garantistica impone di considerare il contraddittorio tra le parti uno fra gli elementi essenziali per la costituzione e l'immanenza di un rapporto processuale valido (3).

In virtù di quanto detto, l'obbligo di notificazione dell'udienza assume evidentemente un ruolo (di conoscenza) essenziale ai fini della corretta instaurazione del contraddittorio tra le parti e dunque non solo non può in alcun modo essere eluso, ma impone di distinguere tra notificazione alla parte, che è espressione del generico potere di autodifesa riconosciute, e notificazione al difensore della parte costituita, in ossequio al principio che garantisce l'assistenza tecnica alla parte in giudizio (4).

(1) La regolare costituzione della (giusta) parte è requisito indefettibile per la statuizione del giudice. L'integrità della domanda, istituto a tutela del quale è preposto il contraddittorio, è tutelata anche da tutta una serie di altre disposizioni che ruotano intorno alle due maggiori enunciate nel testo (cfr. quella sul litisconsorzio necessario *ex* art. 102 c.p.c.; il comma 3 dell'art. 307 c.p.c., che dispone l'estinzione del processo per mancata integrazione del giudizio; l'art. 354 c.p.c. che prevede la rimessione della causa al primo giudice qualora il giudice d'appello riconosca che nel giudizio di primo grado doveva essere integrato il contraddittorio; il contraddittorio è garantito anche in altre ipotesi, come in quella *ex* 633 c.p.c., sia pur recuperato in un momento successivo all'emissione del decreto ingiuntivo e subordinato alla proposizione dell'opposizione *ex* art. 645 c.p.c. da parte del destinatario).

(2) Cfr. Cass., 5 aprile 1968, n. 130; Cass., 28 ottobre 1980, n. 11227.

(3) Cfr. Cass., 3 giugno 1968, n. 42; Cass. 23 febbraio 1970, n. 127; C. Cass., sez. I, 21 dicembre 1984, n. 2623; Cass., 17 ottobre 1984, n. 2026, in cui si afferma il principio, più volte ribadito in giurisprudenza, secondo cui l'omissione della citazione dell'interessato per la udienza è causa di nullità assoluta per violazione delle norme relative al contraddittorio; C. Cass., sez. V, 5 aprile 1968, n. 130; C. Cass., sez. V, 23 febbraio 1970, n. 127.

(4) Sul punto molto chiara è la sentenza della Cassazione del 21 dicembre 1984, n. 2632: pur articolandosi la difesa piena dell'imputato attraverso i due poli dell'autodifesa e dell'assistenza tecnica, le rispettive posizioni conservano, di regola, carattere di piena autonomia e la prima assume certamente nel momento genetico della necessità della difesa un carattere indefettibilmente prioritario e non può essere sostituita dalla seconda, che pur integrando nei casi previsti dalla legge, necessariamente l'altra, è pur sempre condizionata ad un atto di libera scelta da parte del giudice. In particolare, in tema di notificazioni – le quali assumono nella dinamica processuale, un ruolo funzionale alla attuazione del principio del contraddittorio, condizionandone lo stesso instaurarsi ed il grado di efficienza – le singole posizioni restano sempre rigorosamente distinte, persino nell'ipotesi di elezione di domicilio dell'imputato presso il difensore, che, in tale ipotesi, assume esclusivamente il ruolo di destinatario ai fini delle notifiche dovute al suo assistito, senza che con ciò solo possa ritenersi sussistere equipollenza ai fini delle notifiche dovutegli nella sua qualità di difensore; cfr. anche l'art. 6, lett. C), CEDU, che garantisce a ciascun accusato il diritto di difendersi personalmente o di avere l'assistenza di un difensore di sua scelta.

Dunque la notifica dell'udienza, garantendo la presenza del difensore che ha normalmente assistito ai diversi gradi di giudizio, costituisce una garanzia partecipativa minima posta a tutela del diritto alla difesa che, nel caso di specie, sembra essere stato menomato proprio per la nomina di un difensore d'ufficio, estraneo al corso dell'intero processo.

Tale omissione ha precluso all'imputato la possibilità di interloquire dinanzi alla Suprema Corte seguendo la linea difensiva tenuta durante tutti i precedenti stati e gradi del giudizio, violando quello che è un suo diritto potestativo personalissimo di scegliere le modalità della propria difesa.

Con la nomina del difensore d'ufficio si ritiene che la determinazione del giudice si sia autoritativamente sostituita a tale scelta (personale) dell'imputato.

La lesione del diritto di scelta si ripercuote inevitabilmente sulla pienezza del contenuto del diritto di cui all'art. 24 Cost. e, in particolare, sulla possibilità dell'imputato di far valere le proprie ragioni difensive in condizioni di parità, essendo stato privato di quella difesa tecnica in grado di vantare un grado di consapevolezza dell'iter processuale svolto fino a quel momento sicuramente maggiore rispetto alla conoscenza degli atti che può avere un difensore nominato successivamente, rimasto estraneo ai precedenti stati del processo.

Non vi sono dubbi che l'omessa notifica abbia prodotto una lacuna difensiva a danno dell'imputato, ma a ciò segue un paradosso anche maggiore e cioè la (presunta) non rilevanza di tale violazione.

Se così fosse infatti vi sarebbe una gravissima contraddizione interna all'ordinamento, dovendosi ammettere la sopravvivenza, per un «vuoto normativo», di un provvedimento emesso dall'autorità giudiziaria, palesemente incompatibile con i principi fondamentali.

L'importanza del diritto ad avere l'assistenza di un difensore di propria scelta appartiene al comune sentimento di giustizia e di buon senso, ed è per questo sancito anche dall'art. 6, lett. c), CEDU, proprio in ragione del fatto che tale circostanza si presenta come condizione imprescindibile per la realizzazione del diritto di ciascuno ad un processo «equo» (5).

Ebbene, senza alcun dubbio l'omissione dell'avviso al difensore di fiducia della data di udienza viola tale diritto dell'imputato, precludendogli la possibilità di proseguire attraverso una linea difensiva costante che costituisca il filo conduttore di ciascun grado di giudizio, nonché lo priva dello strumento generalmente apprestato dall'ordinamento per dispiegare al meglio le proprie difese.

In tal modo l'imputato risulta non essere più coadiuvato da un difensore che, in primo luogo, intrattenga un rapporto fiduciario con il proprio assistito, ma soprattutto, che vanti una conoscenza esaustiva dei fatti di causa ed abbia già approntato la migliore strategia difensiva.

Il non aver rilevato da parte della Corte il suddetto vizio – per il principio secondo cui il giudicato sana ogni vizio – ha messo l'imputato in condizioni di impossibilità di esperire qualunque rimedio processuale che gli permettesse di reagire al colpo inferto.

(5) Sul contraddittorio come corollario dell'art. 6 CEDU, e dunque garanzia fondamentale del processo, cfr. Corte Brandstetter c/ Austria, 28 agosto 1991, serie A/211. Si rinvia per ulteriori approfondimenti in tema di violazione della norma comunitaria ai seguenti paragrafi.

Poiché l'ordinamento non ammette certamente la sussistenza di un contrasto con i suoi stessi principi fondamentali così grave ed insanabile (l'art. 24 Cost. che garantisce la difesa in giudizio come *minimum* concesso a ciascun imputato (6)), si rende opportuna una disamina dei mezzi apprestati dall'ordinamento al fine di individuare lo strumento più idoneo cui ricorrere e, qualora non ve ne fossero, segnalare la lacuna legislativa, sembrando irragionevole, se non incostituzionale, cedere all'interpretazione che sorregga la non rilevanza di tale nullità.

Partendo da tale presupposto, sembra opportuno muoversi attraverso una analisi comparata dei modelli processualciviltistico e del giudizio penale.

Mentre infatti il processo civile appresta come mezzo di tutela la revocazione *ex art.* 395 c.p.c., nulla dispone in tema di processo penale, se non il rimedio della revisione *ex art.* 630 c.p.p.

Si cercherà dunque verificare preliminarmente la possibilità che l'istituto della revocazione trovi ingresso nel processo penale e, subordinatamente, se la revisione possa estendersi oltre le ipotesi tassativamente enunciate.

In caso positivo, la configurabilità dell'errore revocatorio si avrebbe, ai sensi del n. 4), se la sentenza sia l'effetto di un errore di fatto risultante dagli atti o dai documenti della causa (7).

La Cassazione penale ha avuto modo di pronunciarsi sulla questione relativa alla (8) eccezione di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede come motivo di revisione una ipotesi analoga a quella prevista come causa di revocazione dall'art. 395, n. 4) c.p.c., sollevata per contrasto con gli artt. 3, 24, 111 Cost.

Il problema della possibilità di trasfondere nel giudizio penale la norma processualciviltistica è stato sollevato già dalla Corte Costituzionale, che ha ritenuto illegittimo l'art. 395, n. 4 c.p.c. nella parte in cui non prevede la revocazione di sentenze della Corte di Cassazione per errore di fatto nella lettura di atti interni al suo stesso giudizio, in quanto «il diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento sarebbe gravemente offeso laddove tale tipo di errore non fosse suscettibile di emenda solo per essere stato perpetrato dal giudice cui spetta il potere-dovere di nomofilachia». (9)

(6) Il comma 2° dell'art. 24 Cost. così dispone: «La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento», mentre i commi 2° e 3° dell'art. 111 Cost. rafforzano tale principio con l'affermazione per cui ogni processo di svolge in contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità; si dispone altresì che nel processo penale si assicura alla persona accusata di un reato la possibilità di disporre del tempo e delle *condizioni* per preparare la sua difesa.

(7) Peraltro, contro cfr. Cass. civ., sez. I, 1 dicembre 1999, n. 13401, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 2420, in cui la Cassazione ritiene che l'errore di fatto che legittima l'impugnazione per revocazione ai sensi dell'art. 395 c.p.c. è configurabile quando sussiste un contrasto tra la rappresentazione della realtà emergente dalla sentenza e quella che risulta dagli atti del giudizio, e non piuttosto quando si lamenti l'omessa o errata valutazione di un atto processuale (nel caso di specie si trattava proprio di mancato rilievo della nullità della notifica del ricorso).

(8) Cass. Pen., sez. IV, 20 febbraio 1995, n. 593, in *Cass. Pen.*, 1997, 810.

(9) Cfr. C. Cost., 31 gennaio 1991, n. 36, in *Giur. It.*, 1992, I, 1, 1010; cfr. Anche Cass., ord. del 2 giugno 1995: «quando l'errore investe non la motivazione, ma la stessa esistenza

In nessun caso però sembra ammettersi l'ingresso nel processo penale del rimedio della revocazione.

La revisione sembra dunque essere l'unico strumento apprestato dall'ordinamento per superare il giudicato penale, costituendo un mezzo straordinario di impugnazione che consente di rimuovere gli effetti della cosa giudicata.

Viene allora da chiedersi se i casi di cui all'art. 630 c.p.p. costituiscano una indicazione tassativa oppure se essi possano prestarsi ad una interpretazione estensiva.

Per dare una risposta occorre premettere brevi cenni sulla natura e sulle caratteristiche della revisione.

Essa si configura come uno strumento processuale attraverso il quale è dato rimuovere le sentenze affette da un errore giudiziario emendabile (10).

In tali casi la giustizia sostanziale prevale sulla generica esigenza di certezza e stabilità dei rapporti giuridici; l'unico limite è quello che circoscrive l'applicabilità del rimedio della revisione ad elementi nuovi, non potendo la risoluzione del giudicato fondarsi su una diversa valutazione del dedotto (11).

Ci si deve dunque chiedere se il legislatore abbia ritenuto di aver esaurito, con l'enunciazione contenuta nell'art. 630 c.p.p., il novero di situazioni che per caratteristiche ed importanza siano tali da meritare una tutela che si spinga oltre il giudicato, o se abbia piuttosto inteso dettare fattispecie di fondo da cui possa di volta in volta trarre avvio un giudizio concreto di meritevolezza della fattispecie.

A monte del problema si pone il grado di «forza» riconosciuto al giudicato: tanto maggiore è quest'ultimo, tanto minore sarà la sfera derogatoria ammissibile.

Se infatti si muove da una presunta eccezionalità alla fermezza della *res iudicata*, l'opera dell'interprete è evidentemente stretta entro binari che impongono una interpretazione del tutto misurata e restrittiva del dato normativo.

Tuttavia è nota in materia penale la vigenza del principio del *favor rei*, che potrebbe giustificare una interpretazione estensiva del disposto di cui all'art. 630 c.p.p.

della sentenza, occorrerà adottare soluzioni interpretative che facciano salvi i principi costituzionali e, analogamente a quanto avvenuto nel processo civile, distinguere tra un momento rescindente da attuarsi attraverso la procedura di correzione degli errori materiali e una fase rescissoria da demandarsi alla pubblica udienza». Il caso era analogo, trattandosi di rapporto irregolarmente costituito in sede di ricorso per Cassazione a causa di un errore nella notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza.

(10) Il giudicato, in qualità di strumento diretto a garantire la coerenza logico-formale dell'ordinamento, è legato a doppio filo alla revisione, intesa a salvaguardare i principi di giustizia sostanziale; le esigenze di coerenza e di uguaglianza non ammettono infatti la coesistenza di due giudicati contrastanti. Sulla coerenza logico-sistematica dell'ordinamento, cfr. DE LUCA, voce «*Giudicato (diritto processuale penale)*», in *Enc. Giur. Treccani*, XV, Roma, 1989, 2.

(11) Cfr. Cass. Pen., sez. II, 2 dicembre 1998, n. 7111; Cass. Pen., sez. V, 29 dicembre 1998, n. 7263, in *Giust. Pen.*, 2000, III, 126; Cass. Pen., sez. IV, 5 maggio 1999, in *Foro it.*, 1999, II, 499; Cass. Pen., sez. IV, 20 febbraio 1995, n. 593, in *Cass. Pen.* 1997, 810; Cass. Pen., sez. IV, 12 maggio 1999, in *Giur. It.*, 2000, 1695, con nota di A. RICCI; Cass. Pen., sez. III, 20 settembre 1995, n. 2940, in *Giust. Pen.*, III, 662.

Se è vero che la revisione nasce per incontenibili esigenze di giustizia sostanziale, tanto più si deve ammettere che laddove tali esigenze sussistano (siano esse prescritte o meno), debbano necessariamente trovare nel referente normativo di cui all'art. 629 c.p.p. il proprio baluardo.

La soluzione è dunque insita nel giudizio di ponderazione tra interessi (individuali e superindividuali) da cui l'interprete non può prescindere.

La portata dirompente della revisione non può tuttavia, seppure legittimata dagli interessi sottesi, costituire un'arma di facile ricorso.

Del resto lo stesso legislatore, se si ha riguardo alla formulazione letterale dell'art. 629 c.p.p. («nei casi determinati dalla legge»), sembra essersi orientato per una soluzione restrittiva dell'istituto.

Laddove il legislatore avesse voluto lasciare aperta la porta del rimedio apprestato avrebbe infatti potuto indicare sommariamente gli estremi che giustificassero il ricorso alla revisione.

Tuttavia si potrebbe tentare una ulteriore strada.

L'omessa notifica dell'udienza al difensore di fiducia potrebbe infatti rientrare, almeno in prima approssimazione, nell'ipotesi *sub d)*, ex art. 630 c.p.p.

La lettera citata parla infatti di sentenza di condanna pronunciata in conseguenza di «falsità in atti».

È tuttavia quanto meno dubbia (se non addirittura artificiosa) la possibilità di far rientrare l'aver pronunciato una sentenza nell'erroneo convincimento della sussistenza dei presupposti (nel caso di specie, della notifica al difensore della data dell'udienza), nella ipotesi *sub d)*.

Non sembra infatti propriamente configurabile come falsità in atti la «svista» del giudice, né il suo erroneo convincimento circa la sussistenza di un contraddittorio regolarmente incardinato tra le parti.

Dunque se quanto detto è vero, si dovrebbe arrivare a ritenere che nell'ordinamento sussiste una lacuna il cui peso si fa sentire in modo particolare proprio per gli interessi su cui incide.

Prima di arrivare a tali conclusioni, paradossali per un sistema rigorosamente garantistico, occorre esplorare un'altra strada percorsa nel presente giudizio: quella dell'errore materiale.

In realtà l'istituto della correzione dell'errore materiale ex art. 130 c.p.p., già a prima vista, lascia qualche perplessità in ordine alla possibilità che trovi applicazione in una simile fattispecie.

Sembrerebbe infatti da escludere a priori il ricorso a tale procedura al fine di emendare un errore di fatto in cui sia incorso il giudice, trattandosi di un istituto i cui presupposti di applicabilità, nonché gli effetti, sono infatti assai diversi da quelli propri della revocazione (12).

Anzitutto, ai fini una possibile estensione dell'applicabilità di tale strumento, va individuata l'esatta estensione della nozione di errore (13).

(12) Cfr. Cass. Pen., sez. VI, 24 settembre 1998, n. 2676, in *Cass. Pen.*, 2000, 398; 7Cass., sez. VI, 7 luglio 1998, n. 2076.

(13) Cfr. Cass., sez. VI, 14 marzo 1995, n. 420, in cui si definisce l'errore come la divergenza tra la decisione adottata dal giudice e la sua manifestazione esterna, cioè tra la rappresentazione della realtà emergente dalla sentenza e quella emergente dagli atti e documenti processuali. La discrasia tra il dispositivo letto in udienza e quello risultante dalla sen-

La disposizione parla di errori od omissioni che non determinino nullità e «*la cui eliminazione non comporti una modifica essenziale dell'atto*».

Dunque l'errore (qualunque ne sia la causa) che abbia inciso sul processo formativo della volontà giudice, si riverbera necessariamente sulla decisione, ammettendo correttivi volti solo a creare quella stretta aderenza richiesta tra il contenuto decisorio e la sua estrinsecazione formale.

Tale assestamento è del tutto «formale», non potendo incidere sulla decisione già assunta.

Si avrebbe infatti modifica essenziale, se non addirittura sostituzione del provvedimento, qualora l'istanza di correzione fosse volta a sollecitare la corte ad un nuovo esame del merito (14).

Ciò che l'ordinamento vuole evitare è che l'emenda degli errori di fatto commessi dal giudice si trasformi in un mezzo di elusione del principio del giudicato (15).

Tale principio costituisce un valore superindividuale costituzionalmente protetto in quanto direttamente connesso al diritto alla tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost., la cui effettività risulterebbe evidentemente menomata laddove fosse permessa una rivisitazione (un esame di rito o di merito) delle sentenze passate in giudicato, avverso le quali gli unici rimedi dati dall'ordinamento sono di carattere straordinario (16).

Non sembra dunque ammissibile una estensione dell'ambito di applicabilità della correzione agli errori di fatto di cui agli artt. 287 e 288 c.p.c.

Tali errori non implicano solo una disattenzione del giudice, bensì un vero e proprio vizio del giudizio, instauratosi, nel caso di specie, irregolarmente.

In più casi analoghi la Corte ha negato la possibilità di ricorrere alla procedura di correzione laddove fosse stato omesso l'avviso al difensore della data di udienza (17).

tenza configura errore (materiale) nella formazione di quest'ultima. Cfr. anche Cass., sez. V, 31 gennaio 2000, n. 4973; Cass. Civile, sez. I, 1 dicembre 1999, n. 13401, in *Giust. civ. Mass.* 1999, 2420; Cass. Civile, sez. I, 12 gennaio 1999, n. 226, in *Giust. civ., Mass.* 1999, 50.

(14) Contro modifiche di carattere sostanziale, cfr. le ripetute pronunce della Corte; *ex multis*, Cass., sez. V, 11 giugno 1999, n. 2284; Cass., sez. VI, 7 luglio 1998, n. 2076; Cass., sez. III, 25 maggio 1992, n. 6301; Cass., sez. I, 21 giugno 1991, n. 6848; Cass., sez. I, 25 giugno 1993, n. 2094; Cass., sez. VI, 23 agosto 1994, n. 29024; Cass., sez. VI, 2 giugno 1995, n. 2005; Cass., sez. I, 18 gennaio 1999, n. 5881.

(15) Cfr. C. Cass., 31 gennaio 1991, n. 36, con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 391 *bis* c.p.c. nella parte in cui equipara, prevedendo un medesimo termine per la presentazione delle istanze, la procedura di correzione degli errori materiali a quella di revocazione; Cass. Pen., sez. VI, 3 giugno 1998, in *Giust. pen.*, 1999, III, 599; Cass. pen., sez. un., 9 ottobre 1996, n. 19, in *Giur. it.*, 1997, II, 578; Cass. pen., sez. I, 21 febbraio 2001, n. 18923; Cass. pen., sez. II, 10 luglio 1996, n. 3164, in *Cass. pen.*, 1997, 750; Cass. pen., sez. VI, 22 maggio 1995, n. 2005, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1995, 629.

(16) Esigenze di certezza delle situazioni giuridiche richiedono che il processo non risulti indefinitamente pendente, costantemente soggetto al rischio di una impugnazione, bensì che esso venga definito irrimediabilmente (cfr. Cass. Pen., s.u., 9 ottobre 1996, n. 19; C. Cost., n. 224 del 1996).

(17) Cass., sez. II, 19 agosto 1996, n. 3164; Cass., sez. VI, 9 ottobre 1998, n. 2676; Corte Cost., 18 aprile 1996, n. 119.

La mancata notifica infatti, in quanto causa di nullità assoluta del giudizio (e dunque della sentenza emessa), impone un nuovo esame (del merito) della questione con conseguente (inammissibile) modifica della decisione.

Alla luce delle riflessioni svolte non sembra percorribile neanche la strada della correzione dell'errore materiale.

Da ciò risulta un vuoto normativo paradossale per il palese contrasto con i principi cardine dell'ordinamento interno e di quello europeo.

Il principio della giusta difesa, oltre che quelli della parità delle armi e del contraddittorio, è «blindato» dall'art. 6 CEDU, in cui sono trasfusi i principi nazionali in tema di giusto processo e garanzie di difesa (18).

Ci si potrebbe dunque legittimamente aspettare un intervento della Corte di Strasburgo, con cui si accerti la clamorosa lacuna presente nell'ordinamento italiano (e per l'effetto si condanni al risarcimento del danno), oppure un intervento della Corte Costituzionale con cui si prenda atto della illegittimità dell'articolo 395 c.p.c. nella misura in cui si adotti una interpretazione restrittiva.

A questo punto viene da chiedersi come sia da configurare una sentenza inficiata da un vizio così grave come quello della mancata costituzione del rapporto processuale; se essa sia cioè nulla o piuttosto inesistente.

La giurisprudenza sembra orientata nel senso di far rientrare il vizio di mancata comparizione del difensore dell'imputato per omessa notifica, nel novero delle nullità *ex artt.* 127 e 178 c.p.p. (19)

(18) Del resto la Convenzione europea rappresenta il naturale sviluppo dei principi espressi dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo, acquisita da ciascun ordinamento. La Carta dei diritti fondamentali, originata dall'esperienza francese del 1789, costituisce da sempre una sorta di codice etico comune a tutti i popoli. In più la Convenzione europea non si risolve in una mera enunciazione di principi, ma appresta anche una garanzia di effettività dei suoi contenuti: la tutela giurisdizionale realizzata mediante la facoltà di ricorso individuale concessa *ex art.* 34 della Convenzione. Il diritto dunque non è solo scolpito nella Carta, ma direttamente azionabile da ciascun individuo. Sul diritto alla difesa in giudizio, cfr. il celebre caso Artico del 1980. Cfr. anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, approvata il 7 dicembre 2000, nel corso del Consiglio europeo di Nizza, in cui l'art. 41, in forza del principio di buona amministrazione, dispone che: «ogni individuo ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole (...). Tale diritto comprende in particolare il diritto di ogni cittadino di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio».

(19) Cfr. Cass. Pen., sez. V, 7 aprile 1998, n. 6239, in *Cass. Pen.*, 1999, 2943; Cass. Pen., sez. I, 6 aprile 2000, n. 2640; Cass. Pen., sez. V, 5 novembre 1992, in *Cass. Pen.*, 1994, 2180; per tutte cfr. Cass. Pen., sez. V, 6 giugno 2001, n. 32450, in *Cass. Pen.* 2002, 3502: « (...) l'omessa notifica allo stesso difensore della data di fissazione della nuova udienza dà luogo a una nullità assoluta e insanabile, a causa dell'assenza del medesimo al dibattimento, mentre la presenza del difensore di ufficio costituisce equipollente della notifica solo quando questo agisca da sostituto dell'altro e rappresenti il di lui impedimento, insistendo per il rinvio a nome e per conto del medesimo»; Cass. Pen., sez. III, 21 marzo 1985, n. 2700; Cass. Pen., sez. VI, 15 marzo 1982, n. 2736; Cass. Pen., sez. III, 28 maggio 1997, n. 6328, in *Cass. Pen.*, 1998, 2629, e Cass. Pen., sez. VI, 9 marzo 1982, in *Giust. pen.*, 1983, III, 98, in cui si afferma che l'omessa notifica al difensore della data di fissazione dell'udienza dà luogo ad una nullità assoluta ed insanabile inquadabile nelle previsioni dell'art. 179 c.p.p., rendendo invalidi

Il documento che si verifica a carico dell'imputato è infatti tale da giustificare una nullità in radice degli atti del giudizio, adottati senza quella garanzia minima e imprescindibile che è il contraddittorio tra le parti.

Per quanto riguarda il regime delle nullità, c'è da fare una breve premessa.

L'articolo 178 c.p.p. annovera, al punto *c*), tra le nullità di ordine generale *l'intervento, l'assistenza e la rappresentanza dell'imputato*.

La mancata comparizione del difensore di fiducia per omessa notifica integrerebbe dunque un'ipotesi di nullità di ordine generale *ex art.* 178 c.p.p.

Con questa disposizione il legislatore ha voluto aggirare il rischio, dovuto al principio di tassatività che governa la materia delle nullità, di lasciare prive di tutela situazioni rilevanti, per il solo fatto di non avere una specifica previsione normativa.

Non vi è dubbio che la situazione in esame configura una ipotesi di nullità assoluta, e come tale rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento.

Requisito indefettibile delle nullità è tuttavia la loro rilevabilità (anche) su istanza di parte, soprattutto in considerazione della preclusione che esercita il giudicato sulle cause di nullità.

Dal principio della conversione dell'invalidità nel mezzo di gravame deriva che una nullità non dedotta viene superata dall'intervento del giudicato (20).

La nullità infatti, esprimendo la irregolarità di un atto, è tale finché il procedimento perduri e non anche oltre la sua conclusione.

L'effetto sanante del giudicato è tuttavia stato eccepito dalla Corte nel caso di specie senza però che la parte avesse potuto in alcun modo rilevare le nullità (si è detto infatti come ogni tentativo di trovare uno strumento processuale idoneo si sia rivelato fallimentare).

Viene dunque da chiedersi se sia possibile riscontrare in tale sentenza il carattere di nullità senza che peraltro esso sia associato al generale carattere di rilevabilità proprio del regime delle nullità.

Ciò sarebbe paradossale giacché col giudicato si verrebbe a sanare un vizio che alle parti non è dato rilevare nel corso del processo.

L'istituto della sanatoria è infatti strettamente connesso all'inerzia delle parti, essendo prescritto laddove queste ultime non esperiscano gli ordinari mezzi di impugnazione.

gli atti consecutivi e dunque la sentenza resa nel medesimo giudizio; cfr. ancora, Cass. Pen., sez. V, 6 luglio 1984, in *Cass. Pen.*, 1986, 948, in cui, in tema di omessa notifica al difensore di fiducia della data fissata per il dibattimento di secondo grado, ai sensi dell'art. 410 c.p.p., si riscontra una nullità assoluta in quanto la nomina di un difensore d'ufficio disposta nel dibattimento non elimina il pregiudizio, sotto il profilo della tutela del diritto alla difesa, derivante dalla mancata partecipazione del difensore.

(20) Cfr. Cass. Civ., sez. I, 8 ottobre 1993, n. 10011, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, 1454; Cass. Civ., sez. I, 25 giugno 2002, n. 9258, in *Giust. civ. Mass.*, 1091; Cass. Pen., sez. V, 24 febbraio 1987, in *Cass. Pen.*, 1988, 1658.

Per superare l'ostacolo della non rilevabilità, e il conseguente effetto sanante del giudicato, bisognerebbe negare che la sentenza emessa senza la regolare costituzione del rapporto processuale sia ascrivibile al novero delle sentenze nulle, trattandosi piuttosto di sentenza inesistente.

La categoria dell'inesistenza consegue naturalmente al principio di tassatività delle cause di nullità e della loro generica sanabilità.

Esistono infatti altre cause di invalidità di un atto, più gravi di quelle per le quali è prevista la nullità assoluta, e che necessariamente devono trovare tutela nell'ordinamento.

La funzione cui è deputata la cosiddetta «inesistenza» di un atto è quella di superare lo sbarramento preclusivo dovuto all'intervento del giudicato.

Un atto inesistente infatti è un non-atto e come tale può essere privato della sua consistenza dal momento che un giudicato simile sarebbe solo apparente.

L'assenza dei presupposti legali su cui si dovrebbe fondare la decisione può essere dunque rilevata in ogni tempo ed in qualsiasi sede (21).

L'inesistenza infatti è vista dall'ordinamento come assenza dei requisiti minimi richiesti, quindi un vizio tale da escludere anche l'ipotesi di nullità assoluta (caso in cui l'atto, seppure affetto da vizi, possiede quel minimo richiesto dall'ordinamento affinché si producano determinati effetti).

L'assenza di tali requisiti impedisce addirittura che essi siano riconosciuti come atti processuali, dunque inidonei a produrre gli effetti propri che la legge ad essi connette.

Se questo è il caso (cioè se si tratta di inesistenza della sentenza) il rimedio esperibile è l'incidente d'esecuzione (22).

Il procedimento d'esecuzione si innesta infatti sulla validità del titolo da portare ad esecuzione; validità la cui esistenza va accertata dal giudice dell'esecuzione *ex art. 666 c.p.p.*

Tale verifica deve sussistere anche sulle sentenze divenute inoppugnabili che si ritengono affette da vizi così gravi da rendere la decisione *tamquam non esset*.

Non trattandosi di un vizio endoprocessuale, ma di una causa di inesistenza dell'atto, il giudicato può essere rimesso in discussione tramite l'istanza di incidente d'esecuzione.

La Corte ha tuttavia rigettato anche questo mezzo di eccezione, ritenendo che si trattasse piuttosto di nullità e non invece di inesistenza della sentenza.

La sentenza emessa sarebbe dunque stata affetta da un vizio endoprocessuale, non rilevato e sanato, per il principio della conversione delle cause di nullità nei mezzi di gravame, con il passaggio in giudicato della decisione finale.

(21) Cfr. Cass. Pen., sez. V, 24 febbraio 1987, in *Cass. Pen.*, 1988, 1658; Cass. Pen., sez. II, 15 novembre 1986, in *Cass. Pen.*, 1988, 1871; Cass. Pen., 2 settembre 1985, in *Cass. Pen.*, 1986, 498; Cass. sez. VI, 30 marzo 1999, n. 4069.

(22) Cfr. Cass., S.U., 20 novembre 1985, n. 13, in cui la Corte afferma come rimedio alternativo all'incidente d'esecuzione, quello della correzione di errore materiale.

La questione è dunque a monte: l'ordinamento non appresta alcun rimedio idoneo a far valere la suddetta nullità, con palese contraddizione interna per contrasto con i principi fondanti, di cui non viene in tal modo garantita l'effettività.

Tale paradosso può trovare soluzione solo in una declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 395 n. 4 c.p.c. laddove questo fosse interpretato restrittivamente, oppure in una pronuncia della Corte di Strasburgo che rilevi la lacuna (ed eventualmente disponga il risarcimento del danno).

La stessa Corte Europea accoglie (*ex art. 80 Reg. proc.*) una portata ben più ampia dell'istanza di revisione di una sentenza che, al contrario della stretta tassatività che domina il panorama interno, è ammessa ogniqualvolta si venga a conoscenza di un «fatto che, per sua natura, avrebbe potuto esercitare una influenza decisiva sulla sorte di un caso già definito e che, al momento della sentenza, era sconosciuto alla Corte e non poteva essere ragionevolmente conosciuto da una parte».

Tale interpretazione appare senz'altro più conforme alla struttura garantistica dell'ordinamento, nonché rimedio necessario contro eventuali falle del sistema.

*Avv. Massimo Bachetti
Dott.ssa Martina Sinisi*

Corte di Cassazione, ordinanza 27 luglio 2000.

«*(omissis)*. Considerato che il ricorrente ha chiesto la correzione dell'errore materiale, per aver la Corte di legittimità pronunciato l'ordinanza impugnata, nonostante l'evidente esistenza di un vizio del contraddittorio, per non essere stato notificato l'avviso della fissazione dell'udienza in Camera di Consiglio, al ricorrente personalmente ed al difensore d'ufficio, ignorando l'Avvocatura Generale dello Stato, costituita quale difensore di fiducia;

Ritenuto che, per il principio di definitività delle decisioni della Corte Suprema, (v. Cass., sez. VI, 9 ottobre 1998, n. 02676 e Cass., sez. I, 31 gennaio 1996, n. 06037), agli eventuali errori processuali o sostanziali che si verificano nel corso del giudizio di Cassazione, non può porsi rimedio mediante il ricorso alla procedura di correzione degli errori materiali, prevista dall'art. 130 c.p.p., non potendosi equiparare tale istituto con quello, del tutto diverso quanto a presupposti ed effetti, della revocazione;

Considerato che il ricorso va dichiarato inammissibile con il conseguente obbligo del ricorrente a pagare le spese del procedimento ed a versare alla Cassa delle ammende la somma equitativamente fissata, in ragione dei motivi dedotti, nella misura di lire 500.000 (*(omissis)*)».

«Legge Pinto» e controversie tributarie

(Corte di Cassazione, sezione prima civile, sentenza 17 giugno 2004 n. 11350).

Con la sentenza in rassegna la Corte di Cassazione ha escluso che la disciplina dell'equa riparazione per il mancato rispetto del termine ragionevole di durata del processo sia operante nella materia tributaria quando non si faccia questione di un «diritto civile» o di una controversia di natura penale. Per diritto civile si intende la situazione di diritto soggettivo che il cittadino può vantare nei confronti dello Stato anche nella materia tributaria (come è nelle controversie di rimborso); per materia penale si intende anche la vicenda che abbia ad oggetto l'applicazione di sanzioni tributarie ove queste siano commutabili in misura detentiva ovvero siano, per la loro gravità, assimilabili sul piano dell'afflittività ad una sanzione penale, giusta la simmetria elaborata dalla giurisprudenza CEDU.

La soluzione è coerente con le premesse logiche e sistematiche, secondo le quali l'art. 2 della legge n. 89/2001, attraverso il richiamo all'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, impone di interpretare la nostra legge tenendo conto in primo luogo del diritto convenzionale «vivente», per come interpretato ed applicato dalla giurisprudenza della Corte Europea: sul punto si vedano le note sentenze delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 26 gennaio 2004, n. 1338 e coeve(23). La giurisprudenza CEDU nega che il contenzioso tributario rientri nell'ambito dei «diritti e obbligazioni di carattere civile, malgrado gli effetti patrimoniali che necessariamente producono», poiché la materia tributaria è di diritto pubblico e «fa parte del nucleo duro delle prerogative della potestà pubblica»: così sentenza CEDU 12 luglio 2001, affare Ferrazzini c/ Italia (24).

Avv. Antonio Palatiello

Corte di Cassazione, sezione prima civile, sentenza 17 giugno 2004, n. 11350 – Pres. G. Olla – Est. M.R. Morelli – P.M. F. Sorrentino (conf.) – Ministero Economia e Finanze (avv. Stato M.L. Guida) c/ D. C. I. (avv. T. Carpinella).

La disciplina dell'equa riparazione di cui alla legge n. 89/01 non opera in materia tributaria quando non siano coinvolti veri e propri diritti soggettivi del cittadino e non si controverta per l'applicazione di sanzioni di tipo penale.

Il Giudice italiano deve, per quanto possibile, interpretare la legge n. 89/01 in maniera coerente con la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, a ciò essendo tenuta dall'espresso rinvio che l'art. 2 della ricordata legge opera all'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

«(omissis) *Motivi della decisione* 1. – La questione sottesa al motivo impugnatorio dell'Avvocatura di Stato – se sia, o non, applicabile anche ai giudizi in materia tributaria la disciplina dell'equa riparazione, per «mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'art. 6, § 1, della CEDU.», quale introdotta dagli artt. 2 ss. della legge n. 89/2001 – va risolta in senso negativo per le ragioni e nei limiti di cui appresso si dirà.

Conducono convergentemente infatti a tale soluzione:

a) la considerazione del collegamento *genetico* (quale reiteratamente sottolineato pure nei lavori preparatori) e *funzionale* (testualmente ed univocamente postulato dall'art. 2) della citata legge nazionale con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo;

(23) In questa *Rassegna*, gennaio-marzo 2004, 276.

(24) In questa *Rassegna*, gennaio-dicembre 2001, 124.

b) il valore conformativo, in termini di diritto vivente (o del c.d. valore di cosa *interpretata*) che riveste la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, relativamente alla definizione e delimitazione della portata applicativa della fattispecie disciplinata dalla norma europea (art. 6, § 1 *cit.*), alla cui violazione, appunto, il nostro legislatore ha inteso porre rimedio con il meccanismo riparatorio che qui viene in discussione;

c) le citate indicazioni emergenti dalla giurisprudenza di quella Corte Europea (anche di recente ribadite) nel senso della *non estensibilità* del campo di applicazione dell'art. 6, § 1 CEDU alle controversie tra il cittadino ed il Fisco, aventi ad oggetto provvedimenti impositivi.

1.1. – Come riassuntivamente infatti ricordato anche nelle recenti pronunzie delle Sezioni Unite nn. 1338 e 1340 del 2004, l'approvazione della legge n. 89/01 (o c.d. *legge Pinto*) è stata determinata dalla necessità di prevedere un rimedio giurisdizionale interno contro le violazioni relative alla durata dei processi in modo da realizzare quel principio di *sussidiarietà* dell'intervento della Corte di Strasburgo, sul quale si fonda il sistema europeo di protezione dei diritti dell'uomo e dal quale deriva che gli Stati che hanno ratificato la CEDU debbano riconoscere a tali diritti una «protezione effettiva (art. 13 CEDU) e cioè tale da porre rimedio [alle eventuali loro violazioni] senza necessità che si adisca la Corte di Strasburgo».

Un tale rimedio in precedenza non esisteva nell'ordinamento italiano, con la conseguenza che i ricorsi contro l'Italia per violazione dell'art. 6 della CEDU avevano «intasato» (è il termine usato dal relatore Follieri nella seduta del Senato del 28 settembre 2000) il giudice europeo. Rilevava la Corte di Strasburgo, prima della legge n. 89/01, che le dette inadempienze dell'Italia «riflettono una situazione che perdura, alla quale non si è ancora rimediato e per la quale i soggetti a giudizio non dispongono di alcuna via di ricorso interna. Tale accumulo di inadempienze è pertanto costitutivo di una prassi incompatibile con la Convenzione (quattro sentenze della Corte in data 28 luglio 1999, su ricorsi di Bottazzi, Di Mauro, Ferrari).

La legge 89/01 ha così dunque posto riparo a quelle precedenti inadempienze dell'Italia, restituendo all'intervento della Corte Europea il carattere suo proprio di sussidiarietà (e non di supplenza) rispetto all'intervento interno.

Da ciò la perfetta *simmetria* di contenuto della norma nazionale rispetto alla prescrizione comunitaria, nel senso e per la ragione (chiaramente esplicitati nei lavori preparatori: vd. Relazione alla legge Pinto, in atti Senato, n. 3813 del 16 febbraio 1999) che il meccanismo riparatorio introdotto dal legislatore italiano nel 2001 mira ad assicurare al ricorrente «una tutela analoga a quella che egli riceverebbe nel quadro della istanza internazionale», poiché il riferimento diretto all'art. 6 (quale all'uopo inserito nel testo dell'art. 2 della legge 89/01), consente di trasferire sul piano interno «i limiti di applicabilità della medesima disposizione esistenti sul piano internazionale».

1.2. – Questa simmetria tra i due piani (interno ed internazionale) di tutela dei diritti dell'uomo – coesistente, come detto, all'attuazione del principio di sussidiarietà che deve ricondurli a sistema – si realizza, appunto, *conformando* la fattispecie violativa cui è ricollegata l'equa riparazione *ex lege* 89/01 a quella designata dalla norma comunitaria di riferimento, come in concreto (quest'ultima) attraverso l'esegesi della Corte di Strasburgo, atteso che – come pure precisato nei richiamati recenti arresti delle S.U. – *poiché il fatto costitutivo del diritto attribuito dalla legge n. 89/2001 consiste in una determinata violazione della CEDU, spetta al Giudice della CEDU individuare tutti gli elementi di tale fatto giuridico che, pertanto, finisce per essere «conformato» dalla Corte di Strasburgo, la cui giurisprudenza si impone, per quanto attiene alla applicazione della legge n. 89/2001, ai giudici italiani.*

1.3. – Ora, appunto, con riguardo al quesito esegetico posto dal ricorso in esame, la Corte dei Diritti dell'Uomo, dopo aver premesso che la nozione di controversia in materia civile e di controversia in materia penale (in relazione e nei limiti delle quali è tutelato dall'art. 6, § 1 CEDU il diritto alla ragionevole durata del processo) va determinata «in modo autonomo» da essa Corte, poiché qualsiasi altra soluzione rischierebbe di portare a risultati incompatibili con l'oggetto e la portata della Convenzione (vd. Sentenza in causa König c/ Repubblica Federale di Germania del 28 giugno 1978 – Baraona c/ Portogallo dell'8 luglio 1987 – Maaonia c/ Francia n. 39652/1998 – Pierre Bloch c/ Francia del 21 ottobre 1997) – ha già poi avuto, a tale fine, occasione di escludere che rientrino nella sfera di applicazione

della Convenzione le controversie relative ad obbligazioni, pur di natura patrimoniale, che «risultino da una legislazione fiscale» ed attengano, invece che a *diritti* di natura civile, a doveri civici «imposti in una società democratica» (vd. Schontene Meldrum c/ Paesi Bassi del 9 dicembre 1994). Mentre con la più recente sentenza Ferrazzini c/ Italia del 12 luglio 2001 quella stessa Corte – ripropostasi di (e dopo aver provveduto a) «verificare», alla luce dei cambiamenti intervenuti nella società con riguardo alla tutela concessa agli individui nei loro rapporti con lo Stato, se il campo di applicazione dell'art. 6, § 1 CEDU dovesse o meno estendersi alle vertenze relative alla legittimità dei provvedimenti dell'Amministrazione finanziaria – ha ancora una volta ribadito la estraneità ed irriducibilità delle suddette vertenze al quadro di riferimento delle liti in materia civile, cui ha riguardo il più volte citato art. 6 CEDU. Ed ha all'uopo sottolineato che «le evoluzioni verificatesi nelle società democratiche non riguardano la natura essenziale dell'obbligazione per gli individui di pagare le tasse» poiché «*la materia fiscale fa parte ancora del nucleo duro delle prerogative della potestà pubblica*».

2. – Da ciò, quindi, la conclusione, per quel che qui rileva, che l'equa riparazione prevista dalla legge nazionale per la violazione dell'art. 6, § 1 CEDU non è riferibile alla eventuale eccessiva protrazione della durata di controversie, involgenti la potestà impositiva dello Stato, che da quadro di tutela della norma comunitaria restano, per come visto, escluse.

3. – Né è sostenibile che siffatta conclusione sia contraddetta dalla previsione dell'art. 3 della legge 89/01, che include, tra i soggetti legittimati passivi rispetto all'azione di riparazione, anche il Ministero delle Finanze quando si tratti di procedimenti tributari. Detta ultima disposizione – che per la sua natura di norma processuale attinente alle *forme di esercizio* del diritto non potrebbe immutare ed ampliare *i contenuti* della tutela, quale definita e circoscritta dalla normativa di portata sostanziale di cui al precedente art. 2 legge *cit.* va letta, infatti, in modo assolutamente coerente con il complessivo impianto sistematico della legge nazionale e della Convenzione, nel *sensu della sua riferibilità a quelle (e soltanto a quelle) controversie di competenza del giudice tributario, che siano riferibili:*

a) alla *materia civile*, in quanto riguardanti pretese del contribuente che non investano la determinazione del tributo ma solo aspetti a questa consequenziali, come nel caso, ad esempio, del giudizio di ottemperanza ad un giudicato del giudice tributario *ex art.* 70 d.leg. 546/1992 od in quello (anch'esso di competenza di quel Giudice come rammentato da S.U. 18208/03) di giudizio vertente sull'individuazione del soggetto di un credito di imposta non contestato nella sua esistenza;

b) alla *materia penale*, intesa quest'ultima – secondo la «nozione autonoma» elaborata anche per tal profilo dalla giurisprudenza della CEDU, di cui il giudice nazionale deve tener conto – come comprensiva anche delle controversie relative alla applicazione di sanzioni tributarie, ove queste siano commutabili in misure detentive ovvero siano, per la loro «gravità», assimilabili sul piano della afflittività ad una *sanction pénale* (vd. *Affaire Janosev c/ Suede* del 23 luglio 2002).

4. – Priva di concreto rilievo è, a questo punto, anche l'argomentazione della ricorrente, per cui nulla impediva al legislatore nazionale di ampliare l'ambito di tutela predisposto dalla Convenzione, estendendo l'equa riparazione anche alle procedure tributarie in senso stretto.

Quel che vincola l'interprete è, infatti, non ciò che il legislatore avrebbe in astratto potuto ma ciò che effettivamente esso ha *in concreto voluto* disporre. Ed il legislatore del 2001 (come inequivocabilmente si è visto emergere dalla lettera, dalla *ratio*, dal sistema e dalle finalità della legge n. 89) ha inteso propriamente, ed esclusivamente, far coincidere l'area di operatività dell'equa riparazione con quella (di violazione) delle garanzie assicurate dalla CEDU.

5. – Né, la legge n. 89/01 – così come interpretata in correlazione e piena sintonia con l'art. 6, § 1 della Convenzione – autorizza il dubbio, adombrato dal P.G. in udienza, di un suo possibile contrasto con il novellato art. 111 della Costituzione che, nel tutelare a sua volta la ragionevole durata come elemento del giusto processo, fa riferimento ad ogni tipologia di processo, non escluso quello tributario.

Una siffatta questione di legittimità costituzionale sarebbe infatti, per definizione, inammissibile con riguardo ai limiti istituzionali della funzione sindacatoria della Corte Costituzionale in rapporto alla funzione legislativa, non essendo richiedibile a quella Corte

un intervento volto ad elevare il tasso di costituzionalità di norme che siano (come si prospetta per quelle in esame) non integralmente attuative e comunque non pienamente in sintonia con il precetto costituzionale.

In tal caso, invero, resta in premessa escluso alcun *vulnus* alla Costituzione e la possibile correzione migliorativa della norma – in direzione di una integrale o più completa realizzazione del valore costituzionale – resta di esclusiva competenza del legislatore (Corte Cost., n. 188/1995).

6. – In conclusione, deve escludersi, in relazione all'oggetto del processo *a quo* involgente l'imposizione tributaria) che fosse in relazione alla durata dello stesso proponibile domanda di equa riparazione *ex art. 2*, legge n. 89/01.

Dal che l'accoglimento del ricorso del Ministero con la conseguente cassazione senza rinvio del decreto impugnato.

7. – Ai sensi ed in applicazione del novellato art. 384 cod. proc. civ., la causa può decidersi nel merito, conseguendo direttamente – alla rilevata estraneità della domanda al quadro normativo di tutela della citata legge n. 89/01 – il rigetto della stessa (*omissis*)».

In tema di annullamento dell'aggiudicazione: riflessi sul contratto d'appalto stipulato per la realizzazione di opera pubblica e tutela risarcitoria.

(Consiglio di Stato, Sezione quarta, sentenza 27 ottobre 2003 n. 6666).

1. – Con la sentenza n. 6666 del 27 ottobre 2003 la Sezione IV del Consiglio di Stato, ponendosi nel solco di precedenti pronunzie dell'Alto Consesso, ha affrontato la complessa tematica – che ha dato luogo ad un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale – afferente i riflessi dell'annullamento della aggiudicazione sul contratto d'appalto eventualmente concluso, in base alla pronunziata aggiudicazione, volto alla realizzazione dell'opera pubblica.

La decisione ha trattato anche delle connesse problematiche giuridiche – pur'esse di non poco momento – concernenti la spettanza al Giudice amministrativo (affermata in sentenza) del sindacato sulla efficacia e validità del contratto d'appalto, nonché i rapporti tra interesse pubblico alla rapida conclusione dei lavori in forza del contratto già stipulato ed interesse della impresa ingiustamente esclusa dall'aggiudicazione.

2. – Anzitutto, interessa qui focalizzare l'orientamento di fondo assunto dalla sentenza *de qua*.

Ed invero, una prima massima, evincibile dalla articolata decisione in esame, recita che «L'annullamento dell'aggiudicazione di una gara per un appalto pubblico rende inefficace il contratto d'appalto eventualmente stipulato, fatti salvi i diritti acquisiti dal contraente in buona fede».

Al riguardo, occorre anzitutto osservare che il Consiglio di Stato dà conto, nel proprio *iter* argomentativo, dei contrasti giurisprudenziali presenti in materia.

In argomento sono state formulate varie tesi.

La giurisprudenza del Giudice ordinario ritiene che l'annullamento con effetti *ex tunc* degli atti amministrativi emanati in vista della conclusione del contratto – deliberazione di contrattare, bando, aggiudicazione – incida sulla sua validità, od in quanto priva l'Amministrazione della capacità stessa a contrattare (art. 1425 cod. civ.) ovvero in quanto la volontà espressa dall'Amministrazione viene ritenuta viziata nella sua formazione, determinandosi l'annullabilità del contratto; l'annullamento del contratto può essere pronunziato soltanto su richiesta dell'Amministrazione contraente, quale unica parte interessata ai sensi dell'art. 1441 cod. civ., secondo cui «l'annullamento del contratto può essere domandato solo dalla parte nel cui interesse è stabilito dalla legge» (cfr. Cass., 21 febbraio 1995, n. 1885; Cass., 8 maggio 1996, n. 4269; Cass., 30 luglio 2002, n. 11247; isolata, per la tesi della nullità, Cass., 9 gennaio 2002, n. 193).

La posizione del Giudice amministrativo non coincide con quella del Giudice ordinario.

Si legge in sentenza che «L'orientamento prevalente del Giudice amministrativo afferma la tesi della caducazione automatica (così, Cons. Stato,

Sez. V, 25 maggio 1998, n. 677, in caso di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione; 30 marzo 1993, n. 435, che afferma il travolgimento automatico del contratto per effetto dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione; Sez. VI, 14 gennaio 2000, n. 244, muovendo dal principio di conservazione degli atti, per cui la graduatoria della gara conserva i suoi effetti per il caso in cui venga meno la prima aggiudicazione, afferma che l'annullamento dell'aggiudicazione in favore del primo graduato comporta l'aggiudicazione automatica in favore del secondo graduato; di recente, Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2003, n. 1218; Sez. VI, 14 marzo 2003, n. 1518).»

«Altro orientamento della Sezione VI ritiene accoglibile l'impostazione tradizionale relativa alla normale efficacia caducante dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto conseguente, ma con il temperamento costituito dalla salvezza dei diritti dei terzi in buona fede, in applicazione analogica degli artt. 23, 2° comma, e 25, 2° comma c.c., applicabili alla Pubblica Amministrazione in quanto persona giuridica *ex art. 11* stesso codice (cfr. Cons. Stato, 30 maggio 2003, n. 2992).»

«Per la tesi della nullità si è, poi, di recente pronunciata la Sezione V (cfr. dec. 13 novembre 2002, n. 6281) che, però, ha esaminato il caso particolare della carenza di potere della Pubblica Amministrazione (rinegoziazione, dopo la gara, delle condizioni economiche previste in sede di aggiudicazione).»

Ebbene, nella sentenza in parola si opera una reiezione degli orientamenti precedentemente ricordati, viceversa accogliendosi una tesi finora poco seguita, vale a dire quella di una «inefficacia» del contratto d'appalto per l'esecuzione dell'opera pubblica a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione.

Si afferma che «La tesi che appare preferibile, ad avviso del Collegio, è quella della mancanza del requisito della legittimazione a contrarre.

E, invero, la caducazione, in sede giurisdizionale o amministrativa, di atti della fase di formazione, attraverso i quali si è formata in concreto la volontà dell'amministrazione, dà luogo alla conseguenza di privare l'amministrazione stessa, con efficacia *ex tunc*, della legittimazione a negoziare...».

«La categoria che viene in gioco in tal caso non è l'annullabilità, ma l'inefficacia. E, infatti, nei contratti ad evidenza pubblica gli atti della serie pubblicistica e quelli della serie privatistica sono indipendenti quanto alla validità; i primi condizionano, però, l'efficacia dei secondi, di modo che il contratto diviene *ab origine* inefficace se uno degli atti del procedimento viene meno per una qualsiasi causa...».

3. – L'arresto giurisdizionale e le citate precedenti pronunzie del G.A. portano a formulare alcune riflessioni.

Una prima essenziale considerazione attiene al fatto che l'illegittimità e l'annullamento degli atti del procedimento pubblicistico volto alla scelta del contraente ed il venir meno dell'aggiudicazione non paiono poter comportare una carenza di legittimazione dell'Amministrazione a contrarre ed una inefficacia del contratto d'appalto stipulato.

Al riguardo, si deve infatti osservare che l'Amministrazione era e rimane pienamente legittimata, in quanto idonea a disporre ed obbligarsi, mediante

propria dichiarazione di volontà e stipula di negozio giuridico, onde dar corso alla realizzazione dell'opera pubblica e la legittimazione, sotto il profilo dell'operato «*iure privatorum*», prescinde dal regolare svolgimento della fase di evidenza pubblica.

Il contratto concluso appartiene alla tipologia degli atti negoziali ed è disgiunto dal diverso e prodromico procedimento pubblicistico relativo al meccanismo giuridico di scelta del contraente, non reagente di per se stesso sul negozio stipulato.

Le posizioni che, dall'annullamento della aggiudicazione, fanno discendere la nullità, la caducazione automatica o, come visto, l'inefficacia del contratto d'appalto, devono istituire e postulare, dunque, una pregnante contaminazione senza mediazioni tra procedimento amministrativo e negozio, tra atti provvedimenti e fattispecie contrattuale.

L'evenienza concreta, però, sembra piuttosto appalesare che, a seguito dei difetti affliggenti la fase procedimentale e l'aggiudicazione, la volontà dell'Amministrazione e la sua determinazione di contrattare si è formata in modo non corretto.

Ed invero, la prossimità ad una situazione di dichiarazione contrattuale dell'Amministrazione affetta da vizio della volontà appare evidente, pur mantenendo la casistica di che trattasi una sua specificità.

In argomento, l'ordinamento civilistico fornisce un supporto normativo che può orientare nella problematica che ne occupa.

Si tratta della disciplina contemplata dal codice civile in tema di associazioni e fondazioni e che deve ritenersi senz'altro applicabile anche alla Pubblica Amministrazione, in quanto persona giuridica *ex art. 11 cod. civ.*, e quindi assoggettata anche alle fondamentali norme civilistiche che regolano l'attività delle persone giuridiche.

Per vero, e per quanto qui interessa, dall'art. 23 cod. civ. emerge che il rimedio espressamente consentito a fronte di «deliberazioni dell'assemblea contrarie alla legge, all'atto costitutivo o allo Statuto» è quello dell'«annullamento su istanza degli organi dell'ente».

E ciò – si badi – anche al cospetto di violazioni che potrebbero giustificare la diversa più grave sanzione della nullità.

«L'annullamento della deliberazione non pregiudica i diritti acquistati dai terzi di buona fede in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione medesima» (art. 23, comma 2).

Da tali previsioni (ed altresì dall'art. 25 del cod. civ.) sembra poter emergere un indice normativo per affermare che, a fronte di determinazioni contrattuali viziate dell'Amministrazione, scaturenti da illegittimità riconosciute alla fase pubblicistica di scelta del contraente od all'aggiudicazione con conseguente annullamento pronunziato dai competenti organi giurisdizionali, il rimedio disegnato dall'ordinamento di diritto comune sia quello di potersi richiedere, dall'Amministrazione medesima, l'annullamento del negozio stipulato, salvi i diritti acquisiti dai terzi di buona fede.

Del resto, va sottolineato che il richiamo alle disposizioni civilistiche *de quibus* è effettuato anche dalla sentenza che si annota, ma limitato alla rile-

vanza della salvezza dei terzi di buona fede; ed anzi, viene in effetti affermata la tutela dei diritti acquisiti dalla ditta che in buona fede ha già contrattato con l'Amministrazione (che tuttavia non è propriamente un «terzo»).

D'altro canto, va fatto presente ed è significativo che, pur dopo gli interventi legislativi degli anni 1998-2000, la Suprema Corte di Cassazione ha riaffermato il proprio orientamento favorevole a ravvisare una volontà negoziale viziata dall'Amministrazione a seguito delle illegittimità del prodromico procedimento amministrativo, con conseguente annullabilità del contratto.

«La deliberazione di concludere il contratto da parte dei competenti organi dell'ente attiene alla fase preparatoria e riguarda il processo (pur esso disciplinato dalle regole c.d. dell'evidenza pubblica) di formazione della volontà dell'ente di addivenirvi.»

«L'eccesso di potere dell'organo avente rilevanza esterna si traduce in vizio del consenso dell'ente ed importa l'annullabilità del contratto. La quale tuttavia deve essere fatta valere in via di azione, ai sensi dell'art. 1441, comma 1, c.c., ovvero di eccezione, ai sensi dell'art. 1442, comma 1, c.c. esclusivamente dall'ente pubblico» (Cass., Sez. I, sent. 30 luglio 2002, n. 11247 non citata nella decisione in rassegna).

Anche alcuni TAR, ed in particolare il TAR Lombardia, da ultimo con la sentenza della Sez. III – n. 3738 del 9 maggio 2001, nonché il TAR Puglia – Lecce – Sez. II – sent. n. 746 del 28 febbraio 2001, propendono a far proprio l'indirizzo del Giudice ordinario.

Peraltro, l'orientamento su menzionato della Cassazione può trovare aggancio anche alla ricordata disciplina *ex art.* 23 cod. civ., comportante la tutela dei terzi di buona fede, invece sempre esclusa a mente dell'art. 1445 cod. civ. nella diversa ottica di una radicale carenza della capacità dell'Amministrazione a contrattare *ex art.* 1425 del cod. civ.

4. – Osservato quanto sopra, occorre comunque riscontrare che, come da più parti avvertito, le opzioni ermeneutiche da operarsi in materia devono derivare, oltre che da considerazioni strettamente giuridiche, anche da una valutazione degli interessi in gioco, da cui pure non deve prescindersi.

Viene così anzitutto in luce l'interesse dell'Amministrazione ad utilizzare convenientemente la procedura di scelta del contraente e ad ottenere il miglior equilibrio tra costi e qualità.

Vi è poi l'interesse del contraente con l'Amministrazione, che intende conseguire il divisato utile e completare quel rapporto già instaurato con l'Amministrazione medesima.

Vi è ancora l'interesse del ricorrente a far valere i vizi del procedimento ed a conseguire, secondo un atteggiarsi volta a volta diverso in base alla concreta casistica, l'aggiudicazione dell'intero contratto od il risarcimento per equivalente del relativo profitto, od il risarcimento parziale unito alla stipula del contratto in ordine a quel segmento dal rapporto ancora da eseguire, o la partecipazione alla gara da cui era stato ingiustamente escluso, o infine la riedizione *ex novo* della procedura.

Ebbene, la tendenza di cui è espressione la decisione in questione del Consiglio di Stato è mossa dalla condivisibile esigenza di «giustizia sostanziale» ed «effettività della tutela», per cui si rileva che la «tesi tradizionale

della annullabilità del contratto, a ben vedere, finisce con il vanificare la tutela del soggetto controinteressato, il quale, pur avendo ottenuto ragione davanti al Giudice amministrativo, ove il contratto sia stato già concluso, resta privo di alcun risultato praticamente utile, non essendo in grado di soddisfare la propria aspirazione finale ad essere il contraente».

Tuttavia, nella disamina degli interessi in campo nelle vicende di che trattasi rimane come sullo sfondo, ma non è meno incidente e non può essere svalutato, l'interesse pubblico e della collettività direttamente coinvolta alla fruizione dell'opera pubblica a che vi sia non solo una certezza giuridica di assetti consolidati nella realizzazione dei lavori, ma altresì che l'esecuzione dell'opera pubblica avvenga senza ritardi e compromissioni dovute ad esiti giurisdizionali intervenuti sì con effetti retroattivi, ma di fatto *ex post*, a contratto d'appalto stipulato ed in corso di esecuzione.

Ovviamente, il segnalato interesse è tanto più intenso quanto più ampia è la divaricazione temporale tra sentenza e contratto e fase di esecuzione raggiunta dello stesso.

Al riguardo, non può sottacersi che, com'è noto, il legislatore ha ritenuto di dare espressa protezione e rango normativo alla predetta esigenza nell'art. 14 del D.Lg. n. 190 del 2002, con cui si esclude che l'annullamento dell'aggiudicazione comporti la caducazione (la norma la definisce «risoluzione») del contratto nel frattempo stipulato dall'Amministrazione.

La disposizione è stata letta dal Consiglio di Stato, nella pronuncia in parola, quale segno di una volontà derogatoria manifestata dal legislatore nel particolare settore delle infrastrutture «strategiche».

Comunque, il medesimo Alto Consesso, consapevole dell'interesse da ultimo sopra evidenziato, ha risolto in sentenza la problematica giuridica che ne deriva, inerente il bilanciamento delle esigenze compresenti, fissando il principio enucleabile nella seguente massima: «Nel caso di annullamento dell'aggiudicazione di un appalto pubblico, il Giudice amministrativo, se ritiene preminente l'interesse pubblico ad una rapida conclusione dei lavori, ai sensi dell'art. 2058 c.c. può mantenere fermo il contratto d'appalto già in corso di esecuzione e condannare l'Amministrazione a risarcire l'impresa ingiustamente esclusa dall'aggiudicazione, per il danno emergente e per il lucro cessante».

5. – Il principio espresso dal Consiglio di Stato porta dunque a confinare la problematica afferente l'alternativa tra la conservazione del contratto stipulato con il completamento dell'esecuzione dello stesso (salvo il risarcimento pecuniario dei danni) ed il subentro del ricorrente vittorioso con la conclusione eventuale di un nuovo contratto d'appalto, nella sfera del risarcimento (riparazione), rispettivamente per equivalente ovvero in forma specifica.

Tale posizione, però, sembra incontrare alcune difficoltà e problemi di carattere giuridico.

Ed invero, è da chiedersi, può «mantenersi fermo», per scelta del Giudice, un contratto che lo stesso organo giudicante ha affermato essere inefficace (nullo o caducato *ipso iure*) a seguito del pronunciato annullamento dell'aggiudicazione? In quale tipologia e specie di riconoscibili poteri giudiziali

si iscrive il «tener fermo» un contratto (*ex tunc*) inefficace? È correttamente possibile una reviviscenza di effetti di negozi nulli (non convalidabili) o caducati *ipso iure* e non idonei a generare obbligazioni? È pertinente il richiamo al risarcimento in forma specifica *ex art. 2058 cod. civ.*, che non è conseguenza dell'annullamento di provvedimenti, ma rimedio concesso alla parte a seguito di fatto illecito?

A fronte degli interrogativi che si pongono, deve osservarsi che l'indirizzo della Suprema Corte, il quale – come sopra rammentato – afferma che l'annullamento dell'aggiudicazione non comporta *ex se* il venir meno del contratto d'appalto stipulato, bensì fa scaturire la sua annullabilità ad istanza dell'Amministrazione, consente di evitare *de plano* che – ad esempio nel caso di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione dovuto ad ingiusta esclusione di una ditta aspirante dalla partecipazione alla gara (fattispecie in cui non sia possibile una celere sostituzione di una impresa contraente all'altra ed occorra reiterare la procedura) – si determini un venir meno delle obbligazioni contrattuali ed una paralisi nella realizzazione in tempi ragionevoli dell'opera pubblica, rapida realizzazione che pure costituisce un interesse diffusamente sentito.

Né appare pienamente convincente che, proprio in forza di una assunta visuale di mera applicazione dell'art. 2058 cod. civ., l'importante opzione circa la sorte del contratto d'appalto stipulato – se tenerlo fermo ovvero in prospettiva più o meno immediata far subentrare altri – decisione che involge una valutazione della situazione di fatto e di diritto, del livello raggiunto dall'esecuzione dei lavori, del rapporto tra costi e qualità dell'opera, dell'entità del risarcimento per equivalente spettante al vincitore nel giudizio amministrativo, sia sottratta alla naturale attribuzione all'Amministrazione e rimessa al potere assorbente dell'organo giudicante.

Sul punto, va segnalato che lo stesso Consiglio di Stato (cfr. Sez. V, 20 maggio 2002, n. 2723; v. anche TAR Campania, Sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177) si era espresso in senso contrario, ritenendo demandato all'Amministrazione il compito della valutazione delle «sopravvenienze» in materia di affidamento di servizi pubblici.

Peraltro, la riparazione in forma specifica non può consistere nell'ordine del Giudice all'Amministrazione di emanare determinati provvedimenti amministrativi, anche se di carattere vincolato (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 3 aprile 2003, n. 1716 ed *ivi* precedenti).

In diversa prospettiva, qualora si volesse viceversa aderire alla predetta ricostruzione del Giudice ordinario, dovrebbe tuttavia essere ben chiaro e da rimarcare che, in ragione dell'annullamento dell'aggiudicazione, la «regola» del tutto consequenziale che si impone all'Amministrazione è quella del «dovere» di attivarsi onde far annullare dal Giudice il contratto d'appalto (invalido) già stipulato, così non solo ripristinando una situazione di legalità e facendo poi conseguire al controinteressato l'utilità finale cui aspirava, ma attuando quel ripetuto rapporto tra costi e qualità dell'opera che rientra pienamente nei doveri del soggetto pubblico-stazione appaltante.

Ed a tenere tale comportamento attivo l'Amministrazione dovrebbe essere oggi viepiù compulsata dal peso del risarcimento dei danni dovuto

al ricorrente vincitore e riconnesse eventuali responsabilità degli organi amministrativi competenti, il quale avrà diversa consistenza e connotazione a seconda del possibile soddisfacimento dell'utilità percepita dal ricorrente medesimo rispettivamente nella sua integralità ovvero per equivalente.

Il limite ostativo alla regola della eliminazione del contratto di appalto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione dovrebbe essere rappresentato, dunque, esclusivamente dall'interesse pubblico, al quale l'Amministrazione dovrà attenersi, potendosi in merito utilizzare parametri non dissimili da quelli indicati dal Consiglio di Stato circa l'accogliibilità e praticabilità di quella che è stata definita tutela «in forma specifica».

6. – Conclusivamente, preme sottolineare che quanto si è fin qui venuto esponendo dimostra la necessità che, al di là della tendenza e propensione per l'una o l'altra tesi, debba essere comune l'intento di non pervenire a costruzioni e conclusioni artificiose, che siano foriere d'incertezze e si allontanino dalle sicure coordinate e dai principi generali che sovrintendono al sistema.

Risulta pure evidente che, ad oggi, non può dirsi essere raggiunta nella giurisprudenza una posizione univoca e consolidata, per cui il dibattito nella non facile materia appare ancora aperto e suscettibile di ulteriori sviluppi.

Avv. Giancarlo Pampanelli

Consiglio di Stato, sezione quarta, sentenza 27 ottobre 2003, n. 6666 – Pres. G. Trotta – Est. N. Russo – Soc. T.V.c. (Avv. P. Piselli) c/ Ministero dei Lavori Pubblici e Provveditorato regionale alle opere pubbliche per l'Umbria (Avv. dello Stato), Soc. T. e a. (Avv. E. Picozza).

L'annullamento dell'aggiudicazione di una gara per un appalto pubblico rende inefficace il contratto d'appalto eventualmente stipulato, fatti salvi i diritti acquisiti dal contraente in buona fede.

Il giudice amministrativo, nell'ambito della sua giurisdizione esclusiva in materia di affidamento di appalti pubblici prevista dall'art. 6, l. 21 luglio 2000, n. 205 e dall'33 d.leg. 31 marzo 1998, n. 80, è competente anche a pronunciarsi, con sentenze dichiarative o costitutive, sull'efficacia e sulla validità del contratto d'appalto.

Nel caso di annullamento dell'aggiudicazione di un appalto pubblico, il giudice amministrativo, se ritiene preminente l'interesse pubblico alla rapida conclusione, può mantenere fermo il contratto d'appalto già in corso di esecuzione e condannare l'amministrazione a risarcire l'impresa ingiustamente esclusa dall'aggiudicazione, per il danno emergente e per il lucro cessante.

«(omissis) Prima di passare ad esaminare *funditus* l'odierna materia del contendere, appare, tuttavia, necessario fare qualche breve cenno alla problematica, di notevole rilevanza pratica, relativa alle conseguenze giuridiche determinate dall'annullamento giurisdizionale del provvedimento di aggiudicazione sulla sorte del contratto stipulato dall'Amministrazione.

Com'è noto, sussiste al riguardo un acceso contrasto giurisprudenziale.

La giurisprudenza del giudice ordinario ritiene che l'annullamento con effetti *ex tunc* degli atti amministrativi emanati in vista della conclusione del contratto – deliberazione di contrattare, bando, aggiudicazione – incida sulla sua validità, in quanto priva l'Amministrazione della legittimazione e della capacità stessa (art. 1425 c.c.) a contrattare, determinando l'annullabilità del contratto; siffatto annullamento, però, può essere pronunciato solo su richiesta dell'Amministrazione contraente, la quale sarebbe l'unica parte interessata ai sensi dell'art. 1441 c.c., secondo cui «l'annullamento del contratto può essere domandato solo dalla parte nel cui interesse è stabilito dalla legge» (cfr. Cass., Sez. II, 8 maggio 1996, n. 4269; Cass., Sez. I, 28 marzo 1996, n. 2842; Cass., Sez. II, 21 febbraio 1995, n. 1885).

Altro orientamento del giudice ordinario propende, invece, per la tesi della nullità per mancanza del consenso (cfr. Cass., Sez. III, 9 gennaio 2002, n. 193).

Viene, poi, riconosciuta la nullità del contratto nel caso di incompetenza assoluta dell'organo stipulante (cfr. Cass., 9 ottobre 1961, n. 2058; Cass., 10 aprile 1978, n. 1668).

La posizione del giudice amministrativo non coincide con quella del giudice ordinario.

L'orientamento prevalente del giudice amministrativo, infatti, afferma la tesi della caducazione automatica (così Cons. St., Sez. V, 25 maggio 1998, n. 677, in un caso di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione; *id.*, 30 marzo 1993, n. 435, che afferma il travolgimento automatico del contratto per effetto dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione; Cons. St., Sez. VI, 14 gennaio 2000, n. 244, muovendo dal principio di conservazione degli atti, per cui la graduatoria della gara conserva i suoi effetti per il caso in cui venga meno la prima aggiudicazione, afferma che l'annullamento dell'aggiudicazione in favore del primo graduato comporta l'aggiudicazione automatica in favore del secondo graduato; di recente, Cons. St., Sez. V, 5 marzo 2003, n. 1218; Cons. St., Sez. VI, 14 marzo 2003, n. 1518).

Il profilo della caducazione automatica è stato, poi, di recente approfondito dalla VI Sezione di questo Consiglio (cfr. dec. 5 maggio 2003, n. 2332), che ha ripreso la tesi, di matrice dottrinarica, della inefficacia del contratto per mancanza legale del procedimento, vale a dire per carenza del presupposto legale di efficacia del contratto costituito dalla fase di evidenza pubblica (mancanza legale del procedimento), riconducendone l'effetto al principio generale, proprio anche dei negozi giuridici privati collegati in via necessaria, secondo cui *simul stabunt, simul cadent*.

Altro orientamento della VI Sezione di questo Consiglio ritiene accoglibile l'impostazione tradizionale relativa alla normale efficacia caducante dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto conseguente, ma con il temperamento costituito dalla salvezza dei diritti dei terzi in buona fede in applicazione analogica degli artt. 23, comma 2 e 25, comma 2, del codice civile, applicabili alla Pubblica amministrazione in quanto persona giuridica *ex art. 11 dello stesso codice* (cfr. Cons. St., Sez. VI, 30 maggio 2003, n. 2992).

Secondo un orientamento dei giudici amministrativi di primo grado, invece, nella fattispecie si sarebbe in presenza di un'ipotesi di nullità per violazione di norme imperative *ex artt. 1418, primo comma c.c. (c.d. nullità virtuale o extratestuale: cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177; TRGA Bolzano, 12 febbraio 2003, n. 48; TAR Puglia, Bari, Sez. I, 28 gennaio 2003, n. 394; TAR Sicilia, Catania, Sez. II, 7 maggio 2002, n. 802)*.

Per la tesi della nullità si è, poi, di recente pronunciata la V Sezione di questo Consiglio (cfr. dec. 13 novembre 2002, n. 6281), che, però, ha esaminato il caso particolare della carenza di potere della P.A. (rinegoziazione, dopo la gara, delle condizioni economiche previste in sede di aggiudicazione).

Ad avviso del Collegio, la tesi tradizionale dell'annullabilità relativa del contratto, a ben vedere, finisce col vanificare la tutela del soggetto controinteressato, il quale, pur avendo ottenuto ragione davanti al giudice amministrativo, ove il contratto sia stato già concluso, resta privo di alcun risultato praticamente utile, non essendo in grado di soddisfare la propria aspirazione finale ad essere il contraente; il contratto, infatti, sarebbe impugnabile dinanzi al giudice ordinario su iniziativa della sola Amministrazione soccombente nel giudizio amministrativo ed avrebbe una sua vita autonoma, preclusiva di ogni utilità dell'annullamento dell'aggiudicazione in sede giurisdizionale amministrativa, che non sia quella legata alla possibilità di richiedere il risarcimento del danno per equivalente.

Sul piano del buon senso, poi, appare iniquo che l'Amministrazione sia l'unico soggetto legittimato a lamentare la violazione delle norme ad evidenza pubblica per ottenere l'annullamento del contratto quando le illegittimità accertate in tale procedimento di regola non sono subite da essa Amministrazione, ma sono da questa provocate.

Senza dire che tale opzione ermeneutica potrebbe finire per risolversi in una facile elusione del principio di effettività della tutela giurisdizionale da parte dell'Amministrazione, mediante l'immediata stipula del contratto pur in presenza di violazioni della *par condicio* e di illegittimità degli atti di gara, se si considera che il più delle volte ben difficilmente l'annullamento dell'aggiudicazione può essere pronunciato prima della stipulazione del contratto.

La tesi della nullità del contratto, del pari, non convince, in quanto la nullità configura una patologia del contratto consistente in un vizio genetico che lo inficia *ab origine* mentre nella specie trattasi di una vicenda sopravvenuta all'annullamento giurisdizionale dell'atto conclusivo della procedura di gara.

Accogliere la tesi della nullità del contratto, poi, significherebbe consentire la proposizione della relativa azione dichiarativa in ogni tempo – stante l'imprescrittibilità della medesima (art. 1422 c.c.) – da parte di chiunque vi abbia interesse e anche la rilevabilità *ex officio* (art. 1421 c.c.), a prescindere, quindi, da una previa rituale e tempestiva impugnazione, da parte dei soli soggetti legittimati a ricorrere, dell'atto amministrativo viziato (deliberazione di contrattare, bando, aggiudicazione) nel termine di decadenza proprio del giudizio amministrativo.

Ma ciò, a ben considerare, finirebbe per pregiudicare alquanto la certezza dei rapporti giuridici, atteso che esporrebbe il contratto, magari a distanza di molto tempo dalla sua conclusione ed in corso di avanzata esecuzione, al rischio di venire travolto con effetto retroattivo ad iniziativa di chiunque vi abbia interesse.

Per gli stessi motivi non convince la tesi della caducazione automatica dell'intero contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione (o di altri atti della serie procedimentale) da parte del giudice amministrativo, caducazione automatica che, del resto, non trova appigli nella lettera della legge e contrasta con il principio della soggezione del contratto alla disciplina del diritto comune.

La tesi che appare preferibile, ad avviso del Collegio, è quella della mancanza del requisito della legittimazione a contrarre.

E, invero, la caducazione, in sede giurisdizionale o amministrativa, di atti della fase della formazione, attraverso i quali si è formata in concreto la volontà contrattuale dell'Amministrazione, dà luogo alla conseguenza di privare l'Amministrazione stessa, con efficacia *ex tunc*, della legittimazione a negoziare; in sostanza, l'organo amministrativo che ha stipulato il contratto, una volta che viene a cadere, con effetto *ex tunc*, uno degli atti del procedimento costitutivo della volontà dell'Amministrazione, come la deliberazione di contrattare, il bando o l'aggiudicazione, si trova nella condizione di aver stipulato *injure*, privo della legittimazione che gli è stata conferita dai precedenti atti amministrativi (cfr. Cass., 20 novembre 1985, n. 5712).

La categoria che viene in gioco in tal caso non è l'annullabilità, ma l'inefficacia. E, infatti, nei contratti ad evidenza pubblica gli atti della serie pubblicistica e quelli della serie privatistica sono indipendenti quanto alla validità; i primi condizionano, però, l'efficacia dei secondi, di modo che il contratto diviene *ab origine* inefficace se uno degli atti del procedimento viene meno per una qualsiasi causa (cfr. Cass., 5 aprile 1976, n. 1197).

Di mancanza del presupposto o della condizione legale di efficacia, invece, deve parlarsi a proposito della fattispecie della mancata approvazione del contratto, che afferisce sostanzialmente alla fase dell'integrazione dell'efficacia del procedimento contrattuale e non incide sulla perfezione del contratto; l'approvazione, infatti, opera quale *condicio juris* e consiste in un atto amministrativo esterno al contratto ed alla sua struttura, condizionante l'efficacia giuridica di questo e non la sua esistenza. La mancata approvazione rende il contratto non più eseguibile, così da liberare il privato contraente, come ovviamente l'Amministrazione, da ogni obbligo (cfr. Cass., 12 novembre 1992, n. 12182).

E, invece, l'inefficacia sopravvenuta derivante dall'annullamento degli atti di gara ovvero del provvedimento di aggiudicazione, sia in sede giurisdizionale, che amministrativa o in via di autotutela (sempre che, in tal caso ne ricorrano tutti i presupposti sostanziali) è relativa e può essere fatta valere solo dalla parte che abbia ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione.

Più problematica appare, invece, la posizione dell'Amministrazione.

Di regola il contratto rimane vincolante *inter partes*, nonostante l'intervenuto annullamento dell'aggiudicazione in sede giurisdizionale, fino all'adozione di apposite iniziative da parte degli interessati.

Tuttavia, appare meritevole di protezione anche l'interesse dell'Amministrazione a rimuovere gli effetti di situazioni ormai riconosciute illegittime. In tale eventualità, tuttavia, la P.A. può determinare l'inefficacia del contratto, ma attraverso il procedimento di annulla-

mento degli atti di gara in via di autotutela, applicando i principi garantistici in materia (avviso di avvio del procedimento; congrua motivazione; adeguata valutazione dell'interesse pubblico e dell'affidamento del contraente).

Per quanto, più in particolare, riguarda la tutela dei soggetti che abbiano ottenuto ragione dinanzi al giudice amministrativo tramite l'annullamento dell'atto di aggiudicazione, nei casi in cui il contratto sia già stato concluso, ritiene il Collegio preferibile la posizione dottrinale orientata nel senso dell'applicazione della normativa dettata dal codice civile a proposito delle associazioni e fondazioni, in quanto esprime principi generali, applicabili anche alla Pubblica amministrazione, quale persona giuridica *ex art. 11 c.c.*, soggetta, quindi, oltre che alle norme di diritto pubblico, anche alle norme civilistiche essenziali che disciplinano le persone giuridiche (cfr., in tal senso, anche se nell'ambito della teoria della inefficacia del contratto per difetto di un presupposto o di una condizione di efficacia del contratto, Cons. St., Sez. VI, n. 2992 del 2003 *cit.*).

Secondo tali principi, l'annullamento della deliberazione formativa della volontà contrattuale dell'ente «non pregiudica i diritti acquistati dai terzi di buona fede in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione medesima» (art. 23 e 25 c.c.).

Questo criterio, invero, consente di tutelare la posizione del contraente di buona fede, ma allo stesso tempo consente di dare pieno riconoscimento alle ragioni di colui che abbia ottenuto l'annullamento di atti della fase di formazione (e segnatamente, dell'aggiudicazione) laddove possa essere esclusa la buona fede del contraente, travolgendo in tal caso detto annullamento la fattispecie contrattuale nella sua interezza.

Ciò detto, un argomento sistematico in favore della tesi della inefficacia sopravvenuta può, a ben vedere, trarsi dalla legge 21 dicembre 2001 n. 443 («Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri Interventi per il rilancio delle attività produttive», c.d. legge obiettivo), la quale, all'art. 1, comma 2, contiene una delega al Governo ad emanare disposizioni volte a definire un quadro normativo finalizzato alla celere realizzazione di infrastrutture pubbliche e private e insediamenti produttivi strategici e di preminente interesse nazionale da realizzare per la modernizzazione e lo sviluppo del Paese, indicando, tra gli altri, il seguente principio e criterio direttivo (lettera *n*): «previsione, dopo la stipula dei contratti di progettazione, appalto, concessione o affidamento a contraente generale, di forme di tutela risarcitoria per equivalente, con esclusione della reintegrazione in forma specifica; ...».

La delega, com'è noto, è stata attuata con l'art. 14 del D.Lgs. n. 190 del 2002, con cui, appunto, si esclude che l'annullamento dell'aggiudicazione comporti la caducazione (si parla espressamente di «risoluzione») del contratto nelle more stipulato dalla P.A..

Ora, se il legislatore, in applicazione di una facoltà riconosciuta dalla direttiva 89/665 (art. 2, par. 5 e 6) – che postula il principio in forza del quale, di regola, la stipulazione del contratto non preclude affatto la reintegrazione in forma specifica, anche se gli Stati membri potrebbero introdurre norme interne con tale contenuto – ha avvertito la necessità di stabilire una apposita norma derogatoria di tale principio in un particolare settore, allora significa che, in linea generale, la stipulazione del contratto non è di ostacolo alla tutela in forma specifica della parte interessata, assicurata attraverso la verifica del contratto e la conseguente possibilità di subentro.

D'altronde, il riferimento del legislatore delegato (anche se per escluderla) alla risoluzione del contratto conseguente all'annullamento della procedura sembra far propendere per il rifiuto della categoria della invalidità e per l'adesione a quella della perdita di efficacia del contratto.

Tanto premesso, deve osservarsi che, secondo una massima che si iscrive nel filone della caducazione automatica «l'annullamento dell'aggiudicazione di una gara pubblica elide il vincolo negoziale sorto con l'adozione del provvedimento rimosso, con la conseguenza che restituisce in pieno alla potestà di diritto pubblico della stazione appaltante la scelta fra l'avvalersi della procedura espletata, ovvero procedere ad una nuova gara previa revoca degli atti che vi hanno dato luogo, a fronte della quale non sono rinvenibili posizioni di diritto soggettivo in capo agli altri partecipanti alla gara, ancorché costoro si trovino in posizione utile per subentrare all'aggiudicatario rimosso» (cfr. Cons. St., Sez. VI, 14 gennaio 2000, n. 244; *id.*, 19 dicembre 2000, n. 6838).

Ora, appare poco condivisibile una soluzione che lasci alla piena discrezionalità del soggetto soccombente nel giudizio di annullamento dell'aggiudicazione (la Pubblica amministrazione) la decisione sulle sorti del contratto.

Preferibile, invece, appare quell'indirizzo che, pur ritenendo che il *prius* nella materia in esame (appalti) sia sempre costituito dalla reintegrazione in forma specifica, anche mediante l'adempimento parziale, ammette, tuttavia, che il debitore (l'Amministrazione) possa denunciarne la gravosità – o anche l'impossibilità – rimettendosi comunque sul punto all'apprezzamento del giudice (cfr. Cons. St., V, 6 marzo 2002, n. 1373).

Ed è nel solco di tale orientamento che pare iscriversi la pronuncia in esame, n. 5363/2002 – della quale la presente costituisce il seguito – che ha sì devoluto prioritariamente all'Amministrazione un accertamento obiettivo sull'effettivo andamento dei lavori affidati all'originaria aggiudicataria T. e sulla praticabilità operativa del subentro di T. d. V., ma poi si è riferita alle determinazioni della stessa Amministrazione come presupposto della valutazione, riservata, invece, all'esclusiva competenza del Collegio giudicante, della domanda risarcitoria avanzata dalla T.d.V. medesima.

E, del resto, il carattere esclusivo della giurisdizione amministrativa sulle controversie in materia di procedure di aggiudicazione, espressamente sancito dall'art. 6 della legge n. 205 del 2000 e dall'art. 33 del D. Lgs. n. 80 del 1998, è sintomatico di una tendenza ad un controllo giurisdizionale più incisivo e pieno sui rapporti giuridici, anche di tipo contrattuale o paritetico, originati da atti a contenuto provvedimentoale contestati innanzi al G.A..

In tale contesto, il potere del G.A. di condannare l'Amministrazione al risarcimento del danno, anche mediante la reintegrazione in forma specifica, appare indicativo della volontà legislativa di collegare alla tradizionale tutela di annullamento una tutela più intensa ed effettiva della situazione giuridica fatta valere, realizzata attraverso il ripristino, ove possibile, della situazione giuridica e materiale alterata dall'attività illegittima dell'Amministrazione.

Da tale punto di vista, ad avviso di questo Collegio, deve, anzi, in via assolutamente pregiudiziale, affermarsi che la giurisdizione esclusiva e la tutela reintegratoria specifica (considerata non come eventuale o eccezionale, essendo, invece, sussidiaria, rispetto ad essa, quella risarcitoria per equivalente, praticabile solo quando quella restitutoria non possa essere conseguita con successo: cfr., in tal senso, Cons. St., Sez. IV, 29 aprile 2002, n. 2280, in tema di danni da occupazione illegittima e da irreversibile trasformazione del fondo), previste dalla normativa poc'anzi citata determinano, in punto di giurisdizione, che anche il giudizio sulla sorte del contratto a seguito di vizi del procedimento di scelta del contraente debba spettare al giudice amministrativo (così anche Cons. St., Sez. VI, dec. n. 2332 del 2003 *cit.*); in tale prospettiva, la rimozione del contratto si connette non tanto ad un giudizio civilistico sul rapporto negoziale, bensì ad una forma di tutela reintegratoria in forma specifica, la quale, in sede di giurisdizione esclusiva, deve necessariamente comprendere anche statuizioni dichiarative o costitutive concernenti la sorte (validità o efficacia) del contratto stipulato.

Quanto ai limiti che può trovare il principio della tutela ripristinatoria, consistente nella reintegrazione in forma specifica del danno ingiusto causato dalla Pubblica amministrazione, intesa come istituto speciale del diritto processuale amministrativo, essi sono stati individuati da questa Sezione (cfr. IV Sez., dec. 14 giugno 2001, n. 3169) nella speciale rilevanza dell'interesse pubblico, sotto l'aspetto della eccessiva onerosità per il pubblico interesse e per la collettività.

Tuttavia, prima di passare ad esaminare più da vicino il problema dell'accertamento del danno patrimoniale risarcibile, occorre premettere che nella specie, ai fini della fondatezza nell'*an* della domanda risarcitoria, sussiste la responsabilità della P.A., in quanto l'evento dannoso (mancata aggiudicazione dell'appalto dei lavori) può dirsi imputabile al comportamento negligente e, pertanto, colposo dell'Amministrazione appaltante; e, infatti, come accertato nella citata decisione n. 5363/2002, l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo (aggiudicazione alla controinteressata A. T.) è avvenuta in violazione delle regole di imparzialità e correttezza che l'Amministrazione stessa si era data in sede di gara nella *lex specialis* a pena di esclusione (cfr. pag. 18 dec. *cit.*).

Tanto premesso, per quanto riguarda la domanda di reintegrazione in forma specifica proposta in via principale dalla T. d. V., deve dirsi che la stessa appare infondata.

E, infatti, come si è visto, ostativa a tale forma di tutela deve ritenersi la eccessiva onerosità per l'interesse pubblico e la collettività (che è quella che sopporta gli oneri dell'azione amministrativa: cfr. Cons. St., Sez. IV, dec. n. 3169 del 2001 *cit.*), nonché, ad avviso del Collegio, l'impossibilità (totale o parziale) della reintegrazione in forma specifica (arg. *ex art.* 2058 c.c.).

Ora, come emerge dalla relazione tecnica depositata dal Provveditorato in data 13 dicembre 2002, «non poche sono le difficoltà di carattere tecnico operative» derivanti da un eventuale subentro (quali «il fermo dei lavori, nonché la duplicazione dei tempi necessari alla ripetizione dei monitoraggi prodromici alla scelta dei macchinari di scavo dei collettori principali e delle perforazioni in *microtunnelling*»: v. pag. 14 relazione *cit.*) e «certamente si andrebbe incontro ad un prolungamento, anche di non poca entità, dei tempi di esecuzione», con tutte le conseguenze «che potrebbero derivare per un'opera che è finalizzata al consolidamento di una vasta area soggetta a movimenti franosi» (cfr. pag. 13 relazione *cit.*; l'appalto *de quo*, infatti, concerne lavori di sistemazione idrogeologica di un versante in frana).

E, ad avviso del Collegio, tanto basta per far ritenere sicuramente preminente, nel necessario giudizio di bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco, l'interesse pubblico e della collettività alla rapida conclusione dei lavori, a fronte dell'interesse privato dell'originaria ricorrente, odierna appellante, a che l'iniziativa non abbia seguito a favore dell'aggiudicataria.

La domanda di reintegrazione in forma specifica riproposta in via principale dalla società appellante è, dunque, infondata.

Ciò detto, occorre ora esaminare la domanda di risarcimento del danno per equivalente, proposta in via subordinata dalla società ricorrente in primo grado ed odierna appellante nell'eventualità del mancato accoglimento della domanda di reintegrazione in forma specifica (subentro).

Al fini della liquidazione di tale danno si può, a ben vedere, utilizzare lo strumento previsto dall'art. 35, comma 2, del D.Lgs n. 80 del 1998, come sostituito dall'art. 7 della legge n. 205 del 2000, che consente al giudice amministrativo di stabilire i criteri in base ai quali l'Amministrazione (l'art. 7 *cit.* ha aggiunto anche il gestore del servizio pubblico) deve proporre a favore dell'avente titolo il pagamento della somma entro un congruo termine, prevedendo che, qualora permanga il disaccordo, le parti possano rivolgersi nuovamente al giudice per la determinazione delle somme dovute nelle forme del giudizio di ottemperanza.

La possibilità di limitarsi alla fissazione dei criteri è un utile strumento di semplificazione posto a disposizione del giudice amministrativo, che tiene conto dell'obiettivo complessità delle operazioni di liquidazione del danno in questa materia e che comunque persegue finalità di accelerazione e di economia processuale, in sintonia con l'intero impianto della legge n. 205 del 2000.

Si dispone, pertanto, che l'Amministrazione provveda a liquidare una somma a favore della società T. d. V. a titolo sia di danno emergente (costi di partecipazione alla gara) che di lucro cessante (mancato utile), secondo i criteri appresso indicati, entro il termine massimo di sessanta giorni dalla data di comunicazione, o, se anteriore, da quella di notifica, della presente decisione (*omissis*)».

P.Q.M. – Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, definitivamente pronunciando sul capo della sentenza appellata relativo alle questioni risarcitorie ed in accoglimento dell'appello sul punto proposto dalla T. d. V. S.p.a., così provvede:

condanna il Ministero dei Lavori Pubblici (ora delle Infrastrutture e Trasporti), nonché il Provveditorato alle Opere pubbliche per l'Umbria, in solido fra loro, al risarcimento dei danni subiti dalla T. d. V. S.p.a. a causa della mancata aggiudicazione dei lavori, nella misura e secondo i criteri di cui in motivazione, provvedendo alla liquidazione ed al pagamento di tali danni entro il termine massimo di sessanta giorni dalla comunicazione, o se anteriore, dalla notifica, della presente decisione (*omissis*)».

Atto meramente confermativo e impugnativa

(Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana, Firenze, sezione prima, ordinanza 4 febbraio 2004, n. 165).

Con l'ordinanza che si commenta il T.A.R. Toscana respinge la richiesta di sospensione dei provvedimenti di rigetto emessi dalla Questura di Livorno, delle istanze di riesame inoltrate dai ricorrenti in data 20 agosto 2003 (tutti di identico contenuto) e relative al provvedimento di divieto di accesso agli stadi emessi dal Questore di Livorno in data 20 febbraio 2003 e notificato in data 25 marzo 2003.

Sono stati impugnati gli atti con cui l'Amministrazione ha confermato tre divieti di accesso a manifestazioni sportive.

Il T.A.R. Toscana ha respinto motivando con riferimento al fatto che «i provvedimenti confermati sono divenuti inoppugnabili per mancata tempestiva impugnazione e che l'Amministrazione, rispetto a una richiesta di revoca o annullamento, non ha né l'obbligo di provvedere né l'obbligo di fornire una dettagliata motivazione dell'atto meramente confermativo».

La pronuncia, resa in sede cautelare, sgombra il campo dalla confusione, spesso strumentale, che viene fatta in riferimento ai provvedimenti confermativi.

Differenza con la conferma propria.

Com'è noto la conferma in senso proprio si distingue dalla conferma impropria.

La prima è un atto discrezionale della P.A., adottato nell'interesse pubblico, nei casi in cui essa non ravvisi l'esistenza di vizi (conferma propria): non è da considerarsi rientrante nella categoria della sanatoria, in quanto si tratta di un atto nuovo, frutto di riponderazione di interessi, come tale impugnabile come nuovo atto.

La conferma propria si distingue dalla conferma impropria o mero atto confermativo in quanto, in questo caso, non si riscontra alcuna riponderazione da parte della P.A. e, pertanto, non è impugnabile, in quanto atto meramente ricognitivo.

L'atto è meramente confermativo nel caso in cui, senza alcuna nuova valutazione, si limita a richiamare, ricordandone il contenuto, un precedente provvedimento, senza effettuare nuova istruttoria e senza alcun nuovo esame degli elementi di fatto già considerati in precedenza (1).

Quando l'atto impugnato, infatti, si inquadra come atto meramente confermativo di determinazioni negative già assunte dalla P.A. (non ritualmente gravate), non può essere ascritto alla categoria della conferma in senso proprio: l'Amministrazione, con il nuovo atto, non procede ad un riesame

(1) Cons. Stato, Sez. IV, 26 giugno 2002, n. 3551, in *Foro Amm.* C.D.S., 2002, 1424 T.A.R. Puglia Bari, Sez. II, 13 maggio 2002, n. 2296, in *Foro Amm.* T.A.R., 2002, 1741; Cons. Stato, Sez. IV, 30 maggio 2002, n. 3019 in *Foro Amm.* C.D.S., 2002, 1222.

della situazione che aveva portato all'emanazione dell'atto precedente, cioè non provvede ad una nuova introduzione e valutazione degli elementi di fatto e di diritto che già sono stati considerati in precedenza.

In altri termini, per qualificare come costitutiva la portata dell'atto col quale l'Amministrazione conferma una pregressa statuizione, occorre verificare se, in seconda battuta, sia stato effettuato un riesame delle questioni già in precedenza valutate (2).

È necessario, poi, accertare se l'Amministrazione si sia limitata a richiamare la determinazione in precedenza adottata, senza procedere a nuova istruttoria e a nuova valutazione degli elementi, di fatto e di diritto, già considerati ovvero di quelli, nuovi, «*medio tempore*» acquisiti.

Un atto amministrativo deve rappresentare una nuova manifestazione di volontà dell'Amministrazione, e l'Amministrazione non si deve limitare a constatare che le ragioni poste a base della adozione del precedente atto erano state già esaminate e ponderate in quel procedimento (3).

Indipendentemente dal *nomen iuris* e dalle formulazioni utilizzate, gli atti impugnati, come nel caso in esame, sono entrambi confermativi – e come tali non sono impugnabili autonomamente: l'atto amministrativo si configura identico al precedente quanto ad oggetto, competenza, forma e contenuto, e non ha comportato nuova istruttoria, nuova valutazione di fatti, norme e circostanze, nuova ponderazione degli interessi in gioco e riesame della questione alla luce di diversi elementi (4).

Tali atti, dunque, confermerebbero delle statuizioni che fanno parte di un precedente atto non più suscettibile di essere messo in discussione (5).

Ne consegue che provvedimenti confermati, se non impugnati tempestivamente, diventano inoppugnabili per mancata tempestiva impugnazione.

(2) Cons. Stato, Sez. IV, 29 ottobre 2002, n. 5947, in *Diritto e Giustizia*, 2002, f. 44, 81; T.A.R. Basilicata, 14 febbraio 2002, n. 137, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2002, 701.

(3) F. SATTA, *Atto amministrativo*, voce *Enc. Giur.*, 1. Cfr. anche la nozione elaborata da Zanobini e riportata da M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, voce *Enc. Dir.*, 163 in base al quale per provvedimento amministrativo si intende «qualunque dichiarazione di volontà, di desiderio, di conoscenza, di giudizio, compiuta da un soggetto della pubblica amministrazione nell'esercizio di una potestà amministrativa». M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, 671.

(4) T.A.R. Friuli-V. Giulia, 31 maggio 2001, n. 325 in *Giur. di Merito*, 2001, 1148; T.A.R. Toscana, Sez. II, 20 febbraio 2001, n. 315, in *Foro Amm.*, 2001, 1284; Cons. Stato, Sez. V, 13 marzo 2000, n. 1328, in *Foro Amm.*, 2000, 897; T.A.R. Liguria, Sez. II, 24 dicembre 1998, n. 974, in *Ragiusan*, 1999, f.186-7, 32.

(5) T.A.R. Lazio, Latina, 17 gennaio 2000, n. 23 in *Foro Amm.*, 2000, 2364; *a contrariis* Cons. Stato, Sez. IV, 4 aprile 1998, n. 548, in *Foro Amm.*, 1998, 1012 e T.A.R. Marche, 7 ottobre 1999, n. 1068 in *Foro Amm.*, 2000, 1443; PIFFERI G., *Individuazione e presupposti dell'atto confermativo* (nota a Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz., 8 aprile 1989, n. 118); PIFFERI G., *Individuazione e presupposti dell'atto confermativo* (nota a Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz., 8 aprile 1989, n. 118); PIFFERI G., *Sanatoria o atto confermativo in tema di opere edilizie*, in *Amm. It.*, 1991, 1574; PIFFERI G., *In tema di atto confermativo*, in *Riv. Amm. della Repubblica Italiana*, 1984, 520; PIFFERI G., *Sanatoria o atto confermativo in tema di opere edilizie*, in *Amm. It.*, 1991, 1574.

Autotutela e discrezionalità.

Un altro aspetto analizzato dall'ordinanza investe la natura discrezionale dell'Amministrazione in ordine alle istanze di riesame avanzate dai privati.

La pronuncia ribadisce il principio per cui non esiste alcun obbligo giuridico dell'amministrazione ad iniziare, sia pure ad istanza di parte, alcun procedimento di autotutela o, comunque, di secondo grado, incidente su precedente attività amministrativa, rientrando l'esercizio della autotutela in una sfera ampiamente discrezionale (6).

Non solo, ma l'Amministrazione, qualora decida di pronunciarsi, non ha neppure l'obbligo di motivare in maniera dettagliata: «rispetto a una richiesta di revoca o annullamento, non ha né l'obbligo di provvedere né l'obbligo di fornire una dettagliata motivazione dell'atto meramente confermativo» (7).

Il concetto di autotutela, ossia «la possibilità di farsi giustizia da sé», ricorre nel diritto amministrativo in quanto l'Amministrazione ha la facoltà di adottare strumenti autoritativi per realizzare risultati che si potrebbero conseguire attraverso il ricorso alle autorità giurisdizionali.

È la stessa Amministrazione che provvede a risolvere i conflitti, potenziali o attuali, che sorgono con altri soggetti, «in relazione ai propri provvedimenti o pretese ... L'Amministrazione, come parte di quel tutto che è lo Stato, riproduce in sé potenzialmente tutti gli aspetti dello Stato» (8).

Ne consegue che l'autotutela deve essere considerata come un'attività amministrativa, «anche se nel quadro più ampio dell'attività della P.A., essa possa essere considerata come attività secondaria e cioè di assicurazione della giustizia e della efficienza dei provvedimenti di autarchia e di autonomia» (9).

L'esercizio del potere di autotutela risulta coerente con la finalità di assicurare dall'interno della stessa compagine amministrativa il rispetto dei principi costituzionali in sede di azione amministrativa fissati dall'art. 97 della Costituzione (10).

A maggior ragione l'esercizio dell'autotutela, proprio perché mira alla restaurazione dell'ordine giuridico violato, ma nella realizzazione dell'interesse pubblico ad essa affidato, deve essere esercitato discrezionalmente.

(6) T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 11 dicembre 2001, n. 5416, in *Foro Amm.*, 2001, 3310.

(7) Ord. T.A.R. Toscana, 4 febbraio 2004 n. 165.

(8) F. BENVENUTI, *Autotutela, cit.*, 538: «In effetti si può pensare che lo Stato assoluto, dal quale il nostro Stato presente ha tratto inevitabilmente le proprie principali caratteristiche strutturali e funzionali, si riassume nel tipo di uno Stato amministrativo ... talché il passaggio allo Stato moderno, con la conseguente divisione dei poteri ... lasciava sussistere nell'Amministrazione residui di funzioni legislative e giurisdizionali ...».

(9) F. BENVENUTI, *Autotutela*, voce *Enc. del Dir.*, 539, 540.

(10) Cons. Stato, Sez. V, 18 novembre 2002, n. 6389, in *Foro Amm. C.D.S.*, 2002, f. 11; Cons. Giust. Amm. Sic., Sez. Giurisdiz., 31 maggio 2002, n. 276, in *Foro Amm. C.D.S.*, 2002, 1351.

Nemmeno l'invalidità di un pregresso provvedimento costituisce di per sé ragione sufficiente a disporre la caducazione, in quanto lo stesso, pur se illegittimo, può – una volta assunto nel complessivo divenire dell'attività amministrativa, quale si dispiega nel tempo – avere concretamente realizzato quell'interesse (11).

L'esercizio dei poteri di autotutela presuppone, dunque, che un determinato assetto di interessi sia stato realizzato e che la modificazione (o demolizione) di quello, richieda un'ulteriore determinazione dell'autorità amministrativa (12).

Quello discrezionale costituisce uno dei momenti più delicati dell'esercizio della cosa pubblica: l'uso della potestà discrezionale permette alla P.A. di decidere al meglio in merito all'opportunità di agire e al contenuto dell'attività pubblica.

Ne consegue che, qualora l'Amministrazione ritenga che non vi sia nessun interesse pubblico da tutelare, essa stessa ha la potestà di decidere di non intervenire, senza neppure avere l'obbligo di provvedere né, se ritiene di farlo, deve fornire una dettagliata motivazione in proposito.

Avv. Maria Vittoria Lumetti

Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana, Firenze, sezione prima, ordinanza 4 febbraio 2004, n. 165 – Pres. Rel. G. Vacirca – S.M. ed altri (Avv.ti A. Serafino e L. Tartarini) c/ Ministero dell'Interno (Avv. dello Stato M.V.Lumetti).

I provvedimenti confermati se non tempestivamente impugnati, sono inoppugnabili. L'Amministrazione, rispetto a una richiesta di revoca o annullamento, non ha né l'obbligo di provvedere né l'obbligo di fornire una dettagliata motivazione dell'atto meramente confermativo.

«Ordinanza (*omissis*) per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, dei provvedimenti di rigetto delle istanze di riesame inoltrate dai ricorrenti in data 20 agosto 2003 (tutti di identico contenuto) e relative al provvedimento di divieto di accesso agli stadi emessi dal Questore di Livorno in data 20 febbraio 2003 e notificato in data 25 marzo 2003 e numero: Cat. II n. 1000 p.a.c. 1-CL che si allegano in copia (all. n. 1).

Visti gli atti e i documenti depositati con il ricorso;

Vista la domanda di sospensione della esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dal ricorrente; (*omissis*);

Considerato che i ricorrenti hanno impugnato gli atti con cui l'Amministrazione ha confermato tre divieti di accesso a manifestazioni sportive;

Considerato che i provvedimenti confermati sono divenuti inoppugnabili per mancata tempestiva impugnazione e che l'Amministrazione, rispetto a una richiesta di revoca o annullamento, non ha né l'obbligo di provvedere né l'obbligo di fornire una dettagliata motivazione dell'atto meramente confermativo;

Ritenuto che il ricorso non sia provvisto di *fumus boni iuris*;

Considerato, altresì, che dai provvedimenti impugnati non derivano danni gravi e irreparabili, come è confermato dalla circostanza che gli interessati non avevano ritenuto nemmeno di impugnare i provvedimenti confermati;

(11) T.A.R. Puglia, Bari, 28 maggio 1999, n. 470, in *Ragiusan*, 2000, f. 192, 38.

(12) C.D.S., Sez. IV, 11 marzo 1999, n. 259, in *Foro Amm.*, 1999, 613.

Considerato pertanto che, in relazione agli elementi di causa, non sussistono i presupposti per l'accoglimento della domanda incidentale in esame, ai sensi dell'art. 21, della legge 6 dicembre 1971 n. 1034, come modificato dall'art. 3 della legge 205/2000 coordinato con l'art. 1 della legge stessa;

P. Q. M. respinge la suindicata domanda cautelare.

La presente ordinanza sarà eseguita dalla Amministrazione ed è depositata presso la Segreteria della prima Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Firenze, 4 febbraio 2004».

Impugnazione della Conferenza dei Servizi e legittimazione ad agire

(Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Firenze, sezione prima, ordinanza 20 aprile 2004, n. 456)

L'ordinanza che si annota si pronuncia in merito al ricorso con cui viene impugnata la determinazione della Conferenza dei Servizi di conclusione favorevole del procedimento relativamente agli interventi funzionali del «Passante AV/AC» e della Stazione «AV», delle decisioni assunte dalla Conferenza dei Servizi il 3 marzo 1999, nonché dell'accordo procedimentale del 3 marzo 1999 sottoscritto da F.S., Alta Velocità TAV s.p.a., Regione Toscana, Provincia di Firenze e Comune di Firenze, nonché di ogni altro atto e provvedimento, connesso e conseguente, ancorché incognito.

L'ordinanza rigetta il ricorso in quanto, ad una prima delibazione possibile in sede cautelare, sembrano sussistere dubbi sul piano del *fumus*, sotto il profilo della legittimazione attiva e della attualità del danno.

Il problema riguarda, preliminarmente, il difetto di legittimazione processuale dei ricorrenti, in secondo luogo, la carenza ad agire dei ricorrenti per mancanza di un interesse attuale e diretto.

Riguardo alla legittimazione ad agire non sembra che gli odierni ricorrenti non possano legittimamente impugnare il provvedimento.

La condizione di proprietari di aree confinanti con quella interessata dall'intervento di *sotto attraversamento* della città di Firenze nel tratto da Campo di Marte a Castello, non vale, infatti, a qualificarli come diretti interessati e quindi come legittimati a proporre ricorso giurisdizionale.

Né, a maggior ragione, la semplice condizione di essere cittadini di Firenze.

La carenza di legittimazione ad agire scaturisce, innanzi tutto dalla inammissibilità di azioni popolari nel vigente ordinamento.

Tali soggetti infatti non sono, solo perché proprietari o abitanti residenti nelle strade e zone interessate dal passaggio della realizzanda opera ferroviaria, destinatari di un possibile pregiudizio, dovendo essi *provare il danno conseguente alla localizzazione dell'impianto e l'interesse attuale e concreto ad agire*.

Inoltre, i ricorrenti non si possono definire nemmeno soggetti portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento.

Essi, infatti, non rientrano nell'ipotesi prevista dall'art. 7 legge 7 agosto 1990 n. 241.

Non solo, ma tale norma, nell'introdurre eccezionalmente la tutela degli interessi diffusi a condizioni particolari, non riconosce di per sé legittimazione processuale nemmeno a tutti i soggetti portatori di interessi collettivi che abbiano in concreto partecipato al procedimento (cosa che non era avvenuta nel caso *de quo*).

La norma, a differenza di quelle che attribuiscono a specifici enti esponenziali di interessi collettivi la facoltà di partecipare ad un particolare pro-

cedimento, si limita a sancire un principio generale, ed è perciò rimesso all'amministrazione procedente ed all'autorità giudiziaria il compito di verificare nel singolo caso se il soggetto interveniente abbia effettiva legittimazione procedimentale e processuale in quanto portatore di un interesse differenziato e qualificato, senza che la valutazione operata in sede procedimentale vincoli quella da rinnovarsi nella sede processuale (1).

Il ricorso proposto da semplici cittadini non portatori di un interesse qualificato, confligge con i principi generali elaborati dalla giurisprudenza in materia di interesse e legittimazione ad agire in giudizio e di tutela giurisdizione dei c.d. interessi diffusi (2).

Non solo, ma la giurisprudenza ha anche escluso la legittimazione ad agire di comitati costituiti in forma associativa temporanea, con scopo specifico e limitato, caratterizzati dalla proiezione di fatto degli interessi dei soggetti che ne sono parte, e quindi strumentali all'esercizio di una sorta di azione popolare, non ammessa dal vigente ordinamento, in quanto privi del carattere di enti esponenziali portatori in via continuativa di interessi diffusi radicati nel territorio (3).

Il fatto che i soggetti siano «residenti nella zona» «non basta per differenziare e qualificare adeguatamente la posizione delle associazioni dal punto di vista della legittimazione e dell'interesse» (4).

Peraltro, anche in caso di facoltà di intervento nel procedimento amministrativo da parte dei soggetti portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, di per sé, non comporta in via automatica la legittimazione processuale, che deve essere verificata nel singolo caso dall'autorità giudiziaria (5).

Se tutte le suesposte limitazioni sono previste a carico delle associazioni o comitati, a maggior ragione è da ritenersi esclusa la possibilità per i cittadini di proporre ricorso giurisdizionale innanzi al T.A.R.

Gli interessi diffusi non sono suscettibili, infatti, di fare ingresso nel processo amministrativo (6).

Ai fini della proposizione di un ricorso giurisdizionale amministrativo è necessario che sussista un interesse sostanziale, connesso allo specifico procedimento instaurato.

Occorre, infatti, che l'interessato possa lamentare un concreto pregiudizio della propria sfera giuridica, non essendo sufficiente la sua mera appartenenza alla collettività locale (7).

(1) Cfr. sul punto Cons. Stato, Sez.IV, 29 agosto 2002, n. 4343, in *Foro Amm. C.D.S.*, 2002, f. 8.

(2) Cons. Giust. Amm. Sic., Sez.Giurisdiz., 24 dicembre 2002, n. 693, in *Foro Amm. C.D.S.*, 2002, 3285.

(3) T.A.R. Sicilia Palermo, Sez. II, 11 luglio 2002, n. 1984, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2002, 2693.

(4) T.A.R. Veneto, Sez.I, 4 aprile 2002, n. 1256, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2002, 1205.

(5) T.A.R. Campania Napoli, Sez.I, 7 dicembre 2001, n. 5335, in *Foro Amm.*, 2001.

(6) T.A.R. Calabria Catanzaro, 17 maggio 1999, n. 701, in *Foro Amm.*, 2000, 625.

(7) T.A.R. Piemonte, Sez.II, 6 maggio 1999, n. 244, in *Riv. giur. Polizia*, 2000, 909.

Gli odierni ricorrenti, infatti, non sono portatori di un interesse legittimo e titolari di una posizione da cui derivi una lesione attuale alla propria sfera giuridica soggettiva.

Essi sono esclusivamente titolari di interessi di fatto come tali, non qualificati dalla previa titolarità di una posizione soggettiva giuridicamente protetta.

Quest'ultima è strumentale all'esercizio di una sorta di azione popolare, non ammessa dal vigente ordinamento, in quanto priva del carattere di ente esponenziale portatore in via continuativa di interessi diffusi radicati nel territorio, e altresì sprovvista della legittimazione che deriva dalla individuazione ministeriale ai sensi dell'art. 3 legge n. 349 del 1986 (8).

Anche riguardo alla diretta impugnabilità della conferenza di servizi sussistono dubbi.

L'impugnabilità immediata dell'atto conclusivo di una conferenza di servizio è possibile soltanto in quanto esso esprima di per sé un contenuto immediatamente lesivo.

Lo stesso atto, invece, non è immediatamente impugnabile ove, pur impegnando le amministrazioni che l'abbiano sottoscritto, non contenga alcuna proposizione di per sé immediatamente costitutiva, modificativa od estintiva di situazioni soggettive degli amministrati (9).

La conferenza di servizi, infatti, costituisce una formula organizzativa assimilabile al previo concerto, strumento procedimentale di emersione e comparazione di interessi pubblici, destinati a sintetizzarsi nel provvedimento finale, e non un vero e proprio organo collegiale ove le singole manifestazioni di volontà si fondono in una.

Pertanto gli enti partecipanti alla conferenza non consumano i loro poteri in tale sede, ma conservano comunque la facoltà di opporsi giudizialmente a decisioni ritenute lesive degli interessi di cui sono portatori (10).

L'aver espresso un parere positivo in seno alla conferenza di servizi, non incide sulla legittimazione al ricorso, anche perché ben potrebbero sopravvenire motivi nuovi da indurre l'ente a motivatamente disattendere ciò cui prima aveva consentito (11).

Orbene, anche ora che l'originario modello della conferenza di servizi decisoria ha subito una ulteriore trasformazione a seguito dell'ultimo intervento normativo (l. n. 340 del 2000) che l'avvicina sempre di più a quello degli organi collegiali, conserva inequivocabilmente le caratteristiche del modello base.

E cioè non ricorre la prefigurazione rigorosa degli interessi coinvolti, ma viene conservato il tratto fisionomico originale della loro duttilità e flessibilità, valutabile solo nella concreta fase operativa.

(8) cfr. sul punto T.A.R. Piemonte, Sez. II, 6 maggio 1999, n. 240, in *Ragiusan*, 1999, f.186-7, 163.

(9) Trib. Sup. Acque, 8 ottobre 2002, n. 122, in *Foro Amm. C.D.S.*, 2002, 2662.

(10) T.A.R. Veneto, 24 luglio 1996, n. 1425, in *Giust. Civ.*, 1997, I, 1140.

(11) T.A.R. Veneto, 24 luglio 1996, n. 1425, in *Giust. Civ.*, 1997, I, 1140.

Permane, infatti, in capo alla conferenza di servizi decisoria, l'indiscusso ruolo istituzionale di mero strumento di riannodo di competenze funzionali omogenee e connesse, ma frazionate tra più organi, che è autentica espressione di coordinamento e razionalizzazione, e nulla di più.

Anche in ordine al danno grave e irreparabile sussistono dei dubbi.

Infatti, non sussiste alcun danno grave ed irreparabile in capo ai ricorrenti.

Il provvedimento finale deve infatti ancora essere emesso.

Inoltre non è stata fornita prova, nel concreto, di danni gravi in capo ad essi: anzi, l'apprestamento di un servizio come quello ipotizzato potrebbe sortire invece effetti positivi sul valore degli immobili.

Inoltre faciliterebbe la fruizione dei servizi pubblici e migliorerebbe la qualità della vita.

L'interesse pubblico sotteso all'intervento di cui ci si duole condurrebbe ad inequivocabili miglioramenti dell'assetto urbano e territoriale e ad un giovamento della viabilità in generale e della qualità della vita di tutti i cittadini.

L'interesse pubblico è, dunque, da ritenersi prevalente.

Il danno, se mai, si prospetterebbe in capo alle Amministrazioni pubbliche che hanno investito energie e tempo, nonché sostenuto costi non indifferenti per addivenire alla conclusione di una conferenza di servizi di notevole complessità, anche tecnica.

Pertanto, in assenza di un provvedimento finale, che potrebbe risultare anche differente dai pareri espressi in sede istruttoria, può risultare eccessivo il blocco di una attività che ricopre un notevole interesse di carattere pubblicistico.

Avv. Maria Vittoria Lumetti

Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Firenze, sezione prima, ordinanza nella Camera di Consiglio 20 aprile 2004, n. 456 – V. G. ed altri (Avv. ti F. Montesi, G. Naccarato) c/ Ministeri delle infrastrutture e dei trasporti, della difesa, dei beni e delle attività culturali, dell'ambiente e tutela territorio (cont. 9112/04, Avv. dello Stato M.V. Lumetti); Regione Toscana, Provincia di Firenze, Comune, Comando provinciale vigili del fuoco di Firenze, Soc. di bacino del fiume Arno, Rete ferroviaria italiana s.p.a., ed altri – Pres. G. Vacirca – Rel. est. E. Di Santo.

Non sussiste il fumus boni iuris sotto il profilo della legittimazione attiva e della attualità del danno, circa l'impugnazione di una conferenza di servizi da parte di alcuni cittadini di Firenze.

«(omissis) Ordinanza (...) per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, della determinazione della Conferenza dei Servizi assunta il 23 dicembre 2003 26 gennaio 2004 di conclusione favorevole del procedimento relativamente agli interventi funzionali del "Passante AV/AC" e della Stazione "AV", delle decisioni assunte dalla Conferenza dei Servizi il 3 marzo 1999, nonché dell'accordo procedimentale del 3 marzo 1999 sottoscritto da F.S., Alta Velocità TAV s.p.a., Regione Toscana, Provincia di Firenze e Comune di Firenze, nonché di ogni altro atto e provvedimento, connesso e conseguente, ancorché incognito.

Visti gli atti e i documenti depositati con il ricorso;

Vista la domanda di sospensione della esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dal ricorrente;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di: Autorità di bacino del fiume Arno, Ministero dell'ambiente e tutela territorio, Ministero della Difesa, Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, Ministero per i beni e le attività culturali, Provincia di Firenze, Regione Toscana, Comune di Firenze, Rete Ferroviaria Italiana S.P.A.; (...)

Considerato, a quella prima delibazione possibile in sede cautelare, che sembrano sussistere dubbi sul piano del fumus, sotto il profilo della legittimazione attiva e della attualità del danno;

Considerato pertanto che, in relazione agli elementi di causa, non sussistono i presupposti per l'accoglimento della domanda incidentale in esame, ai sensi dell'art. 21, della legge 6 dicembre 1971 n. 1034, come modificato dall'art. 3 della legge 205/2000 coordinato con l'art. 1 della legge stessa;

P. Q. M., respinge la suindicata domanda incidentale di sospensione Firenze, 20 aprile 2004 (*omissis*)».

I PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO

A.G.S. – Comunicazione di servizio n. 107, prot. n. 93110 – Circolare n. 37, prot. n. 93115, del 1° luglio 2004.

Contenzioso in materia di tasse e concessioni governative. Istruzioni operative.

«Con l'allegata circolare 1° giugno 2004 n. 20/E, l'Agenzia delle Entrate ha recepito il parere di questa Avvocatura in ordine alla condotta processuale da tenere nelle numerose controversie aventi ad oggetto domande di rimborso di tasse e concessioni governative, dopo la sentenza 10 settembre 2002 emessa nelle cause riunite C-216/99 e C-222/99 con la quale la Corte di Giustizia delle Comunità europee si è pronunciata sulla compatibilità delle disposizioni contenute nell'art. 11 della legge n. 448/1998 rispetto alla direttiva 69/335/CEE.

Alla luce dei principi contenuti in tale pronuncia, nonché delle successive sentenze della Corte di Cassazione in materia, l'interesse dell'Amministrazione alla prosecuzione delle cause residua nei soli casi in cui l'istanza di rimborso sia stata presentata (o spedita) oltre il termine di decadenza triennale dalla data del versamento.

In tutti gli altri casi in cui si è sostenuta l'applicabilità dello *jus superveniens* costituito dall'art. 11 della citata legge n. 448/1998, sarà opportuno desistere dai relativi giudizi anche abbandonando le impugnazioni già proposte, al fine di evitare aggravii di spese legali.

Le Avvocature Distrettuali avranno cura di inviare alla Scrivente le proposte di ricorso in cassazione nei soli casi in cui residui un interesse alla prosecuzione del giudizio nei termini suindicati.

L'Avvocato Generale Aggiunto: Giuseppe Stipo».

Circolare n. 20/E – Roma, 1° giugno 2004 – Direzione Centrale Normativa e Contenzioso.

Tassa sulle concessioni governative per l'iscrizione nel registro delle imprese – Art. 11 legge 23 dicembre 1998, n. 448 – Sentenza 10 settembre 2002 della Corte di Giustizia delle Comunità Europee.

1. – Sentenza 10 settembre 2002 della Corte Di Giustizia.

«L'art. 3 del decreto-legge 19 dicembre 1984, n. 853, convertito, con modificazioni, nella legge 17 febbraio 1985, n. 17, fissava gli importi della tassa di concessione governativa per l'iscrizione delle società nel registro delle imprese e stabiliva che la tassa era dovuta anche per ciascun anno solare successivo a quello dell'iscrizione.

La Corte di giustizia – con sentenza 20 aprile 1993 – ha dichiarato l'incompatibilità con la direttiva comunitaria n. 69/335/CEE di tale tributo, in quanto non correlato al costo del servizio concretamente reso.

A seguito di detta pronuncia il legislatore statale si è adeguato alla normativa comunitaria stabilendo una tassa fissa per l'iscrizione dell'atto costitutivo e una per l'iscrizione degli altri atti sociali, abolendo la tassa di rinnovo annuale (art. 61 del decreto-legge 30 agosto 1993, n. 331, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 ottobre 1993, n. 427).

Per sanare la situazione relativa al periodo anteriore all'entrata in vigore di tale disposizione, l'art. 11 della legge 23 dicembre 1998, n. 448 ha stabilito, per gli anni dal 1985 al 1992, nuovi importi sia per la tassa di iscrizione dell'atto costitutivo fissata in lire 500.000 indipendentemente dalla forma giuridica della società che per la tassa di iscrizione degli altri atti sociali, differenziata secondo il tipo di società richiedente.

Inoltre, detta norma ha confermato l'applicabilità alle relative istanze di rimborso del termine di decadenza triennale, previsto dall'art. 13 del citato d.P.R. n. 641 del 1972, ed ha stabilito che gli interessi sull'importo da rimborsare sono dovuti nella misura del tasso legale vigente alla data di entrata in vigore della legge medesima, con decorrenza dalla data di presentazione dell'istanza di rimborso.

Con circolare n. 32/E del 12 febbraio 1999 sono state impartite istruzioni in ordine all'applicabilità della nuova disposizione, mentre con circolare n. 106/E dell'11 maggio 1999 sono state indicate le modalità per la trattazione delle istanze di rimborso e per l'utilizzo della relativa procedura automatizzata.

Peraltro, nella giurisprudenza interna l'applicazione della disciplina prevista dall'art. 11 citato non è stata pacifica, in quanto sovente ritenuta anch'essa incompatibile con la normativa comunitaria.

Sulla compatibilità delle disposizioni contenute nell'art. 11 della legge n. 448 del 1998 rispetto alla citata direttiva 69/335/CEE si è pronunciata la Corte di Giustizia delle Comunità Europee con sentenza 10 settembre 2002.

In particolare, la Corte si è pronunciata sulla compatibilità della norma con gli artt. 10 e 12 della direttiva, in relazione:

1. al tributo previsto retroattivamente dalla norma in esame;
2. alla misura degli interessi da applicare in sede di rimborso delle somme versate in eccedenza;
3. all'applicabilità del termine triennale di decadenza per la presentazione dell'istanza di rimborso.

2. – *Applicazione retroattiva del tributo.*

Quanto al primo punto, è stato ribadito che gli importi riscossi per l'iscrizione nel registro delle imprese sono conformi alla direttiva 69/335 solo in quanto abbiano carattere remunerativo e siano richiesti a titolo di corrispettivo di operazioni imposte dalla legge per uno scopo di interesse generale, qual è quello della pubblicità degli atti sociali.

Pertanto, gli importi di tali tributi, che possono variare secondo la forma giuridica della società, devono essere calcolati in base al solo costo delle formalità di cui trattasi, che può essere determinato anche forfetariamente e tenendo conto del costo di eventuali operazioni minori effettuate gratuitamente.

Nel determinare tali importi si deve tenere conto anche di altri eventuali diritti versati parallelamente e intesi anch'essi a retribuire lo stesso servizio fornito.

Uno Stato membro, quindi, ha «*la facoltà di prevedere diritti forfetari e di stabilirne gli importi per un periodo indeterminato, qualora si assicuri, ad intervalli regolari, che tali importi continuano a non superare il costo medio delle operazioni di cui trattasi*».

Alla luce di tali principi generali la Corte di giustizia ha specificato che:

- la tassa annuale relativa ad anni per i quali non vi sia stata iscrizione di alcun atto sociale, non potendo avere carattere remunerativo, è incompatibile con il diritto comunitario;
- le tasse versate nel periodo 1985-1992 per l'iscrizione dell'atto costitutivo o di altri atti sociali sono ammissibili solo nella misura in cui i costi del servizio fornito non siano stati coperti, in tutto o in parte, dai diritti di cancelleria riscossi parallelamente.

Una siffatta enunciazione comporta notevoli conseguenze nell'ambito dei processi in corso. Infatti, in primo luogo, la tassa forfetaria non può essere richiesta in pagamento per gli anni in cui non vi è stata iscrizione di atti diversi da quello costitutivo.

In secondo luogo, non risulta agevole provare la congruità della tassa pagata rispetto al costo del servizio né dimostrare, tramite riscontri effettuati ad intervalli regolari, che l'importo della tassa continui a non superare il costo medio delle formalità di iscrizione.

Peraltro, l'importo della tassa dovuta dovrà calcolarsi al netto dei diritti di cancelleria corrisposti dalla società in occasione delle singole iscrizioni.

Si deve considerare, inoltre, che a seguito della menzionata pronuncia della Corte di Giustizia Europea, la Corte di Cassazione ha più volte affermato l'immediata disapplicabilità della norma recata dall'art. 11 in argomento, poiché essa prevede una «vera e propria tassa ... in quanto l'importo relativo è del tutto avulso dal costo del servizio e, soprattutto, in quanto, nonostante la sua affermata forfetarietà, l'obbligo del pagamento ... prescinde del tutto dalla concreta prestazione di un servizio e non tiene conto di 'altri diritti' a suo tempo versati, 'intesi anch'essi a retribuire lo stesso servizio fornito'» (Cass., sez. V, 12 maggio 2003, n. 7236; 21 maggio 2003, n. 8012).

3. – *Interessi dovuti sui rimborsi.*

Per quanto concerne la questione relativa alla misura degli interessi, la sentenza della Corte europea ne rimette la soluzione al giudice nazionale sulla base del principio secondo cui non è consentito agli Stati membri adottare norme che subordinano «la restituzione di un tributo dichiarato incompatibile con il diritto comunitario da una sentenza della corte, o la cui incompatibilità con il diritto comunitario derivi da una sentenza del genere, a condizioni riguardanti specificamente detto tributo e che sono meno favorevoli di quelle che si applicherebbero, in mancanza di dette norme, alla restituzione del tributo di cui trattasi».

Al riguardo va considerato che il comma 3 dell'art. 11 della legge n. 448 del 1998 prevede un tasso di interesse pari al 2,5 per cento annuo. Tale tasso è inferiore a quello previsto dalla legge 26 gennaio 1961, n. 29, con riguardo al rimborso delle tasse di concessione governativa, applicabile in assenza di diversa previsione (pari inizialmente al 6 per cento semestrale e successivamente modificato più volte sino a giungere all'attuale misura del 1,375 per cento semestrale).

Anche sotto tale profilo, la pretesa dell'Amministrazione finanziaria, ancorata al disposto della legge n. 448 del 1998 ha incontrato seri ostacoli in sede contenziosa.

D'altronde, in ordine alla disapplicazione di tale norma e alla spettanza degli interessi nella misura prevista dalla legge 26 gennaio 1961, n. 29, e successive modificazioni, si era già espressa specificamente la Suprema Corte (sentenze 6 dicembre 2001, n. 15448 e 21 dicembre 2001, n. 16130), che ha recentemente ribadito tale principio con le sentenze 12 maggio 2003, n. 7236 e 16 maggio 2003, n. 7682.

Si invitano, pertanto, gli uffici a calcolare gli interessi sulle somme da rimborsare secondo le disposizioni della citata legge n. 29 del 1961, con decorrenza dalla data di presentazione dell'istanza di rimborso, come da ultimo confermato dalla Suprema Corte con sentenza 28 gennaio 2004, n. 1541.

4. – *Applicabilità del termine triennale di decadenza per la presentazione dell'istanza di rimborso.*

Sull'ultimo punto esaminato dalla sentenza in rassegna, concernente il termine di decadenza entro cui deve essere presentata istanza di rimborso delle tasse dichiarate contrastanti con il diritto comunitario, la Corte di Giustizia ha affermato che «il diritto comunitario non vieta a uno Stato membro di opporre alle azioni di ripetizione di tributi riscossi in violazione del diritto comunitario un termine nazionale di decadenza triennale che deroga al regime ordinario dell'azione di ripetizione dell'indebito tra privati, assoggettata a un termine più favorevole, purché detto termine di decadenza si applichi allo stesso modo alle azioni di ripetizione di tali tributi basate sul diritto comunitario e a quelle basate sul diritto nazionale».

Tale principio, già accolto dalla Corte di Cassazione, consente di escludere il rimborso di quei tributi per i quali non sia stata presentata istanza di rimborso entro il termine di decadenza di tre anni a decorrere dal giorno del pagamento (Cass. 22 marzo 2000, n. 3422 e 29 agosto 2000, n. 11316).

Da ultimo, la Corte Costituzionale ha ritenuto, con ordinanza 19 dicembre 2003, n. 365, manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del citato art. 11, comma 2 della legge n. 448 del 1998.

5. – Conclusioni.

Per quanto esposto, si ritiene di dover prendere atto delle richiamate determinazioni assunte dalla Corte di Giustizia e confermate dalla Corte di Cassazione.

Conseguentemente – conformandosi alle predette posizioni giurisprudenziali – gli uffici provvederanno all'esecuzione dei rimborsi, senza coltivare ulteriormente le controversie in cui sia in discussione il diritto delle società al rimborso della tassa di concessione governativa e/o la misura degli interessi relativi.

Devono invece essere proseguite le controversie relative a domande di rimborso presentate oltre il termine di decadenza triennale. È opportuno in proposito ricordare il prevalente orientamento giurisprudenziale, secondo cui, qualora detta istanza di rimborso sia inviata a mezzo posta, è sufficiente che entro il termine triennale sia effettuata la spedizione, risultando irrilevante il momento della ricezione da parte dell'ufficio (Cass. 25 ottobre 1999, n. 11973; 21 maggio 2003, n. 8012; 11 giugno 2003, n. 9311; 5 settembre 2003, n. 12978).

In senso conforme, si è espressa anche l'Avvocatura Generale dello Stato con nota n. 103703 del 17 ottobre 2002.

In relazione ai rapporti tributari pendenti, pertanto, sempre che l'istanza di rimborso sia stata presentata nei termini, si dovrà procedere al rimborso delle somme dovute, in particolare, nei casi in cui:

- a) sia pendente un contenzioso in sede giurisdizionale;
- b) non sia stato instaurato un contenzioso giurisdizionale, sempre che non siano intervenute cause di decadenza o prescrizione;
- c) sia stato proposto ricorso solo in sede amministrativa, anche in presenza di decisione favorevole o sfavorevole al contribuente e sempre che non vi ostino cause di decadenza o prescrizione.

Si invitano quindi gli uffici dell'Agenzia a riesaminare caso per caso, secondo i criteri esposti nella presente circolare, il contenzioso pendente concernente la materia in esame e – se del caso – eseguire i rimborsi, provvedendo altresì a chiedere all'Avvocatura dello Stato l'abbandono dei relativi giudizi.

Le Direzioni Regionali vigileranno sulla corretta applicazione delle presenti istruzioni».

A.G.S. – Parere del 23 marzo 2004, n. 44028.

Legge 22 dicembre 1999, n. 512, istitutiva del Fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso. Notifiche ex art. 5 (consultivo n. 18678/02, avvocato S. Sabelli).

«1. – Con nota in data 4 settembre 2003 prot. n. 030950/US-N/198-9 codesta Amministrazione ha richiesto alcuni chiarimenti ed indicazioni in merito a specifici problemi emersi dall'esame dei pareri di massima resi dalla Scrivente con note del 22 luglio 2003, 26 settembre 2003 e 29 settembre 2003. Con la successiva nota del 27 gennaio 2004, cui si fa riferimento – conseguente alla riunione informale tenutasi presso questa Avvocatura il 22 febbraio 2004 – sono stati ulteriormente precisati i seguenti punti che ad avviso di codesta Amministrazione necessitano di chiarimento:

a) considerato che, in caso di mancata notifica dell'atto introduttivo dell'azione civile, l'inosservanza da parte dell'attore della disposizione di cui al comma 3 dell'art. 5, della legge n. 512 del 1999, comporterebbe, secondo l'avviso di questa Avvocatura, la preclusione dell'accesso al Fondo, occorrerebbe chiarire se il medesimo effetto preclusivo possa essere legittimamente rilevato allorché l'omissione riguardi le notifiche previste dai commi 1 e 2 del medesimo art. 5, concernenti l'avvio di procedimenti penali e le costituzioni di parte civile all'udienza preliminare ovvero al dibattimento, notifiche

che, come è noto, la legge demanda alle competenti Autorità Giudiziarie, non sembrando, a parere di codesto Ufficio, che possa farsi ricadere sul soggetto istante la conseguenza dell'inosservanza di un adempimento che la legge non pone a carico dello stesso.

b) L'esigenza, già dettagliatamente motivata nella precedente nota del 4 settembre 2003, che l'Amministrazione o il Fondo non diventino destinatari diretti della pronuncia di condanna che chiuderà il processo, pronuncia che deve essere riferita soltanto ai responsabili dei reati ed alla quale deve risultare estranea l'Amministrazione stessa.

A tal riguardo sarebbe fondamentale pervenire ad una chiara definizione della natura dell'intervento in giudizio del Fondo, da esplicitarsi da parte delle Avvocature Distrettuali di volta in volta territorialmente competenti.

2. – Rispondendo a quanto richiesto, relativamente al punto *sub a)*, preme preliminarmente chiarire il senso che la Scrivente intendeva attribuire alla seguente espressione contenuta nel penultimo capoverso del paragrafo 3 del precedente parere: «in caso di mancata notifica, si ritiene, infatti, che la decisione di risarcimento potrà valere nei soli confronti del convenuto, autore del reato, ma non sarà opponibile nei confronti del Fondo, ne potrà costituire il legittimo presupposto per attivare la domanda di accesso ai sensi della legge n. 512/1999 e del relativo regolamento di attuazione». Dall'inopponibilità al Fondo della decisione giudiziale di risarcimento in caso di mancata notifica dell'atto introduttivo – giacché la decisione stessa non fa stato se non fra le parti del giudizio – non discende, infatti, come conseguenza di «*re iudicata*», la perdita (ne la decadenza) del diritto nascente dalla legge in favore delle vittime (o loro aventi causa), dei reati di tipo mafioso, che potranno sempre proporre in sede amministrativa domanda di accesso al Fondo, da sottoporre alle valutazioni del Comitato di solidarietà. In tal senso è il parere di questa Avvocatura Generale.

Ciò puntualizzato, a maggior ragione, ad integrazione di precedenti pareri di massima, nei quali non era stato considerato il problema specifico delle conseguenze derivabili dalla mancata notificazione al Fondo – in sede di procedimento penale instaurato per i reati di cui all'art. 4 della legge n. 512/1999 – della richiesta di rinvio a giudizio (art. 5, comma 1) o del verbale di costituzione di parte civile delle persone offese (art. 5, comma 2), concordando con l'avviso espresso da codesto Ministero, si ritiene che nessun effetto preclusivo all'accesso al Fondo di rotazione possa determinarsi a danno del soggetto istante nell'ipotesi in cui il magistrato trascuri di provvedere agli adempimenti posti a suo carico dalle citate disposizioni della legge.

La contraria opinione si tradurrebbe in una ingiusta ed insostenibile – su un piano logico-giuridico – vanificazione degli intenti di solidarietà perseguiti dalla legge, che è stata adottata proprio per garantire un soccorso economico alle vittime dei reati di mafia.

3. – Con riguardo all'esigenza sottolineata *sub b)*, non si può non condividere l'interesse – pur ravvisandone la rilevanza essenzialmente sul piano teorico – all'evidenziazione della incontestabile diversità delle posizioni sostanziali rispettivamente attribuibili ai soggetti responsabili dei reati e all'Amministrazione dell'Interno, e del Fondo di rotazione presso di essa istituito.

È giusto sottolineare, infatti, la netta linea di demarcazione che esiste tra la responsabilità penale degli autori del reato, cui consegue, agli effetti civili, la condanna dei medesimi al risarcimento dei danni in favore delle vittime o dei loro eredi, e l'obbligazione che una legge speciale ha posto a carico di un Fondo appositamente istituito in vista di uno scopo di solidarietà. Ciò posto, la chiara diversità delle fonti e dei titoli di obbligazione (non attribuendosi, da parte della legge, all'Amministrazione la figura del fideiussore di obbligazioni altrui) esclude che possa essere fondatamente ipotizzata la configurabilità di un rapporto giuridico solidale.

Da un punto di vista processuale, poi, la notificazione al Fondo di rotazione, effettuata a norma dell'art. 5 della legge citata, assolve alla funzione di mera «*denuntiatio litis*», in quanto diretta a determinare la conoscenza da parte del soggetto destinatario della pendenza della lite, diversamente da quella della citazione in giudizio, che è finalizzata ad ottenere la condanna del convenuto.

Il giudice civile – o il giudice penale in relazione alla domanda proposta con la costituzione di parte civile – rilevata la sussistenza del diritto al risarcimento del danno dovrà dunque pronunciare sentenza di condanna nei confronti del responsabile del reato, mentre dovrà limitarsi a dichiarare ai sensi della legge n. 512/1999 – salvi i poteri discrezionali dell'Amministrazione alla luce del disposto dell'alt. 14 del regolamento di attuazione (emanato con d.P.R. 28 maggio 2001, n. 284) – l'obbligazione del Fondo di rotazione, chiamato in via succedanea ad esercitare l'intervento finanziario in favore della parte lesa nell'eventualità – realisticamente molto probabile – che il responsabile si dimostri insolubile.

È opportuno, pertanto che le competenti Avvocature – alle quali il presente parere verrà sollecitamente trasmesso – in caso di costituzione in giudizio, tengano conto di questa impostazione di principio nel formulare le conclusioni nell'interesse dell'Amministrazione, provvedendo poi all'impugnazione delle eventuali sentenze di condanna diretta pronunciate nei confronti dell'Amministrazione.

4. – Quanto alla definizione della natura dell'intervento da esplicitare in giudizio nell'interesse del Fondo di rotazione, questa Avvocatura ha già posto in evidenza, nei pareri di massima già resi, la peculiarità da un punto di vista processuale della partecipazione del Fondo al giudizio civile di risarcimento a seguito della notificazione dell'atto introduttivo.

Infatti, qualora l'Amministrazione decida di intervenire in giudizio, ciò di cui non si può dubitare è che si tratti di un intervento volontario, concretantesi però in una fattispecie del tutto atipica in quanto non rientra in nessuna delle fattispecie previste dall'art. 105 c.p.c.: l'Amministrazione non interviene per far valere, nei confronti di tutte le parti o alcune di esse un proprio diritto nel processo (primo comma), ne per sostenere (*ad adjuvandum*) le ragioni di alcune delle parti quando vi ha un proprio interesse (secondo comma), poiché l'interesse a partecipare al processo, essendo in realtà finalizzato alla tutela dell'interesse della parte attrice, non si giustifica come iniziativa a tutela di una situazione sostanziale riferibile all'Amministrazione, ma è conseguenza di una scelta di legge ispirata a scopi di solidarietà pubblica.

Ciò chiarito, pur tenendo conto della suggestiva espressione della legge messa in evidenza nella nota che si riscontra, non si ritiene di condividere l'opinione di codesto Ministero, tendente ad escludere l'attribuzione della qualità di parte al Fondo intervenuto in giudizio, con la conseguenza che non potrebbe far stato nei suoi confronti la sentenza pronunciata tra le «vere» parti processuali. Infatti, l'effetto dell'intervento nel processo, in qualsiasi forma attuato, è quello di dar luogo ad una fattispecie di litisconsorzio processuale, che conferisce all'interventore la qualità di parte – sia pure con i connotati dell'imparzialità per favorire una corretta applicazione della legge – non meno che alle parti originarie del giudizio.

Per quanto precede si deve dunque ribadire il convincimento, già espresso dalla Scrivente, della efficacia prodotta nei confronti del Fondo di rotazione dalle liquidazioni operate dall'organo giudicante in accoglimento delle domande civili di risarcimento proposte dalle vittime o loro aventi causa contro soggetti giudicati penalmente responsabili di reati di tipo mafioso.

5. – Con riferimento, infine, alle considerazioni di opportunità esternate nella parte conclusiva della nota che si riscontra, la Scrivente concorda con codesta Amministrazione sull'esigenza che la tutela, in sede giudiziale, degli obiettivi conseguiti dalla legge, venga attuata attraverso la reciproca collaborazione con le Avvocature interessate, che in sede di valutazione in merito all'opportunità ed alle modalità dell'eventuale costituzione in giudizio dovranno tenere conto dell'avviso espresso, in riferimento alla concreta fattispecie, da codesto Ufficio o dal Comitato di solidarietà.

Resta ferma, naturalmente, la discrezionalità della competente Avvocatura nella scelta tecnica delle attività difensive, che dovranno ispirarsi alle linee interpretative e ai criteri già indicati da questa Avvocatura Generale nei già citati pareri di massima, peraltro evitando di ricorrere, ove sia possibile, all'utilizzazione di eccezioni di tipo essenzialmente processuale (come quella di incompetenza territoriale), tenendo presente lo spirito di solidarietà che ha ispirato l'emanazione della legge n. 512 del 1999».

A.G.S. – Parere dell'8 aprile 2004, n. 51975.

Determinazione indennità di carica spettante ai Presidenti delle Autorità portuali (consultivo n. 39223/03, avvocato F. Clemente).

«Si fa riferimento alla nota prot. n. DNM/CD/2413, in cui codesta Amministrazione ha chiesto a questa Avvocatura un parere in merito alla:

a) *“includibilità del TFR nel “trattamento economico del Segretario generale assunto a base di calcolo dell'indennità lorda, spettante ai Presidenti delle Autorità portuali locali, maggiorato del 30%”* (d.m. 10 luglio 1997);

b) *“legittimità del provvedimento adottato dal Segretario generale dell'Autorità che ha rideterminato la suddetta indennità”*, in mancanza della determinazione del Comitato portuale di cui all'art. 7, co. 2°, della legge n. 84/1994 di riordino in materia portuale (provvedimento n. 1/2003 Segr. gen. emesso in data 13 gennaio 2003);

c) “prescrizione dell’eventuale diritto del Presidente di pretendere la rideterminazione della propria indennità, qualora si ritenesse fondata la pretesa di ricomprendere nella base di calcolo dell’indennità stessa anche il TFR”, in particolare l’inizio di decorrenza dei termini prescrizionali.

Preliminarmente appare chiaro, come nota esattamente codesta amministrazione, che il decreto ministeriale del 10 luglio 1997 fa riferimento “alla consolidata accezione di trattamento economico, intendendo con tale termine la retribuzione diretta cioè il corrispettivo previsto per l’attività prestata dal Segretario generale: il trattamento di fine rapporto fa parte invece delle forme speciali di retribuzione (retribuzione indiretta o differita) dovendo essere corrisposta a titolo previdenziale alla cessazione del rapporto di lavoro”. A ciò deve aggiungersi la considerazione che il TFR in base all’art. 2120 c.c. (cui fa rinvio, altresì, l’art. 10 comma 6° della legge di riordino n. 84/1994) spetta soltanto ai lavoratori *subordinati*.

Peraltro il d.m. 31 marzo 2003 intervenuto *medio tempore* ha rideterminato, tenuto conto della natura degli incarichi presidenziali ma pur sempre in via provvisoria, stante la mancata adozione del decreto di classificazione dei porti *ex artt.* 4 e 7, co. 2°, della legge n. 84/1994, l’indennità dei Presidenti degli Enti, nella specie rapportandola al «trattamento economico *fondamentale* dei dirigenti generali del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti», moltiplicato per determinati coefficienti diversificati in ragione del volume di traffico che interessa l’Autorità portuale di cui si tratta.

Queste constatazioni sono del tutto assorbenti rispetto agli ulteriori quesiti proposti in via subordinata a questa Avvocatura, in particolare rispetto al punto b) e, *a fortiori*, rispetto al punto c).

Ciononostante, giova ribadire – in riferimento al punto b) – che ai sensi dell’art. 7, co. 2°, della legge di riordino gli emolumenti del Presidente “vengono determinati dal *Comitato portuale* entro i limiti massimi stabiliti, per ciascuna delle categorie e classi di cui all’art. 4, con decreto del Ministro dei Trasporti e della Navigazione, da adottare entro trenta giorni dalla entrata in vigore della presente legge».

Ebbene, considerato che dal quadro normativo delineato dall’art. 6 della suddetta legge in materia emerge la natura *prevalentemente* pubblicistica dell’Autorità di regolamentazione e di controllo delle attività di impresa nell’ambito portuale (“l’Autorità portuale ha *personalità giuridica di diritto pubblico*” *ex art.* 6, co. 2°, della legge n. 84/1994; ai sensi del co. 6° del medesimo articolo, “le Autorità portuali non possono esercitare né direttamente né tramite la partecipazione di società, operazioni portuali ed attività ad esse strettamente connesse”, potendo invece costituire o partecipare a società esercenti attività *accessorie* o *strumentali* rispetto ai compiti istituzionali affidati); che, infatti, gli Enti *de quibus* sono *Enti pubblici di disciplina autoritativa* (a garanzia) *di settori economici*; tutto ciò considerato, l’adozione del provvedimento n. 1/2003 del 13 gennaio 2003, con il quale il Segretario generale ha rideterminato l’indennità lorda spettante al Presidente poi cessato dall’incarico (oltretutto comprensiva anche del TFR), *senza sottoporre la questione al competente organo (id est il Comitato portuale)*, non potrebbe essere ricondotta

ad una presunta attività organizzativa e decisoria dell'Ente, di cui il Segretario generale costituisce un organo a cui la legge non attribuisce tali competenze, nell'ambito di regole pubblicistiche di cornice.

Invero, l'adozione di un siffatto provvedimento collide con una norma di legge, la quale – per ciò che in questa sede interessa – prescrive la determinazione del competente organo di amministrazione ai sensi del richiamato art. 7, co. 2°».

A.G.S. – Parere del 9 aprile 2004, n. 52725.

Gara a procedura ristretta per lo svolgimento di servizi di sviluppo e gestione del Sistema Informativo dell'Istruzione – Comportamento da adottare a seguito delle sentenze n. 1458/04 e 1459/04 (contenziosi n. 13160/03 e 12629/03, avvocato V. Nunziata).

«Con la nota in riferimento si chiede un parere in merito alle modalità con cui prestare esecuzione alle decisioni sfavorevoli emesse dal giudice amministrativo relativamente alla gara a procedura ristretta per lo svolgimento di servizi di sviluppo e gestione del Sistema Informativo dell'Istruzione.

Codesta Amministrazione premette al riguardo di avere bandito il 19 marzo 2002 una gara a procedura ristretta (appalto concorso) per l'affidamento di un contratto quinquennale per la gestione e la realizzazione del nuovo sistema informativo dell'istruzione.

Al bando di gara hanno risposto, nella fase di prequalifica, sette società o RTI, di cui cinque sono state ammesse alla partecipazione alla gara; di queste ultime, solo tre hanno presentato l'offerta, ed in particolare i due raggruppamenti con mandatarie rispettivamente le società X S.p.a. ed Y S.p.a. e la società K. Al termine della valutazione tecnica, considerato che l'offerta della società K non aveva conseguito il punteggio minimo previsto (35/50), venivano ammesse alla valutazione economica solo le offerte dei due Raggruppamenti, che riportavano rispettivamente il punteggio di 80, 25/100 e di 77,71.

Su proposta della Commissione giudicatrice, quindi, l'Amministrazione ha provveduto all'aggiudicazione della gara al RTI X e con esso ha sottoscritto il contratto.

È seguito il noto contenzioso dinanzi al giudice amministrativo, conclusosi con le decisioni del Consiglio di Stato della cui esecuzione oggi si discute. Tali decisioni sono state notificate presso questo Generale ufficio in data 24 marzo 2004, onde non si è ancora formata la cosa giudicata formale (art. 324 c.p.c.). È quindi pendente il termine per un possibile ricorso per motivi di giurisdizione dinanzi alla Suprema Corte di Cassazione.

Ai fini che interessano, peraltro, tale ultima circostanza non appare rilevante, sussistendo comunque in capo all'Amministrazione l'obbligo di prestare esecuzione alle decisioni del giudice amministrativo. In tal senso risulta, anzi, già notificato a codesta Amministrazione specifico atto di diffida ad istanza del RTI Y.

1. – Venendo quindi ai quesiti posti, si osserva che il Consiglio di Stato ha emesso due distinte decisioni, come si è detto, entrambe notificate.

Con la decisione n. 1458/2004, in accoglimento dell'appello proposto da K S.p.a., il Consiglio di Stato ha affermato l'illegittimità del provvedimento di esclusione della società appellante, ritenendo viziata la relativa deliberazione della commissione di gara, sostanzialmente sotto il profilo della verbalizzazione e comunque della esternazione della decisione con la quale si è attribuito alla relativa offerta il punteggio, risultato inferiore al minimo fissato nel bando così da precluderne la valutazione economica.

Con la decisione n. 1459/2004, respingendo le impugnazioni proposte dalla parte privata e da questa Avvocatura nell'interesse di codesto Ministero, e così accogliendo le censure proposte in primo grado dal RTI Y, il Consiglio di Stato ha annullato l'aggiudicazione della gara, ritenendo viziata l'offerta del RTI X per carenza dei requisiti soggettivi da parte della società M, facente parte di tale raggruppamento.

2. – Prendendo dunque in esame la decisione n. 1458/2004 di accoglimento del ricorso proposto da K S.p.a., va innanzitutto precisato che il Consiglio di Stato, aderendo sul punto alle tesi difensive formulate da questa Avvocatura, ha escluso che in sede collegiale debba essere necessariamente seguita la regola della media aritmetica rispetto a quella del voto a maggioranza prescelta dalla Commissione.

Deriva da tale considerazione che il procedimento seguito è formalmente corretto e non richiede pertanto di essere rinnovato.

L'accoglimento del ricorso risulta invece motivato con la ritenuta mancanza, o comunque laconicità, della verbalizzazione, che non consentirebbe di verificare l'*iter* logico seguito dai commissari e le proposte da questi rispettivamente formulate nella sede collegiale. È evidente allora che all'esecuzione della sentenza potrà provvedersi, per il principio di conservazione degli atti legittimamente emessi, con la riconvocazione della Commissione, la quale dovrà procedere alla nuova compiuta verbalizzazione delle operazioni a suo tempo svolte, dalla quale risulti, come richiesto in sentenza, *“voce per voce, punto per punto, la proposta motivata di attribuzione dei punteggi messa ai voti, il soggetto che avanza la proposta, nonché eventualmente (non necessariamente) l'esistenza di riserve o dichiarazioni di dissenso o proposte alternative dei commissari rimasti in minoranza”*. Una diversa e più ampia valutazione della latitudine della decisione del Consiglio di Stato cui occorre prestare esecuzione potrebbe infatti presentare autonomi ed ulteriori profili di censurabilità (cfr. Cons. Stato, V, 26 giugno 1981, n. 309).

Ciò, si intende, sempre che l'*iter* logico e le valutazioni a suo tempo espresse in seno alla Commissione siano oggi ricostruibili.

A tal fine la Commissione, salvo concrete ipotesi di impossibilità a partecipare, allo stato peraltro non prospettate, non potrà che essere riconvocata nella precedente composizione, atteso che una pacifica giurisprudenza esclude che sia configurabile in simili ipotesi una incompatibilità dei commissari che si sono già pronunciati in precedenza sulla stessa gara (Cons. Stato, VI, 24 ottobre 2000, n. 5706; VI, 10 maggio 1990, n. 512).

3. – Con la decisione 1459/2004 il Consiglio di Stato, come si è detto, ha annullato l'aggiudicazione per un vizio, di carattere soggettivo, connesso alla partecipazione del RTI X ed in particolare per carenza dei requisiti da parte della società M.

Per effetto di tale statuizione, il gruppo ricorrente in primo grado chiede, da ultimo con diffida notificata a codesta Amministrazione, l'immediata aggiudicazione, e ciò sulla scorta delle risultanze degli atti di gara, che lo vedevano secondo classificato, con un'offerta economica di Euro 199.848,836,00 (contro Euro 193.572.035,00 del gruppo X).

Tanto premesso, è evidente, innanzitutto, che i motivi di annullamento non travolgono l'intera procedura, lasciando dunque potenzialmente indenne da censura almeno un parte degli atti posti in essere ed, in particolare, l'offerta dell'altro concorrente.

Ciò per la considerazione che, in ossequio a principi di efficacia e celerità dell'azione amministrativa e per il generale principio di conservazione (principi questi tutti desumibili dalla legge n. 241/1990), tali atti sono suscettibili di continuare a produrre effetti nell'ordinamento giuridico.

Va osservato per completezza, ed in relazione agli specifici quesiti posti in tal senso, che comunque una consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato tende a salvaguardare la possibilità per l'amministrazione di valutare, una volta apprezzato l'interesse pubblico prevalente, se procedere alternativamente all'annullamento dell'intera procedura e, quindi, al rinnovo della stessa, ovvero alla salvezza degli atti non annullati, con la riconvocazione della commissione di gara e la conseguente (probabile nella specie) aggiudicazione al secondo concorrente.

Trova in simili ipotesi applicazione il principio, più volte affermato dalla giurisprudenza, secondo cui *“in materia di procedure ad evidenza pubblica, l'annullamento giurisdizionale (o anche in via di autotutela) dell'aggiudicazione, facendo venir meno il vincolo negoziale sorto con l'adozione del provvedimento rimosso, restituisce in pieno alla potestà di diritto pubblico della stazione appaltante il potere di scelta fra l'avvalersi – per il conseguimento del bene perseguito – della procedura espletata oppure di revocare gli atti che vi hanno dato luogo, con ampia discrezionalità, interagente sui limiti del sindacato di legittimità ed anche sulla individuazione dei soggetti legittimati a richiedere il controllo giurisdizionale (...). Peraltro, l'alternativa fra l'avvalersi degli atti della procedura o procedere ad una nuova gara, può essere scelta a favore della seconda soluzione soltanto previa revoca, in via di autotutela, degli atti validi della procedura. (...). In assenza di una regola di carattere generale che, nella materia in esame, imponga scelte vincolate del tipo indicato dell'abrogato art. 30 D.Lvo n. 406 del 1991 (aggiudicazione al secondo classificato), l'Amministrazione – una volta annullata, con effetto ex tunc, la primitiva aggiudicazione – è, comunque tenuta ad operare le proprie scelte attenendosi alle regole di imparzialità e buona amministrazione che hanno trovato – nella legge generale sul procedimento amministrativo – una puntuale specificazione, nel senso dell'economia dei mezzi procedurali per soddisfare il pubblico interesse, e dell'obbligo, a carico dell'Amministrazione, di non aggravare il procedimento”* (così, Cons. Stato, VI, 19 dicembre 2000, n. 6838; analogamente, VI, 14 gennaio 2000, n. 244; V, 6 marzo 2002, n. 1367).

Resta inteso che l'eventuale esercizio del potere di autotutela è soggetto ad un penetrante sindacato giurisdizionale, non tanto perché si tratterebbe di provvedimento incidente su posizioni consolidate, bensì perché lesivo dell'affidamento posto dai partecipanti alla conclusione del procedimento, alla stregua delle regole generali stabilite dalla legge n. 241 del 1990 (cfr. Cons. Stato, VI, 6838/2000, *cit.*).

Tali soggetti hanno evidentemente interesse alla conservazione degli atti della procedura ancora utilizzabili e sono destinati a ricevere un innegabile pregiudizio dall'eventuale annullamento. Tale provvedimento di annullamento richiederebbe pertanto una puntuale e specifica motivazione relativa all'interesse pubblico che abbia indotto l'Amministrazione a provvedere in tal senso; la valutazione ed individuazione in concreto di tale interesse, attenendo all'esercizio di competenze gestionali, esula dal carattere di principio del presente parere.

A fini meramente collaborativi si possono, peraltro, formulare talune considerazioni in punto di diritto rispetto a quanto evidenziato con la nota che si riscontra.

Per quanto concerne il requisito della segretezza delle offerte, non sembra che la questione sia nella specie rilevante. La pubblicità delle offerte medesime sarebbe preclusiva dell'aggiudicazione ove l'esecuzione della sentenza comportasse la formulazione di nuove offerte, in ipotesi da parte di un soggetto che non abbia partecipato alla gara.

Poiché nella specie si tratta di valutare le offerte già presentate, oramai cristallizzate, la gara potrebbe essere aggiudicata sulla base delle offerte pervenute (cfr., Cons. Stato, VI, 11 dicembre 1998, n. 1668).

Né può considerarsi preclusivo il fatto che sia residua una sola offerta utilmente valutata, posto che nel corso della procedura svolta vi è stata competizione tra le offerte del RTI X (la cui partecipazione è stata ritenuta illegittima in sede giurisdizionale), del RTI Y e della società K, la cui offerta è stata sottoposta a valutazione tecnica, pur non superandola.

Codesta Amministrazione segnala, come fatto sintomatico della possibile configurabilità dell'interesse pubblico all'annullamento dell'intera procedura, che l'offerta Y risulta più onerosa di quella formulata da X per circa 6 milioni di euro. Questa Avvocatura non può evidentemente ingerirsi nel merito delle scelte che si riterrà di adottare; in punto di diritto, si deve solo confermare l'esigenza di una puntuale ed esauriente motivazione: l'eventuale annullamento della gara per tali ragioni dovrebbe dare conto del ritenuto rilievo del maggior onere in termini assoluti, posto che in termini percentuali esso potrebbe non essere significativo, se rapportato all'elevato valore globale del contratto ed al notevole ribasso comunque effettuato dai concorrenti rispetto al costo a base d'asta (euro 339.789.715). Andrebbe inoltre tenuto in debito conto che la nuova gara non potrebbe che tenersi entro un lasso di tempo non breve con una possibile lievitazione dell'offerta: anche su tale punto, peraltro, questo Generale ufficio non può che rimettersi alle prudenti valutazioni di codesta Amministrazione. A tal proposito, non resta esclusa la possibilità che si verifichi con il RTI Y la disponibilità, ferme tutte le altre condizioni contrattuali, evidentemente non modificabili affinché non sia alte-

rata la *par condicio* tra i concorrenti, ad una diminuzione del prezzo offerto, così da ridurre il divario rispetto a quello offerto dal gruppo X (cfr. Cons. Stato, V, 8 luglio 1995, n. 1029).

4. – Resta inoltre da valutare se il soggetto che vanta, come si è detto, un interesse di carattere essenzialmente pretensivo a vedersi ora aggiudicata la gara, possa altresì reclamare dall'Amministrazione il risarcimento dei danni subiti per effetto della mancata aggiudicazione. Come è noto, il principio del risarcimento per equivalente in sostituzione di quello specifico è stato generalizzato dall'articolo 35 del decreto legislativo 80 del 1998. Sulle problematiche relative al risarcimento del danno per equivalente la giurisprudenza del Consiglio di Stato non ha ancora assunto indirizzi del tutto univoci e rassicuranti.

È certo peraltro che ove il concorrente abbia ottenuto il “bene della vita” reclamato in sede contenziosa, ciò vale di norma ad escludere la configurabilità di un obbligo risarcitorio a carico dell'Amministrazione.

Con riferimento ad una fattispecie del tutto analoga a quella che ne occupa (nella specie il ricorrente chiedeva l'annullamento dell'aggiudicazione ad un concorrente la cui offerta era anormalmente bassa) il Consiglio di Stato ha rilevato quanto segue: “*Nella impugnazione dei risultati di una gara, occorre distinguere il caso in cui l'interessato fa valere vizi di ordine formale che hanno come obiettivo quello di far cadere l'intera procedura ai fini di un rinnovo della gara, dal caso in cui fa valere vizi di carattere sostanziale, con il fine di ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione operata dall'amministrazione e la vittoria nella gara. Nel primo caso non esiste un interesse ulteriore rispetto a quello del ripristino della situazione preesistente di tal che l'unica forma di tutela possibile si risolve nell'annullamento della procedura.*

Nel secondo caso, invece, sussiste la concreta utilità che l'interessato avrebbe tratto dall'aggiudicazione in suo favore della gara se l'amministrazione avesse agito in modo legittimo. Dall'annullamento dell'aggiudicazione, conseguente alla verifica della fondatezza della domanda, consegue, in presenza degli altri presupposti che determinano l'applicabilità alla fattispecie concreta dell'art. 2043 cod. civ., anche la tutela risarcitoria. Questa potrà essere conseguita o in forma specifica, con l'aggiudicazione della gara all'interessato leso dall'illegittimo comportamento dell'amministrazione ovvero per equivalente, con l'attribuzione al soggetto leso di una somma di denaro che compensi il danno ingiustamente subito, ove la prima risulti troppo generosa (rectius, onerosa, n. d.e.) per l'amministrazione” (V, 13 maggio 2002, n. 2579).

In sostanza, dunque, secondo la citata decisione, la mancata aggiudicazione legittimerebbe il concorrente danneggiato, che neanche in sede di esecuzione del giudicato riesca a trovare soddisfazione con l'aggiudicazione, a richiedere il risarcimento del danno (in termini, anche T.A.R. Latina, 1 ottobre 2002, n. 912). Tali affermazioni giurisprudenziali inducono evidentemente questa Avvocatura a suggerire a codesta Amministrazione un atteggiamento particolarmente prudentiale ed a valutare con cautela la sussistenza di un interesse pubblico prevalente che possa indurre a questo punto ad annullare la procedura (v. precedente punto 3).

5. – Codesta Amministrazione chiede altresì suggerimenti sul comportamento da tenere nella fase transitoria.

È pacifica affermazione della giurisprudenza più recente del Consiglio di Stato (cfr. VI, 19 novembre 2003, n. 7470) che l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione travolge anche il contratto stipulato con l'aggiudicatario; in tal senso risulta anzi inserita anche una specifica clausola nel contratto in questione.

Si chiede quindi a questa Avvocatura di voler chiarire se, nell'ipotesi in cui codesta Amministrazione decida di annullare la gara ed in attesa di bandirne altra, possa procedersi ad affidare il servizio a trattativa privata al fine di assicurare la essenziale continuità di esercizio del sistema informativo. Dal punto di vista strettamente giuridico, tale soluzione è praticabile ai sensi dell'articolo 7 del decreto legislativo n. 157/1995, previa acquisizione, come osserva opportunamente codesta Amministrazione, del parere di congruità tecnico economica del CNIPA, ai sensi dell'articolo 8 del decreto legislativo 39/1993.

Questo Generale ufficio non può entrare ovviamente nel merito dell'individuazione del soggetto al quale potrebbe essere affidato il servizio nella fase transitoria, costituendo la valutazione delle capacità operative dello stesso tipico esercizio di un apprezzamento tecnico-gestionale».

A.G.S. – Parere del 9 aprile 2004, n. 52885.

Se l'Istituto per il Commercio con l'Estero, quale ente pubblico, possa avvalersi del disposto dell'art. 8 del D.L. n. 79/1997, conv. con legge n. 140/1997, cedendo a terzi i propri crediti relativi ad attività istituzionali e promozionali (consultivo n. 15296/00, avvocato V. Nunziata).

«Codesto Istituto ha chiesto il parere di questa Avvocatura in merito alla possibilità di procedere alla cessione a terzi dei propri crediti relativi ad attività istituzionali e promozionali.

Si è sottolineata, in particolare, la notevole parcellizzazione di tale contenzioso, che ha indotto a ritenere preferibile la cessione a terzi del complesso delle situazioni creditorie rispetto ad una attività di recupero a volte defatigante e dall'esito spesso sfavorevole.

Osserva al riguardo questa Avvocatura che l'articolo 8 del decreto legge 28 marzo 1997, n. 79, conv. con legge 28 maggio 1997, n. 140, ha espressamente previsto che le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 (ora decreto legge n. 165/2001), “dopo avere esperito le ordinarie procedure previste dai rispettivi ordinamenti per il pagamento da parte dei terzi debitori di quanto ad esse dovuto per obbligazioni pecuniarie liquide ed esigibili”, possano procedere, al fine di realizzare celermente i relativi incassi, alla cessione dei relativi crediti, con esclusione di quelli di natura tributaria e contributiva, a soggetti abilitati all'esercizio dell'attività di recupero crediti di comprovata affidabilità e che siano abilitati alla suddetta attività da almeno un anno, individuati sulla base di apposita gara.

Nessun dubbio sussiste, quindi, innanzitutto, sull'applicabilità sotto il profilo soggettivo della disposizione a codesto Istituto, definito ente pubblico non economico dall'art. 1 della legge di riforma 25 marzo 1997, n. 68.

Sotto il profilo della natura dei crediti da cedere, essi ineriscono alle finalità istituzionali dell'Ente ed, in particolare, allo svolgimento dell'attività promozionale; quindi, non rientrano nelle categorie dei crediti (contributivi o tributari) esclusi in via generale (e salve le successive deroghe espresse; cfr. art. 13 della legge n. 448/1998) dalla possibile cessione.

Ai fini della cedibilità, la disposizione richiamata prescrive che debbano essere state esperite "le ordinarie procedure previste dai rispettivi ordinamenti per il pagamento da parte dei terzi creditori".

Tali procedure, per i crediti già liquidi, si ritiene consistano nelle normali attività pre-contenziose (diffide, eventuali possibili compensazioni, ecc.).

Deve essere rimessa al prudente apprezzamento di codesto Istituto la valutazione della congruità del prezzo offerto dalla cessionaria e la conseguente opportunità di prevedere prezzi minimi di aggiudicazione, tenendo conto dei criteri all'uopo fissati dalla norma e dalla necessità che con la cessione, come si deduce anche dalle finalità del provvedimento normativo nel quale si inserisce la disposizione, si realizzi un concreto ed effettivo introito finanziario. Il rispetto di tali esigenze è peraltro previsto anche dall'art. 54 del Regolamento di Amministrazione e Contabilità di codesto Istituto, ove si dispone che la gestione dei crediti sia comunque ispirata a criteri di efficienza e di economicità.

Provvederà, altresì, codesto Ente a fornire le opportune informazioni al Ministero del Tesoro, per le finalità di cui al secondo comma della disposizione più volte citata.

Va, infine, sottolineato che la possibilità di procedere alla cessione dei crediti non interferisce con la diversa questione attinente alla possibilità di ricorrere al decreto legislativo n. 46/1999 per la riscossione coattiva dei crediti di codesto Istituto. Essa, evidentemente, presuppone la previa formazione del titolo esecutivo (art. 21), ma non esclude che i crediti stessi possano preventivamente formare oggetto di cessione a terzi, ferme restando, in ogni caso, le esigenze di economicità anzidette.

Sulle problematiche relative alla applicabilità del T.U. n. 639/1910 (che resta vigente nella prima parte anche a seguito del sistema di riscossione esattoriale; cfr. Cass. 2 settembre 2002, n. 12761; Cass. 11 luglio 2003, n. 10923) questo Generale ufficio richiama quanto rilevato nel precedente parere 6 giugno 2003, n. 67053) pure diretto a codesto Istituto».

A.G.S. – Parere del 19 aprile 2004, n. 56997.

Art. 21 R.D. 1611/1993 – Applicabilità alle liquidazioni di diritti ed onorari dell'incremento del 10% a titolo di «spese generali» ex art. 15 D.M. n. 585/1994 (consultivo n. 6526/03, avvocato G. D'Elia).

«Codesta Avvocatura Distrettuale ha posto i quesiti: 1) se nelle parcelle che vengono presentate alle Amministrazioni patrocinate ai sensi dell'art. 21, terzo comma, del R.D. 1611 del 30 ottobre 1933, possano essere aggiunte le

“spese generali” previste dall’art. 15 della tariffa forense approvata con D.M. 5 ottobre 1994, n. 585; ed inoltre 2) se queste possano essere richieste alle controparti soccombenti nel caso che il giudice abbia pronunciato condanna delle medesime al pagamento delle spese.

Questo Generale ufficio ritiene che per dare risposta ai due quesiti debba precisarsi la natura delle “spese generali” previste dalla norma citata. Ove detta voce, ad onta del nome con cui viene chiamata, potesse farsi rientrare fra i compensi dovuti agli avvocati (e procuratori) per le prestazioni professionali rese in giudizio, dovrebbe concludersi che è corretta l’applicazione del 10% sui diritti e gli onorari liquidati dall’Avvocato Generale dello Stato ai sensi del citato terzo comma dell’art. 21, ovvero su quelli liquidati dal giudice in caso di condanna alle spese; e che, di conseguenza, è legittima la ripartizione delle somme relative fra gli avvocati e procuratori dello Stato. Ove, al contrario, dovesse ritenersi che l’art. 15 si riferisce esclusivamente ad un rimborso delle spese affrontate dal difensore nello svolgimento del giudizio e, quindi, a qualcosa di diverso dai compensi per le prestazioni professionali, dovrebbe concludersi che dette somme esulano dalla previsione dell’art. 21 citato e non possono essere inserite fra quelle destinate agli avvocati e procuratori dello Stato.

L’esame della giurisprudenza sulla spettanza in questione (che venne introdotta per la prima volta con la tariffa approvata con D.M. 22 giugno 1982 e poi riprodotta nelle tariffe successive) porta alla constatazione che la Cassazione le ha senza incertezze annoverate fra le spese in senso proprio. Secondo Cass. II, 24 gennaio 1995 n. 803, ad esempio, “L’art. 15 del D.M. 31 ottobre 1985, contenente l’approvazione della tariffa professionale forense, secondo cui all’avvocato e procuratore è dovuto un rimborso forfettario sulle spese generali in ragione del dieci per cento sull’importo dei diritti e degli onorari, ha lo scopo di esonerare il professionista dal gravoso onere di una minuta documentazione di spese connesse all’incarico [...]”.

In alcune pronunce riguardanti casi in cui era parte una pubblica amministrazione che era stata in giudizio personalmente mediante un proprio funzionario, la S.C., oltre ad escludere che possa essere pronunciata condanna della controparte soccombente al pagamento dei diritti di procuratore e degli onorari di avvocato, difettando nel funzionario le relative qualità, ha altresì affermato che l’amministrazione vittoriosa “ha solo diritto alla restituzione delle spese, *diverse da quelle generali*, che essa abbia concretamente affrontato per lo svolgimento della difesa, da indicarsi in apposita nota [...]” (Cass. I, 2 giugno 1995, n. 6232; Cass. I, 6 maggio 1996, n. 4213; Cass. I, 23 settembre 1997, n. 9365); il che conferma l’assimilazione delle spese generali alle spese in senso proprio.

Questa interpretazione è confermata anche da Cass. III, 23 gennaio 2002, n. 738, che ha affermato che il professionista «può anche chiedere, sulla base di congrua documentazione, il rimborso per un importo superiore».

La natura di spese in senso stretto ha portato la S.C. a pronunciarsi in maniera diversa anche per quanto riguarda il potere dovere del giudice di provvedere d’ufficio: mentre per le spese giudiziali di cui all’art. 91 c.p.c. la giurisprudenza costante ha sempre affermato che il giudice deve liquidarle

d'ufficio, anche in mancanza di esplicita richiesta di parte (Cass. SS.UU., 10 ottobre 1997, n. 9859; Cass. III, 9 febbraio 2000, n. 1440; Cass. 21 novembre 2000, n. 15005), per quanto riguarda le spese di cui all'art. 15 della tariffa forense la Cassazione si è per molto tempo pronunciata prevalentemente nel senso che esse non possono essere liquidate se non vi sia apposita domanda da parte del legale (Cass. II, 30 dicembre 1992, n. 13742; Cass. II, 3 novembre 1994, n. 9040; Cass. II, 28 agosto 1998, n. 8558; Cass. III, 25 febbraio 1999, n. 1637; Cass. II, 4 giugno 2001, n. 7487; Cass. III, 23 gennaio 2002, n. 738), salvo cambiare orientamento in epoca più recente (Cass. 1° ottobre 1999, n. 10876; Cass. 22 maggio 2000, n. 6637; Cass. II, 9 novembre 2000, n. 14596; Cass. III, 17 gennaio 2003, n. 603; Cass. II, 18 marzo 2003, n. 4002; Cass. III, 18 giugno 2003, n. 9700).

1. – Accertato, dunque, che la norma di cui all'art. 15 della tariffa si riferisce alle spese in senso stretto e che è dettata per consentire al professionista di recuperare, sia pure in via approssimativa, tutti quei costi che non possono essere documentati, deve escludersi che essa sia applicabile alle parcelle redatte dall'Avvocatura dello Stato ai sensi del terzo comma dell'art. 21 del R.D. n. 1611/1933, dato che, come osservava codesta Avvocatura Distrettuale nella propria nota, i costi del funzionamento del servizio legale sono integralmente sostenuti dallo Stato, e richiederne il pagamento *ex art. 21* comporterebbe una duplicazione di spesa.

2. – Per quanto riguarda l'eventualità di rivolgere la richiesta di corresponsione delle spese generali alle controparti soccombenti condannate ai sensi dell'art. 91 c.p.c., è utile ricordare che, con precedente parere di questa Avvocatura Generale (21 marzo 2003 – cs. 20168/02), approvato dal Comitato Consultivo, fu espresso l'avviso che la maggiorazione di cui si discute può essere chiesta soltanto quando il giudice ne abbia fatto esplicita menzione nel dispositivo della sentenza. Ciò premesso, il quesito deve ricevere soluzione analoga a quello precedente, dato che la già sottolineata natura di spese in senso stretto di dette somme fa sì che non appaia possibile prevederne l'incameramento nel monte onorari da ripartire fra gli avvocati e procuratori dello Stato, in favore dei quali l'art. 21 prevede il diritto a vedersi attribuite quote “delle competenze di avvocato e di procuratore”.

Si pone, comunque, il problema della sorte di tali somme tutte le volte in cui il giudice, come sopra si diceva, abbia *espressamente* condannato la parte privata soccombente anche al rimborso forfettario delle spese. Non v'è dubbio che dette somme debbano essere recuperate, costituendo un credito dello Stato, di per sé irrinunciabile; e che, non potendo essere inserite nel monte onorari da dividere fra gli avvocati e procuratori dello Stato, debbano essere corrisposte all'Amministrazione, mediante versamento sull'apposito capitolo “conto entrate eventuali” istituito presso la Presidenza del Consiglio.

A tale proposito, la domanda di liquidazione delle spese generali giustamente verrà inserita sia nelle conclusioni degli atti defensionali, sia nelle note spese presentate al momento del passaggio in decisione della causa.

Il rimborso in questione potrà essere chiesto anche sulle spese successive alla sentenza, insieme con le competenze connesse al precetto.

Le somme riscosse a tale titolo verranno, quindi, versate sul menzionato conto "entrate eventuali".

Sul punto verrà emanata apposita circolare con dettagliate istruzioni per l'esazione e riscossione delle somme in questione, nonché per i necessari adempimenti».

A.G.S. – Parere del 23 aprile 2004, n. 59153.

Questioni di massima concernenti procedura esecuzione obbligo alimentare – Convenzione internazionale di New York del 20 giugno 1956 (consultivo n. 5736/01, avvocato S. Sabelli).

«Con la nota che si riscontra codesta Avvocatura, nel riferire in merito a svariati tentativi infruttuosi di esecuzione forzata nei confronti di un cittadino riconosciuto debitore di prestazioni alimentari da sentenza straniera delibata dalla competente Corte di Appello, richiedeva il parere della Scrivente sulla possibilità di procedere a riscossione mediante ruolo in applicazione del D.Lgs. n. 46 del 1999 (artt. 17 e segg.) anche in materia di alimenti sulla base della Convenzione Internazionale di New York del 20 giugno 1956, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 23 marzo 1958, n. 338.

Analogo quesito è stato formulato dal Ministero dell'Interno con nota dell'11 maggio 2001 (prot. 1421 N.Y.).

Si premette che la predetta convenzione, intesa a favorire il recupero degli alimenti all'estero in favore di cittadini appartenenti agli Stati firmatari, tra l'altro, stabilisce che "gli organismi che saranno utilizzati a tale scopo sono indicati qui di seguito come 'autorità spediatrici' e 'Istituzioni intermediarie'" (art. 14, comma 1); disciplina le modalità di trasmissione della pratica dall'Autorità speditrice all'Istituzione intermediaria designata dallo Stato del debitore (art. 4) e quelle di trasmissione delle sentenze e di altri atti giudiziari (art. 5); e, nell'elencare le funzioni dell'Istituzione intermediaria, chiarisce che "la legge, che regge le dette azioni e ogni questione connessa è la legge dello Stato del debitore, particolarmente in materia di diritto internazionale privato" (art. 6, comma 3).

Con specifico riferimento a quest'ultima disposizione ci si chiede ora se ai fini dell'esazione nei confronti del debitore di prestazioni alimentari sulla base di un titolo esecutivo trasmesso da Autorità speditrice di uno Stato firmatario della convenzione al Ministero dell'Interno, designato quale Istituzione intermediaria, possa trovare applicazione il procedimento di riscossione mediante ruolo previsto dal D.Lgs. 26 febbraio 1999, n. 46, la cui estensione alle entrate dello Stato diverse dalle imposte sui redditi è contemplata dall'art. 17 dello stesso decreto legislativo.

La Scrivente, esaminato il contenuto delle normative citate, ritiene che si debba accogliere la soluzione positiva in merito al quesito prospettato, in ciò concordando con il parere di alcune Avvocature Distrettuali (Avvocatura di Napoli, nota 21 luglio 2000, n. 39852; Avvocatura di Bologna, nota 9 febbraio 2001, n. 2667; Avvocatura di Potenza, nota 10 novembre 2003, n. 123348; Avvocatura di Venezia), mentre non ritiene di condividere le perplessità manifestate dall'Ufficio Studi e Cooperazione Internazionale di

codesto Ministero (nota 20 giugno 2000, n. 7410 N.Y.), in ordine all'applicabilità delle disposizioni degli artt. 17 e 21 del D.Lgs. n. 46/1999 alle ipotesi di riscossione, anche coattiva, dei crediti alimentari in attuazione della Convenzione di New York.

Infatti, secondo costante orientamento giurisprudenziale “il Ministero dell'Interno, quale istituzione intermediaria ai sensi della convenzione di New York del 20 giugno 1956 sul riconoscimento all'estero degli obblighi alimentari, allorché chiede la delibazione di sentenze straniere recanti la condanna di alimenti a favore di minori agisce con propria legittimazione come portatore di un interesse proprio di natura pubblicistica ed il relativo potere di azione è svincolato dal rilascio della procura da parte del soggetto creditore degli alimenti restando subordinato solo alla richiesta avanzata dalle autorità speditrici” (Cass. 11 marzo 1996, 1, n. 1992; dello stesso tenore Cass. 17 luglio 1980, n. 4648; 18 dicembre 1974, n. 4346). La Suprema Corte ha anche precisato che “il Ministero dell'Interno, nell'esercizio delle funzioni conferitegli dalla citata Convenzione di New York, non si pone come rappresentante legale del minore..., ma assume una rappresentanza ‘speciale’, che prescinde da un mandato del creditore e che risponde all'interesse generale di assicurare che le posizioni dell'alimentando trovino effettivo soddisfacimento”.

“Ne discende che il potere-dovere del Ministro di attivarsi in sostituzione (processuale) dell'avente diritto, anche in fase d'impugnazione, è svincolato dai mutamenti della suddetta rappresentanza legale, e pure dalla cessazione di essa per compimento della maggiore età, non interferendo i relativi eventi sul titolo di quella sostituzione, a fronte del perdurare dell'esigenza pubblicistica a che venga adempiuta l'obbligazione alimentare verso il minore, ancorché limitatamente al periodo di tempo per la quale essa sia stata stabilita” (così Cass., 1, 17 dicembre 1996, n. 11278).

La natura pubblicistica della funzione che la Convenzione ha affidato all'Istituzione intermediaria comporta, dunque, che il Ministero dell'Interno quando agisce in tale veste, pur operando formalmente quale sostituto processuale, agisce in nome di un interesse pubblico di cui è titolare per l'espletamento di un potere-dovere conferitogli dalla legge; e, infatti, la Convenzione di New York attribuisce all'azione di delibazione natura meramente processuale e dichiarativa (non costitutiva) per un controllo soltanto formale sulla sussistenza delle condizioni della delibazione (Cass., I, 11278/1996, *cit*).

Naturalmente la medesima natura pubblicistica della funzione si deve ravvisare anche in sede di esercizio dell'azione esecutiva.

Da ciò discende, in primo luogo, l'irrilevanza del fatto che il beneficiario finale della procedura esecutiva sia un privato (il titolare del credito alimentare) e, in secondo luogo, che le somme che a conclusione della procedura lo Stato riscuote sono da qualificare come entrate proprie, sia pure destinate, in attuazione delle finalità della Convenzione, al soddisfacimento di un interesse privato.

Lo stadio conclusivo di questo processo logico è che per il raggiungimento di tale obiettivo il Ministero è da ritenere legittimato a valersi dello strumento di riscossione mediante ruolo in applicazione dell'art. 17 del D.Lgs. n. 46 del

1999, che ha recentemente esteso tale tipo di riscossione coattiva alle entrate patrimoniali extratributarie dello Stato. Infatti, con tale disposizione il legislatore ha usato il termine “entrate” e non quello di “crediti” dello Stato, intendendo con l'utilizzazione della nozione più estesa identificare la realizzazione della “*ratio legis*”, intesa alla semplificazione, dell'esecuzione esattoriale, con il momento della riscossione, a prescindere dal collegamento di tale attività alla titolarità delle situazioni soggettive beneficiarie. L'unica condizione della riscossione mediante ruolo è che le entrate previste dall'art. 17 risultino da titolo avente efficacia esecutiva (art. 21 D.Lgs. n. 46/1999).

Tale è l'efficacia della sentenza straniera o di altri provvedimenti adottati all'estero, resi esecutivi attraverso il giudizio di delibazione. Peraltro, va considerata la novità legislativa introdotta in materia dalla recente riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato instaurato con la legge 31 maggio 1995, n. 218: l'art. 64 del titolo IV, rivolto a disciplinare l'efficacia di sentenze ed atti stranieri, ha reso non necessario il ricorso ad alcun procedimento di delibazione – indispensabile nel sistema precedente culminante nel giudizio appunto di delibazione affidato alla Corte di Appello competente – in presenza, sostanzialmente, delle medesime condizioni di compatibilità richieste per quel giudizio ai fini di un esito positivo della domanda (requisiti di competenza del giudice straniero secondo le norme dell'ordinamento italiano, del rispetto nel processo dei diritti essenziali della difesa, dell'effetto di giudicato della sentenza straniera, dell'esclusione di litispendenza o contrasto con giudicato interno, della non contrarietà all'ordine pubblico). Analoga incidenza sulla precedente normativa ha il successivo art. 65 in riferimento all'efficacia esecutiva in Italia dei procedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone, all'esistenza dei rapporti di famiglia o di diritti della personalità, purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano rispettati i diritti essenziali della difesa.

Rispondendo allo specifico quesito rivolto, in proposito, da codesto Ministero con la recente nota del 17 dicembre 2003 cui si fa riferimento, – cioè se il sistema recentemente introdotto dalla novella del 1995 e, quindi, l'innovazione del riconoscimento automatico di sentenze e provvedimenti emessi all'estero sulla base presuntiva della concreta sussistenza delle condizioni di compatibilità con il nostro ordinamento previste dagli artt. 64 e 65 citati, possa trovare applicazione alla materia della riscossione delle prestazioni alimentari demandata dalla Convenzione di New York al Ministero dell'Interno, designato dal nostro ordinamento quale titolare della funzione di istituzione intermediaria – si ritiene che debba darsi risposta affermativa. Trattasi, infatti, di applicare la nuova normativa di diritto internazionale privato emanata dallo Stato del debitore secondo quanto previsto dal citato art. 6, comma 3 della Convenzione.

Per l'assolvimento di tale finalità il Ministero potrà dunque procedere anche alle attività di recupero attraverso lo strumento dell'iscrizione a ruolo sulla base della verifica dei requisiti di cui agli artt. 64 e 65 della legge n. 218/1995.

Peraltro, deve ritenersi che l'esercizio delle azioni esecutive rimanga tuttora subordinato al previo accertamento dei requisiti di riconoscimento da

parte della competente Corte di Appello, come si desume dal contenuto dell'art. 67, comma 1, della legge citata, che recita: "in caso di mancata ottemperanza o di contestazione del riconoscimento della sentenza straniera..... ovvero quando sia necessario procedere ad esecuzione forzata, chiunque vi abbia interesse può chiedere alla Corte di Appello del luogo di attuazione...".».

A.G.S. – Parere del 23 aprile 2004, n. 59384.

Modalità di recupero dei crediti erariali nei confronti di dipendenti statali da sentenza della Corte dei Conti (ritenuta – esecuzione mobiliare o immobiliare - iscrizione a ruolo). Parere reso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Milano. Art. 2, commi 1 e 4 del d.P.R. n. 260/1998 (consultivo n. 12383/1999, avvocato P. Marchini).

«Con riguardo al quesito segnalato da codesta Avvocatura Distrettuale si osserva quanto segue.

Non pare che il credito per danno erariale liquidato dalla Corte dei Conti, con sentenza o ordinanza esecutiva, possa essere recuperato nei confronti del dipendente pubblico in servizio o in quiescenza unicamente a mezzo ritenuta nei limiti di un quinto della somma dovuta a titolo di retribuzione, t.f.r. o di pensione, ammettendosi la riscossione a mezzo ruolo solo in caso di infruttuosità del recupero a mezzo ritenute.

Non pare che il periodo massimo di cinque anni previsto dal terzo comma dell'art. 3 del d.P.R. n. 1544 del 30 giugno 1955, costituisca limite temporale in cui esaurire le trattenute; esso piuttosto riguarda l'ammortamento delle rate.

È, piuttosto, da osservare che il d.P.R. 24 giugno 1998, n. 260, è un regolamento di semplificazione dei procedimenti esecutivi delle decisioni di condanne al risarcimento dei danni erariali inflitte dalla Corte dei Conti ed opera una delegificazione del R.D. 5 settembre 1909, n. 776, che disciplinava la materia agli artt. 3 e 4, che viene contestualmente abrogato. La legge che autorizza la delegificazione e la semplificazione è la legge 15 marzo 1997, n. 59, art. 20, comma 8, il quale rinvia all'allegato 1, punto 22, l'elencazione dei procedimenti di esecuzione delle decisioni di condanna e risarcimento di danno erariale oggetto di delegificazione.

Chiarita, dunque, la natura della fonte, esula dallo scopo del legislatore l'introduzione di un'ulteriore limitazione della responsabilità del debitore ai sensi del secondo comma dell'art. 2740 c.c.: la finalità è quella di snellire le procedure di recupero del credito, non quella di limitarle a tutela del debitore. In secondo luogo, nella legge di autorizzazione alla delegificazione non è contemplato un intervento nel senso sostanziale suddetto. Tale lettura è certo preferita a quella che condurrebbe a ritenere il regolamento illegittimo rispetto alla legge n. 59/1997 e, quindi, anche rispetto all'art. 2740 secondo comma c.c. il quale riserva solo alla legge il potere di introdurre limitazioni alla responsabilità del debitore.

D'altro canto, a voler concedere una copertura da parte della legge di autorizzazione, questa si esporrebbe alle censure di incostituzionalità per ingiustificata disparità di trattamento rispetto agli altri crediti dello Stato verso i propri dipendenti.

L'interpretazione dei commi 1 e 4 del d.P.R. n. 260/1998, consente di ritenere che spetti all'Amministrazione la scelta dei due mezzi di recupero (ritenute e esecuzioni "esattoriali"). Militano a favore di tale conclusione l'interpretazione storica, quella letterale e quella logico-sistematica. E invero:

a) il 1° comma ha evidente ambito oggettivo diverso da quello implicitamente sotteso al 4° comma. Nel 1° comma l'oggetto del recupero tramite ritenuta riguarda solo gli emolumenti che traggono causa dal rapporto di lavoro o previdenziale di quiescenza. Il 4° comma contempla solo un mezzo, che ormai è generalizzato per le entrate patrimoniali dello Stato, ossia la riscossione a mezzo iscrizione a ruolo, con ciò sottintendendo che l'"oggetto" del recupero è l'intero patrimonio del debitore e non solo gli emolumenti di cui sopra (sulla normalità dell'iscrizione a ruolo quale strumento di recupero delle entrate dello Stato anche diverse dalle imposte sui redditi v. art. 17 del D.Lgs. 22 febbraio 1999, n. 37, nonché il parere n. 100390 del Comitato Consultivo in data 21 ottobre 1999);

b) il 4° comma non prevede alcuna limitazione alla scelta della riscossione a mezzo ruolo; pone solo la alternatività al metodo delle ritenute che, nella sostanza, altro non sono che compensazioni limitate al quinto della somma dovuta;

c) al termine "non recuperati" di cui al primo alinea del comma 4 deve pertanto attribuirsi il significato di "crediti dello Stato" per i quali non è stato disposto il recupero con la forma della ritenuta.

Anche in base all'interpretazione storica, se si legge l'art. 3 del R.D. n. 776/1909, ora abrogato, si constata che il mezzo delle ritenute sugli assegni è posto in ordine subalterno al mezzo per "ottenere l'immediato ed integrale pagamento del credito ed accessori". L'art. 4 del citato R.D. consentiva, poi, il passaggio al Demanio della riscossione dei crediti che fossero rimasti inesatti esperite tutte le procedure di cui all'art. 3, avendo cura di precisare che dovevano ritenersi inesatti anche quei crediti "per il rimborso dei quali sono state imposte le ritenute a carico dei debitori, quando l'importo di esse, compensati gli interessi e gli accessori, non lasci alcun margine per ammortizzare la sorte" (ed è il caso concreto che ha originato il presente parere).

Secondo l'interpretazione logico-sistematica la tesi contraria si porrebbe su un piano di incoerenza con il sistema generale di recupero dei crediti dello Stato. Infatti, come sopra già accennato, i crediti dello Stato diversi da quello in questione, pur nei confronti del dipendente, non subiscono una limitazione quanto alla scelta del mezzo di recupero, ben potendo l'Amministrazione scegliere di seguire lo strumento più efficace al recupero.

Occorre, intanto, chiedersi se in alternativa all'iscrizione a ruolo, l'Amministrazione possa procedere in via esecutiva secondo le norme del c.p.c.. Poiché nella fattispecie lo Stato è già in possesso del titolo esecutivo che consente l'iscrizione a ruolo con l'avvio della esecuzione "esattoriale", ben più rapida di quella ordinaria, sarebbe del tutto inopportuno provvedere secondo le procedure codicistiche».

A.G.S. – Parere del 24 maggio 2004, n. 75845.

Esami di avvocato – Ordinanze cautelari di sospensione del giudizio – Riesame della commissione: limiti ed effetti – Condotta da tenere nella gestione del contenzioso (consultivo n. 19542/04, avvocato W. Ferrante).

«Codesta Avvocatura ha chiesto un riesame della problematica attinente agli effetti dell'esecuzione dei provvedimenti cautelari, in caso di rivalutazione con esito positivo degli elaborati scritti dei ricorrenti, candidati agli esami di avvocato.

Con circolare dell'Avvocato Generale prot. n. 7/2004, si era, infatti, raccomandato di opporre tempestivamente i decreti *inaudita altera parte* emessi dai T.A.R., ex art. 9, legge n. 205/2000, di cessazione della materia del contendere, per effetto della favorevole ricorrezione delle prove scritte e del successivo superamento dell'esame orale, con conseguente iscrizione all'albo degli avvocati, tenuto conto delle pronunce del Consiglio di Stato, sez. IV, 21 novembre 2003, n. 7634 e n. 7630, che hanno annullato i provvedimenti di rigetto delle opposizioni proposte dall'amministrazione avverso analoghi decreti.

Codesta Avvocatura, nel richiamare la recente sentenza del T.A.R. Lazio, n. 1912 del 1° marzo 2004 (identica alla coeva n. 1913/04) che, con ampia motivazione, ha ribadito la cessazione della materia del contendere nella fattispecie suindicata, ritiene che occorrerebbe tener conto dell'interesse pubblico concreto, anche alla luce delle norme di rango costituzionale che impongono all'amministrazione di favorire l'accesso al lavoro, atteso che il Ministero della Giustizia avrebbe demandato all'Avvocatura dello Stato il riscontro di tale interesse sostanziale, a prescindere dall'interesse processuale alla decisione del ricorso.

Afferma, inoltre, codesta Avvocatura che la regola dell'anonimato sarebbe un mero ausilio allo svolgimento imparziale della funzione, che potrebbe in taluni casi anche mancare senza costituire causa di invalidità del giudizio, soprattutto quando non si tratti di procedura concorsuale a numero chiuso e che, comunque, le commissioni d'esame potrebbero, in sede di riesame, anche d'ufficio, adottare opportuni accorgimenti per rivalutare l'elaborato senza conoscerne la paternità.

Osserva, inoltre, codesta Avvocatura che l'estrazione professionale dei componenti della commissione dovrebbe, di per sé, costituire garanzia di imparzialità tale da comportare un giudizio diverso, in sede di ricorrezione, solo in caso di pregresso errore nella valutazione – tanto che, per quanto riguarda gli esami di avvocato svoltisi nel corrente anno presso la Corte d'appello di Catania, il riesame di 59 elaborati scritti avrebbe dato esito positivo solo per 21 candidati – e che la seconda valutazione, proprio perché connotata da particolari oneri procedurali e di motivazione imposti dal giudice, assicurerebbe una cura più attenta e puntuale dell'interesse pubblico.

Sostiene, ancora, codesta Avvocatura che, alla luce dei principi affermati dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 3 del 27 febbraio 2003, si potrebbe ritenere che la Commissione, nel sostituire un giudizio motivato positivo a quello numerico originario negativo, ponga in essere un'attività che eccede i limiti della mera esecuzione dell'ordinanza cautelare, con ciò integrando una nuova autonoma scelta discrezionalmente adottata.

Paventa, infine, codesta Avvocatura il rischio di richieste risarcitorie, per effetto del ritardo nell'accesso alla professione, qualora l'iniziativa dell'amministrazione di contestare gli esiti del riesame e la conseguente dichiarazione di cessazione della materia del contendere non venga condivisa dal Consiglio di Stato, alla luce dell'orientamento espresso in relazione alle controversie in tema di prove preselettive, nonché del mutato orientamento di alcune recenti pronunce della V e della VI sezione del Consiglio di Stato in ordine alla sufficienza della motivazione esternata con il solo punteggio numerico.

1. – In relazione al foltissimo contenzioso nella materia degli esami di abilitazione e dei concorsi pubblici (in particolare l'esame di avvocato, il concorso notarile e il concorso per uditore giudiziario), si è formata una consolidata giurisprudenza cautelare e di merito della IV sezione del Consiglio di Stato, anche successiva alla nota sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 3/2003, che ha escluso, in caso di avvenuta esecuzione della misura cautelare di tipo propulsivo con positiva rivalutazione degli elaborati scritti, il verificarsi della cessazione della materia del contendere.

Quanto alle citate sentenze del T.A.R. Lazio n. 1912/04 e n. 1913/04, si rappresenta che le stesse, con il concorde avviso scritto del Ministero della Giustizia, sono state impugnate, in primo luogo, per violazione del principio di diritto enunciato dal Consiglio di Stato nelle richiamate pronunce n. 7634 e 7630 del 2003, che aveva rimesso gli atti al giudice di primo grado affinché decidesse la causa nel merito, non potendosi ritenere cessata la materia del contendere e, in secondo luogo, per violazione del principio di provvisorietà e strumentalità della tutela cautelare.

Il Consiglio di Stato aveva accolto l'appello del Ministero della Giustizia, *“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 T.A.R. 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)”*.

Tutte quelle attività poste in essere dalla Commissione che, nel caso portato all'autorevole esame dell'Adunanza Plenaria, erano state frutto di un'autonoma iniziativa dell'amministrazione, tale da far considerare la nuova valutazione come un *“quid novi”*, nelle summenzionate fattispecie, erano invece state compiute in pedissequa esecuzione dell'ordinanza cautelare, che aveva espressamente ordinato il riesame degli elaborati, prevedendo modalità e criteri, cui la commissione si è rigidamente attenuta.

2. – Quanto al rischio di azioni risarcitorie per la ritardata iscrizione all'albo degli avvocati, in caso di rigetto della tesi dell'amministrazione da

parte del Consiglio di Stato, si osserva che la consolidata giurisprudenza della IV sezione (tabellarmente competente per le controversie riguardanti l'esame d'avvocato, il concorso notarile e quello per uditore giudiziario) consente di scongiurare, allo stato, una tale eventualità.

3. – Un ultimo cenno merita la problematica, richiamata da codesta Avvocatura, 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).

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).

Quanto al concorso notarile, il Consiglio di Stato ha accolto gli appelli dell'amministrazione anche dopo lo svolgimento delle prove scritte (*ex multis*, sez. IV, ordinanza n. 5115 del 18 novembre 2003; *id.* ordinanza n. 5228 del 25 novembre 2003), affermando 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)".

Da ricordare è, inoltre, la recente sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, n. 2797 del 6 maggio 2004, emessa in tema di ammissione con riserva alle prove scritte del concorso notarile a seguito del mancato superamento della prova preselettiva 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'appello dell'amministrazione respingendo l'eccezione di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse.

In tale decisione, il Consiglio di Stato ha ritenuto applicabile, in quanto espressione di un principio di carattere generale, la disposizione di cui all'art. 336, comma 2 c.p.c., affermando che "gli atti adottati dall'amministrazione per sostituire il provvedimento annullato, al dichiarato fine di dare provvisoria esecuzione ad una pronuncia del Tribunale amministrativo regionale avverso la quale è contestualmente proposto gravame, non esprimono acquiescenza alla decisione del tribunale. L'efficacia di tali atti dovrebbe, quindi, venir meno nel caso di eventuale riforma della decisione di primo grado all'esito del giudizio di appello. La giurisprudenza è, del resto, in genere restrittiva nel desumere dal comportamento della parte gli estremi dell'acquiescenza e la Cassazione ha in più occasioni ribadito che non importa acquiescenza l'aver dato esecuzione, anche spontanea, ad una sentenza esecutiva (cfr. Cass., 15 febbraio 1995, n. 1616; *id.*, 26 gennaio 1995, n. 942; *id.*, 9 marzo 1992, n. 2823; *id.*, 7 maggio 1991, n. 5068; *id.*, 12 novembre 1986, n. 6636). Ciò, evidentemente, in considerazione del fatto che in questi casi il comportamento della parte attua-

tivo della pronuncia sfavorevole è necessitato in quanto, essendo la stessa esecutiva, vi è l'obbligo di conformarsi salvo che il giudice d'appello non ne sospenda l'esecutività – diversamente esponendosi all'esecuzione coattiva sotto il controllo e la vigilanza del giudice”.

Alla luce della giurisprudenza sopra richiamata, si ritiene che, nella materia in esame, l'esecuzione dell'ordinanza cautelare non possa comportare una declaratoria di improcedibilità, né possa costituire una preclusione alla proposizione dell'appello e che vadano, quindi, opposti, in mancanza di un *revirement* giurisprudenziale, i decreti che dichiarano la cessazione della materia del contendere in assenza dei presupposti».

A.G.S. – Parere del 28 maggio 2004, n. 78259.

Rimborsabilità delle spese di giudizio sostenute da funzionari dello Stato nel corso di giudizi di responsabilità amministrativa conclusi con una sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione (consultivo n. 1156/04, avvocato M. Giannuzzi).

«La scrivente ritiene che l'istanza in oggetto non sia meritevole di accoglimento, alla luce delle seguenti considerazioni.

La Corte dei Conti – sezione Giurisdizionale per la Regione Lazio – in accoglimento dell'eccezione sollevata dalla difesa dei convenuti in giudizio in integrazione del contraddittorio, tra i quali figura il signor G. F., ha dichiarato la prescrizione dell'azione di responsabilità esercitata nei loro confronti.

In tal modo, la Corte dei Conti non ha escluso la loro responsabilità per danno erariale, all'esito di una valutazione, nel merito, dei fatti asseritamente produttivi di un danno erariale contestati ai convenuti, avendo accertato l'intervenuta prescrizione del diritto al risarcimento del danno erariale, ciò che ha precluso al giudice contabile l'esame della fondatezza dell'addebito contestato ai convenuti.

In mancanza di una pronuncia che abbia escluso la responsabilità del nominato in oggetto in ordine al fatto, connesso con l'espletamento del servizio, non sorge il diritto al rimborso delle spese legali, *ex art. 18 del decreto-legge n. 67/1997, convertito, con modificazioni, nella legge n. 135/1997*, il cui disposto è stato costantemente interpretato dalla scrivente nel senso dell'insussistenza di tale diritto laddove il giudizio avente ad oggetto siffatta responsabilità si sia concluso con una sentenza che abbia dichiarato la prescrizione.

Alle stesse conclusioni si perviene sulla base della specifica disciplina dettata dall'art. 3 del decreto-legge n. 543/1996, convertito nella legge n. 639/1996, che, solo in caso di definitiva esclusione della responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti in materia di contabilità, di natura personale e limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o colpa grave, *ex art. 1, comma 1 della legge n. 20/1994*, impone che le spese legali sostenute da tali soggetti siano rimborsate dall'amministrazione di appartenenza (*omissis*).

Vorrà, pertanto, l'Amministrazione in indirizzo rigettare l'istanza in oggetto».

A.G.S. – Parere del 16 giugno 2004, n. 86211.

Appello avverso sentenza del Giudice di Pace – Operatività del «foro erariale» (consultivo n. 22380/04, avvocato A. Palatiello).

«Con la nota in riferimento codesta Avvocatura chiede di conoscere l'avviso della Scrivente sul punto “se l'appello avverso la sentenza del Giudice di Pace (in materia civile ed, ovviamente, quando sia parte un'Amministrazione dello Stato) vada proposto in ossequio alle regole del foro erariale”.

Ampiamente illustra le ragioni di dubbio e segnala alcuni arresti giurisprudenziali di merito di segno opposto.

Questa Avvocatura Generale ha avuto occasione di occuparsi del problema del foro erariale a seguito della riforma abolitiva del pretore in sede di Comitato Consultivo, nelle sedute del 18 ottobre 2000 e del 4 ottobre 2001, all'esito delle quali vennero approvati i pareri poi spediti, rispettivamente, il 30 novembre 2000, n. 122417 (in cs. 9303/00, avv. Cosentino) e il 20 ottobre 2001, n. 114121 (in cs. 6944/01, avv. Scino). Con il primo di tali pareri si evidenziarono le ragioni in favore del foro erariale per le *cause locatizie*, già di competenza inderogabile del Pretore, argomentandosi dal criterio ermeneutico di specialità ed utilizzando l'*argumentum a contrariis*: sorressero il ragionamento la considerazione della natura del tutto speciale del foro dello Stato rispetto alle altre competenze territoriali previste dal codice di rito, ancorché a loro volta speciali, e il rilievo dell'esclusione del foro erariale per le controversie di lavoro (*ubi voluit dixit*) operato dall'art. 40 d.lgvo n. 80/1998 (esclusione, dunque, successiva all'art. 244 d.lgvo 19 febbraio 1998, n. 51, che, con il suo indicare quali “successori” degli uffici soppressi quelli ai quali “sono state trasferite le relative funzioni” contribuiva a determinare l'insorgenza del dubbio interpretativo). Con il parere del 20 giugno 2001, con riferimento alle cause di *previdenza e assistenza*, si preferì la tesi del foro ordinario sostanzialmente per applicazione estensiva del novellato art. 413 c.p.c., e si evidenziò l'inaccettabilità della tesi di una generale inoperatività del foro erariale per il Tribunale monocratico.

Il quesito ora proposto offre l'occasione per una definitiva considerazione del tema, tanto più opportuna in quanto le norme di raccordo tra il vecchio sistema e il giudice unico, suggerite dall'Avvocatura Generale anche per ciò che riguarda il foro erariale, non hanno ancora visto la luce.

Sono, invece, intervenute alcune significative pronunce della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione: la prima con ordinanza del 19 marzo 2002, n. 66, a proposito delle controversie previdenziali, ha valorizzato l'elemento della “conservazione” del foro ordinario, che peraltro emergeva dall'art. 444 c.p.c. nel testo sostituito dall'art. 86 del d.lgvo n. 51/1998; la seconda ha sottolineato, in via generale, che la vecchia competenza pretorile, ora trasferita al Tribunale monocratico, continua a seguire le regole del foro ordinario (Cass. 21 marzo 2003, n. 4212, dove si precisa che seguono la competenza ordinaria soltanto le cause passate dal Pretore al Tribunale monocratico, e non già tutte quelle comunque di competenza del Tribunale

monocratico; così anche Cass. 1° aprile 2003, n. 5004, e 22 ottobre 2003, n. 15853; da ultimo, Cass. 15 aprile 2004, n. 7216, dove si conferma, quale conclusione acquisita, che il foro erariale non trova applicazione soltanto “nei giudizi innanzi ai tribunali in composizione monocratica già attribuiti alla competenza dei pretori”).

In tale contesto il sistema del foro erariale, ricostruito con qualche prudente riserva nei ricordati precedenti pareri, ora può indicarsi con ragionevole certezza, come segue:

a) Il foro erariale è la regola per le cause in Tribunale, salve le eccezioni espressamente previste;

b) eccezione generale è data per le cause pervenute a detto giudice in virtù della soppressione del Pretore;

c) è inevitabile, in particolare, ritenere che il Tribunale, in appello su sentenza del Giudice di Pace, sia quello erariale, perché detta competenza non è stata “ereditata” a motivo della soppressione della pretura (art. 341 c.p.c., novellato dall’art. 34 della legge 21 novembre 1991, n. 374).

Non può, allora, non confermarsi la prassi operativa seguita dalla Scrivente nel senso che l’appello contro le sentenze del Giudice di Pace va proposto davanti al Tribunale erariale. Già fu così, peraltro, per gli appelli avverso le sentenze dei Conciliatori a seguito della riforma di cui alla legge 30 luglio 1984, n. 399: la circostanza che vi fosse stato il subentro del Tribunale al Pretore fu allora ritenuto irrilevante ai fini dell’operatività del foro erariale.

La prassi operativa ha finora trovato conferma tanto nella giurisprudenza di merito (salve le sporadiche inevitabili voci contrarie), quanto nella lettura dei primi commentatori (tra cui P. Gallo, nel serrato commento in *Foro It.*, 2002, I, 2510, opportunamente segnalato da codesta Avvocatura): può aggiungersi, quasi a titolo di curiosità “paleografica”, che all’epoca degli artt. 19 e 20 del R.D. 30 dicembre 1923, n. 2828, poi confluiti nell’art. 7 del R.D. n. 1611/1933, l’“appellazione” avverso le sentenze dei Conciliatori era del tutto eccezionale: anzi la regola era nel senso della limitazione alle ipotesi di incompetenza (artt. 481 e 459 c.p.c. del 1865), così che all’esito la causa, o tornava in Conciliazione, o finiva lì, con la conferma della sentenza di incompetenza: non c’era il gravame di merito e, dunque, non si poneva il problema del foro erariale per l’appello avverso la sentenza dei Conciliatori; è verosimile credere che la norma di cui all’art. 7, così scritta, si sia nel tempo consolidata assumendo le vesti di regola per ogni giudizio pretorile e la sua consolidazione non abbia fatto sentire il bisogno di riesame parallelamente all’estendersi dei casi dell’ordinario appello avverso le sentenze dei Conciliatori (che divenne poi la regola, restando di competenza pretorile con il Codice del 1942 e con la Novella del 1950: la competenza mutò, in favore del Tribunale, con la ricordata legge n. 399/1984): non era, insomma, il “fatto” dell’appello, ma la “natura” del giudice *ad quem* che tornava in rilievo ai fini del foro erariale, della cui operatività, appunto, non si dubitò quando l’appello delle sentenze dei Conciliatori fu affidato al Tribunale: e, dunque, anche la storia dell’istituto milita in favore della lettura che privilegia la considerazione della natura del giudice, più che l’“oggetto” della causa al suo esame.

Allo stato, pertanto, non può che concludersi nel senso che l’appello delle sentenze civili del Giudice di Pace segue le regole del foro erariale».

A.D.S. Bari – Parere del 1° aprile 2004, n. 10178. (*)

Liquidazione spese di custodia veicoli sequestrati – Prescrizione (consultivo n. 2419/03, avvocato P. G. Marrone).

«Con nota del 3 aprile 2003 codesta Prefettura ebbe a richiedere le determinazioni della Scrivente in ordine alla diffida stragiudiziale con cui il Sig. G.S. in qualità di custode di veicoli sottoposti a sequestro amministrativo chiedeva la revoca del provvedimento di diniego delle indennità di compenso maturate in suo favore. Tale diniego era stato opposto da codesto Ufficio stante la decorrenza del termine di prescrizione del diritto di controparte.

Alla predetta nota veniva allegato il carteggio intercorso con il Superiore Dicastero da cui emerge l'assunto, più volte ribadito, secondo cui detto termine deve considerarsi di durata quinquennale *ex art. 2948 cod. civ.* e decorrente dalla data in cui il decreto che dispone la confisca sia divenuto inoppugnabile ovvero sia stata disposta la restituzione del veicolo all'interessato. Tale avviso risulta manifestamente espresso con circolare ministeriale n. 73 del 28 ottobre 1998, la cui validità veniva ribadita con nota del Generale Ufficio del 26 agosto 1999, n. 82143 (Cs. 14086/1998 - 109).

A fronte dell'inequivocabile, orientamento di codesta Amministrazione non ha ritenuto finora di dovere intervenire su una questione già affrontata e risolta sulla scorta di affermazioni di principio che codesta Prefettura ha puntualmente applicato nel cennato provvedimento di diniego.

Sennonché la ditta interessata insiste nella proprie richieste e ha inoltrato una ulteriore diffida in data 13 febbraio u.s. sollecitando l'adozione del cennato provvedimento di revoca, che allo stato del ridetto orientamento dell'Amministrazione non sembra opportuno adottare, per lo meno fino a quando la questione non trovi una soluzione diversa da quella sopra esposta.

A tale ultimo riguardo, tuttavia, è il caso di rilevare la sopravvenienza di due recenti pronunce delle Sezioni civile e penali della S.C. le quali hanno incidenza nel caso che ci occupa – tanto da essere state invocate da alcuni custodi – e inducono questa Avvocatura ad investire nuovamente della questione (per i profili di massima che essa riveste) codesto Generale Ufficio alla luce dei seguenti rilievi.

In particolare, la sentenza n. 10672/03, emessa all'udienza del 3 febbraio 2003 dalla Terza Sezione civile, che si allega, in fattispecie simile a quella in esame, ha affermato il seguente principio di diritto: *“in tema di custodia in materia di sanzioni amministrative il diritto del custode alla liquidazione e al pagamento delle somme dovute gli sorge solo dopo che sia divenuto inoppugnabile il provvedimento che dispone la confisca ovvero sia stata disposta la restituzione delle cose sequestrate; di conseguenza solo da tale momento inizia a decorrere il termine di prescrizione; e detto termine è quello decennale stabilito dall'art. 2946 c.c., non essendo applicabile il termine breve previsto dall'art. 2948 c.c.”*.

(*) Parere di rilievo, reso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bari in via ordinaria.

Orbene, la citata pronuncia affronta e risolve le due questioni che vengono in rilievo anche nel caso di specie: 1) il momento della decorrenza iniziale del termine di prescrizione; 2) la durata del predetto termine.

Con riguardo alla *prima* delle due questioni che interessano, va detto che la S.C. richiama il parere di codesto Generale Ufficio del 26 agosto 1999 e giunge a ritenere che “*nel campo delle sanzioni amministrative il diritto (non solo l'esigibilità), ma addirittura il diritto predetto del custode sorge solo dopo che sia divenuto inoppugnabile il provvedimento che dispone la confisca ovvero sia stata disposta la restituzione delle cose sequestrate*” (art. 12, terzo comma d.P.R. 29 luglio 1982, n. 571). Ne consegue che il termine di prescrizione decorrere dal giorno dell'emissione del provvedimento di confisca senza che possa avere influenza alcuna sul decorso di quel termine l'ignoranza da parte del custode, come esattamente si legge nella circolare ministeriale n. 73/1998 che codesta Prefettura ha correttamente applicato.

Alla stregua del principio di diritto sopra esposto l'assunto della ditta istante, nella parte in cui adduce l'illegittimità del diniego del pagamento del compenso richiesto per la mancata comunicazione del provvedimento di confisca, non pare fondato.

Se si pone mente, viceversa, alla soluzione data dalla S.C. alla *seconda* delle questioni affrontate l'istanza di controparte potrebbe rivelarsi non priva di fondamento qualora si ritenesse che il termine di prescrizione del diritto sia decennale anziché quinquennale.

A tal proposito giova rimarcare che la citata pronuncia giunge a ritenere applicabile al diritto del custode alla corresponsione del compenso il termine di prescrizione decennale di cui all'art. 2946 cod. civ.

La conclusione cui perviene la S.C. riposa sull'assunto secondo cui è impossibile ritenere periodica l'obbligazione del pagamento al custode del compenso, perché il relativo diritto di credito non sorge se non con l'inoppugnabilità della confisca, ovvero con la restituzione delle cose sequestrate. Non è, dunque, possibile ritenere che il diritto del custode matura giorno per giorno poiché il trascorrere del tempo, nel caso che ci occupa, ha solo la funzione di consentire la quantificazione del compenso, ma non determina la nascita del diritto di credito che sorge (o quanto meno diviene esigibile) con la confisca definitiva ovvero con la restituzione. Prima di tale momento non sussiste alcun diritto in capo al custode neppure in ordine agli acconti, che *può* chiedere all'amministrazione in forza del terzo comma ultimo periodo dell'art. 12, d.P.R. n. 571/1982, posto che il riconoscimento dell'acconto rimane una mera facoltà della P.A. Del resto, prosegue la Corte, *diritto* al compenso e *diritto* all'acconto rimangono pretese distinte tra loro in relazione alle quali il termine di prescrizione ha una diversa decorrenza; con l'ulteriore conseguenza che le vicende connesse al *diritto* all'acconto non possono avere influenza alcuna sulla prescrizione del *diritto* al compenso finale.

Non è questa la sede per sottoporre a revisione critica la tesi propugnata dalla S.C., tuttavia, non si può fare a meno di sottolineare la difficoltà di collegare la nascita del diritto del custode alla inoppugnabilità della confisca ovvero alla restituzione, dovendosi piuttosto ritenere, in linea con quanto

affermato nel citato parere del Generale Ufficio del 26 agosto 1999, che tale momento segna *l'esigibilità* del diritto al compenso finale spettante al custode, come del resto la stessa S.C. non sembra escludere. Il rilievo non pare di poco momento, ai fini del discorso che sta svolgendo, posto che ancorare l'esigibilità del credito in discorso alla inoppugnabilità della confisca, ovvero alla restituzione, non esclude (anzi lascia presupporre) che il diritto sia sorto in momento precedente. Del resto, non può nascondersi qualche perplessità nel conciliare la "mera facoltà" della P.A. di concedere l'acconto con l'esistenza di un "diritto" all'acconto che vivrebbe, secondo la Corte, una vicenda distinta e diversa da quella del diritto alla corresponsione del compenso finale.

In disparte tali considerazioni, resta il fatto che la costruzione concepita dalla S.C. suscita qualche problema di coordinamento (anche) con le affermazioni contenute nell'unita sentenza delle Sezioni Unite penali del 2 luglio 1992, n. 25161, richiamata dalla Terza Sezione civile a sostegno della tesi sopra cennata.

Le Sezioni Unite, infatti, affrontando una serie di questioni riguardanti il sequestro penale, hanno asserito che il termine di prescrizione del diritto del custode è decennale con argomentazioni che la Terza Sezione civile ha ritenuto di dovere condividere, pur rimarcando la peculiarità della custodia connessa al sequestro in questione rispetto alla custodia derivante dal sequestro penale. Sta di fatto, però, che le S.U., dopo avere qualificato "*ad esecuzione continuata*" (e non periodica) la prestazione del custode, sostengono che il termine di prescrizione del diritto è sì decennale ma decorre da *ogni singolo giorno*. Viene così ad essere ulteriormente incrinata l'affermazione della Terza Sezione civile secondo cui il diritto al compenso del custode sorge dal giorno dell'inoppugnabilità del provvedimento di confisca o della restituzione del bene all'avente diritto.

Va rilevato, invero, che la costruzione delle Sezioni Unite penali appare più convincente poiché esclude la periodicità della prestazione del custode nel presupposto che l'adempimento non è differito nel tempo, né si perfeziona con il tempo (dopo un certo tempo), ma dura continuamente. Correttamente, quindi, le S.U. giungono a ritenere che, trattandosi di prestazione "ad esecuzione continuata", l'adempimento dura nel tempo e il relativo compenso matura giorno per giorno. Ciò chiarito in linea di principio, resta confermato che l'art. 12 d.P.R., rinviando la liquidazione del compenso all'inoppugnabilità della confisca o alla restituzione, differisce al quel momento non la nascita del diritto (che matura giornalmente), ma solo la esigibilità della pretesa creditoria. Così come resta confermato il corollario della descritta tesi secondo cui l'impedimento dell'esercizio del diritto, ai sensi dell'art. 2935 cod. civ., non fa decorrere il termine di prescrizione prima che la pretesa creditoria diventi esigibile.

Si può, pertanto, pervenire ad una prima conclusione: qualora si ritenga, in adesione al richiamato orientamento giurisprudenziale, che il termine di prescrizione del diritto in parola sia decennale, pare preferibile, per le ragioni su esposte, accedere all'opzione interpretativa accolta dalle Sezioni Unite penali con riguardo al momento genetico della pretesa creditoria del custode.

Ma il punto nodale della questione in esame è proprio quello di stabilire se il termine di prescrizione è davvero decennale (art. 2946 cod. civ.), ovvero se lo stesso deve ritenersi di durata quinquennale (art. 2948 cod. civ.). È evidente, allora, che la soluzione del problema dipende dalla natura della prestazione cui è collegato il diritto del custode.

Al riguardo, non può non concordarsi con l'avviso di chi sostiene indicazioni decisive in tal senso non si ricavano dall'art. 12, d.P.R. n. 571/1982, e, quindi, in ipotesi alla tesi sostenuta nella circolare n. 73 si oppone quella certo non meno autorevole propugnata nelle sentenze sopra richiamate, che in ogni caso sembra consigliare il riesame della posizione assunta finora dall'Amministrazione per verificare la tenuta, non solo dopo i citati arresti del Supremo Collegio, ma anche alla luce delle recenti innovazioni legislative successive addirittura a quei *dicta*.

Deve richiamarsi, a tale ultimo proposito, l'art. 38, comma 6, d.l. 30 settembre 2003, n. 269, conv. con mod. in legge 24 novembre 2003, n. 326 che così recita: *“Al custode è riconosciuto, in deroga alle tariffe di cui all'articolo 12 del decreto del Presidente della Repubblica 29 luglio 1982, n. 571, un importo complessivo forfettario, comprensivo del trasporto, calcolato, per ciascuno degli ultimi dodici mesi di custodia, in euro 6,00 per i motoveicoli ed i ciclomotori, in euro 24,00 per gli autoveicoli ed i rimorchi di massa complessiva inferiore a 3,5 tonnellate, nonché per le macchine agricole ed operatrici, ed in euro 30,00 per gli autoveicoli ed i rimorchi di massa complessiva superiore a 3,5 tonnellate. Gli importi sono progressivamente ridotti del venti per cento per ogni ulteriore anno, o frazione di esso, di custodia del veicolo, salva l'eventuale intervenuta prescrizione delle somme dovute. Le somme complessivamente riconosciute come dovute sono versate in cinque ratei costanti annui; la prima rata è corrisposta nell'anno 2004”*.

L'articolo che detta *“Norme di semplificazione in materia di sequestro, fermo, confisca e alienazione dei veicoli”*, come si legge nella rubrica, disciplina, tra l'altro, la custodia dei veicoli giacenti presso le depositerie autorizzate a seguito dell'applicazione di misure di sequestro e sanzioni accessorie previste dal decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 e sembra applicarsi alla fattispecie in parola, atteso che la ditta istante pare avere essenzialmente custodito veicoli sequestrati a norme del codice della strada. L'introduzione della norma, come evidenzia la relazione di accompagnamento al disegno di legge governativo, è stata dettata dalla necessità di predisporre un rimedio strutturale ed efficace alle conseguenze derivanti dalla lunga permanenza dei veicoli in giacenza presso le depositerie, che si risolve per lo Stato in un'abnorme moltiplicazione dei costi connessi alla loro gestione. La nuova disciplina trova, dunque, applicazione anche per la custodia dei veicoli sequestrati o fermati anche prima dell'entrata in vigore della norma in parola.

In particolare, il comma 6 introduce una previsione che *deroga* alle tariffe di cui all'art. 12 d.P.R. n. 571/1982 e, quindi, riguarda essenzialmente l'entità del compenso spettante al custode, senza incidere sulla natura giuridica della prestazione di custodia che resta identica nei casi disciplinati dalle due norme.

Quel che di interessante sembra emergere dalla lettura del comma 6 dell'art. 38 è l'applicazione del criterio di quantificazione del compenso del custode maturato anche per gli anni precedenti all'entrata in vigore della norma, *“salva l'eventuale prescrizione delle somme dovute”*.

Resta, dunque, il problema della determinazione del termine di prescrizione del diritto che il legislatore non ha naturalmente indicato, dovendosi lo stesso, come si è detto, ricavare dalla natura della prestazione di custodia. Sotto tale profilo il comma 6 dell'art. 38 offre qualche significativo spunto all'interprete nella parte in cui dispone che il compenso dovuto al custode è pari ad *“un importo complessivo forfetario...calcolato per ciascuno degli ultimi dodici mesi di custodia”* prendendo a riferimento una somma predeterminata dalla norma stessa a seconda del mezzo depositato. Detti importi, prosegue la norma, *“sono progressivamente ridotti del venti per cento per ogni ulteriore anno, o frazione di esso”*, mentre *“le somme complessivamente riconosciute come dovute sono versate in cinque ratei costanti annui”* dall'amministrazione a partire dall'anno 2004.

Se, dunque, è questo il tenore letterale del disposto legislativo diventa difficile negare che la prestazione del custode non abbia carattere periodico considerato che il compenso dovuto al custode:

a) va pagato periodicamente (ad anno);

b) matura periodicamente in quanto la fattispecie costitutiva del diritto si perfeziona compiutamente in modo periodico (ad anno) e può corrispondentemente essere fatto valere allo scadere di ciascun periodo.

In altri termini, ai sensi del comma 6 dell'art. 38, la fattispecie costitutiva del diritto del custode si perfeziona annualmente e il credito diviene esigibile al termine di quel periodo. La disciplina positiva determina, quindi, il momento in cui il pagamento può avvenire chiarendo così che l'attività *continuativa* del custode *si correla a pagamenti periodici* e deve ritenersi, pertanto, *operante il termine quinquennale di prescrizione, di cui all'art. 2948 n. 4 cod. civ.*

Se, dunque, il diritto del custode matura periodicamente e il diritto si prescrive in cinque anni, rimane il problema della decorrenza del termine di prescrizione, con riguardo alla previsione dell'art. 38, comma 6 d.l. n. 296/2003. Detto termine, infatti, non può coincidere con quello indicato dall'art. 12 d.P.R. perché il legislatore del 2003 collega la liquidazione del compenso del custode non al momento dell'inoppugnabilità della confisca o della restituzione delle cose sequestrate, bensì alla scadenza di ciascun anno o di anno per il quale la custodia si è protratta. Ne consegue che il termine di prescrizione non può che decorrere dall'anno o dalla frazione di anno per cui la custodia si è protratta.

In sostanza l'art. 38, comma 6, d.l. n. 269/2003, deroga alla previsione dell'art. 12, d.P.R. n. 571/1982, sia con riguardo al criterio di calcolo del compenso spettante al custode, sia con riguardo alla decorrenza del momento iniziale del termine di prescrizione, ma non consente di ritenere diversa la natura della prestazione del custode che rimane identica e, in entrambi i casi, fa sorgere, in capo all'amministrazione, una obbligazione periodica soggetta al termine quinquennale di prescrizione (anche se lo stesso decorre da momenti diversi).

Venendo, in conclusione, alle questioni sollevate con riferimento alla fattispecie in esame, salvo non sussista una convenzione intercorsa con la ditta

istante da cui emerga, secondo i criteri sopra indicati, la periodicità o meno dell'obbligazione della P.A., per quanto fin qui esposto va in sintesi rilevato che:

a) se trattasi di compenso custodiale maturato ai sensi dell'art. 12 d.P.R. n. 571/1982, partendo dal presupposto che la prestazione di custodia è identica per natura a quella prevista dall'art. 38, comma 6, d.l. n. 269/2003, deve ritenersi che l'obbligazione della P.A. va adempiuta periodicamente e che il termine di prescrizione del diritto del custode deve ritenersi quinquennale, con decorrenza dal giorno dell'inoppugnabilità del provvedimento che dispone la confisca, ovvero la restituzione delle cose sequestrate;

b) se trattasi di compenso custodiale maturato ai sensi dell'art. 38, comma 6, d.l. n. 269/2003, dalla periodicità dell'obbligazione della P.A., confermata dal testo norma, discende che il termine di prescrizione del diritto del custode è di durata quinquennale e decorre dall'anno o dalla frazione di anno per la custodia si è protratta.

In attesa di conoscere l'avviso del Generale Ufficio si invita, nel frattempo, codesta Prefettura a riscontrare la diffida di controparte significando alla stessa che il diniego opposto alla richiesta di liquidazione del compenso richiesto deve essere confermato in forza dell'orientamento all'attualità assunto dall'Amministrazione, salva ogni ulteriore ed eventuale determinazione all'esito della risoluzione delle questioni di massima sollevate.».

DOTTRINA

Il diritto di accesso e l'attività di diritto privato della pubblica amministrazione.

di Nicola Cirillo

L'accessibilità degli atti «*iure privatorum*» della pubblica amministrazione ha costituito per lunghi anni una *vexata quaestio* in dottrina e in giurisprudenza con numerose oscillazioni tra l'orientamento contrario all'ostensibilità degli stessi, quello favorevole e quello, cosiddetto, di carattere «intermedio».

La presentazione del disegno di legge n. 1281-b, contenente «Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa», ed in particolare di un «nuovo» testo dell'art. 22, sembra costituire una valida occasione per ripercorrere sommariamente la vicenda sopra menzionata ed affermare che si è ormai di fronte al definitivo consolidamento dell'indirizzo giurisprudenziale inaugurato dal Consiglio di Stato nell'anno 1999.

Prima dell'affermarsi di tale odierno orientamento giurisprudenziale, volto a riconoscere esperibile l'accesso anche su documenti espressione di attività di diritto privato, era prevalentemente accolto l'indirizzo propenso a circoscrivere la sfera di applicazione del diritto ai soli atti riconducibili ad attività espressione di potestà autoritative (1). In una nota pronuncia (2) concernente gli atti relativi all'esecuzione di un contratto d'appalto, in particolare gli atti interni del procedimento di collaudo, il Consiglio di Stato, qualificando tali atti come posti in essere dalla pubblica amministrazione in qualità di parte di un rapporto contrattuale, aventi pertanto natura paritetica e non autoritativa, ha escluso che gli stessi possano costituire oggetto del corretto esercizio del diritto di accesso.

(1) V. Cons. St., sez. IV, 5 giugno 1995, n. 412, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, 1061.

(2) Cons. St., sez. V, 17 dicembre 1996 n. 1559, in *Urb. app.*, 1997, 426 ss.

Rovesciando l'orientamento restrittivo il giudice amministrativo, sulla base di un'interpretazione letterale e teleologica degli artt. 22 e 23 della legge n. 241/1990, ha affermato che il diritto di accesso non è correlato agli atti amministrativi ma all'attività amministrativa, nel cui ambito concettuale si deve ricomprendere non solo l'attività di diritto amministrativo, ma anche l'attività di diritto privato volta alla cura di interessi della collettività (3).

La legge n. 241/1990 nel fornire la nozione di documento amministrativo fa riferimento alla rappresentazione degli atti, non solo formati ma anche utilizzati ai fini dell'attività amministrativa, sicché è possibile che questi provengano da soggetti privati. L'art. 23, poi, nell'individuare i soggetti nei cui confronti il diritto di accesso si può esercitare, comprende i gestori di pubblici servizi, categoria comprensiva anche di figure soggettive aventi natura privata. Inoltre sarebbe illogico discriminare la trasparenza dell'attività amministrativa in base al criterio formale del regime giuridico, amministrativo o privatistico, dell'attività delle amministrazioni pubbliche.

In una decisione con la quale è stata sostenuta l'applicazione del diritto di accesso anche nei confronti di un ente pubblico economico, la Sace (4), il giudice amministrativo, dopo aver ribadito le argomentazioni proposte nella sentenza n. 82/1997 (v. nota n. 3), ha tuttavia rilevato che un'applicazione ampiamente estensiva dell'indirizzo giurisprudenziale citato potrebbe condurre ad effetti ultronei rispetto ad una corretta applicazione dell'impianto normativo contemplato dagli artt. 22 e ss. della legge n. 241/1990, arrivando a rendere ostensibile ogni tipo di documento posto in essere da una persona giuridica di diritto pubblico o da una pubblica amministrazione. Il Consiglio ha ritenuto pertanto che il diritto di accesso non poteva essere riconosciuto in presenza di attività esclusivamente privatistica e del tutto disancorata dall'interesse pubblico di settore istituzionalmente rimesso alle cure dell'apparato amministrativo. Ma è concretamente configurabile un'attività di diritto privato della pubblica amministrazione che non sia finalizzata, seppur indirettamente e strumentalmente, alla cura di interessi pubblici?

Al fine di superare il criterio che assume a base dell'applicazione del diritto di accesso la distinzione tra attività espressione di potestà autoritative e attività di diritto privato, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (decisioni nn. 4 e 5 del 1999) (5) ha rilevato che ciò che acquista importanza è il fatto che l'attività, ancorché di diritto privato, costituisca – nella sua essenza – cura di un interesse pubblico ma, soprattutto, debba essere espletata nel rispetto del canone dell'imparzialità. L'Adunanza plenaria ha proseguito affermando che l'istituto dell'accesso trova applicazione nei confronti di ogni tipologia di attività della pubblica amministrazione e agli atti di diritto privato adottati da un soggetto privato concessionario di pubblici servizi, che,

(3) V., in tal senso, Cons. St., sez. IV, 4 febbraio 1997, n. 82, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 374 ss.

(4) Cons. St., sez. IV, 15 gennaio 1998, n. 14, in *Guida dir.*, 1998, fasc. 10, 78 ss.

(5) Cons. St., Ad. plen., 22 aprile 1999, n. 4, in *Giust. civ.*, 2000, I, 591 ss.; Cons. St., Ad. plen., 22 aprile 1999, n. 5, in *Urb. app.*, 1999, 643 ss.

in quanto funzionalmente inerenti alla gestione di interessi collettivi, impongono l'esigenza di garantire il rispetto dei principi di buon andamento e di imparzialità di cui all'art. 97 Cost.. Tuttavia, sempre secondo l'Adunanza plenaria, solo l'attività governata da tali principi costituzionali è accessibile e pertanto essa ne ha delimitato l'ambito: nei casi in cui una norma di diritto comunitario o di diritto interno imponga al gestore di un pubblico servizio l'attivazione di procedimenti per la scelta delle proprie determinazioni, in particolare la scelta dei contraenti; con riguardo agli atti afferenti alle scelte organizzative adottate in sede di gestione del servizio stesso, incidenti sulla qualità del servizio stesso, sul rispetto delle norme volte a proteggere gli utenti ecc.; con riguardo all'attività residuale (ovvero non di diretta gestione) in cui, a seguito del bilanciamento degli interessi perseguiti, quello pubblico risulti prevalente rispetto a quello imprenditoriale (6). In sostanza sono stati considerati ostensibili gli atti posti in essere nel corso di procedimenti connessi e strumentali alla gestione del servizio pubblico (oltrech  ogni attivit  della pubblica amministrazione – attivit  privata e attivit  di diritto privato – essendo essa tutta vincolata all'interesse collettivo).

Con riferimento alla privatizzazione del pubblico impiego la giurisprudenza successiva ha affermato che il carattere privatistico degli atti di gestione del rapporto di impiego privatizzato non incide sul permanente carattere amministrativo degli stessi ai fini dell'accesso, ovvero sulla strumentalit  all'interesse pubblico e sulla soggezione ai parametri costituzionali di cui all'art. 97.

Da ultimo, riguardo al tema della gestione di un servizio pubblico, con due sentenze del 2002 (7) il Consiglio di Stato ha puntualizzato che il requisito della strumentalit  va ridimensionato allorquando il gestore   un soggetto privato, ma va dilatato allorquando la gestione del servizio   affidata a soggetti di natura pubblica, per i quali il dovere di imparzialit  deriva, oltre che dalla natura dell'attivit  espletata, anche dal persistente collegamento strutturale con il potere pubblico.

Delle due sentenze ora citate (v. nota n. 7), soprattutto la n. 1303/02   di fondamentale importanza nella complessa vicenda di cui trattasi, anche se essa   stata analizzata dalla dottrina (8) principalmente per quanto riguarda un aspetto, tutto sommato, di dettaglio, ovvero l'aver ritenuto (il Consiglio di Stato) di puntualizzare la nozione di strumentalit  – rispetto a quella di stretta gestione – dell'attivit  residualmente svolta dai soggetti preposti all'espletamento di un servizio pubblico.

(6) V., in senso conforme, Cons. St., sez. V, 8 giugno 2000, n. 3253, in *Cons. St.*, 2000, I, 1401 ss.

(7) Cons. St., sez. VI., 5 marzo 2002, n. 1303, in *Foro amm. Cons. St.*, 2002, 705 ss.; Cons. St., sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2618, in *Foro amm. Cons. St.*, 2002, 1307.

(8) V., ad es., R. GAROFOLI, *Accesso, attivit  di diritto privato e principali questioni applicative*, in F. CARINGELLA – R. GAROFOLI – M.T. SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi, profili sostanziali e processuali*, II ed., Milano, Giuffr , 2003, 189 ss., e B. ARGOLAS, con nota a sentenza di cui trattasi, *Diritto d'accesso e sdoppiamento dei gestori di servizio pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 1062-1067.

Invece, a giudizio di chi scrive, la sentenza n. 1303/02 della sezione VI del Consiglio di Stato, (senza nulla togliere ad essa in merito al fondamentale contributo chiarificatore apportato in tema di strumentalità – ai fini di che trattasi – dell'attività residuale rispetto a quella di stretta gestione di un servizio pubblico) è unica soprattutto per aver affermato a chiare lettere la basilare importanza del principio di imparzialità che si atteggia, dunque, ad autentico discrimine tra attività privatistica ostensibile e non.

Infatti, ciò che era già contenuto nelle motivazioni delle decisioni nn. 4 e 5/1999 dell'Adunanza plenaria ma non chiaramente esplicitato (tanto da aver originato, sul criterio discretivo, differenti correnti dottrinali interpretative (9)), viene portato a logiche conseguenze nella sentenza in esame in due fondamentali passaggi: il primo, «*non può essere più ascritto alcun rilievo dirimente al dato, meccanicistico e tendenzialmente neutro, della veste privatistica dell'atto di cui si chiede l'ostensione, dovendosi invece verificare se il segmento di attività cui la documentazione da visionare si riferisce debba essere esercitata nel rispetto del principio di imparzialità*», afferma l'assoluta rilevanza del canone dell'imparzialità quale criterio identificativo dell'attività amministrativa accessibile; il secondo, «*ciò che assume importanza, invece, è che l'attività, ancorché di diritto privato, costituisca nella sua essenza cura di un interesse pubblico e, soprattutto, debba essere espletata nel rispetto del canone dell'imparzialità*», coniuga esplicitamente, per la prima volta, il «principio di funzionalità» e il «principio di imparzialità» dell'attività della pubblica amministrazione, facendone una sorta di «super criterio» alla luce del quale interpretare la sfera di applicabilità degli artt. 22 ss. della legge n. 241/1990; in poche parole, l'interprete deve guardare al binomio «principio di funzionalità-principio di imparzialità» in questo senso: è il primo (inteso come finalizzazione dell'atto/attività alla cura di un interesse pubblico, a prescindere dalla natura pubblica o privata del soggetto che lo ha adottato e del regime giuridico cui è sottoposto), a costituire il criterio guida ai fini dell'individuazione dell'ambito di operatività del secondo.

L'indirizzo interpretativo estensivo, inaugurato con le decisioni dell'Adunanza plenaria nn. 4 e 5/1999 e portato a più chiare conclusioni con la sentenza della sezione VI, del 5 marzo 2002, n. 1303, ha trovato poi, anche recentemente, l'adesione della pressoché prevalente giurisprudenza amministrativa, ormai consolidata, quindi, nel riconoscere l'operatività della disciplina in tema di accesso anche agli atti di carattere privatistico.

La stessa sezione VI, a breve distanza di tempo, con due sentenze aventi ad oggetto di nuovo, entrambe, l'attività privatistica di due gestori di pubblici servizi (l'Enel Distribuzione S.p.a nel primo caso, le Poste Italiane S.p.a. nel secondo), ribadisce i concetti espressi nella motivazione della n. 1303/02.

(9) V., come esempi di tre diverse impostazioni nella scienza giuridica, R. GAROFOLI, *Accesso, attività di diritto privato...*, op. cit., 160 ss.; F. BRUNETTI, nota a Cons. St., Ad. plen., 22 aprile 1999, n. 4, in *Cons. St.*, II, 1999, 1244 ss.; M. PROTTO, nota a Cons. St., Ad. plen., 22 aprile 1999, n. 5, in *Urb. App.*, 1999, 654 e 655.

Nel primo caso (10), la massima della sentenza così recita: «*I dipendenti dell'Enel Distribuzione S.p.a. hanno il diritto di accedere alla documentazione relativa alla nomina a dirigenti dell'ufficio legale, atteso che anche l'attività degli Enti pubblici economici e dei gestori di pubblici servizi, quando si manifesta nella gestione di interessi pubblici, rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 97 Cost., essendo svolta, pur se sottoposta di regola al diritto comune, oltre che nell'interesse proprio, anche per soddisfare quelli della collettività; pertanto, i relativi atti sono soggetti all'accesso ai sensi dell'art. 23 L. 7 agosto 1990 n. 241.*».

Nel secondo (11), avente ad oggetto (come nella fattispecie trattata dalla sentenza n. 1303/02) l'attività privatistica delle Poste Italiane S.p.a., la massima della sentenza afferma: «*I gestori di pubblici servizi sono inclusi tra i soggetti sottoposti alla generale disciplina in tema di accesso agli atti amministrativi, dettata principalmente con riferimento alle Pubbliche amministrazioni.*

Ai sensi dell'art. 23 L. 7 agosto 1990 n. 241, come modificato dall'art. 4 L. 3 agosto 1999 n. 265, non può negarsi l'applicabilità dell'istituto dell'accesso ai documenti nei confronti della Soc. Poste italiane, stante la sua qualità di concessionaria di un pubblico servizio, senza che, in contrario, abbiano rilievo la presunta circostanza che il detto servizio viene svolto in regime di concorrenza e la circostanza che la società stessa svolge attività di diritto privato, atteso che l'attività dei gestori di pubblici servizi, quando si manifesta nella gestione di interessi pubblici, è esercitata, oltre che nell'interesse proprio, anche per soddisfare quelli della collettività ed ha quindi rilievo pubblicistico.» (12).

Passando poi all'esame della giurisprudenza amministrativa conforme di primo grado, si può citare la massima della sentenza del T.A.R. Umbria, 26 ottobre 2002, n. 764 (13): «*Il diritto di accesso va riconosciuto anche con riguardo ai documenti rappresentativi di attività contrattuale svolta dall'amministrazione iure privatorum.*».

Ancora, con l'intento di fornire qualche significativa esemplificazione utilizzando un criterio cronologico, la massima della sentenza del T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 29 gennaio 2003, n. 50 (14): «*Il diritto di accesso alla documentazione amministrativa deve essere correlato, non già agli atti, ma all'attività della Pubblica amministrazione; pertanto, l'accesso stesso può essere esercitato tanto nei confronti degli atti amministrativi in senso stretto quanto nei confronti degli atti di diritto privato comunque utilizzati ai fini dell'attività amministrativa, e dunque anche nei confronti di atti formati da soggetti privati.*».

(10) Cons. St., sez. VI, 19 luglio 2002, n. 4009, in *Cons. St.*, 2002, I, 1598.

(11) Cons. St., sez. VI, 7 agosto 2002, n. 4152, in *Cons. St.*, 2002, I, 1656-7.

(12) In senso conforme, ancora sulle Poste Italiane S.p.a., cfr. T.A.R. Marche, sez. V, 10 ottobre 2002, n. 6257, in *Foro amm. TAR*, 2002, 3346, e T.A.R. Emilia Romagna, sez. Bologna, 11 ottobre 2002, n. 1138, in *Foro amm. TAR*, 2002, 3242.

(13) In *Ragiusan*, 2003, 65-66.

(14) In *TAR*, 3, 2003, 1175.

Si prosegue *l'exkursus* sulla giurisprudenza T.A.R. conforme, con la sentenza del T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 12 febbraio 2003, n. 121 (15), la cui massima recita: «*Posto che, ai sensi dell'art. 33 decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, tra i concessionari di pubblici servizi vanno annoverati tutti i soggetti, comunque denominati, che gestiscono un servizio pubblico sulla base di un titolo giuridico, sia esso la legge o un atto non avente il nomen di concessione, costoro sono comunque inclusi tra i soggetti sottoposti alla generale disciplina in tema di accesso agli atti amministrativi, dettata principalmente con riferimento alle Pubbliche amministrazioni; pertanto, il diritto di accesso non può essere negato al richiedente in ragione della circostanza che il servizio viene svolto in regime di concorrenza e che la società svolge attività di diritto privato, atteso che l'attività dei gestori di pubblici servizi, quando si manifesta nella gestione di interessi pubblici, è esercitata, oltre che nell'interesse proprio, anche per soddisfare quelli della collettività e ha quindi rilievo pubblicistico.*».

Ultimo esempio di giurisprudenza di primo grado è costituito dalla sentenza del T.A.R. Valle d'Aosta, 23 maggio 2003, n. 102 (16), la cui massima recita: «*L'attività privata posta in essere dall'Amministrazione, per essere sottoposta al diritto di accesso, deve avere comunque una rilevanza pubblicistica.*». Nella fattispecie è evidente come l'utilizzo del termine «attività privata», anziché attività privatistica o attività di diritto privato, dia il senso dell'avvenuto superamento, ai fini pratici, della storica distinzione tra attività privata (intesa come quella necessaria alla copertura dei puri fabbisogni dell'amministrazione come soggetto) e attività amministrativa di diritto privato, con l'inclusione della prima nel generale concetto di attività amministrativa, considerata, quest'ultima, come l'attività rivolta alla cura di interessi pubblici e governata dal principio di imparzialità, a prescindere dai moduli (pubblici o negoziali) utilizzati.

È doveroso segnalare anche la sentenza del Cons. St., sez. VI, 27 maggio 2003, n. 2938 (17), non solo perché di pubblicazione relativamente recente e per il rango del giudice, ma soprattutto in quanto nella sua motivazione è esplicitamente richiamata l'immanenza in ogni attività della pubblica amministrazione dei principi di buon andamento e imparzialità e di quello di funzionalizzazione alla cura dell'interesse collettivo. Il Collegio, nel valutare se e in quali limiti debba considerarsi sottoposta alla disciplina dell'accesso a documenti amministrativi – formati nell'ambito di un rapporto di lavoro di carattere privatistico – un'azienda municipalizzata che gestisce un servizio pubblico, richiama, sia pur concisamente, le decisioni dell'Adunanza plenaria nn. 4 e 5/1999 e le qualifica come punti di partenza di un indirizzo «*ribadito da questa Sezione con decisioni 5 marzo 2002 n. 1303 e 15 maggio 2002 n. 2618*» (18) e dal quale «*il Collegio non ha alcun motivo di discostarsi.*».

(15) In *TAR*, 4, 2003, 1635 ss.

(16) In *TAR*, 7/8, 2003, 2562.

(17) In *L'accesso ai documenti amministrativi*, a cura della Presidenza del Consiglio dei Ministri-Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Roma, Poligrafico dello Stato, 2004, 502 ss.

(18) Cons. St., sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2618, pienamente conforme alla decisione n. 1303/02, v., *ante*, nota n. 7.

Le due sentenze da ultimo brevemente analizzate (T.A.R. Valle d'Aosta n. 102/03 e Cons. St., VI, n. 2938/03), richiamanti il principio di funzionalizzazione anche dell'attività privatistica della pubblica amministrazione alla cura dell'interesse pubblico, sono, tra l'altro, utili per introdurre un breve commento ad un'interessante sentenza del Consiglio di Stato (19), importante non solo perché rappresenta l'esempio più recente di giurisprudenza del Supremo Organo di giustizia amministrativa conforme all'indirizzo estensivo, ma anche in quanto il Consiglio di Stato, analizzando una fattispecie non riguardante direttamente la problematica sin qui trattata, dà una conferma indiretta della necessità che l'attività privatistica di una pubblica amministrazione, per essere sottoposta al diritto di accesso, deve avere una rilevanza pubblicistica che, oltretutto, non può essere soltanto eventuale.

Il Collegio, infatti, per giungere a giustificare la *ratio* della norma (art. 10 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554) che sottrae all'accesso le relazioni riservate del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo di un'opera pubblica sulle domande e sulle riserve avanzate dall'impresa appaltatrice (20), ne dà una lettura permeata dal «principio di funzionalità», sottolineando che la definizione di «riservata» che la norma attribuisce alle relazioni *de quibus*, «denota che il legislatore ha voluto impedire la diffusione delle relazioni al di fuori delle amministrazioni cui sono indirizzate, in quanto si inseriscono in una controversia in atto o potenziale tra l'amministrazione e l'appaltatore concernente l'esecuzione del contratto, nella quale si fronteggiano interessi di natura patrimoniale e che solo indirettamente, per le possibili conseguenze sulla finanza pubblica, presentano riflessi di ordine pubblicistico.». Il che vuol dire, in parole più chiare, che le relazioni riservate di cui trattasi presentano un riflesso pubblicistico così indiretto ed eventuale (incerto) da giustificare, nella fattispecie, la sottrazione normativa delle stesse al diritto di accesso, facendo prevalere su quest'ultimo il diritto alla riservatezza della pubblica amministrazione, riguardata, nella circostanza, esclusivamente nella sua veste di parte negoziale privata.

È di tutta evidenza che anche in tale fattispecie viene affermato il principio della necessaria rilevanza pubblicistica, ai fini della sottoposizione al diritto di accesso, dell'attività privatistica della pubblica amministrazione, potendosene dedurre come ulteriore corollario la necessità che tale rilevanza pubblicistica non sia soltanto «eventuale».

Questa, in sintesi, ad oggi, la vicenda giurisprudenziale riguardante il problema dell'ostensibilità degli atti di diritto privato della pubblica amministrazione.

L'adesione all'orientamento estensivo, per così dire, di «ultima generazione» (si ricorda anche un precedente indirizzo estensivo, quello iniziato

(19) Cons. St., sez. V, 15 aprile 2004, n. 2163, in *Altalex - WebDeveloping & consulting*, rivista on-line, 11 maggio 2004.

(20) V., sul tema, A. PONTI, *Il diritto di accesso sulle relazioni riservate del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo*, in *N. rass. Idg.*, 2002, 20, p.2168.

dal Consiglio di Stato, sezione IV, con la sentenza n. 82/1997) è stata, come si è visto, pressoché totale da parte della giurisprudenza amministrativa, ed anche il dibattito dottrinale, ancora vivo dopo la pubblicazione delle decisioni dell'Adunanza plenaria, nn. 4 e 5/1999 (21), si è spento dopo la pregevole sentenza n. 1303/02 della VI sezione del Consiglio di Stato.

Il frutto più consistente di questa unanimità di vedute in materia è lì per venire a maturazione ed esso consiste in una modifica sostanziale dell'art. 22 della legge n. 241/1990, contenuta però in un documento che è, a tutt'oggi, ancora un disegno di legge, sia pur in uno stadio avanzato di approvazione.

Trattasi, come accennato all'inizio della presente trattazione, del disegno di legge identificato con il n. 1281-b, contenente «Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa». Esso ha osservato il seguente *iter* parlamentare: è stato approvato con modifiche dal Senato, è passato alla Camera, dove è stato modificato, è stato ritrasmesso al Senato il 15 gennaio 2004, ivi è stato approvato con modificazioni dalla 1^a Commissione permanente (Affari costituzionali) il 21 luglio, ritrasmesso alla Camera ed ivi assegnato alla 1^a Commissione (Affari costituzionali) in sede referente in data 29 luglio 2004 con il n. C. 3890-B.

Da notare che il «nuovo» testo dell'art. 22 della legge n. 241/1990 (articolo di preminente interesse nell'ambito della presente trattazione, rubricato come «Definizioni e principi in materia di accesso») non ha subito modificazioni di rilievo nella «navetta» parlamentare Senato-Camera-Senato-Camera (solo qualche aggiustamento di carattere lessicale), per cui tutto lascia supporre che diverrà legge dello Stato nella forma e nella sostanza che di seguito si vanno ad esporre:

«(omissis) ...

Art. 15.

L'articolo 22 della legge 7 agosto 1990, n. 241, è sostituito dal seguente: «Art. 22. (Definizioni e principi in materia di accesso).

1. — Ai fini del presente capo si intende:

a) per «diritto di accesso», il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi;

b) per «interessati», tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso;

(21) V., come esempio di voce critica verso le stesse, con nota a Cons. St., Ad. plen., 22 aprile 1999, n. 4, F. COMPIERCHIO, *Accesso ai documenti amministrativi dei concessionari di pubblici servizi: una decisione non convincente*, in *Giust. civ.*, 2000, I, 597 ss.

c) per «controinteressati», tutti i soggetti, individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto, che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza;

d) per «documento amministrativo», ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale;

e) per «pubblica amministrazione», tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario.

2. — L'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza, ed attiene ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera *m*), della Costituzione. Resta ferma la potestà delle regioni e degli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, di garantire livelli ulteriori di tutela.

3. — Tutti i documenti amministrativi sono accessibili, ad eccezione di quelli indicati all'articolo 24, commi 1, 2, 3, 5 e 6.

4. — Non sono accessibili le informazioni in possesso di una pubblica amministrazione che non abbiano forma di documento amministrativo, salvo quanto previsto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in materia di accesso a dati personali da parte della persona cui i dati si riferiscono.

5. — L'acquisizione di documenti amministrativi da parte di soggetti pubblici, ove non rientrante nella previsione dell'articolo 43, comma 2, del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, si informa al principio di leale cooperazione istituzionale.

6. — Il diritto di accesso è esercitabile fino a quando la pubblica amministrazione ha l'obbligo di detenere i documenti amministrativi ai quali si chiede di accedere».

Come si può facilmente notare, il recepimento dei principi richiamati da dottrina e giurisprudenza nella complessa vicenda riguardante l'ostensibilità degli atti di diritto privato della pubblica amministrazione – e consacrati nelle decisioni dei giudici amministrativi a partire dall'aprile 1999 ad oggi – è stato totale ed ha caratterizzato il tenore di buona parte del «nuovo» comma 1 dell'articolo 22, in particolare delle lettere *d*) ed *e*).

Nella lettera *d*), nell'ambito della definizione di «*documento amministrativo*» ai fini dell'accesso, non si fa più riferimento agli atti «*formati*» (testo

vigente) dalla pubblica amministrazione ma a quelli da essa «*detenuti*», anche se «*non relativi ad uno specifico procedimento*»: è evidente che in tal modo si vogliono rendere accessibili anche gli atti, provenienti – indifferentemente – da privati o dalla stessa pubblica amministrazione, utilizzati al di fuori dell'attività procedimentalizzata e, quindi, utilizzati in quella di diritto privato.

Sempre nella lettera *d*) è presente il principio cardine che ha informato l'indirizzo giurisprudenziale estensivo in tema di accessibilità degli atti privatistici della pubblica amministrazione: il «principio di funzionalità», inteso come funzionalizzazione, necessariamente immanente, di ogni attività della pubblica amministrazione alla cura dell'interesse pubblico, governata dal principio di imparzialità e buon andamento (le parole «rivelatrici», a tal proposito, sono: «*atti (...) concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale;*»).

Nella lettera *e*), nel definire il concetto di «*pubblica amministrazione*» ai fini del diritto di accesso, la nuova norma vi comprende «*tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato*» con limitazione, però, alla «*loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario.*». Anche qui torna il concetto di «*pubblico interesse*» come necessario requisito che ogni attività amministrativa, per essere accessibile, deve avere; in questo caso a sottolineare l'indifferenza, ai fini di cui trattasi, che essa sia posta in essere da un soggetto pubblico o da un privato.

Tenendo presente che l'art. 23 della legge n. 241/1990, contenente l'elencazione dei soggetti passivi del diritto di accesso, non è stato oggetto (almeno sinora) di alcuna modifica nell'ambito del disegno di legge di cui trattasi, è di tutta evidenza che gli interventi modificativi apportati al testo vigente dell'art. 22 debbono necessariamente essere interpretati come incidenti sull'attività ostensibile (non sui soggetti passivi), in particolare su quella di diritto privato (nella sua accezione più ampia), sottoposta all'accesso al pari di quella pubblicistica come necessaria conseguenza del consolidato indirizzo giurisprudenziale affermatosi a partire dall'aprile del 1999.

Inquinamento elettromagnetico da elettrodotti

di Maria Rosaria Fumarola (*)

1. *Inquinamento elettromagnetico e la legge quadro del 22 febbraio 2001, n. 36.*

L'inquinamento elettromagnetico (1) è stato ritenuto dall'Organizzazione Mondiale della Sanità come una delle più gravi problematiche ambientali che continueranno a riguardare il pianeta nei prossimi anni.

(*) Avvocatura Distrettuale dello Stato di Firenze. L'articolo è già stato pubblicato in *Gazzetta Ambiente*, n. 2/2004, 59.

(1) La parola elettromagnetico è la terminologia usata dai fisici per spiegare un determinato fenomeno: l'elettromagnetismo. Il termine inquinamento indica una patologia che si ha nell'ambiente, un'alterazione dell'*habitat* naturale perché si rompe l'equilibrio. Questo è dovuto a diversi fattori tutti causati, però, dall'operare dell'uomo. Si parla di inquinamento elettromagnetico quando si è in presenza di campi elettromagnetici superiori a quelli del fondo naturale e in particolare ci si riferisce agli effetti generati dalle onde elettromagnetiche prodotte da determinate sorgenti artificiali e con certe caratteristiche. Di questa nuova problematica si parlò per la prima volta nel 1979; venne in rilievo casualmente in seguito ad una ricerca epidemiologica condotta dalla dottoressa Nancy Wertheimer, ricercatrice del dipartimento di Medicina preventiva dell'Università di Denver, Colorado. Lei stava svolgendo un'indagine epidemiologica, doveva studiare i casi di tutti i bambini e gli adolescenti morti di cancro a Denver dal 1950 al 1973. I tumori che riscontrava erano la leucemia, il linfoma e il tumore al cervello. La ricercatrice dopo aver ricostruito la storia clinica dei 344 soggetti e averne individuati altri 344 ai fini del controllo, non riusciva ad individuare il fattore di diversità tra le due categorie. La svolta fu casuale come spiega la stessa dottoressa «uscendo dalla casa dove era vissuto un bambino malato di cancro, notai un trasformatore di corrente a pochi metri di distanza e improvvisamente mi ricordai di aver visto oggetti simili vicino alle abitazioni dei casi» in *Onde Sospette*, L. CARRA, Ed. Riuniti, Roma, 1994, 11.

Da allora sono iniziate nei paesi industrializzati indagini epidemiologiche volte ad accertare l'esistenza di una possibile correlazione tra i campi elettrici, magnetici generati da elettrodotti e le forme di cancerogenesi. In Italia, l'inquinamento elettromagnetico è stato conosciuto in seguito alla protesta degli abitanti della Versilia preoccupati per l'impatto ambientale che sarebbe stato provocato dalla costruzione di una nuova linea elettrica di notevoli dimensioni diretta a collegare una parte della Liguria con la Toscana; inizialmente le argomentazioni addotte dai cittadini erano di tipo paesaggistico, ma poi un cittadino lesse un articolo nel quale si riferivano i risultati dell'indagine di Wertheimer e Leeper (il fisico che la affiancò nella ricerca), e così iniziò un procedimento civile preceduto dalla richiesta di sospendere la costruzione del nuovo elettrodotto. Il Pretore di Pietrasanta accolse la richiesta che fu poi revocata dal Tribunale di Lucca; la richiesta si fondava sulla lesione del diritto fondamentale alla salute riconosciuto e garantito dall'articolo 32 della Costituzione.

Il caso giurisprudenziale ebbe eco e numerose furono le richieste di ordinanze cautelari che sospendessero l'attivazione degli elettrodotti o la loro costruzione: iniziarono a costruirsi comitati di cittadini che chiedevano la protezione della salute dagli effetti provocati dagli impianti di produzione, trasporto e distribuzione dell'energia elettrica. L'aumentata preoccupazione spinse il governo ad emanare un decreto del 23 aprile 1992 nel quale si fissavano dei limiti di esposizione ai campi elettrici e magnetici generati dagli elettrodotti. Nei giorni successivi fu emanato un decreto, 27 aprile 1992, attuativo delle norme comunitarie sulla valutazione di impatto ambientale per gli elettrodotti di nuova costruzione. I limiti e le distanze stabilite nei decreti erano diretti a proteggere dagli effetti acuti dei campi elettrici e magnetici, ma non da quelli cronici; i primi sono quelli immediatamente percepibili dal soggetto, gli altri sono quelli che si manifestano in modo latente e solo a seguito di un'esposizione prolungata e sono, anche, quelli più pericolosi perché assumono forme tumorali. Già nei primi anni '90, la richiesta di protezione da parte dei cittadini indusse alcune Regioni quali il Veneto, l'Emilia Romagna, a emanare delle leggi regionali in materia; dal 1999 in poi molte Regioni hanno legiferato in merito. Si è arrivati, poi, dopo un lungo iter parlamentare all'approvazione della legge quadro del 22 febbraio 2001.

L'attenzione dell'opinione pubblica negli ultimi decenni è aumentata insieme ad una richiesta di intervento dei pubblici poteri. Intervento che è avvenuto con la legge n. 36 del 22 febbraio 2001, «legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici».

Il senatore F. Giovanelli, Presidente della Commissione Ambiente del Senato, ad un incontro antecedente l'emanazione della legge quadro, alla domanda sul perché l'Italia, prima di altri paesi dell'Unione Europea, avesse deciso di adottare una disciplina in merito (e per di più contenuta in una legge quadro), rispose che erano stati proprio i cittadini a chiederla.

Questa risposta è la migliore spiegazione che un legislatore possa dare quando è chiamato a motivare il suo agire ed è la prova evidente di quanto questo problema sia stato, come tuttora è, all'attenzione di una larga parte della popolazione.

Alla legge quadro è seguito il decreto legislativo 4 settembre 2002, n. 198 che, pur non riguardando direttamente la regolamentazione delle fonti elettromagnetiche, tocca questa tematica. L'atto normativo concerne, difatti, le modalità per la realizzazione di infrastrutture di telecomunicazioni definite strategiche per la modernizzazione e lo sviluppo del Paese, ma anche fonti di emissione dei campi elettromagnetici. Questo ultimo atto normativo dimostra come questa tematica sia interdisciplinare (coinvolge l'ingegneria, la medicina, le scienze sociali, la filosofia) e complessa in quanto ingloba in sé l'esigenza di trovare un punto di equilibrio tra diversi interessi: la tutela dell'ambiente e del paesaggio, la tutela della salute e la necessità di convivere con strumenti tecnologici rilevanti per lo sviluppo nazionale, ma anche fonte di danno.

Raggiungere un equilibrio tra il progresso e i valori salute e ambiente non è mai facile, ma in tema di inquinamento elettromagnetico lo è ancor meno, perché non vi è la certezza scientifica che l'esposizione ai campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici sia la causa dell'insorgenza di forme tumorali.

Da qui forti scontri all'interno della comunità scientifica, politica ed economica sul se intervenire e in che misura.

Alcuni temono gli effetti negativi alla salute e portano a sostegno di un'azione concreta i risultati di alcuni indagini epidemiologiche che evidenziano il nesso tra le sorgenti (questo in particolare per gli impianti che formano onde a bassa frequenza, come gli elettrodotti) e alcune forme tumorali.

Altri, invece, come i produttori di energia elettrica e delle apparecchiature elettriche, i gestori delle società di telecomunicazioni e del servizio ferroviario, rilevano che è irragionevole limitare lo svolgimento dell'attività imprenditoriali per l'emanazione di normative cautelari, senza la prova di un danno certo (2). A questi si devono sommare anche esigenze di tipo militare, visto che tra la strumentazione utilizzata ci sono i radar i quali rappresentano fonte di inquinamento elettromagnetico.

(2) Al Convegno «Ambiente e Diritto» svoltosi a Firenze nei giorni 11 e 12 giugno 1998 la dottoressa M. TALLACHINI ha presentato uno studio dettagliato e completo sul rapporto che dovrebbe correre tra la scienza e il diritto e sui canoni che il diritto dovrebbe seguire in presenza

Con la legge quadro n. 36 del 22 febbraio 2001 il legislatore italiano ha fatto una scelta: tutelare le persone dalle esposizioni ai campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici, e al tempo stesso evitare di eliminare o rendere difficile l'uso di strumenti importanti per lo sviluppo del paese.

Ciò trova conferma in alcune recenti pronunce della Corte Costituzionale (sent. del 7 ottobre 2003, n. 307 e sent. del 7 ottobre 2003, n. 308) la quale, nella sentenza n. 307/03, ha esplicitato che «la fissazione dei valori-soglia rappresenta il punto di equilibrio fra le esigenze contrapposte di evitare al massimo l'impatto delle emissioni elettromagnetiche, e di realizzare impianti necessari al paese».

La legge quadro n. 36/2001 è una legge importante perché, come dall'articolo 1, «ha lo scopo di dettare i principi fondamentali», in materia di inquinamento elettromagnetico. Questa normativa è sì una delle colonne fondanti di una disciplina di azione, ma non si può confidare sulla mera applicazione di questa legge per considerare risolto nel nostro paese il problema dell'inquinamento elettromagnetico. La stessa struttura di legge quadro dimostra come il legislatore abbia voluto fare una legge che costituisca un impianto per successivi interventi che necessariamente dovranno esserci.

Questa è legge di principio, ma altre leggi saranno necessarie sia per disciplinare aspetti citati, ma non approfonditi nella legge quadro n. 36/2003 (come l'aspetto informativo e quello educativo) sia per intervenire là dove è preferibile la ponderazione del legislatore a quella dell'amministratore.

di incertezze scientifiche, *Diritto per la natura*, in *Ambiente e diritto*, S. GRASSI, M. CECCHETTI, Firenze 1999, 73. La relatrice afferma che il sapere incerto non può essere considerato luogo dove tutte le ipotesi si equivalgono lasciando l'ignoranza in una condizione di non argomentabilità; evitare di affrontare il discorso significa adagiarsi ad un atteggiamento di ripiegamento e di difesa che sembra chiudere uno sguardo indagatore sul futuro. Il diritto non può esimersi dall'intervenire essendo finalizzato a regolamentare i rapporti tra gli uomini come a garantire i loro diritti fondamentali. In situazioni di incertezza scientifica è chiamato a svolgere un ruolo attivo. L'incertezza che c'è e che difficilmente da qui a poco tempo può mutarsi in certezza non giustifica una rinuncia da parte del diritto ad intervenire, invece, «acquista una connotazione normativa nel senso che l'ignoranza dei fenomeni naturali che la determina non rimane una constatazione inerte, ma diviene una consapevolezza attiva sulla via da seguire. Tale condizione deve, cioè, determinare l'adozione di un atteggiamento prudentiale, di un dovere di cautela e di prevenzione perché nell'intervenire il diritto opererà necessariamente una scelta tra le diverse opinioni scientifiche scioglierà il nodo non districato dalla scienza» (M. TALLACHINI).

Il problema diventa allora, quello di comprendere in che modo l'operatore del diritto dovrà agire per garantire che le scelte fatte siano consapevoli e dotate di una loro scientificità. A suo parere si tratta di adottare il metodo scientifico nel diritto: il diritto, assiologicamente non neutrale, deve scegliere tra giudizi scientifici non neutrali, e nel fare ciò deve giustificare nel modo più scientifico e neutrale. La ricerca scientifica nel suo operare deve mettere in risalto i valori seguiti, catalogarli, chiarirli e motivarli nelle procedure scientifiche; allo stesso modo il diritto quando disciplina una situazione di incertezza scientifica deve esplicitare i criteri che lo hanno portato a fare una determinata scelta e deve illustrare questi usando le migliori procedure scientifiche. Quello che si evince è l'osmosi che ci deve essere tra diritto e scienza, dove la scienza deve essere la base su cui il diritto fonda le sue decisioni e per questo a lei spetta il compito di fornire al diritto i più adeguati criteri di valutazioni delle proposizioni scientifiche. Al diritto, però, compete esplicitare i criteri di valutazione e i valori disponendoli nella scala gerarchica e la scienza deve conseguentemente adeguare ai valori del diritto quelli dei suoi giudizi.

In una situazione di incertezza scientifica, di continue evoluzioni della tecnologia, di rapidi cambiamenti sociali ed economici, è necessario anche un continuo aggiornamento e non si può pensare di garantirlo solo con lo strumento legislativo; bisognerà ricorrere agli atti secondari, i quali dovranno avere come fonte di legittimazione la legge n. 36/2003 e le altre leggi che eventualmente verranno adottate.

Ai decreti è riservato il compito di operare sugli aspetti pratici e contingenti. In tal senso sono da segnalare il decreto del Presidente del Consiglio del 23 febbraio 2003 «Fissazione dei limiti di esposizione, dei valori di attenzione e degli obiettivi di qualità per la protezione dell'ambiente e della popolazione dalle esposizioni ai campi elettrici e magnetici alla frequenza di rete (50 Hz) generati dagli elettrodotti» e il decreto del Presidente del Consiglio «Fissazione dei limiti di esposizione, dei valori di attenzione e degli obiettivi di qualità per la protezione dell'ambiente e della popolazione dalle esposizioni ai campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici generati a frequenze comprese tra 100 kHz e 300 GHz». Questi decreti pubblicati a distanza di circa due anni dal termine previsto nella legge n. 36 del 2001, e riguardanti i limiti di esposizione, e gli obiettivi di qualità per la protezione della popolazione dalle esposizioni, richiederebbero un costante aggiornamento, affinché non sia vanificata la funzione degli atti secondari di fondarsi sulle conoscenze scientifiche attuali e di recepire le innovazioni tecnologiche.

Decisivo risulta anche l'apporto della magistratura civile, penale e amministrativa chiamata su piani diversi a rispondere alle istanze dei cittadini e a dare soluzioni concrete a problemi specifici.

Questa materia richiede, anche, apporti integrativi e successivi da parte del legislatore e dell'amministratore e valutazioni contingenti da parte del giudice. Tali soggetti, proprio per l'importanza e la complessità della tematica, nell'adozione delle loro decisioni, dovranno essere guidati dai principi e dai valori presenti nel nostro ordinamento; l'applicazione pratica dovrà essere orientata da vie già segnate.

Prima saranno analizzate le norme costituzionali direttamente riferibili alla problematica dell'inquinamento elettromagnetico⁽³⁾, salute ed energia, nella seconda parte si individueranno i principi applicabili in questa tematica, quali ulteriori vie guida per gli operatori del diritto.

(3) Comunemente quando si parla di inquinamento elettromagnetico ci si riferisce agli effetti prodotti dalle onde elettromagnetiche ricomprese nella frequenza di 300 GHz, e prodotte da sorgenti artificiali quali telefoni cellulari, apparecchi di telecomunicazioni, elettrodomestici, linee elettriche. Nell'affrontare questa problematica è necessario, però, operare una distinzione rispetto al tipo di frequenze che originano tale specie di inquinamento. La fisica sanitaria divide lo spettro in due parti: le alte frequenze e le basse frequenze.

Le onde che caratterizzano la parte dello spettro elettromagnetico a bassa frequenza sono ricomprese tra 3 Hz e 300 Hz; la lunghezza d'onda è inversamente proporzionale alla frequenza, ed è compresa tra 100.000 Km e i 1000 Km. Le sorgenti artificiali sono gli apparecchi elettrici funzionanti a 50 Hz in campo industriale, domestico e la produzione, trasformazione e distribuzione dell'energia, ossia gli elettrodotti. L'intensità del campo determinato dall'elettrodotto dipende dall'entità delle correnti che circolano nei conduttori, dalla distanza dalla linea, dall'altezza e della disposizione dei conduttori e nelle linee con più terne dall'ordine delle fasi. Le ricer-

2. Inquinamento elettromagnetico e valori costituzionali.

La Costituzione non può che essere una bussola fondamentale per il legislatore e per gli operatori del diritto ogni qual volta si intrecciano tra loro esigenze primarie per la collettività. E l'inquinamento elettromagnetico da elettrodotti è un problema che coinvolge il rispetto e il coordinamento di valori tutelati nella nostra Costituzione, in particolare il diritto alla salute, riconosciuto e tutelato dall'art. 32 Cost. e il bene energia previsto dall'art. 43 Cost.

2.1. Articolo 32 della Costituzione, diritto alla salute: integrità psico-fisica e ambiente salubre.

L'art. 32 al I comma enuncia che la «*la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività*». La salute quale diritto fondamentale dell'individuo (4), è un diritto primario ed assoluto direttamente tutelato dalla Costituzione.» (5) (6)

Questo non significa che possa essere perfettamente conseguito o tutelato semplicemente con una norma costituzionale come l'art. 32 della nostra Costituzione; nella nostra società si originano situazioni nuove che possano ledere il diritto alla salute e di conseguenza viene richiesto un sollecito e costante intervento delle istituzioni a carattere sia preventivo che successivo. Il legislatore deve valutare e filtrare le situazioni di pericolo per la salute,

che epidemiologiche sugli effetti degli elettrodotti sulla salute umana sono pervenute a risultati più certi rispetto agli effetti provocati da sorgenti di campi elettromagnetici ad alta frequenza, comunque, anche in questo settore non si è giunti a nessun risultato definitivo. Gli effetti sanitari sono distinti in acuti e cronici. Quelli acuti sono direttamente percepibili in seguito ad un'esposizione e in relazione a questi gli studi scientifici hanno raggiunto uniformità di vedute e sono provocati dall'effetto di riscaldamento del corpo umano. Quelli cronici, anche detti a lungo termine, sono in maggioranza forme di cancerogeni, neoplasie mammarie, neoplasie infantili, tumori al cervello; in particolare si ritiene che esista una correlazione tra gli elettrodotti e le leucemie infantili. In tal senso BEVITORI P., *Inquinamento elettromagnetico: aspetti tecnici, sanitari e normativi*, Maggioli, Rimini, 1998, 70 ss.

Le alte frequenze sono le onde ricomprese in una banda di frequenza che va da 300 MHz a 300 GHz, definite più frequentemente radiofrequenze RF e microonde MW. Le sorgenti tipiche sono impianti di: telefonia mobile, diffusione radio tv, radar, satellitari, radio amatori, ponti radio. Il campo elettromagnetico prodotto ha la proprietà di propagarsi a distanze molto grandi dalla sorgente che lo ha generato ed è, infatti, su questa proprietà che si basa tutto il sistema delle telecomunicazioni e relative tecnologie. Differentemente dalle conoscenze scientifiche acquisite sugli effetti prodotti dalle basse frequenze per queste non si sono raggiunti ancora dati abbastanza certi. In relazione al tipo di frequenza delle onde diversi sono, quindi, gli effetti e anche le conoscenze scientifiche raggiunte. In queste pagine per esigenza di sintesi l'esposizione farà riferimento al solo fenomeno dell'inquinamento elettromagnetico da elettrodotti. Ciò non esclude che, data la finalità del presente lavoro, alcune osservazioni siano valide per qualsiasi forma di inquinamento elettromagnetico.

(4) La salute in quanto diritto fondamentale è inalienabile, intransmissibile, indisponibile e irrinunciabile, caratteristiche queste che evidenziano l'impossibilità di porla in secondo piano.

(5) B. CARAVITA di TORITTO, *Costituzione, principi costituzionali e tecniche di normazione per la tutela dell'Ambiente*, in *Ambiente e diritto*, di S. GRASSI, M. CECCHETTI, Firenze, 1999.

(6) La norma di cui all'art. 32 Cost. va ritenuta, quindi, precettiva e direttamente applicabile, con la conseguenza che il diritto alla salute è direttamente azionabile davanti all'autorità giudiziaria secondo quanto affermato da M. LUCIANI, *Il diritto alla propria integrità psico-fisica*, in *Voce Salute, Enciclopedia Giuridica*, Torino, XXIV, 5.

dopodiché intervenire disciplinandole e dando alle persone la possibilità di fronteggiarle; la pubblica amministrazione dal canto suo deve prestare un servizio di informazione e d'azione concreta per tutelare l'individuo e la collettività. Tali compiti la P.A. e il legislatore non li svolgono solo quando intervengono direttamente sulla tematica della salute, ma anche in tutte quelle vicende dove il bene è sfiorato.

Numerose sono le situazioni in cui la P.A. agendo si trova a porre in essere atti che ricadono sulla salute o a svolgere procedimenti contigui a quest'aspetto. Il legislatore, per la generalità delle tematiche su cui interviene, indirettamente può incidere sul «bene salute».

L'articolo 32 Cost. definisce la salute non solo *interesse dell'individuo*, ma anche della *collettività* e questo comporta che la norma non garantisce il diritto solo da un punto di vista del singolo, ma richiede un comportamento attivo da parte dei soggetti governanti i quali devono attivarsi e per evitare la compromissione di questo bene e per promuoverlo nella sua totalità.

Lo Stato è chiamato a spiegare un ruolo di intervento diretto per far sì che la collettività non subisca dei pregiudizi alla salute e che possa vivere in uno stato di benessere. Di qui l'esistenza di un sistema sanitario, ma anche la predisposizione di misure a carattere generale che garantiscano condizioni di sanità.

A ciò deve aggiungersi che l'espressione salute (7) inizialmente intesa come diritto dell'individuo *all'integrità psico-fisica* (8), a partire dagli anni settanta (9) si è arricchita di un ulteriore significato: il diritto ad un *ambiente salubre*.

(7) Vedi anche voce *Salute*, dal latino *salus*, -*salutis*= salute, incolumità, integrità, soprattutto come stato di benessere, di tranquillità, d'integrità individuale o collettiva; stato di benessere fisico e di armonico equilibrio psichico dell'organismo umano, in quanto esente da malattia, imperfezioni e disturbi organici o funzionali; in *Vocabolario della Lingua Italiana*, Istituto Enciclopedia Italiana, Treccani, Roma, 1994.

(8) Per Integrità psico-fisica ci si riferisce non solo ad uno stato di benessere fisico, ma anche mentale. Nella nostra Costituzione la persona è intesa come qualcosa «*di assolutamente unico e non separabile, composto di corpo e mente*». Quest'accezione della salute è quella che l'ordinamento ha garantito fin dall'inizio e in modo costante. L'integrità psico-fisica è *diritto negativo* e *diritto soggettivo perfetto*. Diritto negativo perché è la pretesa a che i terzi si astengano da qualunque comportamento pregiudicante la salute, sia nei rapporti di diritto pubblico che di diritto privato. Diritto soggettivo perfetto perché esiste anche in assenza dell'intervento del legislatore o della Pubblica Amministrazione. Il bene protetto dalla norma non ha bisogno dell'intervento del legislatore per ottenere una forma di tutela (M. LUCIANI, *Il diritto alla salute come diritto fondamentale*, in Voce *Salute*, *op. cit.*, 2).

(9) Negli anni '70 era stata sentita la necessità di tutelare l'ambiente circostante, ma nella nostra costituzione manca una norma che riconosca l'ambiente in sé come bene da tutelare o valore da preservare.

I giuristi hanno cercato di trovare un fondamento normativo a tal esigenza e la loro attenzione si è posta inevitabilmente sull'art. 9 della costituzione che tutela il paesaggio e i beni architettonici. Questa norma pur estendendola non è in grado da sola di ricomprendere le multiformi sfaccettature dell'ambiente e soprattutto non è idonea a fondare il diritto all'ambiente quale diritto fondamentale dei singoli.

L'ambiente, pur inteso in senso unitario, viene protetto tramite la salvaguardia di tre importanti valori della moderna società: la tutela delle bellezze paesaggistiche e naturali e dei beni culturali, l'impatto e la produttività e la salubrità dell'ambiente in cui viviamo. (10) Il referente normativo di quest'ultimo valore è stato individuato nell'art. 32 della Costituzione. (11)

La cultura contemporanea concepisce la salute non solo come una situazione psico-fisica dell'individuo, ma anche come uno stato di benessere con l'esterno (12).

Il diritto all'ambiente salubre è, quindi, una forma del diritto alla salute, è il diritto dell'individuo a vivere in un *habitat* sano a cui corrisponde il dovere di rispettarlo per conservarlo e di migliorarlo per raggiungere una maggiore qualità della vita. (13) L'esistenza di un ambiente salubre dipende dall'uomo che spesso nell'applicare nuove tecnologie altera gli equilibri ambientali, immette sostanze o usa strumenti che provocano effetti negativi alla stessa salute dell'individuo. (14)

In via pretoria e da parte della dottrina (M. LUCIANI, *Il diritto all'ambiente salubre*, voce *Salute*, *op. cit.*, 7; A. CORASSANITI, *La tutela degli interessi diffusi davanti al giudice ordinario*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1978, 180) è stato utilizzato l'art. 32 collegato all'art. 9 Cost. per fondare il diritto all'ambiente salubre «*come condizione e garanzia di effettività dello stesso diritto alla salute*»; l'ambiente non è inteso in senso onnicomprensivo, ma in relazione ad un suo particolare aspetto quello di essere l'ambiente di vita dell'uomo.

(10) G. CAMERA, *Rapporto tra danno ambientale e danno biologico*, in *Rassegna Amministrativa della Sanità*, 1997, 118.

(11) La differenza tra la protezione all'ambiente ottenibile dall'art. 9 della Cost. e quella, invece, data dall'art. 32 è nel diverso modo di considerare l'ambiente; il primo lo considera come paesaggio, ambiente naturale, sistema ecologico, quindi «il bene ambiente» dell'art. 9 è inteso in senso generale, *habitat* naturale, la cui protezione è un interesse qualificabile della collettività. Quello, invece, a cui si appresta una protezione con l'art. 32 della Cost. è l'ambiente dove vive l'uomo e la cui protezione è un interesse principalmente dell'individuo, è l'interesse a vivere in un ambiente salubre. L'art. 9 tutela la natura prescindendo dall'importanza e dall'utilità che tale tutela possa avere sull'uomo. L'art. 32 considera tutto ciò che è finalizzato a garantire la salute umana.

(12) La salute dell'individuo è condizionata dal mondo esterno in cui vive, si muove e lavora. La salute dell'uomo può subire danni dalla degradazione dell'ambiente e la tutela dell'ambiente comporta di norma la tutela della salute umana. Il mantenimento dello stato di salute dipende quindi anche dall'ambiente circostante. M. COMPORZI, *Tutela dell'ambiente e tutela della salute*, in *Rivista Giur. dell'Ambiente*, 1990, 192.

(13) G. CAMERA, *op. cit.* 118.

(14) M. LUCIANI, voce *Salute*, *op. cit.*, 6; nel progetto di riforma dell'art. 32 della Costituzione, si evidenzia che questo modo di percepire il diritto alla salute è comune anche al mondo istituzionale; infatti, la Commissione Bozzi prevedeva al I comma «*La Repubblica tutela la salute degli individui, anche mediante cure gratuite, e la salubrità degli ambienti di vita e di lavoro, come fondamentali diritti della persona umana e interesse della collettività*».

Anche la giurisprudenza ha sottolineato questo legame, fondando il diritto all'ambiente salubre come esplicitazione del diritto alla salute alla pari di quello all'integrità psico-fisica. La Cassazione, infatti, ha esteso il diritto alla salute, dell'art. 32 Cost., oltre i normali confini della tutela della vita e dell'incolumità fisica delle persone, fino a ricomprendervi la conservazione delle condizioni esterne alla persona stessa, perché considerate necessarie al suo benessere; ha così ricondotto il diritto all'ambiente salubre nel diritto alla salute. Nelle sentenza del 5 luglio 1979,

Tale visione potrebbe portare a tutelare l'ambiente salubre solo in presenza della prova di un effettivo danno alla salute subito dai privati, ma non bisogna dimenticarsi che oltre a essere un interesse dell'individuo, l'ambiente salubre è anche interesse della collettività perché è anche *res communis omnium* (15).

Al di là della titolarità soggettiva o collettiva di tale bene, il problema è l'individuazione dei caratteri che un evento deve avere per essere considerato lesivo del diritto alla salute inteso come diritto all'ambiente salubre. Ciò non è impossibile, ma si presenta di difficile realizzazione perché non è semplice conoscere le cause vere e proprie degli eventi o attribuire le mutate condizioni ambientali a fattori specifici.

Il legislatore, allora, più che muoversi in una classificazione degli eventi come cause o come cambiamenti all'ambiente, dovrebbe cercare di definire i rapporti tra il diritto all'ambiente salubre e gli altri diritti fondamentali e i valori sociali potenzialmente concorrenti evitando la «*crystallizzazione di omogenei e duraturi modelli di comparazione degli interessi*» (16) perché vi sono diversità morfologiche e di sviluppo economico tra le varie regioni del territorio italiano e perché l'equilibrio tra gli interessi raggiunto in un determinato momento potrebbe risultare non accettabile in un altro.

Di conseguenza diventa rilevante il ruolo dell'amministrazione pubblica, perché sono i suoi apparati nelle situazioni concrete a confrontare i divergenti bisogni (di sviluppo economico, assetto del territorio, di tutela della salute, di prevenzione dell'inquinamento) individuando l'ordine di precedenza per la loro soddisfazione.

n. 3819 e del 6 ottobre 1979, n. 5172 la Suprema Corte ha affermato che la tutela giuridica «*non si limita all'incolumità fisica dell'uomo supposto immobile nell'isolamento della sua abitazione, ma si estende alla vita associata dell'uomo nei luoghi delle varie aggregazioni nelle quali questa si articola e, in ragione della sua effettività, alla preservazione, in quei luoghi, delle condizioni indispensabili o anche soltanto propizie alla sua salute*». Cass., SS.UU., del 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Giur. it.*, I, 1, 1980, 464.

(15) Considerare l'ambiente salubre interesse della collettività ha portato confusione nello stabilire il regime giuridico dell'ambiente salubre, sotto il profilo in particolare del diritto di difesa. Alcuni hanno ritenuto che si possa esercitare solo un'azione di tipo collettivo perché l'interesse bene-ambiente è un interesse diffuso o collettivo; in senso contrario è quella parte della dottrina e della giurisprudenza che, partendo dalla constatazione che questo è un diritto anche del singolo, anzi un «*naturale prolungamento del diritto all'integrità psico-fisica*», conclude nell'affermare l'identità del regime giuridico dell'art. 32 Cost. cioè l'esistenza di un parallelo diritto soggettivo di difesa sia per l'integrità psico-fisica che per l'ambiente salubre (M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute* in *Dir. Soc.*, 1980, 809). Ciò si spiega perché in questo contesto il termine ambiente è inteso in una dimensione soggettiva, è derivato dal diritto del singolo alla salute, è esso stesso un diritto soggettivo di natura personalissima perciò la protezione giudiziale dell'ambiente si ha con l'esercizio dell'azione individuale, ma questo non deve far escludere la necessità di potenziare anche le forme di azione collettiva. La protezione dell'ambiente salubre è insoddisfacente se si limita a quella promossa dal singolo, allo stesso modo di una tutela che si arresti solo al profilo della difesa.

(16) M. LUCIANI, *op. cit.*, 810;

Naturalmente è il legislatore, quale rappresentante dei cittadini, che deve indicare le linee guida, i principi a cui poi l'amministrazione deve attersi. La sinergia tra gli organi istituzionali consentirà di attuare un'appropriata protezione dell'ambiente salubre.

2.2. *Salute ed elettrodotti.*

Precisato il valore che l'art. 32 Cost. assume nel nostro ordinamento è opportuno verificare la portata di questa norma nel dibattito sull'inquinamento elettromagnetico.

Premessa necessaria non può che essere la constatazione che ancora non ci sono risultati scientifici certi sul legame tra i CEM prodotti dagli impianti elettrici e le malattie ritenute ad essi collegati. Le patologie sospettate non sono però di lieve entità e anche questo è un punto da dover considerare nella riflessione sul come e quando intervenire. Si tratta di forme tumorali, quali leucemie, tumori al sistema cerebrale, oltre poi ad altre forme di affezioni quali l'alterazione del sistema metabolico.

L'art 32 della Cost. riconosce quale diritto fondamentale la salute che deve essere garantita anche tramite l'apporto delle istituzioni. Una protezione dai CEM trova, allora, fondamento in questo articolo e a ben vedere si tratta di una copertura poderosa. Non a caso l'art. 32 Cost. è stato subito invocato da parte dei ricorrenti nelle cause sugli elettrodotti come termine di riferimento per ottenere dei provvedimenti che consentissero la cessazione dell'esercizio elettrico o la non attivazione dei nuovi impianti. (17)

Gli effetti negativi possono riguardare non solo i singoli, ma anche la collettività a causa della propagazione di questi entro un determinato raggio, che comunque non ha notevole estensione. La creazione del campo magnetico, inoltre, può essere vista come elemento di alterazione delle normali condizioni ambientali in cui l'uomo vive, che incide sulla salubrità dell'ambiente perché origina una zona ad alto rischio per la qualità della vita e può comportare direttamente sui soggetti patologie e lesioni.

Tali osservazioni dimostrano come sia facile ricondurre la tutela dai CEM sia al diritto all'integrità fisica che a quello all'ambiente salubre.

L'integrità psico-fisica può essere lesa quando il soggetto riporta delle lesioni, o è colpito da malattie che alterano il suo equilibrio fisico e alcune volte ne possono causare la morte.

Alcune cause sono state intentate per gli effetti che gli elettrodotti hanno causato alla salute umana dei soggetti residenti in prossimità delle linee elet-

(17) Solitamente l'uomo ha considerato gli effetti negativi di alcune sostanze inquinanti sulla propria salute, ma solo successivamente all'emersione del problema a livello ambientale; in questa tematica, invece, fin dall'inizio quello che è risaltato all'attenzione dell'opinione pubblica è stato il *danno alla salute*. Questo si spiega perché alcune ricerche, iniziate nei primi anni 70, hanno rilevato patologie di notevole gravità tra le quali forme di cancerogenesi in prossimità degli elettrodotti; da allora è stato ipotizzato un nesso di causalità tra gli elettrodotti e danni alla salute umana. Di fronte alla possibilità di tali malattie i soggetti si sono mossi per vedere tutelato quello che è un diritto fondamentale e costituzionalmente garantito.

triche aeree. Uno di questi è stato quello svoltosi presso la Pretura di Rimini e che si è concluso in primo grado con la condanna dei dirigenti ENEL, per lesioni colpose. In altri procedimenti si sono posti all'attenzione dell'organo giudicante gli effetti che alcune persone ritenevano causati dagli impianti. Molte volte, però, i ricorrenti si sono limitati a esibire i risultati di alcune ricerche epidemiologiche, data la difficoltà di stabilire con certezza la dipendenza diretta di patologie dagli elettrodotti.

La protezione della salute umana da tali campi non è detto che si potrebbe avere solo in caso di effetti fisici, perché, stando alla portata della norma, l'integrità psico-fisica è parimenti una situazione di benessere mentale e anche questa può essere lesa da questa forma di inquinamento.

La salute è uno stato di equilibrio anche psichico, l'allarmismo può provocare una paura generale che spinge gli individui a vivere nel terrore di contrarre qualche malattia.

I mezzi d'informazione hanno per un certo periodo bombardato la popolazione di bollettini medici gravi creando angoscia e ansia. Certamente chi vive vicino agli impianti non si sente tranquillo e questo incide sul suo benessere; è pure vero, però, che non si può usare la norma costituzionale allargandola fino a comprometterne il giusto utilizzo. Si tratta di usare la norma secondo i canoni della ragionevolezza.

Appare, invece, sicuramente opportuna una disciplina dai CEM che sia costruita sul rispetto del diritto all'ambiente salubre.

L'ambiente nel quale l'uomo vive e opera non può costituire una minaccia, ma deve essere il più possibile idoneo a permettere un'esistenza sana, minacciata il meno possibile dagli inquinanti. I soggetti, in quanto titolari di un diritto all'ambiente salubre, potranno agire davanti al giudice per ottenere la tutela e il rispetto dell'ambiente in cui vivono, soprattutto potrebbero invocare l'art. 32 della Costituzione per legittimare le richieste di spostamento delle linee dell'alta tensione dalle zone residenziali e in particolare da luoghi in cui sorgono strutture ricreative e per l'infanzia.

In un procedimento civile ancora in sede cautelare è stato invocato proprio il rispetto di questo articolo per chiedere la sospensione dell'esercizio di un impianto dell'alta tensione prossimo ad una zona residenziale. Ancora, il T.A.R. del Veneto, alla luce del disposto costituzionale, ha accolto la richiesta di un gruppo di genitori di annullare un provvedimento comunale che trasferiva una scuola elementare in un edificio vicino ad un elettrodotto.

Gli elettrodotti, in quanto mezzi capaci di provocare alterazioni dei valori di induzione magnetica o di elettricità presente nell'ambiente circostante, devono essere controllati e disciplinati e qualora si accerti che gli impianti possano provocare effetti indesiderati si devono adottare soluzioni che consentano la tutela del diritto ad un ambiente salubre. Per fare questo è chiaro che non è sufficiente la precettività dell'art 32.

Accanto alla possibilità di una tutela azionabile da parte del singolo, c'è anche la possibilità di un intervento degli enti di governo. La salute è un interesse collettivo e il compito dello Stato è garantire condizioni di vita ottimali. Questo dovere trova un'esplicazione normativa nella legge n. 833 del 1979

che stabilisce tra i fini dello Stato, in ambito sanitario, quello di garantire condizioni di salute uniformi su tutto il territorio nazionale e per questo è previsto che siano fissati limiti di emissioni di fumi gas, ed altro. La citata norma altro non è che una previsione puntuale di uno dei modi in cui gli enti di governo possono intervenire.

Il legislatore della legge quadro ha previsto all'art. 4 che decreti governativi fissino limiti di emissione e determinino i valori di attenzione e gli obiettivi di qualità.

La stessa scelta di fissare dei valori su scala nazionale indica la necessità di garantire condizioni di salute uniformi. Pertanto l'articolo 4 della legge n. 36/2001 è rispondente alla legge n. 833 del 1979, ma è, prima di tutto, l'emanazione naturale di un diritto riconosciuto e tutelato nel nostro testo costituzionale: il diritto alla salute.

La tutela del diritto alla salute è, infatti, uno degli scopi fondamentali della legge quadro che proprio come prima finalità indica quella di *assicurare la tutela dei lavoratori, delle lavoratrici e della popolazione dagli effetti dell'esposizione a determinati livelli di campi, ai sensi e nel rispetto dell'articolo 32 della Costituzione* (articolo 1 legge quadro n. 36/2001).

Molte disposizioni del testo legislativo sono costruite per la tutela della salute e dell'ambiente salubre. Queste richiamano i vari aspetti in cui si dovrebbe articolare un'azione di tutela della salute: si prevedono fasce di rispetto per gli elettrodotti e il divieto all'interno delle stesse di edifici destinati ad uso residenziale, scolastico, sanitario; nonché la promozione di attività di ricerca e di sperimentazione scientifica e l'adozione di un programma pluriennale di ricerca epidemiologica e di cancerogenesi sperimentale, per approfondire i rischi connessi all'esposizione a campi elettromagnetici a bassa ed alta frequenza.

La sperimentazione e la ricerca diventano importanti per determinare divieti efficaci e ragionevoli. A tal fine è importante è lo studio anche a lungo termine di tutta la problematica.

La soluzione che si adotta non può essere una e soprattutto questa non può essere drastica, unidirezionale; più che mai qui si avverte la necessità di cercare un punto di equilibrio tra la necessità della tutela della salute dagli effetti provocati dagli impianti di trasmissione e distribuzione di energia elettrica, (ancora non accertati), e altri valori sociali come lo sviluppo economico, la produzione, peraltro previsti in Costituzione.

2.3. Articolo 43: l'energia nella Costituzione italiana.

Altra norma costituzionale, nella problematica sull'inquinamento elettromagnetico, è l'art. 43 della Costituzione che ha ad oggetto tra gli altri l'energia vista sotto il profilo produttivo; infatti, non a caso si trova inserita nell'articolo concernente i rapporti tra l'attività economica privata e quella pubblica. La definizione di tale rapporto è fondamentale in una costituzione garantista come la nostra. Le imprese considerate nell'art. 43, ovvero quelle su cui lo Stato può riservarsi la titolarità, sono solo quelle che hanno mag-

giore importanza nel processo sociale di produzione e di distribuzione di beni e di servizi. L'importanza riconosciuta dal nostro ordinamento all'energia si evidenzia:

dalla collocazione di questa tra quella categoria di imprese previste dall'art. 43;

dal fatto che le imprese che si riferiscono a fonti di energie sono le sole che lo stesso articolo identifica sulla base dell'ambito materiale, invece che sulla scorta della loro posizione nel mercato o della loro generica importanza per la collettività;

dalla portata del disposto costituzionale perché riguardando tutte le imprese che direttamente o indirettamente si riferiscono a fonti di energia, l'articolo vuole sottintendere l'importanza del settore-energia nella vita economica; (18)

dal fatto che è considerata nella parte sostanziale della nostra Costituzione e non in quella organizzativa, cioè in quella parte che i costituzionalisti ritengono non modificabile.

Nella nostra Costituzione non c'è un articolo che si occupi direttamente della produzione e distribuzione di energia e del rapporto fra questa ed altri interessi costituzionalmente protetti.

L'energia è, però, un elemento necessario dell'attività economica e un fattore decisivo per lo sviluppo economico di un paese, quindi i principi costituzionali che si riferiscono a tale materia non possono che essere quelli più generali del sistema economico e quelli che governano la disciplina della produzione economica. (19)

La Costituzione italiana, diversamente da altre, non prevede principi esclusivamente economici in grado di far individuare una Costituzione economica distinta da quella politica e ispirata ad una propria logica. La nostra carta costituzionale nel trattare gli aspetti economici lo fa sotto la prospettiva della funzionalizzazione dell'economia ai valori sociali e alla persona. La disciplina economica non è finalizzata alla massimizzazione della produzione o al raggiungimento di un benessere economico svincolato dal valore della persona. L'art 3 Cost. parla di eguaglianza in senso sostanziale, «del compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale» perché obiettivo è «il pieno sviluppo della persona» e la partecipazione alla vita politica, economica e sociale del paese.

Gli stessi articoli dedicati all'economia pongono chiaramente in risalto la necessità che l'attività economica non possa svolgersi «*in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*» e che questa sia svolta sempre in vista di «*un'utilità sociale*» (art. 41 Cost.) e siano comunque garantiti i «*fini di utilità generale*» (art. 43 Cost.).

(18) M. LUCIANI, *Localizzazione delle centrali elettriche*, in *Riv. Giur. dell'Ambiente*, 1990, 164.

(19) M. LUCIANI, *Localizzazione delle centrali elettriche*, *op. cit.*, 169.

La legge può stabilire «i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali».

Come si evince dal testo costituzionale l'attività economica non è garantita di per se stessa, ma è vista come mezzo per realizzare l'individuo ed eliminare le disuguaglianze sociali. Questo comporta che lo stato possa intervenire al fine di coordinarla e orientarla verso altri scopi. Tra questi certamente ci sono la tutela dell'ambiente e della salute.

Bisogna sottolineare, infatti, che la produzione energetica non è un campo esente da discipline di tutela dell'ambiente: dettagliate normative tutelano i beni ambientali da aggressioni arrecabili da questa. Nella legislazione antinquinamento ci sono, poi, elementi di contatto tra l'energia e l'ambiente dal punto di vista sanitario, anche se oggi tali norme non appaiono più soddisfacenti perché incidono solo nel momento successivo alla realizzazione dell'impianto, mentre certi valori, quali quelli naturali, rischiano di restare compromessi per il solo fatto dell'esecuzione dell'opera. (20)

Sono, inoltre, previsti limiti e *standard* diretti a consentire all'ecosistema di sopportare l'impatto prodotto dall'attività energetica. Questi sono anche determinati tenendo conto dei costi che, dal punto di vista tecnico-economico, l'operatore può sopportare in un mercato libero come il nostro. (21)

Tali richiami non devono, però, far concludere per un'aprioristica subordinazione dell'attività economica, perché lo sviluppo della persona, l'inserimento alla vita del paese può essere realizzata con l'apporto determinante della produzione. La crescita sociale, il superamento delle disuguaglianze di fatto sono possibili solo se si assicura lo sviluppo economico che così finisce per trovare nella Costituzione italiana una garanzia anche se indiretta.

Queste stesse osservazioni valgono per l'energia che è preconditione materiale della produzione economica; senza questa non solo nelle industrie non potrebbero compiersi i cicli produttivi, ma la vita delle persone sarebbe completamente diversa, visto l'uso indispensabile che viene fatto di tale fonte. La rilevanza di questa, allora, non può essere offuscata da giudizi non ponderati miranti a ridurre l'uso anche in situazioni di non necessità.

2.4. I termini del problema.

L'esame delle due norme (art. 32 Cost. e art. 43 Cost.) evidenzia come nel nostro ordinamento il valore salute, inteso in senso ampio, e l'energia siano importanti per garantire giuste condizioni di vita; entrambe mirano a questo scopo, ma lo fanno secondo prospettive diverse, per non dire opposte.

La *salute* è fondamentale nella vita dell'individuo e questa non deve essere solo garantita con la cura, ma anche con la prevenzione.

(20) G. GENTILE, P. SCARPITTI, *Ambiente ed energia: una convivenza difficile*, in *Rassegna Giuridica dell'Energia*, 1987, 870.

(21) G. GENTILE, P. SCARPITTI, *Le autonomie locali tra ambiente ed energia*, in *Sanità Pubblica*, 1992, 1002.

L'energia è condizione per lo sviluppo che consente all'individuo di vivere in condizioni sempre migliori rispetto al passato, ma contemporaneamente comporta dei rischi, alcuni dei quali dannosi alla salute e all'ambiente di vita, e le conseguenze negative dell'uso dei ritrovati della tecnica molte volte si manifestano a distanza di lunghi periodi di tempo.

Sia la salute che l'energia sono aspetti tutelati dalla costituzione; importante è individuare il rapporto tra la salute, l'ambiente e quello contrapposto dell'attività economica, in specie di quella energetica. Per definire i termini del rapporto è necessario cogliere quelli che sono i diversi interessi sottesi per poi tentare di individuare le vie percorribili per una loro composizione, aspetto affrontato successivamente.

La realizzazione delle centrali elettriche è da tempo un risultato difficile da ottenere perché facilmente si incontra l'opposizione delle popolazioni a vedere installate nei propri territori impianti giudicati lesivi dell'ambiente e oggi anche della salute. Questo atteggiamento è stato potenziato dalle ricerche relative agli effetti dannosi dei CEM prodotti dagli elettrodotti; si assiste così ad un'opposizione che si è allargata anche agli impianti di distribuzione e trasformazione di energia.

Mentre in presenza di attività di produzione industriali anche nocive e pericolose è più facile ottenere il consenso, qui la mancanza di alti vantaggi occupazionali nel lungo-medio periodo porta la collettività a prestare maggiore attenzione per l'impatto sul paesaggio e oggi anche sulla salute.

È incontestabile che non possa prodursi energia senza indurre una qualche modificazione nell'ambiente circostante, come è *inevitabile la centralità dell'energia* per lo sviluppo di un paese. L'energia non è solo il risultato di un ciclo produttivo, ma anche un fattore di produzione e questo molte volte viene dimenticato. La capacità di progresso di un paese dipende anche dalla possibilità di usufruire di questa risorsa. Se risulta chiaro che non si può «fare industria» mantenendo integro il paesaggio e incontaminati gli elementi naturali, ancora più assurdo è pensare che senza industria ed energia ci possa essere sviluppo economico e sociale o che semplicemente si possa continuare a mantenere il livello di vita raggiunto. (22)

Nei paesi industrializzati l'energia è uno dei fattori determinanti della crescita e la limitazione si rifletterebbe sul sistema economico di un paese incidendo sulla sua capacità di concorrere nel sistema economico globale. Questa è l'argomentazione sostenuta in particolare da coloro che escludono un intervento limitativo sul settore energetico. Gli stessi, anzi, sottolineano come il fabbisogno energetico sia cresciuto negli ultimi anni e che sia necessario prevedere nuove centrali, elettrodotti a maggiore potenza, anche per unificarsi a quanto avviene a livello europeo.

Tali osservazioni non possono condurre all'estremizzazione contraria, ovvero a consentire sempre un'attività energetica. Anche nel caso della

(22) G. GENTILI, P. SCARPITTI, *Ambiente ed energia: una convivenza difficile*, op. cit., 871.

produzione di energia elettrica, come per le altre attività economiche, l'interesse costituzionale alla sua massimizzazione sussisterà soltanto nella misura in cui l'energia sia funzionale al raggiungimento dei valori costituzionali fondamentali e delle situazioni soggettive riconducibili agli stessi. (23)

L'ambiente in generale, *la salute* in particolare sono valori presenti in costituzione e dotati del *carattere dell'assolutezza*; tuttavia, l'incidenza dell'ambiente e della salute nella disciplina energetica non possono essere assimilate.

C'è stata un'esaltazione dell'ambiente e questo è stato visto come l'elemento di opposizione all'energia. È stata affermata la sovraordinazione dell'ambiente rispetto ad altri beni e ad altri interessi costituzionali, come appunto l'energia, però tale posizione è stata anche contestata da parte di alcuni, i quali hanno evidenziato che non si può affermare il carattere assoluto dell'ambiente in ogni circostanza, in quanto non può ritenersi degradato a interesse secondario qualunque interesse che interferisca o collida con quello ambientale. (24)

L'attribuire a determinate situazioni il carattere dell'assolutezza «*non è scevro di insidie perché consolida la tendenza a radicalizzare i conflitti sino a renderli irresolubili giungendo ad inibire necessarie attività economiche e di trasformazione ambientale sulla soglia di un intangibile diritto all'ambiente, la cui garanzia può essere assicurata, all'opposto, anche attraverso altre forme*». (25)

Diversamente, nel rapporto che intercorre tra la salute e l'energia, la salute per la sua stessa intima essenza, non può prestarsi ad una degradazione in vista del raggiungimento di un obiettivo economico. Lo stesso art. 41 della Cost. parla di *attività economica* che «*deve svolgersi in modo da non recare danno alla sicurezza, alla libertà alla dignità umana*».

Nel caso di possibili conflitti tra opposti valori costituzionali, questi devono essere ordinati secondo una scala gerarchica favorendo quello che sembra essere di maggior rilievo e di grado più elevato. In un ipotetico conflitto tra la libertà economica e la salute, quest'ultima dovrebbe essere privilegiata, perché la salute è un diritto assoluto e primario, quindi inviolabile. L'art 41 della Cost., al contrario, non prevede una situazione giuridica soggettiva connotata dai caratteri dell'assolutezza. L'ottica è quella di una funzionalizzazione e per tale motivo l'attività economica è sottoposta anche al controllo conformativo dei pubblici poteri. Per questo il diritto alla salute, nel caso in cui sia in conflitto con diritti soggettivi connessi all'esercizio dell'attività d'impresa, non potrà essere sacrificato né limitato dal confronto con situazioni di vantaggio anche se costituzionalmente riconosciute e tutelate. (26)

(23) M. LUCIANI, *Localizzazione delle centrali elettriche*, op. cit., 170.

(24) G. GENTILI, P. SCARPITTI, *Ambiente ed Energia: una convivenza difficile*, op. cit., 872.

(25) F. ROVERSI MONACO, *Le libertà individuali, prerogative regionali*, in *Rass. Giur. dell'Energia Ell.*, 1987, 280.

(26) Voce «*Salute*», in *Digesto*, 526.

Lo sviluppo economico e l'efficienza produttiva non sono valori in sé, ma strumenti per realizzare valori costituzionali autentici; la relazione che corre è quella di una «*funzionalizzazione unidirezionale*» nel senso che c'è un rapporto di mezzo-fine per cui sarà sempre il secondo a prevalere. Questo, però, deve avvenire nel segno della ragionevolezza e congruità. (27)

La lieve diversità che corre tra il diritto alla salute e il diritto all'ambiente inteso in senso più generale, quando si confrontano con l'attività economica si denota in modo ancora più evidente nella sentenza della Corte Costituzionale n. 127 del 1990, in cui il rapporto tra la tutela della salubrità dell'ambiente e gli interessi economici vede prevalere la prima quando si tratti di salvaguardare la salute umana. Il giudice costituzionale afferma che «nello svolgimento delle attività imprenditoriali non possono essere superati i limiti di tollerabilità per la salute umana. Solo al di qua di tali limiti, il legislatore potrà discrezionalmente valutare il rapporto tra le esigenze dello sviluppo (la considerazione dei costi delle tecnologie applicabili) e le esigenze di tutela dell'ambiente (la ricerca della migliore tecnologia disponibile)». (28)

La salute riceve, quindi, una tutela forte.

La primarietà della salute nel nostro ordinamento, comunque, non esclude che questa debba essere presa in considerazione nel bilanciamento degli interessi e può essere ugualmente tutelata e realizzata senza che necessariamente annulli l'attività economica. Vi sono diversi livelli di pregiudizio alla salute e livelli diversi di tutela della stessa. Bardusco in un articolo sostiene che per un'opera pubblica di grande importanza e di vasta utilità si possono accettare anche modesti sacrifici alla salute, e, in tal caso, la garanzia di cui all'art. 32 Cost. rimane in ombra. A suo parere di fronte ad un *rischio grave* non è ammessa una possibile limitazione del diritto alla salute e, in ogni caso, le stesse opere devono rispondere ad un interesse pubblico. Sarebbe, invece, ammissibile tollerare rischi minori quando sia da raggiungere un interesse o un opera pubblica di importanza fondamentale.

L'autore indica come criterio di discernimento *il tipo di rischio* alla salute.

Decisivo in questa circostanza è il ruolo dell'amministratore pubblico perché avrà il compito di assicurarsi che le iniziative e le opere di cui si è decisa la realizzazione non incidano in maniera grave sulla salute dei cittadini, mentre non potrà farsi carico di tutti i possibili riflessi minori. (29)

Trasportata nell'ambito dell'inquinamento elettromagnetico l'opinione di Bardusco non dovrebbe determinare l'affievolimento del diritto alla salute perché gli elettrodotti comportano un rischio qualificabile come grave, date

(27) M. LUCIANI, *Localizzazione delle centrali elettriche*, op. cit., 169.

(28) S. GRASSI, *Problemi di diritto costituzionale ambientale*, in *Raccolta di saggi in onore di Paolo Barile*, Firenze, 1997, 6.

(29) A. BARDUSCO, *Diritto alla salute e decisioni*, in *Sanità Pubblica*, 1983, 427.

le forme patologiche prospettate da parte della letteratura scientifica. Si deve, però, considerare che i risultati delle indagini epidemiologiche mancano di certezza scientifica e il numero dei soggetti presumibilmente affetti è limitato. Difatti, l'incremento di morbosità e mortalità associato all'esposizione studiata riguarda solo una frazione relativamente piccola della popolazione.

Quest'ultimo elemento, emergente dalle ricerche epidemiologiche, ha comportato anche un atteggiamento diverso tra gli stessi scienziati; Valjus ha affermato che «anche un solo caso in più di tumore infantile è di troppo da un punto di vista morale» (30), mentre altri affermano che «i numeri in gioco sono troppo piccoli per costituire un problema; e benché sia impossibile valutare una vita umana in denaro, è anche impossibile per una società salvare tutte le vite o impedire tutte le malattie gravi, vista la scarsità delle risorse; pertanto, si deve, comunque, cercare un equilibrio attraverso qualche tentativo di quantificazione del problema» (31).

Queste diversità di posizioni dipendono dall'uso di due criteri diversi: quello della sanità pubblica (32), e quello della medicina clinica (33).

Chi adotta il primo metodo risolve il conflitto tra la tutela della salute dei pochi soggetti interessati dal rischio e il costo da sostenere per proteggerla, con un approccio utilitaristico o d'analisi costo/benefici secondo i quali la scelta migliore sarà quella che massimizza il benessere collettivo. Ne consegue l'accettazione di certi rischi e l'obiettivo di minimizzarli per quanto possibile. Diversamente, chi segue i criteri della medicina clinica considererà la vita di ogni essere umano come valore illimitato.

Questo dimostra come la problematica dell'inquinamento elettromagnetico sia complessa per i valori che sottende, per la difficoltà di scegliere tra un intervento a protezione del valore salute con costi alti e quello di accettare dei costi umani. La questione, se posta in tal senso, probabilmente alla luce del testo costituzionale, dovrebbe risolversi verso la prima soluzione, in realtà gli aspetti del problema possono essere considerati in termini meno assoluti e più relativi. La salute può essere protetta e allo stesso tempo le esigenze energetiche essere soddisfatte se si abbandona la logica di una visione a senso unico di ciascun interesse; è necessaria una loro convergenza che comporta rinunce e sacrifici da ambo le parti.

(30) BOTTI, P. COMBA, *Valori etici nella regolamentazione dell'esposizione a campi elettromagnetici*, in *Ann. Ist. Super. Sanità*, vol. 34, n. 2, 1998, 277.

(31) BOTTI, P. COMBA, *op cit*, 277.

(32) La dottoressa C. Botti e il dottor P. Comba definiscono il criterio della sanità pubblica: «la sanità pubblica si occupa della salute della popolazione, e se è vero che le popolazioni sono composte da singoli individui, è anche vero che la protezione della salute pubblica a volte richiede che si venga meno ai diritti dei singoli, come quello alla *privacy* o alla libertà».

(33) La medicina clinica, dicono gli stessi autori, «è definita dalla considerazione del valore assoluto delle singole persone; questo è un assioma fondamentale, indispensabile per definire i concetti stessi di malattia e salute che non possono essere definiti su nessuna base oggettiva. Il riferimento ai singoli individui è necessario per definire malattia e salute».

Alcune volte, ad esempio gli elettrodotti devono essere comunque realizzati nella zona prescelta per l'importanza che assumono per il contesto economico di quel territorio, senza, però, comportare una minaccia per la salute dei residenti. *Si tratta di trovare, allora, soluzioni per i singoli casi.*

Entrambi gli aspetti, allora, concorrono a dar vita ad una graduatoria di interessi pubblici e privati di cui bisogna tener conto nell'esercizio della funzione legislativa, nell'intervento sul territorio e sull'ambiente e nell'ideazione e attuazione di programmi di vario livello.

Ne consegue che tutti gli interessi presenti siano importanti e necessitino di essere realizzati; chiaramente la salute ha un posto preminente e non è consentita costituzionalmente una sua incisione. Il compito del giurista, del legislatore degli enti di governo e della magistratura è quello di trovare soluzioni adeguate per realizzare un contemperamento tra i valori e consentire scelte basate sulla situazione concreta in cui si interviene.

3. Principi del diritto ambientale guida per le scelte degli operatori.

Nella problematica dell'inquinamento elettromagnetico gli operatori del diritto non hanno come termini di riferimento solo l'articolo 32 e l'articolo 43 della Costituzione.

Nel nostro ordinamento si rinvengono, infatti, principi ambientali che possono rivelarsi validi strumenti per scelte ragionevoli in tema di campi magnetici, elettrici ed elettromagnetici creati da elettrodotti.

3.1. Il principio precauzionale.

In materia d'inquinamento elettromagnetico l'incertezza scientifica sugli effetti prodotti dagli elettrodotti richiede che il diritto intervenga in modo prudente.

La prudenza come criterio scaturente dall'incertezza si concretizza in alcuni principi, che in parte hanno trovato già forme di positivizzazione legislativa o giurisprudenziale.

Questi sono la valutazione di impatto, il principio precauzionale e il principio di conservazione. Si caratterizzano per un diverso grado di prudenza, massimo nell'ipotesi del principio di conservazione in virtù del quale si deve dare preferenza all'esistenza dell'essere umano, mentre è minore nella valutazione di impatto dove c'è un approccio prudenziale, ma non tale da impedire un'azione probabilmente lesiva.

In tale materia non è sufficiente solo prevedere la valutazione dell'impatto che un sistema di distribuzione e di trasporto di energia comporta, ma è anche indispensabile assumere l'atteggiamento che si fonda sul principio di precauzione.

Tale principio è nato in Germania negli anni trenta ed ha assunto una rilevanza internazionale con la sua previsione nel principio 15 della Carta della Terra elaborata alla Conferenza di Rio del 1992.

È stato poi enunciato anche nel Trattato di Maastricht all'articolo 130 R, paragrafo due, oggi articolo 174 Trattato di Amsterdam, «*La politica della Comunità in materia ambientale mira ad un elevato livello di tutela (...). Essa è fondata sui principi di precauzione (...)*».

L'approccio precauzionale è diventato negli ultimi dieci anni il perno di una politica di prevenzione dai rischi ambientali ed è fondamentale perché richiede che siano adottate misure di tutela dell'ambiente anche quando non sussiste interamente l'evidenza di un collegamento causale tra una situazione potenzialmente dannosa e le sue conseguenze lesive qualora manchi una conoscenza competente del fenomeno. (34)

Il principio, infatti, si basa sul fatto che manca una certezza scientifica rispetto ai meccanismi che provocano alterazioni o patologie e che le conclusioni scientifiche sono tra loro configgenti. La particolarità e la decisività di questo principio risiedono nel disciplinare una situazione di incertezza scientifica avendo quale meta una maggiore sicurezza nei confronti del danno. C'è chi ha affermato che il principio di precauzione si fonda sull'idea che «*la sicurezza deve essere tutelata cautelarmente pur in assenza di un'evidenza scientifica*» e questo comporta che «*il diritto sia chiamato ad intervenire con un giudizio normativo di scientificità in favore dell'esito scientifico maggiormente prudentiale; se l'intervento precauzionale non esige la piena dimostrazione dei nessi di casualità, allora la presunzione del rischio deve prevalere ogni qual volta che un qualche collegamento causale tra attività e danno potenziale sia riscontrabile*». (35)

Tale principio determina che siano adottabili soluzioni radicali nei casi più dubbi. (36)

A livello normativo comporta l'inversione dell'onere della prova e la individuazione di *standards* probatori, questi ultimi da utilizzare a dimostrazione dell'esistenza di quel minimo sufficiente per ritenere esistente o meno il nesso di casualità.

La prova deve essere data da chi provoca il danno e deve dimostrarne l'improbabilità, mentre chi lo subisce deve controbattere dimostrando la probabilità. Il principio precauzionale si sostanzia, in definitiva, in una presunzione di un potenziale danno all'ambiente rispetto a determinate attività: ritiene provati eventi la cui probabilità sia piuttosto bassa o nel caso di equivalenza tra ipotesi contrarie accorda una preferenza all'ipotesi maggiormente prudentiale. (37)

Stando a questa logica, quando il diritto deve operare una scelta deve schierarsi verso il giudizio scientifico più prudente, ma è pur vero che deve essere anche il più attendibile. (38)

Come tutti i principi anche questo è una formula generale e ampia, non determinata nello specifico, per cui nel momento in cui viene ad essere applicato richiede che sia adattato, modellato alla situazione concreta presa in esame. Il suo utilizzo, non essendo prestabilito, consente di definire un giusto

(34) M. TALLACCHINI, *op. cit.*, 22.

(35) M. TALLACCHINI, *op. cit.*, 23

(36) F. SALVIA, *Sviluppo sostenibile*, in *Riv. Giur. dell'Ambiente*, 1998, 241.

(37) M. TALLACCHINI, *op. cit.*, 24.

(38) M. TALLACCHINI, *op. cit.*, 25.

rapporto tra il valore che si intende tutelare e gli altri interessi. Il criterio prudenziale non è la soluzione estrema, è un modo di procedere che può avvenire secondo diverse gradualità.

Il principio di precauzione è stato richiamato anche nella problematica dell'inquinamento elettromagnetico; se ne parla in una risoluzione del Parlamento Europeo del 5 maggio 1994 (39) come giustificazione dell'intervento parlamentare in questa materia.

È espressamente richiamato anche dall'art. 1 della legge quadro. Questo è uno dei principi guida della politica ambientale comunitaria e il suo richiamo non fa che conferire alla decisione dell'organo rappresentativo un supporto autorevole.

Nell'articolo 1 della legge n. 36/2001 si dice che scopo della presente legge è tra l'altro «attivare misure di cautela da adottare in applicazione del principio di precauzione di cui all'articolo 174, paragrafo 2, del trattato istitutivo dell'Unione Europea».

La valenza che questo principio assume all'interno della legge n. 36/2001 è ben evidenziato dal senatore F. Giovanelli; quando afferma che «*in questa legge quadro, va evidenziato il principio di precauzione che ne è il fondamento etico politico*». Ancora «*il principio di precauzione è fondamentale, poiché le conclusioni del mondo scientifico e, in particolare dell'autorità sanitarie sono ancora insoddisfacenti per poter basare una legislazione su certezze tali da dare alla legge una caratteristica diversa*» (40).

È la prima volta che il legislatore italiano esplicita chiaramente, tra le finalità di una normativa il principio di precauzione; e questo addirittura ispira l'intero impianto normativo.

In attuazione di questo principio il legislatore ha deciso di adottare misure di cautela per gli effetti a lungo termine, pur in mancanza di dati scientifici certi circa le conseguenze cancerogene. Sempre in linea con il principio citato è stato inserito, nel testo legislativo, il fine di promuovere la ricerca scientifica. L'art. 4 della legge quadro alla lettera *b)* prevede, più specificatamente, che lo Stato promuova la ricerca e l'attività di sperimentazione tecnica-scientifica oltre ad un programma pluriennale di ricerca epidemiologica e di cancerogenesi sperimentale, al fine di approfondire i rischi connessi all'esposizione ai campi elettromagnetici ad alta e bassa frequenza.

Il principio di precauzione comporta che anche di fronte all'incertezza si debba intervenire e questo può comportare conseguenze rilevanti per l'economia visto la necessità di adottare misure finanziariamente gravose.

(39) In sede Europea il problema dell'inquinamento elettromagnetico è stato affrontato per la prima volta dal Parlamento in seguito ad una proposta di risoluzione presentata dagli onorevoli Santos, Venier e Pimenta avente ad oggetto «la lotta contro gli inconvenienti provocati dalle radiazioni non ionizzanti». Dopo l'esame della Commissione competente è stata emanata la risoluzione rivolta alla Commissione e al Consiglio; Doc. A3-0328/1994, in GUE del 25/197/1994, n. C205/440.

(40) F. GIOVANELLI, intervento alla tavola rotonda del 20 ottobre 1999 *Esposizione ai Campi Elettromagnetici quale informazione normativa o scientifica?*, in *Gazzetta Ambiente*, 1999, 49.

C'è però chi ha sostenuto che il principio di precauzione «*debba tener conto dei molteplici aspetti in gioco, in attesa che gli organismi internazionali competenti, quali l'OMS diano indicazioni definitive. È essenziale che questo principio tenga conto non solo dell'orientamento sull'argomento indicato dalla comunità scientifica internazionale, ma valuti attentamente anche le ricadute sociali ed occupazionali*». (41)

Il risvolto della medaglia è, infatti, quello di possibili errori di valutazione ai quali si sommerebbero gli effetti negativi che l'adozione della misura prudenziale ha sull'attività economica, ma anche di fronte a questa eventualità il conflitto tra un rischio economico e un rischio per la collettività deve essere risolto alla luce del principio prudenziale, in favore di questa ultima, «*perché è preferibile un errore dannoso per l'economia, errori che limitano uno sviluppo di fatto non rischioso, ma innocuo per il pubblico*». (42)

Il principio non deve, però, essere utilizzato in maniera radicale, cioè mirante a impedire ogni attività fonte di alterazioni rilevanti dei campi magnetici, elettrici ed elettromagnetici presenti in natura. Dovere di chi è competente, quindi, è quello di trovare un punto di equilibrio tra il principio di precauzione, che garantisca la sicurezza rispetto al rischio derivante dalle tecnologie, e l'adozione di soluzioni e forme idonee che consentano ugualmente lo svolgimento delle attività produttive, senza escludere che queste possano subire dei costi aggiuntivi, giustificati dall'esigenza di tutelare un valore fondamentale come la salute umana.

Adottare, poi, in tale problematica il principio della conservazione o dell'esistenza significherebbe solo non voler tutelare la salute, ma intavolare uno scontro ideologico senza possibilità di una reale soluzione.

3.2. *Lo sviluppo sostenibile.*

Un altro principio presente nel nostro ordinamento e derivante dalla nostra appartenenza all'Unione Europea è il principio dello sviluppo sostenibile. Pur non essendo stato espressamente esplicitato nella legge quadro, deve essere considerato come uno dei principi fondamentali in materia di inquinamento elettromagnetico.

Tale principio è stato formulato per la prima volta nel 1987 dalla Commissione mondiale per l'ambiente e lo sviluppo (Wced) ed è uno tra i capisaldi dell'Unione Europea. (43)

Con tale espressione si intende il bilanciamento tra lo sviluppo e l'ambiente. (44)

(41) D. KRAUS, intervento alla tavola rotonda del 20 ottobre 1999, *Esposizione ai Campi Elettromagnetici quale informazione normativa o scientifica?*, in *Gazzetta e Ambiente*, 2000, 43.

(42) M. TALLACCHINI, *op. cit.*, 25.

(43) F. SALVIA, *op. cit.*, 237.

(44) S. GRASSI, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, Raccolta di saggi dedicati a Paolo Barile, Firenze, 1997.

Lo sviluppo sostenibile è posto insieme al rispetto dell'ambiente, nell'articolo due del Trattato di Maastricht, come uno degli obiettivi a cui si deve ispirare la politica dell'Unione Europea.

Nel trattato di Amsterdam *«ha ricevuto una formulazione ancora più stringente ed incisiva»*. Si legge all'articolo 2 che *«La comunità ha il compito di promuovere, mediante l'instaurazione di un mercato comune, di un'unione economica e monetaria, e mediante l'attuazione delle politiche e delle azioni comuni, uno sviluppo armonioso, equilibrato, e sostenibile delle attività economiche, una crescita sostenibile, (...) un elevato livello di protezione dell'ambiente, (...) il miglioramento del tenore e della qualità della vita»*.

Importante è poi l'art. 6 del Trattato di Amsterdam: *«Le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni comunitarie, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile»*.

Lo sviluppo sostenibile, allora, non è più solo lo scopo a cui si deve ispirare la politica comunitaria, ma assume il ruolo di guida nelle scelte fatte a livello comunitario e significa un approccio diverso ai problemi. Si tratta di andare ad analizzare l'attività dell'uomo e i suoi valori in relazione all'ambiente, i modelli di comportamento e di consumo, per poi passare, una volta acquisita la conoscenza sulle origini dei problemi, ad agire sui modelli di comportamento della società al fine di modificarli. (45)

C'è chi afferma che lo sviluppo sostenibile non ha solo come raggio d'azione la politica ambientale, ma è *clausola generale* che abilita la Comunità, e più in generale i pubblici poteri ad orientare il sistema economico complessivo verso un certo tipo di sviluppo. Il problema diventa, però, quello di definire quali sono gli *strumenti* da usare per ottenerlo.

Se lo sviluppo sostenibile deve essere momento di fusione delle esigenze di produzione con quelle *lato sensu* ambientali allora ciò non può avvenire solo attraverso gli *standard*, i divieti e le normative conformative, ma attraverso misure propulsive quali le infrastrutture di un certo tipo, i premi, le agevolazioni fiscali, le sovvenzioni. (46) Anche i prezzi di mercato possono essere funzionali allo scopo se questi vengono calcolati sommando anche il costo ambientale.

Si tratta, allora, di realizzare una politica ambientale coordinatamente a quella economica che assuma, oltre ai suoi classici obiettivi, altri, determinati alla luce di uno sviluppo equilibrato.

Alla base delle scelte strumentali vi deve essere il dialogo tra le parti interessate e la consapevolezza che *«le scelte ambientali non danneggiano, ma favoriscono la crescita economica ed il benessere sociale, facendo sì che gli aspetti ambientali non siano considerati ostacolo allo sviluppo, ma incentivo per una maggiore efficienza e competitività»*. (47)

(45) G. COCCO, *Nuovi principi ed attuazione della tutela ambientale tra il diritto comunitario e il diritto interno*, in *Ambiente e Diritto*, di S. GRASSI, M. CECCHETTI, Firenze, 1999.

(46) F. SALVIA, *op. cit.*, 238.

(47) G. COCCO, *op. cit.*, 5.

Lo sviluppo sostenibile è un principio imprescindibile in una società industrializzata che voglia cercare degli equilibri tra la tutela dei valori fondamentali e lo sviluppo tecnologico.

Di conseguenza, il principio menzionato può essere il fondamento di scelte razionali anche in materia di inquinamento elettromagnetico; oltre ai limiti, ai divieti, è possibile anche adottare misure economiche che consentano di raggiungere lo scopo di una maggiore protezione dai campi elettromagnetici con l'attiva collaborazione delle società responsabili della loro creazione.

Pur non trovando un esplicito riferimento nel testo legislativo, il principio in esame può essere ritrovato in alcune scelte del legislatore: promuovere tecnologie e tecniche di costruzione che consentano di minimizzare le emissioni nell'ambiente e di tutelare il paesaggio (articolo 4, legge n. 36 del 2001); individuare tipologie di strutture a minore impatto ambientale, paesaggistico e sulla salute dei cittadini (articolo 5, legge 36 del 2001); promuovere l'innovazione tecnologica e le azioni di risanamento volte a minimizzare l'intensità e gli effetti dei campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici secondo le migliori tecnologie disponibili (articolo 2, legge n. 36 del 2001).

Non irrilevante è, inoltre, il mezzo scelto per svolgere queste attività: l'accordo di programma tra lo Stato e coloro che abbiano la disponibilità degli elettrodotti, delle reti di trasmissione e degli impianti di telefonia mobile e di emittenza radiotelevisiva (articoli 2 e 4 legge n. 36 del 2001).

L'accordo di programma è funzionale alla ricerca di una soluzione di equilibrio tra i diversi interessi in gioco, pertanto, il prevederlo in questo contesto potrebbe essere indice della volontà di cercare di realizzare uno sviluppo armonico rispetto al bene salute e ambiente.

Sono previsti anche accordi di programma tra P.A. e gestori dei servizi di trasporto pubblico (articolo 13, legge n. 36 del 2001), imprese produttrici di apparecchiature di uso domestico, individuale o lavorativo, al fine di favorire e sviluppare tecnologie che consentano di minimizzare le emissioni e, quindi, tutelare la salute.

Queste scelte esprimono l'intenzione di attuare uno sviluppo sostenibile; è necessario prevedere, però, ulteriori strumenti e misure specifiche, altrimenti questo principio potrebbe rimanere solo un buon proposito. Occorre inoltre un ruolo di impulso e di direzione degli enti di governo onde evitare che i soggetti gestori sfuggano ai doveri attribuiti loro dalla legge.

Probabilmente, una misura ben rispondente allo spirito dello sviluppo sostenibile era la proposta di autotassare i cittadini per il risanamento degli elettrodotti con valori superiori a quelli indicati dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 23 aprile 1992; questa proposta, avanzata durante i lavori preparatori della legge quadro, non è stata realizzata perché pur se accettata positivamente dai comitati di protezione dai CEM e dal maggiore ente energetico, ha suscitato le critiche dell'associazione consumatori. Si tratta di una misura che con un piccolo sacrificio su ogni cittadino consentirebbe di intervenire a protezione della salute evitando che l'ENEL

per gli alti costi assuma un atteggiamento di forte opposizione. Sarebbe uno strumento nel quale l'esigenza economica e quella della salute trovano una reciproca realizzazione.

Altre forme di intervento potrebbero essere le misure economiche o gli aiuti di Stato.

Il discorso diventa delicato perché la partecipazione dello Stato italiano all'Unione Europea comporta l'impossibilità di aiutare sia direttamente che indirettamente le imprese nazionali, di stabilire misure equivalenti «*quando falsino o minacciano di salvare la concorrenza*» (articolo 92 comma I, del Trattato di Amsterdam). Lo stesso articolo, però, al II comma, lettera *b*), prevede che gli aiuti possono essere concessi perché ritenuti compatibili quando «*sono destinati ad ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali*»; in questo caso la misura dell'aiuto si ritiene che non debba essere superiore al danno ricevuto. Il problema diventa stabilire se nella parola danno si debba far ricomprendere il sacrificio che l'ente energetico deve sopportare perché non si abbiano effetti sulla salute dei cittadini, o se danno siano le patologie ipotizzate quale effetto dell'attività energetica; in questo ultimo caso il beneficiario dell'aiuto sarebbe lo stesso soggetto che provoca il male. Diventa difficile, quindi, sostenere che lo Stato possa dare aiuti in materia di inquinamento elettromagnetico sulla base di questa disposizione, lo potrebbe fare solo nell'ipotesi in cui non abbia riflessi sul mercato europeo.

Del resto la *ratio* della norma non è quella di perseguire uno sviluppo sostenibile, ma di aiutare imprese che, a causa di eventi fuori dalla loro prevedibilità, rischiano di perdere la loro capacità concorrenziale.

4. L'importanza dell'informazione.

4.1 *La notizia precisa e corretta come condizione per decisioni consapevoli e adeguate.*

Uno degli aspetti più delicati e importanti della tematica sull'inquinamento elettromagnetico è l'informazione. Tramite i mezzi di comunicazione il problema è stato portato all'attenzione dell'opinione pubblica e tramite gli stessi si è creato un allarmismo pericoloso causando ansia nei cittadini.

La gran parte dei giornali, dei programmi televisivi che hanno trattato l'argomento hanno mostrato numerosi casi di persone malate e indicato come responsabili gli elettrodotti, i telefonini o le antenne usate nelle telecomunicazioni.

Al di là del riscontro scientifico di tali conclusioni il problema che è emerso è stato quello di un'informazione trasmessa ai cittadini non sempre completa ed esauriente.

L'informazione è, insieme con il criterio della prudenza scientifica, l'elemento base per garantire decisioni adeguate e accettate dalla società. I cittadini possono essere in grado di effettuare delle scelte, di agire in un determinato modo solo se posseggono quel bagaglio di conoscenze che consente loro di dare un giudizio critico. «*Il compito del giornalista è rendere*

l'opinione pubblica, che ha o non ha conoscenze, consapevole dei problemi da affrontare. Di conseguenza deve informare il pubblico dei vantaggi, dei problemi, e anche dei rischi dei quali il progresso scientifico è portatore». (48)

Più che mai in questa materia dove vi è incertezza è necessario che l'informazione sia corretta e precisa.

Il diritto all'informazione è un aspetto fondamentale della politica ambientale che si esplica nel diritto d'accesso alle informazioni e in quello a riceverle. E il diritto a ricevere informazioni si può distinguere in tre aspetti:

1. il diritto alla correttezza e all'obiettività delle informazioni;
2. il diritto ad ottenere il massimo di informazioni da parte dei soggetti che intervengono;
3. il diritto alla continuità delle informazioni. (49)

Perché sia assicurato il diritto alla correttezza e all'obiettività delle informazioni è necessario il rispetto di alcuni criteri che garantiscono la fase dell'acquisizione dei dati e quella della loro raccolta e gestione. Importante è la fase dell'istruttoria a cui segue quella della valutazione dei dati nella quale si possono usare diversi metodi valutativi.

In tema di inquinamento elettromagnetico l'aspetto, però, maggiormente importante è il diritto a ricevere informazioni; il problema non è, infatti, quello di ottenere i dati, le statistiche, ma semmai quello di essere informati.

La legge n. 36 del 2001 all'articolo 7 prevede l'istituzione di un catasto nazionale da coordinare con quelli regionali nel quale sono inseriti i dati relativi a sorgenti fisse connesse ad impianti, sistemi ed apparecchiature. I dati devono essere raccolti secondo determinate modalità definite dal Ministro dell'Ambiente di concerto con i ministri competenti per gli specifici impianti. Questi riguardano, però, solo un aspetto dell'informazione.

L'informazione concerne i risultati scientifici, le innovazioni tecnologiche, gli effetti eliminabili o riducibili, le misure di prevenzione. Rispetto a questi dati l'informazione deve essere il più possibile obiettiva e completa per evitare l'allarmismo, l'indifferenza, e la speculazione di chi offre falsi rimedi.

L'articolo 4 della legge quadro prevede che lo Stato coordini l'attività di raccolta, di elaborazione e di diffusione dei dati e informi annualmente il Parlamento. Tale compito la legge, all'articolo 7, lo assegna ad un comitato, denominato Comitato 2, il quale si dovrebbe avvalere del contributo, reso a titolo gratuito, di enti, agenzie, istituti ed organismi aventi natura pubblica e competenze specifiche nelle diverse materie di interesse della legge.

I momenti della raccolta dei dati scientifici e della loro valutazione sono fondamentali per avere un'esatta cognizione del problema; rilevante è, per-

(48) P. DE PAOLI, intervento alla Tavola Rotonda del 20 ottobre 1999, in *Gazzetta Ambiente*, cit., 44.

(49) S. GRASSI, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, op. cit., 111.

tanto, garantire l'indipendenza di chi svolge queste attività, che per tale motivo dovrebbero essere affidate a un collegio, che abbia ricevuto una formazione tecnica.

Nel disegno di legge si rinvenivano disposizioni che prevedevano l'utilizzo di consulenze tecniche e il contributo di organi competenti in materia ambientale, anche non soggetti pubblici. Il disegno di legge prendeva atto, così, della situazione di fatto esistente in materia di inquinamento elettromagnetico: accanto al ruolo istituzionale ricoperto dall'ISS e dall'ISPESEL vi sono fondazioni scientifiche che svolgevano e svolgono indagini epidemiologiche e che in passato erano state utilizzate anche da parte della magistratura.

La legge n. 36 del 2001 prevede il ricorso a istituzioni private nel programma pluriennale di ricerca epidemiologica e di cancerogenesi, richiedendo, però, quale requisito quello di essere enti senza fini di lucro, il che è difficile per l'esistenza degli stessi soggetti. Il ricorso a tali organismi è molte volte indispensabile per la carenza di strutture e di mezzi a livello amministrativo.

Rispetto ai soggetti esterni all'organizzazione amministrativa si tratta, allora, di individuare criteri che possano permettere di garantire la loro attendibilità. Certamente un elemento decisivo è dare agli istituti di ricerca dei sovvenzionamenti che, senza pesare sul bilancio dello Stato, potrebbero essere attinti dai proventi delle sanzioni irrogate. Altrimenti, il rischio è quello che gli istituti siano finanziati da chi tra le parti ha maggiori disponibilità economiche, provocando, così un dubbio sulla validità dei risultati ottenuti.

L'altro momento importante per la corretta informazione è quello della gestione dei dati. Sulla P.A. dovrebbe gravare l'obbligo di avere raccolte ufficiali di dati, tenute e gestite da soggetti dotati di indipendenza. (50) Le agenzie regionali per l'ambiente hanno anche il compito di raccogliere i dati e organizzarli per settore; oramai quasi tutte quelle attualmente esistenti ne hanno un settore assegnato all'elettrosmog. Il problema è, però, quello di assicurare un controllo di quegli organismi che operano fuori dall'amministrazione e acquisiscono informazioni che poi diffondono per conto di chi opera nel settore. L'indipendenza del soggetto che raccoglie e trasmette l'informazione è necessaria proprio in quei settori dove vi sono interessi contrapposti, tra cui rileva quello economico.

Un altro momento decisivo ai fini di una informazione corretta è la capacità di tradurre quelle che sono conoscenze altamente specialistiche e dati statistici in una forma idonea a rendere il cittadino edotto sul problema e capace di esprimere una propria valutazione. (51) Questo significa anche che le informazioni non devono essere frastagliate e sporadiche, ma continue ed aggiornate.

Nel trattare la problematica dell'inquinamento elettromagnetico, gli organi di informazione non sono riusciti a trasmettere delle conoscenze complete sul problema dell'inquinamento elettromagnetico nei suoi molteplici aspetti.

(50) S. GRASSI, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, op. cit., 112.

(51) S. GRASSI, *ivi*, 113.

Probabilmente il motivo è nella complessità della materia che avrebbe richiesto (come ancor oggi richiede) l'acquisizione da parte dei giornalisti di cognizioni tecniche e di approfondimenti. Si dovrebbe consentire a coloro che «fanno informazione» di frequentare corsi specifici inerenti tale problematica. Questo è quanto è stato suggerito anche dagli stessi giornalisti scientifici che hanno sottolineato la necessità di capire per informare correttamente.

C'è, inoltre, il diritto ad avere il massimo delle informazioni e questo è funzionale a garantire la partecipazione e l'intervento degli interessati nei procedimenti. Si tratta di ricevere tutte le informazioni per poi essere in grado di poter dialogare nel dibattito sugli interessi coinvolti. Nella procedura di VIA, sede privilegiata per valutare in contemporanea la molteplicità degli interessi, la raccolta delle informazioni ha un ruolo importante, essendo, infatti, previste inchieste pubbliche. (52)

L'informazione, inoltre, non deve essere vista solo come diritto dei cittadini, ma anche come diritto di chi svolge compiti decisionali. Il legislatore, come l'amministratore o il giudice deve poter avere la possibilità di acquisire informazioni molteplici e corrette, deve poter conoscere tutte le angolature della questione perché poi deve prendere delle decisioni.

Da qui si evince l'importanza che l'informazione e le connesse problematiche evidenziate siano trattate nella legge sulla protezione dai CEM: un'informazione correttamente posta può costituire il mezzo per una disciplina che risulti pienamente adeguata e rispondente alla situazione concreta.

Lo stesso Presidente del Consorzio Elios (53) ha affermato «Credo che l'obiettivo di fornire una corretta informazione sia il contributo più significativo che noi possiamo dare per far conoscere i problemi reali, portandoli nel corso della discussione nella corretta prospettiva e nella giusta valutazione delle questioni rilevanti». (54)

Questa legge quadro manca di una disciplina informativa completa e incisiva; al di là dei riferimenti normativi inerenti alla raccolta dei dati, la legge non interviene sull'informazione; in particolare non indica criteri e modalità per garantire la corretta informazione del cittadino comune. L'articolo 10 affida al Ministro dell'Ambiente di concerto con i Ministri di Sanità, dell'Università e della Ricerca scientifica e della scuola di inserire la tematica dell'inquinamento elettromagnetico nelle campagne di informazione e di educazione ambientale. Una campagna ambientale è un qualcosa, ma molto poco se poi non si interviene sulla validità delle notizie acquisite e distribuite alla collettività. L'informazione ha un ruolo importante per realizzare un intervento efficace, per cui forte è la necessità di una disciplina legislativa che intervenga a tracciare le linee guida di un valido sistema informativo.

(52) S. GRASSI, *ivi*, 114.

(53) Il Consorzio Elios, *Qualità e ambiente nelle telecomunicazioni*, è stato costituito dalle maggiori imprese nazionali attive nella realizzazione degli impianti di terra per telefonia mobile Alcatel, Ericson, Italtel e Nokia, tutte rappresentate in Anie.

(54) Vedi anche D. KRAUS, intervento alla tavola rotonda del 20 ottobre 1999, *Esposizione ai Campi Elettromagnetici quale informazione normativa o scientifica?*, cit. 43.

Ambiti di operatività della discrezionalità amministrativa e di quella tecnica alla luce dell'informatizzazione dell'attività amministrativa.

di Marco Natoli (*)

L'*excursus* che deve essere compiuto, al fine di comprendere le conseguenze giuridiche che il nuovo atto amministrativo informatico produce nei confronti della medesima attività amministrativa, affronta direttamente le problematiche che interessano il procedimento amministrativo, alla luce dei nuovi confini delineati dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, nei rapporti diritto-economia.

A tal punto si deve evidenziare che, per ottenere un equilibrio nel predetto sistema diritto-economia, parte della dottrina ha avallato la tesi fortemente radicale ma indubbiamente innovatrice in base alla quale i mezzi pubblicistici con i quali operano le stesse amministrazioni verrebbero in parte sostituiti da particolari strumenti privatistici.

Un esempio calzante di tale innovazione può essere desunto dal progetto di riforma della succitata legge 241/1990 che disciplina la possibilità per le amministrazioni pubbliche di poter agire secondo il diritto privato, sempre, naturalmente, nel perseguimento del pubblico interesse. Tutto ciò, a ben vedere, rappresenta la progressiva ma inesorabile trasformazione che ha interessato negli ultimi tempi la *res publica* con la definitiva creazione di un'amministrazione *per risultati*, contrapposta e sempre più sostitutiva ad un'amministrazione *per atti*. Ma l'attenzione del giurista deve essere rivolta verso il concepimento di tale concetto in modo non distorto; infatti, inondare la citata *res publica* di iniezioni di diritto privato e, *in primis*, «consensualizzare» la medesima attività amministrativa, non rappresenta senza dubbio il trionfo del concetto dell'autonomia privata nel settore pubblicistico. Infatti, il *modus agendi* della P.A. sarà sempre contraddistinto dalla presenza dei sopra indicati principi costituzionali della legalità, dell'imparzialità, della buona amministrazione e della ragionevolezza. Pertanto, sempre in un quadro così drasticamente cambiato rispetto al passato, il giudice amministrativo, andando verso un costante e definitivo cambiamento in giudice non solo del diritto ma anche dell'economia, si affiancherebbe più decisamente al giudice contabile nella nuova configurazione di «magistratura finanziaria» (Giacchetti), così come delineata dalla legge 5 giugno 2003, n. 131.

A tal punto l'attenzione non può non essere rivolta verso gli istituti della *discrezionalità tecnica* (in tale contesto si configura la presenza di una fase di giudizio e, pertanto, di un'istruttoria, la quale, però, non viene seguita dalla fase c.d. della volontà, che, invece, rappresenta quella tipica scelta della soluzione più opportuna, momento tipico, quest'ultimo, della d.a. propriamente detta) e dell'*accertamento tecnico* (che indica, invece, dichiarazioni relative a situazioni semplicemente constatate).

(*) Avvocato – Dipartimento per gli Affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Mentre in passato tali istituti hanno avuto un ruolo sicuramente principale nel mondo amministrativo, oggi gli stessi tendono ad assumere una configurazione secondaria rispetto al primario principio generale del buon andamento. Va da sé che la scelta che l'amministrazione deve effettuare in determinate situazioni venga necessariamente compiuta sulla base di ben delineate cognizioni tecnico-scientifiche. Tali criteri tecnici possono essere caratterizzati da un'ampiezza più o meno accentuata; se, infatti, esiste un margine di scelta per la P.A. si configura la discrezionalità tecnica; se, al contrario, non esiste alcun margine per il compimento di una scelta si realizza l'accertamento tecnico.

Il *discrimen* tra le due succitate definizioni si basa sulla circostanza che l'accertamento tecnico, proprio per la mancanza del margine di scelta, risulta caratterizzato dal ricorso alle c.d. scienze esatte, nell'ambito delle quali la funzione di riscontro risulta essere totalmente vincolata a parametri rigidamente scientifici; proprio per tale fatto, l'organo decidente, limitato *in toto* in tale attività, non si affida a valutazioni di convenienza ma, non entrando nell'esame degli interessi pubblici, inserisce il risultato nell'ambito di un atto amministrativo.

In concreto, si configura la discrezionalità tecnica nel caso in cui i commissari di un concorso pubblico debbano giudicare gli elaborati degli stessi concorrenti; si realizza, al contrario, l'accertamento tecnico quando il vigile urbano debba controllare se una costruzione sia conforme o meno alla concessione edilizia. Un concetto, quello della discrezionalità tecnica, che autorevole dottrina (Sandulli) rende simile più al potere giudiziario che non alla discrezionalità amministrativa in quanto, come nel caso dell'inflizione di una pena, ciò che deve essere individuata è la situazione di fatto compiutasi nella realtà, stabilito *ex ante* dalla norma primaria il contenuto del provvedimento successivo da adottare; certamente gli istituti in argomento risultano essere caratterizzati dalla natura vincolata dell'azione amministrativa.

Una problematica che a tal fine deve essere affrontata riguarda i rapporti che intercorrono tra discrezionalità tecnica e sindacato del giudice amministrativo. Ad una concezione tradizionale per cui tutti gli atti adottati nel compimento di discrezionalità tecnica non possano essere sostanzialmente sindacati, si contrappone un'impostazione attuale in base alla quale, in molti casi di discrezionalità tecnica, l'amministrazione, pur essendo dotata di un certo margine di scelta, non potrà superare determinati limiti, oltrepassati i quali la stessa P.A. incorrerebbe in una tipica violazione di legge. Ma allora il quadro che si presenta risulta sicuramente cambiato rispetto al passato. Infatti, la d.t. sarà sottoposta a censura nelle fattispecie in cui si realizzi un manifesto errore di fatto. Se, ad esempio, un funzionario dovendo scegliere per il proprio ufficio pubblico, nell'ambito di una vasta gamma di modelli, un determinato tipo di computer, indirizza la propria scelta verso un tipo palesemente obsoleto ed ormai fuori commercio da molti anni, l'attività compiuta dall'interessato sarà volutamente sbagliata. Pertanto, poiché la violazione di una regola tecnica rappresenta *in toto* la violazione di una regola giuridica, il funzionario in argomento commetterà una violazione di legge ed il comportamento dello stesso sarà censurabile sotto il profilo della

legittimità, e non sotto quello del merito. Di conseguenza la d.t. verrà sempre sindacata, non solo dall'A.G.A. ma, ove occorra, dall'A.G.O.; inoltre l'indagine dovrà essere svolta in base alla necessità di verificare la sussistenza, nell'ordinamento processuale, di mezzi diretti a verificare gli errori commessi dalla medesima amministrazione, con la conseguenza che l'attenzione ricadrà sulla situazione probatoria. È nota, a tal proposito, l'annosa *querelle* in merito alla possibilità o meno di sindacato della d.t. nella richiamata materia degli esami e dei concorsi pubblici, con l'affermazione della teoria dell'insindacabilità dei giudizi espressi nelle prove di concorso da parte delle commissioni giudicatrici; è anche nota la questione circa l'effettuazione di consulenze tecniche nel processo amministrativo prima e dopo l'entrata in vigore della legge 21 luglio 2000, n. 205 recante «Disposizioni in materia di giustizia amministrativa» (ed, inoltre, sono attuali le problematiche relative all'utilizzabilità dei mezzi della *richiesta di chiarimenti, acquisizione di documenti e verificazioni*).

Ma prima di rivolgere l'attenzione sulla configurazione che ha assunto attualmente la consulenza tecnica alla luce della richiamata legge sul processo amministrativo, non si può non esaminare la materia della sindacabilità giurisdizionale dell'accertamento tecnico.

A tal fine, secondo un orientamento dottrinale, il predetto accertamento tecnico verrebbe individuato nell'ambito delle *valutazioni di legittimità*, in quanto, non essendo presente in tale contesto alcun spazio di scelta per la pubblica amministrazione, non dovrebbe essere valutato dalla stessa p.a. il fine principale del pubblico interesse; la violazione da parte dell'amministrazione di criteri ben precisi e determinati farebbe incorrere la stessa P.A. nel vizio della violazione di legge, con la conseguenza finale che lo stesso accertamento tecnico verrebbe sindacato dall'A.G.A.

Secondo, invece, una concezione opposta il citato accertamento tecnico deve essere sottoposto a sindacato dell'A.G.O., in quanto la stretta connessione della valutazione tecnica con le scienze esatte impedirebbe alla predetta P.A. di poter infrangere le barriere stabilite dalle stesse scienze, configurandosi, in caso di tale effrazione, un vizio per carenza di potere.

Questo piccolo accenno sull'accertamento tecnico serve non solo a distinguere tale istituto dalla fattispecie della discrezionalità tecnica, ma induce lo studioso ad apprendere e a cercare di risolvere l'annosa questione che ha interessato il *modus agendi* dell'A.G.A. circa l'uso della sopra indicata consulenza tecnica.

Indubbiamente la caratteristica di vera debolezza che il giudice amministrativo nutre verso tale strumento probatorio è stata notevolmente ridotta prima dall'art. 35 del D.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 e, di seguito, dall'art. 16 della già richiamata legge 205/2000.

Lo stesso giudice amministrativo ha preso in considerazione quell'orientamento che legittima un più penetrante sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica, proprio per l'introduzione nella giurisdizione di legittimità della c.t.u. Ma ciò che rileva in tale questione è un recente intervento del tribunale amministrativo campano che deve essere ricordato per la portata innovativa e, allo stesso tempo, potenzialmente conflittuale. L'ordi-

nanza *de qua*, disponendo in materia di giurisdizione esclusiva, ha investito il consulente tecnico della competenza ad elaborare direttamente soluzioni di interventi appunto tecnici relativi a determinati progetti che, peraltro, non avevano fatto il loro ingresso nella causa in corso. La novità è *icto oculi*: non più il consulente come ausiliario del giudice, ma come esperto tecnico della parte privata, con l'esaltazione fin troppo evidente della prestazione professionale dello stesso e nell'esclusivo interesse del medesimo soggetto privato.

Ora il rilievo che viene in evidenza è quello relativo al potere che attualmente detiene il giudice amministrativo in sede di controllo e, pertanto, quale uso della consulenza tecnica potrà essere effettuato dalla stessa A.G.A. per la verifica della legittimità delle decisioni amministrative prese secondo valutazioni tecniche.

È ormai nota la distinzione tra *controllo estrinseco*, ossia compiuto senza il ricorso a strumenti tecnici, e *controllo intrinseco*, effettuato con l'ausilio delle medesime regole tecniche e degli esperti ma, *a contrario*, desta vari spunti di riflessione la questione concernente il grado di intensità e di penetrazione del citato controllo intrinseco del giudice, ovverosia la contrapposizione di un *controllo di tipo forte* con un *controllo di tipo debole*.

In via generale, il primo rappresenta la supremazia della figura del giudice sull'entità amministrativa, in quanto la valutazione tecnica compiuta nel processo prevale a tutti gli effetti su quella esercitata dalla medesima amministrazione; il secondo rappresenta un modello particolarmente tenue, giacché con lo stesso sono sottoposte a censura soltanto quelle determinazioni tecniche cui non si può in nessun modo dare corso.

Probabilmente il concetto che si manifesta, in relazione al primo modello, genera rilevanti problematiche giuridiche, in quanto il vero e proprio potere sostitutivo che il giudice può esercitare nei confronti dell'amministrazione e, di conseguenza, la sovrapposizione della sua valutazione su quella del medesimo organo amministrativo e, ancor più, la totale affermazione del proprio giudizio su quello amministrativo, potrebbero, nel caso concreto, determinare conflitti particolarmente tesi tra i due poteri (1).

Infatti, nelle materie in cui le valutazioni tecniche indispensabili per l'oggetto (ad es. nel settore di rilevanti appalti pubblici) vengono effettuate con il ricorso ai pareri di affermati esperti, si verifica già un elevato costo

(1) Sulla tematica è intervenuto recentemente il Consiglio di Stato (Sezione sesta-decisione n. 3003/2004 del 27 gennaio 2004) il quale, nell'affrontare una questione di valutazioni tecniche in materia di beni culturali, ha evidenziato che proprio una dettagliata valutazione tecnica compiuta dall'Amministrazione dei beni culturali non possa essere sostituita da un successivo giudizio espresso in sede di consulenza tecnica; giudizio, quest'ultimo che, se contrario, legittimerebbe il giudice a *sostituirsi* nella valutazione effettiva della qualificazione del bene. La conseguenza fondamentale risiede, pertanto, nel fatto che il giudice, anche ricorrendo all'ausilio di apposita C.T., non può sostituirsi allo stesso giudizio, peraltro adeguatamente motivato dall'Amministrazione. Le conclusioni cui giunge la citata sezione individuano, pertanto, «un'improponibile alterazione della funzione giurisdizionale con un'inaccettabile trasformazione della stessa in attività di controllo».

per il *budget* della stessa P.A.; tali pareri potrebbero indubbiamente determinare, una volta sostituiti dall'ulteriore attività del giudice, un palese danno per l'apparato amministrativo, per violazione dei criteri di efficienza ed economicità.

Assume, allora, un ruolo fondamentale nei delicati rapporti tra P.A. e giudice il secondo modello sopra delineato, in base al quale l'utilizzo delle cognizioni tecniche da parte del medesimo organo giudiziario viene limitato ad un controllo di ragionevolezza e coerenza tecnica del comportamento amministrativo. In tale contesto l'intervento del giudice è, *prima facie*, più leggero, in quanto se è vero che la stessa autorità giudiziaria penetra nel procedimento amministrativo, tuttavia la sua attività si limita ad accertare se la decisione amministrativa sia stata presa nel rispetto delle leggi tecnico-scientifiche. Pertanto, il citato giudice, al termine del proprio ragionamento tecnico-giuridico e, ritornando all'esempio del sopra indicato settore degli appalti pubblici, accetterà la decisione ultima dell'amministrazione sull'offerta considerata anomala, ma a condizione che la medesima autorità amministrativa abbia tratto le proprie conclusioni dopo aver proceduto ad un'istruttoria completa. Da quanto sopra rappresentato si desume facilmente come l'intervento del giudice nel controllo della funzione amministrativa corrisponda totalmente al secondo modello analizzato.

A questo punto si capisce il ruolo assunto dalla consulenza tecnica; quest'ultima, infatti, rappresenta il mezzo processuale più adatto all'esame del procedimento di cognizione tecnica effettuato dall'amministrazione senza per questo dimenticare che i giudizi ed i pareri espressi dal consulente sono sempre al servizio dello stesso giudice.

In proposito, bisogna sottolineare come recente giurisprudenza ha ancora una volta delineato l'esclusiva competenza del giudice nel fissare e qualificare il fatto escludendo *in toto* che tale attività possa essere delegata al c.t.u.; alla base di tale principio risulta che il medesimo giudice, essendo *dominus* della stessa qualificazione del fatto, non deve recepire acriticamente le risultanze della richiamata c.t.u.. Ciò che in realtà rileva non è la valutazione finale dell'esperto, bensì il percorso conoscitivo che lo stesso consulente ha seguito; quanto sopra indica le modalità che dovranno essere rispettate per un corretto inserimento della c.t.u. nel rapporto processuale. La recente giurisprudenza, dopo un'attenta analisi dei due modelli di sindacato *forte e debole*, giunge alle conclusioni sopra richiamate, ossia allo svolgimento illegittimo del controllo di tipo *forte* e, pertanto, alla conclusione che il potere amministrativo sia soggetto al sindacato di tipo *debole* (2).

(2) *Ex plurimis* Cons. St., sez. V, 5 marzo 2001, n. 1247 dove ancora una volta viene esaminata la *querelle* dei rapporti tra sindacato *forte* e sindacato *debole* mettendo in risalto i maggiori problemi d'ingerenza dell'apprezzamento soggettivo del giudice, con la conseguente propensione della stessa sezione verso il tipo *debole*. Inoltre, nella stessa sentenza, vengono evidenziate le interconnessioni tra la valutazione dell'interesse pubblico e la semplice opinabilità del giudizio.

Le problematiche sopra rappresentate caratterizzano una situazione amministrativa che è rimasta per lungo tempo fossilizzata su concetti che, seppur in qualche occasione astratti, hanno tuttavia e per lungo tempo individuato gli istituti rientranti nell'ambito del diritto amministrativo.

Recentemente tale assetto è stato notevolmente scosso con la configurazione del nuovo atto amministrativo informatico che ha causato un problema di definizione dello stesso istituto e del relativo inquadramento giuridico.

Il processo di informatizzazione, consistente nel ricorso sempre più diffuso all'utilizzo dell'elaboratore elettronico nella regolamentazione dei rapporti sociali, ha fatto ingresso anche nel mondo della pubblica amministrazione, processo a sua volta collegato allo stesso concetto della teleamministrazione, svolta quest'ultima dalla P.A. per mezzo di terminali collegati ad un centro di elaborazione dati.

Le finalità dell'istituto *de quo* consistono, come è ormai noto, nel miglioramento dei servizi, nella trasparenza dell'azione amministrativa ed, *in primis*, nel contenimento dei costi dell'attività della stessa P.A., nel rispetto di quel sopra indicato *budget* che assimila ormai a tutti gli effetti l'ordinamento ed il *modus agendi* della P.A. alla vera e propria impresa. Naturalmente il passaggio dall'amministrazione «cartacea» all'amministrazione «automatizzata» comporta difficoltà operative e pragmatiche; infatti, il problema essenziale consiste nel fatto che tutti gli atti amministrativi siano emanati in forma elettronica, ma proprio tale procedura può comportare difficoltà operative. Non vi è dubbio che la stessa emanazione degli atti amministrativi in formato elettronico deve essere oggetto di un'attenta modifica in modo che i necessari interventi degli uffici e delle amministrazioni possano essere compiuti, nei confronti dell'atto finale, su di un'unica pratica che fa riferimento al centro elaborazione dati. La procedura così individuata presuppone la creazione di quella particolare *rete unitaria* che permette la condivisione dell'atto amministrativo elettronico e la creazione di quelle particolari procedure relative all'adozione di *standard* nei confronti della stesura degli atti e, soprattutto, nel collegamento dei singoli domini delle amministrazioni al dominio della citata rete unitaria (D.Lgs. 12 febbraio 1993, n. 39 in materia di informatizzazione dell'attività delle amministrazioni).

Il quadro sistematico sopra individuato cerca di dare un risposta a tutta quell'attività amministrativa che sia concretamente automatizzabile. Tutto questo serve ad analizzare il procedimento di formazione dell'atto amministrativo informatico e, di conseguenza, i suoi effetti nell'ambito delle discrezionalità amministrativa e tecnica.

Bisogna, *in primis*, osservare che il citato atto amministrativo informatico è composto di due caratteristiche fasi: la prima concernente l'adozione dell'*atto programma* (o *atto-software*), la seconda consistente nell'emanazione dell'atto informatico (o *atto automatico*) (3).

(3) La materia dell'atto amministrativo elettronico e delle connesse responsabilità è dettagliatamente analizzata in «*Gli atti amministrativi ad elaborazione elettronica*» di DANIELE MARONGIU su <http://.spol.unica.it/teleamministrazione>.

La prima fase manifesta l'importanza nel momento in cui, nell'ambito dello stesso atto-programma, venga effettuata una sintesi della valutazione delle situazioni determinanti per l'esercizio di uno specifico potere della p.a., secondo lo schema logico dei c.d. *programmi condizionali* (se/allora), in base alla quale ogni volta che si realizza un fattispecie concreta A viene presa la decisione B. È utile rammentare che il predetto atto-programma non contiene in alcun modo la previsione del destinatario, in quanto quest'ultimo dovrà essere individuato nella successiva fase relativa all'emanazione dell'atto amministrativo informatico; solo in questo momento verranno immessi i dati relativi alla fattispecie singola i quali, elaborati secondo quanto stabilito nell'atto-programma, porteranno decisamente all'individuazione dell'atto puntuale che causerà effetti nella sfera giuridica del soggetto destinatario.

Le conseguenze che si traggono da quanto sopra rappresentato inducono a ritenere che l'adozione del succitato atto-programma implica necessariamente l'identificazione, nei confronti dello stesso, del fondamento giuridico; è facile immaginare che tale fondamento venga individuato nei principi di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97 Cost., che devono sempre permeare la potestà organizzatoria delle istituzioni pubbliche. In realtà, l'interpretazione rappresentata trova l'ulteriore riscontro in quanto affermato dall'art. 12 della sopra indicata legge 241/1990, in base al quale la medesima amministrazione ha l'obbligo di predefinire le regole della propria azione rese successivamente palesi in modo che ne venga garantito il sindacato giurisdizionale.

Problematiche interpretative sussistono, invece, in relazione alla *natura giuridica* ed alla *natura normativa* del già richiamato atto-programma. In merito al primo aspetto la dottrina maggioritaria afferma che in tal caso sussisterebbe una volontà formata della P.A. e non un atto che si deve ancora perfezionare; in relazione, invece, alla natura normativa ne viene rilevata la similitudine dello stesso atto-programma all'atto regolamentare. Tale affinità si riscontra soprattutto verso quei regolamenti *volizioni-azioni* che sono atti normativi, con efficacia *erga omnes*, lesivi *ex se* di posizioni individuali, direttamente impugnabili e differenti dai regolamenti *volizioni-preliminari*; quest'ultimi, al contrario, non sono autonomamente e immediatamente impugnabili e, rispetto ad essi, è impugnabile, insieme al regolamento, l'atto mediante il quale quest'ultimo riceve esecuzione.

Appare più consona ad un'interpretazione moderna e propensa a qualificare sempre di più l'attività amministrativa come attività moderna permeata da principi di «consensualizzazione», quella teoria che individua l'atto-programma come atto amministrativo che contiene istruzioni generali e astratte con le quali la stessa amministrazione indirizza le proprie decisioni con una preventiva individuazione delle modalità e dei contenuti. A tal punto si può agevolmente affermare che l'atto in argomento costituisca un *atto amministrativo generale a contenuto non normativo* che, indirizzandosi ad una pluralità indeterminata di soggetti, tende ad applicare secondo il programma elaborato alcune norme preesistenti. Ma se non sussistono più dubbi sulla natura normativa dell'atto in esame si deve, tuttavia, verificare la compatibilità dello stesso alla disciplina del procedimento amministrativo

ed, in particolar modo, l'affinità del medesimo atto ai principi di economicità e di efficacia richiamati dall'art. 1 della legge 241/1990. Infatti, l'atto in esame deve sempre essere adottato nel rispetto degli essenziali principi giuridici dell'azione amministrativa e delle specifiche e particolari discipline concernenti le materie interessate. Pertanto, dovranno essere sempre rispettati i principi generali (imparzialità, buona amministrazione, proporzionalità, riserva di legge etc.) e quelli specifici richiamati dalla già richiamata legge 241/1990 (economicità, efficacia, obbligo di motivazione, diritto di accesso, diritto di partecipazione dei privati al procedimento amministrativo etc.).

Le argomentazioni sopra riportate inducono l'interprete a valutare che proprio per la natura e per le caratteristiche dell'atto-programma l'attività giuridica oggetto di informatizzazione deve necessariamente essere ricondotta ad un *algoritmo*, consistente in un insieme ordinato di istruzioni l'applicazioni delle quali conduce ad una soluzione certa e predeterminabile. Difficoltà nell'adozione di atti mediante il *computer* si riscontrano nei confronti degli *atti di organi collegiali*, proprio perché l'esercizio di potestà affidato ad un collegio non è predeterminabile, come invece riguarderebbe la programmazione di un *computer*.

A tal proposito, si deve affermare che la tesi dominante ritiene che l'informatizzazione possa essere applicata solo a favore dell'*attività amministrativa vincolata*, con esclusione, pertanto, di quella discrezionale. Tale impostazione viene giustificata dal fatto che, essendo il potere discrezionale l'esercizio di una facoltà di scelta tra più soluzioni, tutte astrattamente possibili, per quella concreta che sia più idonea al raggiungimento dell'interesse pubblico, lo stesso potere sarebbe incompatibile con la predeterminazione di un programma limitato ad una serie di ipotesi. La dottrina in esame ha avanzato l'ipotesi dell'ammissione del processo di informatizzazione all'attività amministrativa a *bassa complessità*, in quanto in tale fattispecie le alternative possibili si riferiscono ad una successione limitata di passaggi. La medesima dottrina ha, altresì, confermato la possibilità di automazione per le fattispecie di *discrezionalità amministrativa tecnica*, attività, quest'ultima, che dal punto di vista amministrativo è vincolata, essendo il giudizio collegato all'applicazione di regole non giuridiche. Bisogna, altresì, rilevare che altro orientamento ammette l'utilizzazione dei processi di automazione indifferentemente per i tipi di discrezionalità, sulla base della relatività dei criteri distintivi dell'attività amministrativa in discrezionale e vincolata. Una cosa è certa: l'utilizzo del *computer* non elimina la fase riservata alle scelte ovvero all'esercizio del potere discrezionale, che, invece, viene valorizzata nel momento di preparazione del programma dove vengono riversate le scelte relative ad una serie di futuri provvedimenti, modificati da atti discrezionali in accertamenti semplici.

Il secondo momento del procedimento di formazione dell'atto amministrativo informatico è rappresentato dall'adozione dell'*atto automatico*, che produce effetti immediati nella sfera giuridica dei destinatari. Perplessità sorgono in merito alla natura giuridica dell'atto in questione, in quanto i dubbi riguardano la circostanza che possa essere qualificato provvedimento un prodotto della macchina che non sia più riferibile alla volontà di un funzionario.

Ma rivolgendo l'attenzione su questa problematica non si può negare che in realtà l'atto informatico viene sempre necessariamente imputato all'autorità, giacché è proprio l'autorità che predispone la decisione per determinati casi, proprio attraverso l'atto-programma. Infatti, con tale atto viene data attuazione alla legge per ogni singola fattispecie, conformemente alle differenti caratteristiche che vengono comunicate, tramite l'immissione di dati, dalla stessa autorità al *computer*: la conseguenza di tutto questo è che la stessa autorità sia *dominus* dell'intero procedimento, in base all'equazione matematico-giuridica per cui il *computer* potrà compiere operazioni previste solo dal programma.

Si deve a tal punto soffermare l'attenzione sulle conseguenze giuridiche che l'atto telematico determina, che si concretizzano su tre problematiche: l'attribuzione degli atti, l'impossibilità di contraffazione degli stessi, la sicurezza delle comunicazioni tra le pubbliche amministrazioni e con gli utenti.

In merito a tali questioni si evidenzia come in realtà sussista una stretta connessione tra rilevanza giuridica, aspetti telematici e relative interconnesse responsabilità. Certamente il sistema tradizionale di cifratura a chiave simmetrica prevede l'utilizzo di una singola chiave sia per la cifratura sia per la decifratura. Tale sistema se è in grado, da un lato, di assicurare la riservatezza di un'informazione, dall'altro, rileva aspetti di debolezza in relazione all'autenticità, essendo possibile che il mittente possa essere facilmente sostituito una volta che si sia venuti a conoscenza dell'unica chiave. Per risolvere tali difficoltà è stato elaborato un sistema di crittografia più moderno che si basa sulla presenza di due chiavi, una privata e un'altra pubblica, differenti tra di loro in quanto la prima ha la funzione di cifrare, mentre la seconda serve a decifrare e che risulta essere caratterizzato dalla presenza della *firma digitale*; si deve rammentare che il sistema della doppia chiave simmetrica è stato definitivamente regolamentato dal d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, la cui peculiarità consiste nell'aver dato una precisa definizione dei termini di documento informatico e di firma digitale, l'utilizzo della quale richiede anche l'esecuzione di una particolare procedura di certificazione.

A tal proposito è utile precisare che il recente D.Lgs. 23 gennaio 2002, n. 10, recante attuazione della direttiva 1999/1993/CE relativa ad un quadro comunitario per le firme elettroniche, ha contribuito a rendere chiarezza sull'efficacia giuridica dei documenti informatici, in base alle diverse fattispecie di firma digitale utilizzata. L'importante considerazione è che in tutti i documenti informatici emanati dalle amministrazioni la firma autografa o la firma, comunque prevista, è sostituita a tutti gli effetti giuridici dalla medesima firma digitale; inoltre, il documento informatico trasmesso per via telematica equivale alla notificazione per mezzo della posta.

Un'ulteriore interessante questione deve essere affrontata in merito ai vizi che possono inficiare il procedimento telematico ed ai rimedi necessari per poter ovviare ai vizi in argomento: quest'ultimi possono manifestarsi negli errori della macchina, nei vizi derivanti dall'*input*, relativi ai dati immessi nel *computer* e nei vizi che inficiano l'atto-programma in modo tale che in tale fattispecie, per il principio di derivazione, l'illegittimità del programma si ripercuote sul definitivo atto finale.

Ma bisogna anche rilevare che, secondo quanto evidenziato da autorevole dottrina, la classica forma di controllo che, partendo dall'atto finale, ripercorre tutto il procedimento, trova una difficile collocazione nell'ambito del procedimento che si basa su atti amministrativi informatici. La possibilità di poter effettuare un controllo sullo stesso procedimento telematico risiede sulla circostanza che lo stesso controllo si svolga in due fasi: la prima, concernente l'atto-programma e la sua legittimità, deve essere esaminata *una tantum*; la seconda, dovrà verificare sempre i determinati profili di legittimità del singolo atto finale. La dottrina ha affermato a tal fine che, insieme all'atto finale, venga impugnato anche l'atto-programma, per tutti quelli che non ne hanno avuto in precedenza conoscenza.

Naturalmente l'equiparazione atto giuridico-atto telematico vale in relazione ai rimedi generali previsti da determinati istituti: dall'annullamento nel caso in cui i medesimi vizi causino illegittimità ineliminabili, dalla riforma, nel caso in cui gli stessi vizi di legittimità possano essere eliminati, dalla rettifica in caso di errori di macchina e, in presenza dei presupposti, dalla convalida e dalla rinnovazione. Particolare rilievo assumono le conseguenze in merito all'adozione di un atto che provochi un evento dannoso, con l'eventuale responsabilità della P.A. nei confronti del danneggiato. A tal fine si rammenta che neppure la presunzione di colpa introdotta dalla giurisprudenza, basata sull'equazione responsabilità della P.A./colpevolezza del dipendente, è riuscita a fornire un'adeguata risposta alla tutela contro i danni causati dall'adozione di atti informatici. In realtà, la *questio iuris* circa l'imputabilità dell'atto informatico trova difficile soluzione per la particolarità che alla formazione dello stesso partecipano una varietà di soggetti (banche-dati, tecnici etc.); al contrario, proprio per la particolarità di tale situazione, un meccanismo di tutela a favore del danneggiato potrebbe essere garantito dalle fattispecie della responsabilità oggettiva.

Sulla base di quanto rappresentato si devono esaminare i rilievi giuridici e non assunti dal contratto telematico ed i conseguenti effetti dello stesso sull'*e-commerce*, sull'*e-procurement* e sul settore delle aste *on-line*.

La dottrina ha evidenziato la differenziazione tra contratto *telematico*, in relazione alla forma con cui il medesimo contratto viene stipulato, ed il contratto *informatico*, in relazione invece all'oggetto, elemento quest'ultimo che contribuisce maggiormente alla qualificazione di un contratto come contratto informatico. Si rileva che nei contratti telematici esiste una diversità di concetti legali di fronte al termine unico di soggetto del negozio: il soggetto-autore che partecipa al processo di determinazione e formazione dell'atto negoziale ed il soggetto- parte cui spettano gli interessi regolati con il negozio. Nell'accordo telematico *inter absentes* si può con sicurezza identificare solo il soggetto-parte, che risulta dal contratto, e non anche il soggetto-autore; quindi, il problema principale è quello dell'imputabilità giuridica dei dati trasmessi da un soggetto individuato inequivocabilmente.

La *questio iuris* coinvolge direttamente le problematiche circa la valida stipulazione per via telematica del contratto per il quale la legge prescrive la forma dell'atto pubblico. In realtà, il contratto in esame, come ogni accordo tradizionale, rappresenta l'incontro tra proposta e accettazione. In merito a

tale punto si richiamano due diverse scuole di pensiero: una (N. Irti) afferma che «l'accordo, quale risultato di un dialogo linguistico permeato della soggettività delle parti, in quanto tale, non è più concepibile negli scambi che caratterizzano la moderna economia capitalistica, a vantaggio della pura oggettività di cose, immagini, gesti anonimi e ripetitivi»; l'altra (Oppo) osserva che «l'accordo, ottenuto mediante il procedimento delineato nell'art. 1326, comma 1 c.c., conosce anche altri meccanismi attraverso i quali può perfezionarsi ed esistere tra le parti. Il riferimento normativo esplicito è agli artt. 1327 e 1333 c.c., laddove c'è accordo ma non c'è dialogo fra le parti. Pertanto il problema procedurale più importante dell'accordo telematico che si perfeziona tramite *e-mail* consiste nel fatto se sia o meno estensibile quanto previsto dagli articoli 1326 e 1335 c.c. alle transazioni *on line*; il primo, al co. 1, dispone che il contratto risulterà concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta avrà conoscenza dell'accettazione dell'altra parte; il secondo si riferisce a tutti gli atti recettivi, e in particolare alla proposta, all'accettazione e alla revoca, i quali producono effetto dal momento in cui giungono a conoscenza del destinatario. Essendo in realtà molto difficile fornire la prova che il destinatario abbia avuto effettiva notizia di tali atti, sarà sufficiente, perché possano sortire gli effetti desiderati, che questi giungano all'indirizzo del destinatario, salvo sempre che quest'ultimo non provi di essere stato, senza sua colpa, nell'impossibilità di averne notizia. La dichiarazione effettuata a mezzo *e mail* sarà efficace appena è memorizzata dalla cassetta di posta elettronica del destinatario, indipendentemente dal momento in cui questi ne prende visione. È però evidente che lo scambio di proposta e accettazione attraverso *internet* può determinare una situazione di incertezza quanto alla data e al luogo di conclusione del contratto e, di conseguenza, l'insorgenza di problematiche inerenti alla ripartizione del rischio relativamente alla trasmissione del messaggio tra dichiarante e ricevente. La giurisprudenza a tal fine ha affermato che la dichiarazione si considera conosciuta nel momento in cui entra nella sfera del controllo del ricevente, che potrà contestare la mancata ricezione solo nei casi in cui ciò non dipenda da un fatto a lui riferibile come, ad esempio, nel caso di trasmissione di un documento tramite fax cui segue il rapporto di trasmissione di «ok»: in tale situazione il mancato o difettoso funzionamento dell'apparecchio ricevente si imputa al destinatario del messaggio.

Cercando, a tal punto, di evidenziare le connessioni tra contratto telematico, particolare *species* di contratto digitale, ed attività amministrativa della P.A., con lo specifico riferimento all'attività contrattuale amministrativa, giova utile rammentare che per gli stessi contratti digitali occorre fare una distinzione tra *contratti digitali in senso ampio* e *contratti digitali in senso stretto*. I primi sono quelli che, pur essendo stati conclusi elettronicamente, hanno per oggetto la consegna di un bene materiale, o che, comunque, non hanno avuto adempimento in forma esclusivamente digitale, come ad es. nell'acquisto di un libro o nella compravendita di un immobile. La seconda categoria di contratti digitali consiste nell'esecuzione della prestazione interamente e direttamente tramite il trasferimento elettronico di dati, come nel caso di acquisto di un *software* effettuato tramite *internet*, o nella consulta-

zione, a pagamento, di una banca-dati, direttamente on-line; è evidente, in tal senso, che alle due tipologie di contratti digitali si applicano la disciplina dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali, ossia fuori dai tradizionali negozi. Si rammenta, a tal proposito, che nei contratti conclusi *on-line* il luogo della conclusione è quello nel quale ha sede *il server*, ossia il *computer* centrale.

Quanto sopra evidenziato intende mettere in risalto le recenti aperture della P.A. verso il mercato privato e nei confronti del ricorso agli strumenti dell'*e-procurement*. In effetti, operando una scelta di un modello di *outsourcing*, la gestione dei processi di acquisto di beni e servizi viene delegata a società specializzate in rappresentanza dell'acquirente e mediante il sistema delle convenzioni.

Come è noto, secondo il citato modello dell'*outsourcing*, la società viene selezionata con procedure di evidenza pubblica e, contestualmente, la stessa si impegna ad accettare gli ordinativi delle singole amministrazioni in base ai prezzi ed alle condizioni stabilite nelle convenzioni stipulate con la società di consulenza delegata. Le convenzioni stipulate sono vincolanti per le amministrazioni centrali e periferiche che devono approvvigionarsi tramite di esse (*tying*), mentre a Regioni ed Enti locali è riservata la facoltà di aderirvi (*untying*). Bisogna rammentare che sebbene le convenzioni in argomento non sono vincolanti per le medesime amministrazioni, tuttavia, nel momento in cui si proceda all'acquisto di beni e servizi comparabili con quelli oggetto dell'accordo convenzionale, le stesse convenzioni costituiranno un parametro di riferimento, qualitativo e di prezzo, cui necessariamente debba farsi capo. Nell'ordinamento italiano il modello prescelto di *outsourcing* è connesso con un regime proprietario privato (il soggetto esterno alla P.A. è una S.p.A., anche se il capitale è detenuto dal Ministero dell'Economia e delle Finanze) e con un regime di *untying* (facoltà, appunto, di adesione alle convenzioni per alcune amministrazioni). Un ruolo fondamentale nel sistema di *e-procurement* introdotto nell'amministrazione riveste la Concessionaria servizi informatici pubblici-Consip S.p.A. (il Ministero dell'Economia è titolare di una partecipazione rappresentativa dell'intero capitale sociale della Società tramite la Consap S.p.A.) con funzione esclusiva di prestare servizi all'amministrazione pubblica; ad essa è stata affidata la realizzazione, la gestione ed il controllo delle procedure per la conclusione delle convenzioni con i fornitori di beni e servizi, nonché l'esecuzione di tutti i servizi informatici, telematici e di consulenza connessi a questa attività. La citata Consip è un organismo a struttura societaria con la funzione di perseguire attività di natura esclusivamente pubblicistica a favore dello Stato, è equiparata alle amministrazioni pubbliche e si configura, inoltre, come amministrazione aggiudicatrice. *In primis*, la società in argomento, prima di progettare e realizzare strumenti di *e-procurement*, e prima ancora di stabilire contatti con soggetti terzi e fornitori, acquisisce informazioni sulla domanda e sull'offerta presenti nel mercato in relazione a determinati beni ed esamina le strategie di approvvigionamento e fornitura. Successivamente, la Consip interviene nella fase di contrattazione tra amministrazione e fornitori, concludendo direttamente, per conto del Ministero dell'Economia e delle P.A., le relative

convenzioni. In merito a quest'ultima argomentazione si rileva che l'individuazione nella predetta struttura statale Consip dell'unico organo competente ad effettuare gli acquisti per le amministrazioni ha indotto la dottrina ad evidenziare un contrasto di tale situazione con l'affermazione sempre più forte di una logica di decentramento e di autonomia degli enti locali, alla luce della riforma del titolo V della Costituzione ed in violazione dello stesso principio costituzionale di sussidiarietà.

Con l'approvazione del d.P.R. del 4 aprile 2002, n. 101 (Regolamento recante criteri e modalità per l'espletamento da parte delle amministrazioni pubbliche di procedure telematiche di acquisto per l'approvvigionamento di beni e servizi) ed in relazione al d.P.R. 7 aprile 2003, n. 137 (in materia di firme elettroniche) e della legge 1° agosto 2003, n. 212 di conversione del decreto-legge del 24 giugno 2003, n. 143 (recante, tra l'altro, disposizioni urgenti in tema di versamento e riscossione di tributi, di Fondazioni bancarie e di gare indette dalla Consip S.p.A.), si sono poste le basi per rendere effettivamente operative le procedure per l'acquisto *on line* di beni e servizi nelle P.A. Il fine è quello di rendere più rapidi le fasi della gara fino all'aggiudicazione dell'appalto, con la contemporanea riduzione dei costi ottenuta con l'abbattimento dei prezzi su beni e servizi oggetto delle convenzioni. Il quadro che viene così a realizzarsi individua l'innovatività delle procedure telematiche, intese quest'ultime come alternativa agli attuali sistemi per gli approvvigionamenti di beni o servizi e come un valido supporto alle classiche forme di scelta del contraente e come un vero e proprio aiuto ai tradizionali modi di negoziazione.

Il ricorso sempre più frequente all'utilizzo degli strumenti informatici è finalizzato, come detto, alla semplificazione delle procedure della predetta attività di negoziazione, la quale coinvolge necessariamente anche la tipica attività amministrativa di verbalizzazione della gara; quest'ultima può essere effettuata con la sopra richiamata firma digitale dal responsabile del procedimento e dall'ufficiale rogante, in relazione all'approvazione del contratto tramite strumenti telematici. I conseguenti effetti giuridici che nascono da tali attività e, *principaliter*, le nuove problematiche sostanziali e procedurali inducono ad individuare quella che potrebbe tranquillamente essere definita come la nuova *impugnazione telematica* dei provvedimenti lesivi. Il concetto di per sé risulta altamente innovativo, anche in considerazione di quanto disposto dal d.P.R. del 13 febbraio 2001, n. 123, sull'uso degli strumenti informatici nei processi; ma se si presta attenzione alla portata innovativa della predetta situazione telematica si può scorgere una stretta correlazione tra amministrazione telematica (o teleamministrazione) e procedimento amministrativo, con i necessari profili sulla partecipazione degli interessati allo stesso procedimento. Gli aspetti sopra richiamati trovano un collegamento diretto con la progressiva e connessa instaurazione della procedura relativa ai servizi dell'*e-government*, principio generale indicante la trasformazione della P.A. nell'innovativa e sostanziale figura dell'amministrazione «per risultati» coadiuvata proprio dall'attività telematica. In pratica, i richiamati procedimenti amministrativi, anche se caratterizzati da alta complessità, confluiranno virtualmente all'interno di un atto informatico e telematico che sarà il *fascicolo elettronico virtuale*.

La *quaestio iuris* che ha sempre interessato la posizione della migliore dottrina e della giurisprudenza concerne la netta contrapposizione tra procedura di automazione, prevista per le scelte discrezionali a bassa complessità, e negazione della stessa automazione in relazione alle scelte discrezionali a media ed alta complessità. Tale differenza si basa sull'attuale riferimento al concetto di informatica tradizionale, basata sull'uso di *software* in uso negli elaboratori elettronici, in contrapposizione a quegli studi che, invece, intendono simulare il funzionamento della mente umana e che sono protesi verso quel nuovo concetto dell'*intelligenza artificiale*, percorso che troverà indubbiamente degli ostacoli da superare in relazione ai diversi profili della responsabilità delle amministrazioni.

La richiamata *summa divisio* tra attività discrezionale e attività vincolata si basa sul fatto che le procedure amministrative discrezionali sono caratterizzate dalla presenza di almeno un elemento che non sia fissato dalla legge (*an, quid, quomodo o quando*); viceversa, nel caso in cui tali elementi non sono rimessi all'amministrazione, ma gli stessi sono determinati dal dettato normativo le predette procedure amministrative saranno vincolate. La suddivisione si ripercuote sul piano sostanziale concreto in base alla differenziazione dei provvedimenti amministrativi negli *atti negoziali*, dove si individua sempre uno spazio di discrezionalità per l'autorità amministrativa, e negli *accertamenti costitutivi*, ossia accertamenti della sussistenza dei requisiti di legge in presenza dei quali viene emanato il provvedimento come *atto dovuto*. L'automazione dell'attività vincolata non può che apportare benefici all'attività amministrativa sotto i profili costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento; problematiche sorgono, invece, nei confronti dell'attività discrezionale tradizionale in relazione alla possibilità per la stessa P.A. di autolimitare se stessa in tale funzione, ossia alla possibilità per la medesima P.A. di prefissare criteri generali che siano alla base della stessa attività e, pertanto, «a cascata», alla necessità di creare programmi informatici per l'emissione di atti amministrativi discrezionali. Ad un orientamento che esclude il ricorso all'esercizio dell'autolimita, si contrappone quella dottrina che invece lo giustifica e lo considera strettamente necessario proprio per l'attuazione dei principi di imparzialità e buona amministrazione, pervenendo, altresì, alla distinzione della discrezionalità dal mero arbitrio. Nella pratica, indipendentemente dal fatto che la P.A. adotti atti espliciti di autolimitazione, un limite implicito alle decisioni amministrative viene dato dalla *prassi amministrativa* che, consistendo proprio nel compimento di una scelta nell'ambito degli spazi di discrezionalità consentita, rappresenta un necessario parametro per future decisioni relativamente a simili fattispecie. Un'attenta dottrina afferma che la predeterminazione delle decisioni da assumersi non debba annullare la discrezionalità delle singole scelte, ma, al contrario, debba rappresentare per l'amministrazione una vera e propria guida che impedisca alla medesima P.A. di cadere nel mero arbitrio. A tal punto si deve osservare che il ricorso dell'amministrazione al predetto autolimita della propria attività discrezionale, tramite la procedura di automazione, rappresenta per la stessa un'ipotesi molto rigida che fa sorgere il dubbio sul fatto che la stessa funzione di autolimitazione sia sempre possibile nelle scelte discrezionali. Ancora una

volta tale possibilità si individua esclusivamente nelle scelte a *bassa complessità*, nell'ambito di quel generale fenomeno noto come «economia normativa», a favore, quindi, delle scelte discrezionali ed a scapito degli interventi normativi, mentre la stessa procedura di automazione è esclusa per le scelte a *media e alta complessità*. La configurazione che si è realizzata è stata definita dalla dottrina come automazione «a segmenti», ossia con l'automazione delle scelte discrezionali tipiche, ripetitive e a bassa complessità, e con la soggezione di tutte le altre, a media e alta complessità, all'attività del funzionario pubblico e, di conseguenza, con l'alternanza delle decisioni al calcolatore e all'organo amministrativo (4). L'ulteriore passo in avanti che caratterizzerà l'automazione delle scelte discrezionali delle amministrazioni ma che contestualmente potrebbe generare confusione in merito all'operatività delle medesime scelte, sotto i risvolti dei confini della discrezionalità amministrativa e di quella tecnica, è manifestato dalla sopra indicata intelligenza artificiale. Tralasciando improbabili aspetti virtuali, con tale denominazione si è tentato di individuare tutte quelle applicazioni informatiche dirette a riprodurre al calcolatore gli stessi meccanismi cognitivi della mente umana, con l'attribuzione allo stesso *computer* di quelle tipiche capacità dell'apprendimento, del compimento delle scelte e della creatività, fino ad arrivare all'assurda e possibile ma incomprensibile sostituzione dell'attività umana. La conseguente individuazione delle c.d. reti *neurali artificiali*, consistenti nella riproduzione al calcolatore delle connessioni tra i neuroni del cervello umano, sottolineano la fondatezza dei citati dubbi. La connessione delle predette reti con i c.d. *sistemi esperti*, programmi, quest'ultimi, dotati di alta tecnologia e capaci di riprodurre il comportamento di un essere umano in una determinata materia, potrebbero, tuttavia, risolvere molte questioni.

Ma se è vero che i sopra citati sistemi hanno trovato un'importante applicazione in vari settori specialistici come la medicina per scopi diagnostici o l'ingegneria genetica e che, sulla base di queste considerazioni, la dottrina ne ha sostenuto l'introduzione nel mondo giuridico con i vantaggi per l'attività discrezionale oggi riservati solo all'attività vincolata dall'informatica tradizionale (imparzialità, buona amministrazione etc.), tuttavia, un altro orientamento ne ha negato gli aspetti positivi per le medesime amministrazioni. Tale considerazione si baserebbe sulla circostanza che anche i programmi basati sulle reti neurali artificiali sarebbero caratterizzati da rigidità e dal rischio di un utilizzo acritico e riduttivo, tale da portare all'assurda con-

(4) Un esempio d'automazione «a segmenti» si ha nell'esclusione delle offerte anomale nelle gare d'appalto e della successiva aggiudicazione del vincitore dove, alla fase d'esame della documentazione presentata dalle imprese svolta dal calcolatore, segue il momento della decisione degli organi amministrativi sull'accoglimento o meno delle offerte. A tale fase seguirà il ritorno del calcolo al *computer* in merito alla graduatoria delle offerte, da cui scaturirà, infine, l'aggiudicazione. Tale fase, se basata sul metodo del *prezzo più basso*, sarà decretata automaticamente dal calcolatore a favore del vincitore, in base alla definizione oggettiva dell'offerta con il maggior ribasso; se, al contrario, si ricorrerà al metodo dell'*offerta più vantaggiosa* la decisione spetterà agli organi amministrativi in base alla combinazione di determinati fattori (prezzo, tempi d'esecuzione etc.).

figurazione di situazioni di efficienza formale ma allo stesso tempo di povertà sostanziale (G. Taddei Elmi). Tuttavia, l'aspetto positivo dei predetti sistemi aperti viene individuato nella funzione di ausilio compiuta dagli stessi a favore del funzionario pubblico, sempre, tuttavia, con la considerazione che il facile accesso tramite l'informatica giuridica ai testi legali potrebbe rallentare o addirittura fermare il processo di obsolescenza e desuetudine dei medesimi testi legali con la conseguente e pericolosa staticità del diritto. Da qui il necessario intervento umano diretto a razionalizzare l'uso degli strumenti informatici ed a fare in modo che non vengano conservati inutili testi che, sempre secondo il Taddei, causerebbe un elemento pericoloso per la dottrina e la giurisprudenza.

Ma ritornando alla già data definizione dell'atto amministrativo elettronico, si deve rammentare che nel procedimento amministrativo automatizzato l'elaboratore non solo memorizza e ricerca i dati, ma può effettuare anche l'automazione della stessa decisione amministrativa con la formazione, appunto, dei predetti atti amministrativi elettronici, con un profilo, pertanto, che interessa non solo aspetti formalistici, ma anche e soprattutto elementi della stessa decisione amministrativa.

A tal punto risulta facile confermare quanto sopra descritto, ossia che l'automazione dell'attività amministrativa è utile soprattutto nei confronti dell'*attività amministrativa vincolata*. Infatti, in tale fattispecie l'elaboratore compie le medesime cose che farebbe il funzionario pubblico, con però una maggiore efficienza ed uniformità; è, altresì, chiaro che le eventuali responsabilità ricadranno esclusivamente su chi ha inserito i dati nel *computer* o su chi ha predisposto il *software* che sulla base di quei dati stabilisce determinate conseguenze. È rilevante che l'amministrazione eserciti il proprio potere discrezionale in modo che le proprie decisioni siano più adatte alla fattispecie concreta, anche se in alcuni casi deve essere limitato un potere che diventa eccessivamente discrezionale. La procedura automatizzata è diretta proprio a limitare l'eccesso di discrezionalità in quei settori nei quali l'esercizio dello stesso potere discrezionale potrebbe essere oggetto di abuso, come ad es. nelle concessioni edilizie o nel riconoscimento di un'indennità di espropriazione per pubblica utilità.

Ma oltre che per gli atti vincolati, privi, come è noto, di discrezionalità, la procedura di automazione degli atti amministrativi può essere vantaggiosa per atti oggetto di interpretazione discrezionale, interpretazione che a sua volta sarà applicata a tutti gli atti di quel determinato tipo. Da ciò si desume che il veder automatizzabile l'attività vincolata, o l'attività a bassa discrezionalità, in quanto la stessa automazione riduce il potere discrezionale, ed essere dubbiosi nei confronti dell'automazione dell'attività ad alta discrezionalità, trova un valido fondamento. Infatti, nel caso di tale attività, la stessa automazione contemplerebbe la sottoposizione delle procedure amministrative ad adattamenti matematici concernenti gli algoritmi, con una conseguente tipizzazione minuziosa delle norme. Tutto questo è dovuto al fatto che il sistema non può ragionare in modo analogico, con il contestuale e fondato rischio che non siano previste tutte le fattispecie che possono verificarsi nei casi concreti. Bisogna, altresì, rammentare che nel descritto processo di

automazione, ai fini dell'imputabilità dello stesso atto automatizzato e della richiamata *impugnazione telematica* dei provvedimenti, l'assenza di una specifica volontà del funzionario non giustifica la totale assenza di volontà della stessa amministrazione, che resta determinante giacché la medesima P.A. ha fornito all'elaboratore le preventive ed univoche istruzioni attraverso il programma che muove lo stesso elaboratore.

Da quanto sopra rappresentato una fine dottrina (Duni Giovanni) ha individuato, nel processo di informatizzazione dell'attività amministrativa, la terza e finale fase della teleamministrazione (5).

Proprio per sottolineare le difficoltà che possono essere causate dagli effetti dell'atto informatico, risulta utile citare l'intervento del Tribunale di Cuneo del 15 dicembre 2003 sul documento siglato con firma leggera. Il tribunale piemontese ha sottoposto ad esame proprio la questione in argomento affermando che la *e mail* debba essere considerata una promessa unilaterale di pagamento (e/o una ricognizione di debito) sotto forma di scrittura privata. Infatti, il documento informatico (d.P.R. 445/2000) è valido e rilevante agli effetti di legge e, se sottoscritto con firma elettronica, soddisfa il requisito legale della forma scritta; per poter accedere ad un indirizzo *e mail* occorre inserire gli appositi dati identificativi (*username* e *password*) ed è proprio tale procedura di validazione che porta necessariamente a far acquisire al messaggio di posta elettronica il valore di documento informatico redatto in forma scritta. La conclusione cui giunge il citato tribunale sulla questione sottoposta, concernente un ricorso presentato da una società creditrice per il mancato pagamento di una somma di denaro per prestazioni e forniture, si manifesta nella circostanza che le stesse *e mail* inviate dalla società debitrice e contenenti la promessa unilaterale di pagamento legittimano la concessione del decreto ingiuntivo di pagamento.

Al riguardo si ritiene che la necessaria conformità se non a regole tecniche quanto meno a procedure uniformi sia inevitabile per la pubblica amministrazione ed anche per i privati, proprio per le conseguenze che possono derivare dall'utilizzo della procedura eseguita con la firma elettronica.

Risulta pertanto chiaro all'interprete osservare che il confine «telematico» tra discrezionalità pura e discrezionalità tecnica viene ormai individuato da quella che un noto pensiero (Borruso) chiama «giurimetria», consistente nella «scienza, resa possibile soltanto dall'uso del *computer*, di individuare e misurare, per ogni determinazione quantitativa o comunque di fatto affidata alla discrezionalità del giudice, le componenti variabili dalle quali scaturisce il giudizio, al fine di ragguagliare ogni nuova determinazione a quelle precedentemente applicate e di assicurare, così, in concreto, mediante

(5) L'Autore ha affermato che la prima fase è stata caratterizzata dall'introduzione di tecnologie di meccanizzazione per mezzo di schede perforate, cui ha fatto seguito la seconda fase, non ancora completamente terminata, caratterizzata dall'utilizzo di elaboratori elettronici come supporto allo svolgimento dell'attività amministrativa, ma senza il riconoscimento della validità giuridica degli atti in forma elettronica, con la necessaria conseguenza che l'attività amministrativa venga duplicata.

un sistema di confronto eseguito con l'ausilio di modelli statistici formati in base a classificazioni *standard* o scale predeterminate di punteggio, quella parità di trattamento (almeno approssimativa) alla quale i giudicandi hanno diritto anche rispetto ai giudizi discrezionali del magistrato». Da qui il conseguente corollario per cui sia indispensabile la trasparenza informatica dell'amministrazione della giustizia come vero rimedio agli eventuali pericoli delle varie *species* di discrezionalità; finalità raggiungibile solo con la costituzione di banche-dati ove sia costantemente monitorata tutta l'attività della pubblica amministrazione e delle relative connessioni con l'attività della giustizia amministrativa.

Gli effetti che l'atto telematico può produrre nell'ordinamento giuridico determinano problematiche sicuramente soggette a difficile soluzione, ma l'individuazione delle stesse aiuta l'operatore amministrativo ad intervenire efficacemente su tale questione. La giurisprudenza è intervenuta più volte sul tema ed ha cercato sempre di dare una risposta, *in primis*, ai delicati rapporti intercorrenti sulla questione *de qua* tra la P.A. ed il privato in materia di fornitura di dati necessari per l'avvio e la successiva continuazione dell'attività informatizzata, in relazione, quindi, ai nuovi aspetti del *modus operandi* delle discrezionalità amministrativa e di quella tecnica. A tal proposito, risulta utile citare l'intervento nel febbraio 1985 della Corte di appello di Torino; quest'ultima ha affermato che in un contratto di compravendita relativo ad un sistema di elaborazione elettronica di dati oggetto del negozio è l'intero sistema, da adattarsi alle esigenze dell'acquirente e, perciò, comprensivo anche del *software* come parte indefettibile per il raggiungimento degli scopi voluti dalle parti ed essenziale, pertanto, al sinallagma negoziale. L'importanza della pronuncia *de qua* viene in risalto proprio nei citati rapporti P.A. – impresa privata fornitrice del sistema di elaborazione dati in quanto l'omessa consegna di parte dei programmi ad opera della medesima impresa causa un inadempimento non di scarsa importanza, ai sensi dell'art. 1455 c.c., come tale giustificante la risoluzione del contratto. Ma gli interventi giurisprudenziali vengono pronunciati anche per tutelare, sempre secondo il sopra delineato schema P.A. – impresa privata, il privato che, a sua volta, potrebbe subire una conseguenza negativa per un comportamento della stessa P.A. Il Consiglio di Stato (6) è intervenuto nella materia dei contratti con la P.A. sulla circostanza che, in forza dei principi desumibili dall'art. 41 del r.d. 23 maggio 1924 n. 827, il ricorso alla trattativa privata con unico contraente è ammesso solo nei casi di oggettiva impossibilità di acquisire la prestazione da parte di altri contraenti, non riconducibili alla volontà o al precedente comportamento della stessa Amministrazione procedente; pertanto, soffermandosi sulla fattispecie relativa al contratto di informatizzazione, il supremo Organo amministrativo ha concluso che la proprietà del sistema di base non rende di per sé legittimo il ricorso alla trattativa privata ai fini della fornitura di sistemi applicativi e di sviluppo.

(6) Cons. Stato, sez. IV, 24 gennaio 1995, n. 29, in *Cons. Stato* 1995, I, 30.

Il processo di «telematizzazione» che sta sempre più interessando l'attività della pubblica amministrazione, ossia la trasformazione indubbiamente difficoltosa ma sempre costantemente univoca dell'atto amministrativo «manuale» nell'atto «informatico», il contestuale avvicinamento della stessa P.A. alle esigenze del *cives* nell'ottica della perdita da parte dell'amministrazione dell'aspetto concernente i delicati equilibri con i cittadini, il richiamato principio di «consensualizzazione» dell'attività amministrativa, mettono in risalto ancora una volta un processo ormai indirizzato verso un unico obiettivo: la voglia da parte della P.A. di rendersi più efficiente e più moderna, l'essersi resa conto dei cambiamenti veloci dell'ordinamento pubblico, ma soprattutto la volontà, da parte della medesima Amministrazione, di potersi avvantaggiare di queste iniezioni indubbiamente dolorose ma quanto mai necessarie di diritto privato.

Quello che ormai rappresentava agli occhi di tutti una novità giuridica senza precedenti, consistente nella recente e nello stesso tempo lontana legge 241/1990, ha sentito ad un certo punto il bisogno di scrollarsi di dosso quelle vesti ormai francamente vissute e forse fuori moda dell'*agere administrandi* carismatico e fin troppo gerarchico, basato proprio su quella distinzione della discrezionalità amministrativa e della discrezionalità tecnica troppo restrittiva e, forse, superata. Ecco allora l'occasione storica per la P.A. di cambiare completamente l'obiettivo da raggiungere: non più l'imposizione dall'alto del proprio atto amministrativo e neppure la preclusione al singolo ad entrare nel «proprio» procedimento amministrativo privo ormai di insuperabili porte blindate, ma la possibilità per la stessa di presentarsi più moderna ed efficiente e, soprattutto, più compatta nel raggiungimento del citato obiettivo.

Tutto questo, grazie ai fondamentali istituti di diritto civile ed a quella particolare fattispecie della «responsabilità da contatto sociale qualificato», l'ha resa forse un po' più debole, ma indubbiamente le ha attribuito quell'aspetto più umano e più giusto verso la comunità. Un contributo, quest'ultimo, che è stato proprio fornito dall'affermazione dell'atto informatico, anche alla luce del progetto di riforma della sopra indicata legge 241/1990 che ha disposto, tra l'altro, che «per conseguire maggiore efficienza, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati, nelle forme previste dal testo unico in materia di documentazione amministrativa di cui al d.P.R. 445/2000 e successive modificazioni».

RECENSIONI

«*Il rapporto di lavoro alle dipendenze degli enti locali*», a cura di GIUSEPPE DE MARZO e ROBERTO TOMEI, Cedam, Padova, 2004, pp. XXV-921, € 70.

Prendendo le mosse dalla storia del rapporto di lavoro presso gli Enti locali durante l'età liberale e il ventennio fascista, il volume ne descrive l'evoluzione sino alle recenti riforme ed alla revisione costituzionale che ha esaltato il ruolo della burocrazia locale, elevata a protagonista nel contesto del nuovo ordinamento repubblicano.

L'esposizione si sviluppa in sei parti riguardanti, oltre ai profili storici e generali, la contrattazione collettiva e la rappresentanza sindacale, la disciplina del rapporto di lavoro (dall'accesso alle varie vicende modificative fino all'estinzione), la flessibilità, la dirigenza e i segretari comunali e provinciali.

Aggiornato all'ultimo contratto collettivo nazionale, stipulato il 22 gennaio 2004 e relativo al quadriennio 2002-2005, il volume, attraverso un'attenta disamina dei principi e degli istituti del rapporto di lavoro alle dipendenze delle Regioni e degli Enti locali, evidenzia le connessioni esistenti tra la disciplina del rapporto di impiego privatizzato e le esigenze di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, riportando le soluzioni elaborate dalla dottrina e gli orientamenti provenienti dalla giurisprudenza. Oltre alla conoscenza del nuovo assetto del rapporto di lavoro, il volume offre così un contributo chiarificatore relativamente alle problematiche applicative del contratto e si presenta, anche grazie all'ampio e dettagliato indice analitico che lo correda, come un valido strumento di ausilio per tutti gli operatori del settore.

Prof. Luciano Bologna

INDICI SISTEMATICI

1 - ARTICOLI, NOTE, DOTTRINA, RECENSIONI

<i>Tecniche normative, orientamenti interpretativi e contenzioso. Dal seminario svoltosi il 5 marzo 2004 presso l'Avvocatura Generale dello Stato. Interventi di: FRANCESCO PAOLO CASAVOLA, GLAUCO NORI, FRANCESCO GALGANO, LORENZA CARLASSARE.</i>	<i>pag.</i>	449
MASSIMO BACHETTI, MARTINA SINISI, <i>Omesso avviso al difensore nel giudizio di cassazione penale. Mancanza di strumenti di tutela</i>	»	603
LUCIANO BOLOGNA, recensione a <i>Il rapporto di lavoro alle dipendenze degli enti locali</i> , a cura di Giuseppe De Marzo, Roberto Tomei	»	731
FAUSTO CAPELLI, <i>L'accordo raggiunto dai 25 Stati membri sul testo della «Costituzione europea» rappresenta un grande successo</i>	»	485
IGNAZIO FRANCESCO CARAMAZZA, <i>Limiti all'irresponsabilità del Presidente della Repubblica</i>	»	547
NICOLA CIRILLO, <i>Il diritto di accesso e l'attività di diritto privato della pubblica amministrazione</i>	»	675
GIUSEPPE FIENGO, <i>La via amministrativa sul condono edilizio</i>	»	572
OSCAR FIUMARA, <i>La nuova disciplina del falso in bilancio al vaglio della Corte Costituzionale</i>	»	561
OSCAR FIUMARA, <i>Sulla nozione di agente commerciale</i>	»	488
MARIA ROSARIA FUMAROLA, <i>Inquinamento elettromagnetico da elettrodotti</i>	»	685
MARIA VITTORIA LUMETTI, <i>Atto meramente confermativo e impugnativa</i>	»	630
MARIA VITTORIA LUMETTI, <i>Impugnazione della Conferenza dei Servizi e legittimazione ad agire</i>	»	635
MARCO NATOLI, <i>Ambiti di operatività della discrezionalità amministrativa e di quella tecnica alla luce dell'informatizzazione dell'attività amministrativa</i>	»	712
ANTONIO PALATIELLO, <i>«Legge Pinto» e controversie tributarie</i>	»	614
GIANCARLO PAMPANELLI, <i>In tema di annullamento dell'aggiudicazione: riflessi sul contratto d'appalto stipulato per la realizzazione di opera pubblica e tutela risarcitoria</i>	»	618

2 - INDICE DELLE SENTENZE

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE	
sez. 1 ^a , ord. 10 febbraio 2004, nella causa C-85/03	pag. 489
 CORTE COSTITUZIONALE	
Sent. 24-26 maggio 2004 n. 154	» 547
Sent. 26 maggio-1 giugno 2004 n. 161	» 563
Ord. 26 maggio-1 giugno 2004 n. 165	» 563
Sent. 28 giugno 2004 n. 196	» 576
Sent. 28 giugno 2004 n. 197	» 596
Sent. 28 giugno 2004 n. 198	» 597
Sent. 28 giugno 2004 n. 199	» 599
 CORTE DI CASSAZIONE	
Ord. 27 luglio 2000	» 613
Sez. 1 ^a , sent. 17 giugno 2004 n. 11350	» 614
 CONSIGLIO DI STATO	
Sez. 4 ^a , 27 ottobre 2003 n. 6666	» 624
 TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA TOSCANA	
Firenze, sez. 1 ^a , ord. 4 febbraio 2004 n. 165	» 633
Firenze, sez. 1 ^a , ord. Cam. cons. 20 aprile 2004, n. 456	» 638

3 - INDICE DEGLI ARGOMENTI

ACCESSO E RISERVATEZZA – Improcedibilità per difetto di interesse – Inammissibilità per mancata notifica ai controinteressati (<i>TAR Toscana, Firenze, sez. 1^a, ord. 4 febbraio 2004 n. 165</i>)	» 630
AMBIENTE – Urbanistica – Condono edilizio – Questioni di legittimità costituzionale – Conflitto tra Governo e autonomie regionali – Decisioni sulla fase amministrativa – Spetta alle regioni (<i>Corte Cost.le, 28 giugno 2004 nn. 196, 197, 198, 199</i>)	» 572
APPALTI – Contratti per realizzazione di opera pubblica – Annullamento dell'aggiudicazione – Tutela risarcitoria (<i>C.d.S., sez. 4^a, 27 ottobre 2003 n. 6666</i>)	» 618
COMUNITÀ EUROPEE – Nozione di agente commerciale – Direttiva del Consiglio 86/653/CEE – Coordinamento dei diritti degli Stati membri – Si applica alle persone che agiscono in nome proprio (<i>Corte di Giustizia CE, sez. 1^a, ord. 10 febbraio 2004, nella causa C-85/03</i>)	» 488
CONFERENZA DI SERVIZI – Impugnazione – Legittimazione ad agire dei cittadini di Firenze – Non sussistenza del <i>fumus</i> (<i>TAR Toscana, Firenze, sez. 1^a, ord. 20 aprile 2004, n. 456</i>)	» 635
CONFLITTO DI ATTRIBUZIONI tra poteri dello Stato – Legittimazione a sollevare il conflitto – Presidente della Repubblica – Responsabilità in relazione a	

dichiarazioni rese durante il mandato – Spetta all’Autorità giudiziaria accertare se costituiscano esercizio delle funzioni (<i>Corte Cost.le, 24-26 maggio 2004 n. 154</i>)	pag.	547
GIUDIZIO PENALE – Mancata comparizione del difensore dell’imputato per omessa notifica – Nullità della sentenza, sanata dal giudicato (<i>Cassaz., ord. 27 luglio 2000</i>)	»	603
PROCESSI – Ragionevole durata («legge Pinto») – Equa riparazione – Controversie tributarie (<i>Cassaz., sez. 1^a, 17 giugno 2004 n. 11350</i>)	»	614
REATI E PENE – False comunicazioni sociali – Dichiarazione infedele – Ipotesi contravvenzionale e ipotesi delittuosa – Prescrizione – Questioni di legittimità costituzionale – Inammissibilità (<i>Corte Cost.le, 26 maggio-1 giugno 2004, sent. n. 161 e ord. n. 165</i>)	»	561

4 - PARERI

A.G.S. – Comunicazione di servizio n. 107, prot. n. 93110 – Circolare n. 37, prot. n. 93115, del 1° luglio 2004.		
Contenzioso in materia di tasse e concessioni governative. Istruzioni operative	pag.	641
A.G.S. – Parere del 23 marzo 2004, n. 44028.		
Legge 22 dicembre 1999, n. 512, istitutiva del Fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso. Notifiche ex art. 5 (<i>consultivo n. 18678/02, avvocato S. Sabelli</i>)	»	644
A.G.S. – Parere dell’8 aprile 2004, n. 51975.		
Determinazione indennità di carica spettante ai Presidenti delle Autorità portuali (<i>consultivo n. 39223/03, avvocato F. Clemente</i>)	»	647
A.G.S. – Parere del 9 aprile 2004, n. 52725.		
Gara a procedura ristretta per lo svolgimento di servizi di sviluppo e gestione del Sistema Informativo dell’Istruzione – Comportamento da adottare a seguito delle sentenze n. 1458/04 e 1459/04 (<i>contenziosi n. 13160/03 e 12629/03, avvocato V. Nunziata</i>)	»	649
A.G.S. – Parere del 9 aprile 2004, n. 52885.		
Se l’Istituto per il Commercio con l’Estero, quale ente pubblico, possa avvalersi del disposto dell’art. 8 del D.L. n. 79/1997, conv. con legge n. 140/1997, cedendo a terzi i propri crediti relativi ad attività istituzionali e promozionali (<i>consultivo n. 15296/00, avvocato V. Nunziata</i>)	»	654
A.G.S. – Parere del 19 aprile 2004, n. 56997.		
Art. 21 R.D. 1611/1993 – Applicabilità alle liquidazioni di diritti ed onorari dell’incremento del 10% a titolo di «spese generali» ex art. 15 D.M. n. 585/1994 (<i>consultivo n. 6526/03, avvocato G. D’Elia</i>)	»	655
A.G.S. – Parere del 23 aprile 2004, n. 59153.		
Questioni di massima concernenti procedura esecuzione obbligo alimentare – Convenzione internazionale di New York del 20 giugno 1956 (<i>consultivo n. 5736/01, avvocato S. Sabelli</i>)	»	658

A.G.S. – Parere del 23 aprile 2004, n. 59384.

Modalità di recupero dei crediti erariali nei confronti di dipendenti statali da sentenza della Corte dei Conti (ritenuta – esecuzione mobiliare o immobiliare - iscrizione a ruolo). Parere reso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Milano. Art. 2, commi 1 e 4 del d.P.R. n. 260/1998 (*consultivo n. 12383/1999, avvocato P. Marchini*) pag. 661

A.G.S. – Parere del 24 maggio 2004, n. 75845.

Esami di avvocato – Ordinanze cautelari di sospensione del giudizio – Riesame della commissione: limiti ed effetti – Condotta da tenere nella gestione del contenzioso (*consultivo n. 19542/04, avvocato W. Ferrante*) » 663

A.G.S. – Parere del 28 maggio 2004, n. 78259.

Rimborsabilità delle spese di giudizio sostenute da funzionari dello Stato nel corso di giudizi di responsabilità amministrativa conclusisi con una sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione (*consultivo n. 1156/04, avvocato M. Giannuzzi*) » 666

A.G.S. – Parere del 16 giugno 2004, n. 86211.

Appello avverso sentenza del Giudice di Pace – Operatività del «foro erariale» (*consultivo n. 22380/04, avvocato A. Palatiello*) » 667

A.D.S. Bari – Parere del 1° aprile 2004, n. 10178. (Parere in via ordinaria).

Liquidazione spese di custodia veicoli sequestrati – Prescrizione (*consultivo n. 2419/03, avvocato P. G. Marrone*) » 669