

ANNO LVI - N. 1

GENNAIO-MARZO 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: *Paola Balacco – Giorgio Cesari – Marzia Ciafrino – Francesco Cocco – Gianpaolo Cogo – Aldo Cosentino – Giorgio D'Amato – Alessandro De Rocchi – Mario Di Carlo – Wally Ferrante – Giancarlo Ferrero – Marco Fratini – Maurizio Iacono Quarantino – Sergio La Porta – Pio Giovanni Marrone – Gianfranco Mascazzini – Giuseppe Novaresi – Silvana Pagliara – Gianpaolo Polizzi – Vincenzo Rago – Ester Renella – Gianpaolo Schiesaro – Giuseppe Stipo – Paolo Togni – Pietro Cesare Vincenti*.

SEGRETERIA DI REDAZIONE: *Francesca Pioppi*.

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

#### ABBONAMENTI ANNO 2004

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

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

*Per abbonamenti e acquisti rivolgersi a:*

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

Funzione Editoria

P.zza Verdi, 10 – 00198 Roma

Tel. 0685082207 – 0685084124

Fax 0685084117

E-mail: [venditeperiodici@ipzs.it](mailto:venditeperiodici@ipzs.it)

c/c postale n. 387001

*Stampato in Italia – Printed in Italy*

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

(P401014/1) Roma, 2004 — Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A. – S.

# INDICE – SOMMARIO

## TEMI ISTITUZIONALI

<i>Il contenzioso a tutela dell'ambiente</i> (atti del seminario del 1° marzo 2004 presso l'Avvocatura Generale dello Stato) . . . . .	Pag.	1
<i>Interventi di:</i> Giuseppe Stipo, Sergio La Porta, Giancarlo Ferrero, Maurizio Fiorilli, Gianfranco Mascazzini, Gianpaolo Schiesaro, Giuseppe Fiengo, Giorgio Cesari, Gianpaolo Polizzi, Giuseppe Novaresi, Pio Giovanni Marrone, Aldo Cosentino, Gianpaolo Cogo, Mario Antonio Scino, Ester Renella, Francesco Cocco, Paolo Togni, . . . . .	»	2
<i>Studi e contributi di:</i>		
Maurizio Fiorilli . . . . .	»	59
Giampaolo Schiesaro . . . . .	»	69
Pio Giovanni Marrone . . . . .	»	104

## IL CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

<i>Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici</i> , di Mario Antonio Scino e Alessandro De Rocchi . . . . .	»	131
1. — <i>Le decisioni:</i>		
<i>La Corte CE entra nel diritto di famiglia</i> , 7 gennaio 2004, C-117/01, di Roberto de Felice . . . . .	»	135
<i>Ferie e congedo di maternità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia</i> , sez. 6 <sup>a</sup> , 18 marzo 2004, C-342/01, di Pietro Cesare Vincenti . . . . .	»	142
<i>Le «quote latte»: l'Italia è in regola</i> , sez. 6 <sup>a</sup> , 25 marzo 2004, C-231/00 ed altre, di Oscar Fiumara . . . . .	»	157
2. — <i>I giudizi in corso alla Corte di Giustizia CE</i> . . . . .	»	170

## IL CONTENZIOSO NAZIONALE

Dossier: <i>A proposito di recenti controversie sull'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche</i> , di Mario Di Carlo . . . . .	»	231
<i>La Croce, «scandalo per i Giudei, stoltezza per i pagani» è ancora un segno di contraddizione per la nostra società?</i> , di Vincenzo Rago . . . . .	»	248
<i>I documenti</i> , a cura di Roberto de Felice . . . . .	»	254
Antonio Palatiello (a cura di), dossier, <i>Il termine ragionevole del processo e le Sezioni Unite: davvero non c'è altro da dire?</i> (Cassaz., S.U., sent. 26 gennaio 2004, n. 1338, 1339, 1340) . . . . .	»	276
con ulteriore contributo: Roberto de Felice, <i>Ma è diritto dell'uomo avere anche un giudice indipendente</i> . . . . .	»	289
Giuseppe Fiengo (a cura di), dossier, <i>Un confine non ben demarcato in tema di ricorso per cassazione</i> (Comm. Trib. II grado di Trento, sez. 3 <sup>a</sup> , sent. 18 maggio 1999 n. 100; Cassaz., sez. trib., 4 febbraio 2004 n. 2090) . . . . .	»	291
Oscar Fiumara, <i>I processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato: una questione di costituzionalità</i> (Corte Cost., sent. 13-20 gennaio 2004 n. 24) . . . . .	»	298
Antonio Palatiello, <i>Scelte discrezionali e giudizio contabile: fino a dove può spingersi il sindacato della Corte dei Conti?</i> (Cassaz., S.U., sent. 6 maggio 2003 n. 6851) . . . . .	»	306
Maurizio Iacono Quarantino, <i>Il demansionamento per breve periodo rappresenta comunque una violazione dell'art. 2103 c.c.</i> (Cassaz., sez. lav., sent. 25 febbraio 2004, n. 3772) . . . . .	»	311
Vincenzo Rago, <i>In tema di giurisdizione sulla remunerazione dei medici specializzandi 1983-91</i> (Trib. Firenze, sez. 2 <sup>a</sup> civ., sent. 11 dicembre 2003 n. 3387) . . . . .	»	317
Marco Fratini, <i>La pubblicazione per estratto della VIA: congruità della forma al raggiungimento dello scopo</i> (C.d.S., sez. 6 <sup>a</sup> , sent. 30 gennaio 2004 n. 316) . . . . .	»	327
Giorgio D'Amato, <i>Il controllo sulle concentrazioni: questioni processuali e di sostanza</i> (T.A.R. Lazio, sez. 1 <sup>a</sup> , sent. 20 febbraio 2004 n. 1631) . . . . .	»	332

RASSEGNA AVVOCATURA DELLO STATO

Maria Vittoria Lumetti, <i>Tempus regit actum e provvedimento amministrativo</i> (T.A.R. Toscana, ord. 25 novembre 2003, n. 1200; sez. 1 <sup>a</sup> , sent. 24 febbraio 2004 n. 522) . . . . .	Pag.	364
Maria Vittoria Lumetti, <i>Il T.A.R. Toscana rigetta le censure di incostituzionalità in materia di regolarizzazione di immigrati clandestini</i> (T.A.R. Toscana, sez. 1 <sup>a</sup> , sent. 2 febbraio 2004 n. 201) . . . . .	»	373
Maria Vittoria Lumetti, <i>Accesso, riservatezza e tutela dei controinteressati</i> (T.A.R. Toscana, sez. 1 <sup>a</sup> , sent. 2 <sup>a</sup> febbraio 2004 n. 266) . . . . .	»	379
I PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO . . . . .	»	383
CONTRIBUTI DI DOTTRINA		
Wally Ferrante, <i>L'arbitrato come strumento di risoluzione delle controversie con la Pubblica Amministrazione</i> . . . . .	»	405
Silvana Pagliara, <i>La tutela della salute nelle attività sportive e il divieto di doping</i> . . . . .	»	415
Maurizio Iacono Quarantino, <i>La tutela giuridica del mobbizzato</i> . . . . .	»	432
INDICI SISTEMATICI . . . . .	»	442

# TEMI ISTITUZIONALI

## **Il contenzioso a tutela dell'ambiente**

*Atti del seminario tenutosi presso l'Avvocatura Generale dello Stato  
in data 1° marzo 2004*

### INTERVENTI

- Avv. Giuseppe Stipo – Avvocato Generale dello Stato f.f.;*  
*Avv. Sergio La Porta – Vice Avvocato Generale dello Stato, responsabile della prima sezione-ter dell'Avvocatura Generale dello Stato;*  
*Avv. Giancarlo Ferrero – Avvocato Distrettuale dello Stato di Torino;*  
*Avv. Maurizio Fiorilli – Avvocato dello Stato di Roma, coordinatore della quarta sezione (beni culturali);*  
*Dott. Gianfranco Mascazzini – Direttore della Direzione Generale della qualità della vita del Ministero dell'ambiente;*  
*Avv. Gianpaolo Schiesaro – Avvocato dello Stato di Venezia;*  
*Avv. Giuseppe Fiengo – Avvocato dello Stato di Roma, coordinatore della terza sezione – Direttore editoriale di Gazzetta Ambiente;*  
*Dott. Giorgio Cesari – Direttore Generale dell'Agenzia per la promozione dell'ambiente e per i servizi tecnici – Roma;*  
*Avv. Gianpaolo Polizzi – Avvocato dello Stato di Roma;*  
*Avv. Giuseppe Novaresi – Avvocato dello Stato di Genova;*  
*Avv. Pio Giovanni Marrone – Avvocato dello Stato di Bari;*  
*Avv. Aldo Cosentino – Avvocato dello Stato di Roma;*  
*Prof. Gianpaolo Cogo – Professore ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi Roma Tre;*  
*Avv. Mario Antonio Scino – Avvocato dello Stato di Roma;*  
*Dott.ssa Ester Renella – Vice Capo di gabinetto del Ministero dell'ambiente;*  
*Avv. Francesco Cocco – Presidente del Servizio di controllo interno del Ministero dell'ambiente – Avvocato Distrettuale dello Stato di Bari;*  
*Prof. Paolo Togni – Capo di Gabinetto del Ministero dell'ambiente.*

## STUDI E CONTRIBUTI

*La tutela dell'ambiente come «valore costituzionale» e come «materia», di Maurizio Fiorilli;*

*Il risarcimento del danno ambientale ex art. 18, legge 349/86: caratteri tipici, casistica e risultati ottenuti, di Giampaolo Schiesaro;*

*Il processo in Cassazione per gli abusi di Punta Perotti (Bari), di Pio Giovanni Marrone.*

Roma, li 1° marzo 2004

## DAL DIBATTITO

**Giuseppe Stipo.** Siamo lieti di accogliere presso la sede dell'Avvocatura Generale dello Stato questo dibattito, questo confronto tra operatori ed esperti, su una materia – la difesa delle funzioni pubbliche in materia ambientale – in continua evoluzione: è materia che ogni giorno diventa più importante e che dà luogo a problemi sempre più complessi, sia nella fase procedimentale di studio e preparazione dei provvedimenti, che in quella contenziosa, civile, penale ed amministrativa.

L'iniziativa di un incontro con le strutture amministrative del Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio è quanto mai opportuna, dal momento che offre l'occasione per confrontarsi su metodi e procedure per rendere più efficiente l'azione amministrativa, evitare situazioni di stallo e, in sintesi, *prendere l'abitudine di agire di comune intesa*. Va ricordato al riguardo che la materia dell'ambiente e della tutela del territorio non interessa solo l'omonimo Ministero, ma interseca più amministrazioni ed enti di livello centrale. Anzi, ad essere sinceri, quasi tutte le amministrazioni statali hanno sempre di fronte un problema di ambiente, almeno sotto il profilo della compatibilità delle loro scelte amministrative con la salvaguardia delle risorse naturali e dell'impatto delle loro iniziative sulla qualità della vita. Si comprende, allora, che questo confronto è tanto più necessario, perché l'Avvocatura dello Stato è per legge, e vuole sentirsi, l'avvocato dell'intera amministrazione dello Stato.

Ma – ed è questo l'aspetto che intendo sottolineare in questa breve introduzione – è buona regola che dall'avvocato non si vada solo quando la causa o il conflitto sono già iniziati; occorre andarci possibilmente prima, per consultazione, non appena si intravedono le avvisaglie di una lite, di un problema o di un ostacolo di natura legale. Questo ruolo consultivo dell'Avvocatura dello Stato, che la legge riconosce in via primaria, dovrebbe, quindi, avere un maggiore impulso ed essere svolto durante la fase procedimentale – qui siamo in materia di amministrazione attiva – in modo che si giunga al provvedimento definitivo, avendo già individuato e risolto tutte le problematiche giuridiche istituzionali che possono sorgere. Non si tratta solo del parere formale, che talvolta consente di condividere con l'amministrazione attiva difficili responsabilità (anche questo è un compito al quale non intendiamo sottrarci), ma penso soprattutto all'opportunità di utilizzare con assiduità incontri per le vie brevi.

Va detto che qui le amministrazioni pubbliche scontano un vero e proprio svantaggio rispetto agli operatori privati: mentre nel foro libero il

cliente va dall'avvocato ed è messo in condizione di dire tutto quello ritiene opportuno esporre al suo difensore, anche quegli aspetti del problema che non è d'uso mettere per iscritto, per le amministrazioni pubbliche, invece, ci troviamo spesso nella difficoltà di un rapporto solamente epistolare e formale, nel quale molti aspetti delle questioni, anche quelli decisivi per comprendere i comportamenti effettivi che danno origine al problema, restano in ombra.

Per superare questo oggettivo *gap* operativo tra l'azione pubblica e le prassi dei privati è mia opinione che tra l'amministrazione attiva e l'Avvocatura dello Stato debba intensificarsi questo genere di consultazione, questo *concerto in via breve*, che è tipico del rapporto professionale tra avvocato e cliente. Solo così si realizza quello scambio di informazioni, di opinioni, di sensazioni e di ipotesi operative, necessarie per comprendere, nella loro complessità, i problemi amministrativi e legali e realizzare così quella partecipazione alle aspirazioni ed ai progetti del rappresentato, che deve caratterizzare l'attività professionale del difensore, anche quello istituzionale.

Ed è con questo auspicio che do inizio a lavori.

**Sergio La Porta.** Nel rivolgere col saluto più cordiale un sentito ringraziamento a tutti gli intervenuti, desidero rimarcare che scopo dell'incontro non è tanto quello di una riflessione teorica sull'esistente ordinamento in tema di danno ambientale e sulla ampia interpretazione giurisprudenziale relativa, quanto quello di un confronto di esperienze concrete che consenta (secondo il concorde obiettivo che ci si è prefisso, ad esito d'una prima presa di contatti, col Gabinetto del Ministro) di verificare le prospettive che, alla luce di quelle esperienze, possano realisticamente prefigurarsi in funzione di una più efficace presenza dell'Amministrazione nelle aule di giustizia: di verificare, cioè, modi e forme di una «sinergia» che, sempre sul piano pratico – ed allo stato – possa svilupparsi nell'azione del Ministero e del suo istituzionale patrocinatore in giudizio.

Altra occasione potrà essere dedicata all'approfondimento delle problematiche, vecchie e nuove, che in materia si sono proposte o si propongono sul piano teorico: basti pensare – tra le nuove – a quelle aperte con la riforma del Titolo V della Costituzione in relazione alle interferenze Stato/Regioni su «materie» coinvolgenti l'unitario e costituzionalmente protetto «valore» ambiente; tra le vecchie, a quelle originanti da una legislazione (come in altri campi, del resto) purtroppo caotica e farraginoso con intrecci e sovrapposizione di competenze attribuite – senza una visione d'insieme – ad Organi, Uffici, figure pure riconducibili allo stesso ed unitario apparato statale.

Più in particolare, spunti per un approfondimento teorico sono desumibili ad esempio dalla relazione tra «beni culturali-paesaggio» ed «ambiente» rinvenibile nella attribuzione di competenze a distinte Amministrazioni statali, la cui eco s'è ripercossa anche nella recentemente attuata istituzione di Sezioni nell'Avvocatura Generale con la separazione in Sezioni diverse degli affari interessanti rispettivamente il Ministero per i beni e le attività culturali e quello dell'ambiente; oppure, dal riassetto – che è appena di qualche giorno fa – del Corpo Forestale dello Stato, comportante la specifica ed esplicita attribuzione (o conferma) a questo di compiti di polizia ambientale, tuttavia ancora con difettosa ricerca di coordinamento tra gli Organi ed apparati

(Polizia di Stato, Arma dei Carabinieri, Guardia di Finanza) investiti di analoga competenza; infine, dall'incerta ed evanescente connessione, sul piano legislativo, dell'azione dell'A.P.A.T. ed A.R.P.A. che parrebbero destinate ad operare come monadi, ciascuna gelosa della propria sfera e chiusa (almeno alla stregua del dato positivo di legge) ad ogni forma di pur auspicabile se non necessaria cooperazione.

Questi spunti, estremamente sintetici, vanno qui affidati all'attenzione degli autorevoli rappresentanti del Ministero dell'ambiente, cui compete istituzionalmente di farsi promotori, anche sul piano legislativo, di interventi unificatori e, perché no, semplificatori. Ed anche al proposito vorrei esprimere l'auspicio che, per quanto in sede ministeriale si riterrà di fare in detta direzione, non sia trascurato il consiglio dell'Organo legale, che è poi quello chiamato a misurare praticamente – alla luce dell'esperienza giudiziale – l'efficacia concreta e la congruenza di eventuali, prefigurate ipotesi di modifiche normative.

Ora – *hic et nunc* – dobbiamo invece dirci come, in quale misura e secondo quali schemi operativi e procedure – ferma sempre la realistica aderenza alle risorse materiali ed umane di cui Amministrazione ed Avvocatura dello Stato oggi dispongono (e l'Avvocatura non si occupa solo di ambiente, come non solo di ambiente si occupano gli appena dieci avvocati che compongono la Sezione) – ci si può e ci si deve muovere, vi sottopongo l'ipotesi di pensare ad una sorta di programmazione preventiva cominciando col precegliere a quale dei settori d'intervento (acque, rifiuti, attività pericolose e via dicendo) rivolgere prioritariamente l'attenzione in guisa da concentrare gli sforzi esercitabili coi pochi mezzi a disposizione.

E si tratta poi di rispondere ad una serie di domande: chi e come acquisisce notizie? Dove queste devono confluire? Chi e con quali criteri le seleziona? Come e da chi si provvede alla relativa, necessaria istruttoria, anche tecnica? Con la collaborazione di chi? Ed ancora: il Ministero non ha proprie strutture sul territorio; come può attivarsi per la repressione dell'illecito e per il risarcimento del danno ambientale cui ha esclusivo titolo?

Ma è tempo di lasciare spazio agli interventi in programma.

**Giancarlo Ferrero.** Abbiamo già affrontato in altra occasione(1) in modo più dettagliato la complessa problematica relativa al risarcimento del danno ambientale, alla legittimazione dei diversi enti pubblici ed alle modalità di azione.

In questa sede ci si limita ad evidenziare la necessità di delineare preliminarmente in estrema sintesi il concetto di ambiente, del suo danno risarcibile, dell'opportunità di creare un'organizzazione di coordinamento.

È ormai un dato notorio che in tutti gli ordinamenti evoluti l'ambiente è previsto come bene tutelabile nell'interesse della collettività, un «valore»

---

(1) GIANCARLO FERRERO, FLAVIA RISSO, *Il risarcimento del danno ambientale*, in questa *Rassegna*, n. 4/2003, pag. 408.



non solo etico, sociale, culturale, economico, ma anche giuridico (di rilevanza costituzionale – si veda Spagna, Grecia, Portogallo; più di recente l'Italia, art. 117 nuovo testo).

Altrettanto pacifica è la nozione dell'ambiente come un bene immateriale ed inappropriabile, ma unitario, formato da più elementi come l'integrità e salubrità del territorio, dell'aria, dell'acqua, la bellezza paesaggistica e culturale, la quiete acustica, la flora e la fauna. Ogni atto o fatto che incida negativamente su di esso ne costituisce un pregiudizio che deve comunque essere eliminato.

Per l'individuazione del danno ambientale, che ha caratteristiche peculiari rispetto al danno aquiliano vero e proprio, soccorre il 1° comma dell'art. 18 della legge 28 luglio 1986, n. 349. Presupposto genericamente indicato è la «compromissione» dell'ambiente che si verifica, secondo l'imprecisa e poco felice terminologia del legislatore, quando il bene venga danneggiato o modificato nella sua natura (alterato), o deteriorato (che dovrebbe porsi in un rapporto da specie *ad genus* rispetto al primo rivelando un carattere di maggiore incisività), addirittura fisicamente eliminato (distrutto). L'obbligazione risarcitoria del danno sorge solo quando sia stato provocato da un fatto illecito imputabile ad un soggetto, ben individuato od individuabile, per dolo o colpa collegati a violazioni di leggi o provvedimenti amministrativi emanati in materia (espressamente Tribunale di Taranto 31 maggio 2002).

Sotto questo profilo alcuni problemi di carattere penale si possono porre nei casi di sanatorie, non ben ponderate e formulate.

Come è noto, l'azione risarcitoria compete essenzialmente allo Stato e con limitazioni e condizioni ben precise agli enti territoriali. Residua e circoscritta è la giurisdizione della Corte dei Conti rispetto a quella generale del giudice ordinario. Di grande rilevanza e forte peculiarità, tanto da mutare in parte la natura stessa dell'azione risarcitoria, colorandola di aspetti sanzionatori, è la possibilità del giudice di liquidare equitativamente (qualora non sia possibile quantificarlo) il danno ambientale, tenendo conto di alcuni parametri, tra cui la gravità del reato e l'intensità della colpa (Cass. 30 ottobre 2001). L'azione risarcitoria può essere promossa sia in sede di processo penale sia in sede civile. Il primo caso assume un'importanza di notevole rilievo per il significato che ha la presenza in giudizio dello Stato, per le possibilità di evitare soluzioni (come il patteggiamento) non ritenute congrue, per la maggiore speditezza del processo.

Comporta, peraltro, un impegno molto elevato, con assorbimento per un certo periodo di una unità lavorativa, anche per l'insussistenza del foro dello Stato e, quindi, la necessità di recarsi fuori sede. Un onere che allo stato delle condizioni di organico e di assenza di supporti è impossibile sopportare in via ordinaria.

Come può notarsi da questa sommaria ed incompleta esposizione, l'ambito di applicazione dell'azione risarcitoria a tutela dell'ambiente è molto ampia, con riflessi pratici ed economici di grande portata. Purtroppo per una serie di ragioni, in gran parte dovute ad un difettoso coordinamento ed a una insufficiente organizzazione, i risultati conseguiti sono particolarmente

modesti, di certo estremamente inferiori a quelli conseguibili. È forse giunto il momento non solo di fare il punto della situazione, ma di cambiare radicalmente rotta, iniziando con il dare alla problematica ambientale ed al Ministero dell'ambiente il posto che loro compete, di assoluta priorità ed importanza perché dall'integrità dell'ambiente dipende la vita futura del genere umano.

Preliminare è dunque una presa di coscienza sociale e politica che, riconoscendo l'accennata priorità alla problematica ambientale (*e di conseguenza*) dia all'omonimo Ministero i mezzi per affrontarla, ben diversi dagli inadeguati strumenti e strutture attuali e con una appropriata articolazione sul territorio (eventualmente ricorrendo anche all'istituto dell'avvalimento).

Sotto il profilo poi meramente risarcitorio, estremamente lacunoso allo stato attuale, deve essere compiuto un significativo sforzo organizzativo. Devono essere potenziati (o rinnovati) gli organi cui compete accertare gli illeciti ambientali, valorizzando gli scambi di informazioni ed i programmi operativi con l'onere di far pervenire ad un organo centrale di coordinamento tutti i risultati di un certo rilievo effettuati in periferia. L'organo predetto avrà cura di trasmettere informazioni e richieste alle Procure della Repubblica (che non ne siano già a conoscenza) ed alle Avvocature dello Stato.

Queste ultime avvalendosi di equipe tecnico-amministrative appositamente create dal Ministero o dall'A.P.A.T potranno iniziare, là dove la gravità del fatto lo richiama, le azioni risarcitorie nei modi ritenuti più opportuni.

Contestualmente dovrà essere richiesto dal competente Ministero, previ contatti con le Procure generali della Repubblica, di disporre che tutte le procure del territorio informino tempestivamente il Ministero o l'A.P.A.T. delle indagini in corso per presunti reati ambientali, trasmettendo altresì alle Avvocature Distrettuali le eventuali sentenze di patteggiamento, in modo da consentire in via d'urgenza di avanzare le richieste risarcitorie.

In un settore tanto delicato ed importante è assurdo considerare il Ministero dell'ambiente ed in genere gli organi statali, come mere parti offese alla stregua di privati danneggiati dal reato.

A livello periferico l'opera di coordinamento (che deve vedere coinvolti Carabinieri, Guardia di Finanza, Guardia Forestale, l'A.R.P.A., le Province ed i Comuni), potrebbe essere svolta dai Prefetti.

È indispensabile convincersi che nell'importante materia ambientale ogni sforzo organizzativo ed economico trova ampia giustificazione perché diretto alla tutela di un bene dalla cui integrità dipende il benessere e la sopravvivenza della comunità nazionale.

Con l'azione risarcitoria poi, oltre a tutelare questo fondamentale bene pubblico, si ottiene anche il risultato di incrementare notevolmente le casse dello Stato. Casse che perdono miliardi in quanto le carenze organizzative e di coordinamento non consentono di procedere alle azioni risarcitorie senza le quali gli organi giudicanti, pur prendendo atto del pregiudizio ambientale, non possono procedere alla liquidazione dei danni ed alla conseguente condanna degli inquinatori.

Naturalmente non tutti gli illeciti ambientali sono fonti di danni risarcibili *ex art. 18* citato (almeno non di danni patrimoniali).

I cosiddetti illeciti formali (mancanza di autorizzazione alla discarica senza che la stessa sia attuata) possono avere rilevanza penale o sanzionatoria – amministrativa, ma non provocano danno ambientale risarcibile.

Ogni volta invece che si sia verificato un pregiudizio per l'ambiente è sempre possibile – e di regola si dovrebbe – procedere all'esercizio dell'azione risarcitoria.

Come si è accennato, il concetto giuridico di ambiente è molto ampio ed in continua evoluzione. In esso, pertanto, possono ricomprendersi anche le coltivazioni di piante alimentari nocive e vietate. Un esempio molto attuale è la coltura di mais transgenico (O.G.M.) che ha interessato il Ministero della salute, dell'agricoltura e le Regioni (quella piemontese ne ha ordinato la distruzione, suscitando molto clamore). Ad avviso di chi scrive non sembra infondato ritenere che nel caso di specie l'ambiente nel suo ampio significato, comprensivo anche della salubrità di cui deve godere la collettività, sia stato alterato e deteriorato e, quindi, abbia provocato un danno ambientale risarcibile. Non risulta che sotto questo profilo sia stata presa alcuna iniziativa o comunque si sia affrontato il problema.

Di recente è stata scoperta una vasta area coltivata a riso sotto la cui superficie in passato era stata abusivamente effettuata una discarica di rifiuti tossici.

Allo stato non si è a conoscenza di valutazioni tecniche effettuate, volte a stabilire se il riso cresciuto in quell'area sia o meno un prodotto alimentare sano.

Se non lo fosse si porrebbero notevoli problemi di responsabilità e di risarcibilità del pregiudizio provocato che vede coinvolti il Ministero della salute, dell'agricoltura e, come punto di convergenza unitaria, dell'ambiente.

Come è noto per quanto attiene alle coltivazioni etichettabili O.G.M. sono all'esame un progetto di legge tedesco (che prevede il risarcimento dei danni ai coltivatori limitrofi) ed uno italiano (che prevede aree franche destinate appositamente a quel tipo di coltivazione).

In conclusione si deve e si può fare molto di più per tutelare l'ambiente. Una via di grande importanza è quella di rendere uniforme ed effettiva la regola: «!chi inquina paga.» L'esercizio dell'azione risarcitoria da parte dello Stato, la sua presenza nei giudizi di inquinamento svolge non soltanto una rilevante funzione repressiva e di risarcimento dei danni, ma anche preventiva perché il diffuso timore di subire concrete sanzioni patrimoniali (a volte più incisive di quelle penali) da parte di uno Stato attento ed inflessibile, indurrà i tanti aspiranti inquinatori (spinti da motivazioni economiche) a divenire più cauti, rinunciando alle più spregiudicate aggressioni all'ambiente.

Fondamentale è però che lo Stato si riorganizzi, non lesinando mezzi (i vantaggi saranno di gran lunga superiori alle spese) per affrontare il grave fenomeno ed istituisca un valido centro motore che possa avvalersi «sul campo» di strutture operative agili e qualificate, accentuando notevolmente la collaborazione tra organi di indagine, enti territoriali, Procure della

Repubblica, anche della Corte dei Conti, Avvocature dello Stato. Una riorganizzazione non semplice, ma realizzabile con la buona volontà ed intelligenza di tutti gli organi e gli uffici pubblici addetti al settore, ma soprattutto del potere politico, nella sua delicata espressione istituzionale.

**Maurizio Fiorilli.** La normativa comunitaria e il relativo recepimento nell'ordinamento italiano risentono di due importanti fattori: da un lato la mancata previsione – anche se oggi c'è un'evoluzione nel campo del diritto costituzionale sia interno che comunitario – dell'ambiente come un valore costituzionale, e dall'altro il protrarsi nel tempo di interventi non sistematici, che hanno dato vita ad una normativa comunitaria e statale spesso contraddittoria, che non tiene conto delle interrelazioni esistenti tra la materia degli inquinamenti specifici e la biosfera in generale. Il concetto di ambiente è invece soprattutto un concetto relazionale.

Vedo qui di fronte delle persone con le quali ho collaborato per lungo tempo e che conoscono le difficoltà che si sono frapposte ad una soluzione razionale. Altri Stati hanno da tempo affrontato il problema di una considerazione unitaria dell'ambiente: la Francia, con un codice dell'ambiente; la Germania già dal 1974 e poi con una modifica nel 1990; l'Olanda sta predisponendo una normativa in tal senso. In Italia dopo un primo progetto di legge globale proposto dell'onorevole Spini, c'è la proposta di delega da parte dell'attuale Ministro dell'ambiente; nell'ambito poi della riforma del titolo V abbiamo avuto una modifica costituzionale sostanziale, quella dell'art. 117 della Costituzione. Il mio intervento sarà, pertanto, indirizzato a ripercorrere in breve questa storia costituzionale, questa emersione del concetto di ambiente come valore costituzionale, sia nell'interno dell'ordinamento italiano sia nell'ambito dell'ordinamento comunitario. E questo perché, se si dovessero fare in futuro dei Testi Unici in materia ambientale, il riferimento della normativa deve essere l'attuale considerazione costituzionale comunitaria dell'ambiente. Sarà inoltre necessario superare quelle divergenze che allora si erano manifestate, quei gravi contrasti intervenuti tra il Ministero dell'ambiente, il Ministero dell'industria e il Ministero della salute, che hanno portato nel nostro ordinamento una serie di concerti, che imbrigliano l'azione amministrativa e portano spesso a risultati negativi o contraddittori.

Il collega Ferrero faceva prima l'esempio del mais geneticamente modificato, e, tanto per evidenziare la non linearità di comportamenti, va segnalato che, a fianco della decisione della Regione Piemonte di portare a distruzione questo mais, c'è stata la parallela iniziativa di altre regioni di concludere un accordo che permette la maturazione delle sementi di mais che contengono tratti di organismi geneticamente modificati, salvo poi destinare questo prodotto non all'alimentazione umana, ma agli usi industriali con un rimborso a favore dei produttori, i quali, peraltro, a loro volta avevano iniziato un'altra procedura, impugnando innanzi al T.A.R. un provvedimento del Ministero dell'agricoltura ponendo una pregiudiziale di fronte alla Corte di Giustizia, per vedere se era corretto, alla luce del principio di precauzione, il blocco totale alla commercializzazione di questi prodotti. Come Avvocatura dello Stato possiamo dare testimonianza di questa contraddittorietà di comportamenti.

Sapendo come stanno le cose è opportuno che si intervenga, sia a livello legislativo, sia a livello amministrativo in senso proprio, per sviluppare una collaborazione tra le amministrazioni, fornendo nel contempo all'organo di difesa giudiziale tutti quegli elementi che sono necessari. È, infatti, proprio in sede di Corte di Giustizia e di Corte Costituzionale che i principi fondanti per la tutela dell'ambiente si sono formati e si evolvono. Sotto questo aspetto, quindi, possiamo dire che buona parte di questi principi comunitari si sono formati nelle aule di giustizia anche con la collaborazione del Governo italiano. La presa di coscienza del processo di formazione del diritto comunitario comporta l'esigenza di una maggiore attenzione rispetto alle questioni pregiudiziali che vengono poste alla Corte di Giustizia. Quando sorgono dubbi sull'interpretazione da dare ad una norma comunitaria, il giudice nazionale è tenuto ad applicare la norma di trasposizione o la norma di diretta applicabilità, se si tratta di un regolamento comunitario, *soltanto se è convinto che l'applicazione sia corretta e conforme ai principi del Trattato Europeo*. La preoccupazione che dobbiamo avere è di vedere quale ricaduta questa pregiudiziale ha nel nostro ordinamento; non solo per quello che, con le norme di recepimento, abbiamo introdotto nel nostro diritto nazionale, ma anche per come potremo recepire una determinata disposizione. In questo contesto è importante superare anche atteggiamenti di egoismo burocratico, che impediscono un intervento puntuale a tutela di determinati interessi.

Va ricordato che, nell'ambito dell'ordinamento italiano, considerata l'assenza nel testo della Costituzione del 1947 di disposizioni esplicitamente rivolte a contemplare la tutela dell'ambiente, la qualificazione dell'interesse ambientale come interesse di rilievo costituzionale è il risultato del contributo interpretativo della giurisprudenza della Corte Costituzionale. La Corte utilizza inizialmente espressioni dal contenuto vago ed impreciso, per giungere gradualmente ad affermare la natura giuridica della tutela dell'ambiente come valore fondamentale della collettività in forza di un'interpretazione evolutiva degli articoli 9 e 32 della Costituzione (sentenze n. 167 e n. 210 del 1987, sentenza n. 1031 del 1988, sentenza n. 324 del 1989).

Nelle pronunce più recenti la Corte costituzionale mostra di avere maturato una concezione dell'ambiente come oggetto di tutela giuridica, ancorando la pluralità degli interessi connessi con gli equilibri ambientali al tessuto dei valori che contraddistinguono l'assetto costituzionale; la tutela dell'ambiente è un valore che si configura come sintesi in una visione globale ed integrata di un pluralità di aspetti e di una serie di altri valori che attonano non soltanto ad interessi meramente naturalistici o sanitari, ma anche ad interessi culturali, educativi, ricreativi e di partecipazione, tutti caratterizzati dall'importanza essenziale che rivestono per la vita della comunità (sentenze n. 302 e 356 del 1994).

Anche nell'ambito dell'ordinamento comunitario la tutela dell'ambiente ha assunto rilievo costituzionale grazie ad alcune pronunce della Corte di Giustizia e soprattutto ai progressivi interventi emendativi apportati a partire dal 1986 al testo originario del Trattato, cui si collegano alcuni riferimenti generali introdotti nel Trattato dell'Unione Europea.

In assenza di una espressa considerazione dell'ambiente tra le disposizioni originarie del Trattato occorre attendere il contributo della giurispru-

denza della Corte di Giustizia. In una prima pronuncia la Corte afferma che la tutela dell'ambiente costituisce uno degli scopi essenziali della Comunità e ciò vale a giustificare atti comunitari che comportino restrizioni ai principi della libertà del commercio, della libera circolazione delle merci e della libera concorrenza (sentenza 7 febbraio 1985 in causa C-240/83). Con una seconda decisione la Corte riconosce la tutela dell'ambiente come una di quelle esigenze imperative che possono costituire cause di deroga per i singoli Stati membri al principio della libera circolazione delle merci, ossia cause di giustificazione di misure nazionali restrittive degli scambi (sentenza 20 settembre 1988 in causa C-302/86, in materia di imballaggi per birre e bibite).

Nel periodo che intercorre tra le due pronunce si ha l'inserimento formale dei fondamenti giuridici della tutela dell'ambiente all'interno della Costituzione Europea; ciò grazie alla approvazione dell'Atto Unico Europeo del 1986, che introduce gli art. 130 R, 130 S, 130 T, in materia di ambiente.

Nell'art. 130 R vengono individuati gli obiettivi dell'azione comunitaria in materia ambientale (salvaguardare, proteggere e migliorare la qualità dell'ambiente, contribuire alla protezione della salute umana, garantire un'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali) e vengono enunciati in modo espresso alcuni principi che già si erano affermati nella giurisprudenza (il principio dell'azione preventiva, il principio della correzione alla fonte dei danni causati all'ambiente, nonché il principio «chi inquina paga», cui si aggiungono il principio dell'integrazione delle esigenze connesse con la salvaguardia dell'ambiente nelle altre politiche della Comunità e il principio di sussidiarietà). A proposito del principio di «chi inquina paga», va precisato che non è da interpretare nel senso «se vuoi inquinare paga»; si tratta invece di un principio di chiusura nell'ambito del diritto comunitario da usare come estrema *ratio* rispetto ai principi di prevenzione e di correzione all'origine: «chi inquina paga» ha quindi la funzione di scaricare sul soggetto che si è reso responsabile di un danno all'ambiente, non altrimenti riparabile, l'onere di risarcire la collettività di questo costo aggiuntivo che rappresenta l'inquinamento.

Gli articoli successivi sono dedicati alla definizione del procedimento decisionale per adottare le deliberazioni comunitarie rivolte alla protezione dell'ambiente e alla regola della maggiore protezione. Le modalità di votazione sono importanti, perché se è richiesta l'unanimità non si risolve nulla; se è richiesta la maggioranza qualificata c'è bisogno di un certo consenso e quindi, data l'incisività nel campo economico delle norme di protezione ambientale, c'è una certa resistenza da parte degli Stati membri e degli operatori (che sono molto importanti nell'ambito della comunità); se invece c'è la regola della maggioranza, determinati principi e determinate norme possono essere posti con maggiore facilità. La seconda clausola consente agli Stati membri di disporre una tutela ambientale più rigorosa di quella adottata a livello comunitario stabilendo che i provvedimenti di protezione adottati in comune non impediscono ai singoli Stati membri di mantenere e di prendere provvedimenti, compatibili con il Trattato, per una protezione ancora maggiore.

Il Trattato sull'Unione Europea del 1992 introduce ulteriori significative modificazioni del testo al Trattato CEE. Nell'art. 2, tra i compiti della

Comunità, viene inserito espressamente quello di promuovere una crescita sostenibile, non inflazionistica e che rispetti l'ambiente; nell'art. 3, lett. *k*) si individua la politica nel settore dell'ambiente come uno degli elementi caratterizzanti l'azione della Comunità per il raggiungimento dei fini enunciati nell'art. 2. Le modifiche più rilevanti vengono apportate al testo dell'art. 130 R, dove, al paragrafo 1, viene confermato il passaggio della qualificazione giuridica delle iniziative comunitarie finalizzate alla tutela dell'ambiente da azione a politica, addossandone quindi la responsabilità in prima persona alla Commissione e alla Comunità in generale. In tal modo si può realizzare più facilmente quella primarietà del principio della tutela dell'ambiente che implica la considerazione del profilo ambientale in ogni decisione in altro settore che possa comunque incidere sull'ambiente. Si registra inoltre l'aggiunta di un ulteriore obiettivo, da perseguire mediante la politica ambientale comunitaria, consistente nella promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale (l'inquinamento si esporta facilmente, l'inquinamento non conosce frontiere). Al paragrafo 2 viene inserito il principio di «livello elevato di tutela», che assume una portata generale nella predisposizione di tutti gli interventi comunitari in materia ambientale. Nell'ambito dello stesso paragrafo viene conferita una maggiore incisività al richiamo del principio dell'azione preventiva, cui si aggiungono il principio di precauzione, nonché la formulazione del principio di integrazione, stabilendosi che le esigenze connesse con la salvaguardia dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle altre politiche comunitarie. La sussidiarietà infine assume valore di principio esplicito di portata generale destinato a regolare tutti i rapporti tra la comunità e gli Stati membri.

L'approvazione del Trattato di Amsterdam avvenuta il 2 ottobre 1997 segna un'ennesima tappa fondamentale nell'evoluzione del regime costituzionale comunitario dell'ambiente. Oltre all'introduzione dell'esplicito riferimento allo sviluppo equilibrato e sostenibile come uno degli obiettivi dell'Unione Europea, all'art. 2, tra i compiti della Comunità europea vengono inseriti quelli di promuovere uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, nonché un elevato livello di protezione ed il miglioramento della qualità dell'ambiente. Il principio dell'integrazione, stralciato dal testo dell'art. 130 R, viene elevato a principio generale destinato ad orientare tutta l'attività della Comunità: le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e delle azioni comunitarie di cui all'art. 3, nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile. Tale principio è oggi ribadito dall'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Nizza 7 dicembre 2000), che afferma che un livello elevato di tutela dell'ambiente ed il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e devono essere garantiti, conformemente al principio dello sviluppo sostenibile.

È evidente quindi che sul piano dell'ordinamento comunitario, la tutela dell'ambiente ha assunto una qualificazione giuridica di valore costituzionale.

Per quanto concerne l'ordinamento nazionale va ricordato che l'art. 117, comma 1 del nuovo titolo V della Costituzione pone un limite alla normativa

statale e regionale nel rispetto dei suesposti principi comunitari. L'art. 117, comma 2, attribuisce l'ambiente alla competenza esclusiva della legislazione statale.

L'ambiente, in quanto riferito ad un valore costituzionale, è materia trasversale e implica che lo Stato può legiferare nel rispetto dei principi stabiliti dalla Costituzione europea. Questo non toglie alle Regioni la possibilità di porre delle norme integrative, tuttavia l'asse portante della legislazione, che ha influenza sull'ambiente, rientra nella competenza esclusiva dello Stato. Anche per le materie del comma 4 dell'art. 117, che sono lasciate alla competenza legislativa delle Regioni, come l'agricoltura, i trasporti, le centrali, le linee di grande distribuzione, il potere regionale deve essere esercitato in relazione al primo e al secondo comma dell'art. 117, perché – ed è questa la mia opinione conclusiva – anche il secondo comma dell'art. 117, lettera s) si deve comunque leggere nell'ottica dei principi fissati dalla Corte di Giustizia e dai Trattati della Comunità.

**Gianfranco Mascazzini.** Volevo soltanto avanzare una proposta operativa. Noi abbiamo esperienza, abbiamo fatto delle cose ed ora dobbiamo razionalizzarle. Su Venezia abbiamo concluso una grande operazione; si è costituito un gruppo che sta funzionando e che vive una perfetta integrazione tra Ministero dell'Ambiente, Gabinetto, Direzione, Agenzia Nazionale Protezione Ambiente e Avvocatura dello Stato. Siamo così arrivati ad una transazione che ha portato importanti vantaggi per l'Amministrazione. Abbiamo quotato in Piemonte circa 5.000 miliardi di valutazione di danno ambientale su Piede Vergonte e stiamo cercando con l'Avvocatura dello Stato di riuscire a fare qualcosa. Dobbiamo però operare in maniera molto più generale.

Di conseguenza la mia proposta è di fare dei gruppi di lavoro molto finalizzati: acque, rifiuti, bonifiche, sono delle tipicità; ma ci sono dentro delle cose che sono fortemente ripetitive. Possiamo immaginare che come Avvocatura dello Stato, oltre che come Ministero naturalmente e come Agenzia Nazionale, si metta in piedi un gruppo in modo tale da identificare le questioni e fare una specie di *semplice manuale* su come si deve comportare ciascuna delle parti in causa al fine di poter ottenere al meglio il risultato proposto. Non una commissione, ma semplici gruppi di lavoro che possono dare immediatamente una risposta concreta ai problemi che ci troviamo di fronte.

#### APPUNTI DI LAVORO

**DANNO AMBIENTALE.** Le competenze per la promozione dell'azione di danno ambientale nei procedimenti civili e penali sono state attribuite, come è noto, con Decreto del Presidente della Repubblica 27 marzo 2001 n. 178, comprendendo la cura, nelle materie di competenza, degli adempimenti concernenti la quantificazione del danno ambientale ed il relativo contenzioso, ivi compreso il risarcimento, nonché la predisposizione degli elementi per l'adozione delle relative ordinanze cautelari.

In forza delle competenze attribuite dal regolamento di organizzazione sopra citato si è intrapresa una attività di repressione e di intervento divenendo così parte attiva nella lotta alla tutela dell'ambiente.

Le distinte normative a cui si è fatto ricorso sono: l'art. 18 della legge 349/86 e l'art. 58 D.Lgs 152/99.



*Art. 18 legge 349/86.* Discostandosi da quanto sancito nella Convenzione di Bruxelles del 1961, recepita con legge 6 aprile 1967 n. 185, concernete la responsabilità civile per danni da inquinamento da idrocarburi, e dalla legge n. 979 del 1982 a tutela dell'ambiente marino, l'art. 18, comma 1, legge 349/86 pone a carico dell'autore del danno ambientale una responsabilità a titolo di dolo o colpa, seguendo la falsariga dettata dal legislatore nell'art. 2043 C.C. in tema di illecito Aquiliano.

Nonostante la riconducibilità dell'art. 18 alle ipotesi di responsabilità extracontrattuali la normativa introdotta dal legislatore italiano nel 1986 presenta alcune caratteristiche peculiari:

l'azione risarcitoria riguarda sia soggetti legati alla Pubblica Amministrazione da un rapporto di servizio, sia soggetti pubblici o privati estranei alla Pubblica Amministrazione stessa;

lo Stato interviene a tutela di un bene pubblico e non del proprio ed esclusivo patrimonio. Si parla difatti di Stato-Comunità proprio al fine di sottolineare la presenza di un generale e diffuso interesse;

la competenza a decidere sulle controversie, salvo le ipotesi indicate nell'art. 22 d.P.R. 3/57 attribuite alla Corte dei Conti, è del Giudice ordinario il quale, a differenza di quanto previsto dall'art. 2043 C.C., nel caso in cui non sia possibile una precisa quantificazione del danno, deve liquidarlo equitativamente tenendo conto di: *a)* gravità della colpa individuale; *b)* profitto conseguito (art. 18, comma 6); *c)* costo del ripristino;

è esclusa la responsabilità solidale (art. 18, comma 7) richiedendosi quindi una valutazione del danno provocato dalla condotta del singolo;

la condanna deve principalmente tendere al ripristino dello stato dei luoghi. Tale forma di restituzione in forma specifica viene, in conformità con quanto dettato dalla Convenzione di Lugano 21 giugno 1993 che sottolinea l'importanza della *restitutio in integrum*, considerata la più efficace forma di tutela ambientale.

*Art. 58 decreto legislativo 11 maggio 1999 n. 152.* L'art. 58 al primo comma, richiamando il D.Lgs. 22/97, pone a carico di coloro che, in violazione delle norme del decreto legislativo 152/99, superino o determinino il superamento dei limiti di accettabilità di contaminazione del suolo, delle acque superficiali e sotterranee, l'obbligo di procedere ad interventi di messa in sicurezza, bonifica e ripristino degli stessi.

Elemento richiesto per la nascita di tale obbligo è la presenza del mero nesso causale tra la condotta del soggetto agente ed il superamento dei limiti indipendentemente dal verificarsi di alcun danno ambientale. È stata cioè introdotta, nell'art. 58, una *presunzione* di danno sulla base del superamento, anche meramente accidentale, dei limiti stabiliti.

Ulteriore intento perseguito è stato quello di configurare la reintegrazione in forma specifica come strumento primario di tutela ambientale. Il comma 3 ha cioè formulato una riserva a favore dell'art. 18 legge 349/86 prevedendo il risarcimento del danno non eliminabile con la *restitutio in integrum*.

Come già evidenziato l'art. 58 ha anticipato la soglia di tutela del bene ambiente, indicando la semplice messa in pericolo del bene stesso come sufficiente alla nascita dell'obbligo di bonifica e ripristino ambientale.

È logico quindi dedurre come l'art. 58 D.Lgs. 152/99 non abbia sostituito l'art. 18 legge 349/86 ma ne abbia in realtà lasciato impregiudicata l'operatività, circoscrivendo la propria applicazione alla violazione di quanto previsto nel D.Lgs. 152/99.

All'art. 18 è stata quindi lasciata la funzione di norma di carattere generale per tutte le ipotesi di danno non riconducibile alla norma stessa.

Il comma 3 dell'art. 58 ha introdotto un criterio di quantificazione del danno «forfettario» finalizzato a superare i problemi relativi alla determinazione dell'entità del risarcimento del danno ambientale. Nella ipotesi cioè di impossibile quantificazione del danno, questo dovrebbe essere valutato tenendo conto della sanzione pecuniaria amministrativa o penale in concreto irrogata.

*ATTIVITÀ DELLE DIREZIONI.* Per ciascun procedimento penale si provvede a contattare le Procure, i Tribunali e le Avvocature Distrettuali per acquisire ovvero fornire ogni utile documento per la trattazione della causa nelle diverse fasi del procedimento e in particolare in quei procedimenti di maggiore rilievo rispetto ai quali, stante l'entità del danno ambientale provocato, si è ritenuto opportuno un intervento o nel procedimento penale al fine di potere

svolgere quel ruolo istituzionalmente garantito dal Codice di Procedura Penale che consente di coadiuvare l'azione accusatoria del Pubblico Ministero, ovvero nel procedimento civile agendo, forti della sentenza penale di condanna passata in giudicato, al fine di recuperare le somme dovute a titolo di danno ambientale.

*PROBLEMATICHE DA AFFRONTARE. Autorizzazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri.* L'intervento del Ministero quale parte civile nei procedimenti penali consentirebbe allo stesso di ottenere in tempi rapidi un risarcimento per il danno derivante dalle condotte illecite contestate.

Per la costituzione di parte civile, tra gli oneri del Ministero, rientra quello di richiedere una autorizzazione al Presidente del Consiglio dei Ministri ai sensi della legge 3/91.

Tale richiesta è condizionata al parere delle Avvocature Distrettuali dello Stato, che è positivo subordinatamente all'importanza del procedimento, come risulta dalla nota che le Avvocature trasmettono con il decreto di citazione in giudizio.

È necessario poter stabilire quali siano i presupposti per la promozione dell'azione in parola, in quanto in alcune occasioni è accaduto che sulla promozione vi fossero pareri divergenti da parte del Ministero e dell'Avvocatura distrettuale interessata.

È necessario inoltre che l'intervento della Presidenza nel rilasciare l'autorizzazione non incontri ostacoli burocratici, tenuto conto dei tempi processuali da rispettare.

*Nomina dei consulenti.* Alcune Avvocature hanno ritenuto necessaria la nomina di consulenti con specifica esperienza per il necessario supporto tecnico scientifico nel procedimento penale.

Se sono stati risolti i problemi di ordine amministrativo con opportuni incontri con il Ministero del tesoro e delle finanze, permangono tuttavia problemi legati alla scelta degli esperti che deve trovare il consenso delle diverse parti interessate all'azione di danno ambientale, e in primo luogo del Ministero.

*Accertamento del danno ambientale.* Le difficoltà relative alla quantificazione economica del danno ambientale derivano, come si è evidenziato, dalla mancanza di riferimenti a parametri certi, o almeno condivisibili, tali da poter costruire una griglia di carattere generale che possa fornire una valutazione oggettiva ai numerosi casi che si verificano nella realtà.

Al fine di fornire le necessarie informazioni caratterizzanti il sito e la matrice ambientale coinvolta, indispensabili per una adeguata quantificazione del danno, si ritiene che, già in prima istanza in fase di indagini, l'autorità di controllo dovrebbe acquisire i dati necessari alla valutazione per la successiva entità del danno ambientale accertato.

Già in fase di indagini relative a incidenti, o inadempienze al diritto ambientale andrebbe cioè ricercato, in un'ottica non solo di accertamento dei rischi per la salute e per l'ambiente ma anche di quantificazione del danno: a) le cause dell'evento, l'impatto sull'ambiente, le responsabilità, e l'obbligo di risarcimento; b) provvedimenti atti a ridurre o prevenire l'impatto ambientale.

Allo scopo di avere documenti di riferimento acquisiti a fascicolo, potrebbe risultare utile predisporre una scheda di rilevamento «ad hoc» da compilare al momento dell'accertamento con le prime indicazioni per la caratterizzazione del sito e del tipo di inquinamento e successivamente con gli ulteriori dati utili per calcolare l'entità economica del danno ambientale.

*Relazioni di quantificazione di danno ambientale.* Le relazioni di quantificazione di danno ambientale consentono preliminarmente di valutare l'opportunità della costituzione di parte civile nel procedimento penale.

Sussistono problemi per quanto concerne il contenuto della stessa che, in alcuni casi, non risulta in grado di sostenere l'azione di danno ambientale ai sensi dell'articolo 18 della legge 349/86. Le difficoltà di quantificazione del danno ambientale sono ben note per cui si è fatto ricorso alla quantificazione in via equitativa di cui al comma 6 del citato articolo.

È necessario che in tal senso le relazioni per l'Avvocatura distrettuale dello Stato contengano indicazioni puntuali riferite al caso di specie tenuto conto dei citati criteri di valutazione ossia gravità della colpa, costo necessario per il ripristino e profitto illecitamente conseguito.

Si ritiene che debbano escludersi valutazioni tecnicamente generiche nonché quelle di ordine giuridico.

Sarebbe pertanto opportuna la predisposizione di uno schema di riferimento da concordare con gli organi preposti per l'elaborazione della relazione di danno ambientale.

Alla predisposizione delle relazioni sul danno ambientale concorre il Corpo forestale dello Stato ai sensi dell'articolo 56 del decreto legislativo 152/99 in materia di tutela delle acque dall'inquinamento. Si ritiene necessario che sia nella fase di accertamento del danno che in quella di quantificazione dello stesso vi sia un maggior coinvolgimento del Corpo forestale che non sia limitato alla tutela dei corpi idrici.

*Articolo 58 del decreto legislativo 152/99.* In materia di tutela delle acque dall'inquinamento, il Ministero ha fatto ricorso al comma 3 dell'articolo 58 in via subordinata ovvero nei casi in cui non si sia intervenuti nel procedimento penale e non si intenda promuovere azione civile per il recupero del danno ambientale in mancanza di argomenti validi per la pretesa risarcitoria, quando non sia possibile una precisa quantificazione del danno ai sensi dell'articolo 18 della legge n. 349/86.

La procedura ha carattere sussidiario ed è pertanto necessario che nella relazione tecnica siano indicate le ragioni specifiche che non hanno reso possibile la precisa quantificazione del danno ai sensi dell'articolo 18 della legge 349/86.

Un ulteriore problema riguarda l'eventualità di definizione del procedimento penale con sentenza di patteggiamento. È necessario stabilire se in tal caso sia consentito il ricorso all'articolo 58.

Un ulteriore problema riguarda la mancata osservazione da parte delle Amministrazioni competenti dell'obbligo di informare il Ministero dell'avvenuta erogazione di sanzioni amministrative. Anche in questo caso si ravvisa la necessità di una sensibilizzazione delle Amministrazioni competenti al fine di consentire al Ministero il recupero del danno ambientale.

I problemi fin qui esposti sono molteplici ma appaiono tutti di facile soluzione in attesa della revisione della normativa in materia che verrà effettuata con l'approvazione e l'attuazione della delega ambientale.

La legge delega non potrà trascurare il progetto di direttiva in corso che stabilisce la responsabilità ambientale per le industrie che contravvengono alle disposizioni europee sulla tutela dell'ecosistema e della biodiversità.

La bozza di direttiva, approvata in conciliazione il 20 febbraio u.s. dal Consiglio europeo e dal Parlamento dell'Unione Europea, prevede che l'azione per il risarcimento dei danni sarà esercitata, in ogni Stato membro, da un'autorità pubblica appositamente designata, alla quale le persone lese dal danno ambientale potranno presentare direttamente richieste di intervento.

La stessa autorità nazionale dovrà provvedere a riparare il danno ambientale prodotto nel caso in cui sia impossibile obbligare immediatamente i responsabili dell'inquinamento alla rimozione degli effetti sull'ecosistema. Da parte degli Stati membri sarà infine possibile obbligare alla prestazione di una garanzia finanziaria gli operatori economici ad alto rischio di inquinamento.

**Giampaolo Schiesaro.** In relazione a quella che è stata la nostra esperienza giudiziaria ed ai risultati che siamo riusciti ad ottenere a Venezia devo esordire segnalando subito che in cinque anni abbiamo recuperato crediti per il risarcimento del danno ambientale ai sensi dell'art. 18 della legge 349/86 in misura superiore a trecento milioni di euro.

Quello offerto dall'art. 18 della legge 349/86 è uno strumento straordinario per la tutela dell'ambiente. Ha caratteristiche tutte sue, introduce una nozione di danno risarcibile più ampia di quella propria del danno civile *ex art. 2043 c.c.*, rompe il rapporto danno risarcibile – danno conseguenza e rende risarcibile la stessa condotta lesiva del bene giuridico protetto.

Da ultimo impone al giudice di tener conto di specifici parametri economici per la sua liquidazione equitativa: gravità della colpa, profitto del trasgressore e costo di ripristino.

Si tratta di un istituto che è stato ricollegato dalla Corte Costituzionale (sin dalla prima sentenza del 1987) e dalla normativa di attuazione ad una nozione di ambiente intesa non solo a contenuto naturalistico, ma a contenuto giuridico, quindi di grandissima ampiezza, contenente anche i valori paesaggistico, storico, culturali, di salubrità che non sono propri delle singole risorse, ma costituiscono un *quid pluris*, e che consentono quindi di intervenire in numerosissime situazioni criminose.

In base a detta nozione di ambiente, infatti, lo Stato finisce per essere persona offesa di una gamma amplissima di reati, praticamente in tutti i casi in cui l'interesse giuridico protetto dalla norma incriminatrice risulti riferito anche ad uno solo dei valori sopra indicati.

Questo carattere eccezionale dell'istituto comporta vantaggi e svantaggi.

I vantaggi sono principalmente rappresentati dalle enormi possibilità di intervento dello Stato in vicende processuali penali.

Abbiamo, infatti, constatato come sia possibile intervenire in qualità di persona offesa – parte civile con riferimento a moltissime ipotesi di reato perchè è facile ritrovare un qualunque profilo di collegamento tra il reato contestato ed il valore ambientale (inteso anche in senso giuridico) di volta in volta leso dalla condotta incriminata.

Si consideri, solo a titolo di esempio, che è stata riconosciuta la legittimazione del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio a costituirsi parte civile in relazione al delitto di cui all'art. 442 c.p. contestato per reprimere il traffico di vongole abusivamente pescate nelle acque lagunari contaminate dagli scarichi inquinanti del Petrolchimico di Porto Margherita.

In tal caso, infatti, il pericolo per la salute pubblica derivante dal commercio delle vongole adulterate è stato ritenuto lesivo del bene giuridico «ambiente» così come tutelato dall'art. 18 della legge 349/86.

È proprio dalla definizione normativa di ambiente (la cui lesione può dunque dare origine ad una domanda risarcitoria da parte dello Stato ex art. 18 della legge 349/86) che emerge l'autonoma valenza della pretesa di ristoro patrimoniale proposta in funzione del pregiudizio – anche solo derivante dall'esposizione a pericolo – dal bene dell'incolumità pubblica, quale quello protetto dal delitto di cui all'art. 442 c.p. contestato in quel caso agli imputati, che è sicuramente collocabile all'interno dei beni protetti contenuti nell'elencazione di cui al combinato disposto dell'art. 5 D.P.C.M. 27 dicembre 1988 e dell'allegato I al D.P.C.M. medesimo, punto 2.

Ma accanto a questo vantaggio abbiamo anche lo svantaggio della difficoltà di far valere questo nuovo diritto che ha un contenuto tanto diverso dal diritto tradizionale conosciuto ed applicato dai nostri tribunali.

Si realizza una forbice in forza della quale tanto più aumentano le potenzialità di utilizzo dell'istituto risarcitorio del danno ambientale quanto più esponenzialmente cresce la difficoltà e gli oneri nella gestione di un'azione di risarcimento avente tal contenuto.

Alla fine si ha la sensazione di fare troppo poco e mai al meglio.

Possiamo dirlo proprio: nonostante i trecento milioni di euro di risarcimento conseguiti in pochi anni, siamo convinti che sia stato più quello che ci è sfuggito di quello che siamo riusciti a prendere.

Proprio a Venezia dove abbiamo sperimentato il modello, di cui parlava Mascazzini, di gruppi specializzati di lavoro, il sostegno di A.P.A.T. e il rapporto privilegiato e diretto con i vari dipartimenti e direzioni del Ministero.

Allora occorre prendere coscienza di quali siano le più ricorrenti difficoltà operative, per descrivere cosa funziona e cosa funziona di meno al fine di migliorare l'efficienza di un servizio così importante per la collettività e per le entrate erariali.

Come prima osservazione si deve evidenziare che il processo costa, soprattutto un processo accusatorio costa: «nessuna resa senza spesa» dovrebbe essere il nostro slogan.

È impensabile poter fronteggiare un numero elevato di processi senza che a monte ci sia una scelta di spesa, non solo intesa come semplice impegno di denaro, ma anche come scelta di ottimizzazione delle energie e delle capacità organizzative dell'Amministrazione.

Perché, diversamente, senza un assetto organizzativo espressamente finalizzato al conseguimento di quell'obiettivo, l'obiettivo non può essere raggiunto.

Non per cattiva volontà dell'Avvocato dello Stato, o del funzionario ministeriale, ma perché se non è il risultato di un'azione sinergica e convergente delle istituzioni, ognuna per la sua parte, ma che abbiano un livello di organizzazione mirato a quel risultato, il risultato da solo non viene.

Occorre poi essere ben consapevoli del fatto che in questa prospettiva di recupero giudiziale del danno diventa essenziale ed irrinunciabile il supporto del consulente tecnico di parte.

Non c'è altro modo per introdurre nel processo le valutazioni sul danno: esse richiedono necessariamente la forma della consulenza tecnica.

Ma il consulente tecnico da utilizzare nel processo non deve soltanto essere in grado di formulare valutazioni tecniche e stime economiche, ma deve anche, e soprattutto, essere in grado di sostenere una pesante *cross-examination*, perché il processo accusatorio è massacrante da questo punto di vista.

Non sempre un buono scienziato è, nel processo, un buon consulente tecnico di parte: l'ottimo scienziato, il grande accademico, spesso è il più rischioso da utilizzare nel processo, perché entra in aula convinto di essere chiamato a svolgere una lezione accademica e così rischia di uscirne ridicolizzato.

Anche in questa materia è importantissima la selezione di un consulente tecnico con professionalità specifiche, di persone che abbiano esperienza nel sostenere la *cross-examination*, senza condizionamenti professionali o psicologici di scorta.

Ciò comporta una serie di problemi legati alla procedura di scelta e di designazione del consulente, che deve avvenire in tempi utili rispetto alle scadenze processuali e, soprattutto, con il concorso determinante dell'Avvocatura dello Stato, chiamata a valutare non solo il tipo di professionalità richiesta in relazione ai tempi probatori della causa ma anche il tipo di esperienza necessaria a sostenere in aula il contraddittorio processuale nelle forme previste dal codice di rito.

Ed ancora: sarebbe importante ricordare che per poter utilmente partecipare ad un processo penale in qualità di parte civile è indispensabile conoscere gli atti di indagine del Pubblico Ministero, le attività e le memorie di difesa degli imputati, che vanno acquisite, lette, studiate, incrociate e verificate con quelle della pubblica accusa. Occorre avere possibilmente informazioni ulteriori e diverse che sono molto spesso decisive.

Quello che il Pubblico Ministero non riesce trovare, può essere scoperto dalla parte civile pubblica perchè spesso la Pubblica Amministrazione può arrivare ad informazioni sconosciute al Pubblico Ministero, avendo possibilità di accedere a fonti diverse da quelle abitualmente utilizzate dal Pubblico Ministero.

Occorre, però, saper raccogliere, utilizzare, elaborare le nuove informazioni e, soprattutto, raccordarle con quelle contenute nel fascicolo delle indagini preliminari. Tutto questo bagaglio di conoscenze va gestito necessariamente a livello territoriale, perchè gli atti giudiziari sono conservati nelle segreterie e nelle cancellerie degli uffici giudiziari che procedono, perchè gli uffici che hanno fatto accertamenti sono molto spesso uffici territoriali e non sono uffici centrali, perchè la linea difensiva viene gestita a un livello regionale dell'Avvocatura Distrettuale competente.

Uno sforzo organizzativo e gestionale, quello descritto, che deve poi essere sostenuto con continuità nel tempo: il processo è infatti una successione di scenari diversi, non è immutabile, si evolve, arriva ad un primo risultato in primo grado, cui segue l'appello, che può vedere la rinnovazione parziale o totale del dibattimento.

È quindi indispensabile che la pretesa risarcitoria venga concretamente sostenuta e supportata per un arco di tempo non breve.

Non ci si può limitare, infatti, ad operare una prima valutazione del danno ambientale ed a mantenerla ferma quale che sia l'andamento del processo ed il contenuto delle prove in esso raccolte.

Il processo è una successione temporale rispetto alla quale c'è necessità di tenere costante l'aggiornamento.

È necessario, poi, rispettare i tempi propri del processo.

Se i consulenti tecnici vengono indicati quando ormai sono scaduti i termini per presentare la lista testi, si deve sapere che non sarà possibile utilizzarli in quel processo e che, pertanto, difficilmente potrà essere fornita la prova dell'ammontare del danno di cui si chiede il risarcimento.

Ugualmente la designazione del consulente quando ormai gli accertamenti irripetibili siano già stati espletati in nostra assenza non ci consente di intervenire nella fase più critica dell'accertamento della verità.

Purtroppo il processo penale ha delle scansioni temporali che sono quelle che sono: se ci si sta dentro si gioca la propria partita, se non si riesce a rispettarle si sa subito che la nostra è una difesa diminuita in termini di efficacia.

Allora rispetto allo scenario che abbiamo sin qui descritto ed alle tematiche di ordine generale che abbiamo evidenziato possiamo anche mettere in luce gli aspetti operativi che, dal nostro punto di vista, creano le maggiori difficoltà.

*In primis* va segnalata la mancanza di territorialità.

Il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio non è un ministero territoriale, l'A.P.A.T. non è un'agenzia territoriale, l'Avvocatura dello Stato è un pò più territoriale ma non ha quel grado di territorialità che sarebbe necessario per poter essere contigua a tutti gli uffici giudiziari del distretto.

Una tale consapevolezza ci deve portare a soluzioni organizzative che possono compensare questa carenza di territorialità: l'istituzione di gruppi di lavoro territoriali, del tipo di quello sperimentato oramai da anni da A.P.A.T. a Venezia, il coinvolgimento della rete di Agenzie regionali, il coinvolgimento dei reparti di polizia aventi articolazioni territoriali, rappresentano solo alcune delle ipotesi di lavoro che potrebbero con facilità essere praticate (a costi davvero contenuti per l'Amministrazione), anche attraverso la stipula di convenzioni e/o di protocolli operativi.

Il secondo problema che mi pare possa essere segnalato è che sono insufficienti le energie impiegate in questa attività, sono carenti le sinergie tra i soggetti a vario titolo istituzionalmente coinvolti e sono troppi i tempi morti che ritardano lo scambio delle informazioni ai vari livelli.

La procedura che abbiamo sperimentato a Venezia si origina dalla segnalazione di una vicenda che presenta caratteri interessanti sotto il profilo del danno ambientale. In base ad essa il Ministero chiede l'intervento di A.P.A.T. (o di altre strutture tecniche/investigative) per avere una conoscenza più articolata del fatto e per avere una stima preliminare del danno ambientale di cui potrebbe essere richiesto il risarcimento.

In tale eventualità A.P.A.T. attiva il gruppo di lavoro territoriale, istituito a livello sperimentale per i casi riguardanti il Veneto.

Il gruppo di lavoro che produce una relazione preliminare e la trasmette ad A.P.A.T.; A.P.A.T. valuta il documento, lo integra per quanto necessario e lo trasmette al Ministero il quale, a sua volta, lo invia all'Avvocatura unitamente alle proprie considerazioni.

Tutta questa procedura rappresenta un circuito estremamente complesso, lungo e spesso diventa difficile rendere compatibili i tempi di un *iter* tanto tortuoso con le scansioni urgenti degli atti di un'indagine preliminare o con i termini di decadenza fissati dalle norme processuali.

Anche per tale problema, allora, sarebbe necessario trovare formule che consentano o semplificazioni o accelerazioni, riducendo il numero dei passaggi, valorizzando la comunicazione diretta tra i vari soggetti istituzionalmente coinvolti, utilizzando forme di comunicazione telematica, per quanto possibili.

In realtà sussistono problemi organizzativi a tutti i livelli.

Si consideri, infatti, che il Ministero non ha mai avuto una direzione generale sul danno ambientale. C'è stato un momento in cui se ne sono occupate le singole direzioni generali, adesso sta cambiando, però questa è una questione importante: senza un ufficio espressamente preposto all'esercizio dell'azione risarcitoria in via sistematica diventa difficile organizzare l'intervento in sede giudiziaria secondo prassi uniformi ed omogenee.

Così come importante è la valorizzazione della figura del funzionario responsabile del singolo procedimento che dovrebbe essere il tratto d'unione di tutti i vari soggetti che intervengono, Avvocatura, A.P.A.T., Ministero stesso.

In questa ottica dovrebbe essere affrontato anche il problema di quali compiti assegnare al gruppo territoriale A.P.A.T., nella consapevolezza che se il gruppo viene istituito per sostenere l'esercizio dell'azione risarcitoria del danno ambientale nelle specifiche vicende processuali di volta in volta promosse, esso non potrà non avere necessariamente compiti di collaborazione e sostegno anche dell'attività svolta dalla competente Avvocatura distrettuale, con la quale dovrebbe avere costanti e diretti rapporti in ragione dell'evolversi di ogni vicenda.

Si tratterà, allora, di stabilire in che modo, con quali forme, con quali limiti vada delineata tale collaborazione, prendendo atto della assoluta sterilità di una procedura che non la contempra per nulla.

Spesso abbiamo registrato difficoltà di comprensione anche a causa dei diversi linguaggi che adoperiamo. C'è una verità processuale con la quale noi avvocati facciamo i conti, nel processo di quella ci occupiamo.

Può non essere la verità storica, può non essere la verità che è presa in considerazione dell'azione amministrativa e persino può essere diversa da una verità scientifica astrattamente ricostruibile.

Eppure se stiamo esercitando un'azione risarcitoria è solo e soltanto con la verità processuale che dobbiamo fare i conti.

Se nel processo è stata fornita una certa prova si deve dire che la verità processuale, in quel caso, sarà condizionata dalla presenza di quella prova. Se, invece, quella prova non ci fosse, quale che sia l'opinione di tutti i soggetti a pronunciarsi sulla materia, sarà inevitabile considerare che quella verità processuale sarà caratterizzata dalla mancanza di quella specifica prova.

Quindi tutta l'attività svolta dagli organi amministrativi per supportare l'azione risarcitoria deve necessariamente essere calibrata su questa apparentemente semplice consapevolezza.

Ma non sempre ci si riesce ad intendere perché ognuno di noi è portatore di un concetto, di una verità, che lo portano a valorizzare alcuni aspetti, senza tenere però come riferimento prioritario ed esclusivo quello che è il dato probatorio processuale che per noi è l'unico che conta, almeno se stiamo esercitando l'azione in sede processuale.

In tal caso, infatti, il dato che conta è solo il dato che emerge dagli atti del processo, tutto il resto è inevitabilmente secondario.

Infine dobbiamo registrare come non sempre vi sia una consapevolezza comune degli obiettivi perseguiti nel singolo caso.

Non si può ogni volta ricominciare da capo a discutere tra di noi sulla nozione di danno risarcibile, sui criteri che possono essere utilizzati per il risarcimento, su come debba essere quantificato il profitto del trasgressore.

Bisogna arrivare ad avere delle acquisizioni una volta per tutte, acquisite quelle incrementiamo, allarghiamo, ma teniamo conto di quello che abbiamo fatto fino a quel momento altrimenti è una spirale che gira all'infinito.



Nel breve periodo, dunque, molte risposte alle difficoltà e carenze segnalate potrebbero essere offerte dalla stesura di un protocollo operativo, un documento che consenta a tutti i soggetti istituzionali coinvolti nell'esercizio dell'azione civile (Ministero, Avvocatura e A.P.A.T., *in primis*, ma penso anche alla necessità di coinvolgere, almeno in prospettiva, anche gli organi di vigilanza ambientale e di accertamento delle infrazioni) di definire procedure, tempi, soggetti, modalità di relazione tra gli stessi, al fine di migliorare il livello di efficienza, eliminare i ritardi, colmare i vuoti ed ottimizzare le risorse.

Si potrebbe facilmente istituire un ristretto gruppo di lavoro, senza dover attendere grandi riforme, cui affidare il compito di definire poche e semplici regole tali da consentire a tutti gli organi competenti di relazionare tra loro nel modo migliore possibile, ottimizzando le poche risorse disponibili e migliorando l'efficienza di un servizio.

In detto ambito potrebbe essere valorizzata la figura del responsabile del procedimento, una figura che deve diventare per tutti i soggetti agenti un preciso e riconoscibile punto di riferimento in ogni vicenda che comporti l'esercizio dell'azione di risarcimento del danno ambientale.

Potrebbero poi essere ridefiniti ed affinati i criteri di stesura delle relazioni A.P.A.T. sul danno ambientale, perchè così come sono costituiscono documenti non utilizzabili nel processo penale dal quale vengono sistematicamente estromesse in quanto giudicate consulenze tecniche di parte.

Ciò ripropone il tema della necessità di definire modalità più celeri per la designazione sistematica dei consulenti tecnici di parte aventi le caratteristiche di indipendenza e di professionalità sopra illustrate.

Ancora: l'istituzionalizzazione, almeno con competenza per vaste aree geografiche, del gruppo di lavoro A.P.A.T. potrebbe offrire una risposta alla esigenza di territorialità. Forse non è l'unico modello organizzativo, ma, di certo, è quello che abbiamo sperimentato fino a questo momento, che ha dato buoni risultati e che, dunque, potrebbe funzionare al meglio dappertutto.

Ed infine mi pare che potrebbe risultare molto utile – anche valorizzando e facendo tesoro delle competenze in materia di monitoraggio ambientale attribuite ad A.P.A.T. dall'art. 15 del d.P.R. 8 agosto 2002, n. 207 – la creazione di una banca dati che consenta lo scambio delle informazioni processuali, dato che molto spesso le vicende oggetto di distinti processi si intersecano tra di loro, e con l'ausilio di un osservatorio privilegiato sarebbe più facile scoprire intrecci e rapporti nascosti che normalmente sfuggono ad ogni controllo.

Una banca dati contenente le informazioni sui processi e sui contenuti dei processi potrebbe rivelarsi uno strumento capace di far fare un considerevole salto di qualità all'azione di risarcimento del danno ambientale.

Naturalmente sullo sfondo c'è il problema di capire verso quali scenari di riforma normativa del danno ambientale stiamo procedendo.

Infatti con la prospettiva di riforma del danno ambientale che è in cantiere (e di cui sarebbe utile una preventiva conoscenza) dovremo necessariamente fare i conti, se non altro per conoscere quanto di questa riforma tocchi gli attuali assetti organizzativi e quanto la stessa incida sulle proposte

operative che anche in questo convegno stanno emergendo per mirare ad un livello di armonizzazione delle rispettive attività che ci consenta fin da oggi di individuare quegli aspetti dell'azione civile risarcitoria che potranno residuare anche dopo l'eventuale introduzione di una figura di danno ambientale concepita prevalentemente come vera e propria sanzione amministrativa.

**Giuseppe Fiengo.** Ho seguito con un qualche scetticismo i discorsi fatti fino ad ora sulla costituzione di parte civile nel processo penale; sono un allievo di Massimo Severo Giannini, il quale, a proposito dei limiti fisiologici della cosiddetta «supplenza dei giudici», diceva che *il processo, soprattutto quello penale, ripara torti ma non cura gli interessi pubblici*. Il processo penale è un episodio importante, sintomatico, che ha un grosso impatto sull'opinione pubblica e crea immagine, però non risolve i problemi diffusi che si pongono ad una amministrazione pubblica e con essa alla collettività nel suo complesso. Il Ministero dell'ambiente e della difesa del territorio è una amministrazione che, giorno dopo giorno, deve infatti affrontare problemi concreti, deve confrontarsi con situazioni diffuse, deve dar conto a radicate controtendenze e non può pensare di risolvere un tema generale solo affrontando gli aspetti che acquistano risonanza nelle aule di giustizia. La declaratoria di un diritto nel corso di un giudizio è fatto importante, ma la continuità dell'azione amministrativa, la prevenzione, la capacità di regolare fenomeni sono «qualità della vita»; un modulario amministrativo ben fatto, in questa ottica, potrebbe risultare più incisivo di una bella sentenza isolata.

Sono convinto che sia questa l'impostazione corretta per affrontare i problemi concreti e l'abusivismo nei parchi e nelle altre aree protette, l'abusivismo nel nostro territorio, sono, appunto, un problema concreto e diffuso.

In questa sede vorrei mettere in evidenza come, in tema di lotta all'abusivismo, nessuna delle autorità che se ne occupano, al livello di amministrazioni centrali, possiede per intero il bandolo della matassa. La materia interessa almeno tre direzioni generali di tre diversi ministeri: la Direzione generale della conservazione della natura del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio, la Direzione generale per i beni architettonici e per il paesaggio del Ministero per i beni e le attività culturali e la Direzione generale per l'abusivismo del Ministero per le infrastrutture e per i trasporti. Si ricorda inoltre che la materia dell'urbanistica è stata da sempre attratta nella sfera d'interesse delle regioni e degli enti locali territoriali, mentre in forza della legge Galasso (la legge n. 431 del 1985) tutte le aree protette ed i parchi sono automaticamente dichiarate aree di interesse paesaggistico. Sembra quindi che nessuna autorità abbia in mano l'intero pacchetto degli strumenti idonei per articolare, dall'inizio alla fine, un procedimento di risanamento e/o di demolizione di un abuso edilizio.

È sufficiente richiamare alcune disposizioni di legge di carattere generale. Ad esempio l'art. 2 comma 1 della legge 9 dicembre 1998 n. 426, recante «Nuovi interventi in campo ambientale», dispone che «*Nelle aree naturali protette nazionali l'acquisizione gratuita delle opere abusive di cui all'art. 7 della legge 28 febbraio 1985, n. 47 e successive modifiche ed integrazioni, si*

verifica di diritto a favore degli organismi di gestione. Nelle aree protette nazionali, i sindaci sono tenuti a notificare al Ministero dell'ambiente e agli Enti parco, entro novanta giorni dall'entrata in vigore della presente legge, gli accertamenti e le ingiunzioni alla demolizione di cui all'art. 7 secondo comma della citata legge n. 47 del 1985. Il Ministro dell'Ambiente può procedere agli interventi di demolizione avvalendosi delle strutture tecniche ed operative del Ministero della Difesa, sulla base di apposite convenzioni stipulate con il Ministero della Difesa, nel limite di spesa di ...». Sicuramente il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio (grazie anche ad un atteggiamento abbastanza realistico dell'attuale Ministro), è quello che ha i maggiori fondi per fare operazioni in materia di abusivismo edilizio, soprattutto nelle aree protette; per risanare un territorio occorrono fondi e il Ministero dell'ambiente è l'unico che nella legge finanziaria del 2004 ha mantenuto ed incrementato le risorse economiche da destinare a questo scopo.

Per contro l'articolo l'art. 4 comma 5 del d.P.R. 26 marzo 2001, n. 177 sull'organizzazione del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti dispone che «La Direzione generale per l'abusivismo svolge le funzioni di competenza del Ministero nei seguenti ambiti: a) monitoraggio del fenomeno dell'abusivismo edilizio, anche sulla base dei dati forniti dai comuni; b) supporto agli enti locali e alle regioni nella individuazione e repressione dell'abusivismo edilizio; c) promozione dei piani di recupero territoriale; d) repressione delle violazioni urbanistiche e coordinamento dell'attività delle commissioni per l'uso della forza pubblica; e) raccolta delle segnalazioni dei soggetti pubblici e privati in ordine ai manufatti abusivi ed esercizio dei poteri sostitutivi in materia; f) promozione di accordi di programma quadro contro l'abusivismo su beni demaniali, da stipularsi nell'ambito delle intese istituzionali di programma».

Paradossalmente, quindi, l'attrezzatura tecnica ed amministrativa per contrastare l'abusivismo è articolata prevalentemente presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. La legislazione speciale della lotta all'abusivismo edilizio, innestata sulla legge fondamentale n. 47 del 1985, il sistema di coazione ed i rapporti con le Regioni, i Comuni, con le Prefetture, e per certi aspetti l'Esercito, sono affidati in gran parte a questa specifica direzione generale, nata nell'ultima fase del vecchio Ministero dei lavori pubblici per iniziativa del Ministro Nesi.

Terzo aspetto: il sistema procedimentale più articolato, asseverato da lunga giurisprudenza, per la repressione dell'abusivismo c'è l'ha in mano, per un vecchio lascito della legge Bottai del 1939, il Ministero per i beni e le attività culturali a tutela del paesaggio. L'articolo 164 del Testo Unico del 1999 riprende infatti la formula del vecchio articolo 15 della legge n. 1497 del 1939 e dispone che «In caso di violazione degli obblighi e degli ordini previsti da questo Titolo, il trasgressore è tenuto, secondo che la Regione ritenga più opportuno, nell'interesse della protezione dei beni indicati nell'articolo 138 alla rimessione in pristino a proprie spese o al pagamento di una somma equivalente al maggiore importo tra il danno arrecato e il profitto conseguito mediante la trasgressione. La somma è determinata previa perizia di stima..... Le somme riscosse... sono utilizzate per finalità di salvaguardia, interventi di recupero dei valori ambientali e di riqualificazione delle aree degradate». L'ultimo

comma dell'articolo 149 dello stesso Testo Unico dispone inoltre che «*Fermo il disposto dell'art. 164, il Ministero, d'intesa con il Ministero dell'Ambiente e con la regione, può adottare misure di recupero e riqualificazione dei beni tutelati a norma di questo titolo i cui valori siano stati comunque compromessi*».

Il sistema delineato dalla legislazione del 1939 presenta aspetti di notevole rilevanza: *a)* mantiene il carattere discrezionale/doveroso dell'attività di intervento contro l'abusivismo; *b)* individua un meccanismo di finanziamento dell'attività attraverso l'appropriazione coattiva di una somma corrispondente al divario economico tra quanto il privato ha acquistato in termini di arricchimento con l'abuso e/o quanto viene svalutato il sito tutelato; il che significa che l'abusivismo edilizio viene svuotato attraverso la sanzione di tutti i suoi vantaggi economici.

La Cassazione a Sezioni Unite, in occasione di una vertenza che riguardava la prescrizione del credito dell'amministrazione pubblica, ha avuto modo di spiegare che l'attività prevista dall'articolo 15 della legge n. 1497 del 1939 (oggi art. 164 del T.U.) non è semplice applicazione di sanzioni ma vera e propria *cura di interessi pubblici e tutela del paesaggio*. Sulla base di questa legislazione, attraverso il meccanismo della sanzione, il Ministero per i beni e le attività culturali (si spera in concorso con il Ministero dell'ambiente e con le regioni) può perseguire il totale risarcimento del danno, nel senso che il costo del risanamento ambientale resta tutto a carico del privato, eliminandosi per questa via l'incentivo economico all'attività abusiva.

Esistono poi i condoni edilizi, la cui valenza ed effettiva operatività è tuttora al vaglio della Corte Costituzionale. Ma anche qui – comunque vada a finire la vertenza di legittimità costituzionale – occorre correlare la disciplina dei condoni alle discipline generali sopra richiamate. E il compito non appare, ad una prima valutazione, facile.

Ci si chiede a questo punto cosa possa fare di serio l'Avvocatura dello Stato in questo settore. Può fare quello che dovrebbe fare un buon avvocato, mettere sullo stesso tavolo i tre ministeri e, ognuno per la sua parte, indurli a ragionare ed operare *insieme*.

Sul piano operativo va detto con chiarezza che per determinati abusi non ci sono altre possibilità: con tutte le difficoltà e le opposizioni, occorre procedere alla demolizioni, perché si tratta di obbrobri, di follie del momento; sono state realizzate ed adesso si devono eliminare, e questo si può e si deve fare, anche se con molta fatica.

Il problema grosso riguarda invece tutti i microabusi, tutto il sistema abusivo che è sparso nel territorio e che non appare possibile eliminare d'un colpo, senza oggettivi costi, anche sociali. Ed in questo settore occorre ribadire con chiarezza che l'unico modo per avere una sanatoria passa per il *sistema delle pianificazioni*: piani di risanamento, di riqualificazione, piani dei parchi – chiamateli come volete – ma comunque piani territoriali.

A questo punto – e mi avvio a concludere – ci accorgiamo che il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio non ha solo risorse ma anche alcune norme che consentono l'acquisizione gratuita delle aree e delle stesse costruzioni. Abbiamo una serie di altre norme, che valgono per i beni paesistici e per le stesse aree protette, che consentono di dire ai privati che, se

vogliono risanare, se vogliono fare il condono, devono pagare l'intero costo del piano, l'intera infrastruttura pubblica che serve a dare a quel territorio un assetto decente. Abbiamo, infine, anche gli strumenti per impedire che il meccanismo delle opere abusive si riproduca, perché abbiamo la possibilità di inserire i vincoli e le sanatorie nei piani regolatori comunali. Il vero nodo che dovremmo sciogliere è che si tratta di quattro discipline (aggiungendo alle tre discipline dei ministeri la quarta disciplina, quella dell'urbanistica, delle regioni) che non dialogano. Per avere risultati questi distinti sistemi normativi ed organizzativi devono invece necessariamente dialogare. Probabilmente avremo delle difficoltà notevoli, perché le regioni non hanno nessuna voglia di fare condoni e/o spartire con amministrazioni diverse il governo del territorio. In alcune aree sarà possibile dialogare, in altre forse no, ma questa è l'unica via che consente all'amministrazione di dare una risposta responsabile e diffusa al problema.

Pur essendo un avvocato, continuo infatti a privilegiare l'azione amministrativa. Le azioni giudiziarie servono a poco, sono importanti in certi momenti, ma non si possono perseguire in via giudiziaria tutti gli abusivismi. In questo settore l'Avvocatura dello Stato deve mettersi al servizio dell'amministrazione e valorizzare il dialogo istituzionale che normalmente mantiene con i ministeri interessati e con le stesse regioni in sede di Conferenza permanente, per creare, almeno a livello statale, una ragionevole linea comune di approccio, privilegiando quelle attività e quel coordinamento che portano giorno dopo giorno, in modo quasi automatico, risultati concreti. Altrimenti non vedo prospettive e l'abusivismo crescerà perché la spinta di fondo è notevole. Sul piano economico, un terreno agricolo non vale niente; se su quel terreno si costruisce qualsiasi cosa, quel terreno vale di gran lunga di più. Non abbiamo altra prospettiva che prendere atto di questo processo economico e governarlo, con intelligenza, moderazione, ma anche con forza. O facciamo qualcosa che concretamente renda non conveniente l'attività abusiva o condoni si susseguiranno l'uno dopo l'altro, perché l'abusivismo mantiene nell'assetto della società italiana forti valenze strutturali.

L'interesse di questo seminario di studio è nel tentativo di inventare insieme strumenti giuridici ed amministrativi, che consentano agli organismi statali e regionali di coordinarsi verso un obiettivo, che giustamente è stato posto dal Ministro dell'ambiente come primario: *che almeno nelle aree protette l'abusivismo sia un ricordo*. Ma per fare questo occorre mettere in cantiere molte attività amministrative e tecniche, tenendo ben presente che sul piano giuridico le aree protette, regionali e nazionali, sono qualificate *pae-saggio* ai sensi della legge Galasso, *aree sensibili* per le Infrastrutture e *territorio* per le regioni ed i comuni; il concorso di norme, di procedimenti e di autorità ed interventi incidono – si voglia o no – sullo stesso oggetto.

**Giorgio Cesari.** L'esercizio delle azioni giudiziarie per il risarcimento dei danni all'ambiente, previste dall'articolo 18 della legge 6 luglio 1986, n. 349, presuppone lo svolgimento di una elaborata attività istruttoria, diretta a dimostrare gli effetti di uno o più comportamenti illeciti sulle risorse ambientali ed a consentire la valutazione economica di tali effetti.

Il danno all'ambiente costituisce infatti una fattispecie particolarmente innovativa di danno civile, la cui azione di risarcimento, attribuita alla competenza del Ministero dell'ambiente, richiede la contestuale valutazione di una serie di aspetti di carattere giuridico, scientifico ed economico.

Al riguardo, le numerose criticità emerse in sede di applicazione dell'istituto possono ritenersi un chiaro sintomo dell'impossibilità di addivenire a soddisfacenti risultati, in termini di ammissione al risarcimento, senza l'organizzazione di un efficace sistema di coordinamento delle amministrazioni preposte ad effettuare tale complessa attività istruttoria.

In tale quadro, l'Agenzia nazionale per la protezione dell'ambiente ed i servizi tecnici ha avviato, da alcuni anni, una attività di sistematica collaborazione con il Ministero dell'ambiente e, su richiesta del Ministero, con le Avvocature Distrettuali dello Stato, al fine di fornire il supporto tecnico-scientifico necessario all'esercizio delle azioni di risarcimento.

In particolare, l'A.P.A.T., nell'esercizio dell'ordinaria attività di supporto effettuata a beneficio del Ministero dell'ambiente ai sensi del d.P.R. n. 207 del 2002, provvede, su richiesta, a raccogliere ed elaborare i dati e le informazioni utili ad inquadrare, sotto il profilo scientifico e giuridico, tutti i casi di danno ambientale che lo stesso Ministero decida di sottoporre all'Agenzia.

A seguito di tale istruttoria è elaborata una relazione avente ad oggetto la descrizione del danno verificatosi in ogni singolo caso di specie e l'individuazione del sistema da utilizzare per la quantificazione del relativo risarcimento.

Più precisamente, l'A.P.A.T. presenta inizialmente al Ministero una relazione di tipo preliminare, diretta a fornire tutti gli elementi utili a decidere in merito all'opportunità di esercitare l'azione di danno, attraverso la costituzione di parte civile in un processo penale o l'avvio di un apposito processo civile. Nel caso in cui il Ministero decida di esercitare l'azione giudiziaria di risarcimento, l'Agenzia provvede poi a fornire un costante supporto alle Avvocature Distrettuali dello Stato competenti per la gestione della vicenda processuale.

Ai fini di un più efficace esercizio dell'azione l'Agenzia ha inoltre espresso la propria disponibilità a designare i nominativi dei propri esperti affinché il Ministero possa, se opportuno, nominare nel processo uno o più consulenti tecnici incaricati di illustrare le relazioni predisposte.

Tra i numerosi casi in cui l'Agenzia ha coadiuvato il Ministero e l'Avvocatura dello Stato, si possono citare, a titolo di esempio, i processi in corso per l'inquinamento del lago Maggiore da DDT, per l'esplosione di un impianto di sostanze tossiche nello stabilimento Farmoplant di Massa, per l'inquinamento prodotto dal petrolchimico di Brindisi e per l'inquinamento idrico causato dallo stabilimento Acetati di Verbania.

Tale sistema di supporto e di collaborazione nei confronti degli organi competenti ad esercitare le azioni di risarcimento del danno ambientale, si propone, in primo luogo, di superare le criticità da tempo emerse nell'applicazione dell'articolo 18 della citata legge n. 349/86 e di consentire una valutazione coordinata di tutti gli aspetti giuridici, scientifici ed economici della fattispecie in oggetto.

Al riguardo, si ritiene inoltre opportuno individuare apposite forme di collaborazione con gli altri enti a cui l'ordinamento assegna competenze in materia di accertamento delle violazioni ambientali e di valutazione dei relativi danni.

L'A.P.A.T. ha pertanto provveduto ad attivare una serie di contatti, anche attraverso appositi strumenti convenzionali, con alcune A.R.P.A. (Agenzie regionali per la tutela dell'ambiente), incaricate *ex lege* di supportare le autorità locali nelle azioni di danno ambientale, con alcuni Enti-Parco, titolari dell'azione di danno ambientale sulla base della legge quadro sulle aree protette, e con il Corpo Forestale dello Stato, titolare di importanti funzioni di controllo sulle violazioni della normativa ambientale.

Attesa peraltro la complessità e la natura multidisciplinare degli aspetti che assumono rilievo ai fini dell'istruttoria di accertamento e di valutazione del danno ambientale, si ravvisa frequentemente l'opportunità di sviluppare una adeguata elaborazione teorica dei concetti di «danno», «ambiente», «risarcimento», «ripristino» e di altri importanti elementi della fattispecie di cui all'articolo 18 della legge n. 349/86. Si ravvisa inoltre l'esigenza di precisare i rapporti tra danno all'ambiente ad altre ipotesi affini, come il danno al paesaggio o il danno alla salubrità di un territorio.

A tal proposito l'A.P.A.T. ha intrapreso, in aggiunta alle ordinarie attività di supporto operativo, una serie di studi e approfondimenti aventi ad oggetto i più rilevanti aspetti giuridici, scientifici ed economici del risarcimento del danno ambientale.

Tale opera, per la quale sono altresì attivate forme di collaborazione con pubbliche amministrazioni ed istituti scientifici, si propone, in particolare, di fornire a tutti gli enti competenti in materia di danno ambientale gli strumenti teorici e gli orientamenti interpretativi più utili a sviluppare una attenta riflessione sul tema, anche attraverso la pubblicazione di studi e di relazioni e l'organizzazione di occasioni di confronto e di approfondimento.

**Gianpaolo Polizzi.** Quello che abbiamo voluto fare oggi è l'incontro tra due culture, la cultura gestionale operativa del Ministero e quella processuale degli avvocati dello Stato: su un comune terreno, giuridico istituzionale, siamo portatori di due distinte esperienze che possono realizzare una perfetta simbiosi. Se per noi avvocati dello Stato è fondamentale conoscere la natura e la condotta del nostro cliente, per il nostro cliente, per il Ministero e l'A.P.A.T., per tutte le Amministrazioni che noi difendiamo, a mio avviso, è necessario sapere come lavora il loro avvocato; e noi siamo il loro avvocato.

Oggi più che mai l'operato della Pubblica Amministrazione si deve quotidianamente misurare con la realtà giurisdizionale, che da una parte verifica la legittimità dell'operato dell'amministrazione e d'altra parte si adopera per realizzare quegli stessi fini che l'amministrazione si propone. In questo ambito tra amministrazione e giurisdizione direi che l'Avvocatura dello Stato può essere *il braccio armato* della politica del Ministero e della politica dell'Amministrazione dello Stato in generale, nei tribunali e in tutte le corti del Paese ed anche nelle corti internazionali, quale la Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Il problema pratico che ci poniamo tutti i giorni come avvocati dello Stato è che molto spesso questo braccio armato non sa per cosa combatte; è un braccio che combatte un pò da solo, senza avere una testa, senza sapere per che cosa si sta battendo, perché spesso lo scambio di informazioni tra cliente e avvocato è talmente deficitario da far sì che l'avvocato vada in giudizio senza sapere bene cosa si deve fare. Il prof. Guarino una volta in un convegno disse che il difensore di un privato ha un grosso vantaggio rispetto al difensore della parte pubblica: che il suo cliente, il privato, notte e giorno pensa alla sua causa, si ingegna per trovare altre questioni, altri argomenti, ulteriori elementi, telefona all'avvocato che ha così un supporto continuo; l'avvocato dello Stato, in genere, si trova in una situazione inversa; spesso nel difendere una causa non sa nemmeno perché il provvedimento oggetto di controversia sia stato adottato, non sa neanche chi è il proprio cliente, non lo ha mai visto in faccia.

Se questa è la situazione è necessaria un'organizzazione, un coordinamento del nostro lavoro che possa dare dei risultati proficui. Noi abbiamo elaborato con la dottoressa Renella una bozza di circolare, che adesso è all'esame del capo di gabinetto, per illustrare a tutti i dipartimenti, a tutti i servizi del Ministero dell'ambiente, quali sono le esigenze più sentite dagli avvocati dello Stato per poter svolgere più adeguatamente la loro attività. Quello che voglio sottolineare è la necessità che nel momento stesso in cui, presso l'Avvocatura dello Stato o nell'ambito del Ministero, viene acquisita l'informazione della pendenza di un giudizio civile, penale, amministrativo, subito debbono essere individuati da una parte l'avvocato incaricato della trattazione dell'affare, e dall'altra parte il funzionario, la direzione generale, il responsabile del procedimento, perché tra questi due soggetti ci possa essere quel dialogo immediato, proficuo, simile a quello che di solito c'è tra cliente ed avvocato.

Per quanto riguarda l'Avvocatura dello Stato, nella attuale fase organizzativa nel nostro Istituto, abbiamo predisposto dei moduli in cui, nel momento stesso in cui un atto introduttivo di un giudizio viene trasmesso all'amministrazione, è segnato nella lettera di trasmissione non solo il nome dell'avvocato, ma persino la sua *e-mail* personale, alla quale è possibile dare una risposta immediata. Noi ci auguriamo che qualcosa del genere venga fatto anche da parte dell'amministrazione perché potrebbe essere molto importante anche per noi. Poter conoscere direttamente e parlare immediatamente con il funzionario responsabile consente all'avvocato di comprendere immediatamente la posizione dell'amministrazione, anziché doverla dedurre, come talvolta è accaduto, dagli scritti dell'avversario. Questa conoscenza è fondamentale per le sorti del processo perché in questa sede la voce dell'Avvocatura dello Stato non è paritaria rispetto a quella degli avvocati privati, perché i giudici sanno che noi siamo portatori e difensori dell'interesse pubblico e quindi quando una cosa viene detta dall'avvocato dello Stato il giudice è portato a ritenerla corretta e ad ascoltarla. Solo è che noi dobbiamo essere messi in grado di dire qualcosa che effettivamente provenga dal nostro cliente.

Se tutto questo è vero per ogni amministrazione, tanto più vale per il Ministero dell'ambiente la cui materia presenta dei profili di tecnicismo estre-



mamente elaborati, che debbono essere spiegati al giudice, anche e soprattutto dall'angolo di visuale dell'amministrazione. Ci siamo spesso trovati, infatti, con dei giudizi civili e amministrativi in cui degli aspetti tecnici erano veramente delicati, veramente complessi e abbiamo avuto bisogno di poterli spiegare al giudice in un linguaggio che fosse comprensibile a giuristi.

Per quanto riguarda il giudizio penale, credo che si possa fare del modello veneziano, quello adottato dall'Avvocatura distrettuale di Venezia in occasione del processo per Porto Marghera, un modello esportabile in altri ambiti locali. Per questo l'assistenza tecnica dell'A.P.A.T. e la collaborazione del Ministero diventano indubbiamente essenziali. Bisogna, d'altronde, riconoscere che fino ad oggi è mancata un'attenzione particolare alla tematica del risarcimento del danno ambientale. L'intendimento dell'Avvocatura dello Stato, recentemente passata attraverso processi di ristrutturazione che hanno consentito di concentrare questa materia su un gruppo ristretto di avvocati, è quello di dare un significativo impulso a questa azione. È vero che la prevenzione è più importante della repressione, ma noi sappiamo anche che soltanto eliminando l'incentivo costituito per i soggetti inquinanti dalla possibilità di farla franca, di non pagare mai nulla per attentati a quella risorsa fondamentale, che è la risorsa ambiente, eliminare questo incentivo alla devianza, significa veramente ridurre alla base l'interesse che questi soggetti possono avere a creare situazioni di inquinamento.

Ecco quindi l'importanza di seguire questo modello già sperimentato dall'Avvocatura di Venezia e la necessità di costituire nuclei operativi locali. Sappiamo che le realtà forti di danno ambientale, emerse nell'ultimo anno, sono variamente diffuse sul territorio nazionale; il nord-est e il nord-ovest sono particolarmente sensibili e quindi hanno avviato procedure di repressione e risarcimento; il sud è per il momento poco sensibile. Data questa realtà, noi possiamo cominciare con il garantire questi processi penali nelle sedi in cui questi processi si fanno.

Ma questi processi si fanno solo se c'è un'adeguata preparazione, e qui è importante che il Ministero dell'ambiente conosca come funziona l'Avvocatura dello Stato ed il suo raccordo istituzionale con la Presidenza del Consiglio dei Ministri. L'intervento della parte civile nel processo penale avviene nel momento in cui, accertata la situazione di fatto che ha determinato la nascita del processo penale, la valutazione di particolare rilevanza di questi fenomeni fa sì che venga richiesta alla Presidenza del Consiglio dei Ministri l'autorizzazione alla costituzione di parte civile. Quindi non basta avere notizia di un processo penale, dobbiamo saperlo con largo anticipo, per poter poi sollecitare le valutazioni dei tecnici e, sulla base di quelle, chiedere alla Presidenza del Consiglio di manifestare la volontà politica di intervenire in questi processi penali. Ecco la ragione di un raccordo necessario e tempestivo in tutte queste operazioni, preliminari all'instaurarsi del dibattimento penale.

Per quanto riguarda il contenzioso comunitario, l'Avvocatura dello Stato, nel momento in cui, attraverso la notificazione, ha notizia di un procedimento pendente davanti alla Corte di Giustizia – sia esso un procedimento di infrazione o un procedimento per l'interpretazione di una normativa

richiesta da un giudice di uno Stato membro della Comunità Europea – ha bisogno celermente di sapere qual è la posizione del Ministero. Altrimenti si corre il rischio di andare a Lussemburgo senza sapere esattamente qual è l'orientamento politico a cui si è ispirata la politica di settore del Governo Italiano, rischiando talvolta condanne o interpretazioni sfavorevoli, che potrebbero essere anche attenuate con una condotta più consapevole. Spesso la politica nazionale infatti si muove per ragioni, anche implicite, che, forse, varrebbe la pena sottolineare nelle difese innanzi al giudice comunitario, non fosse altro per indicare i reali problemi che alcune linee dell'Unione Europea possono recare a tradizionali vischiosità esistenti in tutti gli Stati membri.

**Giuseppe Novaresi.** L'ampiezza dei riferimenti ai profili istituzionali del danno ambientale, operata dai relatori che mi hanno preceduto, mi consente di svolgere qualche osservazione privilegiando un'esperienza professionale che mi vede impegnato proprio in questo periodo.

Mi riferisco ad un ricorso pendente dinanzi al T.A.R. Liguria in cui risultano impugnati i provvedimenti adottati da una Conferenza di servizi istituita presso il Ministero dell'ambiente che ha autorizzato il dragaggio del Porto della Spezia.

Apparentemente potrebbe dubitarsi della pertinenza di una vicenda giurisdizionale amministrativa rispetto alla tematica del danno ambientale, ma confido che le riflessioni che mi accingo a svolgere possano essere considerate come qualcosa di simile ad appunti per la discussione, utili a segnalare problematiche che spesso corrono il rischio di rimanere nell'ombra.

L'esposizione non si prefigge di risultare particolarmente organica ma aspira solo segnalare l'opportunità di un dibattito non ortodosso sull'argomento.

Dragaggio del Porto della Spezia, dicevo.

Il Porto della Spezia è qualificato dalla legge (v. art. 4 legge 84/1994) porto di rilevanza internazionale ed, in Italia, per movimentazione di merci è secondo solo al porto di Genova, collocandosi ai primi posti nell'ambito del Mediterraneo.

Come in tutti i porti, anche alla Spezia, periodicamente è necessario realizzare il dragaggio dei fondali per assicurare il mantenimento di una profondità degli stessi che consenta le manovre navali in condizioni di agibilità e di sicurezza.

La competenza alla realizzazione del dragaggio spetta – nei porti in cui sono istituite – alle Autorità Portuali *ex art. 6 comma b)* della legge n. 84/1994.

Tuttavia il Porto della Spezia, così come altri importanti porti italiani (Piombino, Venezia, Napoli, Brindisi, Taranto) è stato individuato dalla legge n. 426/1998 sito inquinato da sottoporre ad intervento di bonifica di rilievo nazionale.

Tale particolare situazione ha determinato un'oggettiva incertezza in ordine all'individuazione delle procedure da seguire per la realizzazione del dragaggio, atteso che nell'ordinamento non è prevista alcuna normativa di coordinamento fra gli interventi di bonifica (definiti obbligatori dalla legge)

ed un intervento sui fondali definibile in termini di manutenzione ordinaria e straordinaria dell'ambito portuale che, a sua volta, presenta caratteristiche di doverosità giuridica.

Il Ministero dell'ambiente ha ritenuto di affrontare pragmaticamente la problematica, acquisendo nell'ambito di una conferenza istruttoria aperta alla partecipazione di vari enti locali, associazioni, utenti portuali e qualificati organi tecnici, contributi collaborativi poi trasfusi in una conferenza decisoria strutturata secondo lo schema previsto dall'art. 15 del D.M. n. 471/1999, e quindi, con la partecipazione, oltre che del Ministero dell'ambiente anche dei Ministeri dell'industria, della salute e della Regione Liguria.

Il risultato finale si è compendiato in un provvedimento amministrativo (la cui natura giuridica è di ardua qualificazione) che ha autorizzato l'Autorità Portuale all'attivazione del procedimento finalizzato alla realizzazione del dragaggio, subordinando – tuttavia – l'intervento all'osservanza di una lunga ed impegnativa serie di prescrizioni tecniche, volte a garantire la tutela dell'ambiente marino.

Avverso tale autorizzazione è stato proposto ricorso al T.A.R. Liguria da parte di un'associazione ambientalista e di un comitato locale nel cui ambito si registra la presenza di personaggi politici particolarmente conosciuti e che rivestono incarichi istituzionali di assoluto rilievo.

Tale schieramento di forze che ha potuto disporre di un facile e continuo accesso ai mezzi di comunicazione è riuscito a deviare l'attenzione rispetto ad un problema di legittimità dell'azione amministrativa (delicato sin che si vuole ma comunque ricompreso in un alveo di ordinarietà) trasformandolo ideologicamente in una contrapposizione tra «buoni» e «cattivi», in cui la seconda aggettivazione spetta sempre e comunque alle Amministrazioni pubbliche che faticosamente (ed istituzionalmente) cercano di perseguire un difficile equilibrio fra tutela dell'ambiente e prosecuzione dell'attività produttiva.

La distinzione manichea cui ho appena fatto riferimento e che potrebbe apparire per un verso ingenua e per l'altro eccessiva, in realtà si riscontra con assoluta frequenza a margine delle vicende giudiziali in cui risultino coinvolte tematiche ambientali confliggenti con assetti imprenditoriali ed occupazionali a rischio di recessione.

L'Avvocatura dello Stato che nel giudizio ha assunto la difesa dei tre Ministeri intimati, oltre che dell'Autorità Portuale, ha scontato pienamente tali contraddizioni venendole paradossalmente rimproverato dai ricorrenti un eccesso di impegno difensivo.

In modo – se possibile – ancora più curioso si è verificato nel medesimo contesto temporale un particolare apprezzamento nei confronti dell'Avvocatura dello Stato, costituita parte civile nel processo penale avente ad oggetto gravi reati ambientali realizzati nell'ambito della gestione della discarica di Pitelli che è probabilmente la principale discarica a servizio del Comune della Spezia.

L'alternanza di valutazioni positive e negative indirizzate all'organo di difesa tecnica è sintomo di una contraddizione complessiva ordinamentale che difficilmente riesce ad imporsi con sufficiente chiarezza all'attenzione delle Istituzioni.

Assume carattere paradigmatico la riflessione in ordine ai soggetti verosimilmente responsabili dell'inquinamento del Golfo della Spezia.

Oltre ad una serie di fattori inquinanti di difficile individuazione, un ruolo rilevante dovrebbe essere attribuito alle modalità gestionali della discarica pubblica di Pitelli, all'attività di un'importante centrale dell'ENEL e, secondo recenti notizie di stampa, anche all'attività dell'Arsenale Militare.

Ne deriva dunque un panorama in cui a concorrere alla realizzazione di un ampio scenario di danno ambientale hanno partecipato, con vario grado di intensità, imprese pubbliche o comunque imprese nelle quali la partecipazione pubblica ha ancora un'importanza notevole, enti locali e persino amministrazioni statali.

Si pone allora un problema preliminare nell'affrontare la tematica del danno ambientale che – necessariamente – impone di calare quel velo dell'ipocrisia che condiziona ampia parte del dibattito e della discussione sui rimedi da assumere per contrastare modalità di gestione del territorio produttive di effetti ambientali dannosi.

Detto in altri termini si dovrebbe abbandonare l'idea – velleitaria – che solo i privati siano responsabili, con i loro comportamenti, della realizzazione di danni ambientali e che efficaci misure di contenimento e di ripristino possano essere adottate unicamente nei loro confronti.

La realtà fattuale si incarica di smentire quotidianamente tale assunto ed evidenzia in modo diffuso che le aggressioni maggiormente preoccupanti nei confronti dell'ambiente si realizzano nel disinteresse e, a volte, con l'inconsapevole collaborazione di istituzioni rappresentative della cittadinanza ovvero con enti la cui attività non risulta ispirata esclusivamente a logiche di mercato e di profitto.

Se l'analisi appena svolta corrisponde – almeno parzialmente – allo stato delle cose sarebbe forse più utile aggiungere ai meccanismi risarcitori previsti per la tutela dell'ambiente ulteriori sanzioni finalizzate ad introdurre misure interdittive – temporanee ovvero permanenti – nei confronti dei soggetti preposti ad istituzioni, enti, imprese nei quali continui ad essere riscontrabile un ruolo pubblico.

**Pio Giovanni Marrone.** L'esperienza della Sede barese è caratterizzata non solo e non tanto dall'instaurazione di giudizi per ottenere, in sede penale e civile, il ristoro del danno ambientale provocato da fenomeni di inquinamento connessi a processi produttivi industriali (per tutti il caso Enichem di Manfredonia ed il caso Fibronit di Bari), quanto piuttosto dalla costituzione di parte civile, in favore del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio, in alcuni importanti giudizi penali riguardanti contestazioni di reati di carattere edilizio e paesaggistico.

Il Ministero ha, infatti, ritenuto di doversi costituire parte civile allorché l'aggressione del territorio realizzata in zone assoggettate a vincolo paesaggistico, imposto dalla legislazione statale e dalla legislazione regionale, ha assunto proporzioni tali da integrare un vero e proprio pregiudizio all'ambiente. La particolarità dei giudizi in questione è rappresentata, in primo luogo, da una attività edilizia che compromette in misura davvero apprezza-

bile aree vincolate in zone per lo più costiere (Polignano a Mare, Mola di Bari e Monopoli) – ma non mancano esempi anche in zone boschive (foresta Mercadante) – tanto da recare nocumento all’ecosistema dei siti interessati. Tale aspetto è puntualmente doppiato da un altro, ancora più peculiare, consistente nella preventiva autorizzazione di dette trasformazioni territoriali (in genere lottizzazioni) da parte dell’autorità amministrativa locale con provvedimenti, che sebbene non impugnati dinanzi al giudice amministrativo, in sede penale sono considerati contrari alla legalità urbanistica e come tali idonei ad integrare condotte criminose, in virtù di un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato (Cass., Sezioni Unite Penali, 21 dicembre 1993).

Si pone, allora, il problema della funzione e del ruolo che l’amministrazione statale deve svolgere nelle descritte ipotesi che spesso vedono coinvolte le amministrazioni locali dalle quali provengono i provvedimenti autorizzativi di quelle trasformazioni, non sempre particolarmente attente alla tutela dei valori ambientali. Tali valori, infatti, rischiano di essere ulteriormente pregiudicati allorquando i tempi di definizione del giudizio penale impediscono la possibilità di intervento immediato per la rimozione degli effetti dannosi derivanti dal processo edificatorio.

Nei suddetti giudizi penali, in cui si tenta di affermare l’esistenza di una responsabilità per danno ambientale connessa ad attività edilizie di vaste proporzioni incidenti in aree assoggettate a vincolo, sorge la necessità di individuare con precisione fin dall’inizio del procedimento l’entità e possibilmente l’ammontare del danno ambientale.

Quest’ultimo, come è noto, pone problemi di non poco momento sotto il profilo probatorio, atteso che la giurisprudenza ha adottato una concezione sostanziale di tale danno, ragion per cui una volta spiegata la costituzione di parte civile non è sempre agevole fornire la prova, in corso di causa, del danno arrecato all’ambiente, che va quantificato secondo i criteri dell’art. 18 della legge n. 349/86. Al riguardo va sottolineato che nei giudizi in parola la quantificazione del danno presuppone valutazioni di natura squisitamente tecnica ed è, quindi, fondamentale disporre tempestivamente di consulenze redatte da esperti individuati dall’amministrazione, le quali devono essere esaminate nel corso del dibattimento. In mancanza di tali elementi probatori, occorre instaurare un successivo giudizio in sede civile per la determinazione del danno all’ambiente, che finisce così col perdere le sue connotazioni tipiche perché la liquidazione di quel danno, magari in via equitativa e a distanza di parecchi anni, può non rappresentare una riparazione adeguata del bene lesa.

A ciò si aggiunga che i reati ambientali non integrano alcuna delle ipotesi per cui il legislatore ha configurato la responsabilità penale delle persone giuridiche (d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231), sicché queste ultime, spesso coinvolte nei procedimenti in questione, rispondono esclusivamente sul piano civile, con ogni intuibile conseguenza sul piano della effettività della tutela del valore ambientale.

Ed ancora i procedimenti descritti, per la entità della lesione arrecata al territorio, vedono spesso coinvolte altre pubbliche amministrazioni, oltre a

quella statale, nonché numerose associazioni ambientaliste, cioè una pluralità di soggetti che hanno legittimazione ad agire e a richiedere il ristoro di un danno che, se deve essere liquidato per equivalente, rischia di rimanere insoddisfatto proprio per la entità delle somme richieste. Appare, dunque, singolare che, in circa un ventennio, al progressivo allargamento, grazie soprattutto all'elaborazione giurisprudenziale, del novero dei soggetti pubblici e privati legittimati ad agire per il ristoro del c.d. danno ambientale, non abbiano fatto seguito adeguati interventi (anche di carattere legislativo) mirati ad assicurare l'effettività della tutela, quanto meno sul piano risarcitorio.

I problemi però non nascono soltanto in corso di causa: è opportuno segnalare, infatti, che l'azione per il ristoro del danno ambientale, perlomeno nell'esperienza barese, nasce il più delle volte a seguito dell'iniziativa dell'autorità inquirente penale e non può essere instaurata prima dell'udienza preliminare cioè quando la lesione al bene protetto – trasformazione territoriale – è già intervenuta.

Anche sul piano della prevenzione – che costituisce la forma più efficace per la tutela dell'ambiente – e, quindi, nella fase iniziale della aggressione al territorio, si pone l'ineludibile esigenza di un maggiore coordinamento tra l'Amministrazione centrale e l'Avvocatura dello Stato. Quest'ultima potrebbe esperire l'azione inibitoria sul piano civile per bloccare l'azione lesiva sul nascere; ma per far ciò è necessario ottenere in tempo reale o quasi informazioni complete. Le difficoltà evidentemente emergono sotto un duplice profilo: da un lato l'amministrazione statale, pur avvalendosi in sede periferica del Corpo Forestale dello Stato, difficilmente riesce a monitorare l'intero territorio in modo costante, dall'altro lato è mancata finora una efficace collaborazione, sia pure sul piano del mero scambio di informazioni, con le autorità regionali e in genere locali cui la legge demanda i poteri di controllo più penetranti sul territorio. Di qui la necessità, ormai indifferibile, di un migliore coordinamento con le strutture ministeriali e con le autorità locali per esempio attraverso la creazione di banche dati in cui potrebbero confluire una serie di informazioni utili per una più corretta impostazione della strategia processuale.

Questi soltanto alcuni degli spunti di riflessione che inducono a ritenere ormai indispensabile la più stretta collaborazione tra gli uffici statali impegnati ad assicurare un risarcimento pieno ed effettivo del danno ambientale, per far fronte alla complessità delle fattispecie descritte: come dimostra un esempio emblematico rappresentato dal noto caso di «Punta Perotti».

Val la pena, quindi, di ricordare i passaggi essenziali della vicenda processuale per evidenziare le problematiche che sono state poste all'attenzione dell'amministrazione statale e della difesa erariale.

Il giudizio in parola ha conosciuto una fase cautelare originata da un sequestro di tre manufatti di ragguardevoli dimensioni, realizzati in forza di concessioni rilasciate dal Comune di Bari dopo l'approvazione di due piani di lottizzazione. I provvedimenti autorizzativi di detta trasformazione edilizia sono stati ritenuti illegittimi, nell'ipotesi accusatoria, in quanto gli stessi hanno abilitato una attività edificatoria di proporzioni notevoli in una zona sottoposta a vincolo paesaggistico dalla legge Galasso e dalla legislazione

regionale. La fase cautelare è culminata con una pronuncia della Suprema Corte del 1997 che, avendo ritenuto la costruzione accusatoria non assistita dal *fumus*, disponeva il dissequestro delle opere.

Questa fase del procedimento non ha visto protagonista il Ministero dell'ambiente che si è costituito parte civile, unitamente al Ministero per i beni e le attività culturali, nel giudizio di merito. Detto giudizio è stato definito in primo grado con una sentenza del G.I.P. presso il Tribunale di Bari di assoluzione degli imputati perché il fatto non costituisce reato, con la conseguente irrogazione della confisca dei suoli e dei manufatti ivi esistenti ai sensi dell'art. 19 della legge n. 47/85.

La decisione veniva riformata dalla Corte di appello barese che, nel presupposto della inesistenza del vincolo paesaggistico, mandava assolti gli imputati perché il fatto non sussiste disponendo la restituzione degli immobili agli aventi diritto.

Con sentenza del 29 gennaio 2001 n. 256 la Suprema Corte, dopo aver affermato la sussistenza del vincolo e la radicale illegittimità dei piani di lottizzazione nonché delle concessioni edilizie rilasciate dal Comune di Bari, cassava senza rinvio la decisione dei giudici di appello, reputando corretta la statuizione del giudice di primo grado, e disponeva pertanto la definitiva confisca dei fabbricati ivi esistenti e dei suoli inclusi nei predetti piani di lottizzazione.

Contrariamente a quel che si può pensare la decisione della Corte di Cassazione non ha posto fine alla controversia; anzi ha originato, oltre a una serie di controversie civili, alcuni incidenti di esecuzione che possono così riassumersi.

Con un primo ricorso dinanzi al G.I.P. del citato Tribunale il Comune di Bari ha chiesto di conoscere se e con quali modalità fosse tenuto alla demolizione dei manufatti. Con altri ricorsi proposti dinanzi alla Corte di appello le società costruttrici e alcuni soci hanno chiesto la revoca della confisca disposta con la sentenza del 29 gennaio 2001, assumendo di essere terzi estranei al procedimento penale e di non aver apportato alcun contributo alla realizzazione materiale dell'illecito. La revoca della confisca è stata richiesta anche da altri soggetti ed in particolare da una società proprietaria di alcuni suoli inseriti in uno dei due piani di lottizzazione la quale, pur avendo acquistato in vista della futura edificazione, di fatto nulla ha realizzato sui suoi terreni nonché dall'A.C.I. che s'è visto confiscare un suolo di sua proprietà senza aver dato alcun impulso al procedimento di lottizzazione.

Sollevato il conflitto di competenza i giudizi sono stati rimessi dinanzi alla Corte di Cassazione, la quale, con sentenza 2 aprile 2003 n. 626, ha riconosciuto la competenza del G.I.P. affermando in particolare che la confisca ha natura costitutiva e come tale non necessita di esecuzione forzata: di qui l'obbligo del Comune di Bari di porre in essere immediatamente le attività previste dall'art. 7 della legge n. 47 del 1985, a tenore del quale l'opera acquisita deve essere demolita con ordinanza del sindaco a spese dei responsabili dell'abuso, salvo che, con deliberazione consiliare, sia dichiarata l'esistenza di prevalenti interessi pubblici e sempre che l'opera non contrasti con rilevanti interessi urbanistici ed ambientali.

Dopo la pronuncia della Suprema Corte la vicenda ha seguito un duplice binario. Per un verso, sono stati riassunti, dinanzi al Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Bari, i predetti incidenti di esecuzione ai quali, peraltro, si sono aggiunti quello proposto da soggetti che avevano acquistato dalle società costruttrici alcuni degli appartamenti da realizzare nonché quello proposto dalla Agenzia del demanio, patrocinata dall'Avvocatura dello Stato, la quale chiede a sua volta la revoca della confisca disposta su alcuni suoli appartenenti al patrimonio statale anche essi inclusi nei citati piani di lottizzazione. Per altro verso, il Comune di Bari, dopo alcuni tentennamenti e dopo la ricezione di una formale diffida da parte della locale Soprintendenza per i beni architettonici e per il paesaggio, ha deciso, con delibera consiliare, di procedere alla demolizione dei manufatti. All'attualità, dopo circa otto anni dall'inizio del procedimento penale, i predetti giudizi di esecuzione non sono ancora stati definiti, mentre il Comune di Bari non ha dato corso alla demolizione, tenuto conto anche del fatto che le società costruttrici e coloro che si affermano terzi rispetto procedimento penale minacciano azioni risarcitorie nei confronti del Comune che avrebbe rilasciato provvedimenti autorizzatori illegittimi nonché nei confronti della Soprintendenza che avrebbe omesso di vigilare adeguatamente.

La vicenda sembra, quindi, ancora lontano da una composizione definitiva. Quel che però è interessante notare è che l'amministrazione statale, nel caso testè descritto, ha svolto e continua a svolgere un ruolo primario non solo al livello giudiziale ma anche a livello amministrativo.

Proprio sul piano dell'azione amministrativa, infatti, emergono gli aspetti di maggiore interesse della questione trattata, atteso che la soluzione giudiziaria non ha finora consentito di raggiungere una composizione definitiva degli interessi in gioco. Spetta allora alla pubblica amministrazione individuare un percorso in grado di contemperare, in modo adeguato e in tempi accettabili, le variegate istanze dei soggetti protagonisti del caso in questione.

Nell'ottica appena descritta un punto pare imprescindibile: non v'è dubbio, infatti, che la demolizione dei manufatti in questione, intesa come risarcimento in forma specifica del danno arrecato all'ambiente, rappresenta la strada maestra che il Ministero deve perseguire nella cura degli interessi cui è per legge preposto.

Del resto la ridetta pronuncia della Suprema Corte del 2 aprile 2003 afferma in termini perentori che spetta al Comune di Bari applicare l'art. 7 della legge n. 47/85, il quale impone, come si è visto, l'obbligo di demolizione, con ordinanza sindacale e a spese dei responsabili dell'abuso, salvo che, con deliberazione consiliare, non venga dichiarata l'esistenza di prevalenti interessi pubblici e sempre che l'opera non contrasti con rilevanti interessi urbanistici e ambientali.

Partendo da tali premesse, l'Avvocatura distrettuale di Bari ha reso due pareri, trasmessi anche al Ministero dell'ambiente, invitando la Soprintendenza ad inoltrare formale diffida al Sindaco di Bari nonché al Presidente della Giunta regionale pugliese affinché: a) le predette autorità locali, ciascuno per la sua competenza, provvedessero ad annullare in via di autotutela



i provvedimenti autorizzatori della trasformazione edilizia, dichiarati assolutamente illegittimi fino ai limiti della illiceità dalla Corte di Cassazione con la sentenza del 29 gennaio 2001; b) la predetta amministrazione comunale potesse in essere senza indugio tutte le attività necessarie per la demolizione dei manufatti.

La diffida non è restata priva di effetto perché il Comune di Bari, con deliberazione consiliare del 7 ottobre 2003, ha deciso di procedere alla demolizione dei fabbricati, anche se al momento non è stato posto in essere alcun atto di significativa esecuzione di quel provvedimento; anzi non mancano all'interno di quella amministrazione comunale spinte in senso contrario al ripristino dello stato dei luoghi. Non è, dunque, difficile prevedere ulteriori ritardi, se non addirittura veri e propri ripensamenti, nell'azione dell'amministrazione locale, che rischiano di non risolvere adeguatamente i problemi evidenziati.

Si tratta, quindi, di vedere se è possibile individuare un percorso alternativo, sul piano dell'azione amministrativa, che coinvolga anche l'amministrazione statale. In questa prospettiva l'Avvocatura distrettuale di Bari ha trasmesso i citati pareri al Ministero dell'ambiente e al Ministero per i beni e le attività culturali al fine di consentire l'eventuale attivazione dei poteri di annullamento e di controllo sostitutivo del Governo.

È possibile, infatti, ipotizzare un simile intervento da parte dello Stato nei casi in cui l'amministrazione locale rimanga sostanzialmente inerte di fronte a provvedimenti che più di una sentenza dell'autorità giudiziaria dichiara palesemente illegittimi e lasci perdurare la lesione ad un bene giuridico costituzionalmente protetto come l'ambiente, rispetto al quale residuano, anche a Costituzione variata, peculiari e specifiche competenze dello Stato. E ciò perché in siffatte ipotesi rischia di essere addirittura compromessa l'unità dell'ordinamento giuridico intesa come garanzia di coerenza e ragionevolezza del sistema normativo.

Non è più questione allora di verificare se lo Stato conserva ancora i poteri di annullamento degli atti emessi dagli enti locali, quanto piuttosto prendere atto che nel nuovo assetto costituzionale lo Stato ha il diritto-dovere di esercitare il controllo sostitutivo affidatogli dall'art. 120 della Costituzione nelle forme e nei modi previsti dalla legge n. 131/2003. L'esercizio di tale potere, naturalmente, non si concreta nella imposizione all'ente locale di decisioni adottate a livello centrale, perché il procedimento previsto dalla legge n. 131/03, contempla il necessario coinvolgimento dell'autorità locale, la quale non rimane estranea al processo decisionale. Così come non è detto che, all'esito dell'esercizio del controllo sostitutivo, si debba pervenire necessariamente a una soluzione che preveda l'integrale ripristino dello stato dei luoghi, poiché nell'adozione del provvedimento finale si può tenere conto anche delle esigenze dell'amministrazione comunale preoccupata, come si è detto, di non subire gli effetti negativi nascenti dalle preannunciate azioni di risarcimento danni da parte degli ex proprietari e degli immobili confiscati.

Del resto, con riguardo alla demolizione dei fabbricati realizzati in zone di particolare valore ambientale (in particolare la costiera amalfitana) si rin-

viene, come è noto, un conferimento al Ministro dell'ambiente, addirittura con atto legislativo (art. 2 legge 9 dicembre 1998 n. 426), del potere di controllo sostitutivo conseguente all'inerzia degli enti locali.

Emerge, in definitiva, anche a Costituzione variata, il ruolo primario e attivo riconosciuto dall'ordinamento al Ministero dell'ambiente per vincere la resistenza degli enti locali al ripristino della legalità nelle aree in cui è intervenuta una trasformazione territoriale che arreca notevole pregiudizio dei valori ambientali protetti. Se, dunque, l'ambiente costituisce un bene immateriale unitario affidato, in primo luogo, alla cura dell'amministrazione statale, qualora esso riceva serio nocimento, non può sorgere dubbio in ordine all'estensione dei poteri sostitutivi del Ministero, da esercitare naturalmente sempre nel rispetto della leale collaborazione con gli enti locali. Tale conclusione risulta essere l'inevitabile precipitato dell'applicazione del principio di sussidiarietà verticale, soprattutto nei casi, come quello descritto, in cui la tutela dell'ambiente non trova adeguata soddisfazione nei livelli istituzionali più prossimi ai cittadini, i quali rappresentano i reali titolari del cosiddetto diritto all'ambiente salubre.

In questo quadro direttamente connesso alla rivalutazione della funzione dell'amministrazione statale appare il ruolo, per certi aspetti nuovo, che l'Avvocatura dello Stato deve assumere sia sotto il profilo di un più intenso e proficuo rapporto con le strutture ministeriali, sia soprattutto sotto il profilo di un diretto raccordo con le istituzioni locali. E ciò potrà avvenire se l'Istituto costituirà non solo e non tanto uno dei terminali dell'esercizio del cennato potere sostitutivo, quanto piuttosto riuscirà a trasformarsi, nel mutato assetto costituzionale, in soggetto attivo del dialogo tra Stato e Autonomie locali rivolto alla risoluzione preventiva dei conflitti.

**Aldo Cosentino.** La Direzione per la Protezione della Natura del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio è forse quella che presenta la maggiore necessità di ausilio ed intervento da parte delle Avvocature Distrettuali e dell'Avvocatura Generale, perché, per il ruolo e le competenze che le afferiscono riguardo all'intero sistema delle aree protette, è direttamente coinvolta dalle problematiche di danno ambientale, in particolare da quelle di abusivismo edilizio.

Se è ben vero che il fenomeno dell'abusivismo edilizio è estremamente diffuso all'interno delle Aree Protette, non si possono nascondere le responsabilità che in primo luogo gravano su tutti coloro che le amministrano.

Il riferimento naturalmente è al cosiddetto Piano del Parco, cioè a quello strumento di pianificazione territoriale, per legge al di sopra di tutti gli altri strumenti di riferimento, che avrebbe dovuto rappresentare l'elemento base sul quale poi costruire ed impostare una politica di prevenzione del danno ambientale, di complessiva razionalizzazione del sistema.

Questo aspetto, soprattutto negli scorsi anni, è stato trascurato e dagli Enti parco che forse non ne hanno colto le potenzialità, e dalle altre amministrazioni che hanno mostrato ritardi (ad esempio nel rilascio delle dovute autorizzazioni) e carenze, perché anche quando si è faticosamente arrivati

alla redazione del Piano, ciò spesso è stato fatto secondo criteri unidirezionali, che hanno giustamente dato rilievo alla protezione della natura in quanto tale, ma trascurato quegli elementi particolari di pianificazione e gestione del territorio con cui poi si confronta chi il territorio lo vive.

Il problema assume una maggiore rilevanza se si tiene conto del fatto che le politiche e l'azione del Ministero condotte secondo logiche non solo di tutela, ma anche di valorizzazione del territorio, hanno di fatto comportato che ad oggi il valore economico di un immobile all'interno di un'area protetta si è moltiplicato in maniera più che sensibile rispetto ad un altro al di fuori di quei confini.

Ne discende paradossalmente un incentivo ad azioni di abusivismo poiché a fronte del medesimo rischio aumentano le possibilità di illeciti profitti.

A ciò va aggiunto che ormai gli enti parco si caratterizzano per l'elevato valore economico anche da un punto di vista più strettamente commerciale, se è vero che è in aumento il numero di società private interessate a sfruttare il marchio del parco per acquisire quel *mark-up* che le differenzerebbe da molte altre (si pensi ai settori delle acque minerali, delle paste alimentari, dei prodotti agrosilvopastorali in genere).

Da qui l'altro aspetto problematico, quello dell'esatta determinazione dell'entità del danno ambientale che si lamenta.

Senza approfondire la questione, va sottolineato che da questo profilo l'amministrazione non riesce a fornire all'Avvocatura quel supporto necessario per l'esatta quantificazione del danno.

Nonostante il prezioso sostegno dell'A.P.A.T., che fornisce costantemente all'amministrazione elementi di quantificazione e qualificazione, si ha l'impressione di essere ancora in una fase di sperimentazione, che anche in sede comunitaria non ha prodotto l'elaborazione di indirizzi precisi al fine di individuare gli specifici elementi base di valutazione del valore.

Negli interventi precedenti si è accennato all'esistenza di una eccessiva parcellizzazione di competenze tra tutti gli attori coinvolti nella gestione delle aree protette (Amministrazione Centrale, Amministrazioni locali, Enti Parco...etc).

Una tale frammentazione invero esiste, ciononostante l'azione di questa Amministrazione Centrale nella lotta all'abusivismo, sia in presenza che in assenza dell'adozione del già citato Piano del Parco, è forte ed univoca, come dimostra il fatto che annualmente una cifra dell'ordine di un milione e mezzo di euro circa viene destinata agli enti impegnati direttamente nella lotta al fenomeno illegale, tra cui in particolare gli Enti Parco.

Non si dimentichi poi la particolare attenzione che, in tale azione di contrasto, è riservata ai connessi fenomeni di criminalità organizzata (di stampo mafioso o camorristico), ciò che rende questa Amministrazione spesso protagonista di specifiche azioni di confisca finalizzate al ripristino di una corretta tutela ambientale del territorio, ed alla valorizzazione dello stesso.

Un esempio recente su tutti, quello dell'Ente Parco Nazionale del Vesuvio dove il sequestro del Castello Mediceo di Ottaviano consentirà nel prossimo futuro al parco di disporre di una nuova sede, sancendo la trasformazione dell'utilizzo dell'immobile da illecito a lecito e proficuo.

Per tutto questo, per la nostra Amministrazione, è oggi fondamentale cercare di costruire un rapporto forte con l'Avvocatura dello Stato, superando quelli che sono i principali ostacoli, primo fra tutti quel difetto di comunicazione – che poi è conseguenza di un difetto di conoscenza – che rende il reciproco rapporto lento e farraginoso.

È pur vero che tra Amministrazione dello Stato e Avvocatura dello Stato non esiste il medesimo legame che c'è tra cliente (privato cittadino) e difensore, ma ciò non esclude che un rapporto più lineare, snello e sistematico, aiuterebbe molto entrambe le Amministrazioni al raggiungimento dei comuni obiettivi.

Plaudo quindi a iniziative come quella odierna, tese anche a raggiungere quest'ultimo traguardo.

L'Amministrazione dell'ambiente è un'amministrazione giovane ed indubbiamente sconta alcuni errori di gioventù, cui però si potrebbe rimediare ottenendo risultati concreti, così come avvenne nel 2001 quando, dopo lunghi e complessi passaggi burocratici, fu emanato il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri di autorizzazione dell'Avvocatura ad assumere la rappresentanza e la difesa degli Enti parco nazionale.

Il rafforzamento del suddetto rapporto garantirebbe una importante inversione nella lotta all'abusivismo ed al danno ambientale in genere, passando da semplici azioni di repressione ad azioni di prevenzione.

L'affermazione di tale collaborazione sistematica ci consentirebbe di poterci rapportare al territorio in termini propositivi, si riuscirebbe in conclusione, a fornire un migliore servizio alle aree protette, ad ottenere un maggior consenso.

**Gianpaolo Cogo.** Non è casuale aver definito l'oggetto di una sezione dei nostri lavori con riferimento *all'interesse ambientale* nei giudizi costituzionali e comunitari. In realtà l'evoluzione della giurisprudenza della Corte Costituzionale e della giurisprudenza della Corte di Giustizia – l'una e l'altra partite da premesse e da tipologia e da oggetti delle giurisdizioni completamente differenti – mostra come si sia arrivati, nell'ambito della definizione della materia dell'ambiente, ad un unico comune denominatore. Dopo essere partite dalla esigenza della definizione di una nozione dell'ambiente e, per quanto riguarda la Corte di Giustizia, della materia dell'ambiente, l'evoluzione della giurisprudenza è approdata, da una parte, alla definizione *dei valori dell'ambiente* e dall'altra *dell'interesse dell'ambiente*, nozioni che possono considerarsi, sotto il profilo della terminologia, ma anche dal punto di vista dei contenuti, equivalenti e sinonime.

Mentre la possibilità di una definizione dell'ambiente e di una nozione dell'ambiente, non è mai stata un problema per la giurisprudenza comunitaria, la giurisprudenza costituzionale italiana, per altri aspetti meritoria, nell'ambito esperienza attinente ai giudizi di legittimità delle leggi e nei

giudizi sui conflitti di attribuzione tra le competenze dello Stato e quelle delle Regioni o delle autonomie locali, ha evidenziato l'impossibilità di addivenire ad una definizione del bene ambiente che possa andare al di là – e quindi rappresentare qualcosa di più significativo e di più utilizzabile nell'ambito poi delle norme dell'ordinamento e dei rapporti dei soggetti nelle più svariate situazioni soggettive, sia con riferimento alle istituzioni pubbliche che con i privati – della mera definizione, del mero riferimento alla natura del bene ambiente, come bene immateriale riferito a tutti quegli elementi (acqua, aria, suolo etc.) che noi ben conosciamo.

Quanto all'esperienza dei rapporti, intrattenuti a livello globale tra gli ordinamenti dell'epoca contemporanea, e nel contesto dell'evoluzione della normativa dell'Unione europea, le tematiche sviluppate, sia nella produzione delle norme a livello pattizio, quali trattati e convenzioni, che nelle linee di sviluppo e presa di coscienza della problematica ambientale da parte delle comunità europee, prima, e dell'Unione europea poi, l'interesse ambientale viene riferito sostanzialmente ad una nozione di ambiente inteso come elemento aggredito da parte dell'attività dell'uomo e possibile aggressore sull'attività dell'uomo.

E qui bisogna rendere giustizia all'esperienza italiana, alla dottrina e alla giurisprudenza soprattutto pubblicistica, non soltanto costituzionale ma anche amministrativistica, che si è data carico di sviluppare queste tematiche dell'ecologia mostrando una sensibilità abbastanza precoce; non bisogna, al riguardo, dimenticare tutte le problematiche dell'ecologia e dell'ambiente, che traggono origine dal carattere culturale e paesaggistico, dalle leggi del '39, e poi dalle revisioni della commissione Franceschini degli anni '60 e della commissione Chiarelli, voluta dal governo Fanfani.

Nella giurisprudenza costituzionale e comunitaria, superata la fase del tentativo di definizione di una nozione, che pure ha costituito il primo approccio per avvicinare le tematiche di carattere ambientale, sia nella normativa comunitaria e nella giurisdizione propria della Corte di Giustizia che nella normativa dei singoli paesi degli Stati membri, si è sviluppato il concetto di interesse, come sostrato a norme e regole volte alla tutela di settori dell'ambiente aggredito. S'è sviluppata tutta una serie di attività da parte dell'ordinamento sopranazionale dell'Unione europea che, dopo le prime decisioni, rivolte prima di tutto a legittimare l'azione comunitaria in assenza di normativa che nell'ambito del Trattato contemplasse la materia ambientale, – questo è avvenuto, si ricorda, soltanto dopo l'Atto unico e poi ancora negli anni Novanta – ha portato ad introdurre giudizi di compatibilità e di sufficienza da parte delle amministrazioni, da parte dei governi degli Stati membri e, per quello che ci interessa, del Governo italiano, nell'attuazione delle direttive, sia attraverso l'accertamento, la contestazione e le procedure di infrazione iniziate dalla Commissione europea, sia attraverso la soluzione di questioni pregiudiziali in ordine al livello della tutela ambientale assicurato o da assicurarsi da parte degli Stati membri.

La tendenza del sistema è di muovere dalla individuazione della materia ambientale, attraverso un'interpretazione riferita ai sistemi di qualità della vita, per giungere gradualmente al riconoscimento delle tematiche di carat-

tere ambientale come un valore primario in ambito comunitario. Il problema dell'elevata tutela, nel contesto della possibilità dello sviluppo sostenibile, di derivazione pattizia e internazionale, per via di convenzioni e/o di trattati, finisce per attribuire alla materia ambientale un carattere di trasversalità e per porre l'interesse ambientale come un elemento da considerare nell'ambito dello sviluppo di tutte le linee delle politiche comunitarie. L'interesse alla tutela dell'ambiente viene preso in considerazione, attraverso direttive e regolamenti, anche in occasione della statuizione delle norme di comportamento per altre attività umane, fino a giungere alla emersione dell'interesse ambientale al livello dell'esigenza dell'elevata tutela dell'ambiente, da tenere a riparo da eccessiva aggressione dell'attività dell'uomo, nel contesto della disciplina di tutte le attività umane. L'esigenza della tutela ambientale si proietta così sotto il profilo del riconoscimento della necessità di un bilanciamento tra le connotazioni delle attività umane a livello comunitario, sia per l'uniformazione che per l'armonizzazione degli interessi che sono correlati anche ad altri elementi, attività economiche, concorrenza, mercato, esercizio dell'industria, del commercio e quanto altro.

Sulla stessa linea, attraverso una strada diversa, si è posta altresì la giurisprudenza costituzionale italiana che a partire dalla sentenza n. 53 del 1991 (che ha costituito la svolta) ha smesso di preoccuparsi in via primaria della definizione dell'ambiente come tale, con tutti quelli che erano i riferimenti consentiti dalle espressioni della Carta Costituzionale: l'art. 9, il paesaggio; la Repubblica, che cosa si intende per Repubblica; l'art. 32 con i riferimenti alla salute, quando l'ambiente diventa aggressore dell'uomo; l'art. 41 per quanto attiene al libero esercizio dell'iniziativa economica, e quindi al confronto ed al bilanciamento dell'interesse ambientale con le attività umane.

A partire dalla sentenza n. 53 del 1991 la Corte ha riconosciuto alle problematiche di carattere ambientale un livello di valore costituzionale, che poi è stato recepito nella riforma del titolo quinto della Costituzione con l'espressa previsione e con riferimenti poi, nel contesto degli assetti che sono risultati nell'ambito della ripartizione delle competenze legislative e amministrative da parte delle Regioni e degli Enti locali. Ulteriori problematiche, che si sono prospettate in riferimento a difficoltà ed antinomie presenti nella riforma costituzionale rispetto agli assetti della distribuzione delle attribuzioni derivate dalla riforma Bassanini, a tutt'oggi impegnano la Corte Costituzionale in un continuo sforzo di chiarimento nella definizione dei conflitti di attribuzione, e quindi nella evidenziazione delle interconnessioni dell'interesse ambientale con le diverse sfere di competenze.

La Corte è portata ad offrire interpretazioni delle modalità degli assetti di distribuzione delle attribuzioni che sono sostanzialmente volte a temperare la ripartizione, che sembrerebbe così netta, così decisa, della riforma del Titolo Quinto, vedendo le proiezioni dell'interesse ambientale da attribuirsi alla competenza normativa dello Stato e quindi vedendone la responsabilità a livello più alto della legislazione statale. Questo anche in correlazione dell'orientamento della normazione della Unione europea e dell'interpretazione della Corte di Giustizia, che comunque ritengono in ogni caso lo Stato responsabile del danno ambientale che si può verificare, indipendentemente

da quelli che sono gli assetti organizzativi in regioni, *lander*, e in tutto quello che può essere il *proprium* dell'organizzazione dei pubblici poteri nei singoli Stati membri. Conseguentemente la Corte vede l'interesse ambientale anche nel contesto delle attività degli enti che sono attributari del governo del territorio, della pianificazione territoriale, della potestà urbanistica, per lo meno con partecipazioni e interconnessioni con l'interesse ambientale e quindi ai fini della legittimazione di rapporti tra le istituzioni.

Questa ricostruzione, che è la spiaggia di approdo dell'evoluzione della giurisprudenza comunitaria e costituzionale, sembrerebbe evidenziare la possibilità di una tutela forte dell'ambiente, sembrerebbe richiedere un coinvolgimento nell'ambito dei bilanciamenti non solo nei rapporti istituzionali tra pubblici poteri, ma anche nell'ambito dell'amministrazione delle attività umane in riferimento agli interessi di carattere ambientale, e quindi potrebbe far ritenere che nell'ambito degli ordinamenti dei paesi, e quindi delle regole che disciplinano le attività dei governi degli Stati membri, vi sia la possibilità e la capacità di una effettiva e sostanziale tutela degli interessi di carattere ambientale.

Questo purtroppo in realtà non è; ad un affinamento della capacità organizzativa di individuare le problematiche di carattere ambientale, di elevarle a rango di rilevanza costituzionale e di farne oggetto di attività peculiari dell'azione dell'Unione europea (questo anche in attuazione di tutti gli atti, le convenzioni internazionali), non corrisponde tuttavia una capacità poi di dare assetto concreto agli interessi di carattere ambientale. Questo succede non soltanto nell'ambito dei livelli delle amministrazioni dei paesi membri dell'Unione europea, ma anche nell'ambito delle istanze internazionali, delle istanze globali in ordine agli assetti sostanziali, e quindi agli accordi che vengono presi con le convenzioni internazionali e con i trattati; al momento della verità trovano tutta una serie di difficoltà nell'individuazione dei responsabili dei danni, nell'individuazione di chi deve sopportare i costi, nell'individuazione di chi deve ridurre certi consumi. È inutile stare a riportare l'esempio ormai tipico del trattato di Kyoto; e forse è anche inutile stare a riportare l'esempio di quanto accade nell'ambito dell'amministrazione degli interessi ambientali, pur così puntualmente delineati e pur così puntualmente posti a livello di rilevanza costituzionale nell'ambito della nostra giurisdizione di legittimità e dei conflitti di attribuzione, se consideriamo poi quella che è la grande difficoltà della nostra amministrazione di tutelare effettivamente l'interesse ambientale, non soltanto nell'opera di recupero del risarcimento del danno, ma anche nell'opera di prevenzione e quindi nell'opera di eliminazione del problema alla radice, prima ancora che si verifichino i danni.

Forse questo potrebbe dipendere da una certa vischiosità che c'è stata nell'ambito dell'attuazione delle direttive dell'Unione europea. Per la verità, il nostro Legislatore non ha avuto molta fantasia, quando si è trovato di fronte a questa produzione copiosa e puntuale di normazione sopranazionale volta alla cura di interessi che trascendono addirittura quelli dello stesso mercato interno dell'Unione, dello stesso territorio dell'Unione europea e sono di carattere globale. Il Legislatore nazionale si è adagiato abbastanza

pedissequamente nella traduzione di sistemi di tutela, di sistemi di controllo a livello autorizzativo, a livello ispettivo delle attività definite nelle direttive, ma non ha tentato di superare tutte quelle che sono le vischiosità e le disfunzioni del nostro sistema di amministrazione concreta degli interessi. In pratica, traducendo la normativa comunitaria e i contenuti delle direttive (attraverso la legge comunitaria), sostanzialmente in norme di carattere generale, di regolazione dei rapporti, anche nell'ambito dell'autonomia dei privati, e in norme generali delle attività delle amministrazioni nell'ambito dei rapporti con gli amministrati e tra di loro, ha tuttavia calato la cura di questi interessi nella struttura organizzativa di un ordinamento, *che resta quella che è*. E, sia pure con gli spunti dell'articolo 18 per una particolare forma di recupero e tutela del danno di carattere ambientale, ha lasciato alle ripartizioni classiche e agli inquadramenti della dottrina civilistica la definizione del danno, riponendo la cura di questi interessi nel meccanismo delle nostre amministrazioni, le cui inefficienze tutti ben conosciamo e che rappresentano la particolare preoccupazione di questo momento.

Forse qualche spunto possiamo andarlo a cercare laddove l'Unione europea ha cercato di risolvere il problema della acquisizione di una specie di risarcimento del danno in conseguenza delle violazioni da parte dei paesi membri delle direttive oppure in conseguenza delle mancate attuazioni, che siano state esse stesse causa di danno. Qui vi sono delle particolari procedure, che consentono di infliggere direttamente agli Stati membri delle sanzioni che talvolta producono il loro effetto.

Molte cose sono da rivedere nell'ambito dell'amministrazione; bisognerebbe avere più fantasia ed introdurre strumenti specifici, attraverso interventi di normazione primaria pienamente coerenti e compatibili con le norme comunitarie; e sarei tentato di farmi venire il dubbio che, anche in questo settore, per la cura di interessi che trascendono la nostra collettività nazionale, che trascendono la collettività dell'insieme dei paesi aderenti all'Unione europea e che hanno un livello globale e quindi hanno così forte rilevanza, non sia il caso di andare a introdurre modelli, presi a prestito da quella parte dell'amministrazione dello Stato italiano che funziona molto bene, il Ministero delle Finanze.

Se, nell'ambito della cura degli interessi di natura ambientale – che sono così importanti e rilevanti, come s'è rivelato nell'approdo finale di una evoluzione giurisprudenziale meritoria, che certamente ne ha sviscerato tutte le problematiche e tutti gli angoli visuali – noi immaginassimo di strutturare l'amministrazione centrale dello Stato, che poi è la responsabile nei confronti delle autorità sopranazionali per i danni e per i disastri di carattere ambientale, come soggetto capace di provvedere alla cura degli interessi ambientali con la stessa incisività, con la stessa efficacia e con la stessa effettività dei provvedimenti dell'amministrazione delle finanze, forse ci metteremo sulla strada buona per arrivare ad avere capacità di recupero ambientale. Poi, se la veda chi ha danneggiato di fare opposizione contro *l'iscrizione al ruolo*; ma intanto l'amministrazione ha definito, ha acquisito risorse, ha impedito ulteriori azioni, ha prevenuto e quanto altro...



**Mario Antonio Scino.** La protezione dell'ambiente è una delle maggiori sfide con cui deve misurarsi l'UE; a livello comunitario infatti si sta portando avanti un'attività politica di protezione del suolo, dell'atmosfera, della fauna e della flora.

Anche a livello nazionale la materia ambientale occupa un posto di primo piano; i problemi infatti che l'interpretazione della portata del nuovo Titolo V della Costituzione pone testimoniano la delicatezza dell'argomento in discussione.

Appare opportuno quindi soffermarsi, riguardo a questa materia, in primo luogo sulla normativa comunitaria per poi affrontare quella a livello nazionale.

*LEGISLAZIONE COMUNITARIA.* In una realtà come quella dei Quindici (fra breve Venticinque), in cui ogni anno si producono oltre due miliardi di tonnellate di rifiuti, la tematica ambientale ha assunto una rilevanza tale da imporre una strategia di sviluppo sostenibile.

In questo contesto, le azioni per la salvaguardia dell'ambiente hanno rivestito sempre più un carattere trasversale, venendo ad interessare molte delle politiche comunitarie in vari settori, dai trasporti all'agricoltura, dall'energia alla competitività. Nel quadro di una lotta globale contro l'inquinamento, l'UE ha poi sottoscritto il Protocollo di Kyoto per la riduzione delle emissioni dei gas ritenuti responsabili dell'effetto serra.

L'azione europea per la difesa dell'ambiente ha cominciato a svilupparsi nel 1972; da allora sono stati varati sei programmi d'azione per affrontare i problemi ecologici. L'ultimo programma d'azione in ordine temporale («*Ambiente 2010: il nostro futuro, la nostra scelta*») ricopre il periodo dal 2001 al 2010 e le sue priorità sono:

- contrastare il cambiamento climatico;
- proteggere la natura, nonché la flora e la fauna selvatica;
- affrontare i problemi legati all'ambiente e alla salute;
- preservare le risorse naturali e gestire i rifiuti.

La tutela dell'ambiente ha però guadagnato lo *status* di politica comunitaria solo nel 1993, con il Trattato di Maastricht, in base al quale la politica ambientale avrebbe dovuto puntare ad un più alto livello di protezione, fondato sul principio dell'azione preventiva.

All'interno del Trattato CE principio cardine in materia ambientale è quello di cui all'art. 6 secondo cui «*le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni comunitarie di cui all'art. 3, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile*»; a questo si deve aggiungere la politica ambientale che è entrata a pieno diritto tra le «politiche europee» e disciplinata dagli artt. 174-176 Trattato CE inserito dal Trattato di Amsterdam del 1997.

In base a tale disposizione la politica ambientale della Comunità persegue i seguenti obiettivi:

- salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente;
- protezione della salute umana;
- utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali;

promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale.

È bene inoltre, per completezza, analizzare il ruolo dell'ambiente all'interno della futura Costituzione europea che è all'attenzione della CIG; varie sono infatti le disposizioni di tale bozza che riguardano l'argomento in discussione che qui di seguito si elencano:

Articolo I-3. *L'unione si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata, un'economia sociale di mercato fortemente competitiva che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente.*

Articolo I-13. *Le competenze concorrenti tra l'Unione e gli Stati membri si applicano ai seguenti settori principali: ...l'ambiente...*

Articolo II-37. *Un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile.*

Articoli III-129, 130, 131: ricalcano le disposizioni di cui agli artt. 174-176 Trattato CE e sintetizzano, dopo aver elencato gli obiettivi della politica ambientale e le azioni da intraprendere per realizzarli, il principio secondo cui «chi inquina paga».

Si tralasciano infine, non essendo questa la sede più adatta, tutti i vari programmi e convenzioni internazionali che l'UE ha firmato per affrontare i numerosi problemi ambientali che superano i confini dell'Europa stessa.

LEGISLAZIONE NAZIONALE. Della tutela dell'ambiente il nuovo Titolo V della Costituzione italiana si occupa al suo art. 117.

Se alla lett. s) del comma 2 art. 117 viene riservata una legislazione esclusiva allo Stato in materia della *tutela dell'ambiente*, allo stesso articolo, al comma 3, viene invece riservata una legislazione concorrente alle regioni relativamente al *governo del territorio*; le due materie presentano dei punti di contatto tali da creare dei problemi interpretativi non solo ai giuristi ma anche alla stessa Corte Costituzionale.

È bene osservare innanzitutto che dalla nozione di «ambiente» di cui alla disposizione costituzionale si ricava una configurazione dell'ambiente come *valore* costituzionalmente protetto, che, in quanto tale, delinea una sorta di materia trasversale che investe e si intreccia cioè con altri interessi e competenze.

Per questo particolare aspetto dell'ambiente, e per le delicate conseguenze giuridiche che ne derivano, la Consulta è dovuta più volte intervenire sulla questione interpretativa chiarendo che non desidera e non permette che accada che l'incertezza in ordine al riparto di competenze fra Stato e regioni finisca per compromettere ciò che invece la Costituzione vuole espressamente tutelare: l'ambiente, l'ecosistema (cfr. Corte Cost. n. 407/2002 e n. 536/2002).

Alla legislazione esclusiva dello Stato appare dunque affidata la disciplina degli aspetti relativi all'equilibrio ecologico (in relazione all'integrità dell'ecosistema e al perseguimento di un «ambiente salubre»), nonché la sola definizione dei principi fondamentali relativi al più generale *governo del*

*territorio*, in applicazione del terzo comma dell'art. 117 Cost. e salva l'applicazione del terzo comma dell'art. 116 Cost, il che naturalmente non impedirà alle regioni di emanare norme più rigide a difesa dell'ecosistema locale, nel rispetto dei principi posti dalla normativa statale di riferimento.

Dalla lettura del dettato costituzionale sembra quindi anche emergere che la materia «ambiente» riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato sia necessariamente «parte» della più ampia materia del «governo del territorio».

La Corte costituzionale ha infatti già chiarito che la «tutela dell'ambiente», più che una «materia» in senso stretto, rappresenta un compito nell'esercizio del quale lo Stato conserva il potere di dettare *standard* di protezione uniformi validi in tutte le regioni e non derogabili da queste; e ciò non esclude affatto la possibilità che leggi regionali, emanate nell'esercizio della potestà concorrente di cui all'art. 117, quarto comma, possano assumere fra i propri scopi anche finalità di tutela ambientale (cfr. sentenze n. 407/2002 e n. 222/2002).

Già prima della riforma costituzionale infatti si era configurato l'ambiente come valore costituzionalmente protetto che, in quanto tale, delineava una sorta di materia trasversale e che investiva una pluralità (anche eterogenea) di competenze che ben potevano essere regionali, essendo legate fra loro dalla unicità dell'interesse costituzionalmente rilevante da tutelare e rispetto alle quali spettavano allo Stato le determinazioni che rispondevano ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale.

Nella *sentenza 407/2002* il carattere universale della materia ambientale consente di leggere nell'art. 117 comma 2 lett. *s*) una riserva allo Stato limitata al potere di fissare *standard* di tutela uniformi sull'intero territorio nazionale e dall'altro l'emersione in positivo di competenze regionali funzionalmente collegate a quelle propriamente ambientali. Non si è inteso eliminare, dalla Corte, la preesistente (al Titolo V riformulato) pluralità di titoli di legittimazione per interventi regionali diretti a soddisfare contestualmente, nell'ambito delle proprie competenze, ulteriori esigenze rispetto a quelle di carattere unitario deferite dallo Stato (in tal senso richiama 507 e 5/2000; 382/99 e 273/98).

Con la *sentenza 536/2002* invece, la Corte prevede che l'art. 117, secondo comma, lett. *s*) porrebbe un limite agli interventi a livello regionale che possono pregiudicare gli equilibri ecologici dato che la natura di «valore trasversale» dell'ambiente rende la correlativa potestà legislativa statale idonea ad incidere anche su materie di competenza di altri enti nelle forme di *standard* minimi di tutela. Con la *sentenza 407/2002* la Corte usa il termine di «materia universale», con la *sentenza 536/2002* invece il concetto di «valore trasversale», sicché nel primo caso l'ambiente è un valore da cui emergono le competenze legislative e regionali che insistono sulle stesse materie; nel secondo caso, un valore che giustifica interventi statali in funzione di limite delle competenze regionali.

Con la *sentenza 307/2003* la Corte si occupa della materia relativa all'*elettrosmog*.

Appare opportuno, a completamento dell'analisi della normativa nazionale sulla materia ambientale, soffermarsi sulla legge La Loggia (legge n. 131 del 5 giugno 2003) per quel che riguarda eventuali punti di contatto con l'argomento in oggetto.

Se infatti l'art. 120 Cost. prevede la possibilità per il Governo di sostituirsi alle regioni e agli altri enti locali nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria (tra cui quindi anche quella in tema di ambiente), la legge La Loggia – al suo articolo 8 – traccia le linee guida per l'attuazione del suindicato art. 120 Cost.

Infatti il primo comma art. 8 legge La Loggia prevede che «1) nei casi e per le finalità previsti dall'articolo 120, secondo comma, della Costituzione, il Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente per materia, anche su iniziativa delle Regioni o degli enti locali, assegna all'ente interessato un congruo termine per adottare i provvedimenti dovuti o necessari; decorso inutilmente tale termine, il Consiglio dei ministri, sentito l'organo interessato, su proposta del Ministro competente o del Presidente del Consiglio dei ministri, adotta i provvedimenti necessari, anche normativi, ovvero nomina un apposito commissario. Alla riunione del Consiglio dei ministri partecipa il Presidente della Giunta regionale della Regione interessata al provvedimento.

2) Qualora l'esercizio del potere sostitutivo si renda necessario al fine di porre rimedio alla violazione della normativa comunitaria, gli atti ed i provvedimenti di cui al comma 1 sono adottati su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri o del Ministro per le politiche comunitarie e del Ministro competente per materia».

Con la sentenza n. 43 del 27 gennaio 2004 la Corte Costituzionale ha stabilito che la formulazione del secondo comma dell'art. 120 della Costituzione in materia non esclude la legittimità di eventuali poteri sostitutivi previsti da leggi regionali, che siano esercitati da organi di governo della regione verso organi di enti locali. I poteri sostitutivi devono essere esercitati alle seguenti condizioni: 1) in armonia con la Costituzione; 2) da organi di governo (statali o regionali); 3) sulla base di una legge (statale o regionale); 4) nel rispetto del principio di sussidiarietà e leale collaborazione; 5) con la partecipazione dell'ente sostituito (non formale ma reale). Tali poteri sostitutivi, in quanto inequivocabilmente sottoposti alla legge (condizione 3), non possono che presentare natura amministrativa.

In proposito tale decisione trova il suo precedente nella sentenza 303 del 1° ottobre 2003 della Corte Costituzionale che evidenzia l'istituto dell'appropriazione in via legislativa da parte dello Stato di funzioni amministrative regionali in materia di competenza, ove ciò corrisponde alla necessità di garantire esigenze unitarie dello Stato ed a condizione che sussista una «previa intesa» con la Regione. D'altra parte i criteri indicati dalla Corte con la sentenza 43/2004 sono stati anticipati sostanzialmente dalla sentenza n. 313 del 21 ottobre 2003.

Il potere sostitutivo regionale, dunque, è una categoria nella quale possono rientrare moduli procedimentali che contemplino una sostituzione indiretta dell'autorità di governo regionale rispettosa delle condizioni di autonomia dell'ente sostituito in una dimensione di generale flessibilità, in

virtù della quale l'ente sostituito deve partecipare attivamente all'intervento sostitutivo e la sostituzione deve svolgersi secondo forme che non determinino l'alterazione della natura giuridica delle funzioni da questa esercitata con l'atto sostitutivo.

Tale potere sostitutivo non ha natura normativa. I riferimenti normativi posti a base della sentenza sono l'art. 117, secondo comma, lett. *p*); l'art. 118, primo comma, riformulazione art. 128 Cost.

Il principio di sussidiarietà è un criterio di ripartizione delle funzioni politiche e amministrative fra enti rappresentativi di diversi livelli territoriali di gestione della cosa pubblica (sussidiarietà verticale).

Il Trattato CE all'art. 5, p.2 (introdotto dal Trattato di Maastricht) sancisce tale principio nel rispetto dell'identità nazionale degli Stati membri.

Tale principio è altresì enunciato nella Carta europea delle autonomie locali siglata a Strasburgo il 15 ottobre 1985, ratificata in Italia il 30 dicembre 1989, n. 438, art. 4: l'esercizio delle potestà pubbliche deve essere affidato in linea di principio alle autorità più vicine ai cittadini.

Appare interessante in breve tracciare i tratti essenziali della Relazione annuale 2003/2004 del Dipartimento Politiche Comunitarie al Parlamento italiano, nonché la Relazione annuale sul controllo dell'applicazione del diritto comunitario (2002) per quanto concerne la materia ambientale presentata dalla Commissione il 21 novembre 2003.

*Relazione annuale 2003/2004 – Dipartimento per le Politiche Comunitarie al Parlamento italiano relativa all'attività legislativa riguardante l'ambiente.*

Da tale relazione emerge che l'Italia ha fortemente supportato il rafforzamento della dimensione ambientale della strategia di Lisbona in quanto solo un'economia eco-efficiente può essere altamente competitiva.

In tal senso il programma «ambiente» della Presidenza italiana si è ispirato alle conclusioni del Vertice di Johannesburg sullo Sviluppo Sostenibile, che nell'agosto del 2002 ha indicato gli obiettivi e i programmi per l'integrazione della dimensione ambientale nelle strategie dello sviluppo, ha riconosciuto il ruolo positivo e necessario delle imprese e della comunità degli affari per coniugare crescita economica e protezione dell'ambiente, ha definitivamente messo la parola fine alla teoria e alla pratica del conflitto tra ambiente e sviluppo.

Sulla base del tema guida della Presidenza italiana «*l'ambiente come opportunità*», il semestre si è orientato verso l'integrazione della dimensione ambientale nella strategia dello sviluppo e della crescita economica; in tale direzione, la proposta di decisione relativa ad un meccanismo di controllo delle emissioni di gas effetto serra nella Comunità e all'attuazione del protocollo di Kyoto ha lo scopo di adeguare la precedente normativa.

Un'ulteriore proposta di direttiva della Commissione ha formato oggetto di approfondito esame in seno al Consiglio dell'UE sotto la Presidenza italiana; si tratta della direttiva 87/2003 (adottata sotto la Presidenza greca) che istituisce la disciplina per lo scambio di quote di emissione dei gas a effetto serra nella Comunità ed i meccanismi basati sui progetti del Protocollo di Kyoto.

È emersa inoltre l'esigenza di unificare le strategie ambientali ed energetiche dell'Europa e di mettere in atto politiche e misure coordinate, sia a livello interno che internazionale.

L'impegno italiano profuso nei lavori per l'elaborazione dei provvedimenti comunitari del settore ha consentito risultati conclusivi su vari altri importanti dossier quali:

la direttiva sul riciclo e il recupero dei rifiuti da imballaggio;

la direttiva relativa al controllo dei pericoli di incidenti rilevanti connessi con determinate sostanze pericolose;

il regolamento concernente il monitoraggio delle foreste e delle interazioni ambientali nella comunità;

la direttiva sui rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche;

la direttiva concernente i provvedimenti da adottare contro l'emissione di inquinanti gassosi e prodotti da motore a combustione interna destinati all'installazione su macchine mobili non stradali.

La Presidenza irlandese si concentrerà invece sulla preparazione del Consiglio europeo di primavera, dedicando una particolare attenzione all'importanza dell'innovazione e degli investimenti nelle tecnologie ambientali, sulla base del piano di azione predisposto dalla Commissione.

*Relazione annuale della Commissione europea sul controllo dell'applicazione del diritto comunitario (presentata il 2003 per l'anno 2002) per quanto concerne la materia ambientale.*

Tale documento è estremamente utile al fine di analizzare le difficoltà che si sono registrate, nell'ultimo anno e in quelli precedenti, nell'attuazione tempestiva e corretta, in materia ambientale, delle normative comunitarie; un fenomeno che si rispecchia infatti nel numero crescente di reclami ricevuti e casi di infrazione aperti dalla Commissione ogni anno.

Come negli anni precedenti infatti, nel 2002 il settore ambientale ha rappresentato *più di un terzo di tutti i casi d'infrazione* approfonditi dalla Commissione: la Commissione ha deferito alla Corte di Giustizia *65 procedure* contro gli Stati membri e ha emesso *137 pareri motivati* a norma dell'art. 226 Trattato CE.

Nel 2002 sono stati depositati presso la Commissione *555 nuovi reclami* per presunta violazione delle normative comunitarie in campo ambientale.

Ogni anno la Commissione invia agli Stati membri diverse *ingiunzioni* (17 nel 2002) e vari *pareri motivati* (8 nel 2002) a norma dell'art. 228; nel 2002 nessun nuovo caso previsto dall'art. 228 è stato sottoposto alla Corte di Giustizia.

La Commissione in tale sua Relazione sottolinea che la stessa, nel momento in cui elabora una normativa comunitaria in materia di ambiente, cerca di anticipare i problemi di attuazione formulandola in modo da «agevolarne l'applicazione».

Nel 2002 si sono tenuti diversi seminari in alcuni Stati membri nel corso dei quali la Commissione ha espresso alle autorità competenti i propri punti

di vista in merito alla corretta attuazione di direttive ambientali particolarmente complesse allo scopo di prevenire, anziché correggere, i casi di applicazione non corretta, approccio confermato dalla Commissione stessa.

Per migliorare l'attuazione infatti, una chiave è rappresentata dallo scambio di informazioni tra autorità preposte a tale compito; sin dalla sua creazione, nel 1992, la rete informale dell'Unione europea per l'attuazione delle norme in materia ambientale (IMPEL), composta dalla Commissione e dagli Stati membri, è stata uno strumento prezioso per discutere la fase di applicazione pratica delle normative esistenti.

Sono invece ben 65 le *procedure d'infrazione* pendenti nei confronti della Repubblica italiana concernenti la materia ambientale.

Tra le suindicate procedure solo quattro risultano provvisoriamente sospese tra cui una (riguardante lo «smaltimento di PCB/PCT») che si trova in fase di secondo parere motivato inviato ai sensi dell'art. 228.

Sono invece 32 i *reclami* giunti alla Commissione a lamentela di comportamenti, delle autorità italiane, che violano l'ambiente; a seguito di tali reclami la D.G. ambiente ha chiesto informazioni alle autorità italiane al fine di prevenire eventuali nuove procedure d'infrazione.

Appare opportuno infine segnalare alcune recenti novità legislative a livello comunitario, già approvate o in fase di approvazione, che riguardano il tema ambientale: la Direttiva 4/2003 sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale (che abroga la Direttiva 313/90) nonché la proposta di Direttiva sulla Responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazioni del danno ambientale.

#### *Direttiva 4/2003 sull'accesso all'informazione ambientale.*

Il Parlamento e il Consiglio hanno adottato una nuova Direttiva sull'accesso pubblico alle informazioni ambientali e sul successivo accesso alla giustizia, che sostituisce la Direttiva 313/1990; tale legislazione corregge le lacune riscontrate nell'applicazione pratica e prevede l'allineamento agli sviluppi della tecnologia dell'informazione e della comunicazione.

La Direttiva in oggetto attua la Convenzione economica per l'Europa delle Nazioni Unite (UNCED), la più conosciuta «Convenzione di Arhus» che si compone di tre pilastri: 1) l'accesso alle informazioni ambientali; 2) partecipazione ai processi decisionali; 3) l'accesso alla giustizia.

Tali propositi sono stati concretizzati con l'adozione della Direttiva 4/2003 che, garantendo al pubblico il diritto di accesso all'informazione ambientale detenuta dalle autorità ambientali sulla base di una richiesta formale, prevede altresì che gli Stati membri dovranno garantire una «procedura che invochi giustizia» tutte le volte in cui tale diritto di accesso venisse violato.

#### *Proposta di Direttiva sulla Responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazioni del danno ambientale.*

La Commissione ha adottato una proposta di direttiva sulla responsabilità ambientale in riferimento alla prevenzione ed alla riparazione dei danni arrecati all'ambiente; la Direttiva proposta dovrebbe contribuire alla

migliore attuazione delle normative in campo ambientale, fungendo da disincentivo all'inquinamento. L'inosservanza delle norme ambientali dimostra che le sanzioni attualmente stabilite dagli Stati membri non consentono di ottenere il pieno rispetto del diritto comunitario e dell'ambiente stesso, ecco perché la Commissione ha proposto questa direttiva che imporrebbe agli Stati membri di prevedere sanzioni penali, poiché solo questo tipo di misura appare adeguata e sufficientemente dissuasiva per ottenere una corretta attuazione delle normative ambientali.

Obiettivo della proposta è stabilire quindi un quadro normativo finalizzato ad assicurare la prevenzione o la riparazione del danno ambientale che comprende il «danno alle specie e agli *habitat* naturali protetti», il «danno alle acque» e il «danno al terreno»; fatte salve alcune eccezioni, l'operatore che ha causato il danno ambientale o una minaccia imminente di danno ambientale è tenuto a sostenere i costi relativi all'attuazione delle necessarie misure di prevenzione o di ripristino, secondo il principio «chi inquina paga».

A riguardo il Parlamento e il Consiglio hanno recentemente raggiunto un accordo sulla suindicata proposta di Direttiva al termine di una procedura di conciliazione; da tale procedura di conciliazione sembra essere stato risolto e passato un emendamento relativo all'introduzione di una garanzia finanziaria obbligatoria armonizzata sul quale per lungo tempo non vi era concordanza. Si resta comunque in attesa dell'emanazione del testo definitivo della Direttiva in oggetto (\*).

Se si volesse infine tentare di sintetizzare la nozione di «ambiente» così come viene intesa dall'Unione europea, ed in particolare dalla D.G. che si occupa di questa materia, è utile vedere come la stessa Comunità ha definito il sesto programma di azione per l'ambiente: «*Ambiente: il nostro futuro, la nostra scelta*».

La politica ambientale comunitaria infatti, proprio adottando una prospettiva più ampia, negli ultimi venti anni non si è limitata a semplici controlli dell'uso di sostanze o di prodotti specifici, ma si è orientata verso alternative più sicure e l'analisi di quello che avviene quando un prodotto giunge al termine del suo ciclo di vita: una tendenza questa chiaramente rispecchiata nel Quinto e nel Sesto programma di azione.

I numerosi finanziamenti finalizzati a ricerche riguardanti l'ambiente (tra cui il programma LIFE), si collocano in questa stessa ottica di prospettiva ampia e futura.

**Ester Renella.** L'incontro organizzato oggi si colloca in un momento propizio per l'Amministrazione, al fine della costituzione di un protocollo operativo di cui si è parlato negli interventi precedenti.

Il Ministero in questi ultimi due anni ha subito un grosso processo di trasformazione in quanto la sua architettura, il suo assetto è stato rivisto

---

(\*) Il testo definitivo della Direttiva 2004/35/CE del 21 aprile 2004 non contiene l'obbligo ma la facoltà di garanzia finanziaria (art. 14).



con l'intenzione di snellire una organizzazione che prevedeva un grosso numero di settori ed era basata su una confusione di attività, di funzioni e di competenze relative all'ambiente. La nuova organizzazione prevede non più la struttura basata sui Dipartimenti e poi su Direzioni Generali a seguire, ma unicamente sei Direzioni Generali che conglobano tutte le funzioni e le competenze ambientali. Questo ha comportato che tutta l'attività del Ministero può essere svolta avendo dei riferimenti semplici e puntuali. Credo che ciò vada ad aiutare la collaborazione, qui anelata, che si dovrà instaurare tra Avvocatura e Amministrazione. A questo punto devo anche precisare che l'intenzione dell'Amministrazione è quella di riorganizzare anche le competenze che riguardano il contenzioso: in questi ultimi anni si erano un po' suddivise tra le varie Direzioni Generali, ognuna faceva per sé, ognuna aveva contatti diretti con l'Avvocatura e si sono creati tutti quei problemi sopra accennati.

Spesso l'Amministrazione non rispondeva in tempo, non dava notizie utili e le risposte non erano sempre congruenti con quello che veniva chiesto.

Se riusciamo ad organizzare un ufficio centrale, con sede negli uffici di diretta collaborazione (pensiamo all'Ufficio legislativo), che coordini questo compito dando supporto all'Avvocatura dello Stato, chiaramente sostenuta a sua volta dalle Direzioni Generali che dovranno fornire tutte le notizie tecniche sui fatti di cui si discute, potremo avere una soluzione migliorativa. Un ufficio di coordinamento, quindi, più che di gestione, che costituisca il riferimento per gli uffici dell'Avvocatura.

ALLEGATO

BOZZA DI CIRCOLARE SUL COORDINAMENTO DEL CONTENZIOSO  
(*da indirizzare a cura del Capo di Gabinetto agli uffici del Ministero*)

La sempre maggior incidenza nella vita del Paese dell'attività e degli interventi di questo Ministero ha comportato una costante progressione nella tutela dell'Ambiente, cui esso è istituzionalmente preposto, ma determina altresì degli effetti di reazione da parte dei soggetti portatori di interessi economici spesso confliggenti.

Si è così assistito negli ultimi tempi ad un considerevole incremento del contenzioso diffuso specialmente presso i Tribunali Regionali Amministrativi ed il Consiglio di Stato, riguardo al quale intendo richiamare l'attenzione delle SS.LL., poiché solo un'adeguata difesa in giudizio dei provvedimenti adottati consente di realizzare le finalità perseguite, evitando la sospensione o l'annullamento degli stessi.

Senza peraltro trascurare il fatto che in base alla nuova legge sul processo amministrativo (205/2000) è ora previsto che il Giudice possa condannare al risarcimento del danno l'Amministrazione soccombente, determinando problemi di particolare delicatezza per questo Ministero, i cui atti hanno sempre una forte ricaduta economica.

Poiché il difensore istituzionale del Ministro è l'Avvocatura dello Stato, si ritiene opportuno stabilire un rapporto di sempre più efficace collaborazione con tale organo legale, secondo le modalità che di seguito si specificano.

Di regola i ricorsi contro i provvedimenti di questo Ministero vengono notificati a mezzo di Ufficiale Giudiziario all'Avvocatura (articolata com'è noto in tante Avvocature Distrettuali quante sono le sedi delle Corti di Appello e facenti capo all'Avvocatura Generale, che ha competenza per la circoscrizione della Corte di Appello di Roma e per i giudizi promossi dinanzi alle magistrature superiori, quali il Consiglio di Stato e la Corte di Cassazione); successivamente l'organo legale trasmette i ricorsi a questa Amministrazione con una richiesta di rapporto indirizzata talora direttamente ai Servizi competenti, altre volte all'Ufficio Legislativo o al Gabinetto, secondo la materia del giudizio e la rilevanza della questione.

Poiché i tempi tra la notifica del ricorso e la trattazione dell'istanza di sospensione (spesso formulata dai ricorrenti) sono piuttosto brevi (in media 15-20 giorni, riducibili nei casi di particolare gravità anche a 2-3 giorni) occorre che si proceda con la massima rapidità alla istruzione della pratica, ogniqualvolta compaia nel ricorso la richiesta di sospensione del provvedimento (di solito formulata nell'epigrafe dell'atto o nelle conclusioni e segnalata nell'oggetto della nota dell'Avvocatura).

In tali casi sarà peraltro opportuno prendere anche diretti contatti con l'Avvocato dello Stato, che difende nella singola causa l'Amministrazione ed il cui nome è riportato nell'oggetto della lettera con cui l'Avvocatura chiede il rapporto, onde concordare tempi e modalità delle risposte, anche attivando se possibile sistemi di trasmissione individuale, via internet.

Quando invece manchi tale istanza, l'istruttoria del ricorso potrà essere organizzata in tempi ragionevolmente brevi ma non così ravvicinati, concordandoli comunque con l'Avvocato dello Stato al quale si chiederanno notizie circa la fissazione dell'udienza di discussione del merito.

Qualora il ricorso dovesse essere notificato, sia pure erroneamente, direttamente presso questo Ministero, sarà cura del Servizio che lo riceve di trasmetterlo subito all'Avvocatura competente per sede dell'Autorità giudiziaria adita, corredato dal rapporto e dai documenti come segue.

Quanto al contenuto del rapporto da inviare all'Avvocatura, si raccomanda di esporre succintamente ma esaustivamente i fatti che hanno dato origine al giudizio e quindi di esaminare analiticamente i vari motivi in cui il ricorso è articolato in punto di diritto in modo da fornire all'organo legale un preciso orientamento sulla posizione tenuta da questa Amministrazione in ordine alle varie questioni, specificando le norme applicate e l'interpretazione che si è ritenuta darne.

Particolare attenzione dovrà essere prestata nell'esplicitare gli aspetti tecnici delle questioni spesso contestate dai ricorrenti, in modo da renderli comprensibili nell'ambiente legale, le cui cognizioni specifiche in materia non possono essere specialistiche.

Qualora occorra, i tecnici di questa Amministrazione manifesteranno all'Avvocatura dello Stato la propria disponibilità a fornire ulteriori chiarimenti nelle vie brevi.

Sarà quindi necessario allegare copia di tutti i documenti utili per la causa con particolare riguardo a quelli oggetto dell'impugnativa, ed alle normative applicate, i quali ultimi anzi potranno essere anche anticipatamente trasmessi insieme al rapporto con i mezzi di invio più rapidi cui si è accennato.

È bene sottolineare che l'Avvocatura deve essere messa in grado di difendere i singoli provvedimenti con una linea coerente in tutti i giudizi, per cui l'interpretazione proposta dalla normativa va armonizzata con quelle precedentemente adottate e naturalmente con gli indirizzi segnalati dal mio Gabinetto.

Occorre infine indicare con precisione nelle lettere di risposta, ed in tutta la successiva corrispondenza con l'Avvocatura, il numero del contenzioso o consultivo identificati dalle sigle CT e CS seguite da un numero progressivo e dall'anno nonché il nome dell'avvocato, ricavati dall'oggetto della nota di richiesta di rapporto, onde rendere più rapido l'inoltro della corrispondenza stessa all'avvocato interessato.

Auspico che queste prime indicazioni possano semplificare i rapporti con l'organo legale, invito tutti i servizi a segnalare al Gabinetto le questioni che dovessero sorgere onde definire una soluzione adeguata e valevole in ogni caso.

Sarà mia cura informare l'Avvocatura Generale della presente iniziativa per concordare eventuali altre modalità.

**Francesco Cocco.** Il contributo che mi viene richiesto ai lavori del seminario riviene dal mio ruolo di Presidente del Servizio di Controllo Interno (SECIN) del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del territorio. Non interviengo, quindi, come Avvocato dello Stato, ma è innegabile che il mio *status* originario sicuramente affiorerà nell'articolazione del mio ragionamento e spero che possa contribuire a renderlo più efficace. Il Servizio di Controllo Interno, nell'Amministrazione dell'Ambiente è stato istituito originariamente

con il D.M. del 31 novembre 1999, ma è stato rimodulato e ha preso vita con il d.P.R. n. 245/2001 che, all'art. 7, descrive le nuove e più rafforzate competenze del Servizio, sulla base di quanto disposto dal D.leg.vo n. 286/99.

Il Servizio opera in posizione di autonomia, in un contesto di diretta collaborazione con il Ministro; predispose un programma annuale per lo svolgimento delle proprie attività e riferisce, in via riservata, al Ministro nelle forme ed entro i termini specificatamente indicati mediante direttive del Ministro stesso. In particolare relaziona sulle proposte formulate dai Dirigenti ai fini della predisposizione dello stato di previsione della spesa e assicura supporto metodologico alle strutture amministrative sia in fase di elaborazione della direttiva annuale ministeriale che di monitoraggio della stessa. Nell'attività di valutazione e controllo sull'azione tecnico-amministrativa dei vari centri di responsabilità, verifica l'effettiva attuazione delle disposizioni contenute nelle direttive e negli atti di indirizzo politico. A tal fine compie un'analisi preventiva e successiva della congruità e degli eventuali scostamenti tra le missioni affidate dalle norme, e quelle contenute nelle direttive ministeriali con gli obiettivi raggiunti. Identifica anche gli eventuali fattori ostativi e le eventuali responsabilità per la mancata o parziale attuazione dei programmi, nonché le cause di tali scostamenti, segnalando i possibili rimedi.

Il Servizio redige almeno annualmente una relazione sui risultati delle analisi effettuate con eventuali proposte di miglioramento della funzionalità dell'Amministrazione; ha accesso ai documenti amministrativi; acquisisce informazioni e dati da tutte le strutture e dovrebbe avvalersi, in base al D.leg.vo n. 286, di un sistema informativo e statistico unitario.

Dico: «dovrebbe avvalersi» perché, nella realtà dei fatti, questo sistema informativo non è ancora operante. In effetti, il processo di automazione del Ministero dell'Ambiente accusa notevoli ritardi rispetto alla evoluzione della tecnica e alle prescrizioni normative finalizzate alla attuazione del piano di *e-government* approvato dal Consiglio dei Ministri nel giugno del 2000.

L'esperienza che ho maturato all'Autorità per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione (AIPA), mi ha convinto che ogni e qualsiasi assetto organizzativo, normativamente delineato, è destinato a produrre scarsi risultati in termini di efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, se non è accompagnato dal supporto delle nuove tecnologie. Il ricorso a quest'ultime, peraltro, nel nostro Paese è stato fortemente perseguito in questi ultimi anni e supportato da adeguati strumenti normativi. Il valore giuridico riconosciuto agli atti e ai contratti formati elettronicamente, la loro conservazione, archiviazione e trasmissione in via telematica, la possibilità di fare ricorso al telelavoro anche nella Pubblica Amministrazione, sono tutte opportunità e occasioni per «fare amministrazione» in un modo del tutto diverso. Ormai, anche il processo dinanzi al Giudice Civile si svolgerà quanto prima in via telematica, essendo stata già bandita dal Ministero della Giustizia la gara per la sua realizzazione e in ben otto Corti di Appello sono stati avviati i laboratori sperimentali.

Queste consapevolezza ci devono indurre ad investire nelle nuove tecnologie per realizzare livelli di maggiore efficacia ed efficienza nella gestione del contenzioso che ci sta occupando. L'uso a regime del protocollo informatico – che, a partire dal 1° gennaio di quest'anno, secondo la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri dell'ottobre del 2003, deve essere obbligatoriamente adottato da tutte le Amministrazioni centrali – sicuramente offrirà, con l'istituzione delle caselle di posta ufficiale, uno strumento agile di dialogo tra l'Amministrazione e il suo difensore istituzionale, che, com'è noto, ha già dato attuazione, per suo conto, all'istituzione del protocollo informatico presso l'Avvocatura Generale e le Avvocature Distrettuali. Poter quindi contare sullo scambio di dati e di informazioni in via telematica, poter far uso a regime degli strumenti di posta elettronica, sicuramente potrà costituire una opportunità di maggiore efficienza nei reciproci obblighi istituzionali che gravano sull'Amministrazione difesa e sul suo difensore istituzionale. Dal dibattito è emerso che uno dei problemi che l'Avvocatura dello Stato deve affrontare quando riceve notizia di un reato in materia ambientale dall'autorità giudiziaria o quando deve assicurare la difesa dell'Amministrazione dell'ambiente dinanzi alle varie autorità giudiziarie è quello di identificare puntualmente il proprio interlocutore amministrativo. Il ricorso alle nuove tecnologie in materia di posta elettronica, se accompagnato da adeguate misure amministrative, quale ad esempio la preposizione di un unico centro di riferimento nel dialogo con l'Avvocatura dello Stato, sicuramente potrà ridurre l'alea connessa alla corrispondenza defatigatoria con uffici non competenti alla trattazione dell'affare in sofferenza. A mio avviso, l'Ufficio interlocutore per eccellenza dell'Avvocatura dello Stato è l'Ufficio Legislativo e ciò per il suo ruolo istituzionale, per la missione normativamente affidatagli, per la competenza di cui è dotato. Altro utile contributo che potrà derivare dall'uso delle nuove tecnologie potrebbe essere quello offerto dalla creazione di una banca dati del contenzioso, in cui fare affluire oltre i dati relativi agli affari in sofferenza, anche quelli definiti, con le pronunce intervenute, in modo da poter disporre di informazioni idonee a garantire uniformità comportamentali costruite sulla base dell'esperienza maturata nella gestione di questa materia. Il mio ruolo istituzionale potrà essere utile al conseguimento di questi obiettivi, perché non mancherò, in sede di elaborazione della direttiva annuale sull'attività del Ministero, di proporli ai centri di responsabilità amministrativa e anche con carattere prioritario.

Il tempo che mi è stato concesso non mi consente di soffermarmi ulteriormente su queste tematiche, ma vi assicuro che non mancherò di confrontarmi su di esse con i colleghi dell'una e dell'altra parte, quando me ne faranno richiesta.

**Paolo Togni.** Abbiamo deciso di avviare questo incontro, che non è un'attività tipica, ma che ci è sembrato fosse uno strumento di lavoro utile per dissipare qualche piccolo problema che in passato si è verificato nei rapporti tra il Ministero e l'Avvocatura dello Stato. Mi pare che il metodo di lavoro sia buono e possa proseguire. Non starei a fare protocolli; intanto ci siamo conosciuti. Incontrarci, sentirci, parlarci è una cosa utile e oggi è stata un'occasione.

Vorrei separare il problema del contenzioso in due parti nettamente distinte l'una dall'altra. C'è il contenzioso comunitario, dove ci stiamo difendendo in maniera sufficiente, abbiamo diminuito il numero delle procedure di infrazione, abbiamo puntualizzato il fatto che alcune di queste sono responsabilità non dell'amministrazione centrale ma delle regioni in quanto riguardavano non la mancata normazione, ma la mancata attuazione della norma che è di competenza in molti casi delle amministrazioni regionali, stiamo andando verso una situazione soddisfacente. C'è un contenzioso costituzionale, noi tutti siamo interessati a quello che succede in Corte Costituzionale; è importante la riaffermazione, anche recente, che i problemi ambientali hanno un riferimento esplicito nella normazione nazionale che è competenza esclusiva statale e che questa competenza esclusiva è addirittura capace di attrarre anche competenze che di per sé sarebbero di grado inferiore, quando lineamenti di interesse ambientale si trovino coinvolti in provvedimenti diversi. E questo è un fatto estremamente importante perché ci rende tranquilli anche sul futuro della nostra azione. C'è un contenzioso di carattere amministrativo, che è abbastanza soddisfacentemente gestito in rapporto con l'Avvocatura; a volte ci sono piccole mancanze da una parte o dall'altra, però alla fine le cose stanno viaggiando abbastanza bene. Direi quindi che il contenzioso in senso proprio è abbastanza soddisfacentemente sistemato.

Rimane il problema del danno ambientale, che a parte alcuni casi – in Piemonte siamo arrivati, anche con il supporto determinante dell'A.P.A.T., ad individuare una quantificazione di Pieve Vergonte di danno ambientale significativa, il processo è in corso vediamo quello che succederà – e altre poche situazioni, abbiamo la certezza che, fatto mille il numero delle violazioni, dei danni ambientali prodotti, noi riusciamo ad arrivare in Tribunale in quattro o cinque. Il che significa che quando si tratta di danni di novantamila miliardi come sono stati quantificati per Marghera, allora lì ci siamo perché non si può non esserci, quando si tratta di seimila miliardi come Pieve Vergonte lì ci siamo perché non ci si può non essere; ma quando si tratta – ragiono in termini di lire – di danni significativi, ma di minore importanza delle centinaia di milioni o di qualche miliardo di lire, allora in quei casi normalmente non ci siamo.

Questo perché vi è un problema di organizzazione complessiva, vi è un problema di sistemazione definitiva della questione. Evidentemente il meccanismo del danno ambientale introdotto dall'art. 18 della legge 349 è un meccanismo che non funziona, è insoddisfacente, è parziale, non può essere il meccanismo da seguire. Dobbiamo agire, predisponendo l'opportuno strumento legislativo, che peraltro è previsto nella bozza di legge di delega al governo in materia ambientale, dove è in ballo anche la partita del danno. Dobbiamo invertire la procedura e fare dell'accertamento del danno e dell'erogazione delle sanzioni ambientali una procedura che stia tutta nell'amministrativo, con l'accertamento da parte dell'Autorità, da individuare secondo me nel Ministero dell'Ambiente, nell'A.P.A.T. e nelle A.R.P.A. regionali, con qualche limitazione. Queste autorità devono poter emettere cartelle esattoriali immediatamente esecutive a carico di colui che ha prodotto il danno

ambientale, mettendo al suo interno il danno tutto e, eventualmente, nella cartella esattoriale una sanzione amministrativa ridotta rispetto a quella piena che altrimenti potrebbe essere irrogata; con la possibilità di scelta, per chi si veda colpito da siffatto strumento, di ricorrere alle vie giurisdizionali, rischiando però la sanzione piena, oppure di adempiere. Nel caso di importi limitati di sanzioni e di danno è chiaro che l'aspettativa è quella di un'altissima percentuale di infrattori che vorranno adeguarsi immediatamente senza correre il rischio di un procedimento giurisdizionale, che comunque avrebbe un suo costo e porterebbe il rischio di vedere aumentata la sanzione irrogata. Poi la parte di contenzioso innanzi all'autorità giudiziaria si svilupperà sicuramente in un contesto più tranquillo, più ordinato, più logico di quello che non sia oggi, anche nei rapporti tra l'Avvocatura dello Stato e l'Amministrazione.

Il Ministero dell'Ambiente nel 1986 non è stato istituito, è stato abbozzato; lo stiamo costituendo adesso, abbiamo ristrutturato la macrostruttura ministeriale, stiamo integrando le posizioni delle direzioni generali, è pronto per essere applicato il provvedimento che consentirà a tutti i direttori generali di coprire con contratti la rosa degli uffici dirigenziali di seconda fascia (i capi divisione), che poi costituiscono larga parte dell'ossatura operativa del Ministero. Noi speriamo di aver fatto il nostro sforzo migliore per avere una struttura che funzioni, che risponda unitariamente al Ministro, in cui ci sia un rapporto corretto, continuo ed un flusso ordinato di informazioni e di indicazioni tra gli uffici del Ministro e gli uffici operativi. Nell'ambito di questa riorganizzazione è in corso anche la riorganizzazione degli uffici di diretta collaborazione del Ministro e sarà esplicitamente prevista la figura del responsabile del coordinamento del contenzioso, evidentemente situato dentro l'Ufficio Legislativo, perché abbiamo sentito come giusta l'esigenza dell'Avvocatura dello Stato di avere un referente unico con il quale interloquire ed agire.

Noi stiamo cercando, poi, di dare una soluzione al problema della comunicazione in campo ambientale. Nel novembre del 2002 abbiamo mandato alla firma del Ministro Tremonti un decreto che comprendeva l'organizzazione della Commissione destinata a spendere le somme che abbiamo in bilancio per la comunicazione ambientale. Nostra intenzione era che queste somme fossero spese secondo piani tecnici di comunicazione, ma anche con una previa verifica della attendibilità scientifica dell'oggetto della comunicazione. È un provvedimento che non si riesce ad ottenere firmato anche da Tremonti, mentre ci sarebbe un gran bisogno di chiarezza nella comunicazione ambientale.

In conclusione dobbiamo tener presente che la questione del danno va vista come qualcosa che, nella disciplina attuale, ha un anno e mezzo di vita, non di più, e dobbiamo prepararci, ragionando insieme, alla nuova forma di accertamento e riscossione del danno ambientale che porterà allo Stato notevoli incrementi di entrate.

STUDI E CONTRIBUTI

## **La tutela dell'ambiente come «valore costituzionale» e come «materia»**

*di Maurizio Fiorilli*

1. L'art. 117, comma 2, della Costituzione annovera tra le «materie» di competenza legislativa dello Stato l'ambiente. I tentativi della dottrina di formulare una definizione di «ambiente» e, quindi, di delimitare la «materia ambiente» sono insoddisfacenti, in quanto ad una prima percezione non si tratta di un dato statico, ma dinamico, più propriamente di una «relazione». Come tale è un interesse da comparare con tutti gli altri interessi che hanno per oggetto l'ecosistema e che devono essere tenuti in considerazione nell'esercizio della attività legislativa, come in quella amministrativa. In sintesi, la interrelazione ambiente è interesse trasversale rispetto a tutti gli interessi settoriali che costituiscono e caratterizzano le altre «materie» indicate nell'articolo 117 Cost.

2. L'ambiente è il risultato di un equilibrio ecologico delle condizioni fisico-chimiche e biologiche che permettono e favoriscono la vita degli esseri viventi. Come tale non può essere oggetto di una definizione normativa a priori, ma solo di una presa d'atto della sua funzione specifica. L'interesse comune è al mantenimento dell'equilibrio. Il mantenimento dell'equilibrio, in termini giuridici, rappresenta un valore.

3. La dottrina giuridica tradizionale riconosce rilevanza giuridica alla tutela dell'ambiente: da un lato come oggetto di vere e proprie situazioni giuridiche soggettive (diritto soggettivo della persona, interesse diffuso, e interesse collettivo) tutte riconducibili alla generica formula del diritto all'ambiente; dall'altro come bene giuridico, utilizzando il contributo della teoria dei beni giuridici elaborata nell'ambito delle discipline civilistiche. Le categorie giuridiche tradizionali sono insufficienti. La formula diritto all'ambiente va correttamente intesa come formula sintetica per individuare un fascio di situazioni soggettive diversamente tutelate e strutturate.

4. La qualificazione dell'interesse ambientale come interesse di rilievo costituzionale, nel silenzio della Costituzione del 1947, è risultato da attribuire al contributo interpretativo della giurisprudenza della Corte Costituzionale. La Corte gradatamente giunge a riconoscere nella tutela dell'ambiente un valore fondamentale della collettività, in forza di un'interpretazione evolutiva degli articoli 9 e 32 (vedi le sentenze 167 e 210 del 1987; 131 del 1988, 324 del 1989). Nelle pronunce più recenti la Corte mostra di aver maturato una concezione dell'ambiente come oggetto di tutela giuridica ancorando la pluralità degli interessi connessi con gli equilibri ambientali al tessuto dei valori costituzionali: la tutela dell'ambiente è un valore che si configura come sintesi, in una visione globale ed integrata, di una pluralità di aspetti e di una serie di altri valori che attengono ad interessi culturali, educativi, ricreativi e di partecipazione; tutti caratterizzati dall'importanza essenziale che rivestono per la vita della comunità (sentenze 302 e 356 del 1994; 536 del 2002).

5. Anche nell'ordinamento comunitario la tutela dell'ambiente ha assunto rilievo costituzionale grazie ad alcune pronunce della Corte di Giustizia e, soprattutto, ai successivi interventi emendativi, apportati a partire dal 1986, al testo originario del Trattato. In assenza di una espressa considerazione dell'ambiente tra le disposizioni originarie dei Trattati, la Corte di Giustizia con una prima pronuncia, ha affermato che la tutela dell'ambiente costituisce uno degli scopi essenziali della Comunità, e ciò vale a giustificare atti comunitari che comportino restrizioni ai principi della libertà del commercio, della libera circolazione delle merci e della libera concorrenza (sentenza 7 febbraio 1985 in causa C-240/83 in materia di oli usati). Con una seconda decisione la Corte ha riconosciuto la tutela dell'ambiente come una di quelle esigenze imperative che possono costituire cause di deroga per i singoli Stati membri al principio della libera circolazione delle merci, ossia motivo che giustifica misure nazionali restrittive degli scambi (sentenza 20 settembre 1988 in C-302/86, in materia di imballaggi per birre e bibite). Nel periodo intercorrente tra le due pronunce si pone l'inserimento formale dei fondamenti giuridici della tutela dell'ambiente all'interno della «costituzione europea». Ciò grazie all'approvazione dell'atto unico europeo del 1986, che introduce gli articoli 130 *R*, 130 *S*, 130 *T* in materia di ambiente. Nell'articolo 130 *R*, vengono individuati gli obiettivi dell'azione comunitaria in materia ambientale: salvaguardare, proteggere e migliorare la qualità dell'ambiente; contribuire alla protezione della salute umana: garantire un'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali. E vengono inoltre enunciati in modo espresso alcuni principi che già erano andati affermandosi nella giurisprudenza: il principio dell'azione preventiva, il principio della correzione alla fonte dei danni causati all'ambiente, nonché il principio «chi inquina paga», cui si aggiungono il principio di integrazione delle esigenze connesse con la salvaguardia dell'ambiente nelle altre politiche della Comunità e il principio di sussidiarietà. I due articoli successivi sono dedicati alla definizione del procedimento decisionale per l'adozione di delibere comunitarie rivolte alla protezione dell'ambiente (130 *E*) e alla formulazione di quella clausola che consente agli Stati membri di disporre una tutela dell'ambiente più rigorosa di quella adottata a livello comunitario, stabilendo che i provvedimenti adottati in comune *ex art.* 130 *S* non impediscono agli stati membri di mantenere e di prendere provvedimenti compatibili con il trattato per una protezione maggiore (130 *T*). Si introduce anche l'art. 100 *A* che codifica il principio del livello elevato di tutela, secondo cui la Commissione, nelle sue proposte in materia di sanità, sicurezza, protezione dei consumatori, assume come base un livello di protezione elevato.

Il Trattato sull'unione europea (1992) introduce ulteriori significative modificazioni al testo del Trattato CEE. Nell'articolo 2 tra i compiti della Comunità, viene inserito quello di promuovere una crescita sostenibile, non inflazionistica e che rispetti l'ambiente. Nell'art. 3, lettera *k*), si individua la politica nel settore dell'ambiente come uno degli elementi caratterizzanti l'azione della comunità per il raggiungimento dei fini enunciati nell'art. 2. Le modifiche più rilevanti vengono apportate al testo dell'art. 130 *R*. Al paragrafo 1, viene confermato il passaggio della qualificazione giuridica delle ini-



ziative comunitarie finalizzate alla tutela dell'ambiente da azione a politica. Si registra l'aggiunta di un ulteriore obiettivo da perseguire mediante la politica ambientale, consistente nella promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale. Al paragrafo 2, viene inserito il principio del livello elevato di tutela, che assume perciò una portata generale nella predisposizione di tutti gli interventi comunitari in materia ambientale; nell'ambito dello stesso paragrafo viene conferita una maggiore incisività al richiamo del principio dell'azione preventiva cui si aggiunge il principio di precauzione nonché la formulazione del principio di integrazione, stabilendosi che le esigenze connesse con la salvaguardia dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nella attuazione delle altre politiche comunitarie. La sussidiarietà assume valore di principio esplicito di portata generale, destinato a regolare tutti i rapporti tra la Comunità e gli Stati membri.

L'approvazione del Trattato di Amsterdam, avvenuta il 2 ottobre 1997, segna una ennesima tappa fondamentale nell'evoluzione del regime costituzionale comunitario dell'ambiente. Oltre all'introduzione dell'esplicito riferimento allo sviluppo equilibrato e sostenibile come uno degli obiettivi dell'unione europea (art. 2) tra i compiti della Comunità Europea, vengono inseriti quelli di promuovere uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, nonché un elevato livello di protezione dell'ambiente ed il miglioramento della qualità di quest'ultimo. Il principio di integrazione, che viene stralciato dal testo dell'art. 130 *R* viene elevato a principio generale destinato ad orientare tutta l'attività della Comunità: le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nella attuazione delle politiche e azioni comunitarie di cui all'art. 3, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile. Tale principio è oggi ribadito dall'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea (7 dicembre 2000, Nizza) che afferma: *«un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile»*.

Anche sul piano dell'ordinamento comunitario la tutela dell'ambiente ha assunto quindi la qualificazione giuridica di «valore costituzionale». Le disposizioni costituzionali sulla tutela dell'ambiente contenute nei trattati comunitari presentano una caratteristica affatto peculiare rispetto al taglio che comunemente assumono le norme ambientali che si rinvengono nella maggior parte delle costituzioni nazionali. Si tratta di disposizioni assai complesse e articolate, che individuano analiticamente gli obiettivi della tutela, i principi cui gli operatori e le istituzioni si devono ispirare, i parametri di riferimento per la predisposizione degli interventi, i criteri per impostare correttamente i rapporti tra interesse alla tutela dell'ambiente e gli altri interessi, potenzialmente in conflitto.

6. La classificazione dell'interesse alla tutela dell'ambiente nell'ambito della tavola dei valori costituzionali è conforme alle caratteristiche peculiari dell'oggetto della tutela, in particolare alla accertata impossibilità di fornirne una soddisfacente definizione giuridica. I valori come tali non sono suscettibili di una definizione normativa a priori. L'attribuzione della qualifica di

«valore» ad un determinato principio, interesse, istituto, bene materiale o immateriale è il risultato di una operazione di «stima», che consiste sostanzialmente in una complessa attività di interpretazione della costituzione, alla luce di criteri di elasticità, di adeguamento normativo, di apertura al sociale. I valori costituzionali esprimono interessi ad alto tasso di condivisione nel corpo sociale, ma anche ad alto tasso di indeterminatezza, ciò che li rende non comprimibili in una formulazione normativa che pretenda di definirli in astratto. Si tratta di «esigenze costituzionalmente protette» che costituiscono punti di riferimento cioè *standard* che possono orientare nelle diverse situazioni la condotta dei soggetti a tutti i livelli istituzionali, aiutando a prendere posizione sui problemi complessi e favorendo la partecipazione attiva alle scelte politiche e la valutazione di azioni, attitudini, comportamenti. La qualificazione giuridica dell'ambiente come valore costituzionale sancisce che esso costituisce, proprio in quanto valore, uno degli elementi fondamentali che caratterizzano attualmente la nostra società e sul quale le istituzioni devono fondare la propria legittimazione.

Da ciò discendono una serie di importanti conseguenze. Parlare di ambiente in termini di valore costituzionale evidenzia la priorità che assume il ruolo del legislatore nella attuazione concreta del valore e nella sua realizzazione dinamica. Se il valore «ambiente» non è definibile in astratto, occorre riconoscere che solo grazie agli apprezzamenti e alle scelte discrezionali del legislatore possono essere definiti in concreto i contenuti della relazione uomo-cosmo, il tipo di equilibrio ecologico che si vuole salvaguardare o perseguire, le situazioni soggettive di diritto e di obbligo connesse ad una efficace azione di tutela, la ripartizione dei compiti e delle responsabilità tra i vari soggetti ed organi pubblici, nonché tra questi e i privati. Il valore ambiente può trovare la sua concreta definizione, diversa a seconda del momento storico e dell'ambito territoriale, sulla base delle scelte politiche e discrezionali del legislatore. Lo svolgimento di un simile compito implica la necessità di operare attraverso la tecnica del bilanciamento tra tutti i valori costituzionalmente rilevanti che risultino, in concreto, confliggenti con le esigenze di tutela dell'ambiente. Il criterio fondamentale che il legislatore deve seguire nel bilanciamento di interessi è quello della ragionevolezza, il cui rispetto può essere verificato in sede di giudizio di costituzionalità delle leggi. Per garantire la migliore realizzazione e la massima espansione del valore occorre che lo stesso legislatore incontri dei limiti. Sotto questo profilo è opportuna l'individuazione di una serie di principi che possano fungere da punti di riferimento certi per gli organi titolari di funzioni legislative, per le amministrazioni pubbliche, per i giudici chiamati ad interpretare ed applicare la legge ed, in genere, per i soggetti coinvolti nell'attuazione concreta del valore costituzionale, considerato sia in sé sia nel rapporto dinamico con gli altri valori fondamentali dell'ordinamento.

7. L'art. 117 comma 2, lettera *s* ha attribuito alla legislazione esclusiva dello Stato la «materia» tutela dell'ambiente ed ecosistema mentre ha affidato alla legislazione concorrente dello Stato e delle Regioni una serie di materie che presentano necessariamente forti profili di connessione con la tutela di equilibri ecologici. A queste materie vanno aggiunti altri ambiti

materiali che devono essere ritenuti attribuiti alla legislazione residuale e primaria delle Regioni e che analogamente presentano contiguità con la tutela dell'ambiente (comma 4); tra questi ambiti agricoltura e foreste, industria, commercio e artigianato, turismo, produzione, trasporto e distribuzione regionale e locale dell'energia, reti di trasporto e di navigazione regionali e locali, caccia, pesca, miniere, cave e torbiere, acque minerali e termali.

La qualificazione della tutela dell'ambiente come «materia» può conciliarsi con il riconoscimento all'ambiente della natura giuridica di «valore costituzionale»? Oppure deve necessariamente prevalere una delle due qualificazioni sull'altra? Si consideri che in questa seconda ipotesi si prospetterebbe un'alternativa secca: ragionare in termini di «materia», negando ingiustificatamente l'intrinseco carattere «trasversale» e multidisciplinare della tutela ecologica; ovvero ragionare in termini di «valore», ossia di «scopo» in grado di legittimare qualsivoglia intervento dello Stato nella disciplina delle singole materie pure affidate formalmente alla competenza regionale. Nessuna di tali due prospettive può farsi discendere come conseguenza necessitata dalla nuova formulazione del testo costituzionale. Da un lato non può disconoscersi che la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema presenta un connotato intrinseco di unitarietà, molto diversa da quella unitarietà di tipo oggettivo che permetterebbe di farne una materia in senso proprio tecnico-giuridico del termine; dall'altro è altrettanto impossibile negare le peculiarità e la specificità di una disciplina giuridica nel cui oggetto risulti quello di definire e garantire, in modo diretto e immediato, determinati equilibri ecologici.

Vi è quindi il bisogno ineludibile di un intervento del diritto, volto direttamente alla tutela di equilibri ecologici, che non può non essere anche logicamente prioritario rispetto alla considerazione che di quegli stessi equilibri si deve avere nella disciplina dei settori materiali appena richiamati. Basta pensare alla disciplina di quegli istituti o strumenti tipicamente finalizzati alla tutela degli «equilibri ecologici», quali la valutazione di impatto ambientale o di danno ambientale. Si può affermare che la tutela dell'ambiente non può essere considerata «materia» in senso proprio solo perché non è «soltanto» una materia, in quanto l'attuazione di questo «valore costituzionale» deve necessariamente attraversare tutti i comportamenti umani e tutte le politiche pubbliche. Ma ciò non può condurre a negare che esista un profilo «materiale» (in senso stretto) che risulta almeno in certa misura determinabile e che costituisce, da sempre, il campo privilegiato delle politiche ambientali e degli interventi normativi a tutela dell'ambiente.

Nello stesso senso sono orientate le disposizioni del Trattato CE, laddove accanto all'affermazione di un principio generale come quello dell'integrazione trasversale di cui all'art. 6, si prevede in termini espliciti, all'art. 3, paragrafo 1, lettera l), una politica della Comunità nel settore dell'ambiente, disciplinata dagli articoli da 174 a 176, orientata al perseguimento degli obiettivi di salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità ambientale, alla protezione della salute umana, all'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali, alla promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale. Se dunque

è configurabile uno specifico campo di intervento delle politiche ambientali, ciò non vale a negare l'esigenza di integrazione trasversale del valore. Questa esigenza semplicemente si aggiunge come indispensabile imperativo strategico per il migliore e più efficace perseguimento degli obiettivi ed è evidente che il nuovo testo dell'art. 117 nel richiamare la «materia» tutela dell'ambiente e dell'ecosistema alla legislazione esclusiva dello Stato, impedisce senz'altro l'intervento della legislazione regionale nella disciplina direttamente finalizzata alla tutela degli equilibri ecologici, ma non può certo escludere che all'interno delle discipline legislative regionali da emanare nelle materie di competenza concorrente o residuale, vengano adeguatamente integrate, le esigenze di tutela di tali equilibri.

È inevitabile che per alcuni oggetti, o istituti si ponga in concreto un problema di corretta individuazione dell'ambito materiale di appartenenza (disciplina delle aree protette, nella quale si combinano inevitabilmente e in modo quasi inscindibile profili di salvaguardia degli equilibri ecologici con profili di governo e del territorio). In questi casi, non si potrà fare a meno di ricorrere a valutazioni (pur sempre discutibili e comunque opinabili) di preferenza nell'ambito di una certa disciplina del profilo squisitamente «ambientale» o dei profili legati ad interessi diversi.

8. La costruzione di un sistema di principi costituzionali per la tutela dell'ambiente è la conseguenza della qualificazione dell'ambiente come «valore costituzionale». Questi principi di rango costituzionale sono in grado di svolgere una preziosa funzione di razionalizzazione dei sistemi di tutela giuridica dell'ambiente, operando in una duplice direzione: da un lato, nei confronti degli organi legislativi e, dall'altro, nei confronti di tutti gli altri soggetti coinvolti nei compiti di realizzazione concreta del valore costituzionale, fornendo loro gli orientamenti essenziali cui ispirare i propri comportamenti, soprattutto nelle innumerevoli ipotesi in cui il solo testo normativo non risulta in grado di fornire con certezza ed in modo esaustivo la regola da adottare nel caso concreto. La principale peculiarità dei principi costituzionali per la tutela dell'ambiente è quella di rappresentare le linee comuni di orientamento che tendono ad ispirare l'evoluzione delle forme di giustificazione dell'interesse ambientale nell'esperienza di tutti i più evoluti ordinamenti contemporanei. Si tratta di principi che non si limitano ad avere natura descrittiva, ma si collocano, più propriamente, come i punti di emersione delle istanze ineludibili che l'obiettivo della tutela dell'ambiente impone a tutti i livelli del diritto, così che sembra appropriata la denominazione di principi per la tutela dell'ambiente, proprio allo scopo di sottolineare l'essenza funzionale di tali principi.

9. Il grado di effettiva vigenza di tali principi nel nostro sistema giuridico di tutela dell'ambiente può essere valutato solo facendo riferimento alla giurisprudenza della Corte costituzionale e al diritto comunitario. Essi possono essere classificati in tre categorie che complessivamente formano un sistema sufficientemente razionale per orientare l'attuazione di questo valore costituzionale.

La prima categoria è costituita dai principi che identificano i caratteri fondamentali dell'ambiente come oggetto di tutela giuridica: principio del-

l'antropocentrismo, principio di unitarietà, principio di primarietà e il principio di economicità, nell'ambito del quale si colloca il principio «chi inquina paga».

Nella seconda categoria si collocano i principi sull'azione di tutela dell'ambiente. E precisamente il principio dell'azione preventiva, di precauzione, del bilanciamento, con i due corollari della gradualità e della dinamicità delle misure di tutela, dell'informazione ambientale.

La terza categoria comprende i principi sul ruolo dei soggetti pubblici e privati nella tutela dell'ambiente, cioè il principio di corresponsabilità, il principio di cooperazione, il principio di sussidiarietà.

10. *Il principio di antropocentrismo* è un principio di importanza fondamentale che è in grado di orientare l'approccio complessivo al tema dell'ambiente attraverso l'opzione di fondo in esso contenuta: la centralità della persona umana. La concezione antropocentrica traspare in modo evidente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e nell'ordinamento comunitario, ma sempre in termini impliciti. Al di là della mera dizione letterale – centralità della persona umana – secondo la più attuale nozione si tratta di proteggere non una cosa materiale, ma un rapporto, una relazione di equilibrio in continuo divenire, che in questo suo incessante ridefinirsi, non si può assumere come dato immutabile. Tutti i principi costituzionali in tema di ambiente, si collegano all'approccio antropocentrico. Per fare degli esempi si può pensare alla necessità di fondare l'azione di tutela su strategie preventive e cautelari piuttosto che su misure repressive e di ripristino; oppure alla necessità di procedere a continue operazioni di bilanciamento.

11. *Il principio di unitarietà dell'ambiente* mette in risalto il valore giuridico e non descrittivo, dell'espressione ambiente, all'interno di un contesto normativo. Il principio evidenzia che l'obiettivo di tutela dell'ambiente è l'equilibrio complessivo che scaturisce da un insieme di iterazioni, e che l'equilibrio si consegue non con una protezione separata dei singoli fattori, ma con la protezione integrata e coordinata degli stessi. Il principio assume, quindi, uno specifico significato finalistico. Le conferme dell'affermarsi del principio si rinvergono in significative pronunce della Corte Costituzionale (sentenze nn. 210 e 641 del 1987; n. 1029 del 1988; n. 356 del 1994) ma, soprattutto, in alcuni istituti la cui introduzione nel nostro ordinamento trae origine dal diritto comunitario. Tra questi, la nozione di impatto ambientale posta dalla direttiva 85/337/CEE in tema di VIA. La direttiva fa riferimento alla capacità di riproduzione dell'ecosistema e alla interazione tra una serie di fattori quali l'uomo, la fauna e la flora, il clima, il paesaggio e, dopo la direttiva 97/1/CE, anche i beni materiali e il patrimonio culturale. Ed ancora, la direttiva 94/67/CE (sull'incenerimento di rifiuti pericolosi) in cui si parla di inquinamento ambientale in senso globale tale da imporre una protezione integrata; la direttiva 96/61/CE, nella quale si individuano le linee generali di una specifica disciplina della prevenzione e della riduzione dell'inquinamento al fine di conseguire un livello elevato di protezione dell'ambiente nel suo complesso.

12. *Il principio di primarietà dell'ambiente* deriva da alcune espressioni usate dalla Corte Costituzionale per evidenziare il carattere fondamentale

dell'interesse ambientale in uno alla consapevolezza dell'esigenza imprescindibile di tutela dell'ambiente come presupposto essenziale per la stessa esistenza dell'umanità. Implicazione concreta del principio è l'esigenza di perseguire l'obiettivo di un elevato livello di tutela, nell'ottica dell'azione preventiva e di precauzione. Riferimenti espliciti si rinvencono negli artt. 95, paragrafo 3, e 174, paragrafo 2, del trattato ed ora anche nell'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea. A ciò sembra strettamente collegato il cosiddetto «regime amministrativo speciale dell'ambiente», quale si conforma nella legge 241/90 (artt. 14, 14 *quater*, 16, 17 e 39) con l'applicabilità di strumenti di semplificazione, e l'ampia previsione di poteri eccezionali e di urgenza. Nell'ambito del diritto comunitario si manifesta la consapevolezza della necessità di inserire la tutela dell'ambiente all'interno di tutti i processi decisionali da cui possano derivare conseguenze sull'equilibrio ecologico e sullo sviluppo economico. Il risultato è che la protezione dell'ambiente diviene progressivamente una sorta di «filtro», che sempre più deve essere in grado di condizionare gli esiti di quasi tutti i processi di decisione. L'affermazione del principio di primarietà pone la questione del rapporto tra il valore ambiente e gli altri valori riconosciuti a livello costituzionale. Primarietà è concetto che esprime il bisogno di affermare un valore assoluto e di configurare una relazione in cui si manifesta il valore. La Corte Costituzionale definisce la primarietà come insuscettibilità di subordinazione (in astratto) ad ogni altro valore o interesse (sentenza n. 151 del 1986).

13. Tra i diversi valori costituzionali non è possibile una astratta preordinazione di gerarchie; la loro pari ordinazione rende necessarie operazioni di bilanciamento in concreto. In questa ottica vanno letti i numerosi riferimenti degli atti comunitari allo «sviluppo sostenibile», che esprime una interdipendenza tra le istanze di tutela dell'ambiente e il perseguimento di obiettivi economici. Il plusvalore che sembra legato alla qualifica dell'ambiente come valore primario, attraverso il regime amministrativo speciale e l'integrazione in tutti i processi decisionali e il coinvolgimento di tutti i livelli territoriali, si esplicita nella necessità costituzionale che tale interesse venga sempre e comunque preso in considerazione.

14. *Il principio di economicità e il principio «chi inquina paga»* richiedono un approccio interdisciplinare per la tutela dell'ambiente. Secondo gli economisti l'ambiente costituisce un valore economico in quanto deve essere considerato un patrimonio multifunzionale che fornisce agli esseri umani una vasta gamma di servizi. Tradotto sul piano giuridico il principio di economicità pone la esigenza di tener conto non soltanto delle esigenze ambientali, ma soprattutto dei costi e del loro valore economico. I costi ambientali connessi alle attività umane tendono ad assumere il carattere di «costi sociali» o «costi esterni», cioè costi sopportati non dal soggetto agente, ma da terzi o dalla generalità dei consociati. Il rimedio che viene suggerito per ovviare al carico dei costi esterni, consiste nella cosiddetta internazionalizzazione dei costi ambientali, ossia nella neutralizzazione attraverso la riconduzione del costo all'interno della sfera dei soggetti che intervengono a modificare l'equilibrio ecologico. Il principio elaborato per tradurre in termini giuridici la necessità di perseguire obiettivi di internazionalizzazione dei costi ambientali

è il principio «chi inquina paga». Nella sua formulazione letterale il principio mostra una doppia anima che gli consentirebbe di fungere nel contempo da regolatore economico, attraverso l'imputazione dei costi dell'inquinamento (tutela *ex ante*) e da fonte per la regolamentazione di meccanismi di risarcimento del danno ambientale basati sulla responsabilità civile (tutela *ex post*).

L'analisi del diritto comunitario porta ad escludere che le tecniche riparatorie volte al risarcimento del danno all'ambiente vadano ricomprese nel principio «chi inquina paga». In altri termini non è possibile considerare la prevenzione e la correzione come aspetti ricompresi in unico principio. E ciò, in quanto nella formulazione dell'art. 174 vi è un preciso ordine di principi che costituisce non soltanto il fondamento, ma anche il parametro di costituzionalità della politica di tutela dell'ambiente all'interno della Comunità. Secondo un criterio di priorità logica l'azione preventiva deve essere preferita alla correzione. Il risarcimento del danno fondato sui meccanismi della responsabilità civile riveste la funzione di chiusura.

15. La seconda categoria dei principi costituzionali è costituita dai principi che indicano le esigenze fondamentali per la preservazione della relazione, in cui si sostanzia il concetto di ambiente.

Tra questi, assume rilievo preminente il *principio dell'azione preventiva o precauzionale* ex art. 174, paragrafo 2, del Trattato. La sottolineatura del momento preventivo dell'azione indica la necessità di preservare la stabilità dell'ecosistema piuttosto che di ripristinare equilibri compromessi. Il principio si colloca in linea di immediata continuità tanto con il concetto di sviluppo sostenibile quanto con il principio di integrazione. Il principio è ricco di implicazioni concrete: ad esempio nella scelta tra diversi strumenti di internazionalizzazione di costi ambientali, le logiche della prevenzione affidano un ruolo imprescindibile agli strumenti di regolamentazione diretta (approccio *command and control*). La valorizzazione di quest'ultimo principio implica un intervento non marginale dell'amministrazione e l'adozione di strumenti di programmazione e pianificazione. Il principio è stato utilizzato dalla giurisprudenza costituzionale e comunitaria per rendere esplicito un importante corollario: le autorizzazioni in materia di tutela dell'ambiente devono essere sempre espresse e temporanee (Corte Cost. 194/93, 96/94, nonché Corte di giustizia 28 febbraio 1991 in C-360/87) affinché le potenzialità nocive per gli equilibri ecologici risultino sempre oggetto di controlli periodici di conformità. Anche qui si può ricordare l'istituto della valutazione di impatto ambientale.

In situazioni di incertezza determinate da lacune scientifiche, il principio dell'azione preventiva e gli strumenti che lo realizzano trovano supporto e potenziamento grazie al *principio di precauzione*. L'idea di fondo su cui si basa il principio di precauzione esprime una esigenza cautelare e consiste nella necessità di perseguire gli obiettivi della tutela ambientale anche qualora manchi l'evidenza scientifica di un danno immediato. L'osservanza del principio precauzionale svolge una funzione di anticipazione della soglia di intervento e indirizza le scelte a fronte di dati scientifici incerti o contrastanti. Strumento procedurale che potrebbe contribuire a rendere operativo l'approccio precauzionale potrebbe essere l'inversione dell'onere della prova:

da colui che potrebbe subire un danno da una attività a colui che potrebbe causare quel danno ed è costretto a dimostrarne l'improbabilità e l'inesistenza del nesso di causalità. L'inversione dell'onere della prova non deve, peraltro, risultare estremamente rigida. La Commissione europea il 2 febbraio 2000, ha emanato una comunicazione sul principio precauzionale, nella quale si mette in evidenza la distinzione fondamentale tra la valutazione del rischio, da affidare agli scienziati, e la gestione del rischio da affidare a scelte politiche.

16. *Il principio di bilanciamento* costituisce la traduzione, sul piano della predisposizione e della realizzazione dell'azione di tutela, del principio di primarietà dell'ambiente. Si richiamano pertanto le precedenti osservazioni. Occorre solo soffermarsi sulle caratteristiche essenziali che devono connotare la tutela dell'ambiente in ossequio al principio del bilanciamento. La prima caratteristica consiste nella gradualità dell'azione di tutela dell'ambiente che risponde alla necessità che gli obiettivi della tutela e gli strumenti scelti abbiano uno spiccato carattere di flessibilità nel tempo che consenta di adattarli alle diverse situazioni concrete (vedasi sentenze Corte Cost. 127/90 e 53/91). La seconda caratteristica che si collega al principio del bilanciamento è la necessità che la tutela sia caratterizzata da una intrinseca dinamicità.

Si richiama da ultimo l'art. 174, paragrafo 3 del trattato che individua una serie di parametri, che non rappresentano un elenco esaustivo, ma che esprimono in modo efficace le principali componenti che devono concorrere alla individuazione dell'interesse ambientale e le basi fondamentali su cui impostare un corretto rapporto tra tutela dell'ambiente e sviluppo economico. La norma afferma che nel disporre le sue politiche in materia ambientale, la comunità tiene conto: dei dati scientifici e tecnici disponibili; delle condizioni dell'ambiente nelle varie regioni; dei vantaggi e degli oneri che possono derivare dall'azione o dall'assenza di azione e dello sviluppo socio economico della comunità nel suo insieme e delle sue singole regioni.

17. *Il principio dell'informazione ambientale* (meglio si dovrebbe dire «l'obbligo di informazione ambientale») nasce dalla consapevolezza della necessità di dare informazioni tempestive, affidabili, complete obiettive e comprensibili a tutti i soggetti pubblici o privati coinvolti nell'azione di tutela. La necessità dell'informazione ambientale può essere ritenuta diretta conseguenza dell'esigenza di fondare l'azione di tutela sui principi dell'azione preventiva e di prevenzione, nonché sul principio del bilanciamento, dal momento che la ponderazione deve avvenire sulla base di una corretta e completa rappresentazione dei dati. È necessaria una particolare cura da parte del legislatore nella definizione puntuale degli aspetti procedurali che emergono nelle diverse situazioni di informazione ambientale. Occorre, da ultimo, considerare l'impossibilità di prescindere nell'attuazione del principio dell'informazione ambientale, da una attenta considerazione degli interessi che costituiscono il fondamento delle disposizioni sui vari tipi di segreto (amministrativo, istruttorio, industriale, commerciale) e che si impongono come altrettanti limiti alla circolazione delle informazioni.



## **Il risarcimento del danno ambientale ex articolo 18 legge 349/1986: caratteri tipici, casistica e risultati ottenuti**

*di Giampaolo Schiesaro*

1. – *Il risarcimento del danno ambientale come strumento finalizzato ad assicurare effettività al principio «chi inquina paga».*

L'introduzione della categoria della responsabilità per «danno ambientale» nel nostro ordinamento (con tutte le peculiarità che la contraddistinguono) è stata operata dal legislatore, con l'art. 18 della legge 349/1986, sulla base di una serie di motivazioni.

Prima tra tutte la necessità di creare uno strumento giuridico che consentisse l'effettività nell'ordinamento italiano di un vero e proprio principio fondamentale di diritto internazionale, quello tradizionalmente noto come «chi inquina paga».

Si tratta di una norma ormai divenuta consuetudinaria in quell'ordinamento (dopo essere stata oggetto di specifica previsione in ambito di convenzioni internazionali) e, in quanto tale, vigente con rango costituzionale anche nell'ordinamento italiano per effetto dell'obbligo di conformazione alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute dettato dal primo comma dell'art. 10 Cost.

La norma – ovviamente – non stabilisce affatto il criterio di «monetizzazione» del degrado ambientale perché non sancisce una generalizzata libertà di inquinare subordinata al pagamento di somme di denaro.

Essa, al contrario, tende a valorizzare le esigenze primarie di conservazione, di salvaguardia e di uso razionale delle risorse naturali la cui scarsità costituisce preoccupazione condivisa a livello di comunità internazionale unitamente alla consapevolezza del carattere non inesauribile delle stesse.

Con l'introduzione di tale principio, pertanto, gli Stati vengono obbligati a prevedere forme di tutela dell'ambiente (inteso nel senso ampio di cui si dirà tra poco) che per un verso introducano limiti al consumo dello stesso e, per altro, garanzie di effettività dei limiti imposti in modo da disincentivare – anche sul piano economico – la spinta ad una fruizione ambientale eccedente la tollerabilità stabilita.

La tematica dello «sviluppo sostenibile», ben nota agli economisti, rappresenta la traduzione (dal punto di vista di chi si occupa delle regole che governano la produzione di beni e servizi) delle esigenze di tutela ambientale che il principio di diritto internazionale impone ormai alla comunità degli Stati.

La scelta operata dal legislatore italiano – dopo un lungo dibattito culturale al quale ha contribuito l'intera giurisprudenza – è stata quella di assegnare all'istituto della responsabilità civile la funzione di garanzia dell'effettività della norma consuetudinaria internazionale, scartando diverse soluzioni tecniche praticate in altri sistemi pur senza rinunciare alla forte caratterizzazione, in termini pubblicistici, della nuova forma di responsabilità civile (per certi versi del tutto atipica) che veniva introdotta nell'ordinamento.

Si consideri, a tale proposito, che non a caso prima dell'entrata in vigore dell'art. 18 della legge 349/1986 era stata la Corte dei conti a darsi maggiormente carico dell'esigenza di assicurare comunque una tutela al principio di diritto internazionale «chi inquina paga», attraverso la ricostruzione del danno all'ambiente in termini di danno pubblico erariale.

L'evoluzione, normativa e giurisprudenziale, che è seguita all'introduzione dell'art. 18 legge 349/1986 se, per un verso, ha definitivamente spostato – in via esclusiva – sul versante della responsabilità civile la tematica del risarcimento del danno ambientale, per altro non ha mai fatto venir meno le connotazioni pubblicistiche di tal genere di risarcimento che derivano non solo dalla condizione giuridica e dalle caratteristiche del bene protetto ma anche dall'obbligo internazionale, gravante sullo Stato, al cui preciso adempimento la norma interna deve essere diretta.

A ciò consegue che nella lettura della norma e della giurisprudenza che ad essa ha dato quello speciale significato di cui si dirà tra poco non può mai prescindersi dal considerare quelle finalità - anche di ordine internazionale - che il legislatore si è prefisso all'atto di compiere le scelte in materia.

## 2. – *L'art. 18 della legge 349/1986 e la nozione giuridica di ambiente.*

Per comprendere correttamente in cosa consista il «danno ambientale» di cui lo Stato ha diritto di essere risarcito occorre prendere le mosse innanzitutto dalla nozione giuridica di ambiente.

Nozione che è molto diversa da quella «naturalistica» cui siamo culturalmente abituati, intesa, cioè, come semplice sommatoria delle risorse naturali.

Il primo comma dell'art. 18 della citata legge 349/1986, infatti, testualmente dispone: «qualunque fatto doloso o colposo in violazione di disposizioni di legge o di provvedimenti adottati in base a legge che comprometta l'ambiente, ad esso arrecando danno, alterandolo, deteriorandolo o distruggendo in tutto o in parte, obbliga l'autore del fatto al risarcimento nei confronti dello Stato».

La norma non definisce l'ambiente e ciò ha costretto la giurisprudenza a farlo.

Per prima è stata la Corte Costituzionale che, con sentenza n. 641 del 30 dicembre 1987, proprio esaminando l'art. 18 della legge n. 349, ha così affermato: «L'ambiente è stato considerato un bene immateriale unitario sebbene a varie componenti, ciascuna delle quali può anche costituire isolatamente e separatamente, oggetto di cura e di tutela: ma tutte, nell'insieme, sono riconducibili ad unità».

Il fatto che l'ambiente, possa essere fruibile in varie forme e differenti modi, così come possa essere oggetto di varie norme che assicurano la tutela dei vari profili in cui si estrinseca, non fa venir meno e non intacca la sua natura e la sua sostanza di bene unitario che l'ordinamento prende in considerazione. L'ambiente è protetto come elemento determinativo della qualità della vita... L'ambiente è, quindi, un bene giuridico in quanto riconosciuto e tutelato da norme. Non è certamente possibile oggetto di una situazione soggettiva di tipo appropriativo: ma, appartenendo alla categoria dei c.d. beni

liberi, è fruibile dalla collettività e dai singoli. Alle varie forme di godimento è accordata una tutela civilistica la quale, peraltro, trova ulteriore supporto nel precetto costituzionale che circoscrive l'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) ed in quello che riconosce il diritto di proprietà, ma con i limiti della utilità e della funzione sociale (art. 42 ).»

La definizione di ambiente operata dalla Corte ha il pregio di riassumere i vari indirizzi interpretativi su cui si era attestata la giurisprudenza sino a quel momento.

Si può dire, poi, che abbia aperto la strada a quella che è la più compiuta definizione normativa delle componenti e dei fattori ambientali tutelati ai sensi dell'art. 18 della legge 349/1986 e che, dunque, ha il pregio di definire con chiarezza ed in modo esplicito l'ambito dei beni e degli interessi suscettibili di tutela in base al citato art. 18.

Si tratta della definizione che si ricava dal combinato disposto dell'art. 5 decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 27 dicembre 1988 (norme tecniche per la redazione degli studi di impatto ambientale ai sensi dell'art. 6 della legge 349/1986) e dell'allegato I al citato decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri che, al punto 2, espressamente individua le componenti ed i fattori ambientali intesi nel loro complesso.

È stata in tal modo codificata quella articolata nozione di «ambiente» in senso lato che la giurisprudenza della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione, della Corte dei Conti e dei giudici di merito avevano costruito secondo una triplice prospettiva:

a) di protezione delle risorse naturali singolarmente considerate in quanto tali, ciascuna con le proprie caratteristiche (acqua, aria, suolo, flora, fauna etc);

b) di garanzia della salubrità di dette risorse, finalizzata alla tutela della qualità della vita dei soggetti che vivono a contatto delle stesse;

c) di difesa e di valorizzazione dell'insieme delle bellezze naturali paesaggistiche e delle cose di interesse storico ed artistico la cui tutela sia riconducibile all'esigenza di salvaguardia dei valori consacrati dall'art. 9 Cost.

### 3. – *La nozione normativa di «danno ambientale».*

La legge 349/1986, inoltre, specificamente definisce il «danno risarcibile» che il bene ambiente (come sopra a sua volta normativamente ricostruito) può subire.

Esso è individuato come una compromissione tipizzata dalla stessa norma di legge (e dunque solo con essa dobbiamo fare i conti e non invece con le tradizionali nozioni di danno *aliunde* importate dall'ordinamento civile), in altri termini come una qualsiasi trasformazione dell'ambiente (come sopra inteso), cagionata da condotta *contra legem*, che abbia provocato almeno una delle seguenti conseguenze:

*il danno* (cioè la perdita definitiva di una qualità posseduta dalla risorsa);

*l'alterazione* (questa è la differenza più significativa rispetto al danno tradizionalmente inteso in quanto, ai fini della configurazione del danno ambientale è sufficiente una qualsiasi modificazione, non necessariamente

peggiorativa né irreversibile, di una caratteristica qualitativa della risorsa, in qualunque stato essa si trovasse prima dell'aggressione: si pensi all'inquinamento termico dell'acqua che può provocare, indipendentemente dal preesistente eventuale suo inquinamento chimico, addirittura dei benefici alla vita ittica e favorire persino lo sviluppo delle dimensioni e del volume dei molluschi senza, per questo, cessare di essere alterazione *contra legem* della qualità che la legge prevede per la risorsa idrica e di essere, in definitiva, fonte di risarcimento del danno ambientale);

*il deterioramento* (inteso come peggioramento qualitativo della risorsa, sia pure non necessariamente irreversibile);

*la distruzione* (cioè la perdita definitiva ed irrimediabile di tutta la componente ambientale interessata dall'aggressione).

Per essere risarcibile il danno deve, ovviamente, derivare da fatti commissivi o omissivi, dolosi o colposi, in violazione della legge o di provvedimenti adottati in base ad essa.

È sufficiente, perciò, che la condotta cagionante il «danno» (nel senso sopra normativamente specificato) sia stata tenuta in contrasto con doveri o derivanti da una qualsiasi norma di legge o anche solo da un provvedimento amministrativo adottato in base alla legge.

Ciò risulta di fondamentale importanza allorché si tratti di considerare l'elemento del «profitto del trasgressore» quale parametro di quantificazione equitativa del danno.

Infatti non sempre si tiene nella dovuta considerazione che, proprio a causa del contenuto della disciplina normativa varata dal legislatore italiano in materia di danno ambientale e, in particolare, a causa della amplissima nozione normativa di ambiente e dell'altrettanto lata concezione normativa del «danno ambientale», il risultato che è stato prodotto rende oggi possibile «sanzionare» civilmente, ai sensi dell'art. 18 della legge 349/1986, ogni condotta illegittima che abbia comportato una qualsiasi forma di consumo delle risorse ambientali come definite dal menzionato combinato disposto dell'art. 5 decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 27 dicembre 1988 e dell'allegato I al citato D.P.C.M.

In altri termini possiamo affermare che se la collettività è disposta a tollerare quell'inevitabile consumo di ambiente che è conseguenza necessitata di qualsiasi attività dell'uomo (e specialmente dell'attività produttiva), i precetti contenuti nell'art. 18 della legge 349/1986 consentono, però, di sanzionare civilmente ogni (illegittimo e dunque socialmente non tollerato) consumo di ambiente che sia conseguenza di attività svolta in contrasto con norme di legge o con provvedimenti adottati in base alla legge.

Il valore economico del danno ambientale, così come preso in considerazione dalla normativa italiana che si è richiamata, risulta allora equivalente al valore economico della ricchezza (o della utilità) che è stata prodotta attraverso quel consumo (illegittimo) di ambiente che il legislatore aveva vietato.

Dal punto di vista giuridico, pertanto, non è indispensabile accertare o dimostrare il concreto, analitico contenuto del «danno» all'ambiente (dimostrando cioè specifiche conseguenze pregiudizievoli quali la perdita di ani-

mali o piante o livelli attuali di contaminazione di aria, acqua, suolo) né pervenire ad una elaborata argomentazione economica per la sua quantificazione, essendo per un verso sufficiente la prova – spesso *in re ipsa* – di un «consumo» di ambiente conseguente all'attività illegittimamente esercitata dal trasgressore e, per altro, potendo l'indicazione del valore della risorsa indebitamente sfruttata essere determinato, con sufficiente precisione, sulla base del valore della stessa attività economica (nel suo complesso) resa possibile proprio da quello (indebito) sfruttamento ambientale.

La stessa Corte Costituzionale, del resto, di fronte alla complessità ed alla ricchezza dei profili in cui si articola l'ambiente, ha sentito il bisogno di chiarire che l'ambiente è un bene unitario, ma al contempo che esso risulta da varie componenti (quali l'uomo, la sua salute, l'aria, l'acqua, il mare, i fiumi, il paesaggio, i beni artistici e storici *etc.*).

In tal modo ha posto le premesse per un' importante distinzione giuridica.

Secondo la Corte, infatti, le forme di godimento delle varie componenti in cui si articola l'ambiente sono in primo luogo suscettibili di una tutela civilistica, la quale può essere azionata, secondo le regole tradizionali della responsabilità civile, dal soggetto, ente pubblico o privato, che risulti titolare dei relativi diritti o funzioni in base a norme eventualmente attributive di situazioni giuridiche specifiche in relazione alla singola componente di volta in volta lesa.

Tra i risarcimenti gli interessati possono richiedere, in detta ordinaria prospettiva risarcitoria fondata essenzialmente sulla violazione dell'art. 2043 c.c., sono compresi:

quelli per i danni derivati al patrimonio privato o pubblico (demanio, patrimonio indisponibile) in conseguenza della compromissione del singolo bene ad esso appartenente;

quelli per i costi sopportati per la riparazione, se possibile, di detti beni;

quelli derivanti dal pregiudizio, sempre di natura patrimoniale, al nome o all'immagine del soggetto (si pensi ai danni patrimoniali derivanti dal pregiudizio all'immagine turistica di una località per effetto di un disastro ambientale).

Ciò, tuttavia, non riguarda ancora quella tutela dell'ambiente nella sua dimensione complessiva di cui parla la Corte Costituzionale con riferimento all'art. 18 della legge 349/1986.

La tutela ordinaria civile, infatti, non va confusa con quella speciale esigenza di assicurare una tutela diversa da quella ordinaria all'ambiente, invece, considerato nella sua globalità (come bene unitario appartenente in modo indifferenziato all'intera collettività nazionale), indipendentemente, dunque, dalla esistenza in capo a questo o a quel soggetto di una situazione giuridica legittimante l'azione risarcitoria in relazione al singolo bene ed al singolo aspetto di pregiudizio patrimoniale subito con riferimento ad esso.

Proprio a tal fine è stata dettata dal legislatore (e in tali termini la norma è stata interpretata dalla Corte Costituzionale) la speciale azione di

risarcimento del danno ambientale riservata allo Stato (e con una straordinaria estensione della legittimazione processuale ad agire anche agli enti territoriali) dall'art. 18 della legge n. 349/1986.

*4. – I caratteri differenziali della tutela ex art. 18 legge 349/1986 rispetto agli ordinari canoni della responsabilità civile. In generale.*

Con la distinzione innanzi esposta, la Corte Costituzionale per prima ha dunque evidenziato le peculiarità di una del tutto speciale categoria di danno risarcibile, quella di cui all'art. 18 sopra indicato, sottolineando le ragioni di sistema che hanno portato il legislatore a differenziarne la tutela rispetto alla ordinaria disciplina risarcitoria dettata dalle norme generali del codice civile ed in particolare dagli artt. 2043 e seguenti.

Si tratta di due tecniche di tutela diverse in quanto quella ex art. 18 della legge 349/1986 contiene una serie di disposizioni particolari (aventi dunque carattere di specialità) che si distinguono notevolmente dalla disciplina del codice civile.

La distinzione tra tutela ambientale e tutela civilistica ordinaria è stata anche riconosciuta dalla Corte di Cassazione, che nella sentenza della Sez. I civile n. 9211 del 1° settembre 1995 ha così affermato: «Con riguardo ad azione di risarcimento del danno ambientale, promossa da un comune a norma dell'art. 18 legge 349 del 1986 (nella specie, nei confronti di imprese che si assumono responsabili di produzione, circolazione e sversamento di rifiuti speciali industriali senza l'adozione di idonee cautele), nella prova dell'indicato danno bisogna distinguere tra danno ai singoli beni di proprietà pubblica o privata, o a posizioni soggettive individuali, che trovano tutela nelle regole ordinarie, e danno all'ambiente considerato in senso unitario, in cui il profilo sanzionatorio, nei confronti del fatto lesivo del bene ambientale, comporta un accertamento che non è quello del mero pregiudizio patrimoniale, bensì della compromissione dell'ambiente, vale a dire della lesione in sé del bene ambientale...».

Nello stesso senso il Supremo Collegio si era espresso con sentenza sez. I n. 4362 del 9 aprile 1992 la quale aveva ancor più esplicitamente chiarito la differenza concettuale del danno ambientale contemplato dall'art. 18 della legge 349/1986 con la tradizionale nozione di danno risarcibile di cui all'art. 2043 c.c.

In tal caso, infatti, la Corte aveva precisato: «L'ambiente in senso giuridico costituisce un insieme che, pur comprendente beni o valori – quali la flora, la fauna il suolo, le acque ecc. – si distingue ontologicamente da questi e si identifica in una realtà priva di consistenza materiale ma espressiva di un autonomo valore collettivo costituente, come tale, specifico oggetto di tutela da parte dell'ordinamento con la legge 8 luglio 1986, n. 349, rispetto ad illeciti la cui idoneità lesiva va valutata con specifico riguardo a siffatto valore ed indipendentemente dalla particolare incidenza verificatasi su una o più delle dette singole componenti ...».

Più di recente il concetto è stato nuovamente ribadito da Cass. Sez. III, sent. n. 1087 del 3 febbraio 1998, in cui si è così specificato: «Poiché dall'estrazione di materiale da una cava può derivare sia un danno prettamente

patrimoniale ai singoli beni, pubblici o privati, sia una danno all'ambiente, bene di natura pubblicistica, unitario e immateriale, il risarcimento dell'uno o dell'altro, benché entrambi rientranti nella tutela aquiliana (art. 2043 c.c.), costituiscono domande diverse».

Sulla base di tale importantissima premessa la Corte prosegue traendo l'inevitabile conseguenza: il danno ambientale va quantificato non già con riferimento alla diminuzione del patrimonio del soggetto titolare del diritto al risarcimento, cagionata dalla condotta aggressiva del bene e calcolata sulla base della differenza contabile tra saldo attivo e saldo passivo prima e dopo l'evento lesivo, quanto, piuttosto, con riferimento alla idoneità di tale evento «alla stregua di una valutazione sociale tipica, a determinare, in concreto, una diminuzione dei valori e delle utilità economiche di cui il danneggiato può disporre, svincolata da una concezione aritmetico contabile» (cfr. sentenza 4362/1992 *cit.*).

Le peculiarità del danno ambientale *ex art. 18 legge 349/1986* sono state individuate sotto molteplici profili dal Supremo Collegio e dalla loro conoscenza non si può, ovviamente, prescindere ove si voglia cimentarsi nel difficile compito di individuare linee guida per la quantificazione del danno ambientale non solo coerenti con il sistema normativo italiano ma, soprattutto, utilizzabili in prospettiva di agevolare l'esercizio dell'azione risarcitoria avanti agli organi della giustizia ordinaria.

Sarà sufficiente, pertanto, richiamare – sia pur sommariamente – di seguito le principali caratteristiche che contraddistinguono tale speciale forma di responsabilità civile, sempre attenendoci rigorosamente soltanto alla giurisprudenza della Suprema Corte.

*4.1. – In particolare: il profilo sanzionatorio del risarcimento del danno ambientale.*

Il danno in questione presenta, a differenza dal tradizionale torto aquiliano, anche un inconfondibile profilo sanzionatorio che si aggiunge a quello meramente risarcitorio tipico del primo.

Vanno, in proposito, ricordate le importanti affermazioni operate sul punto da Cass., sent. 9211 del 1° settembre 1995 *cit.* in cui si legge «Nella disciplina del danno ambientale, infatti, considerato in senso unitario, l'ordinamento ha voluto tener conto non solo del profilo risarcitorio ma anche di quello sanzionatorio, che pone in primo piano non solo e non tanto le conseguenze patrimoniali del danno arrecato (i cd. danni conseguenza) ma anche e soprattutto la stessa produzione dell'evento, e cioè l'alterazione, il deterioramento, la distruzione in tutto o in parte dell'ambiente, e cioè la lesione in sé del bene ambientale». La Suprema Corte ha poi individuato gli aspetti più caratteristici della componente sanzionatoria del danno *ex art. 18 legge 349/1986* osservando: «Nel comma 6 si prevede, ove non sia possibile una precisa quantificazione del danno, una determinazione in via equitativa, rapportata non al solito criterio della differenza ma parametrato a criteri del tutto inusitati per il vecchio modello del danno risarcibile nella responsabilità civile, in quanto il bene ambiente è fuori commercio e come tale insuscettibile di una valutazione venale secondo i prezzi di mercato, dovendo essere

considerato nel suo valore d'uso. Il giudice, infatti, deve tener comunque conto: *a)* della gravità della colpa individuale, *b)* del costo necessario per il ripristino dell'ambiente, *c)* del profitto conseguito dal trasgressore in conseguenza del suo comportamento lesivo dei beni ambientali. Balza evidente – sottolinea la Corte – come sotto il riflettore dell'indagine giudiziaria non si trovi la situazione patrimoniale dello Stato o degli altri enti legittimati, come conseguenza del danno ambientale subito, bensì elementi chiaramente sanzionatori, a livello di pene civili, la gravità della colpa del trasgressore, il profitto conseguito dallo stesso ed il costo necessario al ripristino, al posto del pregiudizio patrimoniale subito».

Val la pena solo di aggiungere a tanta chiarezza interpretativa che non a caso tutti i parametri imposti per la valutazione equitativa del danno *ex art.* 18 legge 349/1986 costituiscono tipici strumenti di giudizio normalmente utilizzati dal giudice penale per le valutazioni di sua esclusiva competenza.

Invero il giudizio sulla gravità della colpa (intesa come intensità dell'elemento soggettivo della violazione) contraddistingue la valutazione che deve necessariamente essere compiuta, ai sensi dell'art. 133, primo comma n. 3 c.p. per graduare la sanzione penale applicabile al singolo imputato.

La valutazione del profitto conseguito del trasgressore, poi, è riconducibile al tipo di valutazione da compiersi ai sensi dell'art. 240 c.p. in ordine all'applicazione della misura di sicurezza della confisca, misura che, come è noto, è in grado di colpire la cosa a condizione che la stessa non appartenga ad un soggetto diverso da colui che abbia commesso il reato ed esterno allo stesso crimine (cfr. art. 240 cpv. n. 2 c.p.).

Di qui, tra l'altro, un argomento a favore della identificazione del profitto preso in considerazione dall'art. 18 legge 349/1986 come profitto derivante dalla trasgressione sulla base delle concrete modalità di consumazione dell'illecito.

E se l'illecito è stato consumato – come frequentemente accade – nell'esercizio di un'attività di impresa costituita in forma societaria ad opera di dipendenti e/o di legali rappresentanti/dirigenti della stessa, è evidente che il profitto da considerare non potrà che essere quello conseguito, per effetto della condotta individuale, dalla persona giuridica rappresentata dall'agente, in considerazione del rapporto di garanzia solidale *ex art.* 2049 c.c. che vincola la società con il suo dipendente/rappresentante in relazione all'obbligo di risarcire il danno ambientale cagionato dalla condotta di quest'ultimo.

Anche perché – si badi – quello cui fa riferimento l'art. 18 della legge 349/1986 è qualcosa di più del semplice «profitto» preso in considerazione dall'art. 240 c.p.

Mentre la norma penale ha per oggetto la cosa costituente «profitto» del reato (al fine dell'applicazione della misura di sicurezza della confisca nei confronti del reo), la norma sul danno ambientale si riferisce, più generalmente, «al profitto conseguito dal trasgressore in conseguenza del suo comportamento lesivo dei beni ambientali».

Trasgressore è colui che viola la norma il cui rispetto avrebbe reso legittimo il consumo di ambiente. Con la sua condotta, tenuta in violazione della



legge o del provvedimento adottato in base alla legge, egli opera una modificazione/alterazione dell'ambiente illegittima, come tale fonte di danno risarcibile *ex art.* 18 della legge 349/1986.

Ben può essere, dunque, che per la valutazione del «profitto» conseguito dal trasgressore il Giudice tenga in considerazione il vantaggio patrimoniale ricavato da un soggetto giuridicamente distinto da quello imputato nel procedimento penale, un soggetto, comunque, cui sia economicamente riferibile l'utilità conseguita per effetto della condotta criminosa dell'imputato. Del resto è il consumo illegittimo di ambiente che costituisce il danno da reato, ed esso è ben distinto dalla lesione dell'interesse giuridico protetto dalla norma incriminatrice e talvolta persino dallo stesso elemento materiale del reato contestato all'imputato.

Diversamente argomentando in casi del genere si giungerebbe al paradossale ed irragionevolmente discriminatorio risultato (con conseguente incostituzionalità della norma per violazione dell'art. 3 Cost.) di negare il profitto del trasgressore in situazioni nelle quali il danno ambientale fosse derivato da comportamenti individuali di dipendenti della società i quali avessero agito nel rispetto ed in attuazione di precise scelte aziendali senza, ovviamente, trarre alcuna utilità personale da tal genere di condotta (utilità, invece, ovviamente conseguita dalla società nel cui interesse è stata tenuta la condotta criminosa lesiva dell'ambiente).

Il principio, del resto, ha già trovato esplicita affermazione nella giurisprudenza del Supremo Collegio in materia di confisca.

Si richiama, a titolo esemplificativo tra tutte, la seguente massima: «In tema di gestione di rifiuti, legittimamente il giudice dispone la confisca dei mezzi utilizzati per il trasporto illecito di rifiuti anche se appartenenti a società di cui all'epoca dei fatti l'imputato era legale rappresentante, non rilevando in tale ipotesi la pretesa appartenenza a persona estranea al reato del bene, atteso che ove una attività illecita venga posta in essere da un soggetto collettivo attraverso i suoi organi rappresentativi mentre a costoro farà capo la responsabilità penale per i singoli atti delittuosi ogni altra conseguenza patrimoniale non può non ricadere sull'ente esponenziale in nome e per conto del quale la persona fisica abbia agito, con esclusione della sola ipotesi di rottura del rapporto organico per aver il soggetto agito di propria esclusiva iniziativa». (così Cass., sez. III, sent. n. 17349 del 28 aprile 2001).

Infine anche la valutazione dell'ammontare del costo di ripristino è riconducibile al giudizio sulla gravità del danno pur sempre richiesto dall'art. 133, primo comma n. 2 c.p. per la graduazione della sanzione penale.

Si avrà modo, poi, di evidenziare come anche la quota di «responsabilità individuale» che è prevista, in deroga alla solidarietà, quale criterio di ripartizione della responsabilità per danno ambientale in caso di concorso di persone nell'illecito, dal VII comma dell'art. 18 legge 349/1986 non può che essere apprezzata dal giudice penale sulla scorta dei criteri di cui all'art. 133, primo comma n. 1) c.p., attraverso la valutazione dell'azione individuale in tutte quelle sue componenti (natura, specie, mezzi, oggetto, tempo, luogo ed ogni sua altra modalità) che sono primariamente valutate ai fini della determinazione della pena.

In base a dette considerazioni, pertanto, si può concludere nel senso di ritenere che il giudice penale non possa sottrarsi all'applicazione sanzionatoria dei criteri equitativi di quantificazione del danno di cui all'art. 18 legge 349/1986, ovviamente se richiestagli dalla parte civile, dal momento che essa costituisce non solo un'espressione della medesima potestà sanzionatoria che contraddistingue il giudizio penale (anche se con valenza di mera sanzione civile accessoria alla sanzione penale) ma anche perché – in detta materia – la mancanza di prova in ordine alla quantificazione del danno, che normalmente costituisce, per espressa disposizione dell'art. 539 c.p.p., il presupposto e la condizione per la sola condanna generica con rinvio al giudice civile per la sua liquidazione, assume una ben diversa valenza, diventando presupposto per una necessaria e non differibile valutazione equitativa da parte dello stesso giudice che pronuncia in ordine alla responsabilità penale dell'imputato, valutazione da compiersi sulla base degli stessi criteri e parametri utilizzati per l'applicazione della pena e della misura di sicurezza patrimoniale (e sempre che – come nella fattispecie – siano stati forniti al giudice elementi per la stima del costo di ripristino dei beni ambientali compromessi e del profitto del trasgressore, giusta quanto espressamente ritenuto in motivazione da Cass. Sez. III, 10 novembre 1993, di cui si dirà *infra*).

La soluzione proposta, d'altro canto, appare coerente con il sistema, se si considera che persino nel processo civile è onere del giudice procedere comunque alla valutazione equitativa del danno quando l'attore non abbia provato il suo ammontare e, ciò nonostante, abbia comunque chiesto la sua liquidazione. Un recentissimo pronunciamento del Supremo Collegio (si tratta di Sez. III civile, sent. n. 5687 del 18 aprile 2001) ha, infatti, testualmente stabilito il seguente principio: «Mentre è onere della parte che chiede il risarcimento del danno di dimostrarne la consistenza, spetta invece al giudice del merito il compito di liquidarne l'equivalente pecuniario ricorrendo, se del caso all'ausilio di un consulente tecnico oppure, qualora la determinazione del preciso ammontare non sia oggettivamente possibile o appaia molto difficile, il compito di provvedere ad una liquidazione di carattere equitativo, ai sensi dell'art. 1226 c.c.».

Né si potrebbe dubitare della costituzionalità dell'art. 18 della legge 349/1986 con riferimento ad una pretesa violazione dell'art. 3 Cost. non risultando irragionevole la descritta disciplina normativa del danno ambientale (per essere al tempo stesso caratterizzata sia da aspetti tradizionalmente risarcitori e riparatori che da elementi più propriamente sanzionatori), dal momento che la componente sanzionatoria del «risarcimento» previsto dall'art. 18 della legge 349/1986 (dimensionata equitativamente, tra l'altro, sul profitto conseguito dal trasgressore e sul costo di ripristino) va a colpire qualsiasi fatto produttivo del danno ambientale, essendo stata prevista dal legislatore per poter consentire comunque la liquidazione del danno ricevuta dall'ambiente proprio per la parte, comunque ricorrente in ogni situazione, in cui sia impossibile una sua precisa quantificazione i termini economici.

Tale eventualità, a ben vedere, è ricorrente in ogni forma di danno ambientale, dal momento che qualsiasi tipo di aggressione all'ambiente ed

alle sue risorse naturali comporta sempre, per definizione, anche un consumo illecito di ambiente non economicamente quantificabile (se non attraverso il ricorso ai criteri equitativi).

Si pensi, per averne una prova, al caso frequente in cui vengano incendiati alberi di una foresta demaniale.

In tale ipotesi, il costo delle piante – appartenenti al demanio – sarebbe, in quanto tale, elemento costitutivo del danno patrimoniale riportato dallo Stato (e, in quanto tale, soggetto ai tradizionali criteri risarcitori di cui all'art. 2043 c.c.: cfr. la citata sentenza Cass., Sez. III, n. 1087 del 3 febbraio 1998, la quale ha qualificato come diverse le domande di risarcimento del danno ambientale e del danno patrimoniale pur se dipendenti dal medesimo fatto illecito).

Tale costo, tuttavia, ben può essere utilizzato dal giudice (in quanto costo di ripristino ambientale) per consentire il risarcimento di un altro danno, quello più propriamente ambientale ai sensi dell'art. 18 della legge 349/1986, di quel danno – cioè – che l'intero eco-sistema montano (inteso come insieme di flora, fauna, componente umana, aspetto paesaggistico) ha patito per la perdita improvvisa di tali alberi.

Essendo, infatti, impossibile dare un valore:

alla minor quantità di ossigeno prodotto e di anidride carbonica filtrata conseguente alla diminuzione della funzione clorofilliana provocata dalla eliminazione di alberi in precedenza esistenti;

alla minore protezione ed alla diminuite condizioni di vivibilità sia per la flora che per la fauna che su di essi viveva e che da essi traeva sostentamento;

alla diminuita salubrità dell'aria per le popolazioni interessate;

alla diminuita valenza paesaggistica dell'area oggetto dell'incendio;

è solo facendo ricorso ai criteri equitativi previsti dall'art. 18 della citata legge 349/1986 che si rende possibile una qualche forma di «ristoro collettivo» per la perdita del bene ambientale, ovviamente ed inevitabilmente caratterizzato – in tale frangente – da una forte (ma non discriminante in quanto comune ad ogni tipo di illecito ambientale) componente sanzionatoria.

Componente, peraltro, che non è di per sé ostativa all'applicazione della norma anche a condotte tenute prima della sua entrata in vigore, come in più occasioni ritenuto dal Supremo Collegio (cfr. Cass. 19 giugno 1996 in *Riv. Giuridica dell'ambiente* 1997, 679 nonché Cass. 3 febbraio 1998, n. 1087 in *Foro It.* 1998, I, 1143, principio di recente ribadito ancora una volta da Cass. Sez. III, sent. n. 1783 del 7 giugno 2000 con cui si è affermata la retroattività delle norme tecniche ed amministrative in tema di bonifiche dei siti inquinati).

Del resto il Supremo Collegio ha più volte avuto modo di chiarire le finalità del «risarcimento» del danno *ex art.* 18 legge 349/1986.

Ed è proprio in tal senso che la giurisprudenza ha affermato, tra le sue peculiarità, anche le diverse regole in materia di prova, sino ad affermare

l'esistenza, per l'attore, di un vero e proprio onere probatorio attenuato (specie quando si tratti di danno ambientale da reato, in cui la condotta dannosa è spesso tipizzata dalla stessa norma incriminatrice).

#### 4.2. – *Danno ambientale da reato e caratteri dell'onere probatorio.*

L'attenuazione dell'onere probatorio, quando si tratti di procedere al ristoro del danno ambientale ai sensi dell'art. 18 della citata legge 349/1986, è stata costantemente affermata, soprattutto dalla giurisprudenza delle sezioni penali del Supremo Collegio. Si tratta di giurisprudenza sviluppatasi sul ben comprensibile presupposto che la violazione di speciali norme di protezione ambientale, penalmente sanzionate, comporta *ex se* una lesione dell'interesse protetto dall'art. 18 della legge 349/1986, dal momento che in tali casi è la stessa norma giuridica a qualificare come illecita la condotta di alterazione ambientale (ed il conseguente danno da alterazione *ex art. 18*) che in essa è descritta.

Il caso più evidente (ma ovviamente non unico) è proprio quello che si verifica – come nella fattispecie – in presenza di fasi non autorizzate di smaltimento di rifiuti.

Infatti sin con sentenza sotto riportata in massima la Corte ha ben evidenziato una situazione in cui il danno ambientale deve ritenersi sussistente *in re ipsa*, senza che, al riguardo, sia necessaria una specifica attività di prova sulle conseguenze negative per le risorse naturali derivanti dall'esercizio dell'attività non autorizzata.

Si confronti, in tal senso, quanto affermato da Sez. III, sent. n. 4261 del 15 aprile 1991 (Rigetia, App. Bologna, 11 aprile 1990), secondo cui: «Il reato di stoccaggio provvisorio di rifiuti tossici e nocivi senza autorizzazione regionale non costituisce reato solo omissivo formale, perché l'autorizzazione costituisce elemento costitutivo indispensabile per un'attività che non rientra in alcuna facoltà giuridica propria. L'autorizzazione regionale costituisce qualcosa di molto diverso da una formalità burocratica, perché lo stoccaggio provvisorio non solo richiede l'autorizzazione, ma l'osservanza di specifiche prescrizioni (adeguate al tipo di rifiuti, al luogo, alle quantità, *etc.*), tanto che il legislatore configura come reato perfino l'inosservanza delle prescrizioni dell'autorizzazione. È noto, peraltro, che i rifiuti pericolosi a contatto con il suolo (senza adeguate impermeabilizzazioni), con l'aria e con eventuali piogge o neve, interagiscono con le componenti ambientali per il solo fatto di essere accumulati in un luogo senza precauzioni, sicché il danno ambientale è *in re ipsa*.»

È da rilevare che nel caso descritto il danno ambientale è ricondotto dalla legge alla violazione di un elemento meramente formale quale la mancanza di autorizzazione per l'esercizio di una fase di smaltimento di rifiuti (lo stoccaggio provvisorio) senza che venisse in alcun modo in rilievo la dimostrazione di un concreta compromissione della qualità delle risorse naturali venute a contatto con i rifiuti illegittimamente stoccati, dal momento che la circostanza è stata ritenuta sussistere «*in re ipsa*», secondo quanto normalmente avviene in caso di discariche eseguite in violazione delle norme che disciplinano il corretto stoccaggio del rifiuto.

In altri termini per il Supremo Collegio il consumo/alterazione delle risorse naturali che necessariamente consegue ad una fase di smaltimento di rifiuti non autorizzata (e di cui, dunque, non è stata previamente valutata la conformità alle norme di buona tecnica previste per tal genere di attività pericolosa) è illegittimo ed è fonte del diritto al risarcimento del danno ambientale, indipendentemente dalla modalità con cui in concreto lo smaltimento è stato realizzato e dalla conseguente dimostrazione di una effettiva compromissione di questa o di quella componente naturale (aria, acqua, suolo, sottosuolo) interessata dalla presenza abusiva dei rifiuti.

Analoga attenuazione dell'onere probatorio, svincolata cioè dalla necessità di una specifica dimostrazione degli effetti negativi provocati sulla risorsa naturale dalla condotta illecita del trasgressore, è stata affermata dalla ormai famosa (per le affermazioni che ivi si leggono sia in ordine al divieto di diluizione sia in relazione ai criteri di individuazione della responsabilità penale all'interno di imprese aventi carattere societario) Cass. Sez. III penale, sentenza del 10 settembre 1993.

In essa la Corte ha testualmente precisato (si trattava di inquinamento provocato dallo scarico proveniente da un insediamento di M. S.p.a.): «... osserva la Corte che il mero sversamento di reflui stabbellati (peraltro talora con elementi – mercurio ecc. – di elevata tossicità) importa come conseguenza indefettibile, *ex se* un danno afferente l'ambiente il cui equilibrio viene ad essere turbato dal mancato rispetto delle prescrizioni normative tendenti alla compatibilità delle esigenze industriali con le contrapposte ambientali, avente per oggetto la qualità della vita. Invero ambiente è lo spazio di esercizio dei diritti e doveri di solidarietà politico-economica, sociale, quindi di riferimento della cultura di una collettività ivi operante; ma è anche l'insieme degli aspetti naturali e storici del paese, salubrità dello spazio che assicura il benessere psicofisico ai consociati ...» E ancora: «Il danno è insito nell'immissione di composti chimici influenti negativamente sulla funzione dei singoli beni, sulla qualità e salubrità della vita e non può ritenersene la insussistenza per l'obiettivo difficoltà di dimostrarne l'entità. Entità che potrà essere determinata anche equitativamente, dopo l'esame di tutti i parametri relativi».

La sentenza citata ha, dunque, un vero valore paradigmatico: il danno deriva dall'immissione nell'ambiente di acqua di scarico (ma anche, come nella fattispecie, di gas tossici sprigionatisi dal semplice contatto dei rifiuti con acqua od umidità) avente parametri diversi da quelli normativamente consentiti, senza che sia necessaria – a tal fine – una dimostrazione di quali siano stati gli effetti in concreto provocati nel recettore da tale immissione.

Stante l'obiettivo difficoltà della sua quantificazione (non avendo l'acqua del recettore un valore di mercato) tale danno – certo nell'*an* – potrà essere risarcito sulla base di una valutazione equitativa, una volta che siano apprezzati dal giudice quegli speciali parametri previsti dall'art. 18 della legge 349/1986 per la quantificazione equitativa del danno ambientale.

Tale principio, del resto, era già stato, in precedenza, affermato da Cass. Sez. III, 26 maggio 1994, in cui espressamente si era ritenuto che non fosse necessario, per il titolare del diritto al risarcimento del danno ambientale,

dare la prova dell'«*an debeatur*», bastando che il fatto illecito accertato fosse potenzialmente idoneo a produrre danno (si trattava di violazione dell'art. 21 della legge Merli per sversamento nelle acque del torrente Bormida di reflui di lavorazioni industriali *contenenti semplicemente valori di PH superiori al consentito!*).

Sotto altro profilo la Corte, in precedenza, aveva del resto avuto modo di affermare che il danno ambientale in materia di inquinamento idrico, per come era disciplinato dall'art. 18 della legge 349/1986, non sempre consentiva una prova completa e minuziosa.

Infatti, con sentenza della Sez. III, n. 10900 del 31 luglio 1990, aveva testualmente ritenuto: «In riferimento alla tutela delle acque dall'inquinamento l'art. 18 della legge 8 luglio 1986, n. 349, è diretto a preservare oltre al patrimonio visibile, materiale o immateriale, l'interesse della collettività alla difesa istituzionale del diritto all'ambiente, inteso come diritto fondamentale dell'uomo.

Ne deriva che una prova completa e minuziosa del danno può anche essere obiettivamente impossibile, perché alcuni effetti si evidenziano solo col trascorrere del tempo (es. infiltrazioni nelle falde acquifere).

In tal caso è possibile soltanto la liquidazione equitativa del danno medesimo».

Si consideri, infine, che il fatto che non tutte le alterazioni ambientali abbiano carattere irreversibile non è ostativo alla configurazione del danno ambientale risarcibile.

Se esso, invero, deriva anche solo dalla semplice alterazione illecita delle caratteristiche qualitative della risorsa naturale di volta in volta presa in considerazione, ciò significa che esso si produce con una qualsiasi loro modificazione, sufficiente, anche se temporanea e reversibile, a determinare comunque la lesione del bene giuridico protetto e a fondare l'obbligo risarcitorio.

Del resto tale principio è stato affermato espressamente dalla Suprema Corte allorquando ha statuito che anche da una sola modificazione temporanea dello stato dei luoghi «... deriva un pregiudizio qualificabile come danno ambientale» (cfr. Cass. Sez. III, sent. n. 13716 del 1° dicembre 1999).

*4.3. – Il problema della responsabilità individuale nel caso di concorso (comma VII art. 18 legge 349/1986).*

Il comma VII della norma in esame può porre un problema interpretativo allorquando il Giudice penale sia chiamato ad accordare il risarcimento per danno ambientale derivante da reato nel quale abbiano concorso più persone.

In questo caso, infatti, la difficoltà deriverebbe dall'apparente conflitto tra la disposizione in esame e le norme generali vigenti in materia di responsabilità per danno da reato.

Stante, infatti, il carattere unitario del reato è impossibile scindere, nel giudizio penale di responsabilità, la quota individuale di attribuibilità dell'illecito a ciascuno dei coimputati.

Una volta raggiunta la prova del concorso, la responsabilità penale grava su ogni concorrente per l'intera violazione, quale che sia stata la sua condotta e quale sia stato il suo contributo causale al verificarsi del fatto tipico.

Uguualmente – anche fuori dall'ipotesi di concorso persone – ove il reato sia configurato come risultato di un concorso di cause, per il principio di equivalenza causale di cui all'art. 41 c.p. il risultato non cambierebbe: ciascun soggetto cui sia attribuibile una qualche causalità concorrente in relazione al fatto reato risponderebbe per intero della causazione dello stesso nei limiti previsti dall'art. 41, indipendentemente da qualsiasi considerazione in ordine alla rilevanza maggiore o minore del singolo apporto causale.

Deve, allora, concludersi che il danno ambientale non possa mai essere risarcito se derivi da reato, a causa della speciale disposizione contenuta nel comma VII dell'art. 18 legge 349/1986?

Anche se questo sembrerebbe essere il risultato cui vorrebbero pervenire i fautori della cancellazione del danno ambientale dal nostro ordinamento, è evidente che vi sono una serie di argomenti per escludere tale irragionevole assunto e per dimostrare, alla fine, l'insussistenza di qualsiasi incompatibilità della norma sul danno ambientale con i principi dettati in materia di responsabilità penale.

Si deve, al riguardo, considerare che i richiamati principi in materia di concorso di persone e di concorso di cause non comportano affatto una assoluta ed indifferenziata ripartizione della responsabilità penale tra i soggetti condannati per lo stesso reato.

Infatti il giudice penale, utilizzando l'articolata valutazione degli elementi previsti dall'art. 133 c.p., è sempre in grado di differenziare la responsabilità penale in ragione delle singole posizioni individuali dei colpevoli.

In particolare, proprio attraverso la valutazione dei fattori indicati *sub* art. 133, n. 1) cp. (natura, specie, mezzi, oggetto, tempo, luogo ed ogni altra modalità) egli formula – tutte le volte ed in via assolutamente ordinaria – un giudizio sulla singola condotta del condannato, giudicando, quindi, di tutto ciò che consente di personalizzare il trattamento sanzionatorio e di adeguarlo, caso per caso, al concreto disvalore della condotta accertata.

Analoga valutazione egli compie con riferimento agli altri elementi sia di ordine oggettivo (la gravità del danno o del pericolo cagionato) che di ordine soggettivo (intensità del dolo e grado della colpa).

Dunque anche (ma dovremmo dire più correttamente soprattutto) nel diritto penale esiste un indicatore della «responsabilità individuale» del reo: si tratta della pena che è determinata dal giudice caso per caso, sulla base di quella articolata valutazione di tutti gli elementi oggettivi e soggettivi previsti dall'art. 133. c.p.

È allora comprensibile il motivo per cui la norma sul danno ambientale ha affermato il principio del limite della responsabilità individuale in caso di concorso di persone: trattandosi di norma dall'evidente e riconosciuto carattere sanzionatorio, la sua applicazione non potrebbe avvenire secondo i principi civilistici della solidarietà passiva, essendo invece indispensabile che

la responsabilità per il danno ambientale venga graduata dal giudice penale – allo stesso modo con cui egli gradua la pena – sulla base dei parametri dettati dalla legge al fine di differenziare il trattamento sanzionatorio per ciascuna posizione.

Nulla di nuovo, pertanto, ma un'altra – l'ennesima – conferma del carattere atipico di una responsabilità solo formalmente riparatoria ma in realtà sostanzialmente (anche) sanzionatoria.

Se, pertanto, la previsione contenuta al VII comma dell'art. 18 è coerente con la natura sanzionatoria della responsabilità per danno ambientale e non è affatto incompatibile con i principi generali in materia di illecito penale, si dovrà convenire sul fatto che solo al Giudice compete la quantificazione della quota di responsabilità individuale di ciascun imputato ai fini della sua condanna ai sensi dell'art. 18 legge 349/1986, non potendo certo tale operazione dipendere da una qualsiasi richiesta della parte civile legittimata a chiedere il risarcimento del danno ambientale.

Si tratta, in sostanza, di una pronuncia che il giudice compie d'ufficio, una volta che ha valutato tutti gli stessi elementi di cui è in possesso per la differenziazione della sanzione penale.

Si vuole, in altri termini, sostenere che i limiti della propria «responsabilità individuale» di cui parla l'art. 18 della legge 349/1986 altro non sono che la proiezione – sul piano dell'applicazione della sanzione civile prevista da detta norma – degli stessi elementi in base ai quali il giudice determina, in concreto, i limiti della responsabilità penale individuale per il fatto contestato all'imputato, rapportando ad essi la pena da infliggere singolarmente.

Del resto, anche sul piano del calcolo matematico, non è particolarmente complesso convertire la sanzione penale in «quota percentuale» di responsabilità per il fatto.

Sommata la pena da infliggersi in concreto agli imputati ritenuti responsabili del reato da cui ha origine il danno ambientale (e fatta la stessa pari a 100) è facile calcolare la quota di percentuale di pena comminata a ciascuno di essi, rapportata al totale della pena inflitta.

Si tratta di un calcolo sviluppato sulla pena finale, senza tener conto dei molteplici passaggi intermedi (in punto di aumenti o diminuzioni per effetto di aggravanti/attenuanti e della continuazione), che potrebbero – invece – consentire anche valutazioni differenziate e molto più puntuali rispetto a quelle ipotizzate in via generale secondo l'esempio, in piena aderenza, del resto, all'orientamento interpretativo secondo cui gli elementi indicati dall'art. 133 c.p. costituiscono soltanto una guida al corretto esercizio del potere discrezionale, per cui il giudice ha facoltà di attribuire valore prevalente a taluno di essi mentre non è tenuto ad esaminarli tutti dettagliatamente (così Cass, sez. I, 13 gennaio 1984 in *G. It.* 1985, II, 440).

Tuttavia il modello sopra proposto ha per scopo unicamente quello di dimostrare la possibilità tecnica per il Giudice di individuare un preciso rapporto tra la responsabilità penale individuale per il fatto reato e la responsabilità individuale di ciascun imputato *ex art.* 18 legge 349/1986 per il risarcimento del danno ambientale da esso derivante.



Un rapporto, dunque, che ben potrebbe giustificare l'*iter* logico del Giudice nel percorso diretto all'individuazione, in concreto, del limite di responsabilità individuale del singolo imputato in relazione al fatto-reato generatore del danno ambientale di cui è chiesto al medesimo il risarcimento.

Una volta definito, pertanto, in via equitativa l'ammontare complessivo del danno ambientale derivante dal singolo reato, è possibile individuare – sulla scorta degli elementi proposti e facendo applicazione dei principi giuridici sopra richiamati – anche attraverso un rapporto con la pena di volta in volta inflitta, il limite percentuale della responsabilità individuale per quel danno ambientale attribuita in concreto ad ogni singolo imputato, così da ripartire la responsabilità per il danno ambientale derivante da reato tra tutti i concorrenti secondo modalità rispettose del criterio dettato dal VII comma dell'art. 18 legge 349/1986.

#### *4.4 – La speciale titolarità del diritto al risarcimento pecuniario del danno ambientale ex art. 18 legge 349/1986.*

Per quanto concerne la titolarità del diritto al risarcimento del danno ambientale (in senso stretto, e dunque per la parte relativa alla condanna al pagamento di una somma di denaro), come sopra individuato, è da dire che la giurisprudenza, pur con qualche incertezza dovuta all'attribuzione della legittimazione ad agire anche agli enti territoriali, ha finito per sancire che la stessa spetta allo Stato, in conformità, del resto, al chiaro tenore del primo comma dell'art. 18 legge 349/1986 che individua soltanto nello Stato il soggetto titolare del diritto al risarcimento.

La stessa sentenza della Corte Costituzionale n. 641/1987 già menzionata è abbastanza chiara sul punto della titolarità del diritto al risarcimento, dal momento che individua la ragione della legittimazione ad agire dello Stato e degli Enti territoriali non tanto nel fatto che gli stessi abbiano sostenuto delle spese a fronte dell'offesa ambientale quanto, piuttosto, nella «... loro funzione a tutela della collettività e delle comunità nel proprio ambito territoriale e degli interessi all'equilibrio ecologico, biologico e sociologico del territorio che ad essi fanno capo».

L'aver fondato la legittimazione ad agire non tanto sul rapporto con la *res* danneggiata quanto sulla funzione istituzionale di rappresentanza degli interessi generali della collettività sembra, infatti, costituire chiaro indice non solo della volontà legislativa di svincolare l'azione dal danno (per consentirla, evidentemente, anche a più soggetti ed indipendentemente dalla rispettiva titolarità del diritto al ristoro) ma anche dell'intenzione, in tal modo, di giustificare l'attribuzione unicamente allo Stato – apparato (in quanto massimo rappresentante della collettività nazionale) della pretesa di conseguire il risarcimento del danno derivante dal primo comma del citato art. 18 nei confronti del responsabile del danno stesso.

È da sottolineare come la stessa posizione sia stata ribadita anche dalla successiva ordinanza della Corte Costituzionale 4 aprile 1990 n. 195, che nel dichiarare manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 18, 1° e 3° comma della legge n. 349, sollevata dal giudice di merito in quanto la norma non attribuirebbe alla Regione il diritto al risarcimento del

«danno ambientale di contenuto paesaggistico», ha esplicitamente affermato che il risarcimento del danno «(...) spetta allo Stato, ma (...) la relativa azione, anche se esercitata in sede penale, è promossa non solo dallo Stato ma anche dagli enti territoriali sui quali incidono i beni oggetto del fatto lesivo e, quindi, anche della regione per i beni siti in essa (...)».

Anche in tal caso, allora, la Corte ha tenuto ben distinte la titolarità del diritto al risarcimento del danno dalla legittimazione ad agire per farlo valere in giudizio, riconoscendo che l'attribuzione allo Stato, in via esclusiva, della prima – in forza del primo comma dell'art. 18 – si fonda pur sempre nell'accentramento, da parte dello Stato nella veste di massimo ente esponenziale della collettività nazionale, della pretesa risarcitoria derivante dalla lesione del bene giuridico ambiente avente carattere indifferenziato e non suscettibile di essere ricondotto e limitato entro la sfera giuridica di un soggetto portatore di interessi particolari e non generali.

Del resto tale era stata la posizione autorevolmente espressa dal Supremo Collegio, a Sezioni Unite del 25 gennaio 1989, n. 440 esplicitamente sulla base della considerazione che lo Stato accentra in sé la titolarità di tale diritto in quanto massimo ente esponenziale della collettività nazionale.

Con identica motivazione la giurisprudenza di merito (cfr. Pretura di Torino, 11 febbraio 1995, n. 1389, inedita) ha affermato il principio secondo cui «... titolare del diritto al risarcimento, può essere soltanto lo Stato e più precisamente il Ministero dell'Ambiente».

Negli stessi sensi si è espressa la Corte di Cassazione – Sezione III penale nella sentenza 27 ottobre/1° dicembre 1994, nella cui motivazione, così si legge: «La norma in esame, al comma 1, stabilisce che il risarcimento del danno ambientale spetti allo Stato. Tale disposizione va letta ed interpretata unitamente al disposto del comma 3, il quale precisa che la relativa azione risarcitoria, anche se esercitata in sede penale, è promossa non solo dallo Stato, ma anche dagli Enti territoriali sui quali incidono i beni oggetto del fatto lesivo.»

Coerentemente con tali posizioni si è espressa anche la dottrina.

Così C. MALINCONICO, in *Beni Ambientali*, (Cedam 1991, 275 e segg.), secondo il quale, fermo restando il diritto degli enti locali al risarcimento del danno *ex art.* 2043 c.c., per i danni sopportati ai beni di loro proprietà e per il recupero delle spese anticipate per la protezione di detti beni, il diritto al risarcimento del danno ambientale *ex lege* n. 349/1986 spetta solo allo Stato in quanto l'ambiente costituisce un bene unitario, la cui salvaguardia rientra nelle competenze esclusive dello Stato stesso. Alla tesi hanno aderito, con diverse sfumature, anche altri autorevoli autori: ALBAMONTE, *Danni all'ambiente e responsabilità civile*, Padova, 1989, 75 e ss.; COMPORTI, *La responsabilità per danno ambientale*, in *Foro it.* 1987, III, 262; GIAMPIETRO, *La responsabilità per danno all'ambiente*, 341; MORBIDELLI, *Il danno ambientale nell'art. 18 legge 349/1986. Considerazioni introduttive*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.* 1987, 612 e ss).

Nello stesso senso vi sono anche pronunzie del giudice amministrativo. Si segnala, ad esempio, quella del T.A.R. Veneto, Sezione II, nella sentenza n. 30 del 25 gennaio 1993 (in *Riv. Giuridica dell'ambiente* 1994,

931), nella cui motivazione così si legge: «Ed invero come è noto la legittimazione nell'azione di risarcimento per danno ambientale in senso stretto (inteso come conseguenza della lesione del bene immateriale ambiente) spetta solo allo Stato (ente esponenziale per eccellenza) in ragione dell'imputazione allo stesso della tutela dell'interesse pubblico alla salvaguardia dell'ambiente.

Agli altri Enti territoriali può essere riconosciuta invece la sola azione di recupero delle spese sostenute in relazione alle effettive opere di riassetto territoriale concretamente realizzate; spese e opere che nella specie non risulta che il Comune di Verona abbia rispettivamente sostenuto e realizzato».

Peraltro l'attribuzione di una legittimazione processuale concorrente con quella dello Stato anche alle Regioni ed agli altri Enti territoriali ha fatto ritenere ad alcuno che una scelta del genere dovesse in qualche modo comportare una con-titolarietà del diritto al risarcimento in capo agli Enti in questione.

Va, tuttavia, osservato che talvolta l'equivoco di ritenere l'ente territoriale titolare del diritto *ex art. 18 legge 349/1986* è stato alimentato da quegli orientamenti giurisprudenziali che hanno riconosciuto, in capo agli stessi, la titolarità del diritto di agire *ex art. 18 legge 349/1986* non già per ottenere il risarcimento del danno per equivalente ma per promuovere e sollecitare, piuttosto, quell'ordine di ripristino dell'ambiente che si è visto costituire un vero e proprio dovere del giudice in caso di condanna.

Ma ad escludere la fondatezza dell'opinione criticata vale anche un secondo decisivo rilievo.

Non è affatto ignota al diritto la figura di chi agisce in nome proprio facendo valere, in realtà, un diritto altrui.

In tali casi l'esercizio dell'azione non comporta sostituzione nella posizione di titolarità sostanziale del diritto fatto valere giudizialmente, dal momento che in situazioni del genere l'attore persegue pur sempre un interesse proprio (e diverso da quello di cui è portatore il titolare del diritto).

Si pensi, ad esempio, all'azione surrogatoria disciplinata dall'art. 2900 del codice civile.

In tal caso il creditore è legittimato a far valere in giudizio diritti che spettano al proprio debitore nei confronti di terzi, perseguendo così il proprio interesse alla conservazione del patrimonio di quello. Egli agisce *nomine proprio* ma facendo valere in giudizio un diritto altrui e in tale veste assume una funzione di sostituto processuale del titolare del diritto che tuttavia non perde mai la piena disponibilità del proprio diritto sostanziale (cfr. Cass., sent. n. 76 del 1976).

Il fenomeno, allora, non è nuovo, anche se riguarda la materia dei rapporti tra creditore e debitore mentre, in questo caso, si tratterebbe di ipotizzare un'azione surrogatoria da parte di un terzo (non creditore) che agisce per far valere i diritti del creditore nei confronti dell'unico debitore.

L'anomalia, peraltro, non è così vistosa se si pensa che l'interesse di cui gli Enti territoriali sono comunque titolari (oltre al risarcimento del danno patrimoniale *ex art. 2043* derivante per la lesione del proprio patrimonio) è,

prevalentemente se non esclusivamente, l'interesse al ripristino ambientale del sito inquinato, interesse che, come si è detto, deve essere per effetto dell'ordine di ripristino che il giudice deve impartire, all'atto della condanna, nei casi in cui il ripristino sia ancora in tutto o in parte possibile (art. 18, comma VIII, legge 349/1986).

In linea di principio, dunque, dal riconoscimento della titolarità del diritto al risarcimento soltanto in capo allo Stato non deriva l'impossibilità di riconoscere una legittimazione ad agire propria in capo agli Enti territoriali che titolari di quel diritto non sono.

Qualche autore ha, di recente, tentato di costruire una titolarità concorrente degli Enti locali in ordine al danno ambientale utilizzando il disposto dell'art. 4 della legge 3 agosto 1999.

In base a tale norma «Le associazioni di protezione ambientale di cui all'art. 13 della legge 8 luglio 1986, n. 349, possono proporre le azioni risarcitorie di competenza del giudice ordinario che spettino al comune e alla provincia, conseguenti al danno ambientale.

L'eventuale risarcimento è liquidato in favore dell'ente sostituito e le spese processuali sono liquidate in favore o a carico dell'associazione».

Dal testo della norma si è tratta la convinzione che «tale richiamo all'istituto della sostituzione processuale muove dal presupposto della sussistenza in capo ai comuni e alle province di una vera e propria autonoma legittimazione all'azione di danno ambientale per il risarcimento dei danni subiti dall'ambiente sul proprio territorio e/o per la relativa riduzione in pristino».

Mentre, come si è detto, è pacifico l'interesse (che però non può assurgere a diritto soggettivo) degli enti territoriali a sollecitare l'adozione di un provvedimento vincolato da parte del giudice qual è l'ordine di ripristino ai sensi dell'VIII comma dell'art. 18 legge 349/1986 (attraverso il quale, in definitiva, vengono comunque soddisfatte le aspettative ad una riparazione del bene ambiente oggetto del *facere* ripristinatorio ordinato dal Giudice), non è così scontato che la norma in questione attribuisca agli enti medesimi anche la titolarità del diritto al risarcimento (in senso stretto, cioè per equivalente) del danno ambientale così come definito dall'art. 18, primo comma della citata legge 349/1986.

Invero essa consente soltanto la sostituzione nei diritti che spettino al comune ed alla provincia e che conseguano al verificarsi di un danno ambientale. Ovviamente non può che trattarsi del diritto al risarcimento *ex* art. 2043 c.c. comunque spettante a tali Enti in conseguenza di un'aggressione alle rispettive sfere patrimoniali, nei termini sopra abbondantemente illustrati. O, eventualmente, anche – nel caso di danno derivante da reato – del diritto al risarcimento di quello specifico profilo di danno (avente al tempo stesso caratteristiche sia patrimoniali che non patrimoniali) che ogni Ente titolare di potestà amministrativa può vantare allorquando la condotta criminosa abbia inciso sulle concrete modalità di esercizio delle funzioni proprie, costrette a perseguire obiettivi diversi da quelli originariamente programmati e voluti dall'Ente, con conseguente distrazione di personale e

di risorse finanziarie, revisione delle priorità di intervento e cambiamento della linea dell'azione amministrativa in conseguenza della necessità di fronteggiare la situazione di crisi ambientale determinata dal reato (si tratta del c.d. danno da «sviamento di funzione»).

Il risarcimento, in tal caso, spetta in base all'ordinaria normativa codicistica (artt. 2043 - 2059 c.c. e 185 c.p.) e va a compensare il pregiudizio subito vuoi per la perdita di un bene appartenente al proprio patrimonio, vuoi all'immagine, vuoi per i costi dell'azione amministrativa straordinaria che l'ente sia stato costretto a sostenere in conseguenza dell'illecito ambientale, vuoi, infine, per le conseguenze del c.d. «sviamento di funzione».

Tutto ciò, come già illustrato, non ha tuttavia nulla a che vedere con lo speciale danno previsto dall'art. 18 legge 349/1986 in relazione al quale – per l'immaterialità del bene giuridico protetto – il solo titolare del diritto al risarcimento non può che essere lo Stato, quale ente esponenziale massimo rappresentante la collettività nazionale.

Anche tale recente norma di legge, lungi dal consentire un'interpretazione del primo comma dell'art. 18 legge 349/1986 diversa da quella che risulta inequivocabile dalla sua semplice lettura, finisce invece per confermare l'esclusiva titolarità dello Stato del diritto a tale speciale forma di risarcimento-sanzione.

Infine, se ancora ad alcuno fossero rimasti dubbi in proposito, il testo dell'art. 114 della legge 23 dicembre 2000 n. 388 – Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e poliennale dello Stato (legge finanziaria 2001), in *Gazzetta Ufficiale* 29 dicembre 2000, sembra risolutore.

Con tale norma sono stati, significativamente, aggiunti i commi 9-*bis* e 9-*ter* all'art. 18 della legge 349/1986, che dettano specifiche prescrizioni amministrativo-contabili per la gestione delle entrate conseguite in forza del citato art. 18.

In particolare il comma 9-*bis* istituisce uno speciale fondo di rotazione in cui vanno a confluire tutte le «somme derivanti dalla riscossione dei crediti in favore dello Stato per il risarcimento del danno di cui al comma 1 ...» per finanziare, anche in via di anticipazione:

interventi urgenti di perimetrazione, caratterizzazione e messa in sicurezza dei siti inquinati, con priorità per le aree per le quali ha avuto luogo il risarcimento del danno ambientale;

interventi di disinquinamento, bonifica e ripristino ambientale delle aree per le quali abbia avuto luogo il risarcimento del danno ambientale;

interventi di bonifica e ripristino ambientale previsti nel programma nazionale di bonifica e ripristino ambientale dei siti inquinati di cui all'art. 1, comma 3, della legge 9 dicembre 1998, n. 426.

Il comma 9-*ter* prevede, poi, che sia il Ministro dell'ambiente a disciplinare con proprio decreto, di concerto con il Ministro del tesoro, le modalità di funzionamento e di accesso del fondo di rotazione.

È allora evidente che dalla nuova stesura dell'art. 18 legge 349/1986, unitariamente considerata anche alla luce delle integrazioni apportate, risulta

un ruolo assolutamente primario dello Stato (e del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio) nella gestione dei proventi derivanti dal risarcimento del danno ambientale.

Inoltre, colmando una lacuna spesso denunciata dalla dottrina, la norma impone oggi allo Stato un vincolo di destinazione funzionale degli importi riasarcitori, che debbono pertanto essere impiegati con priorità, ed in taluni casi esclusivamente, a favore dei territori che hanno subito il danno per il quale è stato pagato il risarcimento.

Le considerazioni sopra rappresentate assumono, oggi, ancor più forza e valore alla luce della nuova lettera dell'art. 117 Cost. per effetto della legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3 che attribuisce in via esclusiva allo Stato la potestà legislativa in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema (cfr. art. 117 lett. f) Cost.).

Avendo la nuova norma costituzionale attribuito la titolarità esclusiva allo Stato della potestà legislativa in materia di tutela dell'ambiente (oltre che dell'ecosistema), con l'esclusione, dunque, persino della potestà legislativa concorrente delle Regioni, si deve conseguentemente ritenere che appartenga soltanto allo Stato quella pretesa risarcitoria del danno ambientale che, a norma dell'art. 18 della legge 349/1986, costituisce lo strumento civile di tutela atto a garantire un'adeguata protezione di quella generalissima aspettativa – avente natura al tempo stesso individuale e collettiva, non essendo, proprio per questo, di certo riconducibile in via esclusiva alla sfera di questo o di quel soggetto giuridico – della protezione, della conservazione e del ripristino dell'ambiente naturale e delle sue risorse.

Anche una lettura costituzionalmente orientata delle disposizioni contenute nell'art. 18 della legge 349/1986 non sembra, dunque, lasciare margini di dubbio in ordine al ruolo primario riservato allo Stato nelle scelte di fondo per la salvaguardia ambientale, essendo state attribuite dal successivo art. 118 Cost. alle Regioni ed agli altri Enti territoriali le mere funzioni amministrative, naturalmente esercitabili entro i limiti delle scelte legislative operate dallo Stato anche se, s'intende, autonomamente costituenti presupposto per la configurabilità di uno specifico profilo di danno da «sviamento di funzione» ex artt. 2043 – 259 c.c. – 185 c.p.

Si conferma così ancora una volta, coerentemente – del resto – con tutte le precedenti affermazioni normative – che la titolarità del diritto al risarcimento del danno all'ambiente (inteso come diritto a conseguire le somme corrisposte, a titolo di risarcimento per equivalente, a fronte di un qualsiasi consumo illegittimo di risorse naturali, diritto da tenere ben distinto dall'interesse ad ottenere il ripristino ambientale, se ancora possibile) non può che spettare allo Stato – apparato in quanto Ente esponenziale garante della tutela di un bene, vitale ed irrinunciabile, per l'intera collettività nazionale.

Tale conclusione, oltre a rendere possibile un'armonica interpretazione delle disposizioni che consentono l'esercizio dell'azione risarcitoria da parte di Enti diversi dallo Stato senza correre il rischio di una, altrimenti inevitabile, moltiplicazione ingiustificata del risarcimento quale effetto perverso del numero dei soggetti di volta in volta agenti in giudizio, valorizza nella giusta

misura il carattere immateriale e collettivo del bene giuridico ambiente (insuscettibile, quindi, di appropriazione da parte di soggetti diversi da chi rappresenta la collettività nazionale) lasciando, tuttavia e al tempo stesso, aperta una strada per la tutela giudiziaria dei diritti degli Enti territoriali in dipendenza dei poteri amministrativi di gestione del bene ambientale ricompreso nel loro territorio.

Il concorso simultaneo di Stato e degli Enti territoriali nell'esercizio dell'azione risarcitoria in presenza di condotte lesive dell'ambiente è, dunque, fisiologico e deve potersi esplicare moltiplicando la forza dell'intervento pubblico in difesa dei valori ambientali, non certo sacrificando o comprimendo la tutela giudiziale spettante a ciascuno di detti soggetti.

Esso ben può, allora, essere pienamente armonizzato con la disciplina del risarcimento del danno ambientale offerta dall'art. 18 della legge 349/1986 alla luce delle osservazioni sin qui sviluppate, senza pericolose fughe in avanti che – soprattutto nelle attuali ancora acerbe condizioni dell'elaborazione giurisprudenziale – potrebbero invece risultare foriere di denegata giustizia, per gli interessi ed i diritti di cui l'intera collettività nazionale è portatrice in relazione alla qualità dell'ambiente.

#### 4.5. – *Il ripristino ambientale: natura giuridica e conseguenze.*

Altra peculiarità del danno *ex art. 18 legge 349/1986* – derivante dalla sua complessa natura – è costituita dal fatto che esso cumula il risarcimento in forma specifica (avente finalità prettamente riparatrici) con il risarcimento per equivalente (avente carattere prevalentemente sanzionatorio).

A tali conclusioni si perviene analizzando il contenuto della norma dedicato al «ripristino».

L'VIII comma dell'art. 18 legge 349/1986 impone infatti al giudice, in caso di condanna, di disporre il ripristino dello stato dei luoghi a spese del responsabile, ove (tecnicamente) possibile.

L'art. 18 della legge 349/1986, pertanto, non fa che riproporre la tutela ripristinatoria del bene ambiente come diretta ed immediata conseguenza del principio «chi inquina paga».

Il dettato di tale ultima disposizione, del resto, è chiarissimo, specie se letto alla luce della matrice di diritto internazionale che ne costituisce la *ratio*, la premessa giuridica e che ne determina il contenuto, stante l'obbligo di conformazione *ex art. 10 Cost.*

Essa stabilisce che, allorquando vi sia condanna per il fatto illecito generatore del danno ambientale, il giudice imponga al responsabile della violazione – ponendo a carico del medesimo il relativo onere patrimoniale in ossequio al principio «chi inquina paga» – l'obbligo rimuovere le conseguenze dannose della condotta sulle risorse naturali dalla stessa indebitamente alterate o danneggiate, operando in tal modo un ripristino dei luoghi interessati dalla condotta medesima e dai suoi effetti pregiudizievoli.

Naturalmente l'ordine di ripristino in tanto può essere dato in quanto l'attività che impone sia tecnicamente eseguibile.

Ciò non è – ad esempio – allorquando la condotta abbia provocato effetti irreparabili sulla risorsa naturale.

Si pensi, ad esempio, all'abbattimento addirittura di una porzione di montagna, che ha richiesto l'impiego di decine di tonnellate di tritolo, per la realizzazione di una pista da sci abusiva: in quel caso nessuno può pensare di ricostruire la montagna disintegrata dall'esplosivo.

Oppure, e questa è l'altra eventualità, il ripristino non può essere ordinato quando la natura abbia già riparato, nel tempo – di regola mai breve – trascorso per pervenire alla condanna, il danno ambientale, rimuovendo od eliminando in gran parte gli effetti dannosi provocati dalla condotta alla singola risorsa naturale.

È il caso che si verifica frequentemente in occasione di un temporaneo e modesto inquinamento idrico di un corso d'acqua o per effetto dell'immissione in atmosfera di una nube di gas tossico.

Infatti la sporadica immissione nell'ambiente di una sostanza inquinante oltre i limiti di accettabilità fissati dalle tabelle non determina, almeno di regola, una modificazione permanente del recettore ma solo una sua alterazione temporanea destinata a risolversi, a condizione della cessazione dell'immissione, per effetto dei naturali processi di autoriparazione di cui è capace l'ambiente stesso.

Ciò nondimeno il danno ambientale comunque sussiste per le ragioni sopra illustrate ed è pienamente risarcibile, sotto il profilo pecuniario, sulla base dei noti criteri equitativi.

Naturalmente ben diversa è la situazione in cui la quantità della sostanza illecitamente immessa nell'ambiente, il tempo in cui si è protratta l'immissione e le caratteristiche tossico-nocive della stessa (oltre che di bioaccumulabilità e di persistenza) rendano stabile e persistente l'inquinamento, ad esempio, dell'ambiente idrico recettore o portino persino alla contaminazione di altre risorse (il sedimento, il pesce, i molluschi) non facilmente autoriparabili per effetto dei normali processi biologici.

In tal caso il ripristino ben può essere ordinato e può persino comprendere, se necessario, l'inibitoria giudiziale della specifica condotta che ha cagionato il danno, specie se si sia in presenza di condotta ancora in corso o che il giudice ritenga probabile venga reiterata.

L'inibitoria con finalità ripristinatorie potrebbe, poi, colpire la stessa facoltà di utilizzo della *res* illegittimamente realizzata, nei casi in cui – come è nel caso in esame – non sia applicabile la confisca del bene (in quanto, ad esempio, appartenente al demanio).

In ogni caso l'ordine di ripristino impartito dal Giudice costituisce, per il suo carattere necessitato in presenza di una possibilità tecnica, una vera e propria misura sanzionatoria diretta a costringere il trasgressore ad un *facere* riparatorio dell'ambiente danneggiato.

La natura sanzionatoria dell'ordine di ripristino ambientale è stata più volte affermata dal Supremo Collegio.

Si richiama, così, innanzitutto Cass. Sez. III penale, sent. 1969 del 18 marzo 1993, secondo cui, in materia paesaggistica, «... l'ordine di rimessione in pristino dello stato originario dei luoghi, disciplinato dall'art. 1-sexies legge 8 agosto 1985, n. 431, ha natura di sanzione penale in quanto è



applicato dal magistrato ordinario come conseguenza obbligata della sentenza di condanna ed è espressione di un potere non meramente surrogatorio ma primario, esclusivo, autonomo più ampio rispetto a quello della P.A. (che è invece limitato alla demolizione). Detto ordine quindi, pur non essendo inquadrabile negli schemi pregressi è pur sempre sanzione penale tipica ...».

Da evidenziare, al riguardo, che il carattere sanzionatorio (addirittura penale) che la Corte attribuisce all'ordine di ripristino deriva dal fatto che esso costituisce – esattamente come nello schema dell'art. 18 legge 349/1986 – «una conseguenza obbligata della sentenza di condanna ed è espressione di un potere non meramente surrogatorio ma primario, esclusivo, autonomo più ampio rispetto a quello della P.A.» (che, come si dirà tra poco, persegue finalità di miglioramento ambientale in via amministrativa, coinvolgendo soggetti non necessariamente responsabili del danno ambientale).

Se poi si vuol esaminare una giurisprudenza più direttamente collegata con la normativa di prevenzione dell'inquinamento ambientale ed espressamente pronunciata in tema di comma ottavo dell'art. 18 della legge 349/1986, va allora ricordata la sentenza della Sez. III, n. 7567 del 27 giugno 1992. In essa si legge: «In tema di smaltimento di rifiuti di cui al d.P.R. 10 settembre 1982, n. 915, l'ordine di ripristino dello stato dei luoghi a spese del responsabile, a norma dell'art. 18, comma ottavo legge 8 luglio 1986, n. 349, discende dalla legge ed è perfettamente compatibile con la condanna al risarcimento del danno ambientale e a quello dei danni generici recati ai privati costituitisi parte civile, trattandosi di misure diverse, predisposte a tutela di beni diversi, che ben possono, quindi, essere congiuntamente applicate a carico di una stessa persona: la legge da ultimo citata non esclude ma integra i principi generali dell'ordinamento in materia di danni (artt. 2043 cod. civile e 185 cod. penale).

L'importanza di tale sentenza è di palmare evidenza.

Essa, infatti, ribadisce la particolarità del risarcimento *ex art. 18* della legge 349/1986, norma le cui peculiarità rispetto ai tradizionali canoni di responsabilità civile vengono lette come coerenti integrazioni dei principi generali in materia di risarcimento del danno da reato.

In secondo luogo essa conferma che l'ordine di ripristino di cui al citato art. 18, comma VIII ha una natura diversa dal risarcimento del danno ambientale in senso stretto, pur essendo finalizzato ad assicurare quella *restitutio ad integrum* del bene giuridico oggetto di tutela, per quanto ancora possibile, che – sul piano meramente civile – costituirebbe risarcimento in forma specifica.

Prescrizione con carattere prevalentemente sanzionatorio, dunque, che consente il cumulo con la pretesa di risarcimento per equivalente (a sua volta non scevra di componente sanzionatoria, come illustrato *supra*), quantomeno in relazione al danno riportato dalle componenti ambientali comunque non più suscettibili di ripristino.

Prescrizione che il giudice è tenuto ad imporre, con la sentenza di condanna, sempre che il ripristino sia ancora possibile, la cui adozione, pertanto,

ben può essere sollecitata – proprio in ragione del carattere doveroso della statuizione – anche dagli Enti (Comuni, Province e Regioni) titolari del diritto di agire *ex art. 18* della legge 349/1986 pur non essendo titolari, per le ragioni di seguito meglio illustrate, del diritto al risarcimento pecuniario del danno ambientale in quanto assegnato in via esclusiva allo Stato dal primo comma di detta norma.

Se tale è il contesto interpretativo in cui ci si muove, diventa evidente che, per un verso, è priva di pregio la censura mossa da alcuni secondo cui una pretesa di ristoro patrimoniale del danno ambientale da parte dello Stato sarebbe incompatibile con la domanda di ripristino ambientale ai sensi dell'art. 18, comma VIII.

L'obiezione trascura infatti la natura di vera e propria sanzione insita nel carattere necessitato dell'ordine di ripristino e la sua riconosciuta cumulabilità, da parte del Supremo Collegio, con la domanda di risarcimento per equivalente del danno ambientale.

Trascura inoltre di considerare che il ripristino dello stato dei luoghi non può compensare né la perdita di ambiente eventualmente non più ripristinabile né quella temporanea che si fosse comunque verificata prima dell'insorgere dei naturali (eventuali) processi di autoriparazione ambientale.

Altra cosa, è invece, discutere se il giudice possa omettere di ordinare il ripristino dello stato dei luoghi allorquando lo stesso risulti eccessivamente oneroso per il trasgressore.

Tale eventualità, peraltro, sembra essere già stata espressamente esclusa, in dottrina, da alcuni autorevoli autori (ad esempio cfr. DELL'ANNO, *Manuale di diritto Ambientale*, Padova, 2000, 170, ove si legge: «Con riferimento alla reintegrazione in forma specifica, si rileva come l'art. 18, VIII comma la imponga in ogni caso ove possibile, mentre l'art. 2058 c.c. lascia al giudice la facoltà di disporre la reintegrazione per equivalente ove la prima fosse troppo onerosa»).

Il dato offerto dalla norma di legge, la considerazione della sua peculiarità e delle finalità, anche di ordine internazionale, che è destinata a perseguire nonché la presenza di norme di analogo contenuto in alcune leggi speciali portano effettivamente ad escludere un tale limite per la pronuncia del giudice, anche se l'esigenza prospettata di un qualche limite di «sostenibilità economica» del risarcimento del danno ambientale potrebbe pur sempre risultare salvaguardata nell'ambito di quella determinazione equitativa del danno cui il Giudice è chiamato ai sensi del citato articolo 18 della legge 349/1986 e, dunque, tenendo conto di tutti gli elementi del caso concreto.

5. – *La bonifica ambientale come forma di ripristino dello stato dei luoghi oggetto, però, di autonomo e distinto procedimento amministrativo.*

L'ordine di ripristino dello stato dei luoghi ha poi trovato una compiuta disciplina esecutiva, di ordine generale (per lo meno nelle situazioni che concernono i siti inquinati) nell'art. 17 del decreto legislativo 5 febbraio 1997 n. 22 e nella relativa normativa di attuazione (decreto ministeriale 25 ottobre 1999, n. 471) sul piano amministrativo.

Si tratta di disposizioni la cui applicazione dipende da un lato dall'accertamento della responsabilità individuale in relazione all'ambiente contaminato o, in alternativa, dalla mera titolarità del diritto di proprietà in capo al soggetto nei cui confronti si voglia far valere l'obbligo della bonifica.

È evidente, pertanto, che colui che sia stato ritenuto responsabile dell'inquinamento potrà essere tenuto, al tempo stesso, tanto al risarcimento del danno ambientale *ex art. 18* della legge 349/1986 (nei termini e per le ragioni sopra descritti) quanto all'obbligo di bonificare il sito ai sensi della citata normativa speciale.

Tale obbligo di bonifica può essere fatto valere anche nei confronti del proprietario dell'area contaminata (art. 17, comma 10 ed 11 decreto legislativo 22/1997 – artt. 8 e 9 decreto 25 ottobre 1999, n. 471) il quale, tuttavia, potrebbe non essere tenuto al risarcimento del danno ambientale *ex art. 18* della legge 349/1986 vuoi perché potrebbe non essere responsabile della violazione che ha cagionato il danno, vuoi perché potrebbe non essere tenuto civilmente a rispondere dei danni cagionati dal trasgressore.

Ciò per evidenziare il diverso ambito soggettivo che caratterizza l'obbligo della bonifica (più ampio) rispetto a quello (più limitato in quanto necessariamente fondato sull'accertamento di responsabilità) che contraddistingue, invece, l'obbligo del risarcimento.

Anche se, ovviamente, ogni bonifica può integrare un principio di risarcimento del danno ambientale, nella parte in cui sia posta in essere da un soggetto responsabile dell'inquinamento che si attivi in quel modo per ripristinare la qualità dell'ambiente che la sua condotta illecita aveva alterato.

Tale autonomia tra i due istituti consente di tenerli ben distinti, nonostante i numerosi punti di contatto che potrebbero, ad una lettura superficiale, portare all'equivoco di considerarli espressione dello stesso concetto giuridico. Ne consegue che, mentre agli obblighi di bonifica – quali risultanti dal complesso normativo imperniato sull'art. 17 del decreto legislativo 22/1997 – non ci si può sottrarre ove ne ricorrano i presupposti di legge sopra richiamati (cioè responsabilità e/o proprietà del sito inquinato), rispetto all'obbligo di risarcire il danno ambientale ai sensi dell'art. 18 della legge 349/1986 è sempre ipotizzabile e consentito l'accordo transattivo che consenta alle parti (Stato e soggetto trasgressore) una definizione concordata della lite promossa o promovenda senza dover attendere un sentenza che accerti *in primis* la responsabilità del soggetto trasgressore e che quantifichi, poi, l'ammontare del danno risarcibile allo Stato.

6. – *Le transazioni in materia di danno ambientale con particolare riferimento alla vicenda di Porto Marghera.*

La prassi degli ultimi anni ha testimoniato un forte incremento delle liti promosse dallo Stato (in persona del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio) per ottenere il risarcimento del danno ambientale *ex art. 18* della legge 349/1986.

Così come si sono avuti molteplici casi di transazione nella materia, che hanno posto fine alla lite prima di conoscere l'esito del procedimento in ordine alla responsabilità del soggetto che si assumeva trasgressore.

Va detto che la gran parte delle azioni proposte è stata introdotta in procedimenti penali (concernenti fatti-reato che avevano avuto notevoli conseguenze negative sul piano ambientale), attraverso la costituzione di parte civile curata dall'Avvocatura dello Stato. Si tratta di domande di risarcimento dall'ammontare molto elevato proprio perché proposte con riferimento ad eventi di grande rilevanza, spesso di forte impatto emotivo per la collettività.

Si pensi, così, alla lite per il risarcimento dei danni comunque patiti dallo Stato (inclusi, dunque, i danni all'ambiente) a causa del disastro del Vajont, conclusa nel 1999, dopo circa 40 anni di vertenze giudiziarie di ogni tipo, con un accordo transattivo che ha visto lo Stato incassare, a tacitazione di ogni pretesa, un importo pari a 100 miliardi di lire.

Oppure alla transazione che ha definito la lite promossa per il risarcimento del danno ambientale provocato dal naufragio della petroliera Haven nell'alto Tirreno (transazione, in questo caso, addirittura approvata con la legge 16 luglio 1998, n. 239) con la quale si è convenuto un risarcimento a favore dello Stato – per tutti i danni patiti da tale evento, compreso il danno ambientale – per un importo pari a 117,6 miliardi di lire.

Di certo più consistente – e non solo in termini patrimoniali – il positivo risultato che lo Stato ha ottenuto nell'ottobre 2001 con l'accordo transattivo stipulato, con alcune delle parti in causa, nella lite instaurata per il risarcimento del danno derivante dai fatti oggetto del procedimento penale relativo all'inquinamento ed alle patologie da lavoro attribuite, secondo le imputazioni, al funzionamento del Petrolchimico di Porto Marghera.

La vicenda processuale, ancora in corso essendo pendente il giudizio d'appello, è abbastanza complessa.

Sono stati, infatti, imputati decine di amministratori e dirigenti delle società che hanno gestito gli impianti nel periodo che va dal 1970 al 2000.

La molteplicità di imputazioni – in un così lungo arco temporale – può essere riassunta, naturalmente con le inevitabili semplificazioni, distinguendo da un lato i delitti e le contravvenzioni collegate all'aspetto dell'igiene del lavoro e, dall'altro, i reati che sono sostanziati dal degrado ambientale provocato (attraverso scarichi, immissioni in atmosfera, deposito incontrollato di rifiuti di ogni genere) dal funzionamento trentennale dello stabilimento.

Da un lato, cioè, vengono in rilievo gli effetti negativi provocati da lavorazioni con l'uso di sostanze tossiche e cancerogene (quali il CVM) sulla popolazione lavorativa impiegata in quell'industria chimica: le imputazioni più significative sono l'omicidio colposo plurimo, il disastro colposo, la rimozione dolosa di apparecchi e/o congegni atti a prevenire infortuni sul lavoro o disastri.

Dall'altro, invece, sono oggetto di valutazione penale le conseguenze che lo svolgimento di quell'attività produttiva (e con quelle specifiche modalità) ha provocato sulle risorse naturali circostanti: l'aria, l'acqua superficiale e di falda, il suolo ed il sottosuolo: i reati più gravi sono l'avvelenamento/adulterazione delle acque e delle sostanze alimentari, il disastro per aver sconvolto l'ecosistema mettendo a repentaglio la pubblica incolumità.

I tempi del procedimento testimoniano, da soli, la sua complessità: a sette anni dalla richiesta di rinvio a giudizio, il giudizio d'appello è ancora alle battute iniziali e stenta a decollare, essendo stata ricusata dalla difesa degli imputati una componente del Collegio in quanto autrice, quindici anni prima, di una sentenza del lavoro in una causa promossa da uno degli operai deceduti contro l'INAIL per il riconoscimento della natura professionale della propria patologia.

Il dibattimento di primo grado si è prolungato per oltre 140 udienze nel corso delle quali sono stati sentiti centinaia di testimoni e di consulenti tecnici delle parti sulle più diverse discipline: medicina legale e del lavoro, epidemiologia, biologia, chimica, fisica, geologia, ingegneria e persino filosofia della scienza.

Al termine di tanta fatica il Tribunale di Venezia ha dichiarato la prescrizione di alcuni reati ascritti a parte degli imputati (in relazione a casi di persone ammalate o decedute e che risultavano essere state esposte alle sostanze tossiche prima degli anni '70) ed ha mandati assolti gli altri con varie formule.

La sentenza non ha, conseguentemente, pronunciato sulla domanda risarcitoria formulata dalle molteplici parti civili.

Il danno ambientale non è stato, quindi, riconosciuto dal Tribunale.

Danno ambientale, del resto, la cui stima si presentava altrettanto complessa quanto complessa era vicenda penale dedotta in giudizio.

Proprio per questo la parte civile statale (che si era costituita nella persona del Presidente del Consiglio dei Ministri e del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio) aveva fatto deporre una serie di consulenti di parte la cui convergente attività era stata diretta a far emergere e valorizzare quegli elementi – prescritti dall'art. 18 della legge 349/1986 – che avrebbero potuto consentire al giudice, nel caso in cui avesse condannato qualche imputato, di liquidare equitativamente il danno ambientale.

Grazie all'apporto di un illustre economista, il prof. Paolo Leon, esperto nella valutazione del danno ambientale, erano stati offerti al Tribunale elementi per valutare, in termini economici, sia il profitto illecito conseguito dal trasgressore sia i costi per il ripristino della qualità dell'ambiente compromessa dalle condotte criminose.

Si trattava, proprio per le caratteristiche tecniche di un tal genere di valutazioni, di stime finalizzate a fornire ordini di grandezza economici, tali da consentire al giudice l'esercizio dell'equità, calibrando l'eventuale pronuncia di condanna al risarcimento del danno ambientale sulla base dei valori espressamente indicati dall'art. 18 della legge 349/1986 quali parametri per la liquidazione equitativa di un tal genere di danno.

Il valore di 70.000 miliardi di lire – che tanto ha attirato l'attenzione dei media – non era né avrebbe mai potuto giuridicamente essere il preciso ammontare del danno ambientale, essendo piuttosto la risultante della valutazione economica dei parametri indicati dalla legge per una stima equitativa di tale danno.

Tenendo insieme, infatti, i profitti illecitamente conseguiti in 30 anni di funzionamento dello stabilimento e sommando i costi che sarebbe necessario

oggi sostenere per riportare a *standards* di qualità normativamente imposti le risorse naturali contaminate da scarichi e da immissioni – prescindendo quindi del tutto dall'individuazione di questa o di quella causa di degrado ambientale – si ottiene un valore economico di tal ammontare, valore, tuttavia, che esprime soltanto la grandezza economica complessiva del bene giuridico «ambiente» rispetto alla quale soltanto l'equità del giudice potrebbe stabilire l'ammontare del risarcimento cui condannare questo o quell'imputato.

Fatta questa importate precisazione è possibile comprendere le ragioni che hanno portato lo Stato a concludere, pochi giorni prima della pronuncia della sentenza, l'accordo transattivo sopra menzionato.

In forza di tale accordo alcune delle società coinvolte nella gestione dello stabilimento (sino agli inizi degli anni '80) si sono impegnate – a fronte della revoca della costituzione di parte civile – a finanziare integralmente 10 interventi di messa in sicurezza e di bonifica di aree demaniali che lo Stato avrebbe dovuto sostenere a proprio carico, per un valore complessivo degli stessi di 525 miliardi di lire.

Inoltre le stesse società si sono obbligate a versare 25 miliardi in favore del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio ed alla completa rifusione delle spese sostenute per la difesa nel processo, incluso il pagamento dei 12 consulenti tecnici di parte la cui attività era stata essenziale per la difesa degli interessi erariali.

Tale accordo ha costituito una novità nel panorama delle transazioni in materia di danno ambientale in quanto ha introdotto metodi di risarcimento in forma specifica (appunto attraverso il finanziamento di interventi di bonifica che sarebbero stati, altrimenti, a carico di organi statali) accanto alle tradizionali forme di risarcimento per equivalente consistenti nel pagamento di importi a favore dell'Amministrazione statale titolare del diritto di azione.

Naturalmente il significato economico dell'accordo è ancor più rilevante, visto *ex post* l'esito sostanzialmente assolutorio del giudizio di primo grado.

Se si considera, infatti, che sulla base della sentenza di primo grado non sarebbe dovuto alcun risarcimento del danno ambientale (non essendovi responsabilità per i reati che lo avrebbero cagionato) ben si può comprendere il motivo per cui l'accordo transattivo abbia offerto un importate strumento per finanziare una serie di interventi di miglioramento ambientale dell'area lagunare.

Certamente si tratta di poca cosa rispetto alle necessità di tale territorio.

Tuttavia neanche questa sarebbe stata possibile in assenza di un accertamento giudiziale di responsabilità per l'inquinamento che dovrebbe essere risanato, accertamento sino ad oggi mancato (nonostante 7 anni di processo).

Senza contare – poi – le difficoltà di ottenere, in sede giudiziale, liquidazioni significativamente superiori di tal genere di danno: mai, infatti, è stato giudizialmente risarcito un danno ambientale in analoga misura, nemmeno in occasione di vicende tragiche e devastanti quali, ad esempio, la sciagura del Vajont.

E senza considerare, da ultimo, la fondamentale differenza che esiste tra la certezza di un riconoscimento contrattuale del diritto al risarcimento (spe-

cie se accompagnato da una precisa definizione delle modalità del *facere* risarcitorio), da un lato, ed il carattere inevitabilmente precario ed incerto di una condanna giudiziale, destinato a perdurare sino a quando la stessa non risulti definitiva, per un periodo non definito di anni dal momento in cui è stata pronunciata e con tutte le inevitabili insidie processuali dei gradi successivi.

Del resto la convenienza delle transazioni in materia di risarcimento del danno ambientale è dimostrata, oltre che dai casi illustrati, anche dalla costante prassi giurisprudenziale.

Si consideri, ad esempio, la vicenda di altre due transazioni (stipulate il 6 giugno 2002) dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio con alcuni responsabili civili nell'ambito di un procedimento penale pendente a Rovigo e concernente smaltimento abusivo di rifiuti pericolosi attraverso procedure di commercializzazione di materie prime secondarie.

Anche in questa occasione gli accordi (complessivamente del valore di circa 15 miliardi di lire) hanno coniugato sia interventi in forma specifica (da realizzarsi attraverso il completo corretto smaltimento di tutti i rifiuti oggetto di imputazione) sia il pagamento di somme di denaro che rappresenta, più direttamente, la componente sanzionatoria del risarcimento del danno ambientale.

Particolarmente significativo è il dato relativo alla liquidazione del danno ambientale nello stesso processo nei confronti degli imputati che non avevano concordato il risarcimento transattivo: soltanto 35.000,00 euro!

Nelle transazioni da ultimo citate sono stati espressamente fatti salvi gli obblighi di bonifica (ai sensi del citato art. 17 del decreto legislativo 22/1997) proprio in ragione del carattere indisponibile della relativa pretesa statale, da azionare amministrativamente – come atto dovuto – in presenza dei presupposti previsti dalla legge.

Quanto ai criteri per determinare il contenuto dell'accordo e l'ammontare del risarcimento di volta in volta pattuito, va osservato come ogni vicenda presenti caratteristiche diverse, da tenere necessariamente in considerazione in occasione della definizione transattiva della lite. Tuttavia l'Amministrazione si è sempre orientata a privilegiare, per quanto possibili, interventi di risarcimento in forma specifica rispetto al risarcimento per equivalente, ferma restando, tuttavia, la necessità di corrispondere comunque anche somme di denaro, attesa la natura sanzionatoria di tale specie di risarcimento.

L'ammontare della prestazione è stato, poi, in linea di massima, parametrato sulla scorta degli indici normativamente previsti dall'art. 18 della legge 349/1986 per la quantificazione equitativa del danno ambientale. Sono stati, pertanto, presi in considerazione la gravità della colpa del soggetto agente, i costi del ripristino ambientale ed il profitto conseguito dal trasgressore, parametri necessariamente legati alla posizione processuale del singolo soggetto, coerentemente con la natura personale della responsabilità per danno ambientale in deroga ai tradizionali canoni della solidarietà passiva che caratterizza l'obbligazione risarcitoria.

Infine, anche in presenza di assunzione contrattuale di obblighi a prestazioni risarcitorie in forma specifica (quali, ad esempio, la rimozione e lo smaltimento dei rifiuti), sono state espressamente previste clausole che fanno salve le azioni amministrative ai sensi dell'art. 17 del decreto legislativo 22/1997 per la bonifica dei siti contaminati.

Si può, pertanto, concludere nel senso che nel nostro ordinamento si è finalmente incominciato a rendere effettivo il principio «chi inquina paga» associando alle tecniche di azione amministrativa anche innovativi utilizzi della responsabilità civile in materia di danno ambientale *ex art. 18* della legge 349/1986.

*7. – La principale casistica affrontata dall'Avvocatura distrettuale di Venezia e la necessità di un protocollo operativo.*

L'accento alle transazioni concluse dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio in relazione a vicende processuali seguite dall'Avvocatura distrettuale di Venezia consente di richiamare brevemente l'attenzione sull'ormai ricca casistica di situazioni nelle quali è stato possibile esercitare l'azione risarcitoria di cui all'art. 18 della legge 349/1986 o, comunque, ottenere il risarcimento del danno ambientale sulla base dei criteri di cui alla citata norma giuridica, valorizzando, in particolare, sia il costo per l'ipotetica bonifica ambientale (ove calcolabile) sia il profitto illecito conseguito dal trasgressore nelle singole vicende.

Non essendo possibile descrivere in questa sede dettagliatamente ogni caso trattato nel corso degli ultimi cinque anni (soltanto nel 2003 sono stati seguiti dall'Avvocatura di Venezia 89 nuovi procedimenti penali, gran parte dei quali in materia di danno ambientale) saranno pertanto richiamati i tratti essenziali di quelli più significativi, raggruppati per categorie, non senza ricordare il ricorso, sul piano generale, alla procedura ingiuntiva per recuperare il danno ambientale il cui ammontare è normativamente «presunto» dal terzo comma dell'art. 58 del decreto legislativo 152/1999, sulla base delle sentenze di condanna e di patteggiamento che gli Uffici giudiziari del distretto regolarmente trasmettono in forza di quanto espressamente previsto dalla citata norma di legge ed in conformità ad una circolare del Primo Presidente della Corte d'Appello – opportunamente sollecitata – con la quale è stata richiamata l'obbligatorietà di detta trasmissione.

In primo luogo vanno menzionati i casi di danno ambientale provocati da specifiche disfunzioni di impianti industriali e, in particolare, del Petrochimico di Porto Marghera.

In detto stabilimento, infatti, si sono ripetuti con frequenza (e continuano purtroppo a ripetersi) incidenti – dalle conseguenze più o meno gravi per la popolazione – che hanno comportato situazioni di contaminazione delle risorse naturali circostanti (aria ed acqua principalmente) in relazione alle quali è stato diversamente quantificato il danno ambientale.

L'azione *ex art. 18* legge 349/1986 è stata, conseguentemente, più volte esercitata a seguito di incendio nonché di fughe di gas tossici: in due occasioni si trattava di fuga di ammoniaca, in un caso addirittura di una serie di fughe di CVM, infine di una fuga di acido cloridrico.



Inoltre è stata esercitata in relazione a specifiche vicende concernenti l'irregolarità della gestione dei rifiuti prodotti dal predetto stabilimento: in un caso si trattava di irregolare gestione di fanghi tossico-nocivi accumulati su vasche non autorizzate, in altra occasione si trattava, invece, dell'irregolare funzionamento dell'inceneritore dei rifiuti di cui lo stabilimento è dotato, sprovvisto delle caratteristiche tecniche imposte dalla normativa ed utilizzato per lo smaltimento di rifiuti prodotti da terzi aventi caratteristiche tali da non poter essere trattati correttamente da un simile impianto.

Vanno, poi, considerati, i casi in cui il danno ambientale è stato ricondotto a modalità irregolari di smaltimento dei rifiuti.

Vi sono state numerose vicende concernenti discariche abusive, diversamente realizzate e spesso utilizzate per lo smaltimento di rifiuti tossico-nocivi o pericolosi.

In detto contesto vanno segnalati – per l'identità delle questioni giuridiche affrontate – i casi di irregolarità nelle gestioni delle cd. «materie prime secondarie» o «residui riutilizzabili» (in particolare il «*fluff*» proveniente dalla macinazione delle carcasse di autoveicoli), dal momento che in dette situazioni gli imputati avevano posto in essere condotte solo apparentemente conformi alla normativa, in realtà consistenti nello smaltimento abusivo e pericoloso per la salute e per l'ambiente di rifiuti che non avevano affatto le caratteristiche dei residui riutilizzabili.

Vanno ancora segnalate le vicende in cui il danno ambientale è stato ricollegato a condotte industriali tenute in contrasto con il dovere di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c., così come arricchito dai precetti contenuti nella normativa speciale a tutela dell'igiene e della sicurezza del lavoro.

Oltre ai casi in cui il danno all'ambiente di vita e di lavoro è stato considerato a causa della presenza di patologie lavorative da esposizione a CVM (per l'appunto nella nota vicenda relativa al Petrolchimico di Porto Marghera), l'azione di danno ambientale è stata esercitata – sulla base degli stessi presupposti normativi ed in considerazione della contestazione di reati contro la pubblica incolumità – anche con riferimento a patologie da esposizione da amianto.

Recentissimo è il caso di grave contaminazione ambientale da cloro (che ha provocato il ricovero in rianimazione di ben 18 bagnanti) conseguente al mal funzionamento di una piscina termale in Abano Terme.

Ed ancora possono essere ricordati i casi in cui l'azione è stata utilmente esercitata a seguito del danneggiamento – provocato da lavori edilizi – di beni monumentali appartenenti al patrimonio artistico della Nazione e, in quanto tali, sottoposti alla speciale protezione accordata dalla normativa sui beni artistici.

Anche in tal caso è stata valorizzata quella nozione giuridica di ambiente, richiamata dalla sentenza della Corte Costituzionale e successivamente codificata a livello normativo, che ha permesso di considerare lesivo della dimensione culturale dell'ambiente il danneggiamento dei beni sottoposti a speciale protezione dell'autorità proprio in ragione delle loro caratteristiche architettoniche ed artistiche.

Il danno ambientale è stato persino liquidato in seguito a richieste provenienti da soggetti che avevano presentato domanda di riabilitazione rispetto a condanna per furto venatorio. In tal caso, infatti, il Tribunale di sorveglianza ha richiesto, per l'accoglimento della domanda, la prova dell'avvenuto risarcimento dello Stato quale persona offesa del furto di selvaggina non cacciabile.

Benché la sentenza di condanna si riferisse ad una condotta illecita risalente ad oltre 20 anni (ed il danno civile fosse abbondantemente prescritto) in quel caso la particolare natura del procedimento di riabilitazione ha consentito di ottenere, per l'abbattimento di una sola pispola, il risarcimento (simbolico ma non poco significativo in termini di principio) di 500.000 lire.

Anche l'attività di pesca abusiva di vongole ha originato casi in cui è stata esercitata l'azione di risarcimento del danno di cui all'art. 18 della legge 349/1986, così come quella di coltivazione illegittima di cave.

Da ultimo va segnalato che il danno ambientale è stato altresì quantificato anche in relazione al funzionamento irregolare di una centrale termoelettrica di grandi dimensioni, con la conseguente violazione della normativa a protezione dell'inquinamento idrico.

In questo caso la vicenda penale si è conclusa con la declaratoria di prescrizione dei reati contestati agli imputati: si tratterà, pertanto, di valorizzare in sede civile le prove raccolte nel processo penale e quelle che *aliunde* possono essere fornite per dimostrare l'ammontare del profitto conseguito dal trasgressore.

Per concludere sul punto si può, in sostanza, affermare che l'Avvocatura dello Stato di Venezia ha potuto monitorare e seguire – avvalendosi del gruppo di lavoro appositamente istituito da A.P.A.T. per supportare l'attività che compete all'Amministrazione rappresentata, priva di ogni articolazione territoriale – almeno i casi più significativi in cui la condotta umana ha arrecato un danno ambientale, nei termini latè presi in considerazione dalla giurisprudenza costituzionale e del Supremo Collegio.

Il tutto con scarsissimi mezzi propri (si consideri, ad esempio, che sino a due anni fa l'Avvocatura non disponeva di autovettura di servizio e che oggi, assegnata la vettura, è ancora sprovvista di un autista che possa condurla per i non meno 20.000 Km l'anno che richiede un'attività di difesa quale quella descritta) e tra mille difficoltà sia organizzative che di gestione di un contenzioso tanto impegnativo.

Soltanto un più puntuale e consistente supporto – non solo tecnico ma anche organizzativo ed amministrativo che fosse offerto, *in primis*, dall'Amministrazione interessata – potrebbe consentire di mantenere e potenziare il livello di intervento sino ad oggi raggiunto che ha prodotto – nel giro degli ultimi cinque anni – il recupero allo Stato di crediti imputati a risarcimento del danno ambientale per oltre 300 milioni di euro.

Un protocollo operativo che affronti, una volta per tutte, i tanti problemi (amministrativi e non) che di volta in volta si presentano e che vengono spesso risolti in modo diverso dalle singole Direzioni generali, che disciplini le modalità dell'indispensabile ricorso al supporto di consulenti tecnici di parte da utilizzare nel processo, che assegni compiti operativi al

sistema di Agenzie e che li indirizzi espressamente al supporto dell'azione risarcitoria esercitata, tenendo conto degli oneri che debbono essere adempiuti nelle varie fasi del processo, diventa, allora, indispensabile ed urgente.

Dalla sua adozione potranno, infatti, discendere non solo il miglioramento della qualità dell'azione amministrativa ma anche, e soprattutto, quella diffusione sistematica dell'azione di risarcimento del danno ambientale che ancora oggi costituisce l'obiettivo irrinunciabile e primario di quanti vogliano finalmente ottenere una concreta attuazione del principio «chi inquina paga».

## Il processo in Cassazione per gli abusi di Punta Perotti (Bari).

di Pio Giovanni Marrone

Si riporta di seguito parte del ricorso per cassazione proposto nell'interesse del Ministero dell'Ambiente e del Ministero per i Beni e le Attività Culturali, costituitisi parti civili, contro la sentenza della Corte di Appello di Bari, Sezione prima, n. 1919 del 5 giugno 2000 e la conseguente sentenza della Corte di Cassazione, Sezione terza penale, del 29 gennaio 2001, n. 256.

La Corte di merito aveva mandato assolti gli imputati perché il fatto non sussiste e disposto la restituzione degli immobili confiscati in favore degli aventi diritto, riformando la sentenza n. 151 del 10 febbraio 1999, resa dal Giudice per le Indagini Preliminari presso la Pretura Circondariale di Bari.

Avverso la pronuncia di secondo grado l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bari ha presentato ricorso, affiancato poi da quelli proposti dalla Procura Generale presso la Corte di Appello di Bari e dalle altre parti civili costituite.

Si è ritenuto opportuno riprodurre le parti dei motivi di gravame in cui vengono sollevate questioni che hanno consentito alla Suprema Corte di ribadire alcune affermazioni di principio apprezzabili al di là della singola vicenda processuale.

Tra i passaggi della sentenza degni di nota meritano di essere sottolineati quelli riguardanti: la distinzione tra urbanistica e ambiente; la esclusione dell'abrogazione dell'art. 1 della legge n. 431/1985 per effetto dell'entrata in vigore e all'art. 146 del d.lgs.vo n. 490/1999; il rapporto tra legge Galasso e le leggi regionali emanate dalla Regione Puglia in attesa dell'approvazione del piano paesistico; il principio di non ultrattività dei piani pluriennali di attuazione; la verifica, da parte del giudice penale, della compatibilità del piano di lottizzazione con la c.d. legalità urbanistica; la confisca dei manufatti realizzati in forza di un piano di lottizzazione illegittimo.

Avv. Pio Giovanni Marrone

### Dal ricorso dell'Avvocatura dello Stato.

«(Omissis) Motivi.

I. — *Erronea applicazione della legge penale e di altre norme giuridiche di cui si deve tenere conto nell'applicazione della legge penale (art. 51, lett. f legge regionale 31 maggio 1980, n. 56; artt. 1, 1-ter e 1-sexies legge 8 agosto 1985, n. 431; art. 1 e 2 l.r. 11 maggio 1990, n. 30 e successive modifiche, art. 9 e 10 legge 10 febbraio 1953, n. 62) e manifesta illogicità della motivazione in relazione alla affermata insussistenza del vincolo di inedificabilità assoluta (art. 606, comma 1, lett. b ed e cod. proc. pen.).*

La Corte di Appello ha assolto i prevenuti da tutti i reati loro contestati perché il fatto non sussiste in quanto «si deve escludere la sussistenza e l'operatività di qualunque vincolo di inedificabilità» nella zona interessata dagli interventi edilizi, realizzati in forza dei piani di lottizzazione n. 141/1989 e n. 151/1989 e delle successive «varianti».

In particolare, con riguardo al vincolo di inedificabilità assoluta imposto dall'art. 51, lett. *f* della L.R. 56/1980 (pag. 21 e ss. della sentenza gravata), i Giudici di appello, in riforma della sentenza di primo grado, hanno ritenuto che non può sussistere il concorso formale di norme tra il predetto art. 51 e l'art. 1 della legge 8 agosto 1985, n. 431, e, quindi, hanno escluso la coesistenza di vincoli derivanti da entrambe le citate norme, le quali avrebbero l'identico contenuto precettivo, ma si differenzierebbero, «in maniera incompatibile tra di loro, nella previsione del regime di deroga al divieto imposto».

L'art. 51, lett. *f*, L.R. 56/1980 ammette, infatti, la «deroga» (*rectius* l'esonero) dal vincolo di inedificabilità assoluto subordinando l'edificazione, nella zona *C dei centri abitati*, all'esistenza di uno strumento urbanistico vigente o adottato.

L'art. 1, comma 2, della legge Galasso, viceversa, prevede l'esonero dal vincolo paesaggistico, nelle zone diverse dalla A e dalla B, alla duplice seguente condizione: a) vigenza di uno strumento urbanistico, b) inclusione della zona oggetto dell'intervento edificatorio, in un piano pluriennale di attuazione (p.p.a.).

Quest'ultima norma, a parere della Corte, imporrebbe un regime più «restrittivo» (o meglio limitativo dell'esonero al vincolo di inedificabilità) rispetto a quello previsto dall'art. 51, lett. *f*, L.R. 56/1980, che risulterebbe, dunque, «inconciliabile» con la previsione della legge Galasso. Il contrasto tra la norma regionale e quella statale comporterebbe l'abrogazione implicita della prima ai sensi degli artt. 9 e 10 della legge 10 febbraio 1953, n. 62.

Del resto, continua la Corte, l'abrogazione implicita dell'art. 51, lett. *f*, L.R. 56/1980 sarebbe confermata dall'art. 1 della successiva legge regionale 11 maggio 1990, n. 30, modificata dall'art. 2 della legge regionale 11 febbraio 1991, n. 2, che ha previsto una «deroga» fondata su presupposti (inserimento degli interventi edilizi in strumenti urbanistici esecutivi adottati alla data del 6 giugno 1990, da realizzare su aree incluse in p.p.a. approvati a quella data) del tutto diversi da quelli stabiliti dal citato art. 51, il quale non si applicherebbe nel caso di specie.

Tale statuizione è meritevole di censura sotto un duplice profilo.

a) La Corte barese ritiene di potere individuare l'abrogazione implicita dell'art. 51, lett. *f*, L.R. n. 56/1980 comparando «la disciplina del regime della deroga al divieto di inedificabilità», contenuta in quella norma, con la disciplina prevista dalla legge Galasso e della L.R. 30/1990 e successive modifiche.

Tale opzione ermeneutica non convince. Invero, per valutare se una legge impositiva di un vincolo di inedificabilità sia stata abrogata implicitamente da una successiva norma, piuttosto che all'estensione più o meno lata dell'esonero da quel vincolo, occorre guardare alla previsione legislativa (che quel vincolo impone), per verificarne l'oggetto giuridico, la funzione, la natura e l'ambito applicativo. Detta verifica appare, dunque, essenziale per poter stabilire se la tutela apprestata da quelle norme riguardino vincoli posti a salvaguardia di un unico interesse pubblico, con la conseguente abrogazione implicita della disposizione anteriore ovvero se quelle norme siano «funzionalizzate» alla tutela di interessi pubblici *diversi* e, pertanto, ben potrebbero imporre vincoli che possono coesistere tra loro, dando vita ad una tutela «concorrente» del bene protetto (Cons. di Stato, sezione IV, 4 dicembre 1998, n. 1734; Ministero Beni Culturali c/ Soc. Ciga immob. e altro, in *Riv. Amm.*, 1999, 161).

Se tale verifica la Corte avesse compiuto, avrebbe senz'altro rilevato la differente natura e funzione (in relazione al bene tutelato e agli interessi considerati dal legislatore) del vincolo imposto dalla L.R. 56/1980 rispetto a quello previsto dalla legge Galasso.

Invero, come ha correttamente affermato il Giudice di primo grado (pag. 35 ss.), l'effetto abrogante della legge regionale, riconosciuto dall'art. 10 della legge 10 febbraio 1953, n. 62, alla legge statale sopravvenuta, si verifica solo nei casi di diretta ed accertata incompatibilità tra le due norme (Corte Cost. 8 maggio 1995 n. 153, in Cons. di Stato, 1995, II, 839). Tale incompatibilità, nella specie, non può sussistere perché non vi è una assoluta contraddittorietà tra le due norme in esame, tale da renderne impossibile l'applicazione contemporanea (Sez. lav., 18 febbraio 1995, n. 1760, cui si aggiungono i richiami giurisprudenziali citati a pag. 36 della sentenza di primo grado).

I vincoli in parola, infatti, hanno un carattere e una funzione completamente diversi tra loro: l'art. 51, lett. *f*, L.R. 56/1980 pone un vincolo di carattere urbanistico, perché è imposto da una legge volta a disciplinare l'ordinato assetto territoriale in Puglia; mentre l'art. 1 della legge Galasso impone, come è noto, per la prima volta con norma primaria, un vincolo di

natura paesaggistico su tutto il territorio nazionale. Non sfugga che, del resto, la non assimilabilità dei vincoli paesaggistici a quelli urbanistici è stata riconfermata dalla Corte Costituzionale (sentenza 18-23 luglio 1997, n. 262).

La differenza tra i due vincoli in parola è, d'altra parte, ben nota all'Ecc. ma Corte adita, nonché al Consiglio di Stato, come confermano i nutriti richiami giurisprudenziali riportati a pag. 38 della sentenza di primo grado.

In definitiva, deve ritenersi insussistente l'incompatibilità tra la previsione della L.R. 56/1980 e quella della legge Galasso. Tale conclusione è conforme alla giurisprudenza dell'Ecc. ma Corte adita (Sez. III, 21 gennaio 1997, Volpe ed altri; III, 7 giugno 1994, Ruotolo) e del Giudice Amministrativo (Cons. di Stato, IV, 23 aprile 1993 n. 458 e Cons. di Stato, sezione IV, 28 febbraio 1995 n. 300; T.A.R. Puglia, Sez. Lecce, 6 febbraio 1990 n. 130).

Non può, quindi, fondatamente sostenersi, come afferma erroneamente la Corte di Appello, che l'art. 51, lett. *f*, della L.R. 56/1980 sia stato abrogato dalla L.R. 30/1990, in quanto i vincoli imposti dalla prima sono di carattere «prettamente urbanistico», mentre i vincoli imposti dalla seconda «hanno natura paesistico-ambientale» come ha avuto modo di chiarire il T.A.R. Puglia, Seconda Sezione, in due recenti pronunzie, n. 940/2000 e n. 1044/2000, entrambe depositate il 17 marzo 2000, e in particolare con la pronuncia da ultimo citata. E se ciò vale con riferimento alla successione tra le due leggi regionali, tanto più deve valere con riferimento alla legge Galasso, la quale pone un vincolo di natura squisitamente paesaggistica, che non può essere assimilato e confuso con il vincolo di carattere urbanistico imposto dall'art. 51, lett. *f*, della L.R. 56/1980, con la conseguente esclusione di qualsiasi abrogazione implicita per incompatibilità tra le due norme.

Oltre alla natura e alla funzione dei vincoli di inedificabilità, per differenziare le previsioni della L.R. 56/1980 da quelle della legge Galasso, occorre considerare anche il diverso ambito operativo delle due norme. Va, infatti, rilevato che l'art. 51, lett. *f*, L.R. 56/1980 è legge speciale rispetto alla legge n. 431/1985, poiché la norma regionale fa «salvo quant'altro disposto dalla legislazione statale e regionale». Tale riserva, che il legislatore regionale ha espressamente inserito, conferma che tale previsione può tranquillamente coesistere con una norma statale quale l'art. 1 della legge Galasso.

E non è tutto, perché la L.R. 56/1980, significativamente intitolata «Tutela ed uso del territorio», riguarda pacificamente la materia urbanistica. In tale materia, come è noto, esiste una potestà legislativa «concorrente» tra Stato e Regione (art. 117, Cost.), che affida al primo il compito di tracciare «i principi fondamentali» che la Regione deve rispettare. L'urbanistica è, dunque, una delle funzioni «trasferite» alle Regioni dal d.P.R. 27 luglio 1977, n. 616, che riserva allo Stato solo il compito di tracciare «le linee fondamentali dell'assetto territoriale nazionale».

I valori paesaggistici trovano, invece, riconoscimento nell'art 9 Cost. e afferiscono ad una materia «delegata» alle Regioni (art. 118 Cost.).

Urbanistica e tutela del paesaggio trovano riconoscimento, dunque, in distinte fonti normative e di conseguenza le leggi nazionali o regionali che le disciplinano hanno un differente ambito operativo. Infatti «La tutela del paesaggio, attribuita dall'art. 9 Cost. alla potestà legislativa dello Stato e non anche delle regioni, è limitata alla protezione delle bellezze paesistiche e pertanto una legge regionale, che vieti l'edificazione entro una determinata fascia costiera fino all'approvazione di un piano urbanistico regionale e nei soli comuni non provvisti di piano regolatore generale, non è costituzionalmente illegittima, poiché concerne la materia urbanistica, attribuita dall'art. 117 Cost. alla potestà legislativa delle regioni a statuto ordinario» (Corte Cost. 29 dicembre 1982, n. 239, in *Cass. pen.* 1983, 562, per i vincoli «boschivi» Corte Cost. 5 maggio 1988, n. 239). Sicché pare difficile sostenere che una legge regionale, dettata in materia urbanistica, che impone un vincolo di inedificabilità fino all'entrata in vigore del piano territoriale (c.d. misura di salvaguardia), possa essere abrogata una legge nazionale che impone un vincolo paesaggistico.

*b) (Omissis).*

III. — *Erronea applicazione della legge penale e di altre norme giuridiche di cui si deve tenere conto nell'applicazione della legge penale (art. 2 c.p. e artt. 1, 1-ter e 1-sexies legge 8 agosto 1985, n. 431 artt. 146 comma 2 lett. b e 166 d. lgs. 27 dicembre 1999, n. 490) in relazione alla affermata insussistenza del vincolo di inedificabilità (art. 606, comma 1, lett. b cod. proc. pen.).*

La sentenza gravata è, altresì, censurabile nel punto in cui i Giudici di secondo grado escludono l'operatività del vincolo imposto dall'art. 1, comma 1, lett. a della legge n. 431/1985.

Ritiene la Corte barese che l'intero art. 1 della legge da ultimo citata sia stata abrogata dall'art. 166 del d.lgs. 27 dicembre 1999, n. 490, e sostituito nel suo contenuto precettivo dall'art. 146 del predetto decreto legislativo che testualmente recita:

*«1. Sono comunque sottoposti alle disposizioni di questo titolo in ragione del loro interesse paesaggistico:*

*a) i territori costieri compresi in una fascia della profondità di 300 metri dalla linea di battigia, anche per i terreni elevati sul mare (...)*

*2. Le disposizioni previste dal comma 1 non si applicano alle aree che alla data del 6 settembre 1985:*

*a) erano delimitate negli strumenti urbanistici come zone A e B;*

*b) limitatamente alle parti ricomprese nei piani pluriennali di attuazione, erano delimitate negli strumenti urbanistici a norma del decreto ministeriale 2 aprile 1968, n. 1444 come zone diverse da quelle indicate alla lettera a) e, nei comuni sprovvisti di tali strumenti, ricadevano nei centri edificati perimetrati a norma dell'articolo 18 della legge 22 ottobre 1971, n. 865».*

Detta norma consentirebbe di ritenere legittimo l'intervento edilizio per cui è causa, in quanto le opere sono state realizzate in una zona compresa nel primo piano pluriennale di attuazione (p.p.a.) del Comune di Bari, vigente alla data del 6 settembre 1985, perché entrato in vigore il 29 dicembre 1980 e decaduto il 29 dicembre 1985. La vigenza del predetto p.p.a. ha indotto la Corte a reputare applicabile alla fattispecie in esame l'esonerazione dal vincolo paesaggistico, previsto dalla lett. b dell'art. 146 del d. lgs. n. 490/1999. La norma da ultimo citata, a parere dei Giudici di appello, sarebbe innovativa rispetto al testo originario dell'art. 1, comma 2, della legge Galasso ed escluderebbe *«qualunque conseguenza derivante dalla cessazione degli effetti del P.P.A. e dalla riespansione del vincolo»*.

Senoché tale opzione interpretativa è in aperto contrasto con i principi affermati dall'Ecc.ma Corte adita in una pronuncia (Sez. III, 10 aprile / 29 maggio 2000, n. 1551, Cice) di poco anteriore a quella che qui si censura in cui si legge che: *«l'esclusione dal vincolo paesaggistico di cui all'art. 1 della legge n. 431/1985 è limitata sul piano temporale e non va estesa oltre le previsioni letterali di legge, sicché le zone di espansione edilizia (zona C ed altre), di cui agli strumenti urbanistici comunali, ancorché parzialmente edificate sono soggette a controllo paesaggistico per le ulteriori modificazioni, qualora non siano state incluse in P.P.A. vigente a momento dell'entrata in vigore della legge Galasso»*.

*Su tale principio non ha innovato il citato decreto legislativo [n. 490/1999] che ha soltanto proceduto alla sistemazione organica della materia di beni culturali ed ambientali, riproducendo, quanto ai casi di esclusione delle aree dal vincolo paesaggistico, la precedente normativa che va letta secondo il diritto vivente»*.

Tale affermazione di principio è perfettamente in linea con quanto sostenuto dalle Amministrazioni esponenti nel giudizio di appello (pag. 8-10 note di replica del 5 giugno 2000) che, per dissipare ogni dubbio circa l'impossibilità di ritenere esonerate dal vincolo le aree incluse in P.P.A. vigenti al 6 settembre 1985 e successivamente scaduti, hanno riportato il testo della nota esplicativa della bozza di articolato, curata dall'Ufficio Centrale per i Beni Ambientali e Paesaggistici del Ministero per i Beni e le Attività Culturali e poi sottoposta alla approvazione della Commissione che ha redatto il testo unico in commento:

*«Il compito attribuito alla Commissione non appare consentire modifiche dei beni già individuati dalla normativa vigente quali meritevoli di tutela. Pertanto si è riprodotto il testo del quinto comma dell'art. 82 del d.P.R. 616/1977 così come introdotto dalla legge 431/1985. L'unico termine innovativo è la parola «comunque», introdotta in riferimento al precedente articolo 1 del presente testo.»*

*«È apparso invece necessario introdurre modifiche al dettato del sesto comma del citato articolo 82. Infatti la dizione di tale comma è stato oggetto di quesiti all'Avvocatura Generale dello Stato in ordine alla qualificazione delle aree indicate dal legislatore e quindi della portata della deroga. L'Avvocatura Generale dello Stato ha chiarito come tale norma esiga una stretta interpretazione per la quale le zone escluse dal vincolo ope legis sono soltanto quelle indicate e riferibili al decreto ministeriale 1444/1968 (cfr. nota n. 024830 del 3 marzo 1993) e come gli strumenti urbanistici menzionati nella legge stessa debbono [essere] stati adottati prima dell'en-*

*trata in vigore della legge 431/1985 (Cfr. nota n. 118792 del 19 ottobre 1993). Tale elemento appare confortato anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr. in tal senso Sez. VI, decisione n. 1351 del 31 dicembre 1988). D'altra parte il Consiglio di Stato si è pronunciato specificatamente sulla impossibilità di estendere tale eccezione al vincolo imposto dal Ministero per i beni Culturali e Ambientali (ed ora anche dalla Regione competente) nell'esercizio del potere di integrazione degli elenchi di cui allo stesso art. 82 (cfr. in tal senso la citata decisione del Consiglio di Stato n. 1351 del 31 dicembre 1988 e pronunce successive). Si è quindi ritenuto di dover limitare temporalmente tale eccezione».*

E se si esamina il parere reso con nota n. 118792 del 19 ottobre 1993 dell'Avvocatura Generale dello Stato — depositato in atti — a proposito dell'esonero dal vincolo per gli intervenuti ricompresi nei P.P.A., si legge testualmente: *«Questa estensione dell'esonero dal vincolo appare razionalmente spiegabile considerando che la funzione propria e specifica del P.P.A. consiste nella programmazione temporale dello sviluppo edilizio, con effetti vincolanti che in un certo senso trasformano lo ius aedificandi in un obbligo di realizzare, entro il termine di efficacia del P.P.A., la destinazione edificatoria stabilita dagli strumenti urbanistici; obbligo, sia pur indirettamente, sanzionato dalla facoltà espropriativa del Comune (art. 34.6 legge n. 10/1977).*

*«Tuttavia la ragione di questa equiparazione tra edificazione in atto ed edificazione dove-rosa alla data di entrata in vigore della legge n. 431/1985 non sembra riconoscibile oltre la scadenza del P.P.A. in vigore alla suddetta data; la mancata attuazione del P.P.A. entro il termine della sua efficacia comporta quindi il venir meno del titolo di esenzione dal vincolo; né tale effetto sembra poter essere impedito dalla proroga o dalla rinnovazione del P.P.A. inattuato, così come i P.P.A. adottati successivamente all'entrata in vigore della legge n. 431/1985 non producono gli effetti di esonero concessi dal citato 6° comma, dell'art. 82».*

Gli atti sopra riportati dimostrano, dunque, ove ancora ve ne fosse bisogno, la reale volontà legislativa, che anima il testo unico n. 490/1999, nel quale viene recepita la lettura dell'originario comma 2 dell'art. 1 della legge Galasso che si è venuta formando nel diritto vivente.

Con l'entrata in vigore dell'art. 146 del d.lgs. n. 490/1999 non si è verificata, quindi, alcuna successione di leggi penali nel tempo sicché il predetto art. 146 non può essere ritenuto, ai sensi dell'art. 2 cod. pen., norma in concreto più favorevole per gli imputati, non avendo affatto innovato la previsione della legge Galasso.

Ed allora la Corte del merito avrebbe dovuto valutare la sussistenza del vincolo paesaggistico in questione con riferimento alla previsione dell'art. 1 della legge n. 431/1985 e alla interpretazione giurisprudenziale consolidatasi nel tempo, al fine di valutare la sussistenza della penale responsabilità dei prevenuti ai sensi dell'art. 1-sexies della medesima legge.

Sotto tale profilo l'indagine dei Giudici di secondo grado si manifesta assolutamente perché prescinde dal diritto vivente richiamato nella sentenza dell'Ecc.ma Corte adita n. 1551/2000, che è frutto di una accurata opera interpretativa, fondata su precise argomentazioni di ordine letterale, logico e sistematico (Sez. III, 21 gennaio 1997, Volpe) inutilmente invocate dall'Amministrazione esponenti nel corso del giudizio di appello.

L'interpretazione restrittiva della norma che prevede l'esonero dal vincolo, ribadita nella sentenza in commento, avrebbe dovuto indurre la Corte barese a verificare se nella fattispecie esistesse *«la programmata ed attuale possibilità di edificare»* durante la vigenza del primo P.P.A. del comune di Bari e se la zona in questione risultasse inclusa nei successivi P.P.A. che fossero *«in rapporto di stretta continuità con l'attuazione dei programmi edificatori già in vigore al momento dell'entrata in vigore della legge Galasso»*.

Una simile indagine non è stata affatto compiuta dai Giudici di secondo grado, i quali, a causa di tale omissione, non hanno rilevato che l'area oggetto dell'intervento edilizio in questione ricadeva sì in una zona diversa dalla A e dalla B, che era sì delimitata in uno strumento urbanistico ed inclusa in un P.P.A. vigente al momento dell'entrata in vigore della legge Galasso, ma una volta scaduto quel P.P.A., era stata inserita in un secondo P.P.A., che non era certamente in rapporto di stretta continuità con il primo. Infatti, per effettuare l'intervento edilizio in parola è stato necessario adottare uno strumento urbanistico attuativo dopo l'entrata in vigore della legge n. 431/1985. L'adozione dei piani di lottizzazione in data 20 marzo 1990, infatti, integra l'ipotesi tipica di esclusione di quel rapporto di continuità tra i due P.P.A. espressamente contemplata nella citata sentenza (Sez. III 1551/2000,



Cice), che non ammette la possibilità di escludere l'operatività del vincolo paesaggistico, imposto dalla legge statale, mediante l'emanazione di un provvedimento amministrativo successivo all'entrata in vigore della norma impositiva del vincolo.

Per potere, quindi, escludere l'operatività del vincolo di inedificabilità imposto dalla legge Galasso, la Corte di appello ha dovuto necessariamente attribuire al primo P.P.A. del Comune di Bari *efficacia «ultrattiva»*, discostandosi così dai principi affermati dall'Ecc.ma Corte adita anche con la sentenza del 17 novembre 1997, resa al termine della fase cautelare dell'odierno giudizio.

A tal proposito va ricordato che, dalla ricostruzione dei fatti esposta nella sentenza impugnata, risulta che i piani di lottizzazione n. 141/1989 e n. 151/1989, sono stati entrambi adottati, con delibere consiliari del 20 marzo 1990 e sono stati approvati dal Consiglio Comunale di Bari, con successive delibere dell'11 maggio 1992 e che il Comune di Bari si è dotato di un primo Piano pluriennale di attuazione (P.P.A.), per gli anni dal 1980 al 1985 e di un secondo P.P.A. vigente dal 1986 fino all'8 settembre 1991.

Ne consegue che, come correttamente ha ritenuto il Giudice di prime cure, al momento dell'approvazione dei piani di lottizzazione (p.d.l.), non poteva trovare applicazione l'art. 1, comma 2, della legge n. 431/1985, in quanto a quella data (11 maggio 1992) era decorso il termine di efficacia del primo P.P.A. (31 dicembre 1985). Pertanto, per potere ritenere operante la norma che consente l'esonero dal vincolo imposta dall'art. 1, primo comma, della legge Galasso è necessario attribuire a quel P.P.A. efficacia *«ultrattiva»*. Senonché il G.I.P. ha escluso motivatamente che ai P.P.A. possa attribuirsi tale efficacia *ultrattiva*, in conformità con il prevalente orientamento dei giudici ordinari e dei giudici amministrativi, che si sono occupati *ex professo* della questione (cfr. pag. 44-49 della sentenza di primo grado).

Del resto la tesi che nega *«l'ultrattività»* del P.P.A. ha trovato sempre maggiori consensi in giurisprudenza, tanto da far pacificamente ritenere superato l'orientamento contrario da sempre minoritario. Alla giurisprudenza indicata nella sentenza di primo grado (pag. 46 ss.) va aggiunto il richiamo a qualche recente pronuncia del G.A.

Si è affermato, infatti, che l'esonero dal vincolo paesaggistico previsto dal quinto comma dell'art. 82 d.P.R. 24 luglio 1977 n. 616, aggiunto, dall'art. 1 della legge n. 431/1985 *«è riferibile, infatti, solo ai P.P.A. ancora efficaci, trattandosi di strumenti che assicurando il coordinato e programmato svolgimento dell'attività edilizia anche in zone ritenute particolarmente «sensibili» sul piano paesaggistico, sono stati rivisti dal legislatore come espressione dei consapevoli apprezzamenti dell'autorità locale in tema di tutela del territorio e del paesaggio in particolare, tali da consentire per ciò stesso la deroga al generale principio normativo; laddove, invece, tali strumenti abbiano perduto, come nella specie, la propria efficacia operativa, così da lasciare le aree di competenza prive delle garanzie come sopra offerte dagli strumenti attuativi stessi, deve ritenersi che la deroga medesima non possa più operare e le aree paesaggisticamente vincolate tornino a soggiacere all'ordinario regime di vincolo ex lege 1497/1939 e alla connessa esigenza della previa acquisizione, ai fini del rilascio del titolo concessorio, del prescritto nulla osta paesaggistico»* (Cons. di Stato, Sez. V, 18 agosto 1998, 1268)

E ancora: *«la deroga [al vincolo paesaggistico imposto dalla legge Galasso], per il suo carattere intrinseco di eccezione alla regola generale, nonché per la dichiarata finalità di tutela di situazioni in itinere al momento dell'entrata in vigore della nuova normativa, non sopravvive alla scadenza dell'atto di pianificazione preso a parametro della efficacia della norma derogatoria»*.

*«Ne consegue che scaduto il P.P.A. vigente al momento dell'entrata in vigore della legge n. 431/1985 trova applicazione per l'intero territorio la norma generale, per cui i territori costieri compresi nella fascia di 300 mt. dal mare sono sottoposti al vincolo paesaggistico ai sensi della legge 29 giugno 1939 n. 1497 (Corte di Cassazione, Sez. pen., 12 luglio 1993 n. 1512). Il che è il coerenza con quanto previsto dalla legge 28 gennaio 1977 n. 10 che fissa al P.P.A. un limite massimo di efficacia di cinque anni, scaduto il quale cessa l'operatività delle previsioni in esso contenute che nel predetto arco temporale non hanno ricevuto attuazione»*.

*«Vero che rientra nella potestà del comune mantenere ferme le sue scelte programmatiche al fine del completamento di opere comprese nel piano pluriennale scaduto, ma tale scelta si esplica nell'adozione di un nuovo piano pluriennale di attuazione, cioè di un atto nuovo, talora, impropriamente, definito proroga.»*

«*Ne consegue, per quanto riguarda la deroga al vincolo generalizzato di cui alla legge n. 431/1985, che la qualità impressa all'area e rivelata dall'inserimento della stessa nelle previsioni del programma vigente alla data di entrata in vigore della legge n. 431/1985, costituisce un effetto che non sopravvive alla caducazione dell'atto nel quale unicamente trovava giustificazione e fondamento, con l'effetto della riespansione del vincolo paesaggistico (Cons. di Stato, sez. V, 20 novembre 1987 n. 710)*» (T.A.R. Puglia, Sez. II, 5 settembre 1998, n. 750).

Ciò posto, sta di fatto che, in linea con quanto ritenuto dai giudici amministrativi, l'Ecc.ma Corte adita, come si è detto, ha avuto modo di affermare, nel presente procedimento, il seguente principio di diritto: «*una volta scaduto il limite temporale di validità di tali strumenti urbanistici [i P.P.A.] (completati o non i processi di urbanizzazione dagli stessi previsti), il vincolo si espande in quanto l'operatività della disciplina contenuta nell'art. 1 comma 2, legge 431/1985 presuppone l'attualità dei piani*».

«*I programmi in oggetto sono un mezzo per graduare nel tempo la trasformazione del territorio in quanto individuano – nel quadro del piano regolatore generale – i settori su cui intervenire con priorità nell'ambito di scadenze ben definite*».

«*Il giudizio dell'autorità amministrativa su tali priorità non ha un effetto permanente, bensì è valido rispetto a un determinato lasso di tempo, quello di vigenza dei piani pluriennali; il consenso all'edificazione non può avere carattere definitivo essendo stato emanato con riferimento ad una contingente situazione destinata a modificarsi nel tempo*».

«*Pertanto non è sostenibile il principio di ultrattività del piano scaduto e non sostituito*» (in tal senso anche Sez. III, 27 maggio 1996, Sez. III, 21 gennaio 1997, Sez. III 9 giugno 1997, Sez. III, 24 marzo 1998).

Ha, quindi, errato la Corte di Appello nel ritenere inesistente il vincolo paesaggistico imposto dalla legge Galasso nella zona in questione, tanto più che, nella pronuncia del 17 novembre 1997, l'Ecc.ma Corte adita ha affermato che «*al momento dell'adozione del piano regolatore [rectius piano di lottizzazione n.d.r.] (20 marzo 1990) vigeva per la fattispecie in esame la legge 431/1985 (e non ancora la L.R. 30/1990 del 11 maggio 1990)*».

IV. — *Erronea applicazione della legge penale e di altre norme giuridiche di cui si deve tenere conto nell'applicazione della legge penale (artt. 1, 1-ter e 1-sexies legge 8 agosto 1985 n. 431; artt. 1 ss. l.r. 30/1990 e succ. modifiche) e manifesta illogicità della motivazione in relazione alla affermata insussistenza del vincolo di inedificabilità (art. 606, comma 1, lett. b ed e, cod. proc. pen.)*.

Ha errato la Corte nel ritenere che nessun vincolo di inedificabilità deriva dalla legislazione regionale emanata dopo l'adozione (20 marzo 1990) del p.d.l. «*contenente una disciplina della deroga del divieto di edificabilità più rigorosa e restrittiva di quella prevista dalla c.d. legge Galasso*».

Anche quest'ultima affermazione appare chiaramente contraddittoria, in quanto diventa difficile comprendere come possa una legge regionale (L.R. 2/1991) «più restrittiva» della legge statale (n. 431/1985) consentire di ritenere non assoggettata a vincolo una zona la quale, se quella legge regionale (L.R. 2/1991) non trovasse applicazione, sarebbe — seguendo il ragionamento della Corte barese — certamente soggetta al vincolo imposto dalla legge n. 431/1985.

Ma non è soltanto tale innegabile contraddizione a viziare la parte motiva della sentenza impugnata, perché le conclusioni raggiunte dai Giudici di secondo grado presuppongono: a) l'attribuzione dell'efficacia ultrattiva anche al secondo P.P.A. del Comune di Bari; b) l'abrogazione ovvero quanto meno la modifica in senso estensivo della previsione derogatoria del vincolo paesaggistico di cui all'art. 1, comma 2, della legge n. 431/1985. Infatti, senza il richiamo alla L.R. n. 2/1991, la Corte non avrebbe potuto escludere la sussistenza del vincolo imposto dalla legge Galasso.

Sub a) va considerato che la Corte di appello afferma che l'esenzione dal vincolo paesaggistico prevista dalla predetta legge regionale opera in forza della previsione della L.R. 2/1991 in quanto: 1) i piani di lottizzazione sono stati adottati il 20 marzo 1990 e cioè prima del 6 giugno 1990; 2) l'area interessata dall'intervento edilizio — rientrando nella zona C — era inclusa in un piano pluriennale di attuazione approvato avente efficacia fino al 31 dicembre 1990.

Senonché per ritenere integrata la seconda delle due condizioni per l'operatività della norma regionale che «deroga» al vincolo di inedificabilità, la Corte barese è costretta a fare necessariamente riferimento non al primo piano pluriennale di attuazione adottato dal Comune di Bari, irrimediabilmente scaduto al 31 dicembre 1985, bensì al *secondo P.P.A. valevole fino all'8 settembre 1991*, dimenticando così il principio di non ultrattività dei P.P.A.

Diventa difficile, infatti, negare che, attraverso il richiamo alla legge regionale n. 2/1991 di fatto (e in contrasto con quanto affermato dalle citate pronunce dell'Ecc.ma Corte adita) i Giudici di appello consentono di spiegare efficacia ultrattiva al *primo* P.P.A. del Comune di Bari, già abbondantemente scaduto alla data di adozione dei p.d.l. (20 marzo 1990).

Ma non è tutto, perché i Giudici di secondo grado ritengono, altresì, che i suoli in questione erano esenti da vincolo paesaggistico in virtù della L.R. n. 2/1991, in vigore al momento dell'approvazione dei piani di lottizzazione. Tale affermazione non è condivisibile e contrasta, ancora una volta, con quanto sostenuto in linea di principio dall'Ecc.ma Corte adita, poiché *presuppone la ultrattività anche del secondo P.P.A.* del Comune di Bari.

Non vi è dubbio, infatti, che i piani di lottizzazione in questione erano stati *adottati* il 20 marzo 1990 e cioè prima del 6 giugno 1990 (data di entrata in vigore dell'entrata della L.R. 2/1991), mentre sono stati approvati solo in data 11 maggio 1992. Orbene è del tutto evidente che *al momento dell'approvazione dei piani di lottizzazione il secondo P.P.A., se pur adottato dal Comune di Bari prima del 6 giugno 1990, era da tempo scaduto (in data 8 settembre 1991)*.

Pertanto, come si legge nella sentenza dell'Ecc.ma Corte adita del 17 novembre 1997, con riferimento alla legge Galasso, se *«è vero che una volta scaduto il limite temporale di validità di tali strumenti urbanistici – i P.P.A. n. d.r.- (completati o non i processi di urbanizzazione dagli stessi previsti), il vincolo si espande in quanto l'operatività della disciplina contenuta nell'art. 1 comma 2 legge 431/1985 presuppone l'attualità dei piani»*, si deve ritenere che anche la disciplina contenuta nella L.R. n. 2/1991 deve necessariamente presupporre l'attualità dei suddetti piani. Ne deriva, quindi, che *al momento dell'approvazione dei piani di lottizzazione in discorso (11 maggio 1992) il vincolo paesaggistico, imposto dalla L.R. 30/1990, si era riespanso, una volta scaduto il secondo P.P.A. del Comune di Bari alla data dell'8 settembre 1991*.

In altri termini quel che si sostiene è che l'esonero da vincolo, contemplato dalla L.R. 2/1991, non può atteggiarsi diversamente rispetto all'esonero previsto dall'art. 1, comma 2, della legge Galasso, altrimenti il disposto della legge regionale non sarebbe «più restrittiva» rispetto a quella della legge nazionale, come afferma la Corte barese. Se così è, sfugge il motivo per cui mentre con riferimento alla legge Galasso, il vincolo si riespande allorché cessa l'efficacia del P.P.A. (non potendo quest'ultimo avere efficacia ultrattiva), viceversa, con riguardo alla previsione della L.R. 2/1991, gli interventi inseriti negli strumenti urbanistici attuativi adottati alla data del 6 giugno 1990 ed incidenti in aree incluse in P.P.A. approvato alla stessa data, sarebbero consentiti anche quando quel P.P.A. abbia cessato di spiegare la sua efficacia.

Di qui l'errore in cui è incorsa la Corte di appello nel non considerare che l'esonero dal vincolo paesaggistico, imposto nella zona in parola dall'art. 1 L.R. 30/1990 e successive modifiche, è temporalmente delimitato dalla efficacia del P.P.A., che una volta terminata determina la riespansione del divieto di inedificabilità.

Ben si comprende allora che l'esonero dal vincolo disposto dalla L.R. 2/1991 è limitato agli interventi edilizi che devono essere completati nell'arco temporale di vigenza del P.P.A., altrimenti rischierebbe di verificarsi quel che di fatto è accaduto nel caso che ci occupa.

E valga il vero. La Difesa degli imputati non contesta che dopo l'approvazione dei p.d.l. in data 20 marzo 1990, sono state introdotte se non vere e proprie «varianti», quanto meno delle modificazioni (non certo irrilevanti) rispetto ai piani originariamente adottati. In particolare l'inserimento nella sequenza procedimentale di questi nuovi elaborati tecnici (introdotti con istanza del 9 dicembre 1991 a firma dell'Ing. M.M. per la lottizzazione n. 141/1989 e con istanza del 12 marzo 1991 a firma del sig. D.A. per la lottizzazione n. 151/1989) è intervenuta tra la fase della adozione e quella dell'approvazione dei p.d.l. (pag 28 e 30 sentenza di primo grado e relazione Ing. F. pag. 62 ss. e 100 ss.). Tali modificazioni, che hanno alterato l'unitarietà del procedimento volto all'approvazione dei p.d.l.,

secondo quanto risulta dalla nota n. 2933/01 del 24 febbraio 1991 a firma dell'Assessore all'Urbanistica della Regione Puglia (105 ss. relazione Ing. F.), erano finalizzate, come esattamente ha rilevato il Giudice di primo grado, all'elusione della normativa vincolistica imposta dalla L.R. 30/1990 (pag. 76 sentenza di primo grado).

Orbene, simili «modificazioni» (consistenti in incrementi di quantità e variazione dei perimetri delle aree a *standard* per la lottizzazione n. 141/1987 e addirittura in una nuova soluzione planovolumetrica per la lottizzazione n. 151/1989), ad avviso della sottoscritta difesa si risolvono in nuove progettazioni di lottizzazione, che dovevano essere nuovamente sottoposte all'adozione da parte del Comune di Bari, con l'inevitabile conseguenza dell'inapplicabilità dell'esonero previsto dalla L.R. perché l'adozione sarebbe stata deliberata in data successiva al 6 giugno 1990. Tuttavia, anche a non volere accedere a tale conclusione, resta il fatto che *dopo* la scadenza del secondo P.P.A. del Comune di Bari (8 settembre 1991) sono state apportate ai due p.d.l. adottati alla data del 20 marzo 1990, modifiche sostanziali, le quali sono state recepite nei provvedimenti di approvazione dei p.d.l. risalenti all'11 maggio 1992. Pertanto i p.d.l. approvati, rispetto a quelli adottati in data 20 marzo 1990, contengono modifiche essenziali introdotte dopo la scadenza del P.P.A. vigente alla data del 6 giugno 1990.

Ed allora si tratta di verificare se sia conforme alla *ratio* della L.R. 2/1991 – che impone delle misure salvaguardia in attesa dell'approvazione del P.U.T.T., in ossequio al disposto dell'art. 1-ter della legge Galasso – un'interpretazione che consenta di modificare, con atti amministrativi successivi alla adozione dei p.d.l. e alla scadenza del P.P.A., modifiche sostanziali poi recepite in sede di approvazione del piano il quale risulta essere, pertanto, evidentemente diverso da quello adottato ovvero se si debba accogliere un'interpretazione davvero «più restrittiva» rispetto alla Galasso, per cui una volta scaduto il limite temporale di validità del P.P.A. il vincolo si riespande completati o non che siano i processi di urbanizzazione previsti da quel P.P.A.

Ha, dunque, errato la Corte di appello nel non ritenere che, una volta scaduta l'efficacia temporale del (secondo) P.P.A., gli ulteriori provvedimenti amministrativi (leggi delibere di approvazione dei p.d.l. dell'11 maggio 1992) che introducono modifiche sostanziali ai piani adottati presuppongono l'ultrattività di un P.P.A. che è precedentemente scaduto, perché consentono la protrazione degli effetti di quest'ultimo anche rispetto ad interventi modificativi del territorio intervenuti dopo la cessazione della sua vigenza.

*Sub b)* non sembra possibile ritenere che la L.R. 2/1991 possa in qualche modo derogare o addirittura abrogare le previsioni vincolistiche della legge Galasso.

In primo luogo l'art. 2 della legge n. 431/1985 testualmente recita: «*Le disposizioni di cui all'art. 1 del decreto-legge 27 giugno 1985 n. 312, recante disposizioni urgenti per la tutela di zone di particolare interesse ambientale, come convertito in legge dalla presente legge, costituiscono norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica*». Tali norme impongono, come è noto, un limite espresso al potere legislativo regionale concorrente nelle materie di cui all'art. 117 Cost. (Corte Cost. 26 gennaio 1957 n. 35, in *Giur Cost.*, 1957, 437; Corte Cost. 8 luglio 1957 n. 105, in *Giur Cost.*, 1957, 997; Corte Cost., 18 aprile 1967 n. 44, in *Giur. Cost.*, 1967, 257; Corte Cost. 8 luglio 1969 n. 120, in *Giur Cost.*, 1969, 1686).

Pertanto, *la legge Galasso, essendo norma fondamentale di riforma economico sociale, è dotata di una particolare forza di legge e non può essere modificata da una previsione regionale successiva, la quale se contrastasse con i principi fissati da detta legge statale, sarebbe viziata da illegittimità costituzionale.*

Tale conclusione risulta pienamente confermata dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, se si considera il noto caso del piano paesistico adottato dalla Regione Emilia Romagna, che aveva esteso il vincolo paesaggistico introdotto dalla legge n. 431/1985 all'intero territorio regionale. Nel risolvere il conflitto di attribuzioni sorto tra Stato e Regione, la Corte Costituzionale ha ritenuto che l'art. 1-bis della legge n. 431/1985, il quale impone alle regioni l'adozione del piano paesistico, «*non esclude che la stessa Regione, nell'esercizio delle sue competenze urbanistiche, possa estendere l'efficacia dello strumento anche al di là della sua sfera «necessaria», fino ad investire aree non comprese nella disciplina della legge n. 431*» (Corte Cost. 13 luglio 1990 n. 327).

*La possibilità per il legislatore regionale di modificare le previsioni della legge Galasso appare, dunque, chiaramente limitata, a giudizio della Corte Costituzionale, ad i soli interventi ampliativi del vincolo paesaggistico, essendo esclusa la possibilità di intaccare con legge o provvedimento regionale la tutela «minimale» preordinata dalla legge n. 431/1985.*

A sostegno di tale conclusione vi è un ulteriore argomento di carattere sistematico: la L.R. n. 30/1990 e le successive leggi di modifica tra cui la L.R. n. 2/1991, sono state emanate dal legislatore in forza del disposto dell'art. 1-ter della legge n. 431/1985, che consente alle Regioni nell'ambito delle zone assoggettate a vincolo paesaggistico di individuare le aree in cui è vietata, fino all'adozione da parte delle Regioni dei piani paesistici (o dei piani urbanistici territoriali con specifica considerazione dei valori paesistici ed ambientali di cui all'art. 1-bis della stessa legge), «ogni modificazione dell'assetto del territorio nonché qualsiasi opera edilizia, con esclusione degli interventi di manutenzione ordinaria, straordinaria, di consolidamento statico e di restauro conservativo che non alterino lo stato dei luoghi e l'aspetto esteriore degli edifici».

Sostenere, quindi, che in forza di tali norme regionali di salvaguardia (del territorio) in vista dell'approvazione dei predetti piani sia possibile estendere la previsione derogatoria del vincolo paesaggistico imposto dalla legge Galasso, è affermazione sicuramente suggestiva, ma di certo non ancorata ad una lettura aderente al senso e al significato della normativa in parola.

Sarebbe paradossale ritenere che in forza della L.R. 2/1991, la quale trae origine dall'art. 1-ter della legge n. 431/1985 che consente alle Regioni di emanare provvedimenti ampliativi del vincolo, si possano, invece, estendere i casi di esenzione dal vincolo paesaggistico, oltre i limiti fissati dalla legge Galasso. In tal caso si dovrebbe ritenere che il legislatore regionale pugliese, più che di rafforzare il vincolo paesaggistico, si sia piuttosto preoccupato di ampliare le previsioni che consentono l'edificazione in deroga al vincolo stesso, nel tentativo di «salvaguardare» le iniziative edilizie già programmate addirittura a distanza di cinque anni dall'entrata in vigore della Galasso.

È di tutta evidenza che se si attribuisce un simile significato alle leggi regionali in commento, si finisce per svuotare l'intento che ha animato il legislatore statale del 1985. Ne consegue che tale lettura delle leggi regionali e in particolare della L.R. n. 2/1991 non è accettabile perché finisce per svilire la valenza normativa della legge n. 431/1985, privandola della particolare efficacia che il legislatore aveva inteso attribuirle, tanto da indurre qualche autore (forse troppo ottimista) a salutare benevolmente la sua portata «innovativa» in vista della reale tutela dell'ambiente.

Le considerazioni sopra esposte consentono, quindi, di esaminare la questione di legittimità costituzionale della L.R. 2/1991 sollevata dal difensore dell'Associazione italiana per il WWF-ONLUS, e completamente ignorata (del pari alle argomentazioni sopra esposte) dai Giudici di appello. Giova precisare, al riguardo, che la sottoscritta difesa non fa propria detta eccezione perché ritiene che la L.R. 2/1991 possa e debba essere correttamente interpretata in conformità con i principi già affermati dalla Corte Costituzionale nel citato caso del piano paesistico adottato dalla Regione Emilia Romagna (Corte Cost. 13 luglio 1990 n. 327), che esclude categoricamente la possibilità intaccare con legge o provvedimento regionale la tutela «minimale» preordinata dalla legge n. 431/1985.

Del resto i Giudici delle Leggi non hanno esitato a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 11 lett. a) della legge regionale del Piemonte n. 20 del 3 aprile 1989, che estendeva l'ambito delle zone di particolare interesse ambientale sottratte al vincolo paesaggistico delimitato dall'art. 82, comma 6, del d.P.R. n. 616/1977, come modificato dall'art. 1, comma 2, della legge Galasso (Corte Cost. 31 marzo 1994 n. 110 in *Giur. Cost.*, 1994, 948).

Pertanto, delle due l'una: o si aderisce alla proposta lettura «costituzionale» della norma in commento, che impedisce di ritenere che la L.R. 2/1991 possa estendere la previsione di esonero dal vincolo paesaggistico oltre i limiti fissati dall'art. 1, comma 2, della legge Galasso oppure i dubbi sull'illegittimità costituzionale della legge regionale permangono, con ogni inevitabile conseguenza di cui l'Ecc.ma Corte adita non potrà non tenere conto.

V. — *Erronea applicazione della legge penale e di altre norme giuridiche di cui si deve tenere conto nell'applicazione della legge penale (artt. 1, 1-ter e 1-sexies legge 8 agosto 1985 n. 431; Lr. 14/1993) in relazione alla omessa acquisizione del parere del C.U.R. (art. 606, comma 1, lett. b cod. proc. pen.).*

Si censura, altresì, l'errata l'esclusione, da parte dei Giudici di appello, dell'applicabilità alla fattispecie per cui è causa della L.R. 9 agosto 1993 n. 14, che impone la sottoposizione al parere del Comitato Urbanistico Regionale «*per l'accertamento del non contrasto con le esigenze di tutela delle aree di particolare interesse ambientale paesaggistico*», degli strumenti urbanistici attuativi presentati alla data del 6 giugno 1990.

La Corte barese, infatti, ha ritenuto che la sottoposizione al parere obbligatorio e non vincolante del C.U.R. «*deve intendersi riferita solo ai piani non ancora approvati alla data in vigore della legge regionale*». Nel caso che ci occupa la L.R. 14/1993, quindi, non si applicherebbe perché i due p.d.l. sono stati approvati in data 11 maggio 1992.

Tali affermazioni non convincono per due ordini di ragioni:

a) Accettando, infatti, la prevalente teoria c.d. della condotta, il *tempus commissi delicti*, con riferimento a tutte le fattispecie penali indicate nei capi di imputazione, va identificato con l'inizio dell'attività di trasformazione del territorio: vale a dire nel mese di febbraio del 1995. In tale momento gli imputati conoscevano, o quanto meno avrebbero dovuto conoscere, la normativa extrapenale vigente e in particolare verificare l'esistenza di norme che imponessero il vincolo paesaggistico. Pertanto, poiché nel mese di febbraio del 1995 l'art. 2 L.R. n. 30/1990, come modificato dalla L.R. n. 2/1991, risultava sostituito dall'articolo unico della L.R. 14/1993, è a tale ultima norma che gli imputati dovevano far riferimento per valutare l'esistenza di disposizioni normative che consentissero di ritenere la zona in questione non assoggettata al vincolo paesaggistico. E se tale verifica gli imputati avessero correttamente fatto, sarebbero giunti alla conclusione che, in forza del disposto della L.R. n. 14/1993, il piano di lottizzazione doveva essere sottoposto al parere preventivo del C.U.R.

Invero la L.R. n. 14/1993 stabilisce che il parere del C.U.R. è *preventivo* e come tale deve essere emesso prima che il piano di lottizzazione diventi efficace. Sennonché, è noto che nelle lottizzazioni c.d. a iniziativa privata (come quelle che ci occupano) con l'approvazione da parte del Consiglio Comunale il piano «*non produce ancora alcuno dei suoi effetti tipici (concernenti la legittimazione a dar corso all'utilizzo del suolo a scopo edificatorio) finché la convenzione non sia stata sottoscritta*» (così da ultimo A. TRAVI, *Piano di lottizzazione e comparti*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Torino 1996, 155). Ed allora, siccome le convenzioni relative alle lottizzazioni per cui è causa sono state stipulate nel mese di novembre del 1993 e del 1994, quanto meno fino a tale momento era possibile sottoporre i p.d.l. al parere dell'organo regionale. Pertanto, gli odierni imputati dovevano sottoporre gli originari p.d.l. al parere del C.U.R. e, comunque, una volta constatata l'omissione, dovevano astenersi dall'iniziare i lavori.

Ne consegue che, come correttamente ha ritenuto il Giudice di primo grado, l'esistenza del vincolo paesaggistico imposto dalla legislazione regionale impediva agli imputati di realizzare gli interventi edilizi in questione, tanto più in assenza del parere del C.U.R. che non è mai stato richiesto.

b) Tuttavia, anche applicando il principio *tempus regit actum*, nel senso invocato dalla Difesa degli imputati e recepito nella sentenza impugnata e, quindi, tenendo conto esclusivamente della L.R. 2/1991 per valutare la condotta criminosa posta in essere nel 1995, le perplessità permangono con riguardo alle varianti introdotte *dopo* l'entrata in vigore della L.R. 14/1993.

Tali varianti sono di ben più di due (come risulta dalla sentenza impugnata, dalla consulenza Ing. F. e dalla statuizione di primo grado pag. 75-80) e sono state introdotte (anche) dopo l'approvazione dei p.d.l. (*omissis*).

Ciò premesso, per poter ritenere che le suddette varianti abbiano semplicemente modificato, senza alcuna variazione essenziale, le prescrizioni dei piani di lottizzazione originari, occorre dimostrare che tali varianti non abbiano comunque modificato la scelta amministrativa effettuata nel 1992 dal Consiglio Comunale di Bari all'atto dell'approvazione dei piani originari, perché se non così fosse, la sottoposizione al parere del C.U.R. delle varianti finirebbe irrimediabilmente per rivelarsi necessaria allo scopo di escludere il rilievo penale della condotta ascritta agli odierni prevenuti.

Invero, contrariamente a quanto sostenuto dai Giudici di appello, le varianti in parola non potevano e non possono considerarsi «lievi» (poiché hanno inciso notevolmente sull'aumento di cubatura e hanno introdotto modifiche essenziali ai progetti originari, quali ad

esempio il mutamento della sagoma) e non dovevano, dunque, essere adottate con il ricorso alla sottoscrizione dell'atto d'obbligo, previo parere della Commissione Edilizia Aggiunta del Comune di Bari.

Pertanto, quelle varianti (che in realtà sono *nuove lottizzazioni*) dovevano seguire, pur se in forma semplificata, l'iter procedimentale previsto per l'approvazione dei p.d.l. e quanto meno dovevano essere approvate dal Consiglio Comunale di Bari.

La Corte del merito, viceversa, si limita ad affermare che, stante l'applicazione della L.R. 2/1991, non vi era necessità di alcuna riapertura dei procedimenti di approvazione dei p.d.l. ormai esauriti alla data dell'11 maggio 1992. E ciò se può giustificarsi con le modifiche apportate prima di quella data, non si giustifica affatto per le varianti introdotte *dopo* quella data, perché le stesse sono tutte successive l'entrata in vigore della L.R. 14/1993.

La ragione per la quale la legge ultimo citata non avrebbe dovuto trovare applicazione, per le varianti adottate dopo la sua entrata in vigore, rimane assolutamente misteriosa. In realtà proprio la corretta applicazione del principio *tempus regit actum* avrebbe, invece, dovuto indurre la Corte di appello a ritenere che le varianti introdotte nel vigore della L.R. 14/1993 dovevano essere sottoposte al parere del C.U.R. (*omissis*).

*P.T.M.* In considerazione di quanto sopra esposto si insta, affinché: l'Ecc.ma. Corte adita annulli per i motivi innanzi esposti la sentenza impugnata che assolve gli imputati perché il fatto non sussiste e revoca i provvedimenti di confisca ed acquisizione al Comune di Bari degli immobili di cui ai piani di lottizzazione n. 141/1989 e n. 151/1989, con ogni conseguenza di legge, anche per quanto attiene agli interessi civili.

Bari, 26 ottobre 2000

Avv. dello Stato Pio Giovanni Marrone».

**Corte Suprema di Cassazione, sezione terza penale, sentenza 29 gennaio 2001, n. 256** – Pres. D. Avitabile – P.M. A. Galasso – Ministero dell'ambiente, Ministero dei beni culturali ed ambientali (Avv. dello Stato P.G. Marrone), W.W.F., Legambiente c/ M.M. ed altri.

«(*omissis*) *Svolgimento del processo.* Il G.I.P. della Pretura di Bari, con sentenza 10 febbraio 1999 pronunciata in esito a giudizio celebrato con il rito abbreviato, assolveva con la formula «perché il fatto non costituisce reato» (*omissis*).

Il G.I.P. affermava la sussistenza «di tutte le violazioni di legge contestate dalla pubblica accusa» ma riteneva che gli imputati dovessero andare esenti da pena, ai sensi dell'art. 5 cod.pen. come interpretato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 364 del 24 marzo 1988, «poiché dagli atti processuali scaturisce il dubbio che gli stessi siano incorsi in errore scusabile nell'interpretazione delle norme violate».

Disponeva, ai sensi dell'art. 19 della legge n. 47/1985 la confisca e l'acquisizione al patrimonio del Comune di Bari dei suoli e dell'intero complesso immobiliare di cui ai piani di lottizzazione n. 141/1989 e n. 151/1989.

Sui gravami proposti da tutti gli imputati, nonché dal Procuratore generale della Repubblica presso la Corte di Appello di Bari, dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Bari, e, per le parti civili costituite, dall'Avvocatura dello Stato per il Ministero dell'ambiente e per il Ministero dei beni culturali ed ambientali, e dall'Associazione italiana per il WWF, la Corte di Appello di Bari — con sentenza 5 giugno 2000 — *sulle conformi conclusioni del rappresentante in udienza della pubblica accusa* assolveva tutti gli imputati dalle contravvenzioni ad essi rispettivamente ascritte, «perché il fatto non sussiste», escludendo «la sussistenza e la operatività di qualunque vincolo di inedificabilità», e revocava le statuizioni di confisca ed acquisizione al patrimonio comunale.

Avverso tale sentenza hanno proposto separati ricorsi:

- il Procuratore generale della Repubblica presso la Corte di Appello di Bari;
- l'Avvocatura distrettuale dello Stato per il Ministero dell'ambiente e per il Ministero dei beni e le attività culturali;
- l'Associazione italiana per il W.W.F.;
- le Associazioni Legambiente nazionale e Legambiente regionale pugliese. (*omissis*).

*Motivi della decisione. 1.* — *L'ambito territoriale in cui sono stati realizzati gli interventi edilizi e la «zonizzazione» del piano regolatore generale.* La Corte di merito ha affrontato preliminarmente la questione dell'individuazione delle prescrizioni di zona imposte dal piano regolatore generale del Comune di Bari all'ambito territoriale in cui sono stati realizzati gli interventi edilizi in oggetto ed in proposito ha rilevato quanto segue:

— l'interpretazione degli artt. 1 e 2 del decreto ministeriale n. 1444/1968 consente di escludere che vi possa essere da parte degli strumenti urbanistici elencati nell'art. 1, la previsione di una divisione del territorio ulteriore e differente rispetto ai tipi di zone omogenee individuate dall'art. 2;

— la maglia territoriale interessata dalle lottizzazioni in esame viene tipizzata nel P.R.G. come destinata ad «attività terziarie», per le quali, ai sensi dell'art. 39 delle norme di attuazione dello stesso strumento urbanistico generale, sono consentiti «*insediamenti destinati al commercio all'ingrosso e ai trasporti extraurbani su strada e alle attività ausiliarie ai trasporti limitatamente agli ambienti di rappresentanza ed agli uffici, nonché al commercio al minuto, agli alberghi e ai pubblici servizi, alle attività ausiliarie al commercio, alle attività di comunicazione, credito, assicurazioni, gestioni finanziarie, servizi per l'igiene e la pulizia, servizi dello spettacolo, produzione e distribuzione del gas ed acqua (limitatamente agli uffici), pubblica amministrazione e studi professionali ed attività similari, frammista alla residenza nella misura massima del 50% del volume ammesso, misura percentuale calcolata come media dell'intero comparto.*»

Si tratterebbe, pertanto, di una «zona mista», inquadrabile tuttavia — considerata la percentuale di edificazione e la destinazione d'uso consentita (terziario e residenziale) — nella zona C) di cui all'art. 2 del decreto ministeriale n. 1444/1968, che «può avere tutte le destinazioni d'uso possibili con esclusione di quelle industriali».

La questione è stata affrontata in relazione alle previsioni:

— dell'art. 51, lett. f), della legge della Regione Puglia 31 maggio 1980, n. 56, che — *con norma di salvaguardia urbanistica* — inibisce, fino all'entrata in vigore dei piani territoriali, «qualsiasi opera di edificazione entro la fascia di 300 metri dal confine del demanio marittimo o dal ciglio più elevato sul mare», consentendo però la edificazione in deroga a tale divieto, «per gli strumenti urbanistici vigenti o adottati alla data di entrata in vigore» della stessa legge, «solo nelle zone omogenee A), B) e C) *dei centri abitati e negli insediamenti turistici*»;

— dell'art. 2, 2° comma, della legge regionale 11 maggio 1990, n. 30 e delle successive modificazioni apportate a tale norma dalle leggi regionali n. 2/1991 e n. 14/1993; nonché alla valutazione dei rapporti delle anzidette disposizioni legislative regionali con la previsione dell'art. 1, 2° comma, del d.l. 27 giugno 1985, n. 312 (c.d. Galasso), convertito con modificazioni nella legge 8 agosto 1985, n. 431, secondo la quale «*Il vincolo [paesaggistico] di cui al precedente comma non si applica alle zone A), B) e — limitatamente alle parti ricomprese nei piani pluriennali di attuazione — alle altre zone, come delimitate negli strumenti urbanistici ai sensi del decreto ministeriale 2 aprile 1968, n. 1444 e, nei Comuni sprovvisti di tali strumenti, ai centri edificati perimetrati ai sensi dell'art. 18 della legge 22 ottobre 1971, n. 865.*»

Appare opportuno, in proposito, porre in rilievo — ai fini di un inquadramento generale del tema — che l'interpretazione dell'art. 7, 2° comma, della legge n. 1150/1942 (contenuto dal piano regolatore generale) e, soprattutto, del decreto ministeriale n. 1444/1968, si ricollega a due concezioni contrapposte della pianificazione urbanistica che comportano essenziali divergenze nelle implicazioni economiche e sociologiche.

In antitesi all'ottica di *rigida zonizzazione* (propria degli anni '60 e di scuola americana, non prescritta in modo esplicito da alcuna disposizione normativa ma largamente seguita nella prassi applicativa tradizionale), che attribuisce a ciascuna porzione del territorio comunale un'unica funzione specializzata, si pone la differente prospettiva (di stampo europeo e sperimentata a partire dalla metà degli anni '80 in città modello come Berlino e Barcellona) che, in luogo della codificazione in «*zoning*» del territorio, persegue l'intento di consentire un *uso flessibile del suolo*, attraverso la compresenza di una molteplicità di usi promiscui nell'ambito di una stessa zona (complessità delle funzioni).



Nel senso dell'integrazione funzionale, con superamento della zonizzazione rigida, vanno nella legislazione più recente gli istituti dei c.d. programmi urbani complessi (di cui alle leggi 17 febbraio 1992, n. 179; 4 dicembre 1993, n. 493 ed a vari decreti ministeriali).

Questa nuova tipologia di programmi — caratterizzata dalla «pluralità di funzioni» all'interno di un medesimo ambito urbano — fa del concetto di *integrazione tra opere diverse* (residenziali, non residenziali, destinate ad insediamenti terziari o a servizi, rivolte alla trasformazione di aree in verde pubblico) e tra forme diverse di finanziamento (pubblico e privato) il proprio fulcro metodologico e funzionale, sicché ben si può affermare che il suddetto principio dell'integrazione sia stato pienamente recepito nella materia urbanistica e che possa, pertanto, essere utilizzato quale criterio tecnico-giuridico di pianificazione territoriale (vedi T.A.R. Emilia Romagna, Sez. I, 14 gennaio 1999, n. 22).

Al di là di tali considerazioni, deve evidenziarsi, comunque, che il Comune, in sede di pianificazione generale del proprio territorio, utilizza due strumenti che hanno fini diversi:

— la divisione in zone di territorio ai sensi dell'art. 7 della legge n. 1150/1942, destinata a delineare il progetto di sviluppo della città in senso dinamico;

— la definizione, per zone territoriali omogenee, dei limiti e dei rapporti tra edificazione a scopo residenziale e produttivo e spazi pubblici, ai sensi dell'art. 41-*quinquies* della stessa legge e del decreto ministeriale n. 1444 del 1968, che acquista rilevanza ai soli fini della dotazione degli *standard*, «senza peraltro costituire vincolo alle valutazioni tecnico-discrezionali dell'Amministrazione» (Cons. Stato, Sez. IV, 25 maggio 1998, n. 869).

L'art. 2 del decreto ministeriale n. 1444/1968 prevede, in particolare, tre zone destinate ad insediamenti residenziali (zona A, B e C), una zona destinata a «nuovi insediamenti per impianti industriali o ad essi assimilati» (zona D), una zona destinata ad usi agricoli (zona E), una zona destinata ad attrezzature ed impianti di interesse generale (zona F).

I parametri per la individuazione delle zone territoriali non sono tra loro omogenei: le zone di tipo A), B) e C) sono caratterizzate ed individuate, infatti, attraverso le qualità fisiche ed edilizie del territorio, indipendentemente dalle destinazioni d'uso del suolo in atto o previste dal piano in quella specifica porzione di terreno; mentre le zone di tipo D), E) ed F) sono caratterizzate dalle destinazioni d'uso previste dal piano, indipendentemente dalle caratteristiche fisiche dell'edificazione e del territorio.

La divisione in zone del territorio comunale può non coincidere con la individuazione delle zone territoriali omogenee previste dal decreto ministeriale n. 1444/1968, sicché ben può verificarsi (come nel caso in esame) che in una zona territoriale omogenea sia compresa più di una destinazione di P.R.G. e, nelle situazioni di incertezza e di ambiguità, la individuazione delle zone omogenee viene ad essere completamente determinata dalla successiva operazione di definizione delle quantità minime di aree per i servizi e di vincolo per l'edificazione, che si intendono perseguire e porre in atto.

Nella fattispecie in esame la zona interessata dalle lottizzazioni in esame viene tipizzata nel P.R.G. come destinata ad «attività terziarie» e, ai sensi dell'art. 39 delle norme tecniche di attuazione dello stesso piano, ha la funzione specifica di «determinare la concentrazione di unità locali e di enti delle amministrazioni operanti nel settore terziario a livello urbano e metropolitano». Essa ha una precisa localizzazione ed un'autonoma disciplina e, anche quanto al dimensionamento degli *standard*, è nettamente distinta dalle zone individuate come C) o come sottocategorie di C), che nel piano regolatore di Bari non sono previste con riferimento a destinazioni d'uso diverse da quelle residenziali.

Non può mancare, inoltre, di rilevarsi che la deroga posta all'art. 51, lett. f), della legge della Regione Puglia 31 maggio 1980, n. 56, consente la edificazione «per gli strumenti urbanistici vigenti o adottati alla data di entrata in vigore» della stessa legge e «solo nelle zone omogenee A), B) e C) dei centri abitati e negli insediamenti turistici».

La legge urbanistica n. 1150/1942 non fornisce la definizione di «centro abitato», né impartisce criteri per concreta perimetrazione di esso.

L'Istituto centrale di statistica definisce il «centro abitato» come «un aggregato di case continue e vicine con interposte strade, piazze e simili, o comunque brevi soluzioni di continuità, caratterizzate dall'esistenza di servizi o esercizi pubblici determinanti un luogo di raccolta, ove sogliono concorrere gli abitanti dei luoghi vicini per ragioni di culto, istruzione, affari, approvvigionamenti e simili».

Il «*centro abitato*» va identificato, dunque, nella situazione di fatto ed in proposito la sentenza di primo grado ha accertato che «tra l'ultima costruzione dell'abitato e la trasformazione dell'area in oggetto non vi è continuità fisica», evidenziando altresì [con argomentazione *ad adiuvandum*] come dalla planimetria allegata alla deliberazione n. 534 del 21 aprile 1977 della Giunta municipale di Bari risulti che la maglia terziaria del lungomare Perotti, di cui ci occupiamo, ricadeva a quell'epoca fuori del «centro edificato» delimitato ai sensi della legge n. 865 del 1971, mentre soltanto con deliberazione del Consiglio comunale n. 220 del 23 novembre 1994 (successiva all'approvazione delle lottizzazioni in oggetto e riferita alla diversa materia della definizione dei canoni di pagamento delle tasse connesse all'impiantistica pubblicitaria) la stessa zona è stata considerata ricadente all'interno del perimetro del centro abitato ai sensi del D.Lgs. n. 205/1992.

Gli stessi progettisti delle lottizzazioni in oggetto, infine, nella individuazione e nel dimensionamento degli *standard*, non hanno applicato le previsioni riduttive (e più favorevoli) delle norme di attuazione del P.R.G. che consentivano e consentono l'applicazione di valori dimezzati qualora la zona da trasformare sia da considerarsi come «completamento dell'abitato esistente».

Nella fattispecie in esame, dunque, deve considerarsi arbitraria la qualificazione del territorio lottizzato quale zona C), alla stregua delle previsioni del piano regolatore.

Evidente è l'efficacia tranciante di tale conclusione rispetto ad ogni ulteriore esame. Anche qualora, però, una classificazione siffatta potesse ritenersi corretta, dovrà egualmente affermarsi la sussistenza di quei vincoli paesaggistici, esclusi dalla Corte territoriale sulla base di argomentazioni che, come verrà di seguito dimostrato, non possono essere condivise.

2. — *L'affermata abrogazione dell'art. 51, lett. f), della legge regionale 31 maggio 1980, n. 56, per il ritenuto contrasto con le disposizioni della legge statale 8 agosto 1985, n. 431, in correlazione a quanto disposto dagli artt. 9 e 10 della legge statale 10 febbraio 1953, n. 62. La legge della Regione Puglia 31 maggio 1980, n. 56, disciplina la «Tutela ed uso del territorio».*

Essa, tra l'altro:

— regola gli «strumenti della pianificazione territoriale», che individua, a livello di area vasta, nel piano urbanistico territoriale regionale (P.U.T.) e sue articolazioni (P.U.T.T. e P.U.I.);

— specifica i contenuti e gli elaborati del piano di lottizzazione e, nel regolamentarne la procedura di formazione e di approvazione, prescrive la *necessità del preventivo parere obbligatorio e vincolante del Comitato urbanistico regionale* in ipotesi di lottizzazione in zone gravate da vincoli paesaggistici (artt. 21 e 27);

— fissa — al Titolo IV — gli *standard* urbanistici, specificando all'art. 51 (costituente esso solo tale titolo) che, *sino all'entrata in vigore dei piani territoriali* nella formazione dei nuovi piani regolatori generali va favorita la previsione di *zone miste* di insediamenti artigianali, commerciali, direzionali e residenziali (lett. c, n. 5).

Lo stesso art. 51, dispone poi:

— alla lettera *f)*, che sempre sino all'entrata in vigore dei piani territoriali «è vietata qualsiasi opera di edificazione entro la fascia di 300 metri dal confine del demanio marittimo o dal ciglio più elevato sul mare.

*Per gli strumenti urbanistici vigenti o adottati alla data di entrata in vigore della presente legge, è consentita la edificazione solo nelle zone omogenee A), B) e C) dei centri abitati e negli insediamenti turistici...»;*

— alla lettera *h)*, che — sempre sino all'entrata in vigore dei piani territoriali «è vietata qualsiasi opera di edificazione all'interno della fascia di 200 metri dalla battigia delle coste dei laghi, dei fiumi, delle gravine.

*Per gli strumenti urbanistici vigenti o adottati alla data di entrata in vigore della presente legge, valgono le disposizioni di cui al precedente punto f), secondo capoverso».*

A questa normativa regionale la Corte di merito compara quella (successivamente) introdotta dalla legge statale (c.d. Galasso) n. 431/1985 e rileva che il regime derogatorio posto all'art. 1, 2° comma, della legge Galasso — secondo la quale «Il vincolo [paesaggistico] di cui al precedente comma non si applica alle zone A), B) e — limitatamente alle parti ricomprese nei piani pluriennali di attuazione altre zone, come delimitate negli stru-

menti urbanistici ai sensi del decreto ministeriale 2 aprile 1968, n. 1444 e, nei Comuni sprovvisti di tali strumenti, ai centri edificati perimetrati ai sensi dell'art. 18 della legge 22 ottobre 1971, n. 865» — si fonda sul presupposto dell'esistenza di un duplice requisito:

- la vigenza di uno strumento urbanistico (P.R.G.);
- l'essere la zona, o parte di essa, ricompresa in un programma pluriennale di attuazione (P.P.A.).

Detto regime viene considerato da quei giudici «più restrittivo e perciò inconciliabile con quello previsto dall'art. 51, lett. f), della legge regionale 31 maggio 1980, n. 56, che subordina la deroga, per i *centri abitati*, alla sola vigenza o adozione di uno strumento urbanistico», sicché essi — richiamando il disposto degli artt. 9 e 10 della legge 10 febbraio 1953, n. 62 — ne traggono la conseguenza della intervenuta «abrogazione implicita della medesima legge regionale nella parte in cui si trovi in contrasto con quella nazionale, in particolare nella parte in cui disciplina il regime della deroga alla inedificabilità nella fascia dei 300 metri dal limite della battigia».

A tali argomentazioni deve replicarsi che:

a) gli articoli 9 e 10 della legge 10 febbraio 1953, n. 62 riguardano le materie attribuite alla competenza regionale *ex art.* 117 della Costituzione (art. 9, comma 1) e stabiliscono l'abrogazione delle norme regionali in contrasto con «*i principi fondamentali*» delle leggi della Repubblica (art. 10, comma 1).

L'effetto abrogante si verifica solo nei casi di diretta ed accertata incompatibilità tra le due norme (Corte Costituzionale, 8 maggio 1995, n. 153), mentre nella specie una incompatibilità siffatta non sussiste, poiché non vi è una assoluta contraddittorietà tra le disposizioni in esame, tale da renderne impossibile l'applicazione contemporanea.

Le disposizioni della legge n. 56/1980 della regione Puglia — in particolare — non possono ritenersi *in contrasto* e perciò *incompatibili con «i principi fondamentali»* posti dalla legge statale n. 431/1985, in quanto la legge riguarda la materia «*urbanistica*», attribuita alla competenza delle Regioni dall'art. 117 della Costituzione, mentre la legge statale è riferita alla «*tutela del paesaggio*», materia da ricondursi all'art. 9, 2° comma, della Costituzione e soltanto delegata alle Regioni (vedi T.A.R. Puglia, Sez. Lecce, 6 febbraio 1990, n. 130 e le recenti decisioni della Sez. II nn. 940/2000 e 1044/2000, entrambe depositate il 17 marzo 2000).

L'art. 51 della legge regionale n. 56/1980, nello specifico — secondo la sua testuale formulazione — pone *standard urbanistici*, quali limitazioni delle previsioni insediative dei piani comunali fino all'entrata in vigore dei piani territoriali.

Appare opportuno ricordare, in proposito, che la Corte Costituzionale, già con la sentenza n. 239 del 29 dicembre 1982 (aggiornando, alla luce dei mutamenti intervenuti nell'ordinamento positivo, le argomentazioni ancor prima svolte nella decisione n. 141 del 24 luglio 1972), ebbe ad escludere dall'*urbanistica* la *tutela del paesaggio*, e ciò appunto ai sensi del comma 2 dell'art. 9 della Costituzione, «secondo cui la tutela del paesaggio è compito della Repubblica e quindi in prima linea dello Stato, disposizione correttamente intesa ed applicata dal ... d.P.R. n. 616 del 1977, il quale all'art. 82 ha delegato (in base all'art. 118, comma 2, della Costituzione) e non trasferito alle Regioni (come ha fatto per le materie previste dall'art. 117 della Costituzione stessa) le funzioni amministrative in materia. Né in senso contrario» — continua la Corte — «potrebbe avocarsi il disposto del ricordato art. 80 del d.P.R. n. 616 del 1977, il quale completa la definizione dell'*urbanistica*, aggiungendo la previsione della *protezione dell'ambiente*, poiché nel citato art. 80 la formula legislativa è usata in senso restrittivo e riferita soltanto al profilo urbanistico, come risulta evidente dalla collocazione della disposizione, la quale è posta a completamento della nozione di urbanistica ... ciò posto osserva la Corte che intuitivamente la medesima zona di territorio può formare oggetto di provvedimenti normativi relativi al paesaggio ovvero concernenti l'*urbanistica*».

I provvedimenti di *tutela del paesaggio* — secondo il Giudice delle leggi — si caratterizzano per il fatto che concernono precipuamente «la protezione di un valore estetico-culturale» relativo «alle bellezze paesistiche» (decisione n. 239/1982) ovvero «alla forma del territorio» (decisione n. 359 del 21 dicembre 1985).

L'*urbanistica* e la tutela del paesaggio continuano a mantenere ciascuna una propria specificità nella sentenza della Corte Costituzionale 9 dicembre 1991, n. 437, secondo la

quale «L'art. 80 del d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616 non comporta l'inclusione della materia della *tutela del paesaggio* in quella dell'*urbanistica*, assegnata alla competenza esclusiva delle Regioni».

La pianificazione urbanistica e quella paesaggistica — ribadisce ancora il Giudice delle leggi con la sentenza n. 379 del 7 novembre 1994, n. 379 — perseguono fini distinti, anche se i mutamenti intervenuti nelle rispettive pianificazioni hanno condotto il paesaggio e l'urbanistica ad «una sorta di *mutualità integrativa*, per effetto della quale la tutela dei valori paesaggistico-ambientali si realizza anche attraverso la pianificazione urbanistica» alla stregua della disposizione di cui all'art. 1-*bis* della legge n. 431/1985.

Secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, «il concetto giuridico dell'*urbanistica* si è nel tempo progressivamente ampliato fino a corrispondere, giusta quanto stabilito dall'art. 80 del d.P.R. n. 616/1977, alla disciplina dell'uso del territorio, comprensiva di tutti gli aspetti conoscitivi, normativi e gestionali riguardanti le operazioni di salvaguardia e di trasformazione del suolo nonché di *protezione dell'ambiente*» (Cons. Stato, Sez. V, 9 dicembre 1997, n. 1478) ed ancora recentemente la Corte Costituzionale ha definito l'urbanistica come «la disciplina del territorio comprensiva di tutti gli aspetti conoscitivi, normativi e gestionali riguardanti le operazioni di salvaguardia e di trasformazione del suolo, nonché di *protezione dell'ambiente* (Corte Cost., 7 ottobre 1999, n. 382).

La nozione di *ambiente*, però, è necessario ribadirlo, è riferita al territorio naturale quale *habitat* dell'uomo, e la relativa normativa è rivolta alla tutela della salute dell'uomo e dei valori ecologici e culturali di conservazione della natura; laddove la normativa di *tutela del paesaggio* si prefigge espressamente il fine di salvaguardare i valori estetico-culturali del territorio.

Si vedano, infine, le argomentazioni svolte da Cass., Sez. III, 21 gennaio 1997; 13 novembre 1995; 1 febbraio 1995; 7 giugno 1994.

b) Nessuna incompatibilità sussiste tra le due diverse normative (statale e regionale), non potendo porsi in dubbio — come rilevato dalla Corte Costituzionale — che una zona di territorio interessata o meno da vincolo paesaggistico di inedificabilità assoluto o relativo, possa essere comunque autonomamente sottoposta a vincolo di inedificabilità assoluta quale *standard* o misura di salvaguardia correlata alla pianificazione urbanistica del territorio.

c) Questa Corte, nella fase cautelare, con le sentenze nn. 3382-85 del 17 novembre 1997, ha ravvisato una incompatibilità di disciplina quanto alla «edificazione delle zone costiere», non ha considerato, però, che tali zone territoriali (le coste) ben possono formare oggetto di distinti provvedimenti normativi relativi al paesaggio ovvero concernenti l'urbanistica.

In conclusione deve rilevarsi che, dalla data della presentazione a quella dell'*adozione* (20 marzo 1990) dei piani di lottizzazione in oggetto (*approvati* l'11 maggio 1992) la legge regionale 11 maggio 1990, n. 30 (la prima che nella Regione Puglia ha dato attuazione alla legge statale n. 431/1985) non era ancora in vigore, sicché, nei procedimenti di formazione dei due piani di lottizzazione in esame, dovevano trovare integrale applicazione — quanto ai profili di assetto urbanistico del territorio — gli *standard* imposti con la legge regionale n. 56/1980 e — quanto ai profili di tutela paesaggistico-ambientale — le disposizioni introdotte dalla legge statale n. 431/1985.

3. — *L'affermata abrogazione dell'art. 1 della legge 8 agosto 1985, n. 431 ad opera dell'art. 146 del D.Lgs. 29 ottobre 1999, n. 490 (Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali)*. Afferma la Corte di merito barese che, per il disposto degli artt. 146 e 166 del D.Lgs. 29 ottobre 1999, n. 490 (Testo Unico della legislazione in materia di beni culturali ed ambientali), il regime giuridico dei vincoli paesistici generali risulterebbe sostanzialmente modificato con previsione più favorevole agli imputati ex art. 2 del codice penale.

Il secondo comma dell'art. 146 prevede che:

«le disposizioni previste dal comma 1 non si applicano alle aree che, alla data del 6 settembre 1995:

a) erano delimitate negli strumenti urbanistici come zone A) e B);

b) limitatamente alle parti ricomprese nei piani pluriennali di attuazione, erano delimitate negli strumenti urbanistici a norma del decreto ministeriale 2 aprile 1968, n. 1444 come zone diverse da quelle indicate alla lettera a) e, nei Comuni sprovvisti di tali strumenti, ricadevano nei centri edificati perimetrati a norma dell'art. 18 della legge 22 ottobre 1971, n. 865».

Detta norma, secondo l'interpretazione che ne dà la Corte territoriale:

a) consentirebbe di ritenere legittime le lottizzazioni e gli interventi per cui è causa, poiché renderebbe applicabile alla fattispecie in esame l'esonero dal vincolo paesaggistico in quanto le opere sono state realizzate in zona compresa in un programma pluriennale di attuazione del Comune di Bari vigente alla data del 6 settembre 1985 (entrato in vigore il 29 dicembre 1980 e decaduto il 29 dicembre 1985);

b) sarebbe innovativa rispetto al testo originario della legge n. 431/1985, in quanto escluderebbe «qualunque conseguenza derivante dalla cessazione degli effetti del P.P.A. e dalla espansione del vincolo».

Trattasi di interpretazione assolutamente erronea ed in contrasto con i principi già affermati da questa Sezione con la sentenza 29 maggio 2000, n. 1551, Cice, secondo i quali:

— l'esclusione del vincolo paesaggistico di cui all'art. 1 della legge n. 431/1985 è limitato sul piano temporale e non va esteso oltre le previsioni letterali di legge, sicché le zone di espansione edilizia di cui agli strumenti urbanistici comunali, ancorché parzialmente edificate sono soggette a controllo paesaggistico, per le ulteriori modificazioni, qualora non siano state incluse in un programma pluriennale di attuazione al momento dell'entrata in vigore della legge Galasso;

— su tale principio non ha innovato il D.Lgs. n. 490/1999, che ha soltanto proceduto alla *sistemazione organica della materia* dei beni culturali ed ambientali *riproducendo*, quanto ai casi di esclusione delle aree del vincolo paesaggistico, *la precedente normativa che va letta secondo il diritto vivente*.

Il riferimento al c.d. «*diritto vivente*» inerisce alla lettura delle disposizioni derogatorie del vincolo costantemente fornita dalla giurisprudenza di questa Corte Suprema, secondo la quale i vincoli paesaggistici di carattere generale non si applicano nelle zone urbanizzate, quindi già compromesse, ed in quelle in oggetto di una pianificazione (piano regolatore generale e programma pluriennale di attuazione), vigente all'epoca dell'entrata in vigore della norma, che ha ritenuto maturo il tempo di esecuzione di interventi sul territorio.

Una volta scaduto, però, il limite temporale di validità del programma pluriennale (completati o meno che siano i processi di urbanizzazione in esso previsti), il vincolo si riassume in quanto l'operatività della deroga posta dall'art. 1, secondo comma, della legge n. 431/1985 presuppone l'attualità dei piani (in tal senso vedi Cass., Sez. III, 21 gennaio 1997; 9 giugno 1997; 24 marzo 1998).

La funzione propria e specifica del programma pluriennale di attuazione (anteriormente alle sostanziali modifiche apportate all'istituto della legge 30 aprile 1999, n. 136) si identifica nella programmazione temporale dello sviluppo edilizio, con *effetti vincolanti* che in certo senso trasformano lo *ius aedificandi* in un *obbligo di realizzare*, entro il termine di efficacia del programma medesimo, la destinazione edificatoria stabilita dallo strumento urbanistico generale, cui si correla la previsione di facoltà espropriativa del Comune.

Una volta che sia scaduto, però, un programma pluriennale vigente alla data di entrata in vigore della legge n. 431/1985, non si configura più una «*edificazione doverosa*» nel senso dianzi illustrato e ciò implica che la mancata attuazione del programma medesimo entro il termine della sua efficacia comporta il venire meno del titolo di esenzione dal vincolo.

Né tale effetto caducatorio può essere impedito dalla proroga o dalla *rinnovazione* del programma pluriennale inattuato, così come nessun effetto di esonero può riconoscersi ai programmi pluriennali adottati successivamente all'entrata in vigore della legge n. 431/1985.

In questo senso è orientata la giurisprudenza amministrativa, secondo la quale l'esonero dal vincolo paesaggistico previsto dal 5° comma dell'art. 82 del d.P.R. n. 616/1977, aggiunto dall'art. 1 della legge n. 431/1985 «è riferibile solo ai P.P.A. ancora efficaci...» laddove, invece, tali strumenti abbiano perduto la propria efficacia operativa, deve ritenersi che la deroga medesima non possa più operare e le aree paesaggisticamente vincolate *tornino a soggiacere all'ordinario regime di vincolo* ed alla connessa esigenza della previa acquisizione, ai fini del rilascio del titolo concessorio, del prescritto nulla osta paesaggistico» (così, tra le pronunzie più recenti, Cons. Stato, Sez. V, 18 agosto 1998, n. 1268 e T.A.R. Puglia, Sez. II, 5 settembre 1998, n. 750).

L'art. 146 del D.Lgs. n. 490/1999 non ha mutato tale principio, poiché non ha modificato e non poteva modificare la normativa precedente. Dal punto di vista testuale, sia la vec-

chia che la nuova normativa utilizzano le stesse espressioni: le novità si individuano nella indicazione del «6 settembre 1985» e nella sostituzione dell'espressione «*come erano delimitate*» alla precedente «*come delimitate*».

La specifica indicazione temporale nulla muta, in quanto riproduce la data di entrata in vigore della legge n. 431/1985, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 197 del 22 agosto 1985. Ciò che conta, invece, è l'esatta riproduzione del riferimento alle «*parti ricomprese nei piani pluriennali di attuazione*», da cui deve dedursi che il legislatore — per ovvi motivi di adeguamento dell'originaria definizione al tempo trascorso dalla sua entrata in vigore — è stato costretto a definire esplicitamente l'inizio della deroga, mentre nulla ha mutato in ordine alla cessazione di essa.

Se il secondo comma dell'art. 146 avesse introdotto le innovazioni individuate dalla Corte di merito (tra l'altro di così rilevante portata), esso sarebbe costituzionalmente illegittimo, per straripamento dai limiti della delega legislativa, in relazione agli articoli 76 e 77, 1 comma, della Costituzione.

Secondo i criteri direttivi imposti al Governo dalla legge-delega 8 ottobre 1997, n. 352, infatti:

a) potevano essere inserite nel testo unico le disposizioni legislative vigenti alla data di entrata in vigore della stessa legge, nonché quelle che fossero entrate in vigore nei sei mesi successivi;

b) alle disposizioni dovevano essere apportate esclusivamente le *modificazioni necessarie per il loro coordinamento formale e sostanziale, nonché per assicurare il riordino e la semplificazione dei procedimenti*.

La disposizione delegante richiede, pertanto, la redazione di un *testo unico c.d. ricognitivo o di mera compilazione*, destinato a raccogliere in un unico corpo leggi riguardanti la stessa materia ed emanate in tempi diversi, allo scopo di curarne il coordinamento secondo un criterio unitario. La discrezionalità del Governo, in questo caso, è molto ridotta, non essendo possibile introdurre modifiche sostanziali o innovative delle disposizioni di legge (non è consentito, cioè, creare *ius novum*).

La formulazione dell'art. 146, come si è detto, non lascia adito a dubbi, ma non può altresì trascurarsi di ricordare il principio secondo il quale «il giudice, nell'operare la ricognizione del contenuto normativo della disposizione da applicare al caso portato al suo esame, deve essere costantemente guidato dall'esigenza di rispettare i precetti costituzionali e, quindi, ove un'interpretazione appaia configgente con alcuno di essi, è tenuto ad adottare quella diversa possibile lettura che risulti aderente ai principi costituzionali altrimenti vulnerati» (così Corte Cost., 18 marzo 1999, n. 69, ma nello stesso senso vedi pure le sentenze nn. 452 e 197 del 1998 e le ordinanze nn. 147 e 55 del 1998).

Il giudice, in sostanza, in tanto può sollevare una questione di costituzionalità in quanto tra più possibili letture alternative di una norma, sia impossibile fornire una lettura adeguatrice, essendogli imposto di accogliere quella conforme alla Costituzione (vedi, con specifico riferimento al D.Lgs. n. 490/1999, Cass., Sez. III, 23 novembre 2000).

Deve dichiararsi, conseguentemente, manifestamente infondata la proposta questione di illegittimità costituzionale dell'art. 146 del D.Lgs. n. 490/1999.

4. — *L'affermata esclusione della sussistenza dei due vincoli paesaggistici specificati nelle imputazioni, alla stregua delle previsioni della legge regionale 11 maggio 1990, n. 30 come modificata dalla legge regionale 11 febbraio 1991, n. 2*. La Corte territoriale ravvisa la legittimità dei procedimenti di formazione dei due piani di lottizzazione in esame alla stregua delle previsioni dell'art. 1 dalla legge regionale 11 maggio 1990, n. 30 (*Norme transitorie di tutela delle aree di particolare interesse ambientale paesaggistico*), come modificato dalla legge regionale 11 febbraio 1991, n. 2.

Trattatasi di conclusioni errate, in quanto a tal proposito deve rilevarsi che la legge regionale n. 30/1990:

— all'art. 1 dispone che «*Fino all'approvazione, ai sensi della legge regionale 31 maggio 1980, n. 56 del P.U.T.T. (piano urbanistico territoriale tematico) del paesaggio e dei beni ambientali, quale piano paesistico territoriale, con specifica considerazione dei valori paesaggistici ed ambientali, previsto dall'art. 1 bis della legge 8 agosto 1985, n. 431, e dei relativi piani paesistici delle diverse aree sub regionali individuate dal P.U.T.T. e, comunque, non oltre la data*

del 31 dicembre 1990 [prorogata fino al 31 dicembre 1998 con le leggi regionali nn. 2/1991, 7/1992, 10/1994, 16/1995, 33/1995, 9/1996, 2/1997, 2/1998], è vietata ogni modificazione dell'assetto del territorio nonché qualsiasi opera edilizia nelle seguenti aree:

a) territori costieri compresi in una fascia della profondità di 300 metri dal confine del demanio marittimo o dal ciglio più elevato sul mare; ...

c) territori compresi nella fascia di 200 metri dal piede degli argini dei fiumi, torrenti e corsi d'acqua classificati pubblici ai sensi del t.u. sulle acque ed impianti elettrici approvato con r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775 e successive integrazioni, nonché dal ciglio più elevato delle gravine o lame»:

— all'art. 2 (come modificato dalla legge regionale 11 febbraio 1991, n. 2 ed anteriormente alle ulteriori modificazioni apportate dalla legge regionale 9 agosto 1993, n. 14), quale eccezione all'anzidetto divieto di cui all'art. 1, prevedeva che «L'attività edilizia e relative opere di urbanizzazione nei tenitori costieri di cui al precedente punto 1 è consentita nelle zone A) e B) previste dagli strumenti urbanistici. Nelle zone C), nelle aree destinate ad insediamenti turistici, artigianali ed industriali sono consentiti gli «interventi esecutivi (piani particolareggiati o piani di lottizzazione) adottati alla data del 6 giugno 1990 a condizione che le aree interessate risultino incluse nei programmi pluriennali di attuazione (P.P.A.) approvati alla stessa data» (comma 2); «la realizzazione di tutte le opere è comunque subordinata al rilascio del nulla osta previsto dall'art. 7 della legge 29 giugno 1939, n. 1497, ove le relative aree sono soggette al vincolo paesaggistico di cui alla stessa legge» (comma 6);

— l'art. 2, 2 comma, della legge regionale n. 30/1990, nella sua formulazione originaria, consentiva nelle zone C) gli interventi previsti in strumenti urbanistici esecutivi (piani particolareggiati e piani di lottizzazione) che risultassero «approvati» alla data del 6 giugno 1990;

— la legge regionale 11 febbraio 1991, n. 2 è intervenuta sulla previsione anzidetta, ammettendo nelle stesse zone C) gli interventi edilizi previsti in strumenti urbanistici esecutivi «adottati» alla data del 6 giugno 1990, a condizione che le aree interessate risultassero incluse nei programmi pluriennali di attuazione (P.P.A.) approvati alla stessa data (si ricordi che i piani di lottizzazione in oggetto risultano adottati il 20 marzo 1990 ed approvati l'11 maggio 1992);

— una modifica ulteriore è stata apportata dalla legge regionale 9 agosto 1993, n. 14, la quale ha ammesso nelle stesse zone C) gli interventi edilizi previsti in strumenti urbanistici esecutivi «formalmente e regolarmente presentati» alla data del 6 giugno 1990, a condizione che le aree interessate risultassero incluse nei programmi pluriennali di attuazione (P.P.A.) approvati alla stessa data e con obbligo di sottoposizione a «preventivo parere del C.U.R. (Comitato urbanistico regionale), per l'accertamento di non contrasto con le esigenze di tutela delle aree di particolare interesse ambientale paesaggistico»;

— le aree interessate dai piani di lottizzazione nn. 141/1989 e 151/1989 risultano essere state incluse in un primo programma pluriennale di attuazione (P.P.A.) che ha avuto vigore dal 29 dicembre 1980 al 29 dicembre 1985 ed in un secondo programma pluriennale che ha avuto vigore dal 9 settembre 1986 al 9 settembre 1991. Ne consegue che:

— le aree medesime, al momento dell'adozione dei piani di lottizzazione (20 marzo 1990), erano incluse nel secondo P.P.A. approvato nel settembre del 1986 e vigente;

— all'epoca dell'entrata in vigore della legge statale n. 431/1985 era vigente, invece, il primo programma pluriennale di attuazione ma, una volta scaduto il limite temporale di validità di detto programma pluriennale (29 dicembre 1985), il vincolo si è riespanso in quanto come si è detto l'operatività della deroga posta dall'art. 1, secondo comma, della legge n. 431/1985 presuppone l'attualità dei piani;

— al momento dell'approvazione dei medesimi piani di lottizzazione (11 maggio 1992) le aree in oggetto non risultavano incluse in alcun P.P.A., poiché anche il secondo di tali strumenti (sia pure irrilevante per le argomentazioni anzidette) era scaduto il 9 settembre 1991.

In ogni caso, comunque, la stessa legge regionale n. 30/1990, anche in seguito alle modifiche ad essa successivamente apportate, introduce — ex art. 1-ter della legge statale n. 431/1985 — vincoli di *immodificabilità assoluta*, esplicitamente funzionalizzati ad impedire modificazioni territoriali in vista della redazione «del P.U.T.T. (piano urbanistico territoriale tematico) del paesaggio e dei beni ambientali, quale piano paesistico territoriale, con specifica

considerazione dei valori paesaggistici ed ambientali previsti dall'art. 1-bis della legge 8 agosto 1985, n. 431, e dei relativi piani paesistici delle diverse aree sub regionali individuate dal P.U.T.T.» e disciplina le deroghe soltanto a vincoli siffatti ma non al vincolo c.d. relativo, previsto dalla legge Galasso e dalla stessa legge regionale confermato, che prescrive il necessario consenso della P.A. per la verifica della compatibilità paesistico-ambientale (vedi, sul punto, Cass., Sez. Un. 21 gennaio 1997).

Le disposizioni di cui al decreto-legge n. 312/1985, convertito nella legge n. 431/1985, «costituiscono norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica» (art. 2 della legge n. 431), sicché esse impongono un limite espresso al potere legislativo regionale concorrente nelle materie di cui all'art. 117 della Costituzione (vedi Corte Cost., nn. 35/1957, 105/1957, 44/1967 e 120/1969).

Le norme della legge Galasso, pertanto, non possono essere modificate da disposizioni regionali successive, le quali, se contrastassero con i principi fissati da detta legge statale, sarebbero viziati da illegittimità costituzionale e, sempre secondo l'insegnamento del Giudice delle leggi, la possibilità per il legislatore regionale di modificare le previsioni della legge Galasso deve ritenersi limitata alle sole prescrizioni ampliative del vincolo paesaggistico, essendo esclusa la possibilità di intaccare, con legge o provvedimento regionale, la tutela «minimale» preordinata dalla legge n. 431/1985 (vedi Corte Cost.: n. 327/1990, in riferimento al piano paesistico della Regione Emilia Romagna, estendente all'intero territorio regionale il vincolo paesaggistico introdotto alla legge n. 431; nonché n. 110/1994, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 11, lett. a, della legge regionale del Piemonte n. 20 del 3 aprile 1989, estendente l'ambito delle zone di particolare interesse ambientale sottratte al vincolo paesaggistico).

La legge n. 30/1990 della Regione Puglia (e le successive modificazioni introdotte con le leggi regionali nn. 2/1991 e 14/1993) impone — come si è detto — misure di salvaguardia sostanzialmente ampliative della tutela «minimale» preordinata dalla legge n. 431/1985. Le deroghe si riferiscono a tale ampliamento del regime di immodificabilità assoluta e non all'imposizione del vincolo, sicché deve affermarsi l'irrilevanza delle denunziate questioni di illegittimità costituzionale.

Ma vi è di più.

L'art. 28, 2° comma, della legge 17 agosto 1942, n. 1150, nel testo modificato dalla legge n. 765 del 1967, stabilisce espressamente che le lottizzazioni di terreno a scopo edilizio possono essere autorizzate dal Comune *previo nulla-osta della competente Soprintendenza* (che spetta ora alle Regioni a statuto ordinario in virtù dell'art. 1, comma 3, del d.P.R. n. 8/1972).

Da ciò discende che i piani di lottizzazione — anche qualora riguardino zone di territorio non soggette a vincolo paesistico — necessitano, nell'ambito del relativo procedimento di approvazione, di *preventiva valutazione paesaggistica*, di competenza delle Regioni (vedi Cons. Stato: Sez. IV, 16 giugno 1986, n. 421; Sez. IV, 27 luglio 1993, n. 742; Sez. VI, 2 marzo 2000, n. 1095), quale *intervento consultivo di carattere generale e programmatico* circa la contabilità ambientale dello strumento urbanistico attuativo (diverso dallo specifico *atto di amministrazione attiva* che riguarda, già *ex art. 7* della legge n. 1497 del 1939 ed attualmente *ex art. 151* del D.Lgs. n. 490 del 1999, la compatibilità di un particolare intervento con il vincolo).

I due atti possono fondersi in un unico provvedimento avente natura complessa, ma in tal caso è comunque necessario che l'atto complesso compia entrambe le distinte valutazioni che sono proprie dell'attività consultiva e di quella autorizzatoria in senso proprio.

Gli artt. 27 e 21 della Regione Puglia n. 56/1980 ribadiscono sostanzialmente (quanto alla procedura di formazione e di approvazione del piano di lottizzazione) le prescrizioni della legge urbanistica statale e prescrivono altresì la necessità del *parere vincolante del Comitato urbanistico regionale*.

5. — *La illegittimità dei piani di lottizzazione*. Tutte le considerazioni dianzi svolte conducono a configurare quali illegittimi i procedimenti di formazione dei due piani di lottizzazione nn. 141 e 151 del 1989, in quanto:

— i piani medesimi sono stati *adottati* in violazione delle misure urbanistiche di salvaguardia (*immodificabilità assoluta*) imposte dall'art. 51, lett. f) della legge regionale n. 56/1980;



— non esisteva, *al momento della loro adozione*, un programma pluriennale di attuazione già approvato alla data della pubblicazione del decreto legge 27 giugno 1985, n. 312 (*Gazzetta Ufficiale* n. 152 del 29 giugno 1985) ed ancora vigente ed efficace;

— in relazione ad essi non è stato rilasciato il nulla-osta paesistico di cui all'art. 28 della legge n. 1150/1942 né il parere preventivo del Comitato Urbanistico Regionale previsto dagli artt. 21 e 27 della legge regionale n. 56/1980;

— la lottizzazione n. 151/1989 non rispetta il parametro relativo alla superficie minima di intervento di mq 50.000, previsto dall'art. 39 delle Norme tecniche di attuazione del piano regolatore generale, poiché inerisce ad una superficie complessiva di circa mq 41.885.

6. — *Le varianti ai piani di lottizzazione*. La questione delle «varianti» è stata affrontata e risolta dalla Corte territoriale attraverso l'adesione alle enunciazioni contenute nelle sentenze emesse da questa Corte Suprema, in sede cautelare, in data 17 novembre 1997.

È stato così riaffermato, in linea di principio, che il procedimento amministrativo di formazione dei piani di lottizzazione «*deve essere ripercorso solo per le modifiche che, per la loro entità e funzione, possano qualificarsi come rilevanti e diano luogo ad una pianificazione lottizzatoria sostanzialmente divergente da quella adottata*».

Alla stregua di tale principio la Corte di merito ha poi valutato che, nella fattispecie in esame, le varianti — sia quelle presentate tra l'adozione e l'approvazione, sia quella successiva — non potrebbero qualificarsi «essenziali», perché sarebbero consistite in *modifiche tecniche, compatibili con la destinazione del piano, che non avrebbero mutato la fisionomia della lottizzazione né l'impostazione urbanistica dell'originario progetto e non avrebbero determinato modifiche sostanziali*.

In particolare, gli aumenti di cubatura effettivamente indotti sono stati considerati «di non significativa incidenza in rapporto all'entità complessiva della urbanizzazione» e, come non superato parametro di riferimento è stato utilizzato uno di quelli definenti — a norma dell'art. 2 della legge regionale 13 maggio 1985, n. 26 (aumento di cubatura del 2,50% per gli edifici eccedenti i 5.000 mc) — la nozione di «*variazione essenziale*» quale nuova tipologia di abuso edilizio introdotta dall'art. 8 della legge n. 47/1985.

Legittimo è stato poi ritenuto il ricorso, per l'approvazione delle varianti in oggetto, alla sottoscrizione di unilaterali «*atti di obbligo*», *sulla base del solo parere favorevole della Commissione Urbanistica*, trattandosi di procedura conforme alla deliberazione 15 aprile 1988, n. 2037 del Consiglio comunale di Bari, riguardante appunto le varianti non incidenti sul dimensionamento globale del piano di lottizzazione e non comportanti modifiche al perimetro, agli indici di fabbricabilità ed alle dotazioni di spazi pubblici e di uso pubblico.

In punto di fatto risulta accertato che:

— con l'atto d'obbligo sottoscritto dalla s.r.l. «S.F.» in data 20 settembre 1994 (successivo alla stipula della convenzione avvenuta in data 3 novembre 1993), i volumi complessivamente edificabili sono stati incrementati di circa mc 6.808, di cui mc 3.652 destinati a residenza, operando un «*recupero*» di superficie a standard già ceduta al Comune e considerata eccedente rispetto a quanto dovuto;

— con l'atto d'obbligo sottoscritto dalla s.r.l. «I.C.» in data 9 marzo 1994 (successivo alla stipula della convenzione avvenuta in data 21 giugno 1993), i volumi complessivamente edificabili in un lotto (individuato come C) sono stati incrementati di circa mc 508;

— ulteriori varianti contengono sostanziali modifiche plano-volumetriche, sia pure giustificate con problemi di «*tracciamento*» e/o più approfondite «*verifiche catastali*».

L'incremento di mc 508 (atto d'obbligo del 9 marzo 1994 riferito alla lottizzazione n. 151/1989) è dato dal passaggio dagli originari mc 13.072 a mc 13.580, sicché l'aumento è nettamente superiore al 2,50% dell'originaria volumetria, ma — al di là della palese erroneità del computo — è il riferimento all'art. 8 della legge statale n. 47/1985 ed all'art. 2 della legge regionale n. 26/1985 a porsi come assolutamente incongruo ed improponibile.

Tali norme, invero, concernono le opere realizzate con *variazioni essenziali* rispetto alla concessione edilizia, sicuramente non assimilabili alle *varianti di piano*.

La procedura di formazione di queste ultime varianti è disciplinata dalla legge e nessuna norma (meno che mai gli artt. 21 e 27 della legge regionale n. 56/1980) consentiva e consente al Consiglio comunale di Bari di trasferire ad altro organo il potere di approvare varianti ai piani attuativi: ne consegue che la delibera consiliare n. 2037 del 1988 è atto emesso in assoluta carenza di potere, poiché manca una norma attributiva della facoltà di

delega (l'Avvocatura comunale aveva espresso parere contrario all'adozione della delibera in oggetto, evidenziando appunto l'impossibilità di *modifiche unilaterali* a scelte di pianificazione e convenzioni di lottizzazione già stipulate).

Né può considerarsi corretto il riferimento analogico all'art. 34 della legge 22 ottobre 1971, n. 865, che ha aggiunto l'ultimo comma all'art. 8 della legge 10 aprile 1962, n. 167, poiché comunque tale norma, riguardante i piani di zona per l'edilizia economica e popolare (P.E.E.P.), riserva all'approvazione «*con deliberazione del Consiglio comunale*» «le varianti che non incidono sul dimensionamento globale del piano e non comportano modifiche al perimetro, agli indici di fabbricabilità ed alle dotazioni di spazi pubblici o di uso pubblico».

7. — *I riflessi dell'accertata esistenza dei vincoli sulle altre imputazioni.* Dall'accertata esistenza dei vincoli paesaggistici a tutela del territorio costiero e del torrente V. discendono l'illegittimità e l'inefficacia delle concessioni edilizie specificate nei capi di imputazione, poiché le stesse risultano (quanto meno) rilasciate:

— in mancanza di un piano di lottizzazione legittimo;

— in carenza dell'autorizzazione paesaggistica già prescritta dall'art. 7 della legge n. 1497 del 1939 (ed attualmente dall'art. 151 del D.Lgs. n. 490 del 1999).

Ai sensi dell'art. 25 del R.D. 3 giugno 1940, n. 1357 (*Regolamento per l'applicazione della legge 29 giugno 1939, n. 1497, sulla protezione delle bellezze naturali*), le cui disposizioni restano in vigore fino all'emanazione del Regolamento previsto dal 1° comma dell'art. 161 del D.Lgs. n. 490/1999), nelle zone dei piani territoriali paesistici e nell'ambito delle bellezze d'insieme alle quali sia stato imposto il vincolo paesaggistico, l'Amministrazione comunale non può rilasciare concessioni edilizie «se non previo favorevole avviso» dell'autorità deputata alla tutela degli interessi paesistici. Si pone, pertanto, il problema dell'individuazione dei rapporti tra il procedimento di rilascio della concessione edilizia e quello relativo all'autorizzazione paesaggistica di cui agli artt. 7 della legge 1497/1939 ed 1 della legge n. 431/1985, da risolversi — in adesione alla prevalente giurisprudenza amministrativa — nel senso che, pur trattandosi di procedimenti autonomi, l'autorizzazione dell'autorità preposta alla tutela del vincolo paesistico si configura quale «*condizioni di efficacia*» della concessione edilizia.

In mancanza di siffatta autorizzazione, pertanto, e finché essa non intervenga, è preclusa la materiale esecuzione dei lavori assentiti dal Comune dal punto di vista edilizio-urbanistico (vedi Cons. Stato, Sez. V, 11 marzo 1995, n. 376) e la concessione edilizia eventualmente rilasciata deve considerarsi inefficace ed improduttiva di effetti.

Sussistono, altresì, le contestate contravvenzioni ex art. 734 cod. pen., in relazione alle quali l'esistenza di un effettivo e grave danno ambientale risulta ampiamente illustrata nella sentenza di primo grado, che lo ricollega (con riferimento ad una relazione di consulenza redatta dal professor B.) ad *impatti negativi* particolarmente rilevanti sull'atmosfera (modifica fisico-chimica), la fauna, l'ecosistema costiero, il paesaggio.

Vengono pure evidenziati impatti negativi di tipo percettivo-visivo, storico-culturale e testimoniale, in dimensione locale, di quartiere ed urbana, per l'alterazione indotta dai cospicui volumi edilizi e sugli assetti storicamente assunti dal paesaggio costiero della fascia lungomare della città di Bari, nella transizione tra «natura» (la costa a sud est della città) e «costruzione» (il lungomare monumentale realizzato negli anni 1930).

Secondo la giurisprudenza di questa Corte Suprema, la contravvenzione prevista dall'art. 734 cod. pen. può coesistere e concorrere con quella di cui all'art. 1-*sexies* della legge n. 431/1985. Mentre, infatti, nella contravvenzione di cui all'art. 734 cod. pen. (che è reato di danno concreto) il precetto va individuato nel divieto di cagionare distruzione o deturpamento di bellezze naturali, nella contravvenzione di cui all'art. 1-*sexies* (che è reato formale di pericolo presunto) il precetto è quello di non porre in essere attività in certe zone senza l'autorizzazione amministrativa, a prescindere dal risultato dell'attività stessa con riguardo alle bellezze naturali aggredite, le quali possono risultare anche non danneggiate dall'attività non autorizzata (vedi Cass., Sez. VI, 9 settembre 1994, n. 9749 e Sez. III, 30 gennaio 1991, n. 1032; 3 gennaio 1991, n. 4; 9 febbraio 1990, n. 3501).

8. — *Atti amministrativi ed accertamento di illegittimità.* Non si verte, nella specie, in tema di *disapplicazione di atti amministrativi*.

Deve farsi opportuno riferimento, in proposito, alla decisione 21 dicembre 1993 delle Sezioni Unite, da cui si evince il principio secondo il quale il giudice penale, nel valutare la

sussistenza o meno della liceità di un intervento edilizio, deve verificarne la conformità a tutti i parametri di legalità fissati dalla legge, dai regolamenti edilizi, dagli strumenti urbanistici e dalla concessione edificatoria.

Il giudice penale, nei casi in cui nella fattispecie di reato sia previsto un atto amministrativo ovvero l'autorizzazione del comportamento del privato da parte di un organo pubblico, non deve limitarsi a verificare l'esistenza ontologica dell'atto o provvedimento amministrativo, ma deve *verificare l'integrazione o meno della fattispecie penale* «in vista dell'interesse sostanziale che tale fattispecie assume a tutela» (nella specie, l'interesse sostanziale alla tutela del territorio e del paesaggio), nella quale gli elementi di natura extrapenale convergono organicamente, assumendo un significato descrittivo.

È la stessa descrizione normativa del reato che impone al giudice un riscontro diretto di tutti gli elementi che concorrono a determinare la condotta criminosa, ivi compreso l'atto amministrativo (per un'ampia disamina della questione si rinvia testualmente a Cass., Sez. III, 21 gennaio 1997, Volpe ed altri, le cui argomentazioni appare superfluo trascrivere per evitare l'ulteriore appesantimento della trattazione).

A norma dell'art. 101 della Costituzione, *il giudice è soggetto «soltanto» alla legge* e non sarebbe soggetto soltanto alla legge un giudice penale che arrestasse il proprio esame all'aspetto esistenziale e formale di un atto sostanzialmente contrastante con i presupposti legali (vedi, per tale affermazione, Cass., Sez. III, 2 maggio 1996, n. 4421).

Vanno qui ribaditi, pertanto, i seguenti principi:

— il reato di lottizzazione abusiva è a consumazione alternativa, potendo realizzarsi sia per il difetto di autorizzazione (approvazione del piano di lottizzazione) sia per il contrasto della stessa con le prescrizioni degli strumenti urbanistici; sicché non può obiettarsi la non prospettabilità del reato laddove esista un piano di lottizzazione approvato, ma possa per contro affermarsi la contrarietà dello stesso agli strumenti urbanistici sovraordinati (Cass., Sez. III, 16 novembre 1995);

— i soggetti che predispongono un piano di lottizzazione, i titolari di concessione edilizia, i committenti ed i costruttori, hanno l'obbligo di controllare la conformità dell'intera lottizzazione e/o delle singole opere alla normativa urbanistica ed alle previsioni di pianificazione, perché l'interesse protetto dalla legge n. 47/1985 non è soltanto quello di assicurare che la modifica del territorio avvenga sotto il controllo della P.A. ma è altresì quello di garantire che tale sviluppo si verifichi in piena aderenza al programmato assetto urbanistico ed il rilascio della concessione edilizia è subordinato all'indagine di conformità alla normativa urbanistica in genere ed ai piani regolatori (vedi Cass., Sez. III, 13 marzo 1987).

Il vero problema investe *l'elemento psicologico* ed è quello di non sottoporre a sanzione penale colui che «effettivamente» e senza sua colpa si sia fidato dell'atto amministrativo illegittimo.

9. — *L'elemento soggettivo dei reati*. Ai sensi dell'art. 129 c.p.p. deve rilevarsi l'insussistenza dell'elemento soggettivo dei reati contestati — alla stregua di quanto previsto dall'art. 5 cod. pen. nell'interpretazione fornita dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 364 del 1988 — poiché tutti gli imputati sono incorsi in *errore scusabile* nell'interpretazione delle norme violate.

Le argomentazioni svolte in proposito dal giudice di primo grado risultano esattamente ricollegate (previa diffusa ed accurata disamina della giurisprudenza di questa Suprema Corte in tema di «ignoranza inevitabile e scusabile», a partire dalla sentenza 18 luglio 1994, n. 8154 delle Sezioni Unite):

— all'esistenza di una legislazione regionale oscura e male formulata che, nell'interferenza con la legge Galasso, non ha mancato di produrre contrasti giurisprudenziali;

— all'ottenimento delle concessioni edilizie accompagnato da ripetute rassicurazioni del direttore dell'ufficio tecnico del Comune di Bari;

— alla mancata riproduzione dell'esistenza dei vincoli nella planimetria allegata al secondo programma pluriennale di attuazione (trasmessa alla Soprintendenza per i beni culturali ed ambientali in data 26 ottobre 1984 ed in ordine alla quale tale ultimo organo ebbe a richiedere spiegazioni ed a sollevare eccezioni solo in data 10 febbraio 1997, restando poi inerte nell'attesa di una risposta intervenuta, quasi un anno più tardi, con nota comunale del 26 gennaio 1998);

— al comportamento di sostanziale inerzia della stessa Soprintendenza a fronte di una attività di edificazione che (secondo la valutazione poi espressa in data 30 aprile 1998, con nota indirizzata al Ministero dei beni culturali ed ambientali) presentava un «*impatto ambientale negativo percepibile visivamente*».

È vero che lo stesso giudice di prime cure non ha mancato di evidenziare la singolarità (ai limiti del paradossale) della assoluta disinvoltura con la quale si è svolto il complesso procedimento amministrativo che ha portato all'improvvido rilascio dei provvedimenti autorizzati e concessori.

Procedimento assolutamente illegittimo ai limiti della illiceità, con macroscopica ignoranza delle finalità rappresentative e di tutela della collettività intrinsecamente connesse alla funzione pubblica... tanto da fare sorgere il dubbio che la Pubblica Amministrazione avesse tutt'altre finalità da perseguire, e non certo a tutela di interessi pubblici, quali potrebbero essere quelle di consentire a tutti i costi la edificazione della zona in questione nonostante i divieti normativi».

Anche in relazione a tali affermazioni la pubblica accusa ha avuto a dolersi, con i motivi di appello, della riconduzione della vicenda ai parametri dell'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale ma — tenuto pure conto che il reato di lottizzazione abusiva si configura come una *contravvenzione di natura dolosa* (Cass., Sez. Unite, 28 febbraio 1990) — non può mancarsi di rilevare che:

— non sussiste la dimostrazione di uno stato di incertezza degli imputati in ordine alla liceità o meno dei loro comportamenti (tale da indurli ad astenersi dall'azione);

— essi non si sono «accontentati» delle «assicurazioni erronee» di organi tecnici comunali non istituzionalmente preposti alla tutela del vincolo, ma hanno fatto affidamento sulla mancanza di qualsiasi rilievo da parte della competente Soprintendenza, non inconsapevole della situazione;

— ben più approfondite indagini sarebbero state necessarie per individuare le motivazioni dei comportamenti tenuti dagli organici pubblici coinvolti nella vicenda, valutare le correlazioni tra tali organi ed i soggetti destinatari delle loro illegittime determinazioni, ravvisare l'eventuale esistenza di condotte coscienti e volontarie dirette a limitare e condizionare, con ostacoli di fatto e di diritto, la riserva pubblica di programmazione territoriale che legge vuole rispettosa dell'ambiente e del paesaggio.

Indagini siffatte non sono state eseguite, sicché non sono consentite illazioni e la prospettazione dell'errore interpretativo non trova alcuna smentita che si fondi su elementi concreti.

10. — *I rapporti tra il procedimento incidentale ed il giudizio di cognizione in relazione alla situazione fattuale e ai principi di diritto enunciati.* La difesa — come si è detto nella parte espositiva — non ha mancato di riferirsi alle sentenze emesse da questa Corte Suprema, in sede cautelare, in data 17 novembre 1997 ed ha rilevato che, con quelle decisioni, la Cassazione affermò il principio secondo il quale, in base alle leggi vigenti all'epoca della lottizzazione e delle concessioni edilizie, *l'area in contestazione non era gravata da vincoli paesaggistici*.

Tale principio risulta ribadito dalla impugnata sentenza della Corte di merito e viene rimesso invece in discussione dalle impugnazioni in esame, laddove «*avrebbe potuto e dovuto all'epoca determinare chi di competenza a chiedere un provvedimento di archiviazione della notizia di reato*».

Sulla base di tale constatazione la stessa difesa afferma «*il principio della vincolabilità della sentenza emessa in sede incidentale*» e prospetta la tesi secondo la quale «*anche le sentenze emesse dalla Corte di Cassazione in sede incidentale subiscono la stessa disciplina di quelle indicate dal n. 3 dell'art. 627 c.p.p.*».

Trattasi di argomentazioni e conclusioni che non possono essere condivise.

Questa Corte, nelle sentenze del 17 novembre 1997, non ha potuto anzitutto valutare la questione del vincolo correlato alla presenza del torrente V. (che ancora non costituiva oggetto di contestazione) e comunque ha avvertito testualmente che la conclusione che la zona non fosse gravata da vincoli veniva formulata dal Collegio «*allo stato degli atti, salva differente valutazione da parte dei giudici di merito, all'esito di possibili ulteriori investigazioni ed acquisizioni probatorie*».

Con tale avvertimento è stato esplicitato e ribadito l'incontestato riconoscimento giurisprudenziale della natura incidentale e sommaria, del procedimento cautelare e della sua piena autonomia rispetto al giudizio di merito.

Le misure di cautela reale, nel nostro sistema processuale, impongono al presente, in funzione di un futuro, un sacrificio alla libera disponibilità delle cose.

L'imposizione del «costo» della cautela è giustificata dalla probabilità della trasformazione del danno temuto in danno effettivo e dall'accertamento della *probabile* (ma non sicura) esistenza futura della situazione da cautelare. Il riscontro di tale «*apparenza*» della fondatezza dell'accusa, in questa prospettiva, non è pertanto di certezza (la cautela, al contrario, in tanto viene in questione in quanto sussiste la incertezza della futura situazione che si vuole cautelare) ed è necessariamente sommario perché viene formulato «allo stato degli atti».

Ne consegue che il procedimento incidentale, in materia di misure cautelari reali, è retto dal principio «*rebus sic stantibus*» ed in esso il giudizio di legittimità della Corte di Cassazione risulta circoscritto, poiché è rivolto *all'apprezzamento della sufficienza del grado di apparenza* e cade in un momento processuale caratterizzato dalla parzialità delle indagini e dalla sommarietà e provvisorià delle imputazioni.

Non è consentito, infatti, in quella sede — proprio per *l'assoluta autonomia rispetto al giudizio di cognizione* — verificare la sussistenza del fatto reato, ma soltanto accertare se il fatto contestato sia configurabile quale fattispecie astratta di reato (vedi Cass., Sez. Unite: 4 maggio 2000, n. 7 e 7 novembre 1992, n. 6). Si tratta, secondo un'autorevole dottrina, di autonomia strutturale risultante anche sul piano oggettivo, nel senso che oggetto del procedimento incidentale è una questione particolare, da trattare e risolvere in tale sede *con conclusione che si limita e si arresta a quello specifico procedimento*.

La pronuncia emessa in sede cautelare, pertanto, resta circoscritta nell'ambito del procedimento incidentale ed ha effetti soltanto sulla misura cautelare. Essa non vincola, invece, né l'apprezzamento del P.M. quanto alla rilevanza degli elementi indiziari acquisiti, né quello del G.I.P., ai fini del rinvio a giudizio, o del giudice del dibattimento (vedi Cass., Sez. Unite, 12 ottobre 1993, n. 20, e Sez. III, 9 febbraio 1998, n. 1492).

È la coerenza stessa del sistema che non tollera il concorso di due pronunce giurisdizionali sul tema della «colpevolezza»: l'una incidentale e di tipo prognostico e l'altra fondata sul pieno merito e come tale suscettibile di passaggio in giudicato (vedi Corte Cost., sentenza 15 marzo 1996, n. 71, in tema di misure cautelari personali).

Cosa ad evidenza diversa è la *preclusione di natura endoprocessuale*, suscettibile di formarsi a seguito di pronunzie emesse dalla Corte di Cassazione all'esito del procedimento incidentale di impugnazione avverso le ordinanze in tema di misure cautelari, che comunque ha una portata ben più modesta rispetto a quella propria della *res iudicata*, perché è anch'essa operante soltanto allo stato degli atti.

Ne consegue che l'eventuale enunciazione di principi in sede cautelare non incontra il limite di cui all'art. 627 c.p.p. (relativo al «giudizio di rinvio») ed intimamente connesso, ai sensi del successivo art. 628, ai profili della sentenza del giudice di rinvio) e può rilevare, al massimo, ai sensi dell'art. 5 cod. pen., ove non siano modificate le situazioni fattuali ovvero non esistano differenti ricostruzioni.

11. — *La confisca del terreno lottizzato e delle opere abusivamente costruite*. Deve essere disposta, a norma dell'art. 19 della legge n. 47/1985, *la confisca e l'acquisizione gratuita al patrimonio del Comune di Bari* dei suoli abusivamente lottizzati e dell'intero complesso immobiliare di cui ai piani di lottizzazione nn. 141 e 151 del 1989.

Trattasi — secondo la giurisprudenza costante di questa Corte Suprema — di *provvedimento obbligatorio* per il giudice che accerti la sussistenza di una lottizzazione abusiva, *anche indipendentemente da una pronuncia di condanna* (vedi Cass., Sez. III: 13 luglio 1995; 20 dicembre 1995, n. 12471; 15 ottobre 1997; 23 dicembre 1997, n. 3900; 11 gennaio 1999, n. 216). (*omissis*).

*P.Q.M.* La Corte Suprema di Cassazione, visti gli artt. 608 e 615 c.p.p.:  
*dichiara* manifestamente infondata la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 146 del D.Lgs. n. 490/1999 ed irrilevanti le questioni di illegittimità costituzionale delle leggi regionali denunciate;

*annulla* senza rinvio la sentenza impugnata, perché i fatti non costituiscono reato, in ordine a tutte le imputazioni contestate, esclusa quella di cui al capo D) della rubrica, per essersi formato su di essa il giudicato, e ricomprese le imputazioni di cui all'art. 20, lett. *a)*, della legge n. 47/1985 nelle rispettive contestazioni di cui all'art. 20, lett. *c)*, della stessa legge;

*dispone* la confisca e l'acquisizione al patrimonio del Comune di Bari dei suoli e dell'intero patrimonio immobiliare di cui ai piani di lottizzazione nn. 141 e 151 del 1989.

Roma, 29 gennaio 2001».

# IL CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

## **Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici**

Sono entrate in vigore il 30 aprile 2004 la direttiva 2004/18/CE e la direttiva 2004/17/CE, entrambe del 31 marzo 2004 in materia di appalti pubblici, dirette a riunire in testi unici le direttive vigenti rispettivamente nel settore «classico» (forniture, servizi e lavori) e nei settori «speciali» (acqua, energia, trasporto e servizi postali).

Le due direttive rappresentano la novità più rilevante degli ultimi dieci anni nella disciplina degli appalti. I testi, infatti, contengono alcuni aspetti e principi molto innovativi degli istituti e delle procedure di appalto, che avranno un impatto diretto e indiretto sulle pubbliche amministrazioni e che potranno in prospettiva condizionare fortemente la legislazione e la prassi degli ordinamenti interni.

Tre sono gli obiettivi principali perseguiti dalle nuove direttive.

1) La semplificazione e razionalizzazione normativa, attraverso la regolazione uniforme di aspetti procedurali e formali che, pur sostanzialmente analoghi, ricevevano ancora una disciplina differente a seconda dell'oggetto dell'appalto (come, ad esempio, per quanto riguarda le «soglie»). A quest'ultimo riguardo infatti c'è l'innalzamento delle soglie di applicazione della normativa europea che consentirà alle imprese di poter contare su di un ampliamento del mercato nazionale non soggetto alla pubblicità comunitaria; rispetto ai valori attuali le variazioni

saranno le seguenti: per i servizi si passerà da 236.945 euro a 249 mila euro, per i lavori si passerà da 5.923.624 euro a 6.242.00 euro, per le forniture da 154.014 euro a 162.000 euro.

2) La modernizzazione, con particolare riferimento alla piena applicazione al settore degli appalti dell'utilizzo delle nuove tecnologie informatiche e telematiche, non solo nelle comunicazioni, ma anche nelle stesse procedure di gara (disciplina delle aste telematiche e centrali di acquisto). Per il legislatore comunitario una centrale di committenza è un'amministrazione aggiudicatrice che acquista forniture e servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici, o che aggiudica appalti pubblici o conclude accordi quadro di lavori, forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici; la scelta di prevedere tali soggetti spetta a ogni Stato membro UE.

Ulteriore aspetto innovativo sono i sistemi dinamici di acquisizione e le aste elettroniche; si tratta, per i primi, di sistemi elettronici aperti che per una durata limitata (non più di 4 anni) consentono agli operatori economici di formulare un'offerta indicativa nell'arco di un certo periodo di tempo. I candidati in possesso dei requisiti minimi per l'accesso alla gara possono quindi presentare offerte che siano in linea con il capitolato d'onere messo a disposizione dalla stazione appaltante e le offerte possono essere migliorate in ogni momento. Quindi una volta pubblicato il bando di gara e reso noto il capitolato d'onere, le stazioni appaltanti lasceranno libero l'accesso in via elettronica alla documentazione di gara.

Le seconde invece sono dei particolari procedimenti che si inseriscono all'interno del tipico schema di procedure di aggiudicazione e che creano un sistema di negoziazione delle offerte che si colloca antecedentemente all'aggiudicazione dell'appalto; è bene comunque sottolineare che l'oggetto dell'asta elettronica deve essere ben determinato visto infatti che può riguardare il prezzo degli elementi dell'offerta previsti dal capitolato nel caso di appalto aggiudicato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'asta infine si conclude in una data fissata oppure quando non si ricevono più nuovi prezzi oppure ancora quando è stato raggiunto il numero di fasi previsto nel bando.



3) La flessibilità, con l'introduzione o il rafforzamento di procedure e istituti innovativi più flessibili che riconoscano una maggiore libertà di azione ai committenti pubblici, come nell'ipotesi dell'accordo quadro (in precedenza limitato ai settori speciali) o dell'appalto integrato (istituto nuovo, che trova applicazione soprattutto negli appalti particolarmente complessi dove l'amministrazione ha la necessità di chiarire e approfondire alcuni aspetti tecnici prima di avviare la procedura di gara).

In particolare, per quanto riguarda l'accordo quadro, si segnala che in sede di aggiudicazione degli appalti pubblici basati su un accordo di questo tipo, le parti non possono apportare modifiche sostanziali alle condizioni fissate in tale accordo. Un accordo quadro potrà durare massimo quattro anni così come sono stabiliti diversi criteri di aggiudicazione a seconda che l'accordo quadro sia concluso con un solo operatore economico o con più operatori economici.

\*\*\*

Si segnala peraltro che entrerà in vigore la Direttiva 2004/35/CE del 21 aprile 2004 sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale.

Anche tale normativa comunitaria ha delle relazioni con le direttive sugli appalti in oggetto.

Con queste, infatti, i fattori di carattere ambientale assumono maggiore rilievo nell'ambito della normativa comunitaria relativa alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici.

Rispetto alla normativa vigente viene precisato che i criteri per identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa possono includere le caratteristiche ambientali, purché direttamente connesse all'oggetto dell'appalto.

Sulla base di una giurisprudenza ormai consolidata (Cfr. *ex multis* Corte di Giustizia del 17 settembre 2002 nella causa «Concordibus c/ Finlandia»), l'inclusione di un criterio d'interesse generale, come quello di carattere ecologico, tra i criteri di attribuzione di un appalto, è tuttavia, soggetto ai seguenti limiti:

— deve essere strettamente collegato all'oggetto dell'appalto;

— non deve conferire a chi aggiudica l'appalto una libertà incondizionata di scelta;

— la sua applicazione deve avere luogo nel rispetto di tutte le norme procedurali della direttiva, in particolare, delle disposizioni in materia di pubblicità. I criteri di natura ecologica devono, dunque, essere espressamente menzionati nel capitolato di appalto o nel bando di gara, se possibile nell'ordine decrescente dell'importanza loro attribuita, affinché gli imprenditori siano posti in grado di conoscere la loro esistenza e la loro portata;

— deve rispettare i principi fondamentali del diritto comunitario, in particolare il principio di non discriminazione.

L'ambiente diventa così una voce di costo per le imprese che dovrà essere inserita nei propri bilanci.

*Avv. dello Stato Mario Antonio Scino (\*)*

*Avv. Alessandro De Rocchi*

---

(\*) Consulente giuridico del Ministro per le politiche comunitarie.

## La Corte Ce entra nel diritto di famiglia

(Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 7 gennaio 2004 nella causa C-117/01).

L'Unione Europea (nonostante il negativo parere della Corte di Giustizia 2/1994 del 28 marzo 1996, in *Raccolta* I-1759 relativo alla *adesione* della stessa alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo) «rispetta i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione stessa quali principi generali del diritto comunitario» giusta l'opposta norma (oggi art. 6 T.U.E.) del Trattato di Maastricht. Nel successivo Trattato di Amsterdam è stata introdotta l'affermazione che l'Unione «si fonda nel rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali».

Di conseguenza, non solo la Convenzione di Roma (d'ora in poi, CEDU) espressamente richiamata dall'art. 6 fa parte del diritto comunitario, ma anche le norme sui diritti dell'uomo, a essa estranee, consuetudinarie o contenute in altri strumenti o divenute *jus cogens* o rimaste pattizie ne fanno parte in virtù di un richiamo simile a quello della nostra Costituzione, art. 10. Ciò posto nessuna istituzione della UE può applicare una norma nazionale (o comunitaria) che violi la CEDU, senza violare a sua volta la Convenzione. Si pone quindi il problema del giudizio di compatibilità tra il diritto applicabile dalla Corte CE e quello relativo ai diritti fondamentali dell'individuo.

Nel caso venuto all'esame della Corte, e relativo alla discriminazione subita dalla compagna di vita di un transessuale FTM (*female to male*), che non poteva lasciare alla predetta, che non poteva rettificare il sesso secondo la legge britannica, la pensione di reversibilità per non potere contrarre un valido matrimonio, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, con la sentenza Goodwin (11 luglio 2002), aveva già accertato l'illiceità, rispetto alla CEDU, di tale normativa britannica, laddove non permettendo il riconoscimento del cambiamento di sesso impedisce di contrarre matrimonio.

Il diritto vivente, quindi, elaborato dalla Corte di Strasburgo, ha già qualificato a sé incompatibili tali disposizioni (contenute nell'ordinamento inglese dello stato civile). Dunque la Corte CE non poteva applicarle. Non disponendo, però, del potere di intervenire sulle disposizioni della legge nazionale, la Corte doveva giudicare se la conseguenza della loro applicazione ledesse un diritto riconosciuto dall'ordinamento europeo.

Ora, tale illecita norma *fa corpo* con la legge britannica che dichiara *nulli* i matrimoni fra persone dello stesso sesso, e perciò *non fa* soddisfare la condizione (matrimonio) per cui il beneficiario di una pensione diretta possa trasmetterla al coniuge.

La Corte pertanto, posto, come è, che la pensione è *retribuzione* differita, che il diritto a pensione *comprende* quello di trasmetterla in casi di morte, ravvisa una violazione dell'art. 141 del Trattato che vieta ogni discri-

minazione in materia di retribuzione basata sul sesso. Se infatti il compagno transessuale della ricorrente potesse essere riconosciuto di sesso maschile, i due potrebbero sposarsi, e tale interpretazione del diritto inglese è la *sola* conforme non solo alla CEDU, ma, *ex art. 6 T.U.E.*, al diritto comunitario.

Certamente, la sentenza *non surroga* il requisito del matrimonio, ma impone al giudice rimettente di verificare se, rimosso quest'ostacolo, vi siano le condizioni per invocare l'art. 141 CE.

La decisione è, a quanto mi risulta, la prima ad applicare in questioni squisitamente di diritto privato (e non commerciale) la Convenzione di Roma che, come si è visto, *fa parte* del diritto europeo.

In particolare, la sentenza di compatibilità non è fatto nella norma dell'ordinamento pensionistico che esclude dal beneficio la «famiglia di fatto», perché la Corte non disconferma i suoi precedenti in materia (D. e Svezia c/ Consiglio) ma proprio il *diritto delle persone e della famiglia* britannico.

La Corte d'Appello dell'Inghilterra e del Galles deve dunque accertare se la ricorrente e il suo compagno (tale dovendo risultare) siano o meno in una situazione analoga al matrimonio, ovvero in una situazione in cui, rimosso l'ostacolo alla rettifica dell'atto di nascita, si sarebbero sposati. E la Corte Europea *sottolinea*, quasi anticipando tale giudizio, che la ricorrente e il compagno sono stati «benedetti» in una cerimonia religiosa e che «sono stati scambiati voti» come una coppia tradizionale.

La Corte del rinvio dovrà allora verificare se sussistevano i requisiti dell'*affectio coniugalis* e della convivenza propri del matrimonio; in altre parole deve accertare se si sia in presenza di quella che noi definiamo una «famiglia di fatto».

Con l'occasione, non si può che rimarcare che questo caso, in cui coesistono — a quanto appare in tesi — l'elemento storico-materiale della convivenza e la *volontà* (irrealizzabile) di contrarre matrimonio è assolutamente diverso da quello in cui tale *volontà* manchi, che è poi quello delle unioni non coniugali, non disciplinate, nella UE, in Italia, Irlanda e Gran Bretagna.

In Gran Bretagna ciò si spiega con la validità riconosciuta dalla Corte agli accordi pre e paramatrimoniali; gli altri due Paesi, invece, sono soggetti all'influenza dell'etica cattolica (almeno in Italia, senza significative distinzioni tra le forze politiche).

Sarà interessante attendere gli influssi del prossimo recepimento della Carta dei Diritti dell'Unione — che vieta, ad esempio, discriminazioni basate sull'orientamento sessuale — nel diritto di famiglia e se, in particolare, ci si possa attendere che una decisione analoga a quella in commento possa intervenire in una situazione ove la coppia, cui si fa divieto di contrarre matrimonio, ma che tale volontà esprima, sia formata da persone del medesimo sesso.

Tale soluzione è già, a mio personale avviso, e allo stato, obbligata nel caso di cittadini di uno Stato dell'Unione che tale matrimonio riconosca (Olanda, Belgio, Danimarca, Svezia) e che si stabiliscano in *altro Stato* che invece non lo riconosce; per esempio ove si faccia questione di una deduzione fiscale per il coniuge a carico o anche dello stesso caso della trasmissione della pensione ai superstiti.

Invero, argomentare diversamente significa *ex se* violare l'art. 48 T.U.E. (ex 39 CE) e il Reg. 1612/68 art. 10. A tacere del fatto che competente sul matrimonio *non* è la legge dello Stato che non lo riconosca, ma quella dello Stato di origine.

*Avv. Roberto de Felice*

**Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Lussemburgo), sentenza 7 gennaio 2004 in causa C-117-01 – Pres. Skouris — Rel. Cunha Rodrigues - Avv. Generale Ruiz-Jarabo Colomer — K.B. c/ National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health.**

*Osta all'art. 141 Tratt. CE la disposizione nazionale, contraria alla Convenzione di Roma sui Diritti dell'Uomo del 14 novembre 1950, che, non consentendo la rettifica del sesso di una persona transessuale, e di conseguenza il matrimonio con persona del sesso di origine, impedisca a quest'ultima di trasmetterle quote del trattamento di quiescenza.*

(CEDU, art. 12, Tratt. T.U.E., art. 6, art. 141).

«(omissis) 1. - Con ordinanza 14 dicembre 2000, pervenuta in cancelleria il 15 marzo 2001, la *Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division)* (Corte d'appello civile d'Inghilterra e del Galles) ha sottoposto alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, una questione pregiudiziale relativa all'interpretazione dell'art. 141 CE e della direttiva del Consiglio 10 febbraio 1975, 75/117/CEE, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile (*Gazzetta Ufficiale* L 45, pag. 19).

2. - Tale questione è stata sollevata nell'ambito di una controversia tra la sig.ra K.B., iscritta al regime pensionistico del *National Health Service* (servizio sanitario nazionale; in prosieguo: il «NHS»), da un lato, e il *NHS Pensions Agency* (Ufficio Pensioni del NHS) ed il *Secretary of State for Health* (Ministro della Sanità), dall'altro, in merito al rifiuto di attribuire una pensione di reversibilità al suo convivente transessuale.

AMBITO NORMATIVO.

*Normativa comunitaria.*

3. - L'art. 141 CE dispone quanto segue:

«1. Ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra [i] lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore.

2. Per retribuzione si intende, a norma del presente articolo, il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo (...).»

4. - L'art. 1, n. 1, primo comma, della direttiva 75/117 così prevede:

«Il principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile, previsto dall'articolo 119 del trattato, denominato in appresso principio della parità delle retribuzioni, implica, per uno stesso lavoro o per un lavoro al quale è attribuito un valore uguale, l'eliminazione di qualsiasi discriminazione basata sul sesso in tutti gli elementi e le condizioni delle retribuzioni (...).»

5. - Ai sensi dell'art. 3 della stessa direttiva:

«Gli Stati membri sopprimono le discriminazioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile derivanti da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e contrarie al principio della parità delle retribuzioni.»

*Normativa nazionale.*

6. - Dagli artt. 1 e 2 della *Sex Discrimination Act 1975* (legge 1975 sulle discriminazioni basate sul sesso; in prosieguo: la «legge 1975») risulta vietato commettere atti discriminatori diretti nei confronti di una persona di un sesso particolare, riservandole un trattamento meno favorevole di quello di cui gode o godrebbe una persona del sesso opposto. Tali articoli vietano anche la discriminazione indiretta, da essi definita in sostanza come l'applicazione di condizioni od obblighi identici, aventi l'effetto di sfavorire in maniera sproporzionata ed ingiustificata le persone di un sesso particolare.

7. - In seguito alla sentenza della Corte 30 aprile 1996, causa C 13/1994, P./S. (*Racc.* pag. I-2143), il Regno Unito ha adottato il *Sex Discrimination (Gender Reassignment) Regulations* 1999 (regolamento 1999 sulla discriminazione sessuale in ipotesi di cambiamento di sesso), che ha modificato la legge 1975 affinché disciplinasse i casi di discriminazione diretta basata sul cambiamento di sesso di un dipendente.

8. - L'art. 11, lett. c), della *Matrimonial Causes Act* 1973 (legge 1973 sul matrimonio) dichiara nullo ogni matrimonio in cui i coniugi non siano rispettivamente di sesso maschile e di sesso femminile.

9. - L'art. 29, nn. 1 e 3, della *Birth and Deaths Registration Act* 1953 (legge 1953 sulla registrazione delle nascite e dei decessi) vieta ogni modifica al registro degli atti di nascita, salvo nel caso di errore di scrittura o di errore materiale.

10. - Il *NHS Pension Scheme Regulations* 1995 (regolamento 1995 sul regime pensionistico del NHS) prevede al suo art. G7, n. 1, che, se un iscritto di sesso femminile decede nelle circostanze previste dal citato regolamento e lascia un vedovo, quest'ultimo ha diritto, in linea di principio, ad una pensione di reversibilità. Il termine «vedovo» non viene definito. È tuttavia pacifico che, nel diritto inglese, tale termine indica la persona coniugata con l'iscritto.

#### CONTROVERSIA PRINCIPALE E QUESTIONE PREGIUDIZIALE.

11. - K.B., ricorrente nella causa principale, è una donna che ha lavorato per circa 20 anni presso il NHS, specificamente come infermiera, ed è iscritta al *NHS Pension Scheme*.

12. - K.B. ha da diversi anni una relazione affettiva e di convivenza con R, una persona nata di sesso femminile e registrata come tale allo stato civile che, in seguito ad un'operazione medica di cambiamento di sesso, è diventata un uomo, senza che abbia potuto tuttavia modificare il suo atto di nascita per formalizzare tale cambiamento. Per questa ragione, e contrariamente alla loro volontà, K.B. e R non hanno potuto unirsi in matrimonio. K.B. ha dichiarato nelle sue memorie e ha ricordato in udienza che la loro unione è stata consacrata con «una cerimonia in chiesa approvata da un membro dell'Episcopato anglicano» e che sono stati scambiati voti «allo stesso modo di una coppia tradizionale».

13. - In mancanza di matrimonio, il *NHS Pensions Agency* ha informato K.B. che, nel caso in cui questa decedesse prima di R, quest'ultimo non potrebbe ricevere una pensione di reversibilità in quanto il beneficio di tale prestazione è riservato al coniuge superstite, e che nessuna disposizione del diritto del Regno Unito riconosce la qualità di coniuge in assenza di legittimo matrimonio.

14. - K.B. ha adito l'*Employment Tribunal* (Commissione per le controversie di lavoro del Regno Unito), facendo valere che le disposizioni nazionali che limitano le prestazioni ai vedovi ed alle vedove di iscritti costituivano una discriminazione fondata sul sesso, contraria all'art. 141 CE e alla direttiva 75/117. Secondo K.B., tali ultime disposizioni esigono che, in un tale contesto, la nozione di «vedovo» sia interpretata in maniera tale da includere anche il membro superstite di una coppia che acquisirebbe tale qualità se la sua identità sessuale non fosse il risultato di un'operazione medica di cambiamento di sesso.

15. - Sia l'*Employment Tribunal*, con decisione 16 marzo 1998, sia l'*Employment Appeal Tribunal London* (Commissione di appello per le controversie di lavoro di Londra) con sentenza pronunciata in appello il 19 agosto 1999, hanno giudicato che il regime pensionistico di cui trattasi non è discriminatorio.

16. - K.B. ha adito la *Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division)* che ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se l'esclusione del convivente transessuale (una persona originariamente di sesso femminile) di una donna iscritta al *National Health Service Pension Scheme* (regime pensionistico del servizio sanitario nazionale britannico), in forza del quale le prestazioni per persone a carico spettano solo al vedovo, costituisca una discriminazione basata sul sesso, vietata dall'art. 141 CE e dalla direttiva 75/117».

#### SULLA QUESTIONE PREGIUDIZIALE.

##### *Osservazioni sottoposte alla Corte.*

17. - Secondo K.B., la decisione che le nega il diritto di designare R. come beneficiario della pensione di reversibilità è stata adottata unicamente per un motivo legato al cambia-

mento di sesso di quest'ultimo. Infatti, se R. non avesse cambiato sesso e se ciò non gli impedisse di contrarre matrimonio, R. avrebbe diritto alla pensione di reversibilità in qualità di coniuge superstite.

18. - Ella sostiene che la citata sentenza P./S, secondo cui il diritto comunitario vieta le discriminazioni che hanno origine nel cambiamento di sesso di una persona, troverebbe applicazione nella causa principale, in quanto il giudice del rinvio ha considerato K.B. e R. come una coppia eterosessuale, il cui solo tratto caratteristico è che il sesso di uno dei due è il risultato di un'operazione medica. Conseguentemente, il trattamento sfavorevole riservato a questi ultimi deriverebbe unicamente dal fatto che R ha subito un cambiamento di sesso, il che costituirebbe una discriminazione diretta fondata sul sesso, vietata dall'art. 141 CE e dalla direttiva 75/117.

19. - In via preliminare, K.B. sostiene che la condizione del matrimonio costituisce una discriminazione indiretta nei confronti dei transessuali poiché, contrariamente a ciò che avviene in una coppia eterosessuale in cui nessuno dei due membri è un transessuale, nel caso di una coppia eterosessuale, in cui uno di essi abbia subito un'operazione per cambiare sesso, la condizione del matrimonio non potrebbe mai essere soddisfatta.

20. - Il governo del Regno Unito fa valere che i dipendenti di sesso sia maschile sia femminile del NHS, che non siano legati da vincolo matrimoniale con i loro conviventi, non possono beneficiare delle prestazioni di reversibilità previste dal NHS *Pension Scheme*, e ciò indipendentemente dal motivo per cui non sono sposati. Poco importerebbe che la ragione per la quale un singolo dipendente non può soddisfare la condizione obbligatoria del matrimonio risieda nel fatto che il suo compagno sia omosessuale, come nella causa che ha dato luogo alla sentenza 17 febbraio 1998, causa C-249/1996, Grant (*Racc.* pag. I-621), o transessuale, come nella causa principale, o risulti da un qualsiasi altro motivo.

21. - Il governo del Regno Unito sostiene inoltre che la soluzione di cui alla sentenza 31 maggio 2001, cause riunite C-122/99 P e C-125/99 P. D. e Svezia/Consiglio (*Racc.* pag. I-4319) possa essere estesa alla causa principale, in quanto la disposizione controversa dello Statuto del personale delle Comunità europee prevede, come nella presente causa, il requisito del matrimonio e non richiede semplicemente una relazione stabile di un certo carattere per l'attribuzione degli assegni di famiglia.

22. - La Commissione ritiene che l'elemento determinante nella causa che ha dato luogo alla citata sentenza P./S. fosse il fatto che il trattamento sfavorevole di cui P. era oggetto era direttamente provocato dal suo cambiamento di sesso e in questo trovava la sua origine, in quanto quest'ultimo non sarebbe stato licenziato se non avesse cambiato la sua identità sessuale.

23. - Tuttavia, nella causa principale, il trattamento sfavorevole contestato avrebbe solo un collegamento remoto con il cambiamento di sesso di R. e sarebbe piuttosto legato all'impossibilità per la coppia di contrarre matrimonio. Alla luce di queste circostanze, la Commissione ritiene che non si possa fare riferimento alla citata sentenza P./S. nella presente causa.

24. - La Commissione sostiene inoltre che K.B. non può richiamare il diritto comunitario per far valere che il collegamento indiretto tra il cambiamento di sesso di R. ed il rifiuto di pagargli la pensione di reversibilità sia sufficiente per qualificare tale rifiuto come una discriminazione fondata sul sesso. Infatti, da un lato, la citata sentenza Grant avrebbe implicitamente riconosciuto che la definizione della nozione di matrimonio è questione di diritto di famiglia, che rientrerebbe nella competenza degli Stati membri. Dall'altro, la Corte europea dei diritti dell'uomo avrebbe ripetutamente giudicato che l'impedimento al matrimonio, legato al fatto che il diritto britannico non permetta ad un transessuale di modificare il suo atto di nascita, non costituisce una violazione degli artt. 8, 12 o 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 (in prosieguo: la «CEDU»).

*Giudizio della Corte.*

25. - Le prestazioni concesse in forza di un regime pensionistico, il quale è strutturato essenzialmente in funzione del posto coperto dall'interessato, si ricollegano alla retribuzione che quest'ultimo percepiva e rientrano nelle previsioni dell'art. 141 CE (v., in particolare, sentenze 17 maggio 1990, causa C-262/1988, Barber, *Racc.* pag. I-1889, punto 28, e 12 settembre 2002, causa C-351/00, Niemi, *Racc.* pag. I-7007, punto 40).

26. - La Corte ha altresì ammesso che una pensione di reversibilità prevista da un sifatto regime rientra nella sfera di applicazione dell'art. 141 CE. Essa ha precisato al riguardo che la circostanza che la suddetta pensione, per definizione, non sia corrisposta al lavoratore, ma al coniuge superstite, non è tale da infirmare questa interpretazione, in quanto tale prestazione è un beneficio che trae origine dall'iscrizione al regime del coniuge del superstite, di modo che la pensione spetta a quest'ultimo nell'ambito del rapporto di lavoro tra il datore di lavoro e il suddetto coniuge e gli è corrisposta in conseguenza dell'attività lavorativa svolta da quest'ultimo (v. sentenze 6 ottobre 1993, causa C-109/1991, Ten Oever, *Racc.* pag. I-4879, punti 12 e 13, nonché 9 ottobre 2001, causa C-379/1999, Menauer, *Racc.* pag. I-7275, punto 18).

27. - La pensione di reversibilità versata nell'ambito di un regime previdenziale di categoria, quale quello istituito dal NHS *Pension Scheme*, costituisce quindi una retribuzione ai sensi dell'art. 141 CE e della direttiva 75/117.

28. - La decisione di riservare determinati benefici alle coppie coniugate, escludendone tutti coloro che convivono senza essere sposati, è affidata sia alla scelta del legislatore, sia all'interpretazione effettuata dai giudici nazionali delle norme giuridiche di diritto interno, senza che un soggetto possa far valere alcuna discriminazione fondata sul sesso vietata dal diritto comunitario (v., per quanto riguarda i poteri del legislatore comunitario, sentenza D. e Svezia/Consiglio, *cit.*, punti 37 e 38).

29. - Nel caso specifico, una tale condizione non può, di per sé, essere considerata come discriminatoria in funzione del sesso e, pertanto, contraria all'art. 141 CE o alla direttiva 75/117, in quanto il fatto che il richiedente sia un uomo o una donna è indifferente ai fini della concessione della pensione di reversibilità.

30. - In una situazione quale quella di cui alla causa principale, esiste tuttavia una disparità di trattamento che, pur non mettendo direttamente in causa il godimento di un diritto tutelato dall'ordinamento comunitario, incide su una delle condizioni per la sua concessione. Come ha giustamente sottolineato l'avvocato generale al paragrafo 74 delle sue conclusioni, tale disparità di trattamento riguarda non il riconoscimento di una pensione di reversibilità, ma una condizione preliminare indispensabile alla concessione di questa, ossia la capacità di contrarre matrimonio.

31. - Infatti, nel Regno Unito, mentre le coppie eterosessuali, in cui l'identità di nessuno dei due membri deriva da un'operazione di cambiamento di sesso, possono contrarre matrimonio e, eventualmente, godere di una pensione di reversibilità, che costituisce un elemento della retribuzione di uno di essi, una coppia quale quella formata da K.B. e R. non è assolutamente in grado di soddisfare la condizione del matrimonio, quale prevista dal NHS *Pension Scheme*, al fine di concedere una pensione di reversibilità.

32. - L'origine di tale impossibilità oggettiva risiede nel fatto, innanzi tutto, che la legge 1973 sul matrimonio considera nullo ogni matrimonio in cui i coniugi non siano rispettivamente di sesso maschile e di sesso femminile; poi, che si considera come sesso di una persona quello risultante sull'atto di nascita; e, infine, che la legge sulla registrazione delle nascite e dei decessi vieta ogni modifica del registro degli atti di nascita, salvo nel caso di errore di scrittura o di errore materiale.

33. - Occorre ricordare che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha giudicato che l'impossibilità per un transessuale di contrarre matrimonio con una persona del sesso al quale egli apparteneva prima dell'operazione di cambiamento di sesso, e che dipende dal fatto che, relativamente allo stato civile, essi appartengano allo stesso sesso, dato che la normativa del Regno Unito non permette il riconoscimento giuridico della sua nuova identità sessuale, costituisce una violazione del suo diritto di contrarre matrimonio ai sensi dell'art. 12 della CEDU (v. Corte eur. D.U., sentenze 11 luglio 2002, Christine Goodwin/Regno Unito e I./Regno Unito, non ancora pubblicate nella *Recueil des arrêts et décisions*, rispettivamente ai §§ 97-104 e 77-84).

34. - Una legislazione, quale quella di cui trattasi nella causa principale, che, in violazione della CEDU, impedisce ad una coppia, quale K.B. e R. di soddisfare la condizione del matrimonio, necessaria affinché uno di essi possa godere di un elemento della retribuzione dell'altro, dev'essere considerata, in linea di principio, incompatibile con le prescrizioni di cui all'art. 141 CE.



35. - Poiché spetta agli Stati membri determinare le condizioni per il riconoscimento giuridico del cambiamento di sesso di una persona nella situazione di R. come peraltro riconosciuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (sentenza Goodwin/Regno Unito, *cit.*, § 103), spetta al giudice nazionale verificare se, in un'ipotesi quale quella di cui alla causa principale, una persona nella situazione di K.B. possa invocare l'art. 141 CE affinché le si riconosca il diritto di far beneficiare il proprio convivente di una pensione di reversibilità.

36. - Da quanto precede risulta che l'art. 141 CE osta, in linea di principio, ad una legislazione che, in violazione della CEDU, impedisce ad una coppia, quale K.B. e R, di soddisfare la condizione del matrimonio, necessaria affinché uno di essi possa godere di un elemento della retribuzione dell'altro. Spetta al giudice nazionale verificare se, in un'ipotesi quale quella di cui alla causa principale, una persona nella situazione di K.B. possa invocare l'art. 141 CE affinché le si riconosca il diritto di far beneficiare il proprio convivente di una pensione di reversibilità.

SULLE SPESE.

37. - Le spese sostenute dal governo del Regno Unito e dalla Commissione, che hanno presentato osservazioni alla Corte, non possono dar luogo a rifusione. Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese.

Per questi motivi, la Corte, pronunciandosi sulla questione sottoposta dalla *Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division)* con ordinanza 14 dicembre 2000, dichiara:

L'art. 141 CE osta, in linea di principio, ad una legislazione che, in violazione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, impedisce ad una coppia, quale K.B. e R, di soddisfare la condizione del matrimonio, necessaria affinché uno di essi possa godere di un elemento della retribuzione dell'altro. Spetta al giudice nazionale verificare se, in un'ipotesi quale quella di cui alla causa principale, una persona nella situazione di K.B. possa invocare l'art. 141 CE affinché le si riconosca il diritto di far beneficiare il proprio convivente di una pensione di reversibilità.

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 7 gennaio 2004».

## Ferie e congedo di maternità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

(Corte di Giustizia delle Comunità europee, Sezione Sesta, sentenza 18 marzo 2004  
nella causa C-342/01)

La Corte di Giustizia delle Comunità europee, con la sentenza che qui si ha in rassegna, ha sancito un fondamentale principio in tema di diritto alla fruizione delle ferie e del congedo di maternità, con una decisione che segna un importante passo nella armonizzazione del sistema giuridico della neonata Unione, e che evidenzia in pari tempo l'alto grado di avanzamento della dottrina e della giurisprudenza di quello cioè che Rescigno chiama «ceto italiano dei giuristi», che già da tempo aveva riaffermato il principio ora fatto proprio anche dalla Corte europea (1).

Senza entrare nel merito della definizione della disciplina dei due istituti, si vuole puntualizzare come ferie e congedo di maternità originano entrambi dalla necessità di garantire e tutelare le esigenze del lavoratore inteso non semplicemente come fattore della produzione – o, come oggi si usa dire negli ambienti datoriali, come «risorsa» – ma ancor prima come soggetto dotato di esigenze personali e familiari. Tuttavia, mentre le ferie hanno la finalità di permettere al lavoratore di rigenerare periodicamente le energie psicofisiche impegnate e logorate nel lavoro, il congedo di maternità, nelle sue varie forme, consente, invece, alla lavoratrice madre, ovvero, ove previsto al padre o ad entrambi i genitori, di sospendere l'attività lavorativa, continuando comunque a percepire la retribuzione, in concomitanza con lo stato di gravidanza, con il parto e nei primi mesi di vita della neonata prole.

Se entrambi gli istituti hanno l'effetto, come detto, di sospendere la prestazione lavorativa, la differenza tra ferie e congedo di maternità risiede,

---

(1) L'espressione di Rescigno P. (*I rapporti economici nella Costituzione* (rassegna). Saggio introduttivo al vol. II, *Il diritto sindacale*, Giuffrè, Milano, 1987, p. III ss.), si riferiva in realtà all'esperienza corporativa, che nonostante avesse, ad avviso di questo autore, interrotto il processo di evoluzione sindacale dell'inizio del secolo, costituiva comunque – sempre secondo il medesimo autore – una «...risposta tecnicamente elaborata e coerente – un merito da riconoscere alla bravura tecnica del ceto italiano dei giuristi...». Parafrasando l'espressione dell'insigne giurista si vuole significare come l'ordinamento giuridico nazionale abbia raggiunto un livello di evoluzione notevole anche rispetto ai *partners* europei, prevedendo, nella materia del lavoro e della tutela sociale, traguardi e conquiste mature, ma ancora controverse in altre nazioni che per altri versi vengono poste come modelli. Per quanto riguarda il tema della fruizione delle ferie e l'assenza per maternità, vedi per tutti VALLEBONA A., (*Istituzioni di diritto del lavoro*, vol. II, *Il rapporto di lavoro*, CEDAM 2002, p. 163 ss., il quale afferma che «...l'assegnazione delle ferie è preclusa anche nei periodi di assenza per maternità o per congedo matrimoniale...»); l'autore accomuna queste situazioni all'insorgenza dello stato di malattia che per giurisprudenza costante interrompe il decorso delle ferie. In questo senso vedi Cassazione S.U. 23 febbraio 1998 n. 1947, in *F.I.*, 1989, I, p. 1065; Cassazione 3 agosto 1999 n. 8408, in *MGL*, 1999, p. 1089; Cassazione 14 dicembre 2000 n. 15768, in *GL* 7/2001, p. 36.

però, proprio nelle ragioni che sono alla base di ciascuno di essi (2). Così, le ferie si rivelano come un evento strettamente collegato e connesso al rapporto di lavoro proprio per la loro funzione rigeneratrice delle energie spese nella prestazione: ciascun lavoratore in ragione dello svolgimento della prestazione lavorativa matura il diritto irrinunciabile alle ferie; in tal senso le ferie costituiscono un elemento essenziale della prestazione di lavoro che risulta essere costituita da periodi lavorati e da periodi di riposo necessari affinché il lavoratore possa reintegrare le proprie energie e fornire una prestazione più redditizia (3). La sospensione dell'attività di lavoro per congedo di maternità risponde, invece, ad un'esigenza sociale comunque slegata dalla prestazione lavorativa, intesa come messa a disposizione delle proprie energie, e dalla redditività della stessa, trovando il suo fondamento nella tutela che l'ordinamento ha voluto riconoscere alla lavoratrice madre e più in generale ai prestatori di lavoro con prole. In questo senso, il congedo di maternità non è connaturato allo svolgimento e commisurato alla durata del rapporto di lavoro, come le ferie, ma è frutto di una valutazione di interessi ritenuti socialmente e giuridicamente rilevanti, di una evoluzione culturale e civile che vuole assicurata la tutela della famiglia come nucleo fondamentale della società, e ritiene legittimo sacrificare l'interesse della produzione a garanzia della famiglia e della stessa libertà personale (4). La funzione, quindi, delle

---

(2) La classificazione delle ferie e del congedo di maternità tra le cause di sospensione della prestazione lavorativa non rispecchia, in verità, la sistematica ufficiale del diritto del lavoro che inquadra le ferie nella tematica della durata della prestazione di lavoro, e solo la maternità, insieme con la malattia, l'infortunio, il servizio militare etc., tra le cause che, pur essendo esterne al rapporto di lavoro, strettamente inteso, generano la sospensione della prestazione lavorativa. Infatti, mentre durante le ferie la retribuzione è pagata al lavoratore dal datore di lavoro, durante l'astensione obbligatoria per maternità, ovvero nel caso di malattia o infortunio, lo stipendio viene pagato dall'ente previdenziale, sotto forma di indennità, verificandosi così una piena sospensione di entrambe le prestazioni corrispettive che costituiscono il rapporto di lavoro. Pertanto, parlare di sospensione della attività lavorativa per le ferie significa sostanzialmente riferirsi alla sospensione della prestazione lavorativa, ma non delle obbligazioni che dal rapporto derivano per il datore di lavoro: il lavoratore in ferie riceve comunque dal datore la retribuzione come se lavorasse, avendo maturato le proprie ferie durante lo svolgimento della prestazione lavorativa. Nei periodi di congedo per maternità o di malattia il lavoratore non riceve la retribuzione da parte del datore di lavoro, ma questa viene sostituita da una equivalente indennità corrisposta dall'ente previdenziale. In questo caso, alla sospensione della prestazione lavorativa corrisponde dunque, la sospensione della retribuzione e quindi dello stesso rapporto. Pertanto, solo intendendo il termine «sospensione» in senso atecnico è possibile accomunare le due ipotesi sotto l'unica definizione.

(3) In questo senso si esprime chiaramente la Costituzione che all'art. 36 co. 3 afferma che il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunciarvi. A chiosa della disposizione costituzionale si vedano anche l'art. 2109 cod. civ. e l'art. 7 della direttiva n. 93/104/CE.

(4) Si vuole in sostanza sottolineare come il divieto di licenziamento della lavoratrice in gravidanza, ovvero tutte le altre norme che, anche su sollecitazione delle direttive comunitarie, sono state approvate in questi anni, rispondono esclusivamente ad un interesse che, pur collegato al lavoratore in quanto tale prescinde dallo svolgimento della prestazione lavorativa. Sarebbe, in parole più chiare, ipotizzabile, in assenza di un'apposita legislazione di

ferie è assolutamente diversa da quella del congedo di maternità ed in ragione di questa diversità non è accettabile alcuna interpretazione volta a limitare il diritto alle ferie nel caso di concomitanza di queste con il congedo di maternità: si creerebbe in tal caso una intollerabile discriminazione a detrimento delle donne o comunque di tutti i lavoratori con carichi familiari e si rischierebbe sul piano della tecnica del diritto di confondere due istituti senza considerarne la rispettiva *ratio* giustificatrice.

In questo senso, la Corte di Giustizia ha affermato, con un principio cristallino e scevro da alcuna censura, che anche nel caso di ferie collettive, ossia di chiusura totale degli stabilimenti in determinati periodi dell'anno, la lavoratrice ha diritto di godere delle ferie in un periodo diverso, se queste vengano a coincidere con il congedo di maternità.

*Il fatto, le questioni di legittimità e la posizione del Governo italiano.*

Il Juzgado de lo Social n. 33 di Madrid ha proposto innanzi alla Corte di giustizia due questioni inerenti l'interpretazione dell'art. 7 n. 1 della direttiva 93/104/CE, concernente alcuni aspetti in materia di organizzazione dell'orario di lavoro, dell'art. 11 n. 2 lett. a) della direttiva 92/1985/CE in materia di salute e sicurezza delle lavoratrici gestanti puerpere o in periodo di allattamento e dell'art. 5 n. 1 della direttiva 76/207/CE in materia di parità di trattamento uomo donna.

Tali questioni sono state sollevate nell'ambito di una controversia sorta tra la sig.ra Merino Gomez e il datore di lavoro Società Continental Industria di Gaucho SA, in merito alla richiesta della lavoratrice di godere delle ferie annuali in un periodo diverso da quello stabilito dal contratto collettivo, trovandosi durante quel periodo in congedo di maternità. La sig.ra Gomez, infatti, trovandosi in astensione obbligatoria per maternità dal 5 maggio al 24 agosto 2001, nello stesso periodo, cioè, fissato dal contratto collettivo, per il godimento delle ferie annuali, non aveva potuto godere delle proprie ferie, e chiedeva, pertanto, di poterne beneficiare in un periodo successivo. Il datore di lavoro, ritenendo che le ferie potessero essere godute dai dipendenti solo nei periodi stabiliti dall'accordo collettivo del 7 maggio 2001, non accoglieva la domanda della lavoratrice, che decideva, pertanto, di proporre ricorso giudiziale.

Il giudice adito, riscontrando in materia la presenza di una normativa comunitaria, e l'assenza di una specifica pronuncia interpretativa della Corte europea, ritenendo comunque di non poter dedurre chiaramente la soluzione dalla giurisprudenza stessa e senza comunque condividere le pronunce di

---

tutela, licenziare una donna perché in stato di gravidanza, mentre risulterebbe concretamente impossibile far lavorare un soggetto senza riconoscergli pause dall'attività idonee a rigenerare le forze e le energie spese nella prestazione. In tal caso il lavoratore si ammalerebbe per eccessivo sfruttamento delle proprie energie, e la sua prestazione risulterebbe non solo di scarso rendimento, ma nel più lungo periodo inutilizzabile, se non addirittura dannosa per l'impresa.

altri giudici spagnoli in casi simili, ai sensi dell'art. 234 del Trattato di Roma, sollevava due questioni pregiudiziali innanzi alla Suprema Corte chiedendo l'interpretazione della normativa in oggetto (5).

Con la prima questione pregiudiziale il giudice del rinvio chiedeva alla Corte del Lussemburgo di accertare se l'art. 7 n. 1 della direttiva 93/104/CE, in materia di organizzazione dell'orario di lavoro, l'art. 11 n. 2 lett. a) della direttiva 92/1985/CE in materia di salute e sicurezza delle lavoratrici gestanti puerpere o in periodo di allattamento e l'art. 5 n. 1 della direttiva 76/207/CE in materia di parità di trattamento uomo donna garantissero il diritto della lavoratrice a godere delle proprie ferie in un periodo diverso da quello stabilito per la totalità dei lavoratori da eventuali accordi collettivi e non coincidente con quello del congedo di maternità.

Con la seconda, il giudice spagnolo invitava la Corte a chiarire se una lavoratrice, ove le fosse riconosciuto il diritto a godere delle ferie in un periodo diverso da quello stabilito dall'accordo collettivo, potesse beneficiare esclusivamente delle quattro settimane di ferie annuali previste dal citato art. 7 della direttiva 93/104, ovvero se la durata delle ferie dovesse essere rapportata ai 30 giorni stabiliti dalla normativa nazionale spagnola di cui all'art. 38 n. 1 del Real decreto legislativo – *Estatuto del los Trabajadores* – n. 1 del 1995.

Il Governo italiano, intervenuto con l'Avvocatura dello Stato nel procedimento di fronte alla Corte di Giustizia, ha sostenuto a chiare note la posizione della ricorrente, motivando che nessun lavoratore può essere privato del diritto alle ferie e a maggior ragione la lavoratrice che si trova in congedo obbligatorio per maternità; in tal senso la stessa sarebbe vittima di una discriminazione che ha origine nella gravidanza e nel suo congedo di maternità. Quanto invece alla seconda questione, il Governo italiano, pur riconoscendo che l'applicazione della disciplina comunitaria in materia di durata minima delle ferie preserverebbe dal pericolo di promiscuità delle fonti, atteso che il diritto alle ferie è fondato direttamente sulla normativa comunitaria, ha ritenuto più opportuno applicare, anche in questa ipotesi, in forza del principio di non discriminazione, il diritto spagnolo e quindi la normativa più favorevole ai lavoratori.

Pertanto, ad avviso del Governo italiano, anche ove i contratti collettivi aziendali o di diverso livello dovessero fissare periodi stabiliti per il godimento delle ferie annuali, ovvero nel caso di ferie collettive e quindi di chiu-

---

(5) La giurisprudenza spagnola aveva affrontato più volte la questione negando il diritto del lavoratore di godere delle ferie in un periodo diverso da quello stabilito dal contratto collettivo; in questo senso si era pronunciato il Tribunal Supremo con le sentenze del 30 novembre 1995 e del 27 giugno 1996; il Tribunal Superior de Justicia de Navarra con sentenza 10 febbraio 2000, e quello dell'Andalusia con sentenza 7 dicembre 1999 e infine quello di Madrid nella sentenza del 13 luglio 1999. Tutti erano dell'opinione che la lavoratrice non ha il diritto di usufruire delle sue ferie annuali in un periodo diverso da quello fissato dall'accordo collettivo raggiunto nell'impresa, poiché l'osservanza del contratto prevarrebbe sul diritto individuale al godimento delle ferie da parte della lavoratrice gestante, puerpera o in allattamento.

sura degli stabilimenti, non potrebbe comunque essere compromesso il diritto della lavoratrice alle ferie: ove quest'ultima, infatti, si trovasse nello stesso periodo in astensione obbligatoria per maternità avrebbe il diritto di godere delle proprie ferie in un periodo successivo ed ulteriore al congedo di maternità per un durata non inferiore, comunque, al limite minimo di quattro settimane fissato dalla art. 7 n. 1 della direttiva 93/104/CE, ma che può essere sempre derogato *in melius* dalla disciplina interna anche di fonte collettiva.

*I precedenti giurisprudenziali e la tutela dalle discriminazioni.*

Risale al 1963 la pronuncia della Corte Costituzionale italiana, che pur affermando che «...spetti all'imprenditore la scelta del tempo in cui le ferie debbono essere date, nel temperamento delle esigenze dell'impresa e degli interessi del lavoratore...», sancisce che «...mai a quest'ultimo...» è possibile negare «...del tutto il riposo garantitogli dalla Costituzione...» (6). Con questa pronuncia la Corte Costituzionale ha sancito il primo fondamentale principio, non solo sul tema del godimento delle ferie, ma anche sulla funzione che queste hanno: permettere al lavoratore di recuperare e di reintegrare le energie spese nel lavoro. A simili conclusioni, anche se molto più di recente, è pervenuta la Corte di Giustizia che con una pronuncia del 2001 ha affermato che, ai sensi della direttiva 93/104, ciascun lavoratore ha diritto a ferie annuali retribuite di almeno quattro settimane, con la possibilità di ciascuno Stato membro di derogare a queste disposizioni, purché risulti sempre tutelata la sicurezza e la salute dei lavoratori o siano a questi concessi periodi equivalenti di riposo compensativo o un'altra adeguata tutela (7).

Orbene, la pronuncia citata, pur non riguardando direttamente la questione oggetto della presente nota, permette di individuare il primo fondamentale limite al potere del datore di lavoro nella concessione delle ferie ai lavoratori; secondo quanto previsto, il lavoratore in nessun caso potrebbe

---

(6) In questo senso si pronunciò la Corte Costituzionale (sentenza del 7 maggio 1963 n. 66) che rilevò l'esistenza di un evidente contrasto tra l'art. 2109 del Codice civile, nella parte in cui riconosceva al lavoratore il diritto alle ferie annuali soltanto dopo un anno ininterrotto di servizio, e l'art. 36 della Costituzione che vuole che le ferie siano godute entro l'anno e non dopo un anno di prestato servizio. La Corte concludeva saggiamente, infatti, che anche se il lavoratore non avesse prestato il proprio servizio per un intero anno, aveva comunque diritto al beneficio delle ferie, sia pure in misura ridotta, ma mai sarebbe possibile escludere totalmente questo diritto. La stessa Corte Costituzionale con sentenza 22 dicembre 1980, n. 189 ribadiva il principio dichiarando illegittimo l'art. 2109 nella parte in cui non prevede il diritto a ferie retribuite anche per il lavoratore assunto in prova, in caso di recesso dal contratto durante il periodo di prova medesimo.

(7) A queste conclusioni è pervenuta la Corte di Giustizia con la sentenza BECTU del 26 giugno 2001 nel procedimento C-173/1999, nella quale si dichiara illegittima la restrizione del diritto alle ferie retribuite per i lavoratori occupati da meno di tredici settimane ininterrotte alle dipendenze dello stesso datore di lavoro, poiché la direttiva 93/104 riconosce questo diritto a ciascun lavoratore. Ciascun lavoratore, in sostanza ha diritto a ferie retribuite anche ove la prestazione di lavoro sia inferiore ad un certo limite, poiché può essere ridimensionato il numero dei giorni di ferie ai quali ha diritto un lavoratore, ma mai quest'ultimo potrà essere privato del periodo di riposo.

essere privato del proprio diritto al godimento delle ferie, né direttamente, qualora il datore espressamente gli rifiutasse il periodo annuale di riposo, né indirettamente, come si è verificato nel caso della sig.ra Gomez che ha visto assorbite le proprie ferie dal congedo di maternità.

La soluzione della questione che si è presentata in Spagna, e che è stata oggetto di sindacato da parte della Corte del Lussemburgo, non è stata però adeguatamente approfondita dalla giurisprudenza nazionale, né da quella comunitaria, che ha incentrato le proprie pronunce soprattutto sul problema dell'interruzione delle ferie per il sopravvenire di uno stato di malattia, ovvero dell'impossibilità di godere delle ferie nei periodi stabiliti dal datore di lavoro – i casi delle cc.dd. ferie collettive – per la presenza di uno stato di malattia (8). Atteso che la malattia o l'infortunio o le cure termali comportano, al pari del congedo di maternità, la sospensione del rapporto di lavoro, è ammissibile dare un'interpretazione estensiva delle pronunce in materia e ritenere che le stesse soluzioni alle quali è pervenuta la giurisprudenza in tema di malattia siano applicabili anche per la coincidenza delle ferie annuali con l'astensione obbligatoria per maternità.

In questo senso, la prima pronuncia della Corte Costituzionale che ha affrontato la questione è la sentenza n. 616 del 30 dicembre 1987 che ha sancito l'incostituzionalità, per violazione dell'art. 36 comma 3, dell'art. 2109 del codice civile nella parte in cui non prevedeva che l'insorgere di uno stato di malattia nel periodo di fruizione delle ferie sospendesse il decorso delle stesse nei giorni feriali (9). La sentenza suscitò la necessità di individuare

---

(8) Per quanto riguarda la giurisprudenza comunitaria, si può rinvenire nell'ultimo decennio, sicuramente il più fecondo in questo senso, una serie di pronunce che mirano ad eliminare qualsiasi tipo di discriminazione anche indiretta che possa annidarsi nelle normative nazionali. In tal senso, tra le altre, la sentenza della Corte di Giustizia del 19 novembre 1998, n. 66 (*Handels c/ Faellesforeningen for Danmarks Brugsforeninger*) in *Not. Giur. Lav.*, 1998, p. 774, che considera identico ai fini della corresponsione della retribuzione lo stato di malattia della lavoratrice collegato alla gravidanza attestato da un certificato medico, anche quando questo incorra in un periodo anteriore al congedo per maternità e lo stato morboso, ugualmente certificato, del quale sia afflitto il lavoratore, ove in entrambi i casi derivi uno stato di inabilità al lavoro. Del medesimo tenore sono le pronunce della Corte di Giustizia del 27 ottobre 1998 n. 411 (*Boyle c/ Equal Opportunitites Commission*), in *Orient. Giur. Lav.* 1998, III, p.101; Corte di Giustizia del 30 giugno 1998, n. 249, (*Caisse nazionale d'assurance vieillesse des travailleurs c/ Thibault*) in *Not. Giur. Lav.*, 1998, p. 383.

(9) Corte Costituzionale n. 616 del 30 dicembre 1987 in *RIDL*, 1988, II, p. 297. In seguito, la stessa Corte ha chiarito la propria posizione con sentenza 19 giugno 1990 n. 297, che ha affermato che «...Il principio dell'effetto sospensivo della malattia sulle ferie non ha valore assoluto, ma tollera eccezioni, per l'individuazione delle quali occorre aver riguardo alla specificità degli stati morbosi e delle cure di volta in volta considerate...». La sentenza 616 intervenne dopo la contraria statuizione delle Sezioni Unite della Cassazione n. 1893 del 26 marzo 1982 in *F.I.* 1982, I p. 2254. La successiva giurisprudenza si adeguò invece alla decisione del Giudice delle leggi, in questo senso vedi Cass. 26 gennaio 1989 n. 477, in *F.I.* 1989, I, p.1507, che ha sostenuto che «...il lavoratore che si ammali durante le ferie ha diritto all'attribuzione di un prolungamento delle stesse in misura proporzionale alla durata della malattia...»; Cass. 5 marzo 1993 n. 2704, in *RIDL*, 1993, II, p. 807, che a chiare lettere stabilisce che dalla pronuncia della Corte Costituzionale 616/1987 discende che la norma va inter-

quale fosse il contenuto dello stato di malattia che causasse l'interruzione delle ferie, e più precisamente se qualsiasi tipo di malattia avesse l'effetto sospensivo del congedo annuale per ferie.

Sulla questione si è pronunciata più volte la Suprema Corte che ha abbracciato due diversi punti di vista: da una parte ha affermato che la malattia in sé, prescindendo dall'entità, determina l'effetto sospensivo delle ferie; dall'altra ha ritenuto che solo quegli stati patologici che impediscono il rigenerarsi delle energie del lavoratore sospendono le ferie (10). Il contrasto giurisprudenziale è stato superato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte del 23 febbraio 1998, n. 1947, le quali hanno stabilito che la malattia non rappresenta in assoluto un motivo di interruzione delle ferie, ma di volta in volta va verificata la capacità della stessa di impedire il recupero psicofisico del lavoratore (11).

Pertanto, posto che lo stato di malattia, se ritenuto incompatibile con il recupero psicofisico del lavoratore, causa l'interruzione del periodo annuale di riposo, ugualmente la gravidanza, l'allattamento e comunque le assenze

---

pretata nel senso «...della possibilità della sospensione in ogni caso di malattia, non essendo sostenibile che per detta sentenza l'effetto sospensivo del periodo feriale si verificherebbe solo nel caso di ricovero ospedaliero...».

(10) Sostenevano la prima tesi, ossia che qualsiasi stato di malattia, di qualsiasi entità, causasse la sospensione delle ferie tra le altre la Cass. 8 novembre 1996, n. 9762, in *DPL*, 1997, n. 10, p. 721; Cass 27 luglio 1996 n. 6808, in *RIDL*, 1997, II, p. 532 («...la malattia insorta durante il periodo di ferie ne sospende in ogni caso il decorso, indipendentemente dalla compatibilità della malattia con l'effettiva possibilità di godimento delle ferie stesse...»); ed ancora Cass. 28 giugno 1994 n. 10110, in *Studium Iuris*, 1995, p. 59; Cass. 9 giugno 1994, n. 5598, in *MGL*, 1994, p. 536; Cass. 5 marzo 1993, n. 2704, in *LPO*, 1994, p. 802; di contrario avviso, sostenendo la necessità della incompatibilità in concreto dello stato morboso con il godimento del periodo di riposo annuale, e quindi del valore relativo dell'effetto sospensivo la Cass. 10 aprile 1997, n. 3093, in *DPL*, 1997, n. 29, p. 2061; Cass. 20 dicembre 1995 n. 12998, in *MGL*, 1996, p. 59 («...il principio fissato dall'art. 2109 c.c. nel testo vigente a seguito della sentenza 616/1987, ... è destinato ad operare ogni volta che la funzione tipica delle ferie risulti in concreto pregiudicata dall'esistenza o meno di una disciplina che colleghi l'interruzione delle ferie a specifiche ipotesi di evento morboso...»); Cass. 27 luglio 1994, n. 6982, in *DL*, 1995, II, p. 123; Cass. 24 marzo 1994 n. 2833, in *MGL*, 1994, p. 360, («...la malattia insorta durante il periodo di godimento delle ferie ne sospende il decorso, salvo il caso in cui risulti, secondo accertamento del giudice del merito insindacabile in sede di legittimità, che la malattia stessa è per sua natura compatibile con la funzione delle ferie, che è quella di consentire il recupero delle energie psico-fisiche attraverso il riposo e la ricreazione...»).

(11) Cassazione Civile Sez. Un. 23 febbraio 1998 n. 1497, in *Studium Iuris*, 1998 n. 5, p. 532; il supremo Giudice ha affermato infatti che «...in tema di malattia insorta durante il periodo di godimento delle ferie, il principio dell'effetto sospensivo di detto periodo... non ha valore assoluto, ma tollera eccezioni, per l'individuazione delle quali occorre aver riguardo alla specificità degli stati morbosi ... e alla loro incompatibilità con l'essenziale funzione di riposo, recupero delle energie ... propria delle ferie...». Pertanto grava sul datore di lavoro l'onere di provare l'infondatezza di detto presupposto. In tal senso si sono espressi anche DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1992, p. 89; SANDULLI, *Ferie e malattia tra legge e contratto collettivo*, in *MGL*, 1989, p. 119.



dal lavoro causate dalla necessità di attendere alla neonata prole, nei primi tempi dalla nascita, devono essere ugualmente considerati eventi idonei ad interrompere le ferie o comunque ad impedire che queste svolgano la funzione loro tipica. La lavoratrice in maternità conserva, infatti, per previsione della stessa legge, il diritto di godere del riposo annuale in un momento successivo alla fine dell'astensione obbligatoria (12). Lo stesso trattamento si deve, peraltro, riconoscere alla lavoratrice anche nel caso in cui il periodo di ferie sia temporalmente fissato dalla legge, dai contratti collettivi o dal datore di lavoro in momenti prestabiliti dell'anno, che potrebbero eventualmente coincidere anche con la chiusura dell'intero stabilimento dove la prestazione di lavoro si svolge (13).

Vi è di più. Alla luce delle recenti innovazioni apportate dagli ultimi provvedimenti in materia, tutti raccolti nel testo unico approvato con il

---

(12) In tema di ferie e congedo di maternità già nel 1971 il legislatore aveva dettato chiari principi affermando all'art. 8 della legge 1204 che a tutela delle lavoratrici madri, le ferie non possono essere godute, contemporaneamente ai periodi di astensione obbligatoria o facoltativa. La previsione è stata parimenti riproposta dal D. L.vo n. 151/2001 che all'art. 22, comma 6 afferma che «...Le ferie e le assenze eventualmente spettanti alla lavoratrice ad altro titolo non vanno godute contemporaneamente ai periodi di congedo di maternità...». Le due disposizioni si differenziano però per la previsione restrittiva che il decreto 151 stabilisce limitando il diritto al differimento del periodo delle ferie ai soli casi di congedo di maternità. La previsione letteralmente intesa escluderebbe il differimento delle ferie per i casi di congedo di paternità e congedo parentale, il che causerebbe, per i motivi che di seguito verranno spiegati, una inaccettabile violazione del principio di parità di trattamento e del divieto di discriminazioni anche indirette, nonché creerebbe difficoltà interpretative alla luce della funzione ricreativa e reintegrativa delle energie delle ferie.

(13) Esempio calzante e tipico della fattispecie descritta può essere individuato nella disciplina delle ferie e del congedo di maternità per il personale docente della scuola; è a tutti noto come il personale docente abbia diritto ad un mese di congedo ordinario nell'anno scolastico e che, secondo la previsione dell'art. 61 comma 3 del d.P.R. n. 417/1974, lo stesso debba essere goduto nei periodi di chiusura delle scuole od istituzioni educative. Come detto, l'art. 8 della legge n. 1204/1971 e l'art. 22 comma 6 del decreto legislativo n. 151/2001, che ha aggiornato la disciplina della tutela della lavoratrice madre, stabilisce che le ferie non vanno godute contemporaneamente al congedo di maternità; il personale docente della scuola, qualora il congedo coincida con il periodo estivo, durante il quale si collocano le ferie per gli insegnanti, avrà diritto a godere delle proprie ferie successivamente alla fine del congedo di maternità, in un periodo, cioè, anche non coincidente con la chiusura delle scuole e degli altri istituti educativi. Sul tema è intervenuta la circolare del M.P.I. del 2 aprile 1974 n. 80, la quale, al par. 2, comma 2, precisando che per periodi di chiusura delle scuole dovesse intendersi solo il periodo delle vacanze estive, affermava che un «limitato residuo» di congedo ordinario potesse essere goduto durante il periodo natalizio, pasquale o estivo dell'anno successivo (c.d. Cumulo di congedo ordinario). Sul punto è anche intervenuta la Corte dei Conti con sentenza n. 57 dell'11 marzo 1987, la quale limitava però il diritto al differimento delle ferie al solo caso del congedo di maternità, ovvero all'astensione obbligatoria. In questo senso vedi VINCENTI A. (a cura di), *Disciplina dei congedi e delle aspettative del personale della scuola*, Centro Alfa editore, Roma, 1988, p 10 ss., che riporta anche la circolare del Ministero del tesoro n. 185105 del 2 novembre 1975, la quale prevede che il congedo *post partum* incida sulle ferie a partire dal terzo mese, e quindi durante l'astensione facoltativa, con i conseguenti dubbi di legittimità, anche nei confronti della legge n. 1204, che prevedeva per espreso il differimento delle ferie anche nel caso dell'astensione facoltativa.

decreto legislativo n. 151/2001, si pone il problema se il diritto al differimento delle ferie o all'interruzione delle stesse, spetti solo alla lavoratrice che si trovi in astensione obbligatoria per maternità, ovvero anche alla lavoratrice che si avvalga dell'astensione facoltativa o addirittura al padre qualora usufruisca del congedo di paternità e parentale nei casi stabiliti dalla legge (14). La questione dell'interpretazione estensiva della legge e delle massime giurisprudenziali non dovrebbe causare particolari contrasti, poiché se si riconosce che il diritto al differimento delle ferie in caso di coincidenza di queste con l'astensione obbligatoria per maternità, deriva dalla necessità di salvaguardare la funzione ricreativa del congedo ordinario annuale per ferie, la stessa esigenza si palesa nei casi del congedo di paternità e di congedo parentale, o di congedo per la malattia del figlio. Non può revocarsi in dubbio, infatti, che identica sia la finalità del congedo riconosciuto alla madre in gestazione, in puerperio o in allattamento, ovvero in astensione facoltativa, ovvero al padre che si astenga dal lavoro nei primi tre mesi di vita del figlio, ove la madre sia deceduta, gravemente inferma o il neonato sia stato a lui affidato in via esclusiva, o si avvalga in alternanza o contemporaneamente alla madre dell'astensione facoltativa. Se identica è la finalità di questi istituti, identico deve essere il trattamento che si riserva ai genitori del neonato.

Ora, mentre la legge n. 1204/1971 all'art. 8 prevedeva chiaramente che le ferie non possono essere godute, contemporaneamente ai periodi di astensione obbligatoria o facoltativa, l'art. 22, comma 6 del decreto legislativo n. 151 afferma che le ferie spettanti alla lavoratrice non vanno godute contemporaneamente ai periodi di congedo di maternità. È evidente come la seconda previsione, limitando il differimento delle ferie solo ove queste coincidano con l'astensione obbligatoria dal lavoro, appare sicuramente riduttiva rispetto alla legge del 1971, e crea all'interprete delle enormi difficoltà esegetiche in quanto una simile previsione rischia non solo di essere contraria ai

---

(14) La questione è stata già accennata nella nota n. 12. Al fine di chiarirne i termini è necessario spiegare quale sia la differenza tra congedi di maternità, di paternità e parentali. Per congedo di maternità si intende secondo il decreto legislativo n. 151/2001 il diritto e l'obbligo per la lavoratrice madre di astenersi dal lavoro nel periodo di due mesi antecedenti al parto e tre successivi allo stesso, periodo che può essere comunque modificato in un mese *ante partum* e quattro mesi *post partum*; il congedo di paternità, ai sensi dell'art. 28 del citato decreto, consiste nel diritto del padre di astenersi dal lavoro per tutta la durata del congedo di maternità o per la parte residua che sarebbe spettata alla lavoratrice, in caso di morte o grave infermità della madre, ovvero di abbandono, o in caso di affidamento esclusivo al padre. Infine il congedo parentale corrisponde al diritto della madre di astenersi dal lavoro per i sei mesi successivi alla fine del congedo di maternità, per il padre per il periodo di sei mesi dalla nascita del figlio ed ancora per l'unico genitore esistente per un periodo massimo di dieci mesi. Tutti questi termini sono comunque soggetti alla minuziosa regolamentazione della legge che ne modifica durata e modalità secondo quelle che vengono ritenute le esigenze familiari. A questi congedi è da aggiungere la previsione dell'art. 47 del decreto n. 151, che sotto la categoria di congedo per la malattia del figlio prevede il diritto per entrambi i genitori, alternativamente, di astenersi dal lavoro per periodi corrispondenti alle malattie di ciascun figlio di età non superiore a tre anni.

principi di non discriminazione e di parità di trattamento, ma pone un interrogativo sulla possibilità di garantire la funzione che le ferie hanno anche nell'ipotesi di congedi che non siano di maternità (15).

Orbene, non sussistono dubbi per il caso in cui il padre venga a fruire del congedo di paternità, poiché la Corte Costituzionale ha chiaramente sancito il diritto del lavoratore ad ottenere il medesimo trattamento economico normativo della lavoratrice; in tal senso ove il congedo di paternità venga a coincidere con le ferie, quest'ultime saranno differite al termine del congedo stesso (16). Rimane, invece, il dubbio rispetto alle ipotesi di astensione facoltativa e di congedo per la malattia del figlio. Se però, come detto, le ferie hanno la finalità di permettere al lavoratore di reintegrare le proprie forze ed energie, questo obiettivo non può essere assicurato ove le ferie coincidano con periodi che il lavoratore dedica specificamente alla cura dei figli neonati o nei primi anni di vita. Infatti, posto che ciò viene riconosciuto, dalla legge e dalla giurisprudenza, per l'ipotesi di congedo obbligatorio, non si vede perché la stessa esigenza non debba riconoscersi per l'ipotesi di astensione facoltativa: a maggior ragione, anzi, considerando che il lavoratore, padre o madre, rinuncia ad una sostanziosa quota di retribuzione per il periodo di astensione facoltativa, ricevendo solo un'indennità pari al 30% della retribuzione. In sostanza il diritto di astenersi dalla prestazione lavorativa per la cura della prole ha per il lavoratore un notevole costo: non sembra logico, né equo o giuridicamente coerente, caricare sul lavoratore con prole la ulteriore perdita delle ferie, tanto più se si considera che l'art. 7 n. 1 della direttiva 93/104/CE riconosce, con una norma che non ammette deroga *in peius*, a ciascun lavoratore il diritto alle ferie annuali retribuite (17). Si ritiene pertanto che sia nell'ipotesi di astensione obbligatoria, sia di astensione facoltativa debba essere riconosciuto alla lavoratrice e al lavora-

---

(15) Dovrebbe altrimenti ipotizzarsi che il legislatore del decreto n. 151 abbia nella redazione dell'art. 22 comma 6 utilizzato l'espressione congedo di maternità in senso non tecnico e quindi abbia sostanzialmente riprodotto il corrispondente art. 8 della legge n. 1204/1971; questa interpretazione tuttavia potrebbe rappresentare una forzatura del testo di legge: sarebbe più facile ammettere – dati i tempi e il malinteso rigore nelle spese sociali – un legislatore noncurante della portata discriminatoria e violativa della parità di trattamento che dalla suddetta norma, così congegnata, consegua.

(16) Quanto al congedo di paternità, la Corte Costituzionale del 19 gennaio 1987 n. 1, in *RGL*, 1987, II, p. 3, ha affermato che «...la funzione dell'astensione «obbligatoria» dal lavoro... non si esaurisce nella tutela della salute della madre, ma va ricondotta anche alle esigenze di tutela del minore, al quale deve essere assicurata, nell'ambito della famiglia, quell'assistenza materiale ed affettiva che è indispensabile per lo sviluppo della sua personalità, e che anche il padre è idoneo a prestare. Non v'è, perciò, ragione di negare al padre lavoratore il diritto di avvalersi dei suddetti benefici nel caso in cui manchi ogni possibilità di assistenza all'infante da parte della madre...», eliminando qualsiasi dubbio o pericolo di incostituzionalità della legge per violazione dell'art. 3 della Costituzione.

(17) Si potrebbe al massimo teorizzare che il lavoratore in astensione facoltativa venga a ricevere l'intera retribuzione e non l'indennità del 30%, per i giorni dell'astensione che vengono a coincidere con le ferie; ciò però, per i maggiormente avveduti, potrebbe più semplicemente significare l'interruzione dell'astensione facoltativa e la continuazione della stessa, senza soluzione di continuità al termine delle ferie. È ovvio che sia più semplice pensare che ad essere differite siano le ferie e non il congedo per i figli.

tore il diritto a differire le ferie in un periodo diverso ove le stesse coincidano con i congedi previsti dal decreto legislativo n. 151, anche nei casi in cui siano prestabiliti periodi precisi per la fruizione del riposo annuale.

Diversamente si consumerebbe una grave discriminazione a detrimento dei lavoratori con prole: mentre i lavoratori senza figli godono delle ferie integralmente, i genitori lavoratori vedrebbero trascorrere le proprie ferie nei periodi di astensione facoltativa, senza potersi dedicare al recupero delle proprie energie e percependo addirittura non la retribuzione contrattuale, ma l'indennità del 30% di cui all'art. 34 del decreto n. 151/2001. Quindi, se la disciplina delle tutele della lavoratrice madre, e più in generale dei congedi parentali, nasce per porre un freno alle pratiche discriminatorie nei confronti delle madri lavoratrici, una norma come quella dell'art. 22, comma 6 del D. L.vo n. 151, ripropone il problema della discriminazione, questa volta però tra lavoratori senza carichi familiari e lavoratori con prole; il che rappresenterebbe una contraddizione interna per una legge che ha come propria *ratio* la tutela della famiglia (18).

#### *Le motivazioni della Corte di Giustizia.*

Alla luce delle riflessioni compiute, appare senz'altro condivisibile la posizione espressa dalla Corte del Lussemburgo sul problema della coincidenza tra ferie e congedo di maternità, con l'unico limite rappresentato dalla portata restrittiva della pronuncia ai soli casi dell'astensione obbligatoria. In tal senso è necessario considerare, però, che le questioni pregiudiziali proposte al Supremo Collegio vertevano esclusivamente sul diritto al differimento delle ferie per la lavoratrice madre in astensione obbligatoria, e pertanto non avrebbe potuto il Giudice comunitario dare un'interpretazione estensiva coinvolgendo tematiche sulle quali non era stato chiesto l'intervento interpretativo. Non si può escludere, peraltro, considerate le argomentazioni sulle quali si fonda la sentenza del 18 marzo 2004, che la Corte di Giustizia possa rendere una pronuncia conforme alla interpretazione tracciata nel precedente paragrafo, nell'eventualità in cui ad essa dovesse essere proposta una questione pregiudiziale vertente sul diritto alle ferie in coincidenza con i periodi di astensione facoltativa.

La Corte di Giustizia, infatti, muove dalla chiara previsione dell'art. 7 n. 1 della direttiva 93/104, che prevede che ciascun lavoratore benefici di ferie

---

(18) Sarebbe al più pensabile che nel caso di coincidenza tra astensione facoltativa e ferie, si compiano le valutazioni necessarie a verificare se il carico derivante dalla cura della prole risulti in concreto incompatibile con il godimento delle ferie e il recupero delle energie psicofisiche. Insomma si potrebbe applicare in questa ipotesi la stessa giurisprudenza che riguarda l'interruzione delle ferie per il sopravvenire di uno stato morboso. In questo senso confronta nella nota 10 la Cass. 10 aprile 1997, n. 3093, in *DPL*, 1997, n. 29, p. 2061; Cass. 20 dicembre 1995 n. 12998, in *MGL*, 1996, p. 59; Cass. 27 luglio 1994, n. 6982, in *DL*, 1995, II, p. 123; Cass. 24 marzo 1994 n. 2833, in *MGL*, 1994, p. 360. Le stesse censure proposte contro la norma dell'art. 22 comma 6 possono essere certamente riproposte anche nei confronti della circolare del Ministero del tesoro n. 185105 del 2 novembre 1975, la quale prevede per il personale docente della scuola che il congedo *post partum* incida sulle ferie a partire dal terzo mese, ossia nel periodo di astensione facoltativa. Cfr. nota 13.

annuali retribuite di almeno quattro settimane, considerando il riposo annuale quale principio fondamentale del diritto sociale comunitario, il quale non può essere derogato in maniera peggiorativa dalla legislazione nazionale di ciascuno Stato membro. La direttiva, secondo l'interpretazione del Giudice comunitario, d'altra parte non si limita a prevedere la misura delle ferie, ma sancisce che ciascun lavoratore debba godere di un riposo effettivo per assicurare una efficace tutela della sicurezza e della salute. In tal modo si pone quella lettura funzionale delle ferie che le rende incompatibili, inconciliabili e non assorbibili nel congedo di maternità, che diversamente ha la finalità di proteggere la condizione biologica della donna nelle fasi della gestazione, *latu sensu* intesa, nonché le particolari relazioni tra la madre e il neonato durante il periodo successivo alla gravidanza e al parto (19).

Il Giudice, perciò, chiaramente afferma che ove il congedo di maternità venga a coincidere con il periodo di ferie annuali della totalità del personale, le previsioni della direttiva 93/104 non potrebbero considerarsi rispettate ove non si ammettesse il differimento delle stesse e si verificherebbe un trattamento sfavorevole della lavoratrice madre e quindi una violazione della direttiva 76/207/CE che mira al conseguimento di un'uguaglianza sostanziale e non formale.

Infine per quanto invece concerne la durata in concreto delle ferie, la Corte di Giustizia non esita ad affermare che la previsione della direttiva 93/104 fissi un limite minimo al di sotto del quale nessuno Stato membro potrebbe scendere, ma sottolinea come, per espressa previsione dell'art. 15 della direttiva stessa, ciascuno Stato può comunque applicare la disciplina nazionale più favorevole alla protezione e alla sicurezza dei lavoratori, anche ove queste regolamentazioni derivino non dalla legge, ma da contratti o accordi conclusi fra le parti sociali.

*Una riflessione conclusiva.*

Riconoscere o meno il differimento delle ferie qualora queste coincidano con il congedo di maternità, ovvero, secondo l'interpretazione che in queste pagine si è sostenuta, anche con l'astensione facoltativa, non costituisce un mero problema giuridico o previdenziale o al più di politica sociale; esso rappresenta un importante spunto per ragionare in tema di concorrenza e di costo del lavoro all'interno dell'Unione e a maggior ragione nel mercato globale.

---

(19) È quest'ultima affermazione della Corte che consente di essere ottimisti a proposito di una eventuale interpretazione estensiva del principio del differimento delle ferie anche nell'ipotesi di astensione facoltativa sia della lavoratrice, sia del lavoratore; infatti se oggetto della tutela non è solo la condizione biologica della partoriente, ma anche l'instaurazione delle relazioni tra genitore e figlio, non esistono idonei motivi per negare il diritto al differimento delle ferie anche nel periodo di astensione facoltativa, che per caratteristica sua propria è dedicato alla cura del neonato. Si ribadisce, tra l'altro, atteso che la direttiva 93/104 riconosce il diritto irrinunciabile di ciascun lavoratore a ferie annuali retribuite, come questo diritto non sarebbe a maggior ragione assicurato e garantito per il lavoratore che trascorresse le proprie ferie durante l'astensione facoltativa, poiché lo stesso riceverebbe non la retribuzione piena ma l'indennità stabilita dal decreto n. 151. Sarebbe cioè vanificato il principio del diritto a ferie annuali retribuite. *Cfr.* nota 18.

Certamente la pronuncia della Corte di Giustizia va nel senso giusto dell'armonizzazione degli ordinamenti giuridici degli Stati membri, ma molti restano ancora gli interrogativi sulle garanzie e sulle tutele del lavoro nell'Unione europea soprattutto oggi che dieci nuove nazioni fanno il loro ingresso nel mercato unico. Non permettere ad un lavoratore di godere delle ferie in un periodo diverso da quello del congedo di maternità, vuol dire oltre che violare i diritti dei lavoratori, anche influire sul costo del lavoro e creare fenomeni di concorrenza sleale tra imprese ed operatori economici appartenenti a diversi Stati, che vengono così a sopportare differenti oneri per l'amministrazione del proprio personale. Se queste differenziazioni si vengano a creare tra paesi con cultura sociale e giuridica simile come l'Italia e la Spagna, a maggior ragione aumenta il timore di una spinta al ribasso delle garanzie del lavoro da parte degli Stati, già appartenuti al blocco socialista, che conoscono oggi forme esasperate e deregolate di rampante capitalismo. È per questo che si avverte l'esigenza di coltivare la competitività delle nostre imprese non nel segno della diminuzione dei nostri costi del lavoro, ma dell'aumento per i nostri concorrenti, con un palese vantaggio per tutti i lavoratori e l'eliminazione di sgradevoli migrazioni di capitali verso mercati più convenienti.

La globalizzazione dei mercati e la libera circolazione dei capitali finanziari che migrano là dove il lavoro privo di protezione statale e sindacale costa meno, in paesi cioè dove non esiste diritto del lavoro, generano l'importazione concorrenziale delle merci colà prodotte, in danno all'occupazione dei nostri lavoratori (20). Parafrasando la tesi di Ernesto Galli della Loggia che esortava gli Europei ad esportare i loro valori democratici nei paesi allora emergenti (le «tigri del Sud Est asiatico»), per impedirvi lo sfruttamento del lavoro e la conseguente sleale concorrenza ai danni del nostro lavoro e dei nostri prodotti, è necessario considerare che le imprese europee possono temere la concorrenza non solo da parte degli Stati extracomunitari e in particolare dalla Cina, dove il lavoro è pagato trenta volte in meno che in Italia, ma anche e purtroppo da parte dei nuovi adepti nel caso che non conoscano ancora tutele e garanzie collettive del lavoro (21).

*dott. Pietro Cesare Vincenti*

---

(20) STELLA G.A., *Così il Nord Est ha conquistato la Romania*, in *Corriere della Sera* del 1° febbraio 2001, p. 20, si sofferma sulle diecimila imprese italiane (generalmente del Nord Est) che in Romania occupano più di 250mila persone disposte a lavorare per meno di duecentomila lire al mese (oggi 100 € circa) (poche imposte, niente «pizzo» da pagare alla malavita organizzata, come avverrebbe invece in Russia, in Albania e nel nostro Mezzogiorno!!). Per tutte queste cause, rivelatisi mendaci anche le speranze sulle conquiste della tecnica che avrebbero dovuto permettere di lavorare «tutti» poco e di vivere «tutti» bene, il diritto del lavoro (posta come «immodificabile» – il migliore dei mondi possibile – la vecchia organizzazione capitalistica della produzione: più vecchia certo del vecchio diritto del lavoro) attraversa una congiuntura davvero difficile, perché è il lavoro che deve «adattarsi» se vuole vivere.

(21) GALLI DELLA LOGGIA E., *Partita mondiale tra merci e valori*, in *Corriere della Sera* del 23 settembre 1996, p. 1.

**Corte di giustizia delle Comunità europee, sezione sesta, sentenza 18 marzo 2004, nella causa C-342/01 – Pres. V. Skouris – Rel. N. Colneric – Avv. gen. J. Mischo – Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Juzgado de Lo Social n. 33 de Madrid (Spagna) nella causa tra Maria Paz Merino Gómez e Continental Industrias del Caucho SA c/ Governi spagnolo, italiano (cons. 220971/01, Avv. dello Stato G. Fiengo), Commissione delle Comunità europee.**

*Premesso che le ferie costituiscono un diritto irrinunciabile per ciascun lavoratore, finalizzato alla reintegrazione delle energie psicofisiche impegnate nel lavoro, l'art. 7 n. 1 della direttiva 93/104/CE, in materia di organizzazione dell'orario di lavoro, l'art. 11 n. 2 lett. a) della direttiva 92/1985/CE in materia di salute e sicurezza delle lavoratrici gestanti puerpere o in periodo di allattamento e l'art. 5 n. 1 della direttiva 76/207/CE in materia di parità di trattamento uomo donna, devono essere interpretati nel senso che una lavoratrice deve poter godere delle sue ferie annuali in un periodo diverso da quello del suo congedo di maternità, anche in caso di coincidenza tra il periodo di congedo e il periodo stabilito in via generale, da un accordo collettivo o dalla legge, per le ferie annuali della totalità del personale.*

*La lavoratrice che beneficia delle ferie in un periodo diverso da quello stabilito per i dipendenti della propria impresa, a causa della coincidenza del congedo di maternità con il periodo di riposo annuale, ai sensi dell'art. 11 n. 2 lett. a) della direttiva 92/1985, avrà comunque diritto al periodo di ferie nella misura stabilita dalla normativa nazionale, anche ove questo risulti più lungo rispetto al minimo previsto dall'art. 7 n. 1 della direttiva 93/104.*

*«(omissis) La causa principale.*

17. – La sig.ra Merino Gómez è alle dipendenze della Continental Industrias come operaia dal 12 settembre 1994. Essa è stata in congedo di maternità dal 5 maggio 2001 al 24 agosto 2001.

18. – La sig.ra Merino Gómez aveva potuto scegliere le date delle sue ferie nel 2000 e, di conseguenza, in conformità delle regole fissate dall'accordo collettivo del 7 maggio 2001, essa non avrebbe potuto usufruire del congedo annuale nel settembre 2001, durante il periodo eccezionale.

19. – Tuttavia, essa chiedeva di poter beneficiare di tale congedo dal 25 agosto al 21 settembre 2001 o, in subordine, dal 1° settembre al 27 settembre 2001, e cioè nel corso di un periodo consecutivo a quello del suo congedo per maternità.

20. – La Continental Industrias non accoglieva la domanda presentata dalla sig.ra Merino Gómez.

21. – Il 6 giugno 2001, quest'ultima presentava dinanzi al Juzgado de lo Social de Madrid un ricorso contro la Continental Industrias, in merito alla sua domanda di ferie (omissis).

*Sulle questioni pregiudiziali.*

*Sulla prima questione.*

28. – In conformità dell'art. 7, n. 1, della direttiva 93/194, gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché ogni lavoratore benefici di ferie annuali retribuite di almeno 4 settimane, secondo le condizioni di ottenimento e di concessione previste dalle legislazioni e/o prassi nazionali.

29. – Da quanto precede discende che il diritto di ogni lavoratore alle ferie annuali retribuite va considerato come un principio particolarmente importante del diritto sociale comunitario, al quale non si può derogare e la cui attuazione da parte delle autorità nazionali competenti può essere effettuata solo nei limiti esplicitamente indicati dalla stessa direttiva 93/104 (sentenza BECTU, *cit.*, punto 43).

30. – Sembra al riguardo significativo che tale direttiva sancisca altresì la regola secondo cui il lavoratore deve di norma potere beneficiare di un riposo effettivo, per assicurare una tutela efficace della sua sicurezza e della sua salute, tant'è vero che l'art. 7, n. 2, permette di sostituire il diritto alle ferie annuali retribuite con una compensazione finanziaria solo nel caso in cui si ponga termine al rapporto di lavoro (sentenza BECTU, *cit.*, punto 44).

31. – L'art. 7, n. 1, della direttiva 93/104, secondo cui gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché ogni lavoratore benefici di ferie annuali retribuite di almeno 4 settimane, «secondo le condizioni di ottenimento e di concessione previste dalle legislazioni e/o prassi nazionali», deve intendersi nel senso che le modalità di applicazione nazionali devono comunque rispettare il diritto a ferie annuali retribuite di almeno quattro settimane.

32. – La finalità del diritto alle ferie annuali è diversa da quella del diritto al congedo di maternità. Quest'ultimo è volto alla protezione della condizione biologica della donna durante e dopo la gravidanza nonché alla protezione delle particolari relazioni tra la donna e il bambino durante il periodo successivo alla gravidanza e al parto (v. sentenze 12 luglio 1984, causa n. 184/83, Hofmann, *Racc.* pag. 3047, punto 25; Thibault, *cit.*, punto 25, e Boyle e a., *cit.*, punto 41).

33. – L'art. 7, n. 1, della direttiva 93/104 deve quindi essere interpretato nel senso che, in caso di coincidenza tra le date del congedo di maternità di una lavoratrice e quelle delle ferie annuali della totalità del personale, i dettami della direttiva concernenti le ferie annuali retribuite non possono considerarsi rispettati.

34. – Inoltre, l'art. 11, n. 2, lett. a), della direttiva 92/85 prevede che i diritti collegati al contratto di lavoro di una lavoratrice, diversi da quelli previsti nella stessa disposizione, alla lett. b), devono essere assicurati in caso di congedo di maternità.

35. – Pertanto, ciò deve verificarsi in relazione al diritto alle ferie annuali retribuite.

36. – Per quanto riguarda la direttiva 76/207, occorre precisare che la determinazione del periodo di ferie annuali retribuite rientra in tale direttiva (v., per quanto riguarda la determinazione dell'inizio del congedo di maternità, sentenza Boyle e a., *cit.*, punto 47).

37. – Tale direttiva mira al conseguimento di un'uguaglianza sostanziale e non formale. Infatti, l'esercizio dei diritti conferiti alle donne, conformemente all'art. 2, n. 3, della medesima direttiva, con disposizioni destinate a tutelarle per quanto riguarda la gravidanza e la maternità, non può essere oggetto di un trattamento sfavorevole per quanto riguarda le condizioni di lavoro (v. sentenza Thibault, *cit.*, punto 26).

38. – Ne consegue che l'art. 5, n. 1, della direttiva 76/207 deve essere interpretato nel senso che una lavoratrice deve poter godere delle sue ferie annuali in un periodo diverso da quello del suo congedo di maternità.

39. – La soluzione non sarebbe diversa in caso di coincidenza tra il periodo di congedo di maternità e quello stabilito a titolo generale, da un accordo collettivo, per le ferie annuali della totalità del personale.

40. – D'altra parte è necessario ricordare che, secondo l'art. 5, n. 2, lett. b), della direttiva 76/207, gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché possano essere dichiarate nulle o possano essere modificate le disposizioni contrarie al principio della parità di trattamento contenute nei contratti collettivi.

41. – Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre rispondere alla prima questione dichiarando che gli artt. 7, n. 1, della direttiva 93/104, 11, n. 2, lett. a), della direttiva 92/85 e 5, n. 1, della direttiva 76/207 devono essere interpretati nel senso che una lavoratrice deve poter godere delle sue ferie annuali in un periodo diverso da quello del suo congedo di maternità, anche in caso di coincidenza tra il periodo di congedo di maternità e quello stabilito a titolo generale, da un accordo collettivo, per le ferie annuali della totalità del personale.

#### *Sulla seconda questione.*

42. – Con la sua seconda questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se il numero di giorni di ferie annuali di cui può beneficiare una lavoratrice in circostanze simili a quelle della causa principale sia quello previsto come minimo dal diritto comunitario o quello più elevato previsto da una normativa nazionale.

43. – Ai sensi dell'art. 15 della direttiva 93/104, quest'ultima non pregiudica la facoltà degli Stati membri di applicare od introdurre le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative più favorevoli alla protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori o di favorire o consentire l'applicazione di contratti collettivi o accordi conclusi fra le parti sociali più favorevoli alla protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori.

44. – Nel caso in cui uno Stato membro abbia optato per un periodo di ferie annuali più lungo del periodo minimo previsto dalla direttiva, il diritto alle ferie annuali per un periodo più lungo delle donne che hanno usufruito di un congedo di maternità che coincide con il periodo delle ferie annuali della totalità del personale, rientra nell'art. 11, n. 2, lett. a), della direttiva 92/1985.

45. – Occorre quindi rispondere alla seconda questione dichiarando che l'art. 11, n. 2, lett. a), della direttiva 92/1985 deve essere interpretato nel senso che esso riguarda altresì il diritto di una lavoratrice in circostanze simili a quelle della causa principale a ferie annuali per un periodo più lungo, previsto dalla normativa nazionale, rispetto al minimo previsto dalla direttiva 93/104 (*omissis*)».



## Le «quote latte»: l'Italia è in regola

(Corte di Giustizia delle Comunità europee, Sezione Sesta, 25 marzo 2004  
in cause C-231/00 ed altre)

Dopo lunga gestazione la Corte di Giustizia ha finalmente espresso il suo verdetto sull'annoso e spinoso problema delle cosiddette «quote latte», e cioè se e in che limiti debbano pagare il prelievo supplementare i produttori di latte italiano che hanno sfondato il tetto di produzione loro assegnato, anche magari se tale tetto individuale sia stato modificato *a posteriori* a seguito di controlli (dove il falso problema di una pretesa «retroattività» nella determinazione delle quote individuali). La pronuncia (le tre sentenze, che si differenziano solo per qualche particolare in più o in meno) non potrà non avere un notevole impatto sul vastissimo contenzioso pendente dinanzi ai giudici amministrativi e ordinari di tutta l'Italia, portando — è auspicabile — ad un generale abbandono di esso da parte dei produttori.

Le vertenze alla base dei quesiti posti dal T.A.R. Lazio alla Corte comunitaria sono relative a prelievo supplementare di latte bovino prodotto nelle annate 1995/1996 e 1996/1997, ma la soluzione che la Corte ha dato potrà riflettersi anche sui prelievi dovuti per le due annate successive per le quali la problematica appare molto simile e potrà riguardare tutti quei produttori cui il pagamento del prelievo è stato richiesto e che non si sono giovati della possibilità loro offerta di definire la propria posizione ai sensi dell'art. 10 commi 34 - 40 della legge 30 maggio 2003, n. 119 e del decreto di attuazione del Ministro per le politiche agricole 30 luglio 2003 mediante il pagamento del prelievo richiesto in 14 rate annuali senza interessi previa rinuncia ad ogni contestazione giudiziaria.

Il punto principale di contrasto ha riguardato i modi e i tempi in cui sarebbero state fissate e comunicate alle aziende interessate le quote individuali di produzione (i cosiddetti quantitativi di riferimento individuali, che sommati fra loro non possono superare la quota globale di produzione assegnata all'Italia).

Hanno sostenuto le aziende produttrici che, al momento in cui commercializzavano il latte, esse non sarebbero state in grado di conoscere i quantitativi oltre i quali sarebbe scattato il prelievo, che avrebbero potuto evitare se fossero stati tempestivamente informate della quota loro assegnata. L'imposizione del prelievo sarebbe quindi illegittima, perché sanziona una produzione che, all'epoca, sarebbe stata pienamente legittima, in quanto non erano ancora noti i quantitativi individuali di riferimento. Sarebbero dunque stati violati i principi del legittimo affidamento e della certezza del diritto, costituendo preciso diritto del singolo produttore quello di conoscere anticipatamente la quota ad esso assegnata, anche al fine di poter programmare la propria attività economica.

L'Avvocatura dello Stato ha sostenuto in giudizio la piena conformità alle norme comunitarie del comportamento seguito dalle autorità italiane. Le quote individuali — si è precisato — sono state fissate ben prima delle campagne di riferimento con bollettini, suddivisi per provincia, portati a piena conoscenza dei produttori: essi già contenevano un elenco dei produttori e

l'indicazione delle rispettive quote individuali. È vero che le quote così determinate subiscono variazioni nel corso degli anni, ma ben può, anzi deve, lo Stato membro, in seguito all'esecuzione dei controlli, e dopo la fine del periodo di produzione relativo, rettificare il quantitativo di riferimento individuale assegnato a ciascun produttore, effettuare le riassegnazioni dei quantitativi non utilizzati, e di conseguenza ricalcolare i prelievi dovuti, in particolare all'esito di controlli più approfonditi sulla effettiva produzione denunciata dagli interessati e nell'ipotesi in cui comunque le misure nazionali adottate in merito abbiano formato oggetto di contestazione amministrativa e giudiziale.

E appunto questo – si è detto – è stato il caso italiano dove, comunque, nella gran parte dei casi le rettifiche non hanno ritoccato *in peius* le posizioni dei produttori effettivi, quanto piuttosto quelle di aziende dichiaranti che non avevano *ab origine* diritto ad alcuna quota o avevano titolo ad una quota ben inferiore, che essi erano ben in grado di determinare a priori.

Sostanzialmente nello stesso senso si sono espressi il Consiglio e la Commissione delle Comunità europee, la quale ultima ha ricordato, in particolare, che uno Stato membro non può accollarsi l'onere del pagamento del prelievo in luogo del produttore eccedentario, perché ciò equivarrebbe ad integrare un aiuto di Stato ai produttori, incompatibile con il diritto comunitario.

Anche l'avvocato generale della Corte si è espresso nelle sue conclusioni scritte nello stesso ordine di idee, confermando che nulla osta, nel diritto comunitario, a che uno Stato membro rettifichi, a seguito di controlli, i quantitativi di riferimento individuali assegnati ad ogni produttore e ricalcoli, previa riassegnazione dei quantitativi di riferimento inutilizzati, i prelievi supplementari dovuti, successivamente al termine del pagamento di tali prelievi, per il periodo di produzione interessato; ma ha anche aggiunto che, secondo il diritto comunitario i quantitativi di riferimento individuali vanno comunicati ai produttori, in occasione della loro assegnazione e della loro modifica, individualmente, in forme che consentano alle autorità nazionali competenti di avere la certezza che ogni produttore abbia effettivamente ricevuto comunicazione del quantitativo di riferimento individuale attribuitogli.

La Corte ha pienamente accolto la tesi italiana partendo dal principio che la normativa sul prelievo supplementare si iscrive nell'ambito delle finalità di sviluppo razionale della produzione lattiera e di mantenimento di un tenore di vita equo della popolazione agricola interessata, contribuendo ad una stabilizzazione del reddito di quest'ultima, che verrebbe penalizzato invece da una produzione eccedentaria a vantaggio di chi non rispetta le quote di produzione: il pagamento del prelievo (che - come precisato al punto 74 della prima sentenza - «non può essere considerato come una sanzione analoga alle penalità previste negli artt. 3 e 4 del regolamento 536/1993», precisazione questa che sembra anticipare quella che sarà la pronuncia della Corte stessa, nelle cause riunite C-177 e C-180/02 ancora pendenti, sulla natura del prelievo, sorta a seguito di quesiti posti dalla Corte di cassazione italiana, davanti alla quale pendono centinaia di ricorsi: molti giudici di merito — si ricorda — hanno ritenuto applicabile, erroneamente secondo

l'Avvocatura, il procedimento di cui alla legge 689/1981) da parte del produttore eccedentario ristabilisce un equilibrio e scoraggia altri eccessi di produzione dannosi per l'intero sistema.

La Corte, quindi, ha analiticamente smontato tutte le argomentazioni dei produttori relative a pretese violazioni dei principi generali di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento. E nella terza sentenza, in particolare, aderendo alla tesi italiana e non a quella espressa nelle conclusioni del suo avvocato generale (secondo il quale è necessaria una comunicazione individuale per ciascun produttore) ha osservato che, dato per scontato che i produttori devono essere informati della quota loro spettante, non essendo contemplata dal diritto comunitario una forma particolare di pubblicità, è sufficiente una pubblicità secondo le norme di diritto interno, purché essa sia adeguata, mettendo in grado gli interessati di conoscere la portata dei loro diritti e dei loro obblighi: e in tale angolazione, pur rimettendo la valutazione al giudice nazionale, la Corte ha avuto cura di precisare che «non è escluso che una comunicazione dei quantitativi di riferimento individuali a mezzo di una pubblicazione in bollettini, quale quella controversa nella causa principale, possa soddisfare tale condizione, tenuto conto anche del fatto che, come ha affermato il governo italiano, i detti bollettini erano stati pubblicati nella *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana*».

In effetti in sede di discussione orale l'Avvocatura aveva osservato che sin dall'origine, cioè sin dalla prima determinazione di quote, la situazione individuale era la risultante di una denuncia di produzione e addirittura di un'autocertificazione da parte del produttore e poi di un controllo individuale. Determinate tutte le quote, in un primo tempo (cioè secondo l'art. 4 della legge 468/1992) venivano redatti bollettini per provincia, nei quali erano indicate singolarmente le quote individuali; la pubblicazione era annunciata sulla *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana* e i bollettini stessi erano messi a disposizione degli operatori presso ciascun servizio decentrato dell'agricoltura in ogni capoluogo di provincia, il che ha sempre assicurato un'adeguata ed effettiva conoscenza da parte degli associati (non vi è stata mai alcuna lamentela, per difetto di conoscenza, su questo punto). Ora, a partire dal decreto legge 411/1997 (art. 2, punto 5) la comunicazione è fatta al singolo produttore con lettera raccomandata con ricevuta di ritorno (e a tutti i produttori è stata fatta questa comunicazione individuale). Quindi – si era concluso – sotto nessun profilo è stato mai tradito l'obbligo di far conoscere le quote individuali a ciascun interessato.

*Avv. Oscar Fiumara*

**Corte di Giustizia delle Comunità europee, sezione sesta, 25 marzo 2004, nelle cause riunite C-231/00, C-303/00 e C-451/00, Cooperativa Lattepiù s.r.l. ed altri (prima sentenza); nelle cause riunite C-480, 481, 482, 484, 489, 490, 491, 497, 498, 499/00, Azienda Agricola Ettore Ribaldi ed altri (seconda sentenza); nella causa C-495/00, Azienda Agricola Giorgio, Giovanni e Luciano Visentin ed altri (terza sentenza) – Pres. rel. Skouris – Avv. Gen. Léger – Interv.:** Governi italiano (avv. Stato O. Fiumara e G. Aiello) ed ellenico (ag. G. Kannellopoulos), Consiglio delle Comunità europee (ag. J. Carbery e F.P. Ruggeri Laderchi) e Commissione delle Comunità europee (ag. M. Niejahr, L. Visaggio e C. Cattabriga).

(Regolamento CEE del Consiglio 27 giugno 1968, n. 804 e succ. mod.; regolamento CEE del Consiglio 28 dicembre 1992, n. 3950; regolamento CEE della Commissione 9 marzo 1993, n. 534; legge 26 novembre 1992 n. 468; decreto legge 23 dicembre 1994, n. 727 conv. con mod. in legge 24 febbraio 1995, n. 46; legge finanziaria 23 dicembre 1996 n. 662, art. 2 comma 168; decreto legge 31 gennaio 1997, n. 11 conv. con mod. in legge 28 marzo 1997 n. 81; decreto legge 1° dicembre 1997, n. 411 conv. con mod. in legge 27 gennaio 1998 n. 5; decreto legge 1° marzo 1999, n. 43 conv. con mod. in legge 27 aprile 1999, n. 118; d.P.R. 23 dicembre 1993, n. 569).

(Nelle tre sentenze) *Gli artt. 1, 4, 6 e 7 del regolamento (CEE) del Consiglio 28 dicembre 1992, n. 3950, che istituisce un prelievo supplementare nel settore del latte e dei prodotti lattiero-caseari, nonché gli artt. 3 e 4 del regolamento (CEE) della Commissione 9 marzo 1993, n. 536, che stabilisce le modalità di applicazione del prelievo supplementare nel settore del latte e dei prodotti lattiero-caseari, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a che a seguito di controlli uno Stato membro rettifichi i quantitativi di riferimento individuali attribuiti ad ogni produttore e conseguentemente ricalcoli, a seguito di riassegnazione dei quantitativi di riferimento inutilizzati, i prelievi supplementari dovuti, successivamente al termine di scadenza del pagamento di tali prelievi per la campagna lattiera interessata.*

(Nella seconda sentenza) *I regolamenti nn. 3950/1992 e 536/1993 devono essere interpretati nel senso che l'assegnazione iniziale dei quantitativi di riferimento individuali nonché ogni modificazione successiva di tali quantitativi devono essere comunicate ai produttori interessati dalle autorità nazionali competenti. Il principio di certezza del diritto esige che codesta comunicazione sia tale da fornire alle persone fisiche o giuridiche interessate ogni informazione relativa all'assegnazione iniziale del loro quantitativo di riferimento individuale o alla successiva modifica di quest'ultimo. Spetta al giudice nazionale accertare, in base agli elementi di fatto di cui dispone, se ciò si verifichi nelle cause principali.*

## I

«(omissis) 1. — Con sentenze 6 aprile, 6 luglio e 28 giugno 2000, pervenute in cancelleria rispettivamente il 9 giugno (causa C-231/00), l'8 agosto (causa C-303/00) e l'8 dicembre 2000 (causa C-451/00), il Tribunale amministrativo regionale del Lazio ha proposto alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, due questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione e sulla validità degli artt. 1, 4, 6 e 7 del regolamento (CEE) del Consiglio 28 dicembre 1992, n. 3950, che istituisce un prelievo supplementare nel settore del latte e dei prodotti lattiero-caseari (GU L 405, pag. 1), e degli artt. 3 e 4 del regolamento (CEE) della Commissione 9 marzo 1993, n. 536, che stabilisce le modalità di applicazione del prelievo supplementare nel settore del latte e dei prodotti lattiero-caseari (GU L 57, pag. 12).

2. — Tali questioni sono state sollevate nell'ambito di controversie tra diversi produttori di latte italiani e l'Azienda di Stato per gli interventi nel mercato agricolo (in prosieguo: l'"AIMA") e, per due cause, rispettivamente, il Ministero delle Politiche Agricole e Forestali e la Regione Lombardia, vertenti sulla legittimità degli atti con cui l'AIMA, nel 1999, rettificava i quantitativi di riferimento attribuiti per le campagne lattiere 1995/1996 e 1996/1997, riassegnava i quantitativi di riferimento inutilizzati per queste stesse campagne e, conseguentemente, procedeva ad un nuovo calcolo dei prelievi dovuti dai produttori per le dette campagne.

### *La normativa comunitaria*

3. — Nel 1984, in ragione di un persistente squilibrio tra offerta e domanda nel settore lattiero, è stato introdotto un regime di prelievi supplementari mediante il regolamento (CEE) del Consiglio 27 giugno 1968, n. 804, relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore del latte e dei prodotti lattiero-caseari (GU L 148, pag. 13), come modificato dal

regolamento (CEE) del Consiglio 31 marzo 1984, n. 856 (*GU L 90*, pag. 10; in prosieguo: il "regolamento n. 804/68"), e dal regolamento (CEE) del Consiglio 31 marzo 1984, n. 857, che fissa le norme generali per l'applicazione del prelievo di cui all'articolo 5-*quater* del regolamento n. 804/68 (*GU L 90*, pag. 13). Secondo il detto art. 5-*quater*, è dovuto un prelievo supplementare per i quantitativi di latte che superino un quantitativo di riferimento da determinare.

4. — Tale regime di prelievo supplementare, la cui durata era inizialmente stabilita fino al 1° aprile 1993, è stato prorogato fino al 10 aprile 2000 dal regolamento n. 3950/1992.

5. — L'art. 1 di tale regolamento stabilisce:

"A decorrere dal 1° aprile 1993 è istituito, per altri sette periodi consecutivi di dodici mesi, un prelievo supplementare a carico dei produttori di latte vaccino; tale prelievo si applica ai quantitativi di latte o di equivalente latte, consegnati ad un acquirente o venduti direttamente per il consumo nel corso del periodo di dodici mesi di cui trattasi, che superano un quantitativo da determinare.

Il prelievo è fissato al 115% del prezzo indicativo del latte".

6. — Ai sensi dell'art. 2, n. 1, dello stesso regolamento:

"1. — Il prelievo si applica a tutti i quantitativi di latte o di equivalente latte, commercializzati nel periodo di dodici mesi in questione, che superano l'uno o l'altro dei quantitativi di cui all'articolo 3. Esso è ripartito tra i produttori che hanno contribuito al superamento. A seconda della decisione dello Stato membro, il contributo dei produttori al pagamento del prelievo dovuto è stabilito, previa riassegnazione o meno dei quantitativi di riferimento inutilizzati, a livello dell'acquirente in base al superamento sussistente dopo la ripartizione, proporzionale ai quantitativi di riferimento a disposizione di ciascun produttore, dei quantitativi di riferimento inutilizzati oppure a livello nazionale in base al superamento del quantitativo di riferimento a disposizione di ciascun produttore".

7. — L'art. 4 del regolamento n. 3950/1992, che stabilisce i criteri per il calcolo della quota latte individuale disponibile per ciascun produttore, prevede quanto segue:

"1. — Il quantitativo di riferimento individuale disponibile nell'azienda è pari al quantitativo disponibile il 31 marzo 1993 e adattato, eventualmente per ciascuno dei periodi di cui trattasi, in modo che la somma dei quantitativi di riferimento individuali dello stesso tipo non superi il quantitativo globale corrispondente di cui all'articolo 3, tenuto conto delle eventuali riduzioni imposte per alimentare la riserva nazionale di cui all'articolo 5.

2. — Il quantitativo di riferimento individuale è aumentato o fissato a richiesta del produttore, debitamente giustificata, per tener conto delle modifiche che incidono sulle sue consegne e/o sulle sue vendite dirette. L'aumento o la fissazione di un quantitativo di riferimento sono subordinati alla riduzione corrispondente o alla soppressione dell'altro quantitativo di riferimento di cui dispone il produttore. Questi adeguamenti non possono comportare per lo Stato membro interessato un aumento della somma delle consegne e delle vendite dirette di cui all'articolo 3. In caso di modifiche definitive dei quantitativi di riferimento individuali, i quantitativi di cui all'articolo 3 sono adeguati di conseguenza secondo la procedura di cui all'articolo 11". (..)

8. — L'art. 6 di tale regolamento stabilisce quanto segue:

"1. — Entro una data da determinarsi e non oltre il 31 dicembre gli Stati membri autorizzano, per la durata del periodo di dodici mesi di cui trattasi, cessioni temporanee del quantitativo di riferimento individuale che non sarà utilizzato dal produttore che ne dispone. Tuttavia i quantitativi di riferimento di cui all'articolo 4, paragrafo 3 non possono formare oggetto di siffatte cessioni temporanee fino al 31 marzo 1995.

Gli Stati membri possono modulare le operazioni di cessione in funzione delle categorie di produttori o delle strutture della produzione lattiera, limitarle al livello dell'acquirente o all'interno delle regioni e determinare in che misura il cedente possa rinnovare le operazioni di cessione.

2. — Ciascuno Stato membro può decidere di non applicare il paragrafo 1 sulla base di uno o di entrambi i seguenti criteri:

la necessità di facilitare le evoluzioni e gli adeguamenti strutturali; imperative esigenze amministrative".

9. — Secondo l'art. 7 dello stesso regolamento:

“1. — Il quantitativo di riferimento disponibile in un'azienda viene trasferito con l'azienda in caso di vendita, locazione o trasmissione per successione ai produttori che la riprendono, secondo modalità che gli Stati membri definiscono tenendo conto delle superfici impiegate per la produzione lattiera o di altri criteri oggettivi e, eventualmente, di un accordo tra le parti. La parte del quantitativo di riferimento eventualmente non trasferita con l'azienda viene aggiunta alla riserva nazionale. Le stesse disposizioni si applicano agli altri casi di trasferimenti che abbiano analoghi effetti giuridici per i produttori. (...)”

2. — Qualora non vi sia accordo tra le parti, nel caso di affitti rurali che scadono e non sono rinnovabili a condizioni analoghe, o in situazioni che abbiano analoghi effetti giuridici, i quantitativi di riferimento disponibili nelle aziende di cui trattasi sono trasferiti tutti o in parte ai produttori che li riprendono, secondo le disposizioni che gli Stati membri hanno adottato o adotteranno, tenendo conto degli interessi legittimi delle parti”.

10. — Infine, ai sensi dell'art. 10 del regolamento n. 3950/1992:

“Il prelievo è considerato parte degli interventi intesi a regolarizzare i mercati agricoli ed è destinato al finanziamento delle spese del settore lattiero-caseario”.

11. — Il regolamento n. 536/1993 enuncia, nel suo quinto ‘considerando’, che “l'esperienza acquisita ha dimostrato che il regime non era pienamente efficiente a causa di forti ritardi sia nella comunicazione dei dati relativi alla raccolta o alla vendita diretta, sia nel pagamento del prelievo” e “che occorre pertanto trarre da questa constatazione le conclusioni che si impongono, emanando disposizioni rigorose, corredate di sanzioni, per quanto riguarda le scadenze di comunicazione ed i termini di pagamento”.

12. — L'art. 3 di tale regolamento dispone:

“1. — Alla fine di ciascuno dei periodi di cui all'articolo 1 del regolamento (...) n. 3950/1992, l'acquirente effettua, per ogni produttore, un conteggio nel quale, a fronte del quantitativo di riferimento di cui il produttore dispone e del relativo tenore rappresentativo di materia grassa, indica il volume e il tenore di materia grassa del latte e/o dell'equivalente latte consegnato dal produttore durante il periodo in questione. (...)”

2. — Ogni anno, entro il 15 maggio, l'acquirente trasmette all'autorità competente dello Stato membro interessato una distinta dei conteggi effettuati per ogni produttore, o se del caso — a seconda di quanto deciso dallo Stato membro — comunica a detta autorità competente il volume totale, il volume rettificato a norma dell'articolo 2, paragrafo 2, e il tenore medio di materia grassa del latte e/o dell'equivalente latte che gli è stato consegnato da produttori, nonché la somma dei quantitativi di riferimento individuali di cui i produttori stessi dispongono e il relativo tenore rappresentativo medio di materia grassa. Ove non rispetti la suddetta scadenza, l'acquirente deve pagare una penalità pari all'importo del prelievo che verrebbe riscosso se i quantitativi di latte e di equivalente latte consegnatigli da produttori lattieri venissero superati dello 0,1%. Detta penalità non può superare i 20.000 ECU.

3. — Lo Stato membro può disporre che l'autorità competente notifichi all'acquirente l'importo del prelievo da lui dovuto, dopo aver o non aver riassegnato — a seconda di quanto deciso dallo Stato membro stesso — la totalità o una parte dei quantitativi di riferimento inutilizzati, o direttamente ai produttori interessati od agli acquirenti affinché li ripartiscano fra i produttori stessi.

4. — Ogni anno, anteriormente al 10 settembre, l'acquirente versa all'organismo competente l'importo del prelievo da lui dovuto, secondo le modalità all'uopo stabilite dallo Stato membro.

Se il termine di pagamento non è rispettato, si applica alle somme dovute un interesse annuale ad un saggio fissato dallo Stato membro e che non può comunque essere inferiore al saggio d'interesse applicato da quest'ultimo per la ripetizione dell'indebito”.

13. — L'art. 4 dello stesso regolamento prevede:

“1. — Per quanto riguarda le vendite dirette, alla fine di ciascuno dei periodi di cui all'articolo 1 del regolamento (...) n. 3950/1992 il produttore indica in una dichiarazione — prodotto per prodotto — il volume del latte e/o degli altri prodotti lattiero-caseari venduti direttamente al consumo e/o a grossisti, imprese di stagionatura o dettaglianti. (...)”

2. — Ogni anno, entro il 15 maggio, il produttore trasmette la suddetta dichiarazione all'autorità competente dello Stato membro interessato. Qualora non rispetti tale scadenza, il

produttore è soggetto al prelievo su tutti i quantitativi di latte e di equivalente latte venduti direttamente che superino il quantitativo di riferimento di cui egli dispone, oppure, ove quest'ultimo non sia stato superato, ad una penalità pari all'importo del prelievo che verrebbe riscosso se il quantitativo di riferimento disponibile venisse superato dello 0,1%. Detta penalità non può superare i 1.000 ECU. Qualora la dichiarazione non venga presentata anteriormente al 1° luglio, si applica il disposto dell'articolo 5, secondo comma del regolamento (...) n. 3950/1992, alla scadenza del termine di 30 giorni dall'intimazione dello Stato membro.

3. — Lo Stato membro può disporre che la propria autorità competente notifichi al produttore l'importo del prelievo da lui dovuto, dopo aver o non aver riassegnato — a seconda di quanto deciso dallo Stato membro stesso — ai produttori interessati la totalità o una parte dei quantitativi di riferimento inutilizzati.

4. — Ogni anno, anteriormente al 10 settembre, il produttore versa all'organismo competente l'importo dovuto, secondo le modalità all'uopo stabilite dallo Stato membro. Se il termine di pagamento non è rispettato, si applica alle somme dovute un interesse annuale ad un saggio fissato dallo Stato membro (...).

14. — Ai sensi dell'art. 7 del regolamento n. 536/1993:

«1. — Gli Stati membri adottano le necessarie misure di controllo per garantire la riscossione del prelievo sui quantitativi di latte o di equivalente latte commercializzati in eccesso rispetto ai quantitativi di cui all'articolo 3 del regolamento (...) n. 3950/1992. (...)

3. — Lo Stato membro verifica concretamente l'esattezza della contabilizzazione dei quantitativi commercializzati di latte e di equivalente latte; a tal fine, esso procede ad accertamenti sui trasporti di latte durante le operazioni di raccolta nelle aziende e, in particolare, controlla sul posto:

a) presso gli acquirenti, i conteggi di cui all'articolo 3, paragrafo 1, nonché l'attendibilità della contabilità di magazzino e degli approvvigionamenti di cui al paragrafo 1, lettere c) e d), sulla base dei documenti commerciali e d'altro tipo attestanti l'uso che è stato fatto del latte e dell'equivalente latte raccolti;

b) presso i produttori che dispongono di un quantitativo di riferimento «vendite dirette», l'attendibilità della dichiarazione di cui all'articolo 4, paragrafo 1 e della contabilità di magazzino di cui al paragrafo 1, lettera f). (...).

#### *La normativa nazionale*

15. — Il regime italiano del prelievo supplementare sul latte è stato inizialmente attuato con la legge 26 novembre 1992, n. 468 (*GURI* 4 dicembre 1992, n. 286, pag. 3; in prosieguo: la "legge n. 468/1992"). Tale legge stabiliva, in particolare, i criteri di attribuzione dei quantitativi di riferimento individuali nonché le modalità della compensazione nazionale (riassegnazione dei quantitativi di riferimento inutilizzati). La suddetta legge è stata seguita da una copiosa normativa, che ha formato oggetto di numerose modifiche. Nel corso di tale evoluzione legislativa e regolamentare sono stati in particolare adottati, da un lato, il decreto legge 23 dicembre 1994, n. 727 (*GURI* 30 dicembre 1994, n. 304, pag. 5; in prosieguo: il "decreto legge n. 727/1994"), convertito con modifiche nella legge 24 febbraio 1995, n. 46 (*GURI* 27 febbraio 1995, n. 48, pag. 3; in prosieguo: la "legge n. 46/1995"), che ha regolamentato i sistemi di riduzione dei quantitativi assegnati, e, dall'altro, la legge finanziaria 23 dicembre 1996, n. 662 (*GURI* 28 dicembre 1996, n. 303, *Supplemento ordinario*, pag. 233; in prosieguo: la "legge n. 662/1996"), che ha disciplinato, nel suo art. 2, comma 168, i criteri per la compensazione nazionale.

16. — Con sentenza 28 dicembre 1995, n. 520, la Corte costituzionale dichiarava illegittimo l'art. 2, comma 1, del decreto legge n. 727/1994, convertito con modifiche nella legge n. 46/1995, nella parte in cui, nella determinazione delle riduzioni delle quote individuali dei produttori di latte, escludeva la partecipazione, quanto meno nella forma di una richiesta di parere, delle regioni interessate. Inoltre, con sentenza 11 dicembre 1998, n. 398, questo stesso giudice dichiarava illegittimo l'art. 2, comma 168, della legge n. 662/1996, poiché non prevedeva che fosse richiesto il parere delle regioni e delle province autonome.

17. — Nel frattempo la Commissione delle Comunità europee avviava un procedimento contro la Repubblica italiana ai sensi dell'art. 169 del Trattato CE (divenuto art. 226 CE), riguardante le modalità previste nell'art. 5 della legge n. 468/1992 per procedere alla riassegnazione dei quantitativi individuali inutilizzati. Con parere motivato 20 maggio 1996, la Commissione contestava, con riferimento alle consegne, la possibilità di riassegnare i quan-

titativi inutilizzati alle associazioni di produttori e non ai produttori e agli acquirenti, come prevedono i regolamenti nn. 3950/1992 e 536/1993. Tale procedimento è stato poi archiviato, in quanto le autorità italiane hanno posto fine alla violazione contestata attraverso l'adozione della legge n. 662/1996, il cui art. 2, comma 166, ha previsto che le modalità controverse non sarebbero state più applicabili a partire dalla campagna lattiera 1995/1996.

18. — Allo scopo di porre fine alle incertezze relative alla determinazione della produzione lattiera effettiva, causate da un sistema che non aveva consentito di fornire dati affidabili, con particolare riferimento alle campagne lattiere 1995/1996 e 1996/1997, il legislatore italiano ha deciso di istituire una commissione governativa d'indagine prevista dal decreto legge 31 gennaio 1997, n. 11 (*GURI* 31 gennaio 1997, n. 25, pag. 3), convertito con modifiche nella legge 28 marzo 1997, n. 81 (*GURI* 10 aprile 1997, n. 81, pag. 4). A tale commissione d'indagine veniva affidato il compito di accertare l'esistenza di eventuali irregolarità nella gestione delle quote da parte dei singoli soggetti e di enti pubblici o privati, nonché nella commercializzazione di latte e latticini da parte dei produttori o nella relativa utilizzazione da parte degli acquirenti.

19. — In tale contesto e alla luce delle conclusioni cui perveniva la commissione governativa d'indagine, si apportò una nuova modifica alla normativa italiana con l'adozione dei decreti legge 10 dicembre 1997, n. 411 (*GURI* 1° dicembre 1997, n. 208, pag. 3; in prosieguo: il "decreto legge n. 411/1997"), convertito con modifiche nella legge 27 gennaio 1998, n. 5 (*GURI* 28 gennaio 1998, n. 22, pag. 3; in prosieguo: la "legge n. 5/1998"), e 1° marzo 1999, n. 43 (*GURI* 2 marzo 1999, n. 50, pag. 8; in prosieguo: il "decreto legge n. 43/1999"), convertito con modifiche nella legge 27 aprile 1999, n. 118 (*GURI* 30 aprile 1999, n. 100, pag. 4; in prosieguo: la "legge n. 118/1999").

20. — L'art. 2 della legge n. 5/1998 affida all'AIMA il compito di determinare, sulla base, in particolare, della relazione della commissione governativa d'indagine nonché dei controlli effettuati e comunicati dalle regioni, gli effettivi quantitativi di latte prodotto e commercializzato nel corso delle campagne lattiere 1995/1996 e 1996/1997. Ai sensi del comma 5 dello stesso articolo, l'AIMA comunica ai produttori, entro 60 giorni a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto legge, i quantitativi di riferimento individuali loro assegnati nonché i quantitativi di latte commercializzato. Avverso la determinazione dei quantitativi stabiliti dall'AIMA i produttori possono presentare ricorso di riesame dinanzi alle regioni e alle province autonome, che devono decidere entro un termine di 80 giorni a decorrere dalla scadenza del termine di 60 giorni per la presentazione del ricorso. Il comma 11 del detto articolo dispone che, in esito agli accertamenti effettuati e alle decisioni sui ricorsi di riesame, l'AIMA apporta modifiche ai modelli utilizzati e ai quantitativi di riferimento individuali, ai fini delle operazioni di compensazione nazionale e del pagamento del prelievo supplementare.

21. — L'art. 1, comma 1, del decreto legge n. 43/1999 prevede, da un lato, che l'AIMA proceda alle compensazioni nazionali per le campagne lattiere 1995/1996 e 1996/1997 in base ai dati relativi alla produzione lattiera dalla stessa determinati e, dall'altro, che essa calcoli il prelievo supplementare a carico di ciascun produttore. Secondo questa stessa disposizione, l'AIMA è tenuta a comunicare ai produttori, agli acquirenti ed alle regioni e province autonome il risultato dei suoi calcoli entro 60 giorni dalla data di entrata in vigore del detto decreto legge.

22. — Ai sensi del comma 12 dell'art. 1 del decreto legge n. 43/1999, i risultati delle compensazioni nazionali effettuate ai sensi della nuova normativa sono definitivi ai fini del pagamento del prelievo supplementare, dei relativi conguagli e dello svincolo delle garanzie. In base al comma 15 del detto articolo gli acquirenti, ricevuta la comunicazione dall'AIMA dei prelievi da effettuare per le campagne lattiere 1995/1996 e 1996/1997, entro 30 giorni devono versare gli importi di cui trattasi e restituire le eventuali eccedenze, dandone comunicazione alle regioni e alle province autonome.

23. — Riguardo alle modalità di vendita dei quantitativi di riferimento senza trasferimento di terreni, l'art. 18, commi 9 e 10, del decreto del Presidente della Repubblica 23 dicembre 1993, n. 569 (*GURI* 31 dicembre 1993, n. 306, *Supplemento ordinario*; in prosieguo: il "decreto legge n. 569/1993"), prevede che "[1] e regioni, verificata l'idoneità della predetta documentazione, ed il rispetto della normativa, fanno pervenire all'AIMA, entro il 15 gennaio di ciascun anno l'elenco delle vendite perfezionate entro il 30 novembre (...).



L'AIMA entro il medesimo termine di cui al precedente comma, effettua i necessari controlli al fine di verificare che il quantitativo di riferimento oggetto della vendita corrisponda effettivamente al quantitativo cui ha diritto il cedente in base alla legge [n. 468/1992...]. Infine, l'art. 18, comma 12, del detto decreto stabilisce che "la validità della cessione delle quote latte è subordinata all'esito dei controlli di cui ai precedenti commi". Disposizioni dello stesso tenore sono previste nell'art. 20 dello stesso decreto relativamente alla locazione delle quote latte (*omissis*).

*Risposta della Corte.*

55. — In via preliminare, si deve osservare che nessuna disposizione dei regolamenti nn. 3950/1992 e 536/1993 prevede la rettifica a posteriori dei quantitativi di riferimento individuali attribuiti ai produttori di latte né la conseguente rettifica dei prelievi supplementari dovuti da questi ultimi.

56. — Orbene, conformemente ai principi generali su cui è fondata la Comunità e che disciplinano i rapporti fra quest'ultima e gli Stati membri, spetta a questi ultimi, in forza dell'art. 5 del Trattato CE (divenuto art. 10 CE), garantire nel loro territorio l'attuazione della normativa comunitaria. Qualora il diritto comunitario, ivi compresi i principi generali di quest'ultimo, non contenga in proposito regole comuni, le autorità nazionali procedono, nell'attuazione di tale normativa, applicando i criteri formali e sostanziali del loro diritto nazionale (v., segnatamente, sentenze 23 novembre 1995, causa C-285/93, *Dominikanerin-nen-Kloster Altenhohenau*, *Racc.*, I-4069, punto 26, e *Karlsson e a.*, *cit.*, punto 27).

57. — Tuttavia, nell'adottare provvedimenti di attuazione di una regolamentazione comunitaria, le autorità nazionali sono tenute ad esercitare il proprio potere discrezionale nel rispetto dei principi generali del diritto comunitario, tra i quali si annoverano i principi di proporzionalità, di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento (v., in tal senso, in particolare, sentenza 20 giugno 2002, causa C-313/99, *Mulligan e a.*, *Racc.*, I-5719, punti 35 e 36).

58. — Ne consegue che, per poter rispondere utilmente alla prima questione e, più concretamente, al fine di accertare se le disposizioni pertinenti dei regolamenti nn. 3950/1992 e 536/1993 ostino a rettifiche a posteriori dei quantitativi di riferimento assegnati ai produttori e alla conseguente rettifica degli importi dei prelievi supplementari dovuti da questi ultimi, occorre esaminare se siffatti provvedimenti siano conformi alla lettera e alla finalità ditali disposizioni, agli obiettivi e alla *ratio* generale della normativa relativa al regime del prelievo supplementare sul latte, nonché ai principi generali del diritto comunitario.

59. — Con riferimento al testo delle disposizioni pertinenti occorre constatare che gli artt. 1, 4, 6 e 7 del regolamento n. 3950/1992 nonché 3 e 4 del regolamento n. 536/1993 non contengono alcuna disposizione che si opponga espressamente all'adozione, da parte delle autorità nazionali, di misure quali quelle controverse nelle cause principali. Lo stesso vale per quanto riguarda l'insieme delle disposizioni dei detti regolamenti.

60. — Quanto alla finalità di tali disposizioni, non si può ritenere che gli artt. 1 e 4 del regolamento n. 3950/1992 prevedano una nuova assegnazione dei quantitativi di riferimento individuali né, a maggior ragione, che stabiliscano un termine specifico per una tale assegnazione.

61. — Infatti, il regolamento n. 3950/1992 è volto a prorogare il regime del prelievo supplementare sul latte istituito dalla normativa anteriore e si fonda sulla premessa secondo la quale le quote latte sono già state assegnate, rispettivamente, per tutti gli Stati membri (v., in tal senso, sentenza *Karlsson e a.*, *cit.*, punto 32).

62. — Così il primo 'considerando' del detto regolamento parla dell'ulteriore "applicazione" [*poursuite*] nella versione francese] del regime introdotto dal regolamento n. 856/1984 e il suo art. 1 stabilisce che il prelievo supplementare sul latte è istituito per "altri" sette periodi consecutivi di dodici mesi. Seguendo lo stesso filo logico, l'art. 4, n. 1, del regolamento n. 3950/1992 prevede che i quantitativi di riferimento individuali attribuiti per i periodi di produzione successivi siano determinati partendo dai quantitativi di riferimento di cui i produttori disponevano l'ultimo giorno di applicazione della normativa anteriormente applicabile, vale a dire il 31 marzo 1993.

63. — Tuttavia, tenuto conto del fatto che l'intenzione del legislatore comunitario non era quella di fissare in modo definitivo tali quantitativi di riferimento per tutta la durata della proroga del regime del prelievo supplementare sul latte, l'art. 4, n. 2, del regolamento n. 3950/1992 prevede, sostanzialmente, che i detti quantitativi potranno essere adattati per

ciascuna campagna lattiera interessata, a condizione che la somma dei quantitativi di riferimento individuali per le vendite alle latterie e per le vendite dirette non superi il quantitativo globale garantito assegnato allo Stato membro, tenuto conto delle eventuali riduzioni effettuate da quest'ultimo per alimentare la propria riserva nazionale.

64. — Inoltre, l'art. 6 del regolamento n. 3950/1992, il quale prevede che gli Stati membri autorizzino le cessioni temporanee di quote latte per un periodo di dodici mesi, anteriormente ad una data dagli stessi determinata e precedente al 31 dicembre, non può essere interpretato nel senso che, successivamente a tale data, il quantitativo trasferito relativo ad una campagna lattiera non possa costituire oggetto di controlli e rettifiche. Infatti, la detta data rappresenta soltanto il limite temporale al di là del quale i produttori non sono più autorizzati a stipulare una cessione di quote latte per la campagna in corso.

65. — Quanto all'art. 7 del regolamento n. 3950/1992, si deve ricordare che esso prevede espressamente che debbano essere determinate dagli Stati membri le modalità secondo le quali, in caso di vendita, di locazione o di trasmissione per successione di un'azienda lattiera, il quantitativo di riferimento disponibile in capo a tale azienda è trasferito, con la detta azienda, ai produttori che la riprendono. È pertanto giocoforza constatare che il detto articolo non può essere considerato un ostacolo per le autorità competenti degli Stati membri a procedere a posteriori a controlli finalizzati a verificare l'esattezza del quantitativo di riferimento oggetto di cessione.

66. — In queste circostanze, non si possono interpretare gli artt. 1, 4, 6 e 7 del regolamento n. 3950/1992 nel senso che essi ostano a che le autorità nazionali, successivamente alla campagna lattiera interessata, rettifichino quantitativi di riferimento individuali errati, quando invece tali rettifiche sono specificamente dirette a far sì che la produzione esonerata dal prelievo supplementare di uno Stato membro non superi il quantitativo globale garantito assegnato a tale Stato.

67. — Le stesse considerazioni valgono con riferimento agli artt. 3 e 4 del regolamento n. 536/1993. Al riguardo occorre ricordare che dalla lettura del combinato disposto del n. 2 di questi articoli risulta che l'acquirente, da un lato, ed il produttore che esercita la vendita diretta, dall'altro, devono trasmettere all'autorità nazionale competente, anteriormente al 15 maggio, rispettivamente il conteggio del quantitativo di prodotto consegnato e quello del quantitativo di prodotto venduto nel corso dell'esercizio trascorso. Dalla lettura del combinato disposto dei nn. 3 degli stessi articoli risulta altresì che gli Stati membri possono disporre che l'autorità competente notifichi all'acquirente, da un lato, e al produttore, dall'altro, l'importo del prelievo da essi dovuto dopo aver riassegnato o meno, in tutto o in parte, i quantitativi di riferimento inutilizzati. Infine, ai sensi del comma 4 dei detti articoli, l'acquirente, da un lato, e il produttore, dall'altro, devono versare le somme dovute anteriormente al 10 settembre successivo.

68. — Se è vero che i termini previsti in tali articoli sono imperativi (v., in tal senso, sentenza *Molkereigenossenschaft Wiedergeltingen*, *cit.*, punti 38-40), rimane pur sempre che essi non ostano alla realizzazione, da parte delle autorità competenti di uno Stato membro, di controlli e di rettifiche a posteriori volti a garantire che la produzione di tale Stato membro non superi il quantitativo globale garantito ad esso assegnato.

69. — Al contrario, sia i termini previsti negli artt. 3 e 4 del regolamento n. 536/1993 sia i controlli e le rettifiche a posteriori, quali quelli effettuati dall'AIMA nelle cause principali, sono diretti a garantire l'efficace funzionamento del regime del prelievo supplementare sul latte e l'applicazione corretta della normativa in materia.

70. — Al riguardo è importante altresì ricordare che, ai sensi dell'ottavo 'considerando' del regolamento n. 536/1993, "gli Stati membri devono disporre di adeguati mezzi di controllo per poter verificare a posteriori se, ed in quale misura, il prelievo sia stato riscosso conformemente alle disposizioni in vigore". Siffatti controlli sono previsti nell'art. 7 del detto regolamento per garantire l'esattezza dei conteggi riguardanti il prodotto consegnato e la vendita diretta, effettuati dagli acquirenti e dai produttori. È evidente, da un lato, che siffatti controlli possono avere luogo soltanto dopo la conclusione della campagna lattiera interessata e, dall'altro, che essi possono portare alla rettifica dei quantitativi di riferimento assegnati e, conseguentemente, ad un nuovo calcolo dei prelievi dovuti.

71. — Tale interpretazione degli artt. 1, 4, 6 e 7 del regolamento n. 3950/1992 nonché 3 e 4 del regolamento n. 536/1993 è altresì avvalorata dalla finalità della normativa che istituisce il

prelievo supplementare sul latte. Come l'avvocato generale ha sottolineato al paragrafo 66 delle sue conclusioni, gli obiettivi di tale normativa sarebbero compromessi se, a seguito di un'erronea determinazione dei quantitativi di riferimento individuali, la produzione di latte in uno Stato membro superasse il quantitativo globale garantito, assegnato a quest'ultimo, senza che tale superamento comportasse il pagamento del prelievo supplementare dovuto. Infatti, in un'ipotesi del genere la solidarietà sulla quale si fonda il regime del prelievo supplementare sul latte sarebbe infranta, nel senso che taluni produttori godrebbero dei vantaggi derivanti dalla fissazione di un prezzo indicativo del latte senza sopportare le restrizioni grazie alle quali un tale prezzo indicativo può essere mantenuto. I produttori, la cui produzione eccedentaria sarebbe così indebitamente esonerata dal prelievo supplementare, beneficerebbero di un vantaggio concorrenziale ingiustificato rispetto ai produttori degli Stati membri che applicano in modo corretto la normativa comunitaria.

72. — Infine, per quanto riguarda la compatibilità di misure di controllo e di rettifica, quali quelle adottate dall'AIMA nelle cause principali, con i principi generali di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento, l'argomentazione delle ricorrenti non può essere accolta.

73. — Con riferimento al principio di proporzionalità, si deve anzitutto rilevare che il regime di prelievo supplementare mira a ristabilire l'equilibrio fra domanda e offerta sul mercato lattiero, caratterizzato da eccedenze strutturali, limitando la produzione lattiera. Tale provvedimento si iscrive dunque nell'ambito delle finalità di sviluppo razionale della produzione lattiera e di mantenimento di un tenore di vita equo della popolazione agricola interessata, contribuendo ad una stabilizzazione del reddito di quest'ultima (sentenza 17 maggio 1988, causa 84/1987, *Erpelding*, *Racc.* pag. 2647, punto 26).

74. — Ne consegue che, contrariamente a quanto sostengono le ricorrenti nelle cause principali, il prelievo supplementare non può essere considerato come una sanzione analoga alle penalità previste negli artt. 3 e 4 del regolamento n. 536/1993. Infatti, il prelievo supplementare sul latte costituisce una restrizione dovuta a regole di politica dei mercati o di politica strutturale (v., in tal senso, sentenza 10 gennaio 1992, causa C-177/90, *Kühn*, *Racc.*, I-35, punto 13).

75. — Inoltre, come risulta chiaramente dall'art. 10 del regolamento n. 3950/1992, il prelievo supplementare fa parte degli interventi intesi a regolarizzare i mercati agricoli ed è destinato al finanziamento delle spese del settore lattiero. Ne consegue che, oltre al suo obiettivo manifesto di obbligare i produttori di latte a rispettare i quantitativi di riferimento ad essi attribuiti, il prelievo supplementare ha anche una finalità economica, in quanto mira a procurare alla Comunità i fondi necessari allo smaltimento della produzione realizzata dai produttori in eccedenza rispetto alle loro quote.

76. — Al riguardo si deve aggiungere che, come esposto in udienza dalla Commissione, tale eccedenza di produzione perdura per molto tempo dopo la fine della campagna lattiera interessata, in particolare sotto forma di scorte di latticini.

77. — Di conseguenza, occorre constatare che, con riferimento a misure quali quelle adottate dall'AIMA di cui alle cause principali, la problematica relativa alla compatibilità dell'applicazione retroattiva delle sanzioni non è rilevante.

78. — Inoltre, è assodato che misure quali quelle controverse nelle cause principali sono idonee a realizzare il fine perseguito.

79. — Riguardo alla questione se tali misure oltrepassino quanto necessario a raggiungere il loro obiettivo, si deve tener conto del fatto che, come risulta dalle sentenze di rinvio, i quantitativi di riferimento individuali inizialmente attribuiti dalle autorità italiane contenevano numerosissimi errori, dovuti in particolare al fatto che la produzione effettiva in base alla quale tali quantitativi erano stati attribuiti era stata certificata dai produttori stessi. Tra gli errori così rilevati, la commissione governativa d'indagine ha accertato, in particolare, che più di 2000 aziende agricole che avevano dichiarato di produrre latte non possedevano mucche.

80. — In queste circostanze, misure come quelle adottate dall'AIMA nel contesto di cui alle cause principali non possono essere considerate sproporzionate rispetto al fine perseguito.

81. — Con riferimento, infine, al principio di tutela del legittimo affidamento, i ricorrenti ritengono che, adottando le misure controverse, le autorità italiane non abbiano rispet-

tato il loro legittimo affidamento in quanto, da un lato, le rettifiche dei quantitativi di riferimento individuali e il nuovo calcolo dei prelievi supplementari dovuti sono intervenuti rispettivamente due e tre anni dopo le campagne interessate e, dall'altro, soltanto nel 1999 tali ricorrenti hanno avuto conoscenza dei quantitativi di riferimento assegnati.

82. — Relativamente al primo argomento, occorre constatare che, se il quantitativo di riferimento individuale di un produttore corrisponde effettivamente al quantitativo di latte commercializzato da tale produttore durante l'anno di riferimento, tale produttore, che in linea di principio conosce il quantitativo che ha prodotto, non può nutrire un legittimo affidamento sul mantenimento di un quantitativo di riferimento inesatto. (1)

83. — Per quanto riguarda il secondo argomento, occorre rilevare che, come risulta dal fascicolo, le prime disposizioni legislative dirette ad attuare il regime del prelievo supplementare sul latte sono state adottate in Italia soltanto nel 1992. Inoltre, il pagamento di tale prelievo è stato richiesto dai produttori di latte italiani solo a partire dalla campagna lattiera 1995/1996. Orbene, non può configurarsi un legittimo affidamento in ordine al mantenimento di una situazione manifestamente illegale rispetto al diritto comunitario, vale a dire la mancata applicazione del regime di prelievo supplementare sui latte. Infatti, indipendentemente dalle circostanze particolari del caso di specie, i produttori di latte degli Stati membri non possono legittimamente aspettarsi, undici anni dopo l'istituzione di tale regime, di poter continuare a produrre latte senza limiti.

84. — Del resto, occorre aggiungere che i casi indicati dal giudice del rinvio come all'origine dei controlli e delle rettifiche operate dalle autorità italiane non possono avere un'incidenza sull'interpretazione delle disposizioni pertinenti dei regolamenti nn. 3950/1992 e 536/1993. Infatti, poco importa che gli errori nella determinazione dei quantitativi di riferimento siano stati rilevati dopo che i provvedimenti nazionali adottati per l'attuazione del regime del prelievo supplementare fossero stati oggetto di un ricorso amministrativo o giurisdizionale, o nell'ambito della verifica di regolarità della cessione di una quota latte, o ancora a seguito di una modifica della normativa nazionale diretta a renderla compatibile con il diritto comunitario. In altri termini, nessuna di queste ipotesi può incidere sull'obbligo delle autorità italiane di rettificare i quantitativi di riferimento individuali errati al fine di assicurare la corretta esecuzione del regime comunitario del prelievo supplementare sul latte.

85. — Pertanto, tenuto conto di tutte le considerazioni che precedono, alla prima questione si deve rispondere dichiarando che gli artt. 1, 4, 6 e 7 del regolamento n. 3950/1992, nonché gli artt. 3 e 4 del regolamento n. 536/1993, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a che a seguito di controlli uno Stato membro rettifichi i quantitativi di riferimento individuali attribuiti ad ogni produttore e conseguentemente ricalcoli, a seguito di riassegnazione dei quantitativi di riferimento inutilizzati, i prelievi supplementari dovuti, successivamente al termine di scadenza del pagamento di tali prelievi per la campagna lattiera interessata. *(omissis)*».

## II

«*(omissis) Risposta della Corte.*

80. — È importante anzitutto constatare che, anche se dai regolamenti nn. 3950/1992 e 536/1993 non è espressamente previsto un obbligo di comunicazione a produttori dei quantitativi di riferimento individuali, una siffatta comunicazione, sia in occasione dell'assegnazione iniziale di un quantitativo di riferimento che in occasione di ogni successiva modifica

---

(1) Nella *terza sentenza*, al punto 54, la Corte aggiunge: «Da un altro lato, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 82 delle sue conclusioni, i produttori non possono fare legittimo affidamento sulla riassegnazione al termine di una campagna di produzione, di un determinato quantitativo di riferimento individuale non utilizzato. Infatti una tale riassegnazione è, per sua natura, ipotetica e impossibile da determinare in anticipo sul suo ammontare, poiché dipende dall'attività degli altri produttori. Un produttore, quindi, non può, prima di una campagna di produzione, fare legittimo affidamento sulla riassegnazione di una determinata parte di quote non utilizzate».

di tale quantitativo, dev'essere ritenuta obbligatoria in considerazione, da un lato, dell'obiettivo principale e della *ratio* del regime del prelievo supplementare sul latte nonché, dall'altro, del principio di certezza del diritto.

81. — Infatti, è assodato che questo regime è diretto a far sì che la produzione di latte nella Comunità non superi un quantitativo globale garantito, che è fissato a livello comunitario e ripartito tra i produttori da parte degli Stati membri. La realizzazione di tale obiettivo implica necessariamente che i produttori vengano informati della parte del quantitativo globale garantito loro assegnata, che essi non devono superare.

82. — Inoltre, considerato che, in conformità a tale regime, il produttore la cui produzione superi il suo quantitativo di riferimento individuale è costretto a pagare un prelievo supplementare pari al 115% del prezzo indicativo del latte, l'omessa comunicazione al produttore interessato di tale quantitativo di riferimento sarebbe manifestamente contraria al principio di certezza del diritto.

83. — Relativamente alle modalità di tale comunicazione, è assodato che questo stesso principio esige una pubblicità adeguata per i provvedimenti nazionali adottati in attuazione di una normativa comunitaria (sentenza Mulligan e a., *cit.*, punto 51). Poiché la comunicazione dei quantitativi di riferimento individuali ai produttori interessati è una misura adottata nell'ambito dell'applicazione, da parte delle autorità nazionali competenti, della normativa comunitaria relativa al prelievo supplementare sul latte, essa dev'essere effettuata nel rispetto del dovere di una pubblicità adeguata.

84. — Ciò nondimeno, secondo la giurisprudenza della Corte, il principio di certezza del diritto non prescrive alcuna forma particolare di pubblicità, quale la pubblicazione dei detti provvedimenti nella *Gazzetta Ufficiale* dello Stato membro interessato, la comunicazione tramite pubblicazione in bollettini o la notifica individuale ad ogni produttore (v., in tal senso, sentenza Mulligan e a., *cit.*, punto 51).

85. — Infatti, la ragione per cui il principio di certezza del diritto, in quanto principio generale del diritto comunitario, esige una pubblicità adeguata per le misure adottate dagli Stati membri in attuazione di un obbligo derivante dal diritto comunitario risiede nell'evidente necessità di garantire che i soggetti di diritto interessati da tali misure siano messi in grado di conoscere la portata dei loro diritti ed obblighi nell'ambito particolare disciplinato dal diritto comunitario (sentenza Mulligan e a., *cit.*, punto 52).

86. — Ne consegue che una pubblicità adeguata dev'essere idonea a informare le persone fisiche o giuridiche interessate riguardo al loro quantitativo di riferimento individuale. Pertanto, non è escluso che una comunicazione dei quantitativi di riferimento individuali a mezzo di una pubblicazione in bollettini, quale quella controversa nella causa principale, possa soddisfare tale condizione, tenuto conto anche del fatto che, come ha affermato il governo italiano, i detti bollettini erano stati pubblicati nella *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana*. Tuttavia, spetta al giudice nazionale decidere, sulla base delle precedenti considerazioni e degli elementi di fatto di cui dispone, se ciò si verifichi nelle cause principali.

87. — Tenuto conto delle considerazioni che precedono, alle questioni terza, quarta e quinta si deve quindi rispondere dichiarando che i regolamenti nn. 3950/1992 e 536/1993 devono essere interpretati nel senso che l'assegnazione iniziale dei quantitativi di riferimento individuali nonché ogni modificazione successiva dei detti quantitativi devono essere comunicate ai produttori interessati dalle autorità nazionali competenti.

Il principio di certezza del diritto esige che codesta comunicazione sia tale da fornire alle persone fisiche o giuridiche interessate ogni informazione relativa all'assegnazione iniziale del loro quantitativo di riferimento individuale o alla successiva modifica di quest'ultimo. Spetta al giudice nazionale accertare, in base agli elementi di fatto di cui dispone, se ciò si verifichi nelle cause principali (*omissis*)».

## I GIUDIZI IN CORSO ALLA CORTE DI GIUSTIZIA CE

**Causa C-1/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Rifiuti – Nozione di rifiuto – Impresa petrolifera di produzione di idrocarburi – Direttiva 75/442/CEE e Direttiva 97/156/CEE – Decisione della «Cour d'Appel» (Belgio), emessa in data 3 dicembre 2002 e notificata l'11 febbraio 2003 nella causa Region de Bruxelles – Capitale (parte civile) – Ministère public contro Paul Van de Walle e a. e Texaco Belgium S.A. (responsabile civile) (cs. 4225/03, avv. dello Stato G. Fiengo).**

### IL FATTO

Nel caso di specie, ciò che occorre stabilire, è se la benzina 98 Ron senza piombo e/o le cisterne interrato che contenevano tale prodotto e/o l'efflusso accidentale di idrocarburi nel sottosuolo possano costituire rifiuto ai sensi della definizione posta dall'art. 2, comma 1, dell'ordinanza 7 marzo 1991. Una parte della dottrina ritiene che non si possa equiparare lo scarico accidentale di un prodotto che inquina il suolo all'abbandono di rifiuto. Altra parte della dottrina sostiene invece che la nozione di abbandono di rifiuti debba essere intesa in senso ampio.

### I QUESITI

1. – Se gli artt. 1 *a*), 1 *b*) e 1 *c*) della Direttiva del Consiglio 15 luglio 1975, 75/442/CEE, relativa ai rifiuti, modificata dalla Direttiva 18 marzo 1991, 91/156/CEE, debbano essere interpretati nel senso che si possono applicare ad un'impresa petrolifera che produce idrocarburi e li vende ad un soggetto che gestisce una delle sue stazioni di servizio nell'ambito di un contratto di gestione autonomo esclusivo di qualsiasi vincolo di subordinazione con essa, allorché questi idrocarburi si infiltrano nel suolo comportando così un inquinamento del terreno e delle acque sotterranee.

2. – Se si debba ritenere invece che la qualificazione giuridica dei rifiuti ai sensi delle disposizioni sopra menzionate si applichi solo allorché il terreno così inquinato sia stato rimosso.

**Causa C-22/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Intermediari di valori immobiliari – Prelievi fiscali – Nozione di tassa - Nozione di imposta – Art. 11 e 12 Direttiva 69/335/CEE – Ordinanza del «Rechtbank» (Paesi Bassi) emessa in data 21 gennaio 2003, notificata l'11 marzo 2003 (cs. 7360/03, avv. dello Stato G. De Bellis).**

### IL FATTO

La questione concerne il potere impositivo attribuito dalla legge nazionale olandese all'autorità di controllo sulla borsa che addebita, agli intermediari di valori mobiliari autorizzati, le spese da questa sostenute nell'esercizio dell'attività istituzionale.

**IL QUESITO**

Se la direttiva e in particolare l'interpretazione degli artt. 11 e 12 della stessa ostino alla riscossione, di una tassa, come sopra descritta, a carico degli intermediari di valori mobiliari calcolata sugli utili lordi ricavati da attività relative a detti valori mobiliari.

**NOTA**

Il Dipartimento per le politiche fiscali del Ministero dell'Economia e delle Finanze ha fatto pervenire le seguenti osservazioni.

*«La controversia in oggetto riguarda, più in particolare, il potere impositivo attribuito dalla legge nazionale olandese all'autorità di controllo sulla borsa che addebita, agli intermediari di valori mobiliari autorizzati, le spese da questa sostenute nell'esercizio dell'attività istituzionale.*

*Tali addebiti, a seconda dei servizi resi, possono essere fissi o modulati in base alla forbice dei redditi degli intermediari; solo quest'ultima tipologia costituisce oggetto della controversia.*

*In Italia l'Ente delegato al controllo degli intermediari dei valori mobiliari è la Consob che, ai sensi dell'art. 40 della legge n. 724/94, si finanzia per un verso tramite fondi messi a disposizione direttamente dal Ministero del Tesoro e per l'altro tramite contribuzioni dovute dai soggetti sottoposti alla sua vigilanza.*

*Tali forme di contribuzione, correlate al costo del servizio di vigilanza, sono diversamente modulate e costituiscono una forma di tassazione che non ha come riferimento i redditi realizzati sui valori mobiliari da intermediari di valori mobiliari.*

*La diversità dei presupposti impositivi tra la legislazione olandese e quella nazionale induce lo scrivente Ufficio a non ritenere opportuno in intervento in causa».*

**Causa C-25/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – IVA – Edificio costruito a fini abitativi – Utilizzo di parte di edificio per c.d. studio domestico – Deduzione di imposta – VI direttiva IVA 77/388/CEE – Ordinanza del «Bundesfinanzhof» (Germania) emessa in data 29 agosto 2002, notificata l'11 marzo 2003 (cs. 6670/03, avv. dello Stato G. De Bellis).**

**IL FATTO**

Il ricorrente è uno scrittore specializzato che esercita la propria attività professionale presso la stanza da lavoro della propria abitazione, che divide con la moglie, in regime di comunione di beni.

Ritenendo detraibile dalla tassazione dei proventi della propria attività la quota relativa alla superficie della stanza da lavoro, egli ha provveduto a far valere parte degli importi tassati a monte nelle fatture derivanti dall'acquisto del terreno e dalla costruzione della casa unifamiliare coniugale.

Tale deduzione delle imposte pagate è stata contestata in quanto, secondo il convenuto, il committente e destinatario dell'opera sarebbe stata la comunione immobiliare composta da entrambi i coniugi e non il singolo

soggetto. Pertanto, la mancata suddivisione dell'importo tassato a monte ed il fatto che la fattura fosse indirizzata ad entrambi i coniugi, sarebbe ostativa alla deduzione effettuata dal ricorrente.

#### I QUESITI

1. In caso di acquisto o costruzione di un edificio a fini abitativi, se agisca in qualità di soggetto passivo colui che acquista o edifica l'abitazione, qualora voglia utilizzare una parte dell'edificio come c.d. studio domestico.

In caso di soluzione affermativa della questione *sub* 1.

2. – In caso di ordinativo comune di un oggetto di investimento nell'ambito di un regime di comunione legale o volontaria che di per sé non svolge attività d'impresa, se si debba confederare che l'acquisto è stato effettuato da un soggetto non fiscalmente rilevante, non autorizzato alla deduzione dell'imposta sul valore aggiunto gravante sull'acquisto, ovvero se i comunisti siano destinatari della prestazione.

In caso di soluzione affermativa della questione *sub* 2.

3. – In caso di acquisto di un bene di investimento da parte di coniugi in regime di comunione, ove tale oggetto venga utilizzato solo da uno dei comunisti per le sue finalità imprenditoriali, se il diritto alla deduzione dell'imposta pagata a monte spetti:

*a)* al detto comunista solo per l'importo tassato a monte relativo alla parte proporzionale della sua quota come acquirente oppure

*b)* se spetti al comunista, ai sensi dell'art. 17, n. 2, lett. *a)*, della direttiva, importo tassato a monte gravante sulla parte da esso utilizzata a fini imprenditoriali dell'oggetto del suo complesso (salvo il requisito attinente alla fattura, di cui alla questione *sub* 4).

4. – Se ai fini dell'esercizio del diritto alla deduzione dell'imposta pagata a monte conformemente all'art. 18 della direttiva, occorra una fattura ai coniuge/comunista, con gli importi monetari e fiscali proporzionalmente a suo carico, o se sia sufficiente la fattura intestata ai coniugi/comunisti priva di tale ripartizione.

**Causa C 26/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) — Appalti pubblici di servizi, forniture e lavori – Contratto in proprio esente da gara di appalto**  
– Applicabilità della direttiva 89/665/CEE – Ordinanza dell'«*Oberlandesgericht*» (Germania) in data 8 gennaio 2003, notificata il 3 aprile 2003 (cs. 7357/03, avv. dello Stato G. Fiengo).

#### IL FATTO

La ricorrente (costituita da tre società aventi per oggetto sociale la gestione di impianti di riciclaggio e di smaltimento dei rifiuti) ha presentato ricorso all'autorità giudiziaria competente al fine di obbligare la resistente – un ente territoriale in qualità di ente aggiudicatore – a bandire la procedura di appalto aperta per il conferimento dell'incarico di smaltimento della quantità di rifiuti che verranno a prodursi nel territorio a partire dal mese di giugno 2005. In tale ricorso è stata eccepita una violazione della normativa sugli appalti in quanto, in mancanza dei presupposti per la qualifica di «contratto



interno», non è stata indetta alcuna gara d'appalto. Risulta pertanto necessario stabilire, ai fini della fondatezza del ricorso, se la fattispecie posta in essere possa configurarsi quale contratto in proprio esente da gara di appalto. A tal fine, occorre chiarire se la società di partecipazione in mano pubblica (nella quale pertanto vi sia una partecipazione societaria privata) possa o meno essere riconosciuta quale azienda interna dell'autorità aggiudicatrice determinando in tal modo la non applicabilità della normativa in materia di appalti.

#### I QUESITI

1. - Con riferimento all'interpretazione dell'art. 1, n. 1, della Direttiva 89/665/CEE così come integrata dall'art 41 della Direttiva 92/50/CEE:

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

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

c) in caso di risposta positiva sulla questione pregiudiziale *sub a)* e di risposta negativa alla questione pregiudiziale *sub b)*, se uno Stato membro adempia all'obbligo di cui al precitato art. 1, n. 1, nel caso in cui l'accesso alla procedura di ricorso venga concesso solamente con il raggiungimento di una fase formale determinata del procedimento di acquisizione, ad esempio a partire all'avvio delle trattative scritte o orali con un terzo.

2. - Con riferimento all'interpretazione dell'art. 1 lett. a), della Direttiva 92/50/CEE, tenuto conto della modifica apportata dalla Direttiva 97/52/CE:

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

2. nel caso di risposta negativa alla precedente questione pregiudiziale, a quali condizioni un ente in cui vi sia la partecipazione societaria

di privati sia riconducibile alla Pubblica Amministrazione ovvero se sia qualificabile come impresa dell'Amministrazione aggiudicatrice. In particolare:

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

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

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

2.4 se, per poter qualificare una società di partecipazione pubblica come impresa dell'Amministrazione aggiudicatrice, con riferimento al criterio dello svolgimento della parte più importante della sua attività in favore dell'autorità aggiudicatrice, sia sufficiente che almeno l'80% della cifra d'affari media realizzata nella Comunità dalla società in questione negli ultimi tre anni in materia di servizi derivi dalla fornitura di detti servizi all'autorità aggiudicatrice ovvero alle imprese ad essa collegate o ad essa riconducibili, ovvero, qualora la società mista non abbia ancora maturato un'attività triennale, sia sufficiente che possa prevedersi il rispetto della citata «norma dell'80%».

**Causa C-37/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Imposte sul patrimonio – Detrazioni – Residenza – Regime di rimborso di spese processuali – Principio di uguaglianza – Artt. 56 e segg. CE – Sentenza del «Gerechthof» (Paesi Bassi) emessa il 4 settembre 2003, notificata il 22 ottobre 2003 (cs. 42401/03, avv. dello Stato G. De Bellis).**

#### IL FATTO

L'interessato ha la cittadinanza tedesca e risiede in Germania. In data 1° gennaio 1998 egli era coniugato e il suo patrimonio non rientrava in alcuna comunione. Tale patrimonio era composto per il 10% di beni immobili situati nei Paesi Bassi. In base alla normativa vigente egli era, quindi, soggetto all'imposta sul patrimonio dei Paesi Bassi quale soggetto d'imposta residente all'estero (tale locuzione indica i soggetti che non risiedono nei Paesi Bassi ma ivi possiedono un patrimonio). Ora, i soggetti d'imposta resi-

denti nei Paesi Bassi hanno sempre diritto ad una somma esente da imposta, mentre per i soggetti d'imposta residenti all'estero tale deduzione si applica solo a condizione che il loro patrimonio si trovi nel predetto Stato per una quota pari al 90% o superiore. Invocando il diritto comunitario l'interessato ha fatto domanda per beneficiare dell'esenzione, ma l'ufficio competente gli ha negato tale deduzione.

#### I QUESITI

1. – Se il diritto comunitario, e in particolare gli artt. 56 e segg., CE, ostino ad un regime quale quello di cui alla causa principale, in base al quale un soggetto di imposta residente nel paese ha sempre diritto alla detrazione di una somma esente da imposta ai fini dell'imposta sul patrimonio, mentre un soggetto d'imposta residente all'estero non ha diritto a tale detrazione nell'ipotesi in cui il patrimonio si trovi principalmente nello stato di residenza del soggetto d'imposta (laddove nello Stato di residenza non viene riscossa alcuna imposta sul patrimonio).

2. – In caso di soluzione negativa, tale soluzione sarebbe diversa nella fattispecie, per il fatto che i Paesi Bassi, in forza di un Trattato bilaterale, riconoscono ai residenti in Belgio, che per il resto si trovano in una situazione analoga, il diritto ad una somma esente da imposta (laddove neppure in Belgio viene riscossa un'imposta sul patrimonio).

3. – Nell'ipotesi in cui una delle due questioni precedenti dovesse essere risolta in senso affermativo, se il diritto comunitario osti ad un regime di rimborso delle spese processuali come quello in esame, in base al quale, in linea di massima viene riconosciuto solo un contributo limitato alle spese processuali nel caso in cui un cittadino risulti vittorioso in un procedimento dinanzi al giudice nazionale per una violazione del diritto comunitario da parte dello Stato membro.

Tali domande sono state formulate nell'ambito di una causa pendente dinanzi al predetto giudice olandese in ordine ad un reclamo relativo ad un accertamento di imposta sul patrimonio, la cui entità è stata contestata dall'interessato ma confermata dall'ufficio tributario competente.

**Causa C-68/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – IVA – Yacht e imbarcazioni da diporto – Intermediatore di acquisti – Soggetto passivo – Luogo dell'intermediazione – Art. 28-ter, E, n. 3 della VI direttiva IVA 77/388/CEE – Ordinanza del «Hoge Raad» (Olanda) emessa in data 14 febbraio 2002, notificata il 19 marzo 2003 (cs. 6669/03, avv. dello Stato G. De Bellis).**

#### IL FATTO

A seguito di accertamenti relativi all'imposta sul valore aggiunto, si è ritenuto che per un determinato periodo ed in merito ad una mediazione sull'acquisto di uno yacht (che si trovava in Francia), il ricorrente non avesse dichiarato e versato né in Olanda né in Francia l'imposta relativa alle provvigioni percepite dall'operazione andata a buon fine. Lo yacht in questione è un'imbarcazione utilizzata da più di tre mesi, il venditore è un privato residente in Francia, mentre l'acquirente è un privato residente in Olanda.

## I QUESITI

1. – Se l'art. 28-ter, E, n. 3, della sesta direttiva debba essere interpretato nel senso che la disposizione riguarda unicamente i servizi dell'intermediario nei quali il destinatario del servizio è un soggetto passivo ai sensi della direttiva oppure un ente che non sia soggetto passivo ai sensi dell'art. 28-bis della direttiva.

2. – In caso di soluzione negativa, se l'art. 28-ter, E, n. 3 prima frase intera, della sesta direttiva debba essere invece interpretato nel senso che tale disposizione prescrive che, qualora venga compiuta una mediazione nell'acquisto e nella vendita di un bene materiale tra due privati, per luogo dell'intermediazione debba farsi riferimento al luogo in cui è avvenuta l'operazione, come se tale operazione consistesse in una cessione o in un servizio, ai sensi dell'art. 8 della sesta direttiva, effettuati da un soggetto passivo.

## NOTA

L'Avvocato Generale presso la Corte di Giustizia delle Comunità europee ha formulato le seguenti conclusioni.

«(omissis) *Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di risolvere le questioni sottoposte dallo Hoge Raad nel modo seguente:*

1. – *L'art. 28-ter, parte E, n. 3, della direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CEE, sesta direttiva in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari – Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme – si applica anche nel caso in cui i servizi di intermediazione ivi menzionati siano forniti ad un privato, a prescindere dalla qualità in cui agisce il soggetto che effettua il trasferimento nell'ambito del negozio giuridico principale.*

2. – *In tal caso, il luogo dell'intermediazione dev'essere determinato conformemente ai criteri di cui all'art. 28-ter, parti A e B, della sesta direttiva».*

**Causa C-69/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Latte – Prelievo supplementare – Nozione di acquirente cooperativa di produttori – Reg. Cee 1079/1977 e 1822/1977 (ct. 37697/03, avv. dello Stato O. Fiumara).**

## IL FATTO

La Corte, con la procedura semplificata di cui all'art. 104 n. 3 del proprio regolamento di procedura, trattandosi di questione similare a quella posta in precedenza sulla quale si era già pronunciata con sentenza 29 aprile 1999 nella causa C-288/1997, ha emesso ordinanza 8 gennaio 2004 con la quale ha ribadito che «il regolamento (Cee) del Consiglio 17 maggio 1977, n. 1079, relativo ad un prelievo di corresponsabilità ed a misure destinate ad ampliare i mercati nel settore del latte e dei produttori lattiero-caseari, ed il regolamento (Cee) della Commissione 5 agosto 1977 n. 1822, recante modalità di applicazione relative alla riscossione del prelievo di corresponsabilità istituito nel settore del latte e dei prodotti lattiero-caseari, si applicano su tutti i trasferimenti di latte bovino, dal produttore a soggetto terzo, quale che sia la forma giuridica con cui detti trasferimenti vengono attuati».

**Cause riunite C- 96/03 e C- 97/03 (domande di pronuncia pregiudiziale) – Afta epizootica – Abbattimento di animali sospettati di essere infetti o contaminati – Misure nazionali supplementari – Direttive 85/511/CEE e 90/423/CEE – Ordinanze del «College van Beroep» (Paesi Bassi) emesse in data 7 gennaio 2003, notificate il 23 maggio 2003 (cs. 11756/03, avv. dello Stato G. Fiengo).**

#### IL FATTO

Due allevatori di bestiame impugnano le decisioni del servizio per il controllo del bestiame e delle carni che in applicazione della «legge sulla salute ed il benessere degli animali» e del «decreto sugli animali sospetti» ha dichiarato gli animali artiodattili degli allevatori sospetti di essere animali contagiati dall'afta epizootica e ne ha disposto l'abbattimento»

#### I QUESITI

1. – Se uno Stato membro possa trarre dal diritto comunitario il potere di decidere l'abbattimento di animali che sono sospettati di essere infetti o contaminati dal virus dell'afta epizootica;
2. – se la direttiva 85/511/CEE, come modificata dalla direttiva 90/423/CEE, offra agli Stati membri la possibilità di adottare misure nazionali supplementari per la lotta all'afta;
3. – quali limiti ponga il diritto comunitario ad uno Stato membro riguardo all'adozione di misure nazionali supplementari diverse da quelle previste nelle direttive sopra indicate.

#### LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

*«.....La problematica inerente all'abbattimento degli animali sospetti di essere infetti o contaminati risulta particolarmente complessa attesa la necessità di contemperare le esigenze di natura economica sanitaria e giuridica ed il caso prospettato si presta ad un chiarimento in merito ai poteri riconoscibili agli Stati membri a livello nazionale nell'ambito del regime comunitario in vigore.*

*La tesi del Governo italiano è che la direttiva 85/511/CE e le successive modifiche non impediscono agli Stati membri di fruire di un potere normativo supplementare a quello da esplicitare secondo le disposizioni comunitarie, in particolare quello di provvedere la possibilità di abbattere animali sospetti di essere infetti o contaminati dal virus dell'afta epizootica.*

*Tale interpretazione deriva sul piano sistematico dalla scelta del legislatore comunitario di regolamentare la materia concernente la lotta all'afta epizootica con lo strumento della direttiva. Ai sensi dell'articolo 249 del trattato, la direttiva è un atto che vincola lo Stato membro per il risultato da conseguire, lasciando ferma l'autonomia dello stesso per quanto riguarda la forma, i mezzi, entro certi limiti il contenuto dell'atto di recepimento, che può concretarsi in una legge, in un regolamento o in un atto amministrativo generale.*

*Va altresì rilevato che nei considerando della direttiva 85/511/CE il legislatore comunitario ha affermato la necessità di adottare una politica di prevenzione efficace dell'afta epizootica in ragione delle caratteristiche intrinseche della malattia (rapida diffusione, alto tasso di mortalità, ecc.): trattasi pertanto di un atto che ha lo scopo di indicare le misure più opportune per contrastare*

la diffusione della malattia senza limitare totalmente la discrezionalità degli Stati membri anche in considerazione del carattere sperimentale, in funzione della evoluzione nel tempo della situazione epidemiologica, che esplicitamente hanno le misure previste nella direttiva stessa.

Le disposizioni di cui all'articolo 10 della direttiva 90/425/CE (relativa ai controlli veterinari e zootecnici applicabili agli scambi intracomunitari in taluni animali vivi e prodotti di origine animale nella prospettiva del mercato interno), suffraga questa interpretazione, riconoscendo agli Stati membri la possibilità di adottare qualsiasi altra misura che sia ritenuta appropriata, oltre quelle previste dalla normativa comunitaria nella lotta alle malattie che possono comportare gravi rischi per gli animali. Il carattere generale della disposizione implica il riconoscimento di una discrezionalità degli Stati membri nell'adottare ulteriori misure preventive e combattive delle malattie ancorché coordinate e finalizzate al raggiungimento degli obiettivi prestabiliti dal legislatore comunitario. Del resto storicamente gli Stati membri hanno sempre adottato misure restrittive nella lotta all'afta epizootica eccedenti i parametri minimi stabiliti dalla direttiva 85/511/CE, senza incorrere in censure da parte della Corte di giustizia o in contenzioso con la Commissione.

Questa discrezionalità residua degli Stati membri si giustifica alla luce della presenza, in ciascun contesto nazionale, di differenti situazioni epidemiologiche, di differenti esigenze per il contenimento dei costi inerenti alle procedure di abbattimento e di indennizzo degli animali e di indennizzo degli allevatori, e trova fondamento logico nelle peculiari caratteristiche della malattia, che essendo come rilevato ad altissima diffusività, trova sovente idonea resistenza e prevenzione soltanto in una legislazione d'emergenza.

Del resto questa sembra essere anche la linea adottata dalla Commissione Europea, posto che lo schema di nuova direttiva per disciplinare la materia prevede la possibilità da parte degli Stati membri di adottare programmi preventivi di sradicazione che, quando i dati epidemiologici lo consentono, permettono di disporre anche l'abbattimento degli animali di specie sensibili che rischiano di essere contaminati.

Si consideri ancora che la direttiva 2001/89/CE, recante norme per la lotta contro la peste suina classica, malattia della lista A dell'elenco dell'U.I.E., simile all'afta epizootica per effetti e caratteristiche, all'articolo 4 paragrafo 3 dispone che, ove la situazione epidemiologica lo consenta e in particolare se l'azienda in cui sono tenuti animali sospetti è situata in una zona ad altra densità di suini, equipara il caso di sospetto della malattia a quello della conferma della medesima in azienda.

In definitiva alla luce delle considerazioni espresse vi è un interesse del Governo italiano a che la Corte di giustizia riconosca definitivamente il potere governativo supplementare agli Stati membri alla lotta all'afta epizootica.

A tale soluzioni conducono inevitabilmente valutazioni di natura strettamente sanitaria: la procedura di cui all'art. 4 della direttiva 85/511/CE richiede tempi e mezzi adeguati per fronteggiare una eventuale situazione di emergenza di afta epizootica, motivo per cui invece l'abbattimento di animali sospetti di essere venuti in contatto con il virus (contaminati) ma ancora privi di sintomi malattia, può ragionevolmente costituire uno strumento fondamentale per evi-

*tare l'ulteriore diffusione dell'agente in particolare nelle zone ad alta densità di allevamenti. Questa misura verrebbe comunque adottata solo a seguito di considerazioni di carattere epidemiologico e di una analisi dei costi-benefici, come del resto si è verificato in tutti i casi in cui gli Stati membri hanno fatto ricorso a questa misura.*

*Il riconoscimento di un potere di intervento suppletivo del Governo dello Stato membro garantisce quindi la possibilità di prevenire favorevolmente le emergenze, in funzione di un monitoraggio delle aree sospette della consistenza degli allevamenti, consentendo quindi in ultima analisi di procedere tempestivamente agli abbattimenti dei casi sospetti.*

*La possibilità di disporre di un potere di intervento monitoraggio e controllo della situazioni epidemiologica relativa all'afta epizootica garantisce inoltre una migliore gestione delle risorse economiche da impegnare soprattutto nelle situazioni di emergenza.*

*Roma 31 luglio 2004 - Avvocato dello Stato Giuseppe Fiengo».*

**Causa C-145/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Assistenza sanitaria in Paese extracomunitario – Pericolo di vita – Ammissibilità del rimborso – Parità di trattamento** – Artt. 3; 19, n. 1, lett. a) e 22, n. 1, lett. c) e i) regolamento 1408/1971 – Artt. 1 e 3 regolamento 574/1972 - Ordinanza del «*Juzgado de lo Social*» (Spagna), emessa il 6 novembre 2001, notificata il 27 maggio 2003 (cs. 11755/03, avv. dello Stato G. Aiello).

## IL FATTO

La ricorrente, affiliata al regime generale della previdenza sociale spagnola (INSS), a seguito di trasferimento nel suo Paese d'origine (la Germania) ha richiesto all'INSS – previa autorizzazione dell'*Instituto nacional de la salud* (INSALUD) – il necessario modulo di trasferimento E 111 per un periodo iniziale di un mese. A causa di una grave malattia diagnosticata in Germania l'interessata ha richiesto all'INSALUD il modulo E 112 che le è stato concesso e successivamente rinnovato dall'ottobre '94 al giugno '96.

Nel corso del suo ricovero presso la Clinica universitaria di Colonia i medici curanti hanno stabilito che l'unica clinica in Europa che potesse effettuare il necessario intervento chirurgico era una particolare clinica svizzera – Clinica universitaria di Zurigo – ove venivano effettuati, con riconosciuta efficienza scientifica, interventi del tipo richiesto dalla grave patologia dell'interessata che veniva, quindi, trasferita da parte del servizio medico della Clinica universitaria di Colonia presso la Clinica universitaria di Zurigo dove le veniva praticato un intervento chirurgico ed il successivo trattamento terapeutico.

Secondo la normativa tedesca, nel caso di specie, le spese relative al ricovero in Svizzera potevano essere poste a carico dell'assicurazione generale contro le malattie tedesca (OAK) ove l'interessata fosse stata assicurata nel predetto periodo con l'OAK. Non ricorrendo tale fattispecie, la richiesta di rimborso delle spese sostenute per l'assistenza sanitaria ricevuta in Svizzera veniva presentata all'INSALUD che la respingeva ritenendo che, trat-

tandosi di assistenza sanitaria in un Paese extracomunitario, questa dovesse essere esplicitamente autorizzata dalla Direzione Generale dell'INSALUD stessa.

#### I QUESITI

1. – Se il modulo E 111 ed in particolare il modulo E 112, il cui rilascio è previsto dall'art. 22, n. 1, lett. e), del regolamento n. 1408/1971 e dall'art. 22, nn. 1 e 3 del regolamento n. 574/1972 abbiano forza vincolante per l'ente competente che li rilascia per quanto riguarda la diagnosi effettuata dall'istituzione del luogo di residenza, in particolare in relazione al fatto che un lavoratore necessiti di un intervento chirurgico immediato come unico rimedio terapeutico per salvare la sua vita e, anche, in relazione al fatto che detto intervento può essere effettuato solo da un centro ospedaliero di un Paese non appartenente all'Unione europea, per cui l'istituzione del luogo di residenza può inviare il lavoratore presso detto centro ospedaliero senza che l'istituzione competente sia legittimata a richiederne il ritorno al fine di sottoporre il lavoratore agli esami medici che essa ritiene opportuni e offrirgli le opzioni assistenziali adeguate alla patologia che presenta.

2. – Se il principio di parità di trattamento di cui all'art. 3 del Regolamento n. 1408/1971, nel far presente che i lavoratori «ammessi al beneficio della legislazione di ciascuno Stato membro alle stesse condizioni dei cittadini di tale Stato» in relazione con quanto stabilito dagli artt. 19, n. 1, lett. a), e 22, n. 1, lett. i), dello stesso Regolamento – conformemente ai quali il lavoratore migrante ha diritto alle prestazioni in natura erogate per conto dell'istituzione del luogo di dimora o di residenza secondo le disposizioni che questa applica come se fosse ad essa iscritto – debba essere interpretato nel senso che l'istituzione competente è obbligata ad assumersi le spese derivate dall'assistenza sanitaria prestata da un Paese estraneo all'Unione europea allorché sia accertato che il lavoratore, se fosse stato affiliato o assicurato all'istituzione del luogo di residenza, avrebbe avuto diritto a detta prestazione sanitaria, quando poi risulta che detta assistenza sanitaria – ossia l'assistenza sanitaria in caso di pericolo di vita prestata da parte di centri privati, anche di Paesi non appartenenti all'Unione europea – figura tra le prestazioni previste dalla normativa dello Stato competente.

**Causa C-184/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Condizioni per l'esercizio di attività professionale – Spazio economico europeo (SEE) – Disposizioni interne contrarie al diritto comunitario – Risarcibilità del danno per le spese legali sostenute – Artt. 12, 43 e 49 CE – Ordinanza del «Landesgericht» (Austria) emessa il 15 aprile 2003, e notificata il 29 gennaio 2004 (cs. 8906/04, avv. dello Stato A. Cingolo).**

#### IL FATTO

La parte privata esercitava sin dal 1994 l'attività di fotografo e possedeva un esercizio commerciale. Dovendo scindere, secondo quanto previsto dalla legge, le due attività in due separate forme giuridiche (impresa unipersonale per il commerciale e società di persone per la parte fotografica)



affrontò notevoli spese. Richiese quindi il rilascio di un certificato di attitudine, sulla base della normativa applicabile ai cittadini SEE, che ne prevedeva l'ottenimento quando questi avessero dimostrato di aver svolto per tre anni la stessa attività. L'equivalenza fu rifiutata dall'autorità amministrativa il 17 giugno 1998 perché i requisiti erano stati conseguiti in Austria e non in altro Stato membro della SEE. Stessa sorte subì il ricorso in appello. La *Verfassungsgerichtshof* (Corte costituzionale) accolse invece le ragioni del ricorrente abrogando parzialmente la normativa, sicché il fotografo poté infine ottenere il riconoscimento amministrativo della propria qualifica. Il 23 agosto 2002, Helmut Fröschl richiede alla Repubblica austriaca una indennità per le spese giudiziarie sostenute, sebbene questa non fosse prevista in alcuna forma di diritto nazionale.

Secondo il ricorrente, per la giurisprudenza comunitaria gli Stati membri sono responsabili del pregiudizio causato a privati per in applicazione del diritto comunitario che sia loro imputabile.

#### I QUESITI

1. – Se sia contraria agli articoli 12 (divieto di discriminazione), 43 (libertà di stabilimento) e 49 (libera prestazione di servizi) CE una normativa, come quella austriaca [art. 373 c), par. 3 *sub a), b) e c)* della *Gewebeordnung* 1994, BGBl n. 194], in base alla quale è stato negato il libero esercizio di una professione ad un fotografo, perché aveva acquisito le condizioni necessarie per il certificato di attitudine non in Austria ma in altro Stato membro dello Spazio economico europeo (SEE).

2. – In caso di risposta affermativa, si chiede anche di conoscere se sia possibile domandare il risarcimento dei danni per le spese processuali dovute all'annullamento di disposizioni legislative interne contrarie al diritto comunitario.

**Causa C-209/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Sussidi di mantenimento concessi dallo Stato agli studenti universitari – Divieto di ogni forma di discriminazione basata sulla nazionalità – Artt. 12 e 18 CEE – Ordinanza della «High Court of Justice (England and Wales), Queen's Bench Division, Administrative Court» (Regno Unito) del 12 febbraio 2003, notificato il 24 settembre 2003 (cs. 18831/03, avv. dello Stato A. Cingolo).**

#### IL FATTO

Alla base della controversia che ha innescato la causa pregiudiziale risiede la valutazione di dare alla predetta «clausola di residenza» prevista dalla legislazione britannica per la concessione di sussidi di mantenimento agli studi. Secondo il ricorrente – cittadino francese iscritto presso la facoltà di economia dell'«University College» di Londra, ma non residente nel Regno Unito al momento dell'iscrizione – tale clausola costituirebbe una forma di discriminazione contraria all'art. 12 CE, in quanto quasi tutti gli studenti universitari britannici iscritti nelle Università britanniche risiederebbero nel Regno Unito, mentre una buona parte degli studenti di altri Stati

membri (CE e SEE) iscritti nelle stesse università non risiederebbero nel Paese (circa 42.000 nell'anno accademico 2000/2001), per cui la differenza di trattamento fondata sulla residenza si ripercuote negativamente sulla nazionalità dei (potenziali) beneficiari dei sussidi.

#### I QUESITI

1. — Se, in considerazione delle sentenze della Corte di giustizia 21 giugno 1988, causa 39/1986, Lair (*Racc.* 1988, p. 3161) e causa 197/1986, Brown (*Racc.* 1988, p. 3205) ed alla luce degli sviluppi del diritto comunitario, ivi compresa l'introduzione dell'art. 18 CE e con riguardo alle competenze attribuite all'Unione europea nel settore dell'istruzione, i sussidi per spese di mantenimento concessi agli studenti di corsi di insegnamento superiore, vale a dire i sussidi concessi sotto forma di (a) prestiti sovvenzionati, ovvero (b) borse di studio continuino a restare esclusi dalla sfera di applicazione del Trattato, con riguardo all'art. 12 CE ed al divieto di discriminazioni fondate sulla nazionalità.

2. — In caso di soluzione negativa a parte della questione *sub* 1 e qualora i sussidi al mantenimento degli studenti, concessi sotto forma di prestiti o borse di studio, dovessero ora ricadere nella sfera dell'art. 12 CE, quali siano i criteri che il giudice nazionale deve applicare al fine di accertare se i requisiti ai quali è subordinata la concessione di tali sussidi si fondino su considerazioni obiettivamente giustificate non fondate sulla nazionalità.

3. — In caso di soluzione negativa a parte della questione *sub* 1, se sia consentito invocare l'art. 12 CE al fine di ottenere la concessione di un sussidio per spese di mantenimento a decorrere da una data anteriore alla emananda pronuncia della Corte nella specie e, in caso affermativo, se possa essere fatta eccezione per coloro che, prima di tale data, abbiano adito le vie legali.

#### NOTA

Il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca ha fatto presente le seguenti osservazioni.

*«Si fa presente che la legislazione italiana non prevede per gli studenti universitari stranieri restrizioni fondate sul requisito della stabile residenza in Italia, ai fini dell'accesso ai servizi ed agli interventi per il diritto allo studio.*

*Al riguardo, si richiama l'art. 3 del D.Lvo del 18 ottobre 2002, n. 52 che per i cittadini di uno Stato membri dell'Unione Europea iscritti ad una università italiana, prevede il diritto di soggiorno conformemente al principio comunitario introdotto con l'art. 18 CE (diritto alla circolazione e al libero soggiorno) che sembra escludere l'adozione a livello nazionale di norme limitanti il principio stesso, quali quelle che condizionano l'erogazione di benefici a sostegno degli studenti all'obbligo della residenza.*

*Per quanto sopra, si ritiene che la normativa britannica presenti aspetti eccessivamente restrittivi, tali da compromettere la parità di trattamento tra gli studenti universitari dell'Unione riguardo al diritto allo studio secondo principi validi per tutti gli Stati membri. Ne deriva un sistema sbilanciato che non può che svantaggiare la posizione degli studenti italiani che si recano per studio nelle università del Regno Unito.»*

Il Ministero della Giustizia ha fatto pervenire le seguenti diverse osservazioni.

*«... Come sottolineato dallo stesso giudice di rinvio, nessuna delle modifiche apportate dai Trattati e successive alla giurisprudenza citata (cause 39/1986 e 197/1986) giustificerebbe l'inserimento dei sussidi per le spese di mantenimento nell'ambito di applicazione dell'art. 12 CE e, pertanto, il divieto di discriminazioni non troverebbe applicazione con riguardo ai requisiti ai fini dell'ottenimento di un sussidio di mantenimento. Inoltre, anche se si dovesse ritenere che i sussidi concessi sotto forma di prestito dovessero ricadere nel dettato dell'art. 12 CE, il trattamento differenziato potrebbe essere giustificato in quanto i requisiti cui è subordinata la concessione del prestito garantirebbero un collegamento tra lo studente richiedente e lo Stato erogatore.*

*Tuttavia, va allo stesso modo considerato il fatto che gli sviluppi del diritto comunitario, tra i quali l'introduzione dell'art. 18 CE («Ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, ...»), apparirebbero da intendersi nel senso che il divieto di discriminazioni fondate su nazionalità (anche residenza?) stia sempre ampliandosi, potendo pertanto considerare discriminante anche un requisito per l'ottenimento di un sussidio allo studio. ...»*

**Causa C-213/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Scarichi di acque e sostanze non tossiche in stagni salati comunicanti col mar Mediterraneo – Convenzione di Barcellona** – Art. 6, n. 3 Protocollo di Atene 17 maggio 1980 – Ordinanza della «Cour de Cassation» (Francia) emessa il 6 maggio 2003 e notificata il 17 giugno 2003 (cs. 13820/03, avv. dello Stato M. Salvatorelli).

#### IL FATTO

L'ordinanza è stata pronunciata nell'ambito di un ricorso proposto dal Syndacat per la cassazione di una sentenza di Corte d'Appello favorevole all'EDF chiamata in giudizio affinché fosse ordinata, con comminatoria di penalità, la sospensione dello sfruttamento di una centrale idroelettrica che scaricava acqua dolce in uno stagno salato, comunicante con il mar Mediterraneo, provocando fenomeni di eutrofizzazione.

#### I QUESITI

1. — Se si debba ritenere che l'art. 6, n. 3, del Protocollo di Atene 17 maggio 1980, relativo alla protezione del mare Mediterraneo dall'inquinamento di origine tellurica (Convenzione di Barcellona), divenuto art. 6, n. 1, nella versione modificata, abbia effetto diretto, di guisa che ogni interessato possa invocarlo dinanzi ai giudici nazionali a sostegno di un ricorso volto a far cessare scarichi di acqua che non siano stati autorizzati secondo la procedura ed i criteri da esso previsti.

2. — Se la stessa disposizione debba interpretarsi nel senso che vieti a chiunque di scaricare in uno stagno salato comunicante con il mare Mediterraneo talune sostanze che, pur non essendo tossiche, hanno un effetto sfavo-

revoles sul contenuto d'ossigeno dell'ambiente marino, senza aver ottenuto un'autorizzazione rilasciata dalle competenti autorità degli Stati membri, prendendo in considerazione le disposizioni del citato Protocollo e dell'allegato III C (divenuto allegato II).

**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 Tribuna» (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 POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

«(omissis) 14. — Il Governo italiano condivide la tesi sostenuta dal Regno di Danimarca e si associa pertanto alla richiesta di rigetto del ricorso della Commissione per i motivi di seguito indicati.

15. — In base all'art. 10 CE,

«Gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità. Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti.

Essi si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente trattato».

16. — Orbene non appare possibile dedurre da una così ampia e generica formulazione, l'esistenza di un obbligo a carico degli Stati membri nel senso voluto dalla Commissione.

17. — La previsione di una responsabilità degli Stati per errori nell'accertamento di risorse proprie della Comunità, avrebbe dovuto essere oggetto di una precisa ed inequivoca disposizione, non certo rinvenibile nell'art. 10 CE.

18. — Né una simile disposizione può ritenersi ricompresa nell'art. 8 della decisione 94/728/CEE-EURATOM (applicabile all'epoca dei fatti di causa, in seguito abrogata dall'art. 10 della decisione 2000/597/CE/EURATOM), che al paragrafo 1 dispone «Le risorse proprie comunitarie di cui all'articolo 2, paragrafo 1, lettere a) e b), sono riscosse dagli Stati membri conformemente alle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative nazionali, eventualmente adattate alle esigenze della normativa comunitaria. La Commissione procede, ad intervalli regolari, all'esame delle disposizioni nazionali che le vengono comunicate dagli Stati membri, comunica agli Stati membri gli adattamenti che ritiene necessari per garantire che esse siano conformi alle normative comunitarie e riferisce all'autorità di bilancio. Gli Stati membri mettono a disposizione della Commissione le risorse di cui all'articolo 2, paragrafo 1, lettere da a) a d)».

19. — Tale norma prevede infatti una sorta di «controllo permanente» da parte della Commissione delle disposizioni nazionali, allo scopo di verificarne la conformità alla normativa comunitaria; nulla è previsto però in tema di responsabilità degli Stati.

20. — Una simile previsione avrebbe potuto semmai essere contenuta nelle disposizioni che in base al successivo paragrafo 2 (1) dovevano essere adottate dal Consiglio su proposta della Commissione per l'attuazione della stessa deci-

---

(1) Il paragrafo 2 dispone: «Salvi restando la verifica dei conti ed i controlli di conformità e di regolarità previsti all'articolo 188 C del trattato che istituisce la Comunità europea, che riguardano essenzialmente l'affidabilità e l'efficacia dei sistemi e delle procedure nazionali di determinazione della base per le risorse proprie provenienti dall'IVA e dal PNL e fatti salvi i controlli organizzati a norma dell'articolo 209, lettera c), di questo trattato, il Consiglio, che delibera all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni necessarie all'attuazione della presente decisione nonché quelle relative al controllo della riscossione, alla messa a disposizione della Commissione e al versamento delle entrate di cui agli articoli 2 e 5».

sione e per disciplinare il controllo della riscossione nonché la messa a disposizione della Commissione ed il versamento delle entrate di cui agli articoli 2 e 5. Ma tale normativa non risulta essere stata emanata.

21. — La disposizione dell'articolo 8 sopra citato è riprodotta pressoché integralmente nella decisione 2000/597/CE/Euratom (articolo 8) che ha sostituito la n. 94/728 dal 1° gennaio 2002 (2).

22. — Anche l'articolo 17 del Reg. (CEE-EURATOM) n. 1552/1989 recante «applicazione della decisione 88/376/CEE/Euratom relativa al sistema delle risorse proprie delle Comunità», pure invocato dalla Commissione come base giuridica a fondamento dell'asserita responsabilità del Governo danese, non contiene una espressa previsione al riguardo.

23. — Il paragrafo 2 dispone:

«Gli Stati membri sono dispensati dall'obbligo di mettere a disposizione della Commissione gli importi corrispondenti ai diritti accertati soltanto se la riscossione non abbia potuto essere effettuata per ragioni di forza maggiore. Inoltre, in casi particolari, gli Stati membri sono dispensati dal mettere tali importi a disposizione della Commissione, quando, dopo attento esame di tutti i dati pertinenti del caso, risulta definitivamente impossibile procedere alla riscossione per motivi che non potrebbero essere loro imputabili. Questi casi debbono essere menzionati nella relazione di cui al paragrafo 3, qualora gli importi superino i 10.000 ECU, convertiti in moneta nazionale al tasso del primo giorno feriale del mese d'ottobre dell'anno civile appena trascorso; questa relazione deve contenere un'indicazione delle ragioni che hanno indotto lo Stato membro a non mettere a disposizione gli importi di cui trattasi. La Commissione dispone di un termine di sei mesi per comunicare, se del caso, le proprie osservazioni allo Stato membro interessato».

24. — Analoghe disposizioni sono contenute nell'articolo 17 del Reg. (CE-Euratom) n. 1150/2000 (3), recante «applicazione della decisione

(2) L'articolo 8 della decisione 2000/597 prevede «1. Le risorse proprie delle Comunità di cui all'articolo 2, paragrafo 1, lettere a) e b) sono riscosse dagli Stati membri ai sensi delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative nazionali, eventualmente adattate alle esigenze della normativa comunitaria. La Commissione procede, ad intervalli regolari, all'esame delle disposizioni nazionali che le sono comunicate dagli Stati membri, comunica agli Stati membri gli adattamenti che ritiene necessari per garantire che esse siano conformi alle normative comunitarie e riferisce all'autorità di bilancio. Gli Stati membri mettono a disposizione della Commissione le risorse di cui all'articolo 2, paragrafo 1, lettere da a) a d). 2. Fatti salvi la verifica dei conti e i controlli di conformità e di regolarità previsti dall'articolo 248 del trattato CE e dall'articolo 160 C del trattato Euratom, che riguardano essenzialmente l'affidabilità e l'efficacia dei sistemi e delle procedure nazionali di determinazione della base per le risorse proprie provenienti dall'IVA e dal PNL, e fatti salvi i controlli organizzati a norma dell'articolo 279, lettera c), del trattato CE e dell'articolo 183, lettera c), del trattato Euratom, il Consiglio, che delibera all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni necessarie all'attuazione della presente decisione, nonché quelle relative al controllo della riscossione, alla messa a disposizione della Commissione e al versamento delle entrate di cui agli articoli 2 e 5».

(3) L'articolo 17 del Reg. 1150/2000 dispone ai paragrafi 1 e 2 «1. Gli Stati membri sono tenuti a prendere tutte le misure necessarie affinché gli importi corrispondenti ai diritti accertati in conformità dell'articolo 2 siano messi a disposizione della Commissione alle condizioni previ-

94/728/CE/Euratom, relativa al sistema delle risorse proprie della Comunità» (pubblicato nella G.U.C.E. 31 maggio 2000, n. L 130. Entrato in vigore il 31 maggio 2000).

25. — *Appare evidente come la normativa sopra indicata presupponga l'intervenuta contabilizzazione del credito, mentre la previsione di una responsabilità dello Stato membro è limitata ad eventuali inadempienze nella fase di riscossione dei diritti già accertati.*

26. — *La norma non disciplina pertanto l'ipotesi di cui si discute nella presente causa, in cui la contabilizzazione dei diritti non sia intervenuta a causa di un errore delle autorità nazionali, che a sua volta ha dato luogo ad una decisione (della Commissione) di esonero dal pagamento dei diritti per legittimo affidamento ai sensi dell'art. 220 paragrafo 2 del Reg. (CEE) 2913/1992.*

27. — *Tale ultima disposizione prevede:*

«2. *Eccetto i casi di cui all'articolo 217, paragrafo 1, secondo e terzo comma, non si procede alla contabilizzazione a posteriori quando:*

a) *la decisione iniziale di non contabilizzare i dazi o di contabilizzarli a un livello inferiore all'importo legalmente dovuto è stata presa in base a disposizioni di carattere generale successivamente invalidate da una decisione giudiziaria;*

b) *l'importo dei dazi legalmente dovuto non è stato contabilizzato per un errore dell'autorità doganale, che non poteva ragionevolmente essere scoperto dal debitore avendo questi agito in buona fede e rispettato tutte le disposizioni previste dalla normativa in vigore riguardo alla dichiarazione in dogana».*

28. — *Ma una volta escluso l'obbligo di contabilizzazione non risulta più applicabile l'art. 17 paragrafo 2 del Reg. n. 1552/1989 che, come si è detto, presuppone l'avvenuta registrazione.*

29. — *D'altro canto la conferma della infondatezza della pretesa della Commissione è data proprio dai vari tentativi (l'ultimo nel 1999, tramite una proposta di modifica dell'articolo 2 del Reg. 1552/1989), che la stessa Commissione ha posto in essere a partire dal 1990, per introdurre una esplicita previsione di responsabilità degli Stati membri per gli errori verificatisi in sede di accertamento di risorse proprie della Comunità.*

30. — *Come la stessa Commissione riconosce al punto 22 della sua replica, queste proposte di modifica hanno sempre trovato l'opposizione di gran parte degli Stati membri.*

---

*ste dal presente regolamento. 2. Gli Stati membri sono dispensati dall'obbligo di mettere a disposizione della Commissione gli importi corrispondenti ai diritti accertati soltanto se la riscossione non abbia potuto essere effettuata per ragioni di forza maggiore. Inoltre, in casi particolari, gli Stati membri sono dispensati dal mettere tali importi a disposizione della Commissione, quando, dopo attento esame di tutti i dati pertinenti del caso, risulta definitivamente impossibile procedere alla riscossione per motivi che non potrebbero essere loro imputabili. Questi casi debbono essere menzionati nella relazione di cui al paragrafo 3, qualora gli importi superino i 10.000 EUR, convertiti in moneta nazionale al tasso nel primo giorno ferialo del mese d'ottobre dell'anno civile appena trascorso; questa relazione deve contenere un'indicazione delle ragioni che hanno indotto lo Stato membro a non mettere a disposizione gli importi di cui trattasi. La Commissione dispone di un termine di sei mesi per comunicare, se del caso, le proprie osservazioni allo Stato membro interessato».*

31. — È opportuno precisare che non si tratta di una difesa di posizioni di privilegio mediante l'esclusione di qualsiasi responsabilità degli Stati per gli errori commessi.

32. — Come la stessa Commissione ha precisato nel Documento di Lavoro BUDG/266/00 (paragrafo 4) «L'onere finanziario derivante da errori amministrativi, quando gli Stati membri non ne assumono le responsabilità individuali, è distribuito da tutti gli Stati membri secondo il livello dei rispettivi contributi fondati sul PNL (la quarta risorsa)».

33. — La Commissione pertanto non viene a subire alcuna effettiva riduzione delle sue risorse. Il problema è soltanto se le conseguenze degli errori delle autorità nazionali debbano gravare esclusivamente sul singolo Stato o se debbano invece essere poste a carico di tutti gli Stati.

34. — Come è confermato dalla stessa Commissione, la maggior parte degli Stati è favorevole alla seconda soluzione.

35. — D'altronde, come correttamente evidenzia il Regno di Danimarca nel suo controricorso (punto 11), la prima soluzione porterebbe a conseguenze sproporzionate nei confronti dei paesi attraverso i quali viene importata una maggiore quantità di merci, anche destinate ad altri Stati. Per i suddetti motivi il Governo italiano chiede che la Corte accolga le conclusioni formulate dal Regno di Danimarca.

Roma, 24 settembre 2003 - Avvocato dello Stato Gianni De Bellis».

**Causa C-231/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Appalti pubblici di servizi nell'ambito dei cosiddetti «settori esclusi» – Nozione di gestione «in house» di servizi svolti da una società controllata dall'amministrazione aggiudicatrice** – Ordinanza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia del 14 maggio 2003, notificata il 17 luglio 2003 (ct. 29306/03, avv. dello Stato G. Fiengo).

#### IL FATTO

Il giudice di rinvio ha chiesto alla Corte di Giustizia delle Comunità europee di pronunciarsi, ai sensi dell'art. 234 CE, su un quesito (pag. 16 dell'ordinanza) relativo alla possibilità, in base al vigente diritto comunitario, per una Amministrazione aggiudicatrice (nella specie, il Comune di Cingia De' Botti, in provincia di Cremona) di affidare in via diretta, senza l'indizione di una gara, la gestione del servizio di distribuzione del gas di città a una società a partecipazione, pubblica comunale (nella specie, la società Padania Acque S.p.a., al cui capitale partecipano quasi tutti i comuni della Provincia di Cremona) pur trattandosi di partecipazione minoritaria (nella specie, il Comune di Cingia De' Botti detiene lo 0,97% del capitale di detta società) e tale da non consentire alcun controllo diretto sulla gestione della società stessa.

#### IL QUESITO

Se gli artt. 43, 49 e 81 del Trattato, laddove vietano rispettivamente le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato ed alla libera prestazione dei servizi all'interno



della Comunità nei confronti dei cittadini degli Stati membri, nonché le pratiche commerciali e societarie idonee ad impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza nell'ambito dell'Unione europea, ostino a che sia previsto l'affidamento diretto e, cioè, senza l'indizione di una gara, della gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas a Società a partecipazione pubblica comunale, ogni volta che detta partecipazione al capitale sociale sia tale da non consentire alcun possibile controllo diretto sulla gestione stessa e se debba conseguentemente affermarsi che, come ricorre nel caso di specie, ove la partecipazione è pari allo 0,97%, non si configurino gli estremi della gestione «*in house*».

#### LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

Sulla questione il Governo non ha svolto osservazioni scritte; in relazione alla rilevanza della questione, in vista della fase orale è stata predisposta la seguente scheda di lavoro predisposta dall'Avvocatura dello Stato.

*«La materia dei servizi pubblici locali deve essere approfondita alla luce della normativa comunitaria di riferimento, ed a tal fine si è delineato un quadro complessivo di riferimento sia della normativa nazionale che comunitaria in tema di appalti e di concessioni con la dovuta attenzione al principio del primato del diritto comunitario rispetto a quello nazionale interno.*

*La normativa che regola la materia è data quindi in primo luogo dalle norme del Trattato (art. 28-30 e art. 43-55), poi dalle norme di diritto derivato contenute nelle direttive comunitarie in materia di appalti di servizi ed infine dalle norme nazionali di recepimento e di attuazione.*

*Vediamo quindi che nell'ambito della normativa di diritto comunitario i pubblici servizi sono oggetto della direttiva 92/50/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, recepita nel nostro ordinamento con il D.lgs. 17 marzo 1995, n. 157, e della direttiva 93/38/CEE che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto, nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (c.d. settori esclusi), recepita con il D.lgs. 17 marzo 1995, n. 158.*

*Si deve in primo luogo considerare che tali direttive sono finalizzate all'obiettivo fondamentale dell'instaurazione progressiva del mercato interno nel quale sia assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali. Viene quindi ad essere garantito un regime di libera concorrenza e di non discriminazione tra gli operatori sul mercato attraverso l'imposizione dell'aggiudicazione degli appalti dei pubblici servizi per mezzo di procedure ad evidenza pubblica.*

*Bisogna però rilevare come tali direttive e le norme nazionali di attuazione siano applicabili soltanto ai casi in cui l'affidamento avvenga sulla base di un appalto, ovvero di un contratto a titolo oneroso stipulato in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice (8° considerando dir. 92/50 e 24° considerando dir. 93/38).*

*Nel caso di una concessione di servizi, ossia di un affidamento avente ad oggetto un servizio in cambio del diritto di gestione dello stesso quale corrispettivo, le norme di dette direttive quindi non possono essere applicate (cfr. sent. Corte di Giustizia CE 7 dicembre 2000, causa C-324/1998, punto 58), e ci si pone il problema delle norme in tal caso applicabili in quanto le concessioni di pubblici servizi non sono disciplinate da specifiche direttive.*

*In merito, la comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario del 12 aprile 2000 (2000/C 121/02) ha chiarito che le concessioni, anche se non sono disciplinate da specifiche norme di diritto derivato, sono comunque sottoposte ai principi ed alle norme del Trattato ed in particolare alle norme che vietano qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità (art. 12, par. 1), alle norme relative alla libera circolazione delle merci (art. 28), alla libertà di stabilimento (art. 43), alla libera prestazione di servizi (art. 49), nonché alle eccezioni a tali norme previste dagli artt. 30, 45 e 46 ed alle disposizioni dell'art. 86 (cfr. Consiglio di Stato, sent. n. 253 del 17 gennaio 2002).*

*Nell'affidamento dei servizi pubblici, a prescindere dall'applicabilità di specifici regimi, vanno dunque applicati i principi del diritto comunitario desumibili dal Trattato o sanciti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia CE in tema di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, ed in particolare i principi di non discriminazione, di parità di trattamento, di trasparenza, di mutuo riconoscimento, di proporzionalità, che impongono che l'aggiudicazione del servizio avvenga ricorrendo alle procedure dell'evidenza pubblica.*

*In particolare, nell'ambito dei servizi pubblici, il servizio di trasporto o distribuzione di gas o energia è tra le attività che rientrano nel campo di applicazione della direttiva 93/38/CEE (art. 2, par. 2, lettera a), ovviamente sempre che tale prestazione di servizi si fondi su un contratto d'appalto, in caso contrario gli enti aggiudicatori di tale servizio sono comunque tenuti a rispettare i principi fondamentali del Trattato, come esplicitati dalla stessa comunicazione interpretativa del 12 aprile 2000, e che in definitiva impongono l'adozione di procedure ad evidenza pubblica nell'affidamento del servizio.*

*Ulteriore regolamentazione di tale attività si è avuta con la direttiva 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, attuata nel nostro ordinamento con il D. lgs. del 23 maggio 2000, n. 164. Tale normativa tende alla liberalizzazione del mercato interno del gas naturale (per ciò che attiene alle attività di importazione, esportazione, trasporto, spacciamento, distribuzione e vendita di gas naturale in qualunque forma e comunque utilizzato), ed all'art. 14 relativo alla «attività di distribuzione» sancisce che tale attività costituisce servizio pubblico e che l'affidamento di tale servizio può avvenire esclusivamente mediante gara per periodi non superiori a dodici anni, e che gli enti locali svolgono, a regime, solo attività di indirizzo, vigilanza, programmazione e controllo. Con tale riforma viene dunque escluso che l'ente locale possa direttamente farsi carico della produzione e gestione del servizio, che vengono ad essere ora sempre esternalizzate (cfr. Cons. Stato sent. 902/2002).*

*All'art. 15 del D.lgs. viene poi regolato il periodo transitorio e si prescrive che tutte le gestioni dirette decadono dal 1° gennaio 2003 e sono sostituite tramite affidamento a seguito di gara ovvero di costituzione di società miste. Al comma 4, poi, è previsto che «con riferimento al servizio di distribuzione del gas, l'affidamento diretto a società controllate dall'ente titolare del servizio prosegue per i periodi indicati nei commi 5 e 6», ovvero se l'affidamento è in essere alla data di entrata in vigore del decreto, esso prosegue fino alla scadenza stabilita, ed in ogni caso non oltre il periodo transitorio; laddove non sia previsto un termine di scadenza l'affidamento prosegue fino al completamento del periodo transitorio, che si conclude il 31 dicembre 2005, salve le ulteriori proroghe alle condizioni stabilite dal comma 7.*

*Si deve comunque tenere presente che fino alla riforma l'attività di distribuzione ad uso civile è stata effettuata secondo le forme organizzative previste dall'art. 22 della legge n. 142/1990.*

*Nell'ambito di tale quadro generale si colloca l'ordinanza del Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, Sezione di Brescia del 14 maggio 2003, con la quale il giudice di rinvio ha chiesto alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee di pronunciarsi, ai sensi dell'art. 234 CE, sulla possibilità, in base al vigente diritto comunitario, per un'Amministrazione aggiudicatrice di affidare in via diretta, senza l'indizione di una gara, la gestione del servizio di distribuzione del gas ad una società a partecipazione pubblica comunale, pur trattandosi di partecipazione minoritaria e tale da non consentire alcun controllo diretto sulla gestione della società stessa.*

*In particolare, il T.A.R. della Lombardia ha sollevato il dubbio di conformità all'ordinamento comunitario dell'art. 113 del D.lgs. n. 267/2000, inerente ad una modalità organizzativa nella gestione dei servizi pubblici locali che si viene a concretizzare in una gestione in house.*

*L'ordinanza in esame verte sul ricorso proposto dal Consorzio Aziende Metano — Co. Na. Me. contro il Comune di Cingia De' Botti e nei confronti della Padania Acque S.p.a. per l'annullamento della delibera con la quale il Consiglio Comunale del Comune di Cingia De' Botti ha affidato a Padania Acque S.p.a. il servizio di gestione, distribuzione e manutenzione degli impianti per l'erogazione del gas metano, nonché per l'accertamento dell'inadempimento del Comune alle obbligazioni derivanti dal contratto stipulato con il Consorzio Aziende Metano — Co. Na. Me. ed ancora per la condanna del Comune al risarcimento dei danni che il Consorzio assume di aver subito in conseguenza del dedotto inadempimento.*

*La convenuta Padania Acque S.p.a. si palesa come una società a prevalente capitale pubblico, nata dalla trasformazione dell'ex Consorzio per l'acqua potabile ai Comuni della Provincia di Cremona, cui partecipano quasi tutti i Comuni della Provincia, incluso il Comune di Cingia De' Botti che detiene lo 0,97% del capitale sociale.*

*Il servizio di gestione, distribuzione e manutenzione degli impianti per l'erogazione del gas metano è stato alla stessa società affidato in via diretta ritenendosi sussistenti i presupposti cui è specificatamente subordinato l'utilizzo di tale strumento.*

*Tuttavia, al fine di valutare la legittimità del ricorso a tale procedura, occorre preliminarmente accennare alle varie forme di gestione dei servizi pubblici locali.*

*Anzitutto si devono considerare «servizi pubblici locali» quei servizi pubblici che hanno per oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali. Afferma la giurisprudenza che tali sono «tutte quelle attività che si concretizzano nella produzione di beni o servizi in funzione di un'utilità per la comunità locale, non solo in termini economici, ma anche in termini di promozione sociale, purché rispondano ad esigenze di utilità generale o ad essa destinata in quanto preordinate a soddisfare interessi collettivi» (Cons. Stato, n. 2605/2001).*

*In via preliminare, è inoltre necessario precisare che la controversia in oggetto, mirando all'annullamento di una delibera comunale del 21 dicembre 1999, si colloca in un assetto normativo che ancora non risentiva delle modifiche apportate al regime della gestione dei servizi pubblici locali.*

*Ci si riferisce, in particolare, all'art. 35 della legge del 28 dicembre 2001, n. 448 che, riscrivendo completamente l'art. 113 del D.lgs. n. 267/2000, che ricalcava a sua volta in gran parte il vecchio art. 22 della legge n. 142 del 1990, ha del tutto innovato il regime della gestione delle reti e dell'erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza industriale verso un regime maggiormente concorrenziale.*

*Restano tuttavia salve, per quanto propriamente attiene al settore del gas naturale, le disposizioni previste dal D.lgs. n. 164/2000, di attuazione della direttiva comunitaria n. 98/30, in virtù del quale, secondo quanto si evince dall'art. 14, definita l'attività di distribuzione del gas metano come attività di servizio pubblico, gli Enti locali, una volta terminato il regime transitorio, potranno svolgere solo attività di indirizzo, vigilanza, programmazione e controllo esclusivamente a mezzo di gara.*

*Tale assunto deve però essere letto in combinato disposto con l'art. 15 del D.lgs. n. 164/2000 che prevede un complesso regime transitorio la cui scadenza, nel caso in questione, resta ferma al 31 dicembre 2005 e che fino a tale data implica dunque la legittimità delle delibere di affidamento diretto del servizio di distribuzione del gas alla Padania Acque S.p.a.*

*Ripercorrendo la storia di tale società, si è già affermato come essa sia nata dalla trasformazione dell'ex Consorzio per l'acqua potabile ai Comuni della Provincia di Cremona, in conformità ai dettami della legge n. 142 del 1990 che gradualmente tendeva al superamento dei tradizionali modelli strettamente pubblicistici attraverso l'adozione di modelli strutturali privatistici.*

*A seguito della soppressione imposta dalla citata legge n. 142 del 1990 dei vecchi consorzi, la quasi totalità dei Comuni della Provincia di Cremona, anziché optare per la costituzione di un nuovo consorzio, ha operato la trasformazione del sopra richiamato Consorzio in una Società per azioni, ben potendo avvalersi dei modelli delineati dall'allora vigente art. 22 della legge n. 142 del 1990 (Cfr. Cons. Stato, sent. n. 3348/2002).*

*Da tale articolo si poteva infatti desumere la possibilità che i Comuni gestissero i servizi pubblici locali anche a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale, qualora fosse opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio, la partecipazione di più soggetti pubblici o privati.*

*I Comuni, pertanto, hanno affidato direttamente il servizio ad un organismo costituito appositamente per gestire in via diretta i servizi pubblici locali, nei limiti consentiti dalla normativa vigente ed in particolare dall'art. 22 della legge n. 142/1990 che espressamente contempla diverse modalità di gestione dei servizi pubblici locali, la cui scelta, conformemente alle caratteristiche del servizio, è rimessa all'apprezzamento discrezionale dell'Ente che deve avvalersene.*

*In tal modo hanno quindi posto in essere una gestione in house, figura delineata dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea che ricorre laddove l'ente aggiudicatore eserciti sul prestatore di servizi un controllo analogo a quello sui propri servizi, ovvero equivalente ad una relazione di subordinazione organica*

*che si verifica nel caso in cui sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente, e quando lo stesso prestatore realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente che la controlla. In tal caso la Corte sostiene che l'applicazione delle direttive comunitarie può essere esclusa e l'affidamento diretto del servizio è consentito senza ricorrere alle procedure dell'evidenza pubblica (Cfr. Corte Giustizia C.E., sent. 18 aprile 1999, Teckal srl. / Comune di Viano e Azienda Gas-Acqua Consortile di Reggio Emilia, C-107/1998; sent. 9 settembre 1999 RI.SAN S.r.l./Comune di Ischia, C-108798; sent. 10 novembre 1998, BFI Holding Bv/Gemente Arnhem e Gemente Rheden C-360/1996).*

*È opportuno rilevare che, nel caso di affidamento diretto ad una società mista, il principio della libera concorrenza è pur sempre soddisfatto dall'obbligo della gara nella fase della scelta del socio privato che eventualmente voglia acquistare una quota del capitale sociale.*

*Il fondamento della disciplina derogatoria rispetto al principio della libera concorrenza è stato rinvenuto dalla giurisprudenza nel rapporto di strumentalità che lega l'Ente locale alla Padania Acque S.p.a. che viene dunque a palesarsi quale longa manus del Comune medesimo.*

*La modesta entità della partecipazione societaria del Comune di Cingia De' Botti (0,97%) non deve poi essere considerata come un elemento atto ad inficiare la regolarità della procedura seguita dagli Enti locali, dal momento che i singoli comuni, date le loro spesso ridotte dimensioni, non sarebbero in grado da soli di assumere i servizi che ben invece possono espletare associandosi, dovendosi guardare ai vari comuni nella loro totalità.*

*In tal senso il Consiglio di Stato ha precisato che con l'art. 22 legge n. 142/1990 «si è voluto apprestare una formula organizzativa che consente non solo la cooperazione tra l'interesse delle Pubbliche Amministrazioni con quello dell'impresa privata, ma anche l'esercizio in comune di servizi da parte di enti pubblici aventi interessi omogenei», quindi secondo il Consiglio di Stato la norma «riferisce la prevalenza del capitale, attraverso la quale si esplica il controllo sulla società all'insieme degli enti e non a ciascuno di essi singolarmente considerato» (C.d.S., sent. 2297/02; sent. 3864/03; sent. 3448/02).*

*Dott.ssa Paola Balacco - Dott.ssa Marzia Ciafrino».*

**Causa C 234/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Appalti pubblici di servizi – Requisiti di ammissione e di aggiudicazione discriminatori – Artt. 12, 43, 49 CE – Art. 3, n. 2 direttiva 92/50CEE – Sentenza della «Audiencia Nacional» (Spagna) del 16 aprile 2003, notificata il 23 luglio 2003 (cs 14712/03, avv. dello Stato G. Fiengo).**

#### IL FATTO

L'interesse del quesito pregiudiziale, strettamente connesso con altro giudizio sul ricorso di inadempimento presentato dalla Commissione con la Spagna in relazione a queste pratiche contrattuali (C-158/03), risiede nella peculiarità dei servizi su cui vertono gli appalti contestati, che riguardano le terapie respiratorie a domicilio prestate nell'ambito del sistema sanitario pubblico, comprendenti in particolare: l'ossigenoterapia; l'apnea del sonno; l'aerazione meccanica; l'aerosolterapia.

Tali servizi, che l'amministrazione sanitaria interessata non è in grado di prestare direttamente, giustificerebbero, secondo quest'ultima, un particolare trattamento delle imprese che li forniscono, nel senso di imporre loro particolari condizioni circa la localizzazione delle sedi e degli impianti, al fine di evitare qualsiasi forma di problema per pazienti aventi una dipendenza vitale dall'ossigeno e dalle tecniche di ossigenazione (ed assimilate).

#### IL QUESITO

Se le norme di cui agli artt. 12, 43 e segg. e 49 e segg. del Trattato CE, nonché l'art. 3, n. 2, della direttiva del Consiglio 18 luglio 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, ostino all'inclusione, nei capitolati d'appalto e nelle clausole amministrative particolari e nelle prescrizioni tecniche che disciplinano le gare di appalto pubbliche su terapie respiratorie a domicilio e altre tecniche di aerazione assistita, di:

1. — requisiti che subordinino l'ammissione delle imprese al fatto che le stesse dispongano preventivamente di uffici aperti al pubblico nella provincia o nel capoluogo della provincia, in cui si deve prestare il servizio;

2. — criteri di aggiudicazione che *a)* favoriscano le offerte, presentate in un raggio di 1000 km calcolati dal capoluogo in cui si deve prestare il servizio, da imprese che *b)* dispongano previamente di uffici aperti al pubblico in determinate località della stessa provincia o *c)* si trovassero a gestire in precedenza il servizio.

**Causa C-268/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Regime fiscale delle plusvalenze azionarie (c.d. «*capital gains*») – Normativa di uno Stato membro che subordina la loro non imputabilità alla condizione che siano state realizzate in occasione della cessione di titoli azionari a società od enti in tale Stato** – Sentenza del «*Rechtbank van verste Aanleg te Antwerpen*» (Tribunale di primo grado di Anversa – Belgio) del 13 giugno 2003, notificata il 17 luglio 2003 (cs. 14894/03, avv. dello Stato G. Fiengo).

#### IL FATTO

Secondo l'amministrazione nel 1989 il ricorrente, agendo in proprio nome e per conto terzi, avrebbe venduto a una società francese azioni di società belghe appartenenti al gruppo «*Antverpia*».

Considerato che la vendita ha avuto luogo a favore di una società straniera, e considerato che la famiglia del ricorrente doveva aver detenuto una considerevole partecipazione nelle società belghe appartenenti al gruppo «*Antverpia*», secondo l'amministrazione la plusvalenza realizzata era impossibile.

#### IL QUESITO

Se gli artt. 43, 46, 48, 56 e 58 ostino a una normativa nazionale belga, quale prevista negli artt. 67, n. 8, e 67-ter dello WIB64, ai sensi della quale le plusvalenze che siano state realizzate in occasione della cessione a titolo oneroso, al di fuori dell'esercizio di un'attività professionale, di azioni o di quote rappresenta-

tive di società, associazioni, enti o istituzioni belghe, sono imponibili, qualora la cessione avvenga a favore di una società, associazione, ente o istituzione stranieri, mentre nella stessa situazione tali plusvalenze non sono imponibili, qualora la cessione avvenga a favore di una società, associazione, ente o istituzione belga.

**Causa C-302/03 (Commissione c/ repubblica italiana) – Ricorso per inadempimento – Custodia di animali selvatici in giardini zoologici – Direttiva 1999/22/CE del Consiglio del 29 marzo 1999 (ct. 28289/03, avv. dello Stato G. De Bellis).**

**IL RICORSO**

La Commissione delle Comunità europee ha adito la Corte di giustizia delle Comunità europee allo scopo di far constatare che la Repubblica italiana «non avendo adottato le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva 1999/22/CE del Consiglio del 29 marzo 1999 relativa alla custodia degli animali selvatici nei giardini zoologici e, in ogni caso, non avendole comunicate alla Commissione, è venuta meno agli obblighi imposti dall'articolo 9 di tale direttiva».

**IL CONTRORICORSO**

*«Il Governo italiano precisa che il 23 ottobre 2003 il Parlamento italiano ha approvato la legge recante «Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee, legge comunitaria 2003» (non ancora pubblicata nella Gazzetta Ufficiale) il cui art. 1, comma 1, dispone: «Il Governo è delegato ad adottare, entro il termine di diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, i decreti legislativi recanti le norme occorrenti per dare attuazione alle direttive comprese negli elenchi di cui agli allegati A e B».*

*Nell'elenco delle direttive da recepire nell'allegato B è espressamente indicata la «1999/22/CE del Consiglio, del 29 marzo 1999, relativa alla custodia degli animali selvatici nei giardini zoologici».*

*Il procedimento di recepimento si completerà nei prossimi mesi con l'emanazione del decreto legislativo previsto dal citato articolo 1 comma 1.*

*Si fa pertanto riserva di comunicare l'avvenuta emanazione di tale decreto confidando nella disponibilità della Commissione di rinunciare al ricorso proposto.*

*L'Avvocato dello Stato Gianni De Bellis».*

**Causa C-313/03 (Commissione c/ Repubblica italiana) – Ricorso per inadempimento – Organizzazione dell'orario di lavoro della gente di mare – Direttiva 1999/63/CE del Consiglio [P.I. 02/0372] notificato in data 6 agosto 2003 (ct. 30128/03, avv. dello Stato A. Cingolo).**

**IL RICORSO**

*Conclusioni.*

La Commissione auspica che la Corte voglia:

1. constatare che la Repubblica italiana, non avendo adottato le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per confor-

marsi alla direttiva 1999/63/CE del Consiglio, del 21 giugno 1999, relativa all'accordo sull'organizzazione dell'orario di lavoro della gente di mare concluso dall'Associazione armatori della Comunità europea (ECSA) e dalla Federazione dei sindacati dei trasportatori dell'Unione europea (FST) – Allegato: Accordo europeo sull'organizzazione dell'orario di lavoro della gente di mare, o comunque non avendo comunicato dette disposizioni alla Commissione, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in virtù dell'art. 3, par. 1, di detta direttiva;

2. condannare la Repubblica italiana al pagamento delle spese processuali.

#### IL CONTRORICORSO

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

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

*La direttiva 1999/63/CE detta disposizioni in materia di organizzazione dell'orario di lavoro della gente di mare ed ha come obiettivo l'attuazione dell'accordo stipulato dalle parti sociali il 30 settembre 1998, applicabile alla gente di mare presente a bordo di ogni nave marittima, impegnata normalmente in operazioni di marina mercantile. I punti principali di siffatto accordo si rinvengono:*

*a) alla Clausola 4, secondo la quale il modello normale di orario di lavoro della gente di mare si basa in linea di massima su una durata di otto ore al giorno, con un giorno di riposo per settimana e riposo nei giorni festivi;*

*b) alla Clausola 5, ai sensi della quale sono stabiliti, anzitutto, il numero massimo di ore di lavoro (14 ore su un periodo di 24 ore e 72 ore su un periodo di 7 giorni) ed il numero minimo di ore di riposo (10 ore su un periodo di 24 ore e 77 ore su un periodo di 7 giorni), prevedendosi inoltre che le ore di riposo possano essere ripartite in non più di due periodi, uno dei quali di almeno 6 ore con un intervallo tra periodi consecutivi di riposo non superiore a 14 ore.*

*Nella medesima Clausola si prevedono inoltre disposizioni in materia di:*

*— appelli, esercitazioni antincendio e salvataggio ed esercitazioni da svolgersi in modo da ridurre al minimo il disturbo nei periodi di riposo e da non provocare affaticamento;*

*— situazioni in cui la gente di mare è a disposizione e per le quali si deve prevedere un periodo compensativo di riposo qualora il normale periodo di riposo sia disturbato da ordini;*

*— deroghe che, nella misura del possibile, devono rispettare i modelli fissati ma possono tenere conto di congedi più frequenti o più lunghi o della concessione di congedi compensativi per la gente di mare addetta alla guardia ovvero operante a bordo di navi su brevi rotte;*

*— tabelle indicanti il programma di servizio in mare e in porto nonché le ore di lavoro o le ore di riposo richieste.*

*c) alla Clausola 7, secondo la quale il comandante di una nave ha il diritto di esigere dalla gente di mare lo svolgimento di ore di lavoro necessario per la sicurezza immediata della nave, delle persone imbarcate e del carico o*



*per fornire assistenza ad altre navi o persone in pericolo in mare con l'obbligo, non appena possibile, di far sì che la gente di mare che ha svolto lavoro in un periodo previsto di riposo benefici di un adeguato periodo di riposo.*

3. — *Con riferimento a tali Clausole il Decreto Legislativo 27 luglio 1999 n. 271, recante adeguamento della normativa sulla sicurezza e salute dei lavoratori marittimi a bordo delle navi mercantili da pesca nazionali, a norma della legge 31 dicembre 1998 n. 485, l'Italia ha già dato sostanziale applicazione alla direttiva di cui trattasi: in particolare, l'art. 11 di tale Decreto (cfr. testo in allegato) disciplina dettagliatamente l'orario di lavoro a bordo delle navi mercantili e da pesca, dettando disposizioni praticamente non dissimili da quelle concordate nel sopra richiamato accordo sull'organizzazione dell'orario di lavoro della gente di mare.*

*Con specifico riferimento al personale addetto al servizio di guardia viene invece in rilievo il Decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 2001 n. 324, di attuazione delle direttive 94/58/CE e 98/35/CE, relative ai requisiti minimi di formazione per la gente di mare: in particolare, le disposizioni enunciate all'art. 12 di tale Decreto (cfr. testo in allegato) disciplinano i periodi di guardia e i conseguenti riposi compensativi, nonché gli inerenti poteri del comandante della nave, soprattutto in ipotesi di necessità o di pericolo.*

4. — *Alla stregua di tali specifiche disposizioni, che peraltro si inseriscono nel più ampio quadro di disciplina della navigazione marittima regolata dal Codice della navigazione e dal relativo Regolamento per la navigazione marittima, e tenuto conto dell'avviso espresso dalle organizzazioni dei datori e prestatori di lavoro del settore, risulta inconfutabilmente che le esigenze di tutela di cui alla direttiva 1999/63/CE siano sostanzialmente assicurate dall'ordinamento nazionale.*

5. — *In ogni caso, il Governo italiano si sta adoperando per concludere in tempi brevi il già avviato confronto con le parti sociali in ordine ai contenuti della disciplina comunitaria, anche al fine della eventuale formulazione di proposte normative in materia, da inserirsi nel disegno di legge comunitaria 2003, attualmente all'esame del Parlamento.*

6. — *Infine, circa la mancata comunicazione delle misure di attuazione nel diritto interno della direttiva 1999/95/CE del Consiglio del 13 dicembre 1999, relativa all'applicazione delle disposizioni relative all'orario di lavoro della gente di mare a bordo delle navi che fanno scalo nei porti della Comunità, occorre rilevare che tale direttiva ha inteso istituire un sistema di controllo e di verifica dell'osservanza delle disposizioni di cui alla direttiva 1999/63/CE, in ordine alla quale non vi è che da richiamare le osservazioni sin qui svolte.*

*Alla stregua di ciò — e tenuto pertanto conto del disposto dell'articolo 11 del Decreto Legislativo n. 271/1999 — va evidenziato che l'Amministrazione delle Infrastrutture e dei Trasporti ha già definito, in via amministrativa, la tabella relativa all'organizzazione dell'orario di lavoro a bordo ed il registro dell'orario di lavoro a bordo.*

*Come è ovvio, Tabella e Registro sono, rispettivamente, conformi al «Modello di tabella dell'organizzazione dell'orario di lavoro a bordo» di cui all'allegato I della direttiva 1999/95/CE ed al «Modello per la registrazione delle ore di lavoro e di riposo della gente di mare» di cui all'allegato II della direttiva 1999/95/CE.*

7. — *Potendosi pertanto ritenere venuta meno, dal punto di vista sia formale che sostanziale, la materia del contendere, il Governo italiano invita la Commissione a rinunciare al proposto ricorso, nel consueto spirito di collaborazione.*

*In diversa ipotesi conclude chiedendo che il ricorso stesso sia respinto, perché infondato.*

*Roma, 14 ottobre 2003 - Avvocato dello Stato Antonio Cingolo».*

**Causa C-329/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Movimenti di capitali – Autorizzazioni di cambio – Obbligazioni – Attivi di deposito di moneta nazionale convertibile – Art. 4, elenco D e voci della nomenclatura VI e IX della direttiva del Consiglio 60/921 – Sentenza del «Aeios Pagos» (Grecia) del 31 marzo 2003, notificata il 30 settembre 2003 (cs. 39086/03, avv. dello Stato G. De Bellis).**

#### IL FATTO

La controversia in questione vede contrapposte la Banca Artesia, con sede in Bruxelles e succursale in Grecia, e la Banca Ellenica per lo Sviluppo Industriale (ETBA); questa ultima, ancorché abbia assunto la forma di persona giuridica di diritto privato, svolge, per quanto riguarda la politica valutaria ed in particolare il diritto di decidere in merito alle condizioni di acquisto e di disposizione in valuta estera, funzioni rientranti nella competenza dello Stato.

Nel caso di specie la banca attrice (Artesia), resistente in cassazione, manteneva in tale succursale un conto in dracme convertibili in valuta estera costituito dalla conversione in dracme di valuta estera e da trasferimenti interbancari di dracme convertibili effettuati per mezzo della «ETBA», banca convenuta, ricorrente in cassazione, trasferimenti per i quali non era richiesta l'emissione di certificati di acquisto di valuta. Nel periodo compreso fra l'aprile 1981 ed il luglio 1982, Artesia acquistava da «ETBA» obbligazioni della durata di un anno dall'emissione e successivamente negoziabili in borsa.

Alla richiesta della banca attrice di concessione dell'autorizzazione di cambio per l'accreditamento in suo favore del prodotto della liquidazione delle predette obbligazioni, la convenuta respingeva ripetutamente la richiesta nell'arco di un periodo che va dall'agosto 1982 ed il novembre 1986 e, successivamente, la accoglieva. Per tale comportamento, ritenuto illegittimo ai sensi dell'art. 2, dell'elenco B e della voce di nomenclatura IV A della direttiva 60/921, veniva riconosciuto — e confermato in appello — un risarcimento in favore della banca attrice per danni subiti nel periodo agosto 1982/novembre 1986.

#### I QUESITI

1. — Si chiede, con riferimento alla disposizione del citato art. 4 della prima direttiva del Consiglio 60/921, dell'elenco D e della voce della nomenclatura VI, che riguarda gli «Investimenti a breve termine in Buoni del Tesoro e altri titoli trattati normalmente sul mercato monetario», secondo lo spirito

di tale disposizione e lo scopo da essa perseguito, o interpretandola alla luce della prassi comune eventualmente esistente nelle transazioni internazionali, in base alla quale titoli come le controverse obbligazioni della «Banca ellenica per lo sviluppo industriale», della durata di un anno, sono considerati investimenti a breve termine, se siano soggette a tale disposizione: *a)* le obbligazioni emesse da una banca avente la forma giuridica di società anonima, le cui azioni appartengono allo Stato, della durata di un anno dall'emissione, negoziabili e quotate in borsa, o *b)* le obbligazioni emesse da una banca avente la forma giuridica di società anonima, della durata di un anno dall'emissione, negoziabili e trattate in borsa.

2. — Si chiede inoltre, con riferimento alla disposizione del citato art. 4 della stessa direttiva, dell'elenco D, e della voce della nomenclatura IX, che riguarda la «Costituzione e alimentazione di conti correnti e di deposito, rimpatrio o impiego di disponibilità in conto corrente o in deposito presso istituti di credito», alla luce dello spirito di tale disposizione e dello scopo da essa perseguito, se sia soggetto alla disciplina di questa disposizione l'impiego presso una banca, in quanto istituto di credito, degli attivi di un conto di deposito, alimentato come prevede la decisione del Comitato monetario 1097/1959, menzionata nella presente sentenza (con il prodotto di valuta estera importata ecc.) e consistente in depositi espressi in moneta nazionale, convertibile in valuta estera.

**Causa C-336/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza – Contratti per la fornitura di servizi di autonoleggio stipulati via Internet** – Inquadramento nell'ambito della direttiva 97/7/CE – Ordinanza delle «*High Court of Justice (England and Wales), Chancery Division*» (Regno Unito) del 21 luglio 2003, notificata il 3 settembre 2003 (cs. 18885/03, avv. dello Stato A. Cingolo).

#### IL FATTO

Il quadro di protezione giuridica offerto al consumatore — specie in caso di recesso dal contratto e di rimborso del prezzo pagato — della direttiva 97/7 non trova applicazione — *inter alia* — ai «contratti di fornitura di servizi relativi [...] ai trasporti [...] quando all'atto della conclusione del contratto il fornitore si impegna a fornire tali prestazioni ad una data determinata o in un periodo prestabilito» (art. 3, n. 2), senza però che la direttiva stessa definisca chiaramente la nozione di contratti di fornitura di servizi di trasporto. Pertanto, al giudice di rinvio non sembra chiaro se i predetti contratti di autonoleggio stipulati via Internet dalla società *Easy Car* — che pure costituiscono pacificamente contratti di prestazioni di servizi a distanza, e come tali astrattamente coperti dalla direttiva 97/7 — possano o meno considerarsi ascrivibili alla categoria dei servizi di trasporto: se lo fossero, le garanzie della detta direttiva non troverebbero applicazione; se invece non lo fossero, ricadrebbero nel contesto generale di protezione rafforzata del consumatore.

## IL QUESITO

Se la nozione di «contratti per la fornitura di servizi relativi ai trasporti nell'art. 3, n. 2, della direttiva 97/7/CE sulla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, includa contratti per la fornitura di servizi di autonoleggio.

**Cause riunite C-354/03 e C-355/03 (domande di pronuncia pregiudiziale) – Cifra d'affari (IVA) – Società di intermediazione – Recupero d'imposta – Accertamenti d'imposta** – Direttive 67/227/CEE e 77/388/CEE – Ordinanze della «*High Court of Justice (England & Wales) Chancery Division*» (Alta Corte di giustizia per l'Inghilterra e il Galles) emesse il 28 luglio 2003 e notificate il 14 ottobre 2003 (cs. 39083/03, avv. dello Stato G. De Bellis).

## IL FATTO

Tali domande sono formulate nell'ambito di due discorsi pendenti dinanzi alla predetta *High Court* avverso una sentenza del *VAT and Duties Tribunal* [Tribunale per l'IVA e le accise]. Le ricorrenti sono due società («*Optigen*» e «*Fulcrum*»; la seconda, peraltro, è in liquidazione in conseguenza della presente controversia) che hanno impugnato tali decisioni dei convenuti («*The Commissioners*», l'organismo responsabile del Regno Unito per la riscossione e l'amministrazione dell'IVA). I punti controversi emergenti da ciascuna delle decisioni dei *Commissioners* sono identici. Entrambe le società, hanno reclamato un saldo netto di imposta rimborsabile su beni in entrata, e cioè l'imposta netta pagata dalle due società ai propri fornitori.

## I QUESITI

1. — Se, ai sensi del Sistema comune IVA ed alla luce delle direttive 67/227/CEE e 77/388/CEE, sussista il diritto di un operatore economico all'accredito di un pagamento in relazione all'IVA sulle base di una transazione che va giudicata con riferimento:

a) soltanto alla transazione specifica di cui era parte l'operatore stesso incluso l'intento perseguito dal medesimo all'atto della sua conclusione, oppure

b) alla totalità di transazioni, incluse transazioni successive che formano una serie circolare di cessioni in cui rientra la transazione specifica, compreso l'intento perseguito da altri partecipanti alla serie di cui l'operatore non è a conoscenza e/o che non ha modo di conoscere e/o

c) agli atti fraudolenti ed agli intendimenti, che sorgano o no prima o dopo la transazione specifica, di altri partecipanti alla serie circolare in cui coinvolgimento era ignoto all'operatore e dei quali quest'ultimo non conosceva affatto e/o non aveva modo di conoscere atti ed intendimenti, o

d) ad altri criteri e, all'occorrenza, a quali ?

2. — Se l'esclusione dalla disciplina IVA di transazioni concluse da una parte innocente ma che costituiscono gli anelli di un concatenamento di frodi ad opera di altri violi i principi generali di proporzionalità, parità di trattamento o certezza del diritto.

## NOTA

L'Ufficio legislativo del Ministero delle Finanze ha ritenuto non necessario l'intervento del Governo italiano.

**Cause riunite C-356/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Previdenza integrativa – Discriminazione in base al sesso** – 141 CE – Artt. 11, n. 2, lett. *a*), 92/85/CEE – Art. 6, n. 1, lett. *g*), direttiva 86/378/CE come modificata dalla direttiva 96/97/CE – Ordinanza del «*Bundesgerichtshof*» (Germania), emessa il 9 luglio 2003 e notificata il 22 ottobre 2003 (cs. 42119/04, avv. dello Stato A. Cingolo).

## IL FATTO

La ricorrente, che attualmente esercita una attività di lavoro autonomo come avvocato, lavorava nel periodo compreso tra il gennaio 1990 e il settembre 1999 quale pubblico dipendente nell'amministrazione di un *Land* tedesco ed era, pertanto, obbligatoriamente affiliata presso l'ente di previdenza integrativa dei pubblici dipendenti resistente (VBL). La ricorrente chiede che i periodi di congedo di maternità di cui ha fruito — dal dicembre 1992 all'aprile 1993 nonché dal gennaio all'aprile 1994 — vengano computati nel calcolo dei diritti alla rendita assicurativa da essa maturata nell'ambito del regime previdenziale integrativo gestito dal resistente.

## I QUESITI

1. — Se l'art. 119 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 141 CE) e/o l'art. 11, n. 2, lett. *a*), della direttiva 92/85/CEE nonché l'art. 6, n. 1, lett. *g*), della direttiva 86/378/CEE, nel testo novellato dalla direttiva 96/97/CE, ostino all'applicazione di disposizioni statutarie di un regime di previdenza integrativa del genere oggetto del presente giudizio, ai sensi delle quali una lavoratrice, nel corso del periodo di congedo per maternità (nella specie: dal 16 dicembre 1992 al 5 aprile 1993 e dal 7 gennaio al 22 aprile 1994), non matura alcun diritto ad una rendita assicurativa corrisposta, in caso di uscita prematura dal regime obbligatorio, mensilmente e a decorrere dal verificarsi dell'evento assicurato (raggiungimento dell'età di collocamento a riposo, incapacità o inabilità al lavoro), atteso che la maturazione di tali diritti è subordinata alla condizione che il lavoratore percepisca nel corso del periodo di riferimento un reddito imponibile, laddove le prestazioni erogate alla lavoratrice durante il congedo di maternità non costituiscono, in base alla legge nazionale, reddito imponibile.

2. — Se ciò valga soprattutto in considerazione del fatto che la rendita assicurativa — a differenza della pensione integrativa di vecchiaia corrisposta al verificarsi dell'evento assicurato qualora l'assicurato sia rimasto affiliato al regime obbligatorio — non è diretta a garantire il lavoratore assicurato in caso di vecchiaia o di incapacità lavorativa, bensì costituisce la capitalizzazione dei relativi contributi versati durante il periodo di affiliazione al regime assicurativo obbligatorio.

**Causa C-373/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Associazione CEE/Turchia – Lavoratore turco – Familiare – Assenza dal mercato del lavoro per esecuzione pena detentiva – Libera circolazione – Requisiti** – Art. 6, n. 1, terzo trattino e art. 7, n. 1, secondo trattino Decisione 1/1980 – Ordinanza del «*Verwaltungsgericht*» (Germania), emessa il 12 marzo 2003 e notificata il 18 dicembre 2003 (cs. 3550/04, avv. dello Stato A. Cingolo).

#### IL FATTO

Si tratta, in particolare di valutare l'eventuale perdita di diritti acquisiti da un lavoratore turco nel corso di una attività salariata svolta per più anni in uno Stato membro (art. 6, n. 1, terzo trattino) o da un familiare di lavoratore turco rientrante nel mercato del lavoro (art. 7, primo e secondo comma) a causa della sua assenza dal regolare mercato del lavoro, assenza dovuta all'esecuzione di un periodo di pena detentiva (pp. 2 e 3 dell'ordinanza di rinvio che qui si allega nel testo italiano).

#### I QUESITI

1. — Se l'assenza dal regolare mercato del lavoro di un lavoratore turco dovuta all'esecuzione di un periodo di pena detentiva implichi la separazione del detto lavoratore da tale mercato e la perdita dei diritti così acquisiti ai sensi dell'art. 6, n. 1, terzo trattino, della decisione 19 settembre 1980, n. 1/80 del Consiglio di associazione relativa allo sviluppo dell'associazione — decisione n. 1/80 — nel corso di una attività lavorativa salariata svolta per più anni in uno Stato membro.

2. — Come, se del caso, vada definito il periodo di assenza dal mercato del lavoro dovuto all'esecuzione di una pena detentiva che comporta l'annullamento dei diritti.

3. — Se ai fini della definizione di tale periodo debba essere preso in considerazione anche il periodo di assenza del lavoratore turco, dovuto ad un ordine di carcerazione cautelare emesso immediatamente prima dell'esecuzione della pena detentiva.

4. — Se ai fini della definizione di tale periodo possa anche essere preso in considerazione il fatto che il ricorrente al momento della decisione di espulsione sarebbe presumibilmente rimasto fuori del mercato del lavoro ancora per un certo periodo di tempo, poiché egli, senza la decisione di espulsione, con grande probabilità — con il rinvio dell'esecuzione della pena detentiva — può sottoporsi ad una terapia di disintossicazione di lunga durata intesa alla sua reintegrazione sociale e professionale e sussistono entro questi termini sufficienti probabilità di successo.

5. — Se ai fini della cessazione dello *status* giuridico di familiare di un lavoratore turco ai sensi dell'art. 7, n. 1, secondo trattino, della decisione 1/80, occorra sia lo scioglimento della comunanza familiare del familiare con il lavoratore turco, dal quale egli ha in origine derivato il suo diritto di soggiorno, sia la separazione definitiva di tale familiare dal regolare mercato del lavoro dello Stato membro dove i due vivono.

6. — Se sussista uno scioglimento della comunanza familiare rilevante nel senso sopradetto, nei casi nei quali il figlio maggiorenne del lavoratore turco, si allontani durevolmente dall'abitazione di questi, e non ha più bisogno di una particolare vicinanza e assistenza del lavoratore turco.

7. — Se rispetto alla posizione giuridica di familiare di un lavoratore turco di cui all'art. 7, secondo trattino, una separazione rilevante dal mercato del lavoro debba definirsi sulla base degli stessi criteri, di quelli relativi alla perdita dei diritti ai sensi dell'art. 6, n. 1, terzo trattino.

8. — Se il figlio di un lavoratore turco, che ha conseguito nel paese ospitante una formazione professionale perda il diritto di rispondere a qualsiasi offerta sul mercato del lavoro nello Stato membro ospitante ai sensi dell'art. 7, n. 2, della decisione 1/80 qualora abbia già fatto ingresso nel locale mercato del lavoro assumendo uno stabile impiego.

9. — Se il diritto derivante dall'art. 7, secondo comma della decisione 1/80 vada perduto, qualora l'avente diritto si sia separato dal regolare mercato del lavoro di tale Stato membro secondo modalità che comporterebbero la perdita dello *status* giuridico di lavoratore turco ai sensi dell'art. 6, n. 1, terzo trattino.

**Causa C-374/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Associazione CEE-Turchia – Assegno di studio per soggiorno all'estero – Art. 9 della decisione del Consiglio di Associazione n. 1/80 – Ordinanza della «Bundesverwaltungsgericht Sigmaringen» (Germania), emessa il 31 luglio 2003 e notificata il 12 novembre 2003 (cs. 44591/03, avv. dello Stato A. Cingolo).**

#### IL FATTO

La ricorrente chiede l'erogazione di prestazioni ai sensi della legge federale tedesca in materia di sostegno individuale all'istruzione (il «*BaföG*») per un anno di studio all'Università di Istanbul (Turchia). Essa, cittadina turca nata in Germania i cui genitori vivono in Germania, studia presso l'università tedesca di Tubinga dal semestre 1995/1996. Per seguire tale corso di studi la stessa aveva beneficiato di prestazioni statali di aiuto allo studio. All'inizio del suo corso di studi la ricorrente ha indicato come propria residenza principale Tubinga, conservando tuttavia una residenza secondaria presso l'abitazione dei propri genitori a Philippsburg. Durante il suo soggiorno all'estero, dal settembre 1999 all'ottobre 2000, la ricorrente era registrata presso l'abitazione dei genitori, questa volta indicata come residenza principale. Al suo ritorno in Germania la ricorrente ha riportato la propria residenza principale a Tubinga lasciando nuovamente quella secondaria presso i genitori.

#### I QUESITI

1. — Se l'art. 9 della decisione n. 1/80 sia direttamente applicabile negli ordinamenti giuridici nazionali degli Stati membri della Comunità europea, di modo che i figli di lavoratori turchi che sono o sono stati regolarmente occupati in uno Stato membro della Comunità, regolarmente residenti con i

loro genitori, abbiano un diritto ad essere ammessi in tale Stato ai corsi di insegnamento generale, di tirocinio, di formazione professionale alle stesse condizioni di ammissione richieste ai figli dei cittadini dagli Stati membri.

2. — In caso di soluzione affermativa della questione *sub* 1, se soddisfino il requisito della «residenza regolare con i loro genitori» i figli di lavoratori turchi che dimostrano e mantengono la loro residenza principale nel luogo della loro formazione universitaria ed hanno presso i loro genitori solo una residenza secondaria.

3. — In caso di soluzione affermativa della questione *sub* 2, se l'art. 9 della decisione n. 1/80 comprenda, accanto ad un diritto, per i soggetti tutelati, ad un accesso a condizioni di parità agli enti di istruzione, anche un diritto, su basi paritarie, alle prestazioni statali erogate dallo Stato membro con lo scopo di agevolare lo svolgimento della formazione, ovvero se l'art. 9 della decisione n. 1/80 debba essere interpretato nel senso che agli Stati membri rimane riservata la possibilità di collegare ad altre condizioni l'erogazione di prestazioni sociali ai soggetti tutelati nell'ambito della formazione, ovvero di limitare tali prestazioni.

4. — In caso di soluzione affermativa della questione *sub* 3, se ciò possa essere applicato ai soggetti tutelati anche nel caso di una formazione universitaria nel Paese d'origine (Turchia).

**Causa C-383/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Associazione CEE/Turchia – Lavoratore turco – Assenza dal mercato del lavoro per esecuzione pena detentiva – Libera circolazione – Requisiti – Art. 6, n. 1, terzo trattino decisione 1/80 – Ordinanza del «*Verwaltungsgericht*» (Austria), emessa il 4 settembre 2003 e notificata l'8 gennaio 2004 (cs. 3552/04, avv. dello Stato A. Cingolo).**

#### IL FATTO

Veniva emesso nei confronti del ricorrente, cittadino turco, un divieto di soggiorno a tempo indeterminato. Fino a quel momento questi viveva da circa 27 anni in Austria e fino al suo arresto (10 agosto 1999), occupava da molti anni un impiego. Per il giudice austriaco ciò che è in dubbio è se il ricorrente abbia perduto lo *status* di cui all'art. 6, n. 1, della decisione 1/80, con espiazione della pena o quantomeno fino al momento determinante dell'emissione del divieto di soggiorno.

#### IL QUESITO

Se l'art. 6, n. 2, della decisione 19 settembre 1980 n. 1/80 del Consiglio di associazione tra la Comunità Economica Europea e la Turchia (istituito mediante l'Accordo che crea un'associazione fra le Comunità europee e la Turchia) relativa allo sviluppo dell'associazione (in prosieguo: la «decisione 1/80») debba essere interpretato nel senso che un cittadino turco perde i diritti concessi dall'art. 6, n. 1, della decisione 1/80, qualora si trovi in stato di reclusione in esecuzione di una pena detentiva della durata di tre anni.



**Causa C-400/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Classificazione doganale di merce – Nozione di fogli di materie plastiche – Astucci per penne stilografiche – Tariffa doganale comune – Ordinanza del «Tribunal d'Instance» (Francia) emessa il 21 agosto 2003, notificata il 9 dicembre 2003 (cs. 1514/04, avv. dello Stato G. De Bellis).**

#### IL FATTO

La società Waterman, che importa nell'Unione europea astucci per penne stilografiche, contesta l'informazione tariffaria vincolante rilasciata dalla Direzione generale delle dogane (in prosieguo «CCED») secondo la quale gli astucci in questione, che presentano una superficie esterna costituita da un foglio di plastica di un determinato spessore medio, debbono essere classificati sotto la voce 4202 92 19 00 della nomenclatura doganale, essendo tale materiale una materia plastica ai sensi della nomenclatura combinata della tariffa doganale comune. Secondo la ricorrente, invece, lo strato esterno degli astucci in questione non sarebbe costituito da un foglio di plastica ma da una «pellicola» spalmata a rullo in modo che gli astucci stessi debbano essere classificati sotto la voce doganale 4202 99 00 non essendo composti da fogli di plastica, ma da strati di pittura o di vernice.

#### I QUESITI

Si sia compatibile con la tariffa doganale comune la nota esplicativa della nomenclatura combinata relativa alle voci 4202 12 11 e 4202 12 19, nel precisare la nozione di «fogli di materie plastiche» nel seguente modo: «[ai sensi della sottovoci della voce 4202, qualora la superficie esterna di un prodotto sia costituita da un materiale stratificato il cui strato esterno visibile ad occhio nudo è un foglio di plastica (per esempio: tessuto ricoperto da un foglio di plastica), è irrilevante ai fini della classificazione in queste sottovoci che il foglio sia stato realizzato anteriormente alla fabbricazione del materiale stratificato o che lo strato di materia plastica risulti ottenuto per spalmatura o ricopertura di materia (per esempio: tessuto) con della materia plastica, a condizione che lo strato esterno visibile presenti un aspetto simile a quello di un foglio di materia plastica applicato».

**Causa C-403/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Imposta sul reddito – Deduzioni per prestazioni alimentari – Residenza – Discriminazione basata sulla nazionalità – Diritto di circolazione e di soggiorno – Artt. 12 e 18, n. 1 CE – Ordinanza della «Bundesfinanzhof» (Germania) emessa il 22 luglio 2003, notificata il 12 ottobre 2003 (cs. 43434/03, avv. dello Stato G. De Bellis).**

#### IL FATTO

Il ricorrente, tenuto alla prestazione di alimenti alla ex moglie residente in Austria, ha dedotto tali prestazioni nella sua dichiarazione dei redditi come spese particolari ai sensi dell'art. 10, n. 1, *sub* 1) e dell'art. 1 *a*) n. 1 *sub* 1) della legge sull'imposta sul reddito.

Il convenuto e resistente in cassazione ha rifiutato tale deduzione asserendo che l'assoggettamento ad imposta dei versamenti presso la moglie non era dimostrato con attestazione dell'autorità fiscale austriaca.

## I QUESITI

1. — Se l'art. 12 del Trattato CE vada interpretato nel senso che si oppone all'art. 1 a) n. 1, sub 1), e all'art. 10, n. 1, sub 1) dell'*Einkommensteuergesetz* (legge sull'imposto sul reddito) secondo cui un soggetto passivo di imposta residente in Germania non può dedurre prestazioni alimentari versate alla moglie da cui è divorziato residente in Austria, mentre sarebbe legittimato a farlo, qualora essa fosse ancora residente in Germania.

2. — In caso di soluzione negativa della questione 1: se l'art. 18, n. 1 del Trattato CE vada interpretato nel senso che si oppone all'art. 1 a), n. 1, sub 1); che all'art. 10, n. 1, sub 1) dell'*Einkommensteuergesetz* (legge sull'imposta sul reddito), secondo cui un soggetto passivo di imposta residente in Germania non può dedurre prestazioni alimentari versate alla moglie da cui è divorziato residente in Austria, mentre sarebbe legittimato a farlo, qualora essa fosse ancora residente in Germania.

## NOTA

L'Ufficio Legislativo del Ministero dell'Economia e delle Finanze ha espresso il seguente avviso.

*«I quesiti rimessi dal giudice a quo alla Corte di Giustizia, sono volti a verificare la compatibilità comunitaria della legislazione tributaria tedesca nella parte in cui essa non consente, in sostanza, il diritto a deduzione dei versamenti per alimenti che un soggetto residente in Germania corrisponde al coniuge (divorziato) residente in un altro Paese membro (nel caso di specie, in Austria), se gli stessi "alimenti" non sono assoggettati ad imposta in quest'ultimo Paese.*

*In base alla disciplina italiana (combinato disposto dell'articolo 10, comma 1, lett. c), dell'articolo 47, comma 1, lett. i), del Tuir), gli assegni di mantenimento a favore del coniuge a seguito di separazione legale, scioglimento o annullamento del matrimonio, risultanti da provvedimenti giudiziari, sono deducibili dal reddito complessivo e assimilati a reddito da lavoro dipendente. Inoltre, tali assegni sono considerati (ai sensi dell'articolo 20, comma 2, del Tuir) come redditi comunque prodotti in Italia, indipendentemente quindi dalla circostanza che il soggetto beneficiario sia o non sia residente nel nostro Paese; conseguendone quindi, che il nostro sistema, a differenza di quello tedesco, non è certamente lesivo — sotto il profilo che qui interessa — del principio comunitario di non discriminazione in base alla nazionalità».*

**Causa C-409/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Restituzione all'esportazione di prodotti agricoli – Carni – Qualità leale e mercantile delle merci – Merci per cui vigono determinate restrizioni – Art. 13 Regolamento n. 3665/1987 – Ordinanza della «Bundesfinanzhof» (Germania) emessa il 15 luglio 2003, notificata il 7 novembre 2003 (cs. 43433/03, avv. dello Stato G. De Bellis).**

## IL FATTO

Nel 1997 la ricorrente presentava una dichiarazione per l'esportazione relativa ad una spedizione di carne bovina congelata. Di tale spedizione facevano parte anche 222 confezioni di carne macellata in un cosiddetto «matta-

toio isolato». Il ricorso a questi speciali mattatoi è imposto dalla normativa tedesca per la macellazione di quei capi di bestiame che devono essere sottoposti a macellazione speciale o che diffondono agenti patogeni.

La carne proveniente da tale macellazione può essere immessa in commercio a fini alimentari solamente in punti vendita dei detti mattatoi appositamente riconosciuti e controllati dalle competenti autorità e deve essere contrassegnata in modo speciale. La normativa tedesca impone, inoltre, che la carne proveniente dai mattatoi isolati possa essere immessa in commercio solo se proveniente da capi sottoposti ad ispezioni *ante mortem* e giudicata sana, e che possa essere venduta solo al consumatore finale. Nessun divieto espresso di esportazione in Paesi terzi di carne proveniente da macellazione di animali malati è contenuto nella normativa interna; anzi, simili esportazioni vengono apertamente ammesse dalle autorità tedesche.

La carne del ricorrente era stata giudicata sana dal veterinario competente e soddisfaceva, peraltro, anche le altre condizioni previste dalla legge.

Ciononostante lo *Hauptzollamt* ha respinto la domanda della ricorrente diretta alla concessione di restituzioni all'esportazione.

#### I QUESITI

1. — Se l'art. 13 del regolamento (CEE) della Commissione 27 novembre 1987, n. 3665, recante modalità comuni di applicazione del regime delle restituzioni all'esportazione per i prodotti agricoli, mediante il concetto di «qualità leale e mercantile» esiga che la produzione e la commercializzazione delle merci interessate siano soggette solamente alle disposizioni normative di applicazione generale, valide per ogni merce di quel tipo, ed escluda conseguentemente dalle restituzioni all'esportazione le merci per le quali vigono determinate restrizioni, in particolare per quanto riguarda la loro produzione, manipolazione o commercializzazione, come ad esempio l'imposizione di controlli speciali sull'idoneità al consumo o la restrizione a determinati circuiti distributivi.

2. — Se l'art. 13 del regolamento (CEE) della Commissione 27 novembre 1987, n. 3665, mediante il concetto di «qualità leale e mercantile» esiga una qualità media delle merci da esportazione ed escluda conseguentemente dalla concessione di restituzioni all'esportazione merci di qualità inferiore, che tuttavia sono normalmente oggetto di commercio con la denominazione attribuita nella domanda di restituzione all'esportazione, e se sia così anche quando la qualità inferiore non abbia avuto alcuna incidenza sull'esecuzione della transazione commerciale.

**Causa C-410/03 (Commissione c/ Repubblica italiana) – Ricorso per inadempimento – Applicazione disposizioni relative all'orario di lavoro della gente di mare a bordo di navi che fanno scalo nei porti della Comunità – Direttiva 1999/95/CE [P.I. 02/0373] – Notificato in data 14 ottobre 2003 (ct. 36615/03, avv. dello Stato A. Cingolo).**

#### LE RICHIESTE DELLA COMMISSIONE

«La Commissione delle Comunità europee si prega concludere che la Corte voglia:

1. — constatare che non avendo adottato le misure legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva

1999/95/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 1999 concernente l'applicazione delle disposizioni relative all'orario della gente di mare a bordo delle navi che fanno scalo nei porti della Comunità o comunque non avendo comunicato tali disposizioni alla Commissione, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi di tale direttiva;

2. — condannare la Repubblica italiana alle spese».

#### LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

«Come già fatto presente nell'atto di costituzione in giudizio del Governo italiano nella causa C-313/03 (relativa ad asserito inadempimento delle direttiva 1999/63/CE), in ordine alla mancata comunicazione delle misure di attuazione nel diritto interno della direttiva 1999/95/CE del Consiglio del 13 dicembre 1999, relativa all'applicazione delle disposizioni relative all'orario di lavoro della gente di mare a bordo delle navi che fanno scalo nei porti della Comunità, occorre rilevare che la direttiva ha inteso istituire un sistema di controllo e di verifica dell'osservanza delle disposizioni di cui alla direttiva 1999/63/CE.

Alla stregua di ciò — e tenuto conto del disposto dell'articolo 11 del decreto legislativo n. 271/1999, attraverso il quale la direttiva 199/63/CE ha ricevuto sostanziale applicazione — va evidenziato che l'Amministrazione delle Infrastrutture e dei Trasporti ha già definito, in via amministrativa, la tabella relativa all'organizzazione dell'orario di lavoro a bordo ed il registro dell'orario di lavoro a bordo.

Come è ovvio, Tabella e Registro sono, rispettivamente, conformi al "Modello di tabella dell'organizzazione dell'orario di lavoro a bordo" di cui all'allegato I della direttiva 1999/95/CE ed al "Modello per la registrazione delle ore di lavoro e di riposo della gente di mare" di cui all'allegato II della direttiva 1999/95/CE.

Ogni eventuale completamento applicativo che si rendesse tuttora necessario verrà perfezionato nell'ambito della legge comunitaria 2003 (legge 31 ottobre 2003 n. 306), ove la direttiva 1999/63 è stata inserita, all'allegato B.

Ciò posto, il Governo italiano conclude chiedendo che il ricorso della Commissione sia respinto, perché non fondato.

Roma, 25 ottobre 2003 - Avvocato dello Stato Antonio Cingolo».

**Cause riunite C-411/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Diritto societario – Fusioni di imprese a carattere transfrontaliero – Diritto di stabilimento – Artt. 43 e 48 CE Ordinanza del «Landgericht Koblenz» (Germania) emessa il 16 settembre 2003, notificata il 7 novembre 2003 (cs. 43540/03, avv. dello Stato G. De Bellis).**

#### IL FATTO

Il Tribunale tedesco di prima istanza di Neuwied ha respinto la domanda di iscrizione della fusione nel registro delle imprese *Sevic Systems Aktiengesellschaft* con sede in Neuwied e *Security Vision Concept S.A.* con sede in Lussemburgo con la motivazione che l'art. 1, n. 1, *Umwg* prevede unicamente la fusione di soggetti di diritto con sede nel territorio nazionale.

**IL QUESITO**

1. — Se gli artt. 43 CE e 48 CE debbano essere interpretati nel senso che è in contrasto con la libertà di stabilimento delle società il fatto che ad una società estera europea si neghi l'iscrizione della fusione da questa prevista con una società tedesca nel registro tedesco delle imprese ai sensi degli artt. 16 e segg. Dell'*Umwandlungsgesetz* (legge sulle trasformazioni delle società; in prosieguo: «*UmwG*»), in quanto l'art. 1, n. 1, primo comma, *UmwG* prevede la trasformazione solo a favore di soggetti di diritto aventi sede in Germania.

**NOTA**

Il Ministero della Giustizia ha fatto pervenire il seguente avviso.

«(omissis) 2. — *La normativa italiana sulle fusioni, novellata dal decreto legislativo n. 6 del 2003, trova applicazione a tutte le ipotesi di fusione, sia propria che per incorporazione, a prescindere dallo Stato d'origine delle società partecipanti; per rendere ancora più evidente tale interpretazione, l'articolo 2328 del codice civile, nel testo novellato ad opera del citato d.lgs. n. 6 del 2003, è stato oggetto di un intervento correttivo ad opera dello schema di decreto legislativo approvato in prima lettura dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 27 novembre 2003; in esso si precisa che, nell'atto costitutivo, deve essere indicato anche «lo Stato di costituzione», così da chiarire, da un lato, la legge applicabile e, dall'altro, l'estensione della legge italiana a tutte le società operanti sul territorio nazionale, a prescindere dalla loro provenienza.*

3. — *Ciò dimostra appieno, per un verso, l'assoluta compatibilità della normativa italiana sulla costituzione delle società commerciali con il Trattato dell'Unione e, per altro, l'assoluta eterogeneità della diversa previsione della legge sulle trasformazioni tedesca che, ove interpretata nel senso più restrittivo tra quelli proposti dal giudice rimettente, dovrebbe certamente essere incompatibile con il diritto di stabilimento e con il divieto di discriminazione sanciti dal Trattato».*

**Causa C-412/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – IVA – Servizio mensa aziendale – Cessione di beni – Prestazione di un servizio – Art. 2, 5, n. 6 e 6, n. 2, lettera b) sesta direttiva IVA – Ordinanza del «Regeringsrätten» (Svezia) emessa il 29 settembre 2003, notificata il 21 novembre 2003 (cs. 45491/03, avv. dello Stato G. De Bellis).**

**IL FATTO**

Secondo il diritto interno svedese l'acquisizione dei beni e la prestazione di servizi devono essere assoggettate ad imposta, sia quando la cessione avvenga a titolo gratuito, sia quando avvenga a titolo oneroso, anche se il relativo corrispettivo risulti inferiore al valore di acquisto od al prezzo di costo intrinseco del bene ovvero inferiore ai costi del servizio. Nel sistema dell'imposta sul valore aggiunto, infatti, l'assoggettamento ad imposta del prelievo di beni è essenzialmente diretto a tassare l'utilizzazione privata di beni e servizi che il soggetto passivo offra abitualmente in vendita nell'ambito della propria attività imprenditoriale.

La domanda pregiudiziale concerne il trattamento tributario previsto dalla normativa svedese in relazione alla fornitura di pasti ai dipendenti delle società in apposite mense *self-service*.

#### I QUESITI

1. — Se nel caso in cui questo *Regeringsrätt*, dinanzi al quale la controversia è attualmente pendente, dovesse giungere alla conclusione che l'operazione compiuta dalla società costituisca una cessione di beni — gli artt. 2 e 5, n. 6, della sesta direttiva IVA debbano essere interpretati nel senso che essi ostino a disposizioni nazionali a termini delle quali sussiste prelievo di un bene nel caso in cui il soggetto passivo ceda ad altri un bene a fronte di un corrispettivo inferiore al valore di acquisto del bene medesimo o di beni analoghi ovvero inferiore — quando risulti impossibile l'accertamento di tale valore — al costo intrinseco per il cedente.

2. — Se nel caso in cui questo *Regeringsrätten*, dinanzi al quale è pendente la controversia, dovesse giungere alla conclusione che l'operazione della società costituisca la prestazione di un servizio — gli artt. 2 e 6 n. 2, lettera b), della sesta direttiva IVA debbano essere interpretati nel senso che tali disposizioni ostino a disposizioni nazionali a termini delle quali sussiste il prelievo di un servizio nell'ipotesi in cui il soggetto passivo effettui o faccia effettuare, direttamente o indirettamente, a favore di se stesso o del proprio personale, per fini privati o comunque estranei a quelli dell'impresa, una prestazione di servizi a fronte di un corrispettivo inferiore ai costi di realizzazione della prestazione del servizio medesimo.

#### NOTA

L'Ufficio legislativo del Ministero dell'economia e delle finanze ha fatto pervenire il seguente avviso.

*«La questione in esame vede contrapposta, da un lato, l'amministrazione fiscale svedese, e dall'altro, una società di ristorazione che fornisce pasti anche al proprio personale dietro pagamento di un corrispettivo inferiore al costo dei medesimi.*

*In particolare, i quesiti rimessi al vaglio del giudice comunitario sono sostanzialmente mirati a stabilire se detta operazione di tale società costituisca:*

*una prestazione di servizio ovvero una cessione di beni;*

*un autoconsumo di servizi la cui base imponibile vada commisurata non sul corrispettivo pagato dal dipendente ma sui costi sostenuti dall'impresa per la fornitura del servizio medesimo.*

*Secondo la società ricorrente l'operazione posta in essere a favore dei propri dipendenti deve essere inquadrata fra le cessioni di beni, la cui base imponibile è costituita dal corrispettivo versato dal dipendente, ai sensi dell'articolo 11, parte A, n. 1 lettera a) della VI direttiva. A sostegno della propria tesi, la predetta società svedese ha richiamato la sentenza della Corte di Giustizia delle comunità europee relativa alla causa C-231/1994 nella quale viene precisato che l'inquadramento di un'operazione come prestazione, anziché come cessione, dipenderebbe sostanzialmente dalla presenza di servizi aggiuntivi e che l'esistenza di una mensa attrezzata, come offerta dei datori di lavoro, non può costituire elemento decisivo per considerare la distribuzione di pasti quale prestazione di ristorazione.*

*L'amministrazione fiscale svedese, di contrario avviso, ritiene che:*

*la citata sentenza della Corte debba essere interpretata nel senso che non è possibile considerare prestazione di un servizio di ristorazione unicamente la distribuzione di pasti mediante self-service, non accompagnata da alcuna altra prestazione di servizi, come ad esempio la preparazione nonché il trasporto del cibo, ai fini del successivo consumo, in posto diverso da quello di regola previsto;*

*l'operazione posta in essere dal soggetto passivo scandinavo costituisca autoconsumo di servizio e che la base imponibile sia pari ai costi sostenuti dalla società.*

*A tal proposito, è necessario rilevare una posizione di contrasto con la tesi sostenuta dalla predetta amministrazione fiscale che nella legislazione interna prevede l'ipotesi di autoconsumo anche in presenza di un corrispettivo inferiore al valore di acquisto (o al prezzo di costo intrinseco del bene ovvero inferiore al costo del servizio) mentre secondo la normativa nazionale, come principio di carattere generale, le ipotesi di autoconsumo sono limitate alle fattispecie in cui difetti uno specifico corrispettivo ed il valore (normale) della prestazione sia superiore a circa venticinque euro.*

*Inoltre, si osserva che in merito al trattamento fiscale in materia di IVA riservata ad analoga fattispecie della legislazione italiana, le operazioni dietro pagamento di corrispettivo poste in essere da mense aziendali per la somministrazione di pasti sono considerate, a prescindere dalle modalità, prestazioni di servizi, ai sensi dell'articolo 3, comma 2, n. 4) del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633 e per quanto concerne la base imponibile, essa è costituita, ai sensi dell'articolo 13, comma 1, del citato d.P.R. 633/1972 "dall'ammontare complessivo dei corrispettivi dovuti al cedente o prestatore secondo le condizioni contrattuali...".*

*Pertanto, dall'analisi di quanto esposto, si ritiene di rimettere al prudente apprezzamento di codesti Uffici di valutare l'opportunità di intervenire nella presente causa, sebbene non sembrano emergere elementi tali da giustificare un intervento da parte del Governo italiano.*

*Il Capo dell'Ufficio legislativo Italo Volpe».*

**Causa C-434/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – IVA – Regime IVA su beni a destinazione mista (privata e commerciale) – VI direttiva IVA n. 77/388/CEE – Ordinanza del «Hoge Raad» (Paesi Bassi) emessa il 10 ottobre 2003, notificata il 9 dicembre 2003 (ct. 1527/04, avv. dello Stato G. De Bellis).**

**IL FATTO**

Due cittadini tedeschi hanno richiesto alle competenti autorità olandesi la deduzione totale dell'IVA per un *bungalow* acquistato, per le vacanze, nei Paesi Bassi. Il bene era destinato tanto alla locazione (87,5%) come all'uso privato (12,5%), in conseguenza della locazione gli interessati sono soggetti d'imposta ai sensi della VI direttiva e sono, altresì, imprenditori ai sensi della locale legge sull'imposta sulla cifra d'affari 1968. Il giudice olandese ha accordato la deduzione di imposta solo per la parte relativa alla locazione del *bungalow* e non per la parte relativa al suo uso privato, perché il bene non sarebbe ascrivibile in questo caso al patrimonio d'impresa.

## I QUESITI

Se sia compatibile con la sesta direttiva, ed in particolare con l'art. 17, nn. 1, 2 e 6 nonché con l'art. 6, n. 2 — un sistema normativo come quello olandese che esclude la possibilità di scegliere se far rientrare interamente nel patrimonio di un'impresa un bene di investimento o un bene o servizio ad esso equiparato qualora l'acquirente utilizzi tale bene a servizio tanto nell'ambito dell'impresa quanto al di fuori di essa (in particolare a fini privati), esclude anche la possibilità di dedurre integralmente ed immediatamente l'imposta versata al momento dell'acquisto di tale bene o servizio e non prevede un prelievo dell'IVA come inteso all'art. 6, n. 2, lett. a) della sesta direttiva.

**C – 443/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Notifiche – Rifiuto ricezione atti – Omessa traduzione – Efficacia della notifica – Possibilità di sanare l'omissione** – Art. 8 del regolamento n. 1348 del 29 maggio 2000 – Ordinanza del «Hoge Raad» (Paesi Bassi) emessa il 21 ottobre 2003 e notificata il 1° dicembre 2003 (cs 43430/03, avv. dello Stato G. Fiengo).

## IL FATTO

Un cittadino olandese ha proposto ricorso per cassazione lamentando che la Corte di appello avrebbe commesso un errore di diritto negando una dichiarazione di contumacia nei confronti di una società di diritto tedesco che non aveva voluto accettare la notifica o comunicazione dell'atto di citazione, avvenuta secondo la normativa nazionale, in quanto tali atti erano privi di traduzione.

In tal modo non si sarebbe ottemperato all'art. 8 del regolamento (CE) n. 1348/2000 che riguardo alle notifiche dispone la consegna dell'atto di citazione nella lingua ufficiale dello Stato di consegna o in una lingua che sia compresa dal destinatario dell'atto. Pertanto, il giudice di merito avrebbe dovuto senz'altro dichiarare la contumacia della Società tedesca ovvero, in subordine, fissare una nuova udienza e ordinare che la società fosse nuovamente citata per tale giorno con sanatoria degli eventuali vizi della precedente notifica.

## I QUESITI

1. — Se l'art. 8, n. 1 del regolamento debba essere interpretato nel senso che, in caso di rifiuto da parte del destinatario di accettare l'atto, per il fatto che non sono state osservate le prescrizioni in materia di lingua di cui alla menzionata disposizione, sia aperta per il mittente la possibilità di porre rimedio a tale omissione.

2. — Per il caso in cui la soluzione alla questione 1 sia di senso negativo, se al rifiuto di accettare l'atto debba essere collegata la conseguenza che la notifica è del tutto priva di effetti.

3. — Per il caso in cui la soluzione alla questione 1 sia di senso affermativo:

a) entro quale termine e con quali modalità si debba portare a conoscenza del destinatario la traduzione. Se per l'invio della traduzione vengano i requisiti prescritti dal regolamento per le notifiche e le comunicazioni di atti o se l'invio sia in forma libera;

b) se alla possibilità di sanare l'atto si applichi il diritto processuale civile nazionale.



**Causa C- 446/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Imposte sulle persone giuridiche – Filiali – Succursali – Sgravi di gruppo – Artt. 43 e 48 CE**  
 Ordinanza del «*High Court of Justice*» (Regno Unito) emessa il 22 maggio 2003, notificata il 9 dicembre 2003 (cs. 1552/04, avv. dello Stato G. De Bellis).

#### IL FATTO

La ricorrente (*Marks and Spencer PLC* — che rappresenta la maggiore società commerciale e finanziaria per una serie di società britanniche ed estere e nel Regno Unito è *leader* nel mercato al dettaglio per l'abbigliamento, i prodotti alimentari ed i servizi finanziari — ha impugnato una decisione degli *Special Commissioners*, giudice tributario inglese di primo grado, che rispondeva negativamente alla sua domanda di sgravio di gruppo per le perdite occorse fra il marzo 1998 ed il marzo 2001 a talune delle sue filiali in Germania, Francia e Belgio, filiali non registrate nel Regno Unito nel periodo preso in esame.

#### I QUESITI

1. — Se sussista una restrizione ai sensi dell'art. 43 CE, in combinato disposto con l'art. 48 CE, e, in caso affermativo, se essa sia giustificata ai sensi del diritto comunitario, laddove, in una situazione in cui: *a)* disposizioni di uno Stato membro, come le disposizioni britanniche sullo sgravio di gruppo, vietano ad una società controllante registrata fiscalmente nel detto Stato di ridurre i suoi redditi imponibili deducendovi le perdite occorse in altri Stati membri a società controllate ivi registrate ai fini fiscali, mentre una siffatta deduzione sarebbe possibile qualora le perdite: fossero occorse a società controllate registrate nello Stato della società controllante; *b)* lo Stato membro della società controllante: — assoggetti una società registrata nel suo territorio all'imposta sulle persone giuridiche sull'insieme dei suoi profitti, compresi i profitti delle succursali in altri Stati membri, con accordi sulla disponibilità di sgravio della doppia imposizione per le imposte già riscosse in un altro Stato membro e per le quali sono già state prese in considerazione le perdite sofferte dalla succursale; — non assoggetti all'imposta sulle persone giuridiche i profitti non distribuiti delle filiali registrate in altri Stati membri; — assoggetti la società controllante all'imposta sulle persone giuridiche su tutto quanto le viene distribuito per via di dividendi dalle filiali registrate in altri Stati membri, mentre non assoggetta la società controllante all'imposta sulle persone giuridiche su quanto le viene distribuito per via di dividendi dalle società controllate registrate nello Stato della controllante; — garantisca lo sgravio della doppia imposizione alla società controllante mediante un credito nei confronti della ritenuta alla fonte sui dividendi e sulle imposte estere versate sui profitti sulla base dei quali sono stati distribuiti i dividendi dalle società controllate registrate in altri Stati membri.

2. — *a)* Se la soluzione della questione *sub* 1 possa eventualmente essere diversa qualora, sulla base dell'ordinamento dello Stato membro della filiale, sia possibile, in certe circostanze, ottenere uno sgravio per talune o tutte le perdite occorse alla filiale nei confronti dei profitti imponibili nello Stato della filiale.

b) Se possa modificare la soluzione l'importanza eventualmente da ricollegare al fatto che: — una filiale registrata in un altro Stato membro ha cessato il commercio e, sebbene una disposizione di tale Stato conceda, a determinate condizioni, lo sgravio delle perdite, non risulta che tale sgravio sia stato ottenuto; — una filiale registrata in un altro Stato membro è stata venduta a un terzo e, sebbene una disposizione di tale Stato conceda all'acquirente, a determinate condizioni, il diritto di avvalersi delle perdite, non è certo che esso se ne sia avvalso nel caso di specie; — gli accordi ai sensi dei quali lo Stato membro della società controllante prende in considerazione le perdite delle società registrate nel Regno Unito trovano applicazione indipendentemente dal fatto che le perdite siano state dedotte o meno in un altro Stato membro.

c) Se la soluzione sarebbe diversa qualora risultasse che lo sgravio è stato ottenuto per le perdite nello Stato membro in cui la filiale è registrata e, in questo caso, se rilevi il fatto che lo sgravio è stato ottenuto da un gruppo non collegato di società al quale è stata venduta la filiale.

**C-458/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Servizio di parcheggi pubblici a pagamento – Appalti di pubblici servizi – Concessione di pubblici servizi – Ordinanza del Tribunale Amministrativo – Sezione autonoma per la provincia di Bolzano, emessa il 23 luglio 2003 e notificata il 18 dicembre 2003 (cs 1558/04, avv. dello Stato G. Fiengo).**

#### IL FATTO

Alla base della controversia che ha innescato la presente causa pregiudiziale risiede la decisione del Comune di Bressanone (Bolzano) di attribuire, nel 2002, senza ricorso a gara, la gestione di un *parking* e di due *autosilos* sotterranei (il primo già esistente, il secondo da costruire), destinati a parcheggi pubblici a pagamento, all'Azienda Servizi Municipalizzati Bressanone S.p.A./A.G., società nata dalla privatizzazione — intervenuta nel 2000 — dell'allora azienda speciale «Servizi municipalizzati Bressanone», in spregio alle aspettative della *Società Parking Brixen S.r.l.*, che dal 1992 gestiva uno dei due parcheggi sotterranei, da lei stessa edificato.

#### I QUESITI

1. — Se nel caso di attribuzione della gestione di parcheggi pubblici a pagamento, oggetto della materia controversa, si tratti di un appalto di pubblico servizio ai sensi della direttiva 92/50/CEE ovvero di una concessione di pubblico servizio, nei cui confronti si applicano gli obblighi di parità di trattamento e trasparenza.

2. — Se, qualora si dovesse effettivamente trattare di una concessione di pubblico servizio avente ad oggetto la gestione di un servizio pubblico locale, l'attribuzione della gestione di un pubblico parcheggio a pagamento, che può essere effettuata senza svolgimento di pubblica gara ai sensi dell'art. 44, n. 6, lett. b) della legge regionale 4 gennaio 1993, modificata dall'art. 10 della legge regionale 22 gennaio 1998, n. 10 e ai sensi dell'art. 88, n. 6, lett. a) e b) del testo coordinato delle disposizioni sull'ordinamento dei comuni, sia

compatibile con il diritto comunitario e, in particolare, con i principi della libera prestazione dei servizi e della libera concorrenza, del divieto di discriminazione e degli obblighi che ne conseguono di parità di trattamento e di trasparenza come pure del principio di proporzionalità, nel caso in cui si tratti di una società per azioni che, conformemente all'art. 115 del decreto legislativo n. 267/2000, è stata costituita mediante la trasformazione di un'azienda speciale di un comune e il cui capitale azionario al momento dell'attribuzione era detenuto al 100% dal comune, ma il cui Consiglio di amministrazione dispone però dei più ampi poteri di ordinaria amministrazione entro un valore di Euro 5.000.000 per affare.

#### LE OSSERVAZIONI DEL GOVERNO ITALIANO

«..... Il giudice di rinvio dubita della legittimità della procedura di affidamento del servizio pubblico di parcheggio all'A.S.M. Bressanone S.p.a. che, conformemente all'art. 115 D.lgs. n. 267/2000, è stata costituita mediante la trasformazione dell'azienda speciale del Comune di Bressanone ed il cui capitale è detenuto al 100% dallo stesso Comune. Egli fonda la propria perplessità, in particolare, sugli ampi poteri di ordinaria amministrazione del consiglio di amministrazione della società che non consentirebbero di accostarla alla preesistente azienda speciale.

Tale doglianza non può essere accolta ed al fine di esplicitarne i motivi, appare anzitutto opportuno procedere alla definizione della natura giuridica di tali società menzionate all'art. 115 del D. lgs. n. 267/2000.

Dopo una iniziale fase di contrasto circa la qualificazione di esse come organismi di diritto pubblico ovvero come organismi di diritto privato distinti dall'amministrazione pubblica, dottrina e giurisprudenza si sono orientate escludendo che la semplice veste di S.p.a. sia idonea a trasformare la natura pubblicistica di soggetti che continuano ad essere affidatari di rilevanti interessi pubblici.

La tutela di questi ultimi non può infatti essere compresa in seguito al semplice mutamento della veste formale del soggetto giuridico che conserva la propria connotazione pubblicistica e continua ad operare in funzione strumentale rispetto all'ente locale che mantiene la titolarità del servizio pubblico.

È dunque la sola gestione di esso che viene delegata alla S.p.a. per garantire maggiori livelli di efficacia, efficienza ed economicità del servizio stesso, gestione che non vale di per sé a svincolare la società dal complesso organizzativo facente capo all'ente locale.

L'accoglimento della natura pubblicistica delle aziende speciali trasformate in società per azioni, rende agevole l'inquadramento di esse nell'amministrazione concedente e la loro stretta interdipendenza è peraltro evidente laddove si consideri la natura giuridica dell'atto di trasformazione. Non si tratta, infatti, di una vera e propria trasformazione, che presuppone una struttura societaria, bensì di un conferimento di azienda contestuale alla costituzione di una nuova società per azioni.

Il Comune si è pertanto avvalso della cd. gestione in house affidando direttamente il servizio ad un organismo costituito appositamente per gestire in via diretta i servizi pubblici locali, organismo che viene in realtà a palesarsi quale longa manus del Comune stesso.

*La considerazione che la società per azioni possieda una spiccata autonomia rispetto all'azienda speciale, non vale poi ad escluderne il collegamento funzionale con il Comune, anzi la stessa autonomia è finalizzata al più efficiente perseguimento dell'interesse pubblico.*

*Lo stesso termine adoperato dal legislatore, all'art. 115 del D.lgs. n. 267/2000, di trasformazione e non già di costituzione fa propendere per una visione del nuovo organismo ancorata all'azienda speciale da cui proviene, essendo dotato dei medesimi poteri e strumenti, discostandosene solo per la maggiore autonomia organizzativa.*

*Anche laddove poi non si potesse operare l'equiparazione tra azienda speciale e società per azioni, dato l'incremento di autonomia della società, tuttavia neppure si potrebbe procedere ad una qualificazione della S.p.a. come soggetto terzo rispetto all'ente locale che detiene interamente il suo capitale, circostanza questa che vale a giustificare il mancato espletamento della gara pubblica per la scelta del concessionario del servizio.*

*Al riguardo si deve anzi precisare che la possibilità di trasformare l'azienda speciale in società per azioni, è stata dettata proprio dall'esigenza di attuare il principio della libera concorrenza, stante il carattere non concorrenziale dell'attività delle aziende speciali e quindi nel pieno rispetto dei principi del prevalente diritto comunitario.*

*La trasformazione dell'azienda speciale in S.p.a. ha infatti aperto il campo all'eventuale ingresso di soci privati nella stessa, in attuazione del principio della libera concorrenza, data la brevità del termine (due anni dalla trasformazione) in cui è consentito all'ente locale di rimanere unico socio della società medesima.*

*Il principio della parità di trattamento imporrà quindi solo in tal caso, ossia nella scelta del socio privato, di ricorrere alla procedura ad evidenza pubblica, come del resto sancito dallo stesso art. 116 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali.*

*In conclusione, l'art. 115 del D.lgs. n. 267/2000, descrive il fenomeno della costituzione di enti pubblici strumentali nella forma di S.p.a., ovvero di strumenti di azione dell'ente locale; trattasi di entità formalmente private, ma sostanzialmente pubbliche poiché gravate da un vincolo di destinazione pubblicistica che ne consente una sostanziale assimilazione tra le stesse amministrazioni locali.*

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

*1. — che, nel caso di attribuzione della gestione di parcheggi pubblici a pagamento, oggetto della materia controversa sia una concessione di pubblico servizio, nei cui confronti si applicano gli obblighi di parità di trattamento e trasparenza;*

*2. — che l'attribuzione della gestione di un pubblico parcheggio a pagamento, senza svolgimento di pubblica gara ai sensi dell'art. 44, n. 6, lettera b) della legge regionale 4 gennaio 1993, modificata dall'art. 10 della legge regionale 22 gennaio 1998, n. 10 e ai sensi dell'art. 88, n. 6, lettera a) e b) del testo coordinato delle disposizioni sull'ordinamento dei Comuni, è compatibile con il diritto comunitario e, in particolare, con i principi della libera prestazione dei servizi e della libera concorrenza, del divieto di discriminazione e degli obblighi che ne conseguono di parità di trattamento e di trasparenza come pure del prin-*

*cipio di proporzionalità, anche nel caso in cui si tratti di una società per azioni che, conformemente all'art. 115 del decreto legislativo n. 267/2000, è stata costituita mediante la trasformazione di un'azienda speciale di un Comune e il cui capitale azionario al momento dell'attribuzione era detenuto al 100% dal comune, ma il cui il Consiglio di amministrazione dispone però dei più ampi poteri di ordinaria amministrazione entro un valore di Euro 5.000.000 per affare.*

*Roma, 4 febbraio 2004 - Avvocato dello Stato Giuseppe Fiengo».*

**Causa C-461/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Accertamento dell'invalidità di atti emanati da Istituzioni comunitarie – Importazione di prodotti nel settore dello zucchero diversi dai melassi – Dazi addizionali – Art. 4, nn. 1 e 2 regolamento (CE) 1423/95 – Ordinanza del «College van Beroep» (Paesi Bassi), emessa il 24 ottobre 2003 e notificata il 18 dicembre 2003 (cs. 3529/04, avv. dello Stato A. Cingolo).**

#### IL FATTO

Le questioni sono state sollevate nell'ambito di una controversia tra la *Gaston Schul Douane-Expeditie B.V.* (appellante) ed il Ministro olandese dell'Agricoltura (resistente) in merito alla riscossione a posteriori di dazi doganali addizionali per l'importazione di zucchero greggio di canna. Per l'appellante, infatti, solo qualora il prezzo di importazione sia inferiore al prezzo limite sarebbe dovuto un dazio addizionale, mentre il resistente ha basato il dazio addizionale sull'art. 15 del regolamento (CEE) del Consiglio 30 giugno 1981, n. 1785, relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore dello zucchero, come modificato dal regolamento (CE) del Consiglio 22 dicembre 1994, n. 3290.

#### I QUESITI

1. — Se un organo giurisdizionale, come inteso all'art. 234 CE, terzo comma, sia tenuto a rivolgersi alla Corte di giustizia con una questione pregiudiziale come quella che segue per stabilire la validità delle disposizioni di un regolamento, anche laddove l'invalidità di disposizioni corrispondenti di un altro regolamento simile sia stata dichiarata dalla Corte di giustizia, ovvero se le disposizioni sopra menzionate possano essere disapplicate, tenuto conto delle particolari analogie con le disposizioni dichiarate invalide.

2. — Se l'art. 4, nn. 1 e 2, del regolamento (CE) della Commissione 23 giugno 1995, n. 1423, che stabilisce le modalità di applicazione per l'importazione dei prodotti del settore dello zucchero diversi dai melassi, sia invalido nella parte in cui stabilisce che il dazio addizionale in esso menzionato, in via di principio, viene determinato sulla base del prezzo rappresentativo di cui all'art. 1, n. 1, del regolamento (CE) n. 1423/95, e che tale dazio è determinato sulla base del prezzo d'importazione della spedizione considerata solo nei caso in cui l'importatore ne faccia domanda.

**Causa C-467/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Apparecchio di video-sorveglianza – Nomenclatura tariffaria – Tariffa doganale comune – Nota 5E della nomenclatura combinata – Allegato I del regolamento (CE) n. 2031/01 che modifica al. I del regolamento (CE) n. 2658/87 – Ordinanza del «Finanzgericht» (Germania) emessa il 24 giugno 2003 nella causa tra Ikegami Electronics – Europa (ricorrente) e Oberfinanzdirektion Nurburg – Ufficio per le Imposte Doganali e per le Imposte di Consumo (convenuta), notificata il 29 gennaio 2004 (cs. 8901/04, avv. dello Stato G. De Bellis).**

#### IL FATTO

Il 6 dicembre 2001 la ricorrente ha chiesto all'Ufficio doganale (ZPLA) di Monaco di procedere alla classificazione doganale di un «*Digital Recorder SDR — G 8000-8*» come unità di elaborazione digitale nella sottovoce 8471 5090 della nomenclatura combinata. La ZPLA di Monaco non ha accolto tale richiesta ed ha inserito la merce nella sottovoce 8521 9000 900 della tariffa doganale come «apparecchio per la registrazione dell'immagine e del suono, senza nastri magnetici».

Contro tale decisione la ricorrente ha presentato un ricorso, col quale sostiene, in sostanza, che se la funzione di un apparecchio consiste nell'elaborazione dell'informazione, l'apparecchio deve essere classificato come macchina per l'elaborazione dell'informazione. Sia i singoli componenti del «*Digital Recorder SDR — G 8000-8*» sia il suo modo di funzionare hanno esclusivamente natura di elaborazione dell'informazione. Anche se sull'apparecchio è installato solo un *software* collegato alla funzione ed è sempre possibile installare altri programmi. L'equipaggiamento *standard* di un PC è una caratteristica idonea per la classificazione e tutti i componenti della presente merce devono essere classificati singolarmente nella voce 8471. Inoltre, a differenza dei videoregistratori tradizionali, questa apparecchiatura non può registrare alcuna immagine di sequenza animata, ma solo immagini isolate senza connessione tra loro.

#### IL QUESITO

Se la normativa comunitaria — nota 5E della nomenclatura combinata nella formulazione dell'allegato I del regolamento CE 23 ottobre 2001, n. 2031 che modifica l'allegato I del regolamento CE del consiglio n. 2658/87 relativo alla nomenclatura tariffaria e statistica ed alla tariffa doganale comune — vada interpretata nel senso che un apparecchio di videosorveglianza, che memorizza su disco fisso segnali di diverse videocamere per la riproduzione su schermi, esercita una funzione diversa dall'elaborazione dell'informazione.

**Causa C-469/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Associazione CEE-Turchia – Accordo di Schengen – Principio *ne bis in idem* – Procedimento penale per traffico di stupefacenti – Mancato esercizio di azione penale da parte di uno Stato membro per inizio di procedimento penale in altro Stato membro – Art. 54 Convenzione applicativa Accordo di Schengen – Ordinanza del Tribunale di Bologna (Italia), emessa il 22 settembre 2003 e notificata il 22 gennaio 2004 (cs. 10342/04, avv. dello Stato G. Aiello).**

#### IL FATTO

Nel febbraio 2001 M. F. M. è stato arrestato in Italia per traffico di droga, nell'ambito di una complessa indagine che ha visto la collaborazione delle auto-

rità italiane ed olandesi, e sottoposto ad una ordinanza di custodia cautelare in carcere emessa dal G.I.P. del Tribunale di Bologna. Un anno dopo il G.U.P. dello stesso Tribunale ha disposto la sostituzione della custodia cautelare carceraria con gli arresti domiciliari e successivamente revocato ogni misura cautelare per cui attualmente l'imputato è in uno stato di libertà.

Per gli stessi fatti criminosi l'Autorità giudiziaria olandese ha aperto un procedimento penale nei confronti del M. con l'accusa di traffico di droga in Olanda. Occorre osservare che al suddetto procedimento penale non ha fatto seguito azione penale nei confronti dell'imputato; e ciò in considerazione del fatto che, nel frattempo, in Italia era iniziato un procedimento penale nei confronti del M. per gli stessi fatti criminosi. L'Ufficio del procuratore del Tribunale di Amsterdam ha infatti respinto la richiesta della Procura di Bologna di cooperazione giudiziaria in materia penale per il caso in esame in virtù del principio «*ne bis in idem*».

#### IL QUESITO

Se debba applicarsi l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen 14 giugno 1985 qualora la decisione giudiziaria adottata nel primo Stato risulti essere di rinuncia a promuovere l'azione penale senza alcun giudizio nel merito del fatto e sul solo presupposto che si stia già procedendo in un altro Stato.

#### LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

«(omissis) Osservazioni giuridiche.

15. — *Come sottolineato dallo stesso Tribunale di Bologna, l'Accordo di Schengen e la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen 14 giugno 1985 hanno quali obiettivi l'eliminazione dei controlli alle frontiere al fine di garantire ai cittadini membri delle Comunità europee la libera circolazione e consentire all'Unione Europea di trasformarsi in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia.*

16. — *L'art. 54 della Convenzione si inserisce perfettamente in tale contesto di integrazione europea sancendo che una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna non possa essere eseguita.*

17. — *In sostanza tale norma introduce nell'ambito territoriale dell'Unione Europea il principio del ne bis in idem attraverso il quale si vuole garantire che una persona, esercitando il suo diritto alla libera circolazione, non sia sottoposta a procedimento penale per i medesimi fatti sul territorio di più Stati membri.*

18. — *Il suddetto articolo è stato oggetto di interpretazione, per la prima volta, da parte di codesta Corte di Giustizia delle Comunità Europee con la sentenza 11 febbraio 2003 (cause riunite C-187/2001 e C-385/2001).*

19. — *In tale sentenza codesta Corte ha affermato che il principio del ne bis in idem si applica anche alle procedure di estinzione dell'azione penale mediante le quali il pubblico ministero, legittimato a tal fine dall'ordinamento*

giuridico nazionale competente, decide di chiudere, senza l'intervento di un giudice, il procedimento penale a carico dell'imputato dopo che quest'ultimo ha soddisfatto certi obblighi e, in particolare, ha versato una determinata somma di denaro stabilita dal detto pubblico ministero.

20. — Di conseguenza, prosegue codesto Giudice, occorre, in primo luogo, rilevare, che nell'ambito di siffatte procedure, l'azione penale si estingue mediante una decisione emessa da un'autorità incaricata di amministrare la giustizia penale nell'ordinamento giuridico nazionale interessato.

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

22. — Di conseguenza gli elementi che determinano l'applicazione del principio del *ne bis in idem* nell'ambito delle procedure di estinzione dell'azione penale sono fondamentalmente due:

— la decisione di chiudere il procedimento penale a carico dell'imputato deve essere assunta da un organo legittimato dall'ordinamento giuridico nazionale ad amministrare la giustizia penale;

— il comportamento illecito dell'imputato deve essere «colpito» da tali procedure i cui effetti si esplicano solo a seguito dell'esecuzione da parte dell'imputato di certi obblighi impostigli dall'autorità giudiziaria.

23. — Una diversa lettura interpretativa, conclude codesta Corte, che limiti l'applicazione dell'art. 54 della CAAS alle sole decisioni di archiviazione dell'azione penale adottate da un giudice o emanate sotto forma di sentenza avrebbe il risultato di far beneficiare del principio del *ne bis in idem* previsto da questa disposizione e pertanto, della libera circolazione che quest'ultima mira ad agevolare, i soli imputati colpevoli di reati per i quali, a causa della loro gravità o delle sanzioni per essi applicabili, è impossibile far ricorso a procedure alternative semplificate.

24. — Alla luce dell'orientamento giurisprudenziale suesposto, si ritiene condivisibile quanto affermato dal Tribunale di Bologna circa l'erroneità dell'interpretazione posta in essere dalla Procura Olandese ed avente ad oggetto il disposto dell'art. 54 della CAAS.

25. — L'applicazione di tale articolo e, di conseguenza, del principio del *ne bis in idem* da esso espresso, ruota, infatti, intorno al concetto di "sentenza definitiva".

26. — Come detto in precedenza, codesta Corte di Giustizia delle Comunità Europee ha chiarito che tale concetto ricorre in presenza dei due elementi fondamentali cui si è già accennato.

27. — Orbene, nel caso di specie, non si ravvisa l'applicazione da parte delle Autorità Olandesi di una procedura che abbia «colpito» il comportamento illecito dell'imputato.

28. — Dai documenti in possesso del Tribunale di Bologna sembra, infatti, emergere che la Procura di Amsterdam si sia limitata a rinunciare all'esercizio dell'azione penale nei confronti del M. a causa della pendenza di un procedimento penale in Italia a carico dello stesso imputato e per gli stessi fatti criminosi.



29. — *Non si può, dunque, legittimamente sostenere che il provvedimento adottato dalla Procura Olandese e qualificato dalla medesima “decisione finale di un giudice” possa essere considerato alla stregua della “sentenza definitiva” di cui all’art. 54 della CAAS.*

30. — *Sulla base delle considerazioni espresse appare evidente che le Autorità Giudiziarie Olandesi hanno erroneamente ravvisato un’ipotesi di ne bis in idem nella fattispecie in esame e altrettanto erroneamente hanno opposto alle Autorità Giudiziarie Italiane il loro rifiuto di assistenza legale.*

31. — *Diversamente opinando si permetterebbe di far prevalere aspetti procedurali o meramente formali, che ovviamente variano a seconda degli Stati membri interessati, sullo scopo della disposizione contenuta nell’articolo 54.*

32. — *In particolare tale prevalenza rischierebbe di trasformare una legittima garanzia in una iniqua sostanziale immunità, privando entrambi gli Stati della concreta possibilità di sottoporre l’imputato ad un effettivo accertamento delle sue responsabilità.*

33. — *Ricordiamo infatti che il provvedimento assunto dalle Autorità Olandesi nei confronti del M. si è concretizzato in realtà in una rinuncia all’esercizio dell’azione penale senza accertamento alcuno delle sue responsabilità proprio in considerazione del fatto che il compito di perseguire penalmente il M. spettava alle Autorità giudiziarie Italiane.*

34. — *Parimenti il Tribunale di Bologna si troverebbe nella reale impossibilità di accertare la colpevolezza o l’innocenza dell’imputato.*

35. — *Infatti l’Autorità Giudiziaria Italiana, qualora accogliesse la lettura interpretativa che dell’articolo 54 ha prospettato la Procura di Amsterdam, non potrebbe instaurare un nuovo processo in Italia a carico del M. essendo stato lo stesso già giudicato con «decisione finale di un giudice» e dunque ostandovi il principio del ne bis in idem.*

36. — *Al contrario, anche nell’ipotesi in cui non ravvisasse un caso di ne bis in idem così come prospettato dalle Autorità Olandesi, il Tribunale di Bologna sarebbe costretto a valutare la responsabilità del M. senza l’importante contributo rappresentato dal materiale probatorio acquisito dalle suddette Autorità e l’indispensabile assistenza giudiziaria delle stesse.*

*Alla stregua di quanto precede il Governo Italiano ritiene che l’Art. 54 della Convenzione debba essere interpretato nel senso della non ricorrenza del limite del divieto del ne bis in idem per l’attivazione o la prosecuzione dell’azione penale nei casi in cui vi sia stata una mera rinuncia al suo esercizio da parte di uno dei Giudici nazionali che si sono pronunciati sul caso concreto.*

*Roma 22 marzo 2004 - Avvocato dello Stato Giacomo Aiello».*

**Causa C-472/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – IVA – Nozione di operazioni di assicurazione – Esenzioni IVA – Art. 13, parte B, lett. a) della Direttiva 77/388/CEE (sesta direttiva IVA) – Ordinanza del «Hoge Raad der Nederlanden» (Paesi Bassi) emessa il 7 novembre 2003, notificata il 22 gennaio 2004 (cs. 10340/04, avv. dello Stato G. De Bellis).**

#### IL FATTO

La società *Andersen Consulting Management Consultants (ACMC)* faceva parte dell’*Arthur Andersen e Co Accountants*, che costituiva un’unità

fiscale ai fini dell'IVA. Nel maggio 1997 la *Royal nederland Verzekeringsgroep N.V.*, la *Universal Leven N.V.* (UL) e l'ACMC stipulavano un accordo denominato «accordo di ripartizione degli utili», in base al quale la ACMC provvedeva ad assumere a favore dell'UL varie attività, che nell'accordo venivano indicate come «attività di supporto di ufficio» (*backoffice*).

L'UL assumeva l'impegno di sviluppare e, tramite agenti, concludere assicurazioni sulla vita, e a tale titolo forniva prestazioni esenti da IVA, ai sensi dell'art. 11, n. 1, lett. *k*) della legge sull'imposta sulla cifra d'affari del 1968. Nell'accordo sulla ripartizione degli utili vengono previste disposizioni per la remunerazione base e per la remunerazione minima delle attività di *backoffice*. La remunerazione base viene calcolata mensilmente dall'ACMC facendo riferimento a due elementi: il portafoglio contratti e la raccolta premi. Le disposizioni relative alla remunerazione minima comportano che l'ACMC riceve una remunerazione minima nel caso in cui la remunerazione base, calcolata su base annuale, risulti inferiore al detto importo.

La questione discussa dinanzi alla Corte d'Appello era se l'interessato fosse debitore dell'imposta del giro d'affari realizzato per conto dell'UL con riferimento alle attività di *backoffice*.

#### IL QUESITO

Se le attività prestate dal soggetto passivo di imposta, ACMC, in esecuzione del detto accordo con l'UL, rientrano nel concetto di «prestazioni di servizi relative a (...) operazioni (di assicurazione e riassicurazione), effettuate dai mediatori e dagli intermediari di assicurazione» ai sensi dell'art. 13 B, lett. *a*), della sesta direttiva.

**Causa C-484/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) IVA – Microprocessori – Imposta a monte – Nozione di soggetto passivo che agisce in quanto tale – Attività economica – Cessione di beni – Frode – Art. 28 CE – Art. 2, n. 1, art. 4 ed art. n. 1 sesta direttiva – Ordinanza del «High Court of Justice» (Regno Unito) emessa il 27 ottobre 2003, notificata il 29 gennaio 2004 (cs. 8892/04, avv. dello Stato G. De Bellis).**

#### IL FATTO

La società ricorrente è la *Bond House System Limited* che all'epoca dei fatti commerciava prevalentemente in microprocessori («*central process units*» o CPU). La sua attività consisteva soprattutto nell'acquisto da operatori registrati ai fini IVA nel Regno Unito di CPU che poi vendeva ad operatori registrati ai fini IVA in altri Stati membri. Il convenuto è il *Commissioners of Customs and Excise*, l'ufficio responsabile per la gestione e la riscossione dell'IVA nel Regno Unito.

In linea di principio una società come la ricorrente, che paga l'IVA sui suoi acquisti, acquisisce un credito d'IVA per il fatto che le sue vendite ad altri Stati membri, denominate nel Regno Unito come vendite «ad aliquota zero», sono esenti ed incorporano il diritto di richiedere il rimborso dell'imposta pagata a monte. È quanto ha fatto la società ricorrente quando, nel maggio 2002, ha presentato una dichiarazione IVA con cui chiedeva il rim-

borso dell'importo addebitato a titolo IVA, da essa pagata sui suoi acquisti per una somma pari a più di sedici milioni di sterline. Il Convenuto ha, però, respinto questa richiesta, sostenendo che la maggior parte delle transazioni economiche effettuate erano da inserire in una «frode a carosello»: una sorta di concatenazione di acquisti e vendite tra diverse aziende in cui è almeno una che lucra un guadagno illecito. Accogliendo questa tesi il Tribunale ha sostenuto che gli acquisti della ricorrente non potevano essere considerati come inviti economiche ai sensi della sesta direttiva ed esulavano dall'ambito di implicazione dell'IVA.

#### I QUESITI

1. — Se (in ordine all'interpretazione dell'art. 28 CE, nonché della sesta direttiva sull'IVA) nelle circostanze rilevanti per la fattispecie:

a) la ricorrente fosse un «soggetto passivo che agisce in quanto tale» ai sensi dell'art. 2, n. 1, della sesta direttiva allorché ha acquistato microprocessori (CPU) da venditori britannici e ha venduto gli stessi ad acquirenti non britannici;

b) la ricorrente stesse svolgendo una «attività economica» ai sensi dell'art. 4 della sesta direttiva allorché ha acquistato CPU da venditori britannici ed ha venduto i medesimi ad acquirenti non britannici;

c) l'acquisto da parte della ricorrente di CPU da venditori britannici fosse una «cessione di beni» alla ricorrente, od una «cessione di bene» da parte della ricorrente ai sensi dell'art. 5, n. 1, della sesta direttiva;

d) la vendita da parte della ricorrente di CPU ad acquirenti non britannici fosse una «cessione di beni» da parte della ricorrente ai sensi dell'art. 5 n. 1 della sesta direttiva.

2. — Se dalle risposte alle precedenti questioni *sub 1*, lett. a) e d), possa derivare una violazione dei principi generali del diritto comunitario e, in particolare, dei principi di proporzionalità e di certezza del diritto.

**Causa C-525/03 (Commissione c/ Repubblica italiana) – Ricorso per inadempimento – Non corretta applicazione – Gare d'appalto per l'acquisizione di veicoli aerei per la lotta agli incendi boschivi – Titoli III e IV direttiva 93/36/CEE e titoli III e V direttiva 92/50/CEE; notificato l'8 gennaio 2004 (ct. 1500/04, avv. dello Stato G. Fiengo).**

#### IL RICORSO

Il ricorso è diretto a far constatare che la Repubblica italiana, avendo adottato l'art. 1, secondo comma e l'art. 2, primo, secondo e terzo comma, dell'ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 3231 del 24 luglio 2002, che consentono:

– di ricorrere alla trattativa privata, in deroga alle disposizioni delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici di forniture e di servizi e, in particolare, alle norme comuni di pubblicità e di partecipazione previste dai titoli III e IV della direttiva 93/36/CEE, per l'acquisto di velivoli aerei per la lotta agli incendi boschivi nonché per l'acquisizione di servizi di spegnimento degli incendi;

– di far ricorso alla procedura suddetta per l'acquisto di attrezzature tecnologiche ed informatiche nonché di apparati radio ricetrasmittenti, senza che alcuna delle condizioni legittimanti la deroga alle suddette norme comuni sia soddisfatta e, comunque, senza garantire alcuna forma di pubblicità diretta a consentire un confronto concorrenziale fra i potenziali offerenti,

ha violato gli obblighi che Le incombono in virtù della direttiva 93/36/CEE, della direttiva 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, nonché degli articoli 43 e 49 del Trattato CE.

#### IL CONTRORICORSO

«Diritto. *Dai fatti esposti appare evidente la assoluta estraneità tra i fatti e comportamenti relativi alle gare (sospese e ripristinate dal giudice amministrativo) e l'acquisto di due elicotteri AB 412 EP che traggono origine, in un contesto di emergenza quale quello specificatamente indicato nell'ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 3231 del 24 luglio 2002, da normali processi di completamento della flotta esistente. Si verte comunque in un ambito riservato alla valutazione concreta dell'amministrazione che, legittimamente, ha ritenuto di doversi approvvigionare di due elicotteri, specificatamente individuati come Agusta AB412 EP complementari alle strutture già utilizzate per il suo servizio e immediatamente utilizzabili nel contesto dell'emergenza.*

*Valgono al riguardo le seguenti argomentazioni.*

*A sostegno della legittimità dell'acquisto dei suddetti elicotteri da parte dell'Agusta mediante il ricorso alla trattativa privata, in attuazione di quanto sancito dall'ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri, appare opportuno richiamare l'art. 6 par. 6 della direttiva 93/36/CEE (appalti pubblici di forniture), dalla cui lettera d) si evince che si può ricorrere alla trattativa privata, senza preliminarne pubblicazione di un bando di gara, «nella misura strettamente necessaria, quando l'eccezionale urgenza risultante da avvenimenti imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice non sia compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte e ristrette o da quelle negoziate; le circostanze addotte non devono essere in nessun caso imputabili all'amministrazione».*

*L'operato del Corpo Forestale dello Stato, autorizzato dal Presidente del Consiglio dei Ministri ad individuare, con somma urgenza, i mezzi aerei ritenuti più idonei all'assolvimento dei suoi compiti e ad acquisire la disponibilità degli stessi a trattativa privata, si è dunque rivelato pienamente in linea con la previsione legislativa richiamata che consente di derogare all'esperienza della gara pubblica in presenza di determinati presupposti. Primo fra tutti il requisito dell'urgenza che sola legittima il ricorso alla trattativa privata, urgenza connessa all'indifferibilità dell'atto dovuta alla situazione di pericolo inevitabile che minaccia gli interessi pubblici.*

*In particolare, nella fattispecie in esame, il rischio di insorgenza di situazioni di grave pericolo a persone e a cose era determinato dai fenomeni di eccezionale siccità che hanno colpito il nostro territorio nei primi mesi del 2002, i quali avrebbero richiesto un'intensa e non preventivabile attività di lotta agli incendi boschivi che sarebbero peraltro aumentati in conseguenza dell'innalzamento delle temperature tipico del periodo estivo.*

*A conferma del quadro calamitoso assolutamente sintomatico della gravità del contesto, va poi sottolineato il dato significativo che, nei primi tre mesi del 2002, la flotta area statale ha effettuato mille ore di volo sul fuoco, a fronte di appena duecento nel 2001.*

*Tali considerazioni valgono pertanto ad evidenziare il carattere meramente rafforzativo dell'ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri che ha autorizzato l'acquisto dei due velivoli per il potenziamento della flotta aerea nella disponibilità del Corpo Forestale dello Stato, collocandosi essa in un contesto eccezionale che di per sé avrebbe consentito di derogare alla normativa comunitaria, pur in assenza di un specifico atto amministrativo in tal senso.*

*L'ordinanza n. 3231 del 24 luglio 2002 si palesa dunque come un quid pluris (adottato in funzione di dare certezza in ordine alla reale situazione di emergenza agli operatori amministrativi) idoneo ad avallare ulteriormente la procedura negoziata che sarebbe stata normalmente seguita in conformità alla normativa comunitaria, che non richiede, in caso di ricorrenza dell'urgenza, nessuna adozione di atto propedeutico.*

*Per quanto poi attiene al requisito dell'urgenza non può in nessun caso esser accolta la tesi avanzata dalla Commissione che ne nega la ricorrenza per la semplice circostanza che la legge n. 68/1998, quattro anni prima, avesse previsto la necessità di procedere all'acquisto di elicotteri. Mentre, infatti la legge si concreta in una previsione astratta, preventiva rispetto ad eventi futuri e di carattere generale, l'ordinanza di protezione civile si colloca in un contesto concreto, determinato e circoscritto, rispetto al quale prevede una regolamentazione ad hoc, destinata a produrre effetti delimitati dalle stesse necessità che ne hanno determinato l'emanazione. In particolare la legge n. 61/1998 non contiene alcun riferimento ad una specifica e determinata situazione emergenziale ma si limita a descrivere la funzione per la quale veniva autorizzato l'acquisto di un certo numero di elicotteri «per prevenire e fronteggiare gravi situazioni di pericolo o di danno a cose o persone». Non sembra in altri termini corretto sul piano logico e giuridico dedurre dall'esistenza nell'ordinamento nazionale di una legge che consente semplicemente di approvvigionare le amministrazioni di elicotteri anti-incendio, l'insussistenza di un'urgenza successivamente dichiarata per far fronte ad una situazione di necessità effettivamente determinatasi in termini vasti ed imprevedibili.*

*Si deve peraltro precisare che la suddetta ordinanza, è stata emessa sulla base della decretazione dello stato di emergenza nel territorio nazionale ai fini della lotta aerea agli incendi boschivi, emanata dal Presidente del Consiglio dei Ministri in data 28 giugno 2002. In verità, nel ricorso presentato dalla Commissione delle Comunità Europee non v'è alcuna menzione del suddetto decreto con la conseguenza che detta carenza vale ad inficiare la validità della stessa contestazione che avrebbe dovuto interessare non solo l'ordinanza di protezione civile, quale atto finale, ma anche la decretazione che ne costituisce il logico antecedente e presupposto fondante.*

*A riprova del contesto assolutamente eccezionale nel quale sono stati esercitati i suddetti poteri extra ordinem da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri, è poi opportuno specificare l'assoluta novità della decretazione dello stato di emergenza nel settore degli incendi boschivi, la cui validità temporale*

*era peraltro limitata al 31 ottobre 2002 e che, non essendo stata oggetto di proroga, ha terminato di espletare i suoi effetti. La definita validità temporale della predetta deliberazione testimonia, pertanto, a favore della tesi della eccezionalità, straordinarietà ed imprevedibilità degli eventi posti a fondamento della deliberazione medesima ed è, al contempo, causa di cessazione della materia del contendere dato che l'ordinanza n. 3231 del 24 luglio 2002 è divenuta priva di ogni efficacia prima ancora che qualsiasi organismo comunitario ne contestasse la legittimità e/o ne chiedesse la rimozione.*

*Per dovere di completezza va peraltro sottolineata la ricorrenza degli ulteriori requisiti richiesti dall'art. 6, par. 4, lett. d), della direttiva 93/36/CEE per giustificare il ricorso alla trattativa privata, quali la misura strettamente necessaria della deroga rispetto alla procedura dell'evidenza pubblica e la non imputabilità delle circostanze addotte dall'amministrazione a sostegno della deroga medesima. È infatti evidente che l'esiguità del numero di elicotteri acquistati (due) non può che confermare la stretta necessarietà della procedura seguita dal Corpo Forestale dello Stato per fronteggiare un obiettivo incremento degli incendi assolutamente anomalo, imprevedibile e di eccezionale consistenza connesso, tra l'altro, ad eventi meteorologici che, come tali, ben possono considerarsi quali cause di forza maggiore, assolutamente inimputabili all'amministrazione.*

*Le considerazioni svolte risultano confermate nella Determinazione n. 18/2000 del 5 aprile 2000 dell'Autorità sui lavori pubblici, laddove si legge che le situazioni d'urgenza idonee a giustificare l'esperimento della trattativa privata vanno circoscritte in ambiti definiti e che l'urgenza deve essere qualificata, non generica e deve corrispondere ad esigenze eccezionali e contingenti e tale da far ritenere che il rinvio dell'intervento comprometterebbe irrimediabilmente il raggiungimento degli obiettivi che la stazione appaltante si è posta mediante la realizzazione dell'intervento stesso (cfr. anche C. Conti, Sez. contr., 9 gennaio 1996, n. 1).*

*Anche la giurisprudenza (T.A.R. Puglia, n. 208/1997) ha ammesso in linea di principio, in un caso analogo, la derogabilità delle direttive comunitarie per effetto del rapporto tra diritto comunitario e nazionale, con particolare riferimento ad un appalto indetto ed aggiudicato in virtù di un'ordinanza necessitata, costituita da un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri dichiarativo dello stato di emergenza relativo alla situazione socio-economico-ambientale della regione Puglia.*

*La conformità dell'ordinanza alla normativa comunitaria e quindi la sua piena legittimità deve poi essere sostenuta, oltre che sulla base della gravità, eccezionalità ed imprevedibilità della situazione relativa agli incendi boschivi nel 2002, anche muovendo dalla considerazione che il Corpo Forestale dello Stato ha acquistato i due elicotteri Agusta per mantenere invariato il numero della flotta, che era passato da 21 a 19, in perfetta aderenza alla disposizione di cui all'art. 6, part. 3, lett. e), della direttiva 93/36/CEE. Si legge infatti da tale articolo che il ricorso alla trattativa privata è ammesso anche «per le forniture complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o impianti d'uso corrente o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora la sostituzione del fornitore obblighi l'ammini-*

strazione aggiudicatrice ad acquistare materiale di tecnica differente, l'impiego o la manutenzione del quale comporti incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate ...».

*Pertanto, anche nella denegata ipotesi in cui non si rinvenisse il requisito dell'urgenza, la molteplicità degli incendi divampati su tutto il territorio nazionale nel 2002 vale di per sé a giustificare l'acquisto dei due elicotteri da parte dell'amministrazione che, in conformità al principio di ragionevolezza che sostiene l'attività amministrativa ha ritenuto di provvedere in tal senso alla cura dei pubblici interessi, ispirando altresì il proprio operato ai consueti criteri di efficacia, efficienza ed economicità.*

*Infatti, proprio in considerazione della necessità di sostituire due elicotteri bimotore ormai danneggiati in seguito ai numerosi interventi, si è optato per il ripristino della flotta esistente attraverso l'acquisizione di elicotteri già in dotazione del Corpo Forestale dello Stato, elicotteri del tipo di quelli prodotti dalla Società Agusta e rispetto ai quali, la stessa Commissione Interministeriale (CFS e Aeronautica), redigendo il «Requisito tecnico per la fornitura di elicotteri bi-turbina leggeri per il Corpo Forestale dello Stato», ne aveva suggerito il potenziamento.*

*Recente giurisprudenza ha poi affermato che gli elicotteri su cui si controverte sono gli unici che soddisfano pienamente le esigenze logistiche dell'Amministrazione per i motivi di standardizzazione dei materiali in esercizio ed economicità della gestione, ritenendo che venga, in tal caso, in considerazione un «approvvigionamento complementare effettuato dal fornitore originario». La valorizzazione delle esigenze riguardanti la standardizzazione dei materiali e della economicità della gestione, si rivela pienamente rispondente all'operata scelta di ricorrere alla trattativa privata per l'approvvigionamento degli elicotteri in questione, attesa l'identità di tipologia da questi rivelata rispetto ai mezzi già in uso presso una pluralità di Forze con cui, tra l'altro, viene assicurato un sistema di interoperatività funzionale.*

*Per quanto concerne in particolare il modello di elicottero AB 412, osserva la stessa giurisprudenza, l'approvvigionamento di ulteriori esemplari di tale velivolo, ha consentito l'ottimizzazione delle esigenze di mantenimento del già raggiunto standard di condizioni complessive di navigabilità dell'aeromobile, attraverso il coordinamento e la pianificazione di acquisite modalità operative concernenti le riparazioni, la manodopera, la disponibilità della componentistica di ricambio, la formazione del personale specialista; intuibilmente, l'acquisizione di un modello diverso di aeromobile — venendo, nel caso di specie, in considerazione l'esigenza di completamento di una flotta già composta di elicotteri del tipo AB 412 — avrebbe necessariamente determinato un ben diverso impatto sulle modalità operativo-gestionali, sia in termini di riconversione e riqualificazione delle professionalità maturate, sia in relazione all'esigenza di diversificare le fonti di approvvigionamento della componentistica di ricambio e, più in generale, il complesso delle attività manutentive del mezzo (T.A.R. Lazio, Sez. I-bis, n. 9088/2003).*

*A completamento di quanto in precedenza esposto, appare infine giustificato anche il richiamo all'art. 6, par. 3, lett. c), della direttiva 93/36/CEE, laddove si ammette il ricorso alla trattativa privata «per le forniture la cui fabbri-*

cazione o consegna può essere affidata, a causa di particolarità tecniche, artistiche o per ragioni inerenti alla protezione di diritti di esclusiva, unicamente ad un fornitore determinato». *In realtà, infatti, l'Agusta è la sola società in grado di fornire i velivoli AB412, bimotori medi, omogenei alla flotta esistente, in quanto ne detiene la privativa industriale con i requisiti tecnici ed il grado di perfezionamento richiesto.*

*In linea di fatto si rappresenta che il T.A.R. Lazio, con una decisione di cui è noto il solo dispositivo, ha di recente rigettato il ricorso proposto da un'impresa (per la verità, non appartenente all'area comunitaria) avverso l'acquisto dei due elicotteri Agusta AB412, presumibilmente proprio sulla base di tali argomentazioni, dal momento che era contestata in quella sede dalla parte privata proprio la violazione della normativa comunitaria.*

*Allo stato e salvo ogni successivo sviluppo della vicenda all'esito degli accertamenti che risulterà ulteriormente possibile esperire, il Governo italiano conclude chiedendo che sia dichiarata la cessazione della materia del contendere ante causam ovvero che il ricorso della Commissione sia respinto perché non fondato.*

*Roma lì 19 febbraio 2004 - Avvocato dello Stato Giuseppe Fiengo»*

**Causa C-536/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – IVA – Impresa immobiliare – Settore vendita (esente) e settore appalti (imponibile) – Volume degli affari – Calcolo percentuale di deduzione di IVA – Prorata di deduzione – Art. 19, n. 1 Direttiva 77/388/CEE – VI direttiva – Ordinanza del «Supremo Tribunal Administrativo» (Portogallo) emessa il 22 dicembre 2003, notificata il 9 febbraio 2004 (cs. 13179/04, avv. dello Stato G. De Bellis).**

#### IL FATTO

La società portoghese ricorrente, Antonio Jorge Lda, dedita all'esercizio di attività di edilizia civile e di opere pubbliche, sostiene l'errore tecnico dell'Amministrazione finanziaria nel calcolo delle somme dovute dal soggetto passivo a titolo di IVA, ai sensi dell'art. 23, n. 4 del CIVA.

L'Amministrazione avrebbe, infatti, escluso dal denominatore della frazione di cui all'art. 19, n. 1 della sesta direttiva la *variazione di valore alla produzione o delle opere in corso di esecuzione*, ai fini del calcolo del prorata di deduzione, negando in tal modo alla società edilizia portoghese il diritto alla deduzione parziale dell'IVA. La ricorrente afferma che la variazione di valore alla produzione o delle opere in corso corrisponderebbe, infatti, ai costi sostenuti da un'impresa in un dato esercizio e non integrerebbe, invece, il concetto di volume d'affari annuo cui si riferisce l'art. 19 della Direttiva 77/388/CEE; non aggiungerla nel calcolo del pro rata di deduzione significherebbe imporre alla stessa un doppio impiego dei costi, dal momento che si ridurrebbe la percentuale di deduzione IVA cui essa, soggetto passivo, avrebbe diritto.

#### IL QUESITO

Se l'art. 23, n. 4 del CIVA (codice IVA), vigente in Portogallo, che dà attuazione all'art. 19 della Direttiva 77/388/CEE, sia compatibile con tale



norma qualora sia interpretato nel senso che ai fini del calcolo della percentuale di deduzione IVA (il c.d. prorata) posta a carico del detto soggetto si debba prendere in considerazione nel denominatore della frazione, oltre al volume di affari annuo, anche il valore delle opere in corso alla fine di ciascun anno e non ancora commercializzate, a seguito dell'acquisizione di beni e servizi destinati all'attività in ambedue i settori (le c.d. acquisizioni di immobilizzazioni). Ovvero nel senso di prendere in considerazione unicamente il volume degli affari.



# IL CONTENZIOSO NAZIONALE

*Dossier*

## **A proposito di recenti controversie sull'esposizione del crocefisso nelle aule scolastiche (\*)**

La recente cronaca giudiziaria, e non, ha rivestito di attualità la discussione attorno alla laicità nella nostra società e nel nostro ordinamento giuridico. L'aspetto attorno al quale si sono sviluppate vivaci discussioni è quello del rapporto fra spazio pubblico e simboli religiosi, sotto il duplice profilo dei simboli imposti dallo Stato in quello spazio, la cosiddetta «questione del crocefisso», e dei simboli portati dai singoli in quello stesso spazio, la cosiddetta «questione del velo». In questa sede ci occuperemo del primo dei due.

Il primo atto che ha illuminato la scena è stata l'*ordinanza* del Tribunale dell'Aquila 3 ottobre 2003 nel procedimento 1383/03. Con la nota decisione il giudice condannava «l'istituto comprensivo di scuola materna ed elementare di Navelli, [...], a rimuovere il crocefisso esposto nelle aule della scuola materna ed elementare "Antonio Silveri" di Ofena». La causa era nata da un ricorso *ex art. 700 c.p.c.* proposto da un genitore di fede islamica, in proprio ed in quanto esercente la patria potestà sui figli minori frequentanti, uno, la scuola materna, l'altro, la scuola elementare in questione, al fine di ottenere la rimozione del crocefisso dalle aule frequentate dai figli. Sul reclamo *ex art. 669-terdecies c.p.c.*, proposto dall'istituto comprensivo di Navelli e dal Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, si è pronunciato poi il Collegio dichiarando «il difetto di giurisdizione del giudice ordinario in ordine alla domanda proposta con ricorso *ex art. 700 c.p.c.* [...]», revocando per l'effetto l'*ordinanza* pronunciata in prima istanza.

---

(\*) I materiali di studio sono stati in gran parte forniti dalle Avvocature distrettuali dello Stato di Bologna, L'Aquila e Venezia.

Nello stesso filone si inserisce anche la controversia tuttora pendente davanti alla Corte costituzionale e sospesa davanti al Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, sezione I, quale giudice *a quo* con ordinanza (di rimessione) 13 novembre 2003, depositata il 14 gennaio 2004. In questo caso la madre di due studenti di scuola elementare aveva impugnato la deliberazione del 27 maggio 2003 del Consiglio di Istituto dell'Istituto comprensivo statale «Vittorino da Feltre» di Abano Terme, che, respingendo una contraria proposta di delibera, ha disposto «di lasciare esposti i simboli religiosi» all'interno della scuola (1).

Cerchiamo dunque di esaminare gli aspetti più rilevanti della questione (2).

### *La giurisdizione.*

Il primo aspetto da discutere è sicuramente quello della giurisdizione, in altre parole se essa spetti al giudice ordinario o a quello amministrativo. La questione non è di poco momento visto il diverso strumentario di rimedi che l'ordinamento appresta a favore delle due istanze.

Punto centrale è il disposto dell'art. 33 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, così come modificato dall'art. 7 della legge 21 luglio 200, n. 205, il quale recita: «1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi [...]. 2. Tali controversie sono in particolare quelle: [...] e) riguardanti le attività e le prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell'espletamento di pubblici servizi, ivi comprese quelle rese nell'ambito del Servizio sanitario nazionale e della pubblica istruzione, con esclusione dei rapporti individuali d'utenza con soggetti privati, delle controversie meramente risarcitorie che riguardano il danno alla persona o a cose [...]».

Vediamo innanzitutto come si sono orientate le tre pronunce menzionate. Non va peraltro dimenticato che le cause non si presentano del tutto identiche, essendovi il primo caso una domanda tendente alla rimozione del crocefisso dalle aule di scuola materna ed elementare, nel secondo l'impugnazione di una delibera del consiglio di istituto; tuttavia sembra che la soluzione possa essere la stessa nei due casi.

L'ordinanza 23 ottobre 2003 del Tribunale dell'Aquila si pronuncia a favore della giurisdizione ordinaria (punto 2 della motivazione) e lo fa sulla base di due motivi. In primo luogo configura il caso di specie come una

---

(1) Vi è in verità una terza notizia che tocca questo stesso argomento, riferita dai quotidiani del 2 aprile scorso: il giudice Luigi Tosti del Tribunale di Camerino ha deciso di tenere udienza portando con sé due *menorah* minacciando di sospendere le sue funzioni e denunciare per discriminazione religiosa chi avesse cercato di imporgli di rimuovere i due candelabri. Ciò in segno di protesta contro la mancata rimozione dei crocefissi dalle aule dello stesso Tribunale.

(2) Non ci occuperemo della questione della validità del ricorso *in subiecta materia* proposto da uno soltanto dei genitori di figli minori (eccezione sollevata dall'Avvocatura dello Stato in entrambe le cause, ed in entrambe disattesa dal giudice), in quanto la soluzione di questo problema non influisce in maniera alcuna sulla questione sostanziale qui discussa, ma solamente sulla concretezza processuale dei casi di specie.

controversia sul rapporto individuale di utenza, rafforzando l'assunto con il rilievo che si sarebbe trattato di un attentato ad un diritto assoluto costituzionalmente tutelato e non di una censura verso un profilo relativo all'organizzazione dei mezzi (arredo) nell'ambito di un pubblico ufficio. In secondo luogo, ricostruendo la tutela richiesta come funzionale al fruttuoso esercizio di una azione di responsabilità aquiliana per lesione del diritto di libertà religiosa, con richiesta di reintegrazione in forma specifica *ex art.* 2058 c.c., essa sarebbe esclusa dalla giurisdizione amministrativa esclusiva in quanto controversia meramente risarcitoria. Negata poi la giurisdizione esclusiva si argomenta sulla natura di diritto soggettivo assoluto, per fondare secondo i noti criteri la giurisdizione del giudice ordinario nell'area non compresa nella giurisdizione esclusiva.

Di diverso avviso l'ordinanza 19-29 novembre 2003 del Collegio del medesimo Tribunale. Vi si afferma infatti che la controversia non rientrerebbe in nessuna delle due esclusioni previste dal secondo comma dell'art. 33 d.lgs. 80/1998. In particolare, non atterrebbe ad un rapporto individuale d'utenza con soggetti privati in quanto, da un lato, supera il livello meramente individuale involgendo le disposizioni di carattere organizzativo che prevedono la presenza del crocefisso nelle aule scolastiche (i discussi regi decreti 30 aprile 1924, n. 965, e 26 aprile 1938, n. 1297), dall'altro in quanto il collegio aderisce all'indirizzo che interpreta la formula «rapporto individuale d'utenza con soggetti privati» come indicante il rapporto che intercorre fra un privato esercente un pubblico servizio ed i suoi utenti. Inoltre, a differenza del primo giudicante, non si ritiene di poter ricondurre la domanda cautelare, e la domanda di rimozione del crocefisso *tout court*, all'azione prevista dal combinato disposto degli artt. 2043 e 2058 c.c., «la natura risarcitoria della domanda dovendo essere qualificata per se stessa, cioè in relazione al suo contenuto ed alla sua formulazione, indipendentemente dalle modalità attraverso le quali la domanda andrà attuata», mentre nel caso di specie si rinviene una domanda tendente non al risarcimento del danno, ma ad «una misura di carattere inibitorio (rimozione del crocefisso) volta a far cessare il comportamento asseritamente lesivo»; anche a voler diversamente considerare l'azione inibitoria come un'azione di risarcimento in forma specifica *ex art.* 2058 c.c., «nel caso di specie la cognizione sulla stessa apparterebbe comunque al giudice amministrativo in base alla considerazione che il comportamento lamentato, e del quale si chiede l'interruzione, riguarda le modalità di erogazione del pubblico servizio e, più esattamente, il potere dell'amministrazione nei rapporti afferenti la prestazione del servizio pubblico». Non si sarebbe, insomma, davanti ad una azione *meramente* risarcitoria.

Veniamo quindi alla terza ordinanza. Molto stringatamente l'ordinanza del T.A.R. Veneto afferma che «L'atto impugnato si riferisce ad un arredo scolastico, seppure certamente *sui generis*, ed è dunque espressione di una potestà organizzativa che appartiene all'Amministrazione scolastica, a fronte della quale i singoli utenti hanno posizioni di interesse legittimo».

In linea di massima gli argomenti più convincenti sono quelli spesi dal Collegio aquilano, ci si consenta tuttavia qualche osservazione. L'interpretazione della formula «rapporto individuale di utenza con soggetti privati», pur critica-

bile, è quella che pare prevalere in dottrina (3) e giurisprudenza (4). In breve, essa si basa sull'argomento per il quale non potendosi avere che rapporti individuali d'utenza con soggetti privati, dal momento che anche gli enti pubblici usufruiscono dei servizi pubblici *iure privatorum*, la specificazione contenuta nella norma deve riferirsi all'esercente il pubblico servizio e non all'utente dello stesso, nonché sul rilievo che il rapporto intercorrente tra privato esercente e privato utente si configura come un rapporto di pieno diritto privato, mentre al giudice amministrativo va la cognizione degli aspetti di regolazione generale. Possiamo, tuttavia, ancora domandarci se le fattispecie concrete di cui si discute rientrano nella previsione dell'art. 33 d.lgs. 80/1998. Nel caso dell'esposizione del crocefisso nelle aule scolastiche si è davanti ad una attività o prestazione resa nell'espletamento del servizio di pubblica istruzione, come recita l'art. 33, 2° co., lettera e)? Se si ritiene che la devoluzione in competenza esclusiva al giudice amministrativo in materia di servizio di pubblica istruzione copra anche i comportamenti materiali ed i provvedimenti adottati in carenza di potere, purché connessi con l'ambito di attività del servizio pubblico, la domanda è influente, se invece si ritiene che queste ultime figure esulino dal campo della competenza esclusiva dei T.A.R., la domanda si fa interessante. Per l'esclusione depongono il tenore del successivo art. 34 che specificamente elenca «gli atti, i provvedimenti e i comportamenti», nonché il concetto stesso di carenza di potere, per cui non si può ritenere che un atto o un provvedimento rientri nell'esercizio di un servizio pubblico, se ne esula per la sua stessa essenza (5). Se si opta per questa interpretazione, la situazione muta, per diverse ragioni. In primo luogo, almeno per il caso di Ofena diviene necessario un distinguo: i minori coinvolti sono due, frequentati l'uno la scuola materna, l'altro quella elementare. Ora non sembra potersi rinvenire nell'ordinamento la norma che imporrebbe l'esposizione del crocefisso nelle aule di scuola materna. In questo caso siamo di fronte ad un comportamento palesemente privo di qualsiasi base normativa e quindi in totale carenza di potere. Ma v'è un secondo e più ampio argomento. Se si accede alla tesi dell'abrogazione implicita o della illegittimità sopravvenuta, in virtù della Costituzione o del Concordato dell'85 poco importa, delle norme che dispongono l'esposizione del crocefisso nelle aule scolastiche, se ne deve conseguentemente inferire che essa esposizione è un com-

---

(3) *Ex multis*, ALESSANDRO PAJNO, *Il riparto di giurisdizione*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, 2° ed., Tomo V – *Il processo amministrativo*, Giuffrè, 2003, 4193 e FABRIZIO FRACCHIA, *La giurisdizione esclusiva*, in F. CARINGELLA – M. PROTTO, *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, Giuffrè 2002, 405.

(4) Cons. Stato, sez. V, 31 luglio 2002, n. 4086; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 29 novembre 2003, 8696; T.A.R. Veneto, Venezia, sez. I, 22 giugno 2002, n. 2968; *contra* Cass., S.U., 9 agosto 2000, n. 558 (*obiter dictum*); T.A.R. Liguria, Genova, sez. II, 26 marzo 2003, n. 400. V. anche la giurisprudenza riportata nei saggi succitati.

(5) D'altro canto va riconosciuto che un tale ragionamento cozza con il concetto di competenza esclusiva e con l'utilità che esso apporta al sistema, nonché con la ragione della nascita del concetto di carenza di potere, utile a distinguere situazioni di interesse legittimo e diritto soggettivo ai fini del riparto di giurisdizione. Il tema è tuttavia troppo complesso per poter essere compiutamente affrontato in questa sede.

portamento non supportato da adeguato potere. Se tale ricostruzione fosse corretta, la giurisdizione dovrebbe seguire gli ordinari criteri e sarebbe quindi del giudice ordinario, vertendo la causa su situazioni di diritto soggettivo.

*Tra giudice comune e giudice costituzionale.*

Il problema della legittimità dell'esposizione dei crocifissi nelle scuole e nelle aule scolastiche è noto a sufficienza per poter affrontare, prima del merito, la questione della competenza del giudice comune o costituzionale a conoscere della asserita illegittimità costituzionale o abrogazione delle norme che dispongono in tal senso.

Come noto, la Corte costituzionale è chiamata a pronunciarsi sulle antinomie che si verificano tra la Costituzione e le leggi o atti aventi forza di legge (art. 134 Cost.), mentre il contrasto fra le norme di rango secondario e la Carta costituzionale deve essere risolto dal giudice comune, ordinario o amministrativo che sia. Questa regola non è però priva di eccezioni, come fra breve vedremo.

Il primo quesito a cui bisogna rispondere è, dunque, quale sia, nella gerarchia delle fonti, il rango dei Regi decreti (6) che prevedono l'esposizione del crocifisso, se si tratti cioè di regolamenti o di decreti legislativi.

Vediamo come si sono espresse sul punto le ordinanze in commento ed altre precedenti pronunce. Innanzitutto vi sono due sentenze della Consulta nelle quali viene riconosciuto il rango regolamentare del r.d. 30 aprile 1924, n. 965 (sentt. 25 luglio 1997, n. 273 (7) e 3 giugno 1998, n. 205). Il Parere 27 aprile 1988, Adunanza Sezione III del Consiglio di Stato, poi, attribuisce ad entrambe le norme «natura regolamentare», pur non argomentando tale valutazione. Nello stesso senso si esprime la Corte di Cassazione nella sentenza 1° marzo 2000 (8), n. 439 (9), anch'essa senza esplicitare il fondamento di tale considerazione. Alle decisioni appena ricordate si richiama anche l'or-

---

(6) «La forma del decreto reale, se normalmente è destinata al compimento di atti che hanno, per riguardo al loro oggetto o contenuto e per l'efficacia propria di essi, natura di atti esecutivi (atti amministrativi: atti di governo), non è escluso però che la forma del decreto reale possa anche usarsi, e di fatto si usi per il compimento di atti che, per riguardo al loro oggetto o contenuto e alla loro efficacia giuridica, hanno natura diversa da quelli esecutivi o amministrativi. Da un lato infatti il decreto reale, [...], può essere invece destinato all'emanazione di un complesso di norme di carattere generale ed astratto, di leggi in senso sostanziale o materiale (regolamenti); e dall'altro lato, [...], esso può anche avere per oggetto manifestazioni di volontà dirette ad innovare il diritto vigente con autorità pari a quella della legge, ogni qualvolta il Re sia stato investito di tale potestà dal Parlamento con una legge di delegazione (decreto legislativo)». GINO SOLAZZI, voce «Decreto reale», in *Nuovo digesto italiano*, IV, 629, Utet, Torino 1938.

(7) «La questione, tuttavia, non è ammissibile con riferimento all'art. 22 del regio decreto 30 aprile 1924, n. 965. Tale disposizione è difatti inserita in un atto, l'ordinamento interno delle giunte e dei regi istituti di istruzione media, che nelle sue stesse premesse si qualifica come regolamento. Per tale sua natura, è una norma non suscettibile di essere oggetto del giudizio incidentale di legittimità costituzionale», punto 3 della motivazione in diritto.

(8) La numerazione di questa sentenza non è univoca. La si legge in *Foro Italiano*, 2000, parte II, c. 521 e in *Giur. Cost.* 2000, p. 1121.

(9) Punto 7 delle motivazioni in diritto, tuttavia le considerazioni appaiono *ad abundantiam*.

dinanza aquilana del 23 ottobre. Maggiore attenzione dedica, invece, al punto il T.A.R. veneziano (10), il quale desume la natura regolamentare dei decreti in primo luogo osservando che essi si autoqualificano per tali, in secondo luogo dal richiamo effettuato nei rispettivi preamboli ad atti di grado legislativo dei quali i decreti pongono norme attuative di dettaglio.

In senso contrario si è osservato da parte della dottrina (11) che l'autoqualifica degli atti non è decisiva e che la natura secondaria sarebbe contraddetta dal fatto che i regi decreti in parola abrogano norme di legge. Tale ultima circostanza non appare tuttavia verificata dal tenore dei regi decreti di cui si discute (12), che sembra compatibile con la natura di fonti secondarie.

Ulteriormente si può osservare che sotto la vigenza dello Statuto Albertino si riteneva (13) esservi delegazione legislativa solo per materie eccedenti l'ordinaria competenza del Governo ed in presenza di espressa ed esplicita norma di legge in tal senso. Ciò che non sembra rispondere al caso in esame. Pare invece che si sia di fronte ad un regolamento che «per sua natura, contiene un complesso di disposizioni per la facile esecuzione di una legge, o per l'ordinamento di un ramo di pubblico servizio; ha il carattere di generalità e di permanenza, appunto perché integra, specializza e sviluppa una legge e talvolta tien luogo di questa» (14).

Altro dubbio, sollevato dalla stessa dottrina (15), si pone sulla presenza nell'ordinamento di più recenti norme che impongano l'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche. In particolare è stato richiamato il disposto dell'art. 30 legge 28 luglio 1967, n. 641 (16), il quale però non prevede l'esposi-

---

(10) Punto 3.3 delle motivazioni in diritto.

(11) RENATO BACCARI, *Vigenza e validità delle norme sull'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche*, intervento 17 novembre 2003 nel *Forum dei Quaderni Costituzionali* dedicato all'argomento all'indirizzo «<http://web.unife.it/progetti/forumcostituzionale/>» oppure «<http://web.unife.it/progetti/forumcostituzionale/contributi/lib%20rel2.htm>».

(12) Le norme di abrogazione recitano: «Sono abrogati i regi decreti 3 febbraio 1901, n. 31, 21 giugno 1885, n. 3413, e 3 dicembre 1896, n. 592, le modificazioni ad essi apportate con successivi decreti e ogni altra disposizione contraria al presente regolamento» (art. 144, r.d. 965/24) e «Sono abrogate tutte le disposizioni regolamentari, in precedenza emanate, concernenti materie contemplate nel regolamento generale approvato con il presente decreto, ad eccezione delle norme relative alla istituzione dei diplomi di benemerita di cui al regio decreto 19 gennaio 1928, n. 201 e di quelle relative ai libri di testo» (art. 2 r.d. 1297/28).

(13) Cfr. FRANCESCO PAOLO CONTUZZI, voce «*Atti di Governo*», in *Digesto italiano*, IV, 2, p. 169, Unione tipografica editrice, Torino 1893-1899.

(14) *Ibidem*.

(15) Nello stesso senso anche GIOVANNI CIMBALO, *Laicità dello Stato ed esposizione del crocifisso negli uffici pubblici*, intervento 11 novembre 2003 nel *Forum dei Quaderni Costituzionali* dedicato all'argomento all'indirizzo «<http://web.unife.it/progetti/forumcostituzionale/>» oppure «<http://web.unife.it/progetti/forumcostituzionale/contributi/lib%20rel2.htm>».

(16) In particolare i commi 1 e 2: «La facoltà spettante al Ministero della pubblica istruzione, a norma degli articoli 119, 120, 121 del regolamento generale sui servizi delle scuole elementari, approvato con regio decreto 26 aprile 1928, n. 1297, è estesa per l'arredamento delle scuole medie. La facoltà di provvedere alle spese per l'arredamento, attribuita al Ministero della pubblica istruzione dall'articolo 12 della legge 1° giugno 1942, n. 675, è estesa a tutte le scuole dell'obbligo».



zione del crocifisso, ma sostanzialmente conferisce al Ministro della Pubblica Istruzione il potere di stabilire l'arredamento delle scuole medie. A prescindere dal dubbio sulla sua successiva abrogazione, non espressa, ad opera della legge 23 dicembre 1991, n. 430, e del d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297(17), la questione resta immutata, trattandosi di norma che abilita una fonte secondaria e che va interpretata in coerenza con la disciplina costituzionale.

Appurato il carattere regolamentare delle norme sull'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche, il problema dell'intervento della Corte costituzionale sembrerebbe superato. Il T.A.R. per il Veneto ci invita invece ad un'ulteriore analisi. L'ordinanza di rimessione, infatti, propone alla Consulta di valutare non in via diretta, ma indiretta, i regolamenti. Si richiamano in tal senso le sentenze della Corte costituzionale 20 dicembre 1988, n. 1104, e 30 dicembre 1994, n. 456, le quali hanno ammesso la possibilità per la Consulta di valutare in via indiretta regolamenti che, richiamati ed espressamente fatti salvi dalla norma di rango primario, la rendono concretamente applicabile, integrandone il contenuto(18). Le norme di rango primario richiamate dal giudice veneto sono l'art. 159, primo comma, e l'art. 190 d.lgs. 297/1994, nella misura in cui utilizzano le locuzioni generiche «arredi» o «arredamento», le quali, combinandosi con le disposizioni regolamentari preesistenti, includono il crocifisso tra gli arredi scolastici, in virtù di detta specificazione. V'è da notare tuttavia che tali norme non contengono un rinvio specifico a quei regolamenti, né una loro espressa salvezza. L'ordinanza richiama poi l'art. 676 d.lgs. 297/1994, il quale fa salve le norme non incompatibili con la disciplina dettata e tra di esse gli artt. 118 r.d. 965/24 e 119 r.d. 1297/28, che in base all'art. 15 delle preleggi sarebbero state invece abrogate dalla normativa che regola *ex novo* l'intera materia. Tale articolo costituirebbe ulteriormente norma di rango legislativo attraverso la quale l'obbligo di esposizione conserva vigenza nell'ordinamento, anche qui però non si riscontra una espressa salvezza. Le peculiarità appena messe in rilievo motivano più d'una perplessità sulla possibilità che la Corte costituzionale accetti di dirimere la questione.

Conclusivamente si può osservare che, sebbene sia ipotizzabile l'eccezione di costituzionalità, non è assolutamente preclusa al giudice comune la valutazione della vigenza e della validità dell'art. 118 r.d. 30 aprile 1924, n. 965, e dell'art. 119 ed annesso allegato C del r.d. 26 aprile 1928, n. 1297, nonché delle circolari ministeriali che quelle norme abbiano ribadito.

---

(17) In tal senso v. SERGIO LARICCIA, *La Costituzione è la fonte di tutte le garanzie*, intervento 19 novembre 2003 nel *Forum dei Quaderni Costituzionali* dedicato all'argomento all'indirizzo «<http://web.unife.it/progetti/forumcostituzionale/>» oppure «<http://web.unife.it/progetti/forum-costituzionale/contributi/lib%20rel2.htm>» e *Torniamo alla costituzione*, in *Critica liberale*, ottobre 2003, n. 96, p.171. V. anche oltre nel testo.

(18) L'ordinanza, tuttavia, si limita ad affermare che il controllo indiretto sarebbe possibile qualora una disposizione di legge trovi applicazione attraverso le specificazioni espresse dalla normativa regolamentare, i cui contenuti integrano il precetto della norma primaria. Tale definizione del controllo indiretto sembra però più ampia di quella attualmente accolta dalla Consulta.

*Sulla vigenza e la validità delle norme che dispongono l'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche.*

Veniamo dunque al punto centrale: debbono considerarsi valide e vigenti le norme che prescrivono l'esposizione del crocifisso nelle aule delle scuole elementari e medie ?

Innanzitutto si può affermare che non sono esplicitamente abrogate le disposizioni regolamentari in causa. Sul punto concordano sia l'ordinanza 23 ottobre 2003 del Tribunale dell'Aquila sia quella 14 gennaio 2004 del T.A.R. per il Veneto.

Vi è l'ulteriore ipotesi che quelle norme regolamentari siano state abrogate implicitamente o siano da considerarsi affette da sopravvenuta illegittimità.

Il T.A.R. veneziano ritiene che le due disposizioni non siano state abrogate neppure implicitamente da norme di grado legislativo né regolamentare. Gli argomenti portati ripercorrono il citato parere 63/1988 del Consiglio di Stato. Innanzitutto non ritengono sussistente il contrasto tra le norme che prevedono l'esposizione del crocifisso ed i c.d. Patti lateranensi, poiché essi nulla dispongono in materia. Per lo stesso motivo non sarebbero in contrasto con l'Accordo tra Stato italiano e Santa Sede di cui alla legge 25 marzo 1985, n. 121. Come già accennato, il giudice veneto ritiene che tali norme siano fatte salve dall'art. 676 d.lgs. 297/1994(19) poiché non confliggono con il t.u. Come visto, però, il T.A.R. ritiene che le norme debbano essere sottoposte al giudizio di costituzionalità. Ciò perché le norme richiamate impongono «che nelle aule delle scuole elementari e medie, luoghi sicuramente pubblici, sia apposto un simbolo il quale mantiene comunque un univoco significato confessionale [...] e non si può essere certi che una siffatta prescrizione sia compatibile con i principi stabiliti dalla Costituzione repubblicana, nell'interpretazione che la Corte ha nel tempo delineato». Anzi, l'ordinanza, dopo aver richiamato i passaggi fondamentali della giurisprudenza costituzionale sul principio di laicità, prosegue affermando che «la norma che prescrive un tale obbligo [l'esposizione del crocifisso, ndr] sembra così delineare una disciplina di favore per la religione cristiana, rispetto alle altre confessioni, attribuendole una posizione di privilegio che, secondo i rammentati principi costituzionali, non può trovare giustificazione neppure nella sua indubbia maggiore diffusione».

Il ragionamento del T.A.R. lascia perplessi. Si ritengono vigenti disposizioni regolamentari delle quali si argomenta poi il non infondato contrasto con norme costituzionali successivamente entrate in vigore, fenomeno che, se accertato, dovrebbe causarne l'abrogazione. Ma tali norme regolamentari non vengono neppure giudicate illegittime, giudizio che pacificamente rientra nelle competenze del giudice amministrativo. L'incidente di costituzionalità

---

(19) «Le disposizioni inserite nel presente testo unico vigono nella formulazione da esso risultante; quelle non inserite restano ferme ad eccezione delle disposizioni contrarie od incompatibili con il testo unico, che sono abrogate».

tende qui evidentemente ad interpellare il custode della Costituzione, piuttosto che il giudice delle leggi, nell'intento di ottenerne una pronuncia valida *erga omnes* e possibilmente definitiva della *querelle* (20).

D'altra parte bisogna riferire l'opinione di autorevole dottrina (21) secondo la quale l'art. 676 del t.u. in materia di istruzione non farebbe salve le norme dei regi decreti di cui si discute, ma, al contrario, ne sancirebbe l'abrogazione. Ciò perché alcuni dei principi informatori della legislazione introdotta dal t.u. (promozione della piena formazione della personalità degli alunni attraverso un confronto aperto di posizioni culturali - art. 1, rispetto della coscienza morale e civile degli alunni - art. 2, formazione dell'uomo e del cittadino secondo i principi sanciti dalla Costituzione e nel rispetto e nella valorizzazione delle diversità individuali sociali e culturali - art. 118, libertà di coscienza di tutti - art. 311) renderebbero incompatibili i regolamenti con la nuova normativa.

Un diverso percorso argomentativo è seguito, invece, dal giudice aquilano, per giungere alla conclusione del contrasto fra le norme che stabiliscono l'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche ed il principi di laicità ed imparzialità dello Stato, con conseguente abrogazione (22). Premesso che le norme sull'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche trovavano fondamento nel confessionismo di Stato (art. 1 dello Statuto Albertino), il primo rilievo del Tribunale dell'Aquila attiene all'abrogazione esplicita da parte del Protocollo addizionale agli Accordi di modifica del Concordato del principio della religione cattolica come religione di Stato (23), con la conseguente caducazione delle norme di rango regolamentare che ivi trovavano giustificazione e legittimità. L'ordinanza prosegue poi ancorandosi al principio di eguaglianza, in virtù del quale i diritti non possono essere condizionati all'appartenenza ad una maggioranza piuttosto che ad una minoranza; lo Stato deve invece garantire il rispetto delle convinzioni altrui e la neutralità delle strutture pubbliche di fronte ai contenuti ideologici. Secondo il Tribunale, quindi, la necessaria imparzialità dell'istituzione scolastica e la concreta realtà di una società multietnica e disomogenea sotto il profilo religioso, depongono quindi per l'impossibilità di porre al centro un simbolo religioso, quale il crocifisso, così come depongono contro la possibilità di esporre più simboli religiosi che lederebbero la libertà di religione nel suo aspetto negativo e altrettanto contro la possibilità che l'esposizione o meno di uno o più simboli religiosi sia lasciata all'arbitrio degli utenti, dal momento che l'imparzialità dello Stato non può attuarsi «a richiesta».

---

(20) In caso di inammissibilità, gli argomenti della Consulta costituirebbero comunque una base ben solida ad una sentenza del T.A.R. che si prospetta comunque orientata verso l'illegittimità dell'obbligo di esposizione del crocifisso.

(21) SERGIO LARICCIA, *cit.*

(22) L'ordinanza mostra una profonda condivisione della motivazione di Cass. 439/00.

(23) Sulla posizione della religione cattolica nell'ordinamento italiano tra l'entrata in vigore della Costituzione e la revisione dei Patti lateranensi v. FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, Zanichelli, Bologna 2000, pp. 43 e ss.

Cerchiamo dunque di svolgere i notevoli argomenti sin qui accumulati.

*L'esposizione del Crocifisso tra principio di laicità e libertà di religione.*

Prendiamo le mosse dal parere del Consiglio di Stato 27 aprile 1988, n. 63. Questi i punti fondamentali: 1. – distinta disciplina dell'insegnamento della religione cattolica e dell'esposizione del crocifisso; 2. – assenza di disciplina della materia nei Patti lateranensi e conseguente ininfluenza delle loro modifiche; 3. – assenza di una nuova disciplina complessiva dell'intera materia; 4. – in ragione dei punti precedenti, mancata abrogazione dell'art. 188 r.d. 30 aprile 1924, n. 965, e della tabella C r.d. 26 aprile 1928, n. 1297, ai sensi dell'art. 15 delle preleggi. A ciò si aggiunga la considerazione che: «il Crocifisso o, più semplicemente, la Croce, a parte il significato per i credenti, rappresenta il simbolo della civiltà e della cultura cristiana, nella sua radice storica, come valore universale, indipendente da specifica confessione religiosa».

Il primo rilievo è estrinseco. Il parere è del 1988, ovvero precedente alla sentenza della Corte costituzionale 12 aprile 1989, n. 203, ed a tutto il filone di giurisprudenza costituzionale (24) che ha delineato il principio di laicità nel nostro ordinamento ricavandolo dagli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 Cost., valorizzando altresì l'art. 1 del Protocollo addizionale agli Accordi di revisione del Concordato, che «considera non più in vigore il principio, originariamente richiamato dai Patti lateranensi, della religione cattolica come sola religione dello Stato italiano» (25).

Proprio sul valore da attribuire agli Accordi dell'84 ed al superamento del principio della religione di Stato vi è un primo significativo contrasto tra il parere citato e l'ordinanza Tribunale dell'Aquila 23 ottobre 2003. Il Consiglio di Stato afferma, a dir il vero troppo stringatamente, che «che le due norme citate, di natura regolamentare, sono preesistenti ai Patti lateranensi e non si sono mai poste in contrasto con questi ultimi. Nulla, infatti, viene stabilito nei Patti lateranensi relativamente all'esposizione del Crocifisso nelle scuole o, più in generale negli uffici pubblici, nelle aule dei tribunali e negli altri luoghi nei quali il Crocifisso o la Croce si trovano ad essere esposti. Conseguentemente, le modificazioni apportate al Concordato lateranense, con l'accordo, ratificato e reso esecutivo con la legge 25 marzo 1985, n. 121, non contemplando esse stesse in alcun modo la materia *de qua*, così come nel Concordato originario, non possono influenzare, né condizionare

---

(24) Si veda in particolare Corte cost. 14 novembre 1997, n. 329.

(25) Si può prescindere in questa sede dalla disputa circa il valore costitutivo o di accertamento da attribuirsi a tale enunciato. Peraltro la stessa Corte costituzionale, in precedenti sentenze in materia penale aveva provveduto a ridimensionare il richiamo alla religione di Stato, mutando il bene protetto, in considerazione della nuova forma di Stato, facendo in un primo momento (in particolare sentt. 30 novembre 1957, n. 125 e 30 dicembre 1958, n. 79) riferimento allo Stato-comunità e quindi alla religione seguita dalla maggior parte degli italiani ed in un secondo momento (in particolare sent. 27 febbraio 1973, n. 14) alla tutela del sentimento religioso della stessa maggioranza, per abbandonare finalmente del tutto il criterio quantitativo (a partire dalla sent. 28 luglio 1988, n. 925).

la vigenza delle norme regolamentari di cui trattasi». Più approfondita si dimostra invece l'analisi del giudice aquilano, il quale ricostruisce la genesi e la *mens legis* per individuare lo stretto nesso che univa il principio della religione di Stato alle norme sull'esposizione del crocifisso (26), che assumeva una profonda valenza formativa di stampo confessionale. Proprio la continuità di quel principio tra l'art. 1 dello Statuto Albertino e l'art. 1 del Concordato del 1929 rende particolarmente rilevante il suo superamento per la nostra discussione. Secondo l'ordinanza dunque, poiché l'abrogazione esplicita di un principio comporta anche quella della normativa di rango secondario che in esso trova fondamento, così dovrebbe ritenersi abrogata la normativa sull'esposizione del crocifisso nelle aule delle scuole elementari e medie.

Si può pianamente concordare sul fatto che il venir meno del principio della religione di Stato ha tolto ai regolamenti in parola quella base normativa. Ci si può però chiedere ulteriormente se l'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche trovi o meno altro adeguato fondamento giuridico o se, viceversa, tale esposizione sia inammissibile alla stregua del nostro ordinamento.

Uno degli argomenti spesi in tempi recenti e meno recenti per sostenere una disciplina preferenziale a favore della religione cattolica, ed in questo caso a favore dell'esposizione del crocifisso, sottolinea il particolare ruolo di quella confessione nella nostra società, in considerazione del consistente numero di persone che vi si richiamano e del peso che essa ha avuto nella formazione della nostra cultura. In questo senso viene chiamato in causa l'art. 9 del Protocollo addizionale agli Accordi di Villa Madama, il quale, a proposito dell'insegnamento della religione cattolica nelle scuole riconosce «il valore della cultura religiosa [...] tenendo conto che i principi del cattolicesimo fanno parte del patrimonio storico del popolo italiano». In questo senso andrebbe dunque letta l'affermazione del Consiglio di Stato per cui «il Crocifisso o, più semplicemente, la Croce, a parte il significato per i credenti, rappresenta il simbolo della civiltà e della cultura cristiana, nella sua radice storica, come valore universale, indipendente da specifica confessione religiosa» (27). Ci si deve dunque domandare da un lato se l'appartenenza (peraltro solo affermata) della maggior parte degli italiani ad una confessione giustifichi l'assunzione da parte dello Stato dei suoi simboli, dall'altro se l'affermata condivisione di principi e valori possa costituire sufficiente base per la stessa assunzione simbolica e, naturalmente, se nulla osti a ciò. La risposta al primo interrogativo è sicuramente negativa. A tanto osterebbe una lunga teoria di considerazioni, ma basta riflettere sull'art. 3 Cost. «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti

---

(26) Nesso reso particolarmente esplicito dalla Circolare del Ministero della Pubblica Istruzione 26 maggio 1926 secondo cui si tratta di fare in modo che «il simbolo della nostra religione, sacro alla fede e al sentimento nazionale, ammonisca ed ispiri la gioventù studiosa, che nelle università e negli studi superiori temprava l'ingegno e l'animo agli alti compiti cui è destinata» (così citato da Cass. 1° marzo 2000, n. 439, *cit.*).

(27) Ci si potrebbe interrogare sulla correttezza dell'identificazione di un elemento di una cultura come «universale», ma la sede non lo consente.

alla legge, senza distinzioni [...] di religione». Il principio di eguaglianza trasforma il pluralismo da semplice concetto descrittivo in concetto prescrittivo. Lo chiarisce la stessa Corte costituzionale: «la limitazione della previsione legislativa alle offese contro la religione cattolica non può continuare a giustificarsi con l'appartenenza ad essa della quasi totalità dei cittadini italiani e nemmeno con l'esigenza di tutelare il sentimento religioso della maggior parte della popolazione italiana: non tanto vi si oppongono ragioni di ordine statistico (comunque sia, la religione cattolica resta la più seguita in Italia), quanto ragioni di ordine normativo. Il superamento della contrapposizione fra la religione cattolica, «sola religione dello Stato», e gli altri culti «ammessi», sancito dal punto 1 del Protocollo del 1984, renderebbe, infatti, ormai inaccettabile ogni tipo di discriminazione che si basasse soltanto sul maggiore o minore numero degli appartenenti alle varie confessioni religiose.» (sent. 28 luglio 1988, n. 925), quindi «L'abbandono del criterio quantitativo, così argomentato dalla Corte, significa che in materia di religione, non valendo il numero, si impone ormai la pari protezione della coscienza di ciascuna persona che si riconosce in una fede, quale che sia la confessione religiosa di appartenenza» (sent. 18 ottobre 1995, n. 440); ed ancora «Il superamento di questa soglia attraverso valutazioni e apprezzamenti legislativi differenziati e differenziatori, con conseguenze circa la diversa intensità di tutela, infatti, inciderebbe sulla pari dignità della persona e si porrebbe in contrasto col principio costituzionale della laicità o non-confessionalità dello Stato, affermato in numerose occasioni da questa Corte: principio che, come si ricava dalle disposizioni che la Costituzione dedica alla materia, non significa indifferenza di fronte all'esperienza religiosa ma comporta equidistanza e imparzialità della legislazione rispetto a tutte le confessioni religiose» (sent. 14 novembre 1997, n. 329). Non si può peraltro non ribadire che in materia di diritti fondamentali non può farsi ricorso al principio di maggioranza, anzi, essi sono proprio posti come principi contro le maggioranze, sottratti alla loro disponibilità. Pernicioso sarebbe quindi superare quegli argini spostando la considerazione del peso della maggioranza dalle aule parlamentari a quelle giudiziarie o, meglio, dalla violazione dei diritti costituzionali alla loro conformazione.

Prescindendo dunque dal criterio numerico bisogna valutare se quella partecipazione dei principi del cattolicesimo al patrimonio storico del popolo italiano, a cui si è accennato, possa costituire base adeguata alle norme sull'esposizione del crocifisso. In dottrina e giurisprudenza il ruolo dell'art. 9 della legge 121/1985 viene ridimensionato in considerazione del suo stretto nesso con l'insegnamento della religione cattolica, del cui inserimento nei programmi didattici statali costituisce giustificazione (28). Tutta-

---

(28) Si vedano in tal senso SERGIO LARICCIA, *cit.*, e C. Cass. 1° marzo 2000, n. 439, adesivamente ANDREA GUAZZAROTTI, *Crocefissi ed identità comuni*, intervento del 25 novembre 2001 nel *Forum dei Quaderni Costituzionali* dedicato all'argomento all'indirizzo «<http://web.unife.it/progetti/forumcostituzionale/>» oppure «<http://web.unife.it/progetti/forumcostituzionale/contributi/lib%20rel.htm>».

via, anche a voler considerare quell'affermazione come dotata di valenza generale, s'impongono due osservazioni, una di carattere normativo e sistematico, l'altra di merito. Non si può trascurare, in primo luogo, che gli Accordi tra lo Stato e la Chiesa pur godendo del regime preferenziale loro assegnato dall'art. 7 Cost., tuttavia devono essere inseriti nel contesto della Carta costituzionale per essere sistematicamente interpretati ed in particolar modo devono essere letti assieme a quei principi fondamentali dell'ordinamento, tra cui appunto il principio di laicità (29), che nella costante interpretazione della Consulta costituiscono il *proprium* immodificabile del nostro ordinamento. Questo rilievo torna però sostanzialmente a porre il quesito circa l'esistenza nel nostro ordinamento di principii che ostino all'esposizione del crocifisso nelle aule, problema che si cercherà di affrontare tra breve. Neppure si potrebbe sostenere che per semplice affermazione di quell'articolo l'intera tradizione del cattolicesimo entri a far parte in maniera prescrittiva della cultura italiana; sembra più sensato affermare che i principi del cattolicesimo entrano a far parte del patrimonio del popolo italiano in quanto condivisi. Ciò sembra particolarmente vero dal momento che la stessa legge 121/1985 prevede che l'insegnamento della religione cattolica, che a quei principi si ispira, sia opzionale e non obbligatorio. In secondo luogo, va osservato che possono considerarsi come valori condivisi dal cattolicesimo e dalla cultura degli italiani i principii di pari dignità degli uomini, di solidarietà, o le libertà fondamentali, ma, banale osservarlo, nessun principio della cultura cattolica sembra imporre l'esposizione del crocifisso in tutte le scuole o semplicemente nelle scuole pubbliche. Il discorso si sposta di piano, per indirizzarsi nel simbolico: si deve ipotizzare che il crocifisso rappresenti quei valori e principii condivisi, tanto da assurgere a simbolo della nostra cultura, meritandosi così uno spazio privilegiato. Come è stato osservato, però, non si può pretendere di assegnare ad un simbolo soltanto uno dei significati che esso porta con sé per storia e per tradizione, per sensibilità e per esplicita affermazione (30).

Come non si può pretendere di privare il crocifisso del suo significato religioso (31), così non si può privarlo dei significati che esso storicamente si

---

(29) Si veda in particolare Corte cost. 12 aprile 1989, n. 203, laddove afferma che: «i principi supremi dell'ordinamento costituzionale hanno una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale», sia quando ha ritenuto che anche le disposizioni del Concordato, le quali godono della particolare copertura costituzionale fornita dall'art. 7, secondo comma, della Costituzione, non si sottraggono all'accertamento della loro conformità ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale.

(30) vedi ALESSANDRO MORELLI, *I simboli presi sul serio. Riflessioni sulla «simbolica di Stato» nelle democrazie pluraliste*, intervento del 4 novembre 2003 nel *Forum dei Quaderni Costituzionali* dedicato all'argomento all'indirizzo «<http://web.unife.it/progetti/forumcostituzionale/>» oppure «<http://web.unife.it/progetti/forumcostituzionale/contributi/lib%20rel2.htm>».

(31) Cfr. BARTOLOMEO SORGE S.I., *Il simbolo della croce*, in *Aggiornamenti sociali*, dicembre 2003, anno 54, n. 12, p. 756. Sul fatto che un significato anche parzialmente religioso renda impossibile una considerazione esclusivamente civile si veda, circa il giuramento, già Corte cost. 10 ottobre 1979, n. 117.

è trovato a rappresentare per volontà di chi lo ha imbracciato (32) (33). Esso veicola significati non condivisi anche da chi invece condivide quei valori (34). Per lo stesso ordine di ragioni, non convince il discorso speculare di chi vorrebbe completamente secolarizzato il crocefisso, come simbolo della civiltà occidentale (35). Se è possibile ravvisare nella comune cultura civile degli italiani valori condivisi con la tradizione cattolica, questi non esauriscono i significati del crocefisso e, sicuramente, trovano già adeguata rappresentazione nella simbologia ufficiale della Repubblica, in particolare nella bandiera, che a simbolo della nazione e della sua identità è posta dall'art. 12 Cost., «simbolo “aperto” che non esclude, ma include; un simbolo che per sua natura appartiene a tutti i cittadini, per il solo fatto di essere tali» (36).

Ragionando *a contrario* ci si può domandare se quei valori siano invece lesi dall'assenza del crocefisso dalle aule scolastiche. Come è stato molto autorevolmente sostenuto (37) «il tanto vituperato muro bianco [...] avrebbe proprio in un'aula scolastica un grande significato simbolico. Non sarebbe affatto il simbolo dei nemici della religione, ma piuttosto metafora di un silenzio carico di rispetto ed attese nei confronti dei discorsi che in quell'aula le testimonianze del passato, le voci di docenti e discenti, la critica e lo studio possono intrecciare con onestà intellettuale». In un approccio aperto e pluralista, non si può vedere nella rimozione del crocefisso un «furore iconoclasta», poiché essa non sarebbe motivata da una concezione negativa del simbolo o dei suoi significati, ma da una visione inclusiva dello spazio pubblico anche a livello simbolico.

Veniamo dunque alla domanda, più volte rinviata, circa l'esistenza nel nostro ordinamento giuridico di impedimenti all'esposizione del crocefisso nelle aule scolastiche e ci si permetta di tornare su alcune considerazioni già parzialmente svolte.

(32) Si vedano in tal senso le dichiarazioni di RICCARDO DI SEGNI riportate dalla rassegna stampa *Adista* del 2 novembre 2003, nonché DANIELE GARRONE, *Il muro bianco del pluralismo*, in *Critica liberale*, ottobre 2003, n. 96, p. 181.

(33) Assolutamente fuorviante è poi parlare, com'è stato fatto (*Via il crocefisso dalle scuole italiane?*, Editoriale, *Civiltà cattolica*, 5 gennaio 2002, p. 3) dell'esposizione del crocefisso come manifestazione di libertà religiosa. Bisogna aver chiaro in mente che l'esposizione del crocefisso nelle aule scolastiche non avviene ad opera di un qualsiasi cittadino, ma ad opera dello Stato. Da un lato questo non gode di diritti di libertà ma di poteri (cfr. per tutti ALESSANDRO PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Cedam, Padova 2003), dall'altro esso è astretto ai principi di laicità, di imparzialità e di eguaglianza, alla stregua dei quali bisogna valutare tale esposizione.

(34) Interessante sotto questo profilo è la proposta di Stefano Ceccanti di una continua stipulazione tra gli alunni, tale da portare alla rimozione del crocefisso quando anche uno soltanto la richieda. Tuttavia gli inconvenienti di tale soluzione sembrano superarne i benefici, fino a renderla impraticabile.

(35) Lo dimostrano proprio le reazioni suscitate dall'ordinanza che ne imponeva la rimozione.

(36) ALESSANDRO ODDI, *Un'ordinanza ben motivata*, in *Critica liberale*, ottobre 2003, n. 96, p. 177, nonché ALESSANDRO MORELLI, *cit.*

(37) DANIELE GARRONE, *cit.*



Se consideriamo il crocifisso, come fanno i regi decreti, quale parte dell'arredamento delle aule scolastiche, la previsione della loro affissione può effettivamente farsi rientrare nel potere di autoorganizzazione della pubblica amministrazione, da esplicitarsi a livello regolamentare. Tuttavia tale potere deve esplicitarsi nel pieno rispetto non solo delle norme di rango primario, ma innanzitutto della Costituzione (38), dove vanno quindi cercati i principi ispiratori dell'azione amministrativa e della disciplina della scuola (39).

Vengono qui in rilievo non solo il principio di laicità, così come elaborato dalla giurisprudenza costituzionale, ma anche le singole norme da cui quel principio viene ricavato, in particolare gli artt. 3, 7, 8 e 19 Cost., nonché il principio di imparzialità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost.

Iniziamo dai singoli parametri, per poi giungere a considerazioni complessive sul principio di laicità.

L'esposizione del crocifisso viola l'eguaglianza dei cittadini garantita dall'art. 3 Cost.? Sarebbe di sì. Orienta in tal senso già il tenore di quella norma «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzioni [...] di religione». Ogni simbolo instaura, almeno potenzialmente, un meccanismo di identificazione. Questo meccanismo dunque pone gli studenti ed i cittadini che professano la fede rappresentata da quel simbolo in una condizione diversa e, per così dire, superiore rispetto a chi non aderisca a quella religione o non ne professi alcuna. Non convince neppure l'idea che esso possa rappresentare la tradizione culturale italiana, in quanto, per un verso, ne rappresenta un formante, e non si vede perché escluderne gli altri, per altro verso non è ragionevole utilizzare un simbolo parziale e non uno inclusivo ed unitario, quale la bandiera nazionale, che il nostro ordinamento e la nostra cultura conoscono, in ultimo non è possibile escludere da una rappresentazione simbolica significati assai rilevanti di essa e diversi da quelli al cui scopo verrebbe utilizzata (40). In virtù del principio di eguaglianza, si potrebbe ipotizzare l'esposizione di più simboli religiosi o generalmente culturali. La soluzione è suggestiva, anche se dagli esiti vagamente *kitsch*. Tuttavia l'ordinamento italiano non contempla allo stato attuale tale possibilità (41). Una risposta positiva implicherebbe sia che l'e-

---

(38) v. per tutti le belle pagine di FILIPPO SATTA, *I soggetti dell'ordinamento*, in *Riv. Dir. Civ.* 1977, p. 29.

(39) Anche qualora si volesse ritenere che l'esposizione del crocifisso non rientri nella materia scolastica, ma in quella della simbologia dello Stato, non sembra che i parametri di riferimento possano essere diversi.

(40) Potrebbe invece sostenersi che il secondo comma dello stesso art. 3, affermando che «è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana» inviti legislativo ed esecutivo ad impegnarsi per la piena integrazione delle differenti anime culturali e religiose del paese, in un'ottica concretamente pluralista.

(41) Anzi, secondo il Ministero dell'Istruzione «non è consentita l'esposizione nelle aule scolastiche di simboli religiosi, fatto salvo il crocifisso», come affermato dal Ministro in risposta ad interrogazione parlamentare, *Resoconto stenografico* della seduta della Camera dei Deputati del 24 settembre 2003.

sposizione di più simboli religiosi non leda la libertà di coscienza «negativa» di alcuno, e di ciò si può dubitare, sia che tale esposizione non assuma caratteri confessionisti, che non sia cioè una imposizione dello Stato, ma una libera espressione di chi vive quelle aule, in uno spirito aperto di confronto.

Non sembrano invece chiamate direttamente in causa le disposizioni degli artt. 7 e 8 Cost. Non il primo, perché, come rilevato dal Consiglio di Stato, né i Patti lateranensi, né gli Accordi di revisione prevedono alcunché in relazione all'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche e più generalmente negli edifici pubblici. Dovrebbe anzi ritenersi tale materia estranea ai rapporti fra Stato e confessioni religiose (42). Neppure sembra venire in considerazione il secondo, dal momento che si discute certo di eguaglianza fra confessioni religiose, ma non di libertà (43), a meno di ritenere erroneamente che l'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche rappresenti esercizio del diritto di libertà religiosa (44).

Domandiamoci ora se l'esposizione del crocifisso non leda la libertà di religione, di cui all'art. 19 Cost. (45) Di ciò si è dubitato, affermando che l'esposizione di un simbolo come il crocifisso non reca alcun danno e che la eventuale lesione non rientra nella tutela dell'art. 19 Cost.

La prima obiezione non può condividersi. Ormai è pacifico in dottrina e giurisprudenza (46) che in caso di lesione di un diritto fondamentale, non è necessario che all'evento lesivo segua il cosiddetto danno-conseguenza, poiché tale lesione è di per sé sufficiente a concretare un *vulnus* all'individuo.

Più difficile è stabilire se l'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche violi la libertà di coscienza. A tutta prima sembrerebbe doversi propendere per la negativa, in quanto la semplice presenza di quel simbolo non integra un atto di culto e non obbliga all'adesione chi sia presente in un'aula scolastica (47), rispettandone quindi anche la libertà negativa. Due indici inducono però a maggiore riflessione. In primo luogo la giurisprudenza costituzionale (48) sottolinea come il significato religioso possa avere manifestazioni anche non cultuali. In secondo luogo si deve considerare che l'esposizione di quello che resta il simbolo di una specifica confessione (49) esprime

---

(42) In tal senso ALESSANDRO ODDI, *cit.*

(43) l'art. 8, 1° co. afferma: «Tutte le confessioni religiose sono *egualmente libere* davanti alla legge».

(44) V. nota 32.

(45) «Tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume».

(46) Si veda la miliare Corte cost. 14 luglio 1986, n. 184.

(47) È stato però osservato che mai il potere può pretendere l'intima adesione, dacché nell'intimo si è sempre liberi, ma al più può imporre delle espressioni esteriori o di subire espressioni di una confessione di Stato, questione che tange piuttosto il principio di laicità e che con esso cercheremo di affrontare.

(48) In particolare Corte cost. 10 ottobre 1979, n. 117 e 8 ottobre 1996, n. 334.

(49) Come noto, il crocifisso è prevalentemente riferibile al cattolicesimo, ma non alla maggior parte delle confessioni cristiane riformate.

agli occhi di chi frequenta quei luoghi un particolare appoggio dello Stato, che viene invece ad altri negato, ponendo così un ostacolo a quella libera espressione delle proprie convinzioni religiose che l'art. 19 tutela. Questo discorso vale tanto più nel caso della scuola, a ragione del fatto che gli alunni sono tenuti a frequentare quelle aule ed in virtù del compito che grava quell'istituzione, dove ogni *input* tende ad avere un senso pedagogico e dove gli studenti dovrebbero essere in grado di esprimersi in piena libertà.

Si deve, poi, considerare brevemente l'art. 97 Cost. il quale stabilisce il principio di imparzialità dell'amministrazione. Per i motivi che si è già cercato di esporre, l'esposizione del crocefisso minerebbe la posizione di imparzialità dello Stato di fronte alle posizioni di coscienza portate da docenti e discenti, che si tratti di confessioni o di religioni diverse dalla cristiana cattolica, come di atei e agnostici. In quest'ottica sembra davvero che la soluzione più coerente sia l'assenza di simboli religiosi posti dallo Stato.

Infine poniamo la vicenda sotto la luce del principio di laicità dello Stato. «Il principio di laicità, quale emerge dagli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione, implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale» (50) e «comporta equidistanza e imparzialità della legislazione rispetto a tutte le confessioni religiose» (51). La prima, banale, osservazione che viene alla mente è che l'assunzione da parte dello Stato di un simbolo religioso che identifica una particolare confessione non sia imparziale ed equidistante rispetto a tutte le confessioni religiose, ma ne ponga una in posizione di privilegio. Non sembra sufficiente rilevare che il crocefisso rappresenta valori civili propri della cultura occidentale ed italiana, poiché esso rappresenta anche, ma non solo quei valori. Ignorare il significato che un simbolo può avere per chi ha una sensibilità diversa da chi vi professa totale adesione, questo sì sarebbe atto d'indifferenza davanti alla religione ed alla coscienza degli individui. Si è levata da più parti la preoccupazione per una concezione «ostile» della laicità, tale da non accettare il ruolo fondamentale che spesso è riservato nella vita all'esperienza religiosa e spirituale, ma la laicità è stata, e spesso è tuttora, la protezione che la nostra civiltà ed il diritto offrono all'esperienza, alla professione ed al sentimento religioso, è e deve essere la garanzia della libertà in scelte che solo all'individuo sono demandate, è e deve essere il segno del rigoroso rispetto da parte dello Stato delle scelte di fede e di coscienza di chi ad esso è sottoposto, senza pretese da parte di alcuno di poter usare lo Stato per veicolare con maggior forza le proprie scelte fino a farle diventare imposizione.

*Dott. Mario Di Carlo*

---

(50) Così Corte cost. 12 aprile 1989, n. 203.

(51) Corte cost. 14 novembre 1997, n. 329.

## **La Croce, «scandalo per i Giudei, stoltezza per i pagani» (\*) è ancora un segno di contraddizione per la nostra società?**

Negli ultimi anni le aule giudiziarie e parlamentari, i salotti televisivi, le diverse testate giornalistiche, i sapienti ragionamenti di molti giuristi, il mondo del «web», si stanno occupando di un tema apparentemente inusuale, la permanenza del Crocifisso nelle scuole e nei Tribunali ed in tutti gli altri ambienti pubblici in cui le pubbliche amministrazioni svolgono la loro pubblica funzione e/o servizio.

La questione si è posta in relazione alla interpretazione dell'art. 118 del R.D. 30 aprile 1924, n. 965 relativamente agli istituti di istruzione media, nonché dell'Allegato C al R.D. 26 aprile 1928, n. 1297, relativamente agli istituti di istruzione elementare che, appunto – così come precisato anche in un parere dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bologna del 16 luglio 2002 – prevedono che ogni aula abbia, nel suo arredo normativamente stabilito, l'immagine del Crocifisso.

L'occasione di queste note è data dalla famosa vicenda del «crocifisso di Ofena», piccolo centro dell'Abruzzo, in cui risiede con la sua famiglia il sig. Adel Smith, italianissimo nonostante il nome, di religione islamica.

Con ordinanza del 22 ottobre 2003 del Tribunale di L'Aquila – dott. Montanari, in sede di richiesta di provvedimento di urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, il Giudice aveva condannato l'Istituto scolastico resistente a rimuovere il crocifisso esposto nelle aule della Scuola statale materna ed elementare frequentate dai figli del ricorrente, avendo riconosciuto che la semplice permanenza del crocifisso sarebbe stata in grado di ledere in maniera irreparabile il diritto di libertà di religione del sig. Smith, nella sua qualità di esercente la potestà familiare sui figli minori.

Questa ordinanza, avente peraltro natura esclusivamente cautelare, è stata successivamente revocata con provvedimento del 19 novembre 2003 dal Tribunale di L'Aquila, in sede collegiale del reclamo tempestivamente proposto dall'Avvocatura dello Stato di L'Aquila – senza affrontare il merito della controversia – nel presupposto che sulla richiesta di rimozione del crocifisso, sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo, trattandosi di controversia tra un utente del servizio scolastico e l'amministrazione pubblica in relazione a norme, quali l'affissione del crocifisso nelle aule scolastiche, che spiegano i loro effetti verso una platea indifferenziata di soggetti.

Si tratterebbe, dunque, non di un rapporto individuale di utenza con soggetti privati ai sensi dell'art. 33, lett. e) del D.Lgs n. 80/1998 e quindi, in quanto tale, non sottratto alla giurisdizione amministrativa esclusiva.

Nel parere sopra citato l'Avvocatura dello Stato di Bologna ha correttamente sostenuto la persistente vigenza delle dette norme, tenuto anche conto

---

(\*) 1 Corinzi 1, 23.

del parere del Consiglio di Stato n. 63/1988 del 27 aprile 1988, che ha giustamente ritenuto «distinta la normativa riguardante l'affissione dell'immagine del crocifisso nella scuola da quella relativa all'insegnamento della religione cattolica».

Ed infatti, ha chiarito anche il Consiglio di Stato, «*il Crocifisso o, più esattamente la Croce, a parte il significato per i credenti, rappresenta il simbolo della civiltà e della Cultura cristiana, nella sua radice storica, come valore universale, indipendentemente da specifica confessione religiosa*».

Posto che le disposizioni del 1924 e del 1928, «*di natura regolamentare, sono preesistenti ai Patti Lateranensi e non si sono mai poste in contrasto con questi ultimi*», perché nulla viene stabilito nei detti Patti a proposito della esposizione del Crocifisso nelle scuole e negli altri locali pubblici, anche le modificazioni apportate al Concordato Lateranense con la legge 25 marzo 1985, n. 121, che non disciplinano in alcun modo questa materia, non possono influenzare la vigenza delle norme regolamentari *de quibus*.

La presenza del Crocifisso, proprio perché «*fa parte del patrimonio storico*» della nazione, dunque, da una parte non è vietata dalla Costituzione Repubblicana, dall'altra – sempre secondo il Consiglio di Stato – *non può «costituire motivo di costrizione della libertà individuale a manifestare le proprie convinzioni in materia religiosa»*.

D'altra parte, questo orientamento interpretativo, non costituisce semplicemente un parere di «un legale di parte privata» – peraltro fondato sulla normativa vigente e seguito anche dal Consiglio di Stato – come pure è stato sostenuto (*Crocifisso nei pubblici uffici: Avvocatura dello Stato e recenti iniziative legislative assestano un altro colpo al supremo principio di Laicità*, dott. ANTONELLO DE OTO, Università di Bologna, sul sito [www.filodiritto.com/diritto/pubblico/ecclesiastico/](http://www.filodiritto.com/diritto/pubblico/ecclesiastico/)).

Considerato il prestigio, la funzione giustiziale, specie in materia consultiva, l'autonomia ed indipendenza rispetto alle Amministrazioni difese, nonché la imparzialità dell'Avvocatura dello Stato, la tesi sostenuta dall'Avvocatura è in linea con il sentire diffuso di tantissimi illustri cittadini italiani laici, primo dei quali il Presidente Ciampi che, in occasione della vicenda di Ofena, ha espressamente detto che «... *il crocifisso nelle scuole è sempre stato considerato non solo come segno distintivo di un determinato credo religioso, ma soprattutto come simbolo di valori che stanno alla base della nostra identità*».

Nel corso degli anni (sentenze n. 203 del 1989, n. 13 del 1991, n. 290 del 1992), la Corte Costituzionale ha avuto modo di chiarire che le norme di cui agli artt. 2, 7, 8 e 20 Cost. sono dirette a tutelare «*il principio di laicità dello Stato, che non implica indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni, ma garanzia dello Stato per la salvaguardia delle libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale*».

Ed anche la Cassazione con decisione Sez. III del 13 ottobre 1998 ha affermato, in particolare, che «*non contrasta con il principio di libertà religiosa, la presenza del Crocifisso nelle aree scolastiche*».

Le discutibili ed inopportune affermazioni e prese di posizione di Adel Smith (quando, ad esempio, definì il Crocifisso un «cadaverino», e quando, di recente, effettuò il «lancio» del crocifisso dalla stanza dell'ospedale nel

quale era stata ricoverata sua madre) – azioni e proclami che hanno sollecitato l'inizio di un'indagine giudiziaria a suo carico e dalle quali, però, hanno subito preso le distanze le prudenti ed illuminate osservazioni della Comunità ufficiale dei musulmani in Italia – hanno provocato, di volta in volta:

la sconsiderata violenza di un gruppo non meglio identificato di estremisti (in occasione di un programma di una piccola televisione privata del Nord Italia);

la presentazione di ben sei progetti di legge ordinaria (rispettivamente recanti i numeri 2643, 4427, 4426, 3182, 1717 e 2749 – cfr. ricerca sul sito [www.senato.it/](http://www.senato.it/) ) dei quali quattro favorevoli alla esposizione del Crocifisso e due decisamente contrari;

un progetto di legge costituzionale, con cui si intende riconoscere «*il fondamento spirituale nel patrimonio religioso cristiano*» della Repubblica italiana (art. 1 del detto progetto n. 4523, di modifica dell'art. 8 della Costituzione, presentato il 26 novembre 2003 ed assegnato in sede Referente alla Commissione I Affari costituzionali in data 4 febbraio 2004);

il fiorire di un dotto *forum* di discussione della dottrina giuspubblicistica (cfr. a solo titolo di esempio, il sito [www.filodiritto.com/diritto-pubblico/ecclesiastico/](http://www.filodiritto.com/diritto-pubblico/ecclesiastico/));

gli interventi di vari giuristi sul sito dell'Università di Ferrara (<http://web.unife.it/progetti/forumcostituzionale/contributi/lib%20rel2.htm>), che si sono schierati ora a favore di una strenua difesa del *principio di laicità dello Stato e di pluralismo* – con conseguente contrarietà a tutte le disposizioni che ancora oggi impongono la presenza del crocifisso nelle aule scolastiche – ora in senso favorevole al mantenimento del simbolo;

la raccolta di un interessante materiale normativo, giurisprudenziale e di prassi amministrativa sul sito dell'Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose (<http://www.olir.it/ricerca/index.php> – ricerca con la parola: «crocifisso»);

la difesa della abolizione del crocifisso da parte di alcuni partiti, in specie di sinistra (cfr. sul sito del partito marxista-leninista [www.pml.i.it/viacrocifissoscuole.htm](http://www.pml.i.it/viacrocifissoscuole.htm)/ l'articolo «*Appoggiamo la sentenza del giudice di L'Aquila. Via il crocifisso dalle scuole*» che si fa bandiera di questo provvedimento giurisdizionale per sostenere una vera e propria «battaglia politica»).

Di recente, le discussioni sull'argomento si sono arricchite di un ulteriore elemento, costituito dall'ordinanza 14 gennaio 2004, n. 56, emessa dal T.A.R. Veneto in un giudizio di impugnazione, da parte dei genitori di una scolara finlandese, di una deliberazione di una scuola di Abano Terme, con la quale si stabiliva di «lasciare esposti i simboli religiosi» della scuola.

Il T.A.R., aderendo alla impostazione di molti costituzionalisti, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale degli artt. 159 e 160 del D.Lgs. 16 aprile 1994, n. 297, come specificati rispettivamente dall'art. 119 del R.D. 26 aprile 1928, n. 1297 (Tabella C) e dall'art. 118 del R.D. 30 aprile 1924, n. 965, nella parte in cui includono il crocifisso tra gli arredi delle aule scolastiche e dell'art. 676 del D.Lgs. 16 aprile 1994, n. 297, nella parte in cui conferma la vigenza delle disposizioni di cui agli artt. 119 del R.D. 26 aprile

1928, n. 1297 (Tabella C) e all'art. 118 del R.D. 30 aprile 1924, n. 965, con riferimento al principio della laicità dello Stato e, comunque, agli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione.

Giova, in proposito, precisare che, in ordine alla vigenza di queste norme, si era discusso anche nella vicenda di Ofena davanti al giudice di L'Aquila che – in relazione alla nota del Ministero dell'istruzione 3 ottobre 2002, n. 2667, che aveva confermato la vigenza delle sopra dette disposizioni, emettendo apposita direttiva n. 2666 del 3 ottobre 2002 con cui assicurare *«da parte dei dirigenti scolastici l'esposizione del Crocifisso nelle aule scolastiche»* – aveva osservato che si tratta di *«disciplina di rango regolamentare»*, che è stata abrogata per effetto della entrata in vigore della legge 25 marzo 1985, n. 121 di modifica del concordato (*Ratifica ed esecuzione dell'accordo, con protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984, che apporta modificazioni al Concordato Lateranense dell'11 febbraio 1929, tra la Repubblica Italiana e la Santa Sede*).

Il punto di vista del giudice di L'Aquila, così come quello di molti giuristi pubblicisti, è che le norme che prevedono la esposizione del crocifisso *«partono dalla logica della confessione cattolica come istituzione religiosa privilegiata»* e, in ogni caso, come *religione di stato* (art. 1 dello Statuto albertino)

Queste norme, dunque, in uno stato moderno aconfessionale nel quale è stato riconosciuto espressamente il pluralismo religioso – l'art. 1 del nuovo Concordato ha abrogato il principio della religione cattolica come religione di Stato – non hanno più ragione di essere e *«debbono ritenersi abrogate»* (ordinanza del Tribunale di L'Aquila, pag. 17).

Certo ora, sul punto, si pronuncerà la Corte Costituzionale.

In questa sede, peraltro, non si può non considerare che, stando alle norme vigenti, e pur essendo affermato, ovviamente, il principio di «uguale libertà» tra le diverse confessioni, il trattamento della religione cattolica – sul piano costituzionale – sia diverso da quello riservato alle altre religioni, proprio in relazione alle sopra indicate ragioni storiche, oltre che per la sua maggiore diffusione sul territorio nazionale.

A titolo di esempio, si ricorda che:

a) gli artt. 7 e 8 prevedono che solo i rapporti con la Chiesa cattolica sono regolati con il c.d. Concordato, mentre quelli con le altre confessioni religiose *«sulla base di intese con le relative rappresentanze»*;

b) solo per la Chiesa cattolica è detto che è *«indipendente e sovrana»*, mentre le altre confessioni *«hanno diritto di organizzarsi secondo i propri statuti, in quanto non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano»* (art. 8 Cost.);

c) l'art. 9 della legge 25 marzo 1985, n. 121 di modificazione dei Patti Lateranensi precisa che *«i principi del cattolicesimo fanno parte del patrimonio storico del popolo italiano»* e sceglie di continuare ad assicurare l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche non universitarie di ogni ordine e grado, sia pure rendendolo facoltativo;

d) l'assistenza religiosa ai militari è assicurata dai «cappellani»: mentre i cappellani cattolici sono incardinati nella struttura militare e sono da ritenersi pubblici dipendenti, gli altri sono estranei alla pubblica amministrazione;

e) le stesse festività «civili» – *ivi comprese le «domeniche»* – sono modellate su quelle previste dalla Chiesa cattolica e non invece sui giorni di riposo stabiliti dalle altre religioni (in diversi organismi internazionali, nei quali è più variegata la composizione dei lavoratori dipendenti, sono stabilite festività anche diverse da quelle cattoliche, in stile «*politically correct*»).

Ciò detto, va precisato che anche molti giuristi cattolici pensano che, proprio in relazione ai principi di laicità dello Stato, di pluralismo religioso, nonché di separazione tra Stato e Chiesa, non si possano imporre a tutti simboli religiosi, quali il Crocifisso che, in quanto tale, offenderebbero la sensibilità e la libertà di coscienza di quanti hanno un diverso credo religioso.

La necessità di conservare negli uffici pubblici questi simboli, inoltre, ricordano tutti, è stata espressamente negata in alcune fondamentali decisioni della Cassazione.

In particolare si ricorda la sentenza della Cassazione penale n. 439/2000 che, in relazione al caso di rifiuto di uno scrutatore di un seggio elettorale di svolgere la sua funzione perché disturbato dalla presenza, all'interno della scuola di vari crocifissi, assolvendo l'«obiettore di coscienza», ha anche ricostruito, da un punto di vista normativo e dogmatico, la *ratio* delle norme che per tanti anni hanno imposto la presenza di questo simbolo religioso in ambienti pubblici.

Secondo la Corte di legittimità, la presenza del Crocifisso sarebbe collegata non al c.d. patrimonio comune del popolo italiano, bensì esclusivamente all'insegnamento della religione nelle scuole, *ratio* dunque che viene comunemente ritenuta non più vigente.

Così, sulla base di una richiesta di uno solo degli utenti del servizio pubblico presente nel luogo nel quale si deve espletare una determinata funzione pubblica, l'Amministrazione sarebbe obbligata ad eliminare quel simbolo (cfr. prof. Ceccanti – Diritto Pubblico Comparato presso l'Università di Bologna). Altri sono, invece, dell'opinione che dovrebbe essere, quanto meno, la maggioranza a richiedere la rimozione, per potersi provvedere (Prof. Di Cosimo – Ricercatore presso l'Università di Macerata).

Veramente il massimo del «*politically correct*», tenuto anche conto di quanti ritengono che nella scuola non solo non si debbano più «catechizzare» gli alunni, ma non dovrebbe essere neppure permesso di insegnare i tradizionali canti di Natale, per non offendere la sensibilità dei ragazzi di altra fede religiosa!

L'impressione di chi scrive è che la cieca difesa del principio di laicità dello Stato in forza di un mal posto senso di tolleranza delle opinioni altrui, senza tenere conto del millenario retroterra storico e culturale del nostro popolo, così come, d'altra parte, una acritica crociata a favore dei simboli religiosi e delle tradizioni di una nazione siano entrambe molto pericolose, perché rappresentano un reale integralismo – laico o cattolico che sia – e conducono, in definitiva, alla intolleranza.

In Francia, ad esempio, sono stati recentemente presi provvedimenti tali che impediscono, di fatto, l'uso del velo islamico alle scolare nelle scuole pubbliche.



Dopo l'11 settembre 2001 e dopo l'11 marzo 2004, si avverte forte il rischio di una guerra di religione e tra religioni, rischio di «instabilità» e, quindi, di conflitto», come ha affermato il Pontefice (*Corriere della Sera*, 31 ottobre 2003).

L'alternativa non è e non deve essere «scrocifiggere» lo Stato, così come richiedono i rappresentanti dell'Unione degli atei e degli agnostici razionalisti (cfr il sito [www.uaar.it/](http://www.uaar.it/)), ovvero imporre biecamente le tradizioni religiose nazionali, sintomo di una «separazione ostile» di tipo francese.

Quale la soluzione?

Occorre una forte riflessione sul significato della Croce, significato che oggi è stato dimenticato.

Qualche anno fa, da un sondaggio internazionale effettuato tra un certo numero di ragazzi, è emerso, ad esempio che, mentre a quasi tutti era familiare il simbolo di Mc Donald, la maggioranza ignorava il significato della Croce.

Il titolo di queste note è tratto da una frase di S. Paolo che, portando l'annuncio di «Cristo e Cristo crocifisso», precisava che la Croce è realmente segno di contraddizione sia per l'uomo «religioso» che per il «razionalista»: il primo non può accettare che, nonostante le sue preghiere ed i ceri accesi davanti all'altare, a volte la storia personale risulti carica di sofferenze; il razionalista, di fronte alla sofferenza, non sopporta la propria impotenza e non riesce a dare ad essa un senso.

In fondo, entrambi questi due «tipi» hanno la tentazione di fuggire dalla Croce, il primo cercando una mera «consolazione» che sublima, il miracolo a tutti i costi, il secondo ritenendo che, con le sole proprie forze, sia possibile essere felici, entrambi senza riuscire a realizzare fino in fondo i propri desideri, non essendo evidentemente possibile eliminare la Croce dalla vita dell'uomo.

Quale allora il vero, profondo, esistenziale significato della Croce?

Mi piace qui ricordare la sintesi dell'apostolo Paolo: «*La parola della croce infatti, è stoltezza per quelli che vanno in perdizione, ma per quelli che si salvano, per noi, è potenza di Dio. Sta scritto infatti: Distruggerò la sapienza dei sapienti e annullerò l'intelligenza degli intelligenti. Dov'è il sapiente? Dov'è il dotto? Dove mai il sottile ragionatore di questo mondo? Non ha forse Dio dimostrato stolta la sapienza di questo mondo? Poiché, infatti, nel disegno sapiente di Dio il mondo, con tutta la sua sapienza, non ha conosciuto Dio, è piaciuto a Dio salvare i credenti con la stoltezza della predicazione. E mentre i Giudei chiedono i miracoli e i Greci cercano la sapienza, noi predichiamo Cristo potenza di Dio e sapienza di Dio. Perché ciò che è stoltezza di Dio è più sapiente degli uomini, e ciò che è debolezza di Dio è più forte degli uomini*» (cfr. 1 Cor. 1,18- 25).

Questo simbolo, che esprime anche un linguaggio universale e comprensibile per chiunque, credente o laico, ateo o di fede diversa da quella cattolica, non può offendere nessuno, non può e non deve separare gli uomini, piuttosto li unisce e li rende figli di un unico Padre celeste.

Sulla Croce si infrange e si polverizza il male dell'umanità, perché c'è stato uno che lo ha subito come un «agnello» mansueto, muto di fronte ai suoi tosatori, senza giudicare chi lo stava uccidendo.

Ecco perché la Croce non può turbare nessuno, ecco perché – attraverso la Croce – l'uomo potrà trovare realmente la pace e la comunione tra i popoli.

*Avv. Vincenzo Rago*

## I documenti

Sarà bene iniziare con l'ordinanza del Tribunale de L'Aquila, che ha sollevato il caso nell'autunno scorso. (*doc. 1*).

Seguiva il reclamo dell'Avvocatura Distrettuale (Procuratore dello Stato L. Di Bartolomeo). (*doc. 2*).

Il Presidente del Tribunale sospendeva l'efficacia esecutiva dell'ordinanza con decreto del 31 ottobre 2003. Seguiva l'ordinanza, che riformava la precedente. (*doc. 3*).

Infine si pubblica il meno noto provvedimento del T.A.R. Veneto di rimessione della questione alla Corte Costituzionale. (*doc. 4*).

*Avv. Roberto de Felice*

(*doc. 1*)

### **Tribunale de L'Aquila, ordinanza 23 ottobre 2003**

*Giudice M. Montanaro – A. S. (Avv. D. Visconti)*

*c/ Istituto comprensivo di scuola materna ed elementare di N.,*

*Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca*

«(omissis) Il fatto. Con ricorso *ex art. 700 c.p.c.*, A. S., in proprio e quale esercente la potestà sui due figli minori, premesso che:

lo stesso, cittadino italiano, risiede in Ofena insieme alla propria famiglia, i cui componenti professano tutti la religione islamica;

in occasione dell'inizio dell'anno scolastico ha potuto constatare che nei locali della Scuola materna ed elementare statale di Ofena, in cui si svolge l'attività didattica cui partecipano anche i figli dello stesso, vi è esposto il crocifisso, simbolo con valenza religiosa riferibile soltanto a coloro che professano la religione cristiana;

autorizzato dalle maestre, il ricorrente ha affisso anche un quadretto riportante un versetto della Sura 112 del Corano, che è stato però rimosso il giorno successivo su disposizione del dirigente scolastico;

il permanere dell'affissione del solo crocifisso costituirebbe lesione delle libertà di religione e di uguaglianza, costituzionalmente tutelati, tanto del ricorrente quanto dei figli minori, ponendosi peraltro in contrasto con il principio di laicità della Repubblica italiana affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 203 del 1989, che peraltro qualifica lo stesso come «principio supremo dell'ordinamento costituzionale»;

ha domandato in via cautelare d'urgenza la rimozione del crocifisso dalle aule della scuola statale materna ed elementare frequentata dai suddetti figli minori (*omissis*).

2. – Esclusa la nullità del ricorso introduttivo, questo Giudice deve esaminare l'eccezione di difetto di giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, poiché – secondo l'assunto difensivo dei resistenti – la presente controversia rientrerebbe nella giurisdizione esclusiva sancita dall'art. 33 del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, così come modificato dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205, per «tutte le controversie in materia di pubblici servizi» tra

cui, in particolare, ai sensi della lettera *e*) del comma 2 di detta disposizione, quelle «riguardanti le attività e le prestazioni di ogni genere, [...] rese nell'espletamento di servizi pubblici, ivi comprese quelle rese nell'ambito [...] della pubblica istruzione».

Benché, ad avviso di questo Giudice, sia necessario tenere distinta la domanda – cautelare e di merito – proposta dal ricorrente in proprio e quella proposta dallo stesso quale esercente la potestà genitoriale sui figli minori, ciò non di meno comunque l'eccezione non è fondata e deve affermarsi la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria adita.

La lettera *e*) del comma 2 dell'art. 33 suddetto, infatti, prosegue escludendo espressamente dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo i «rapporti individuali di utenza con soggetti privati» e le «controversie meramente risarcitorie che riguardano il danno alla persona». Orbene, proprio considerando tali espresse esclusioni dall'ambito di estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella materia dei servizi pubblici, procedendo alla qualificazione della domanda – rilevando a tal fine non il contenuto dei provvedimenti d'urgenza richiesti, bensì l'azione di merito che si intenda intraprendere, rispetto alla quale la cautela invocata si pone come strumentale – deve ritenersi sussistere la giurisdizione del giudice ordinario.

2.1. – In primo luogo, infatti, deve rilevarsi come la pretesa di tutela del diritto inviolabile e costituzionalmente garantito di libertà religiosa dei figli minori del ricorrente, che si assume lesa in conseguenza all'esposizione del crocifisso nelle aule della scuola pubblica «A.S.» di Ofena (facente capo all'Istituto comprensivo di scuola materna ed elementare di N.) che gli stessi frequentano, attiene al rapporto individuale di utenza del pubblico servizio di istruzione tra detti alunni e l'istituto scolastico alla cui attività i medesimi attendono.

Orbene, il legislatore del 1998-2000, nel prevedere un riparto di giurisdizione per settori omogenei di materie – con criterio, in verità, non esente da censure di incostituzionalità (cfr. Trib. Roma, Sez. II, 16 novembre 2000, in *Corr. giur.*, 2001, 72) – ha, però, con assoluta chiarezza, lasciato al giudice naturale dei diritti le controversie che attengano alla tutela del cittadino quale fruitore di un servizio pubblico in relazione agli attentati che ai propri diritti possano derivare nello svolgersi del rapporto che viene in essere con la fruizione del servizio stesso.

Né sembra possibile svilire la questione all'esame di questo Giudice riconducendola – come ritengono i resistenti (cfr. pag. 5 della memoria difensiva depositata in data 14 ottobre 2003) – ad un profilo organizzativo del pubblico servizio di istruzione. A ben vedere, affermare ciò vorrebbe dire che con il ricorso in esame il ricorrente abbia inteso censurare un profilo relativo all'organizzazione dei mezzi nell'ambito di un ufficio pubblico, essendo appunto mezzi materiali anche quelli facenti parte dell'arredo scolastico, nel cui ambito verrebbero dettate le disposizioni che prevedono l'esposizione del crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche (come si dirà diffusamente di seguito). Tale prospettazione, benché in passato sostenuta in giurisprudenza (cfr. Pret. Roma, 17 maggio 1986, in *Riv. giur. scuola*, 1986, 619), sembra non voler cogliere la vera essenza della questione, elidendo il profilo della lesione – seppure prospettata – di un diritto assoluto costituzionalmente tutelato. Evidente forzatura che, di fronte al rilievo in tal senso del resistente in sede di discussione del ricorso, ha spinto il rappresentante dell'Avvocatura dello Stato a contestare che l'assunto difensivo possa essere riassunto nella riconducibilità della questione a meri profili attinenti all'arredo scolastico (cfr. verbale dell'udienza del 15 ottobre 2003).

Non appare pertinente, pertanto, il richiamo a quella giurisprudenza amministrativa per cui «rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la controversia promossa da genitori e alunni maggiorenni e relativa a provvedimento di carattere organizzativo del servizio scolastico, in quanto l'esclusione della giurisdizione e del giudice amministrativo delle controversie con gli utenti non si estende anche alle ipotesi in cui sono in discussione gli aspetti organizzativi e generali per la prestazione del servizio e quindi anche spaziale entro cui il potere è gestito, tanto più che è sommamente interessante per la collettività, e specialmente per il settore, il modo con cui l'istruzione pubblica è erogata alla generalità dei cittadini» (così Cons. Stato, Sez. IV, 21 febbraio 2001, n. 896). La questione all'esame della giustizia amministrativa riguardava, infatti, un provvedimento amministrativo avente ad oggetto l'assegnazione di edifici agli istituti scolastici, sicché, anche laddove si voglia ritenere che tale controversia rientrasse nell'ambito dell'espletamento del servizio pubblico

di istruzione (in verità, con evidente dilatazione del concetto di «pubblica istruzione»), comunque non si trattava di questione riconducibile ad un rapporto privato di utenza, ma appunto – come si legge – afferente profili organizzativi generali, funzionali alla prestazione del servizio.

2.2. – In verità, a ben vedere, anche laddove nel caso in esame si fosse in presenza – secondo la prospettazione di parte resistente – di questione attinente profili organizzatori dell'amministrazione pubblica, ciò non di meno dovrebbe affermarsi la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria.

Come è possibile evincere dal ricorso – e come, comunque, precisato dal ricorrente, per il tramite del proprio difensore, all'udienza del 15 ottobre 2003 (cfr. verbale) – la cautela richiesta è funzionale al fruttuoso esercizio dell'azione di responsabilità aquiliana per l'asserita lesione del diritto di libertà religiosa di cui si invoca la tutela con la reintegrazione in forma specifica *ex art.* 2058 c.c.. Conseguentemente, tanto l'azione proposta da A.S. in proprio, quanto quella proposta da questi quale genitore esercente la potestà sui figli minori, rientrerebbero nell'ulteriore esclusione sancita dalla lettera *e)* dell'art. 33 del D.Lgs. n. 80/1998 (e successive modificazioni) rispetto alla previsione della giurisdizione del giudice amministrativo per le controversie relative a servizi pubblici, ossia le azioni risarcitorie.

La circostanza stessa che il rimedio invocato dal ricorrente si concreti in una richiesta di ordinare ai resistenti un *facere*, prima in via provvisoria ed urgente e, quindi, in via definitiva, discende dal fatto stesso che venga proposta un'azione risarcitoria in forma specifica e non può determinare – come invece ritiene parte resistente – una diversa qualificazione della domanda quale attinente ad un aspetto organizzativo del servizio pubblico, atteso che la reintegrazione in forma specifica implica sempre la condanna ad un *facere*, ad un *non facere* e ad un *dare* da parte del soggetto danneggiante (cfr. Trib. Venezia, ord. 14 aprile 2003, n. 214, in *AmbienteDiritto.it*).

Conseguentemente, deve ritenersi sussistere la giurisdizione del giudice ordinario adito anche in relazione alla domanda cautelare proposta da A.S. in proprio, benché in relazione a questi non possa configurarsi o un rapporto individuale di utenza del servizio pubblico di istruzione con l'Istituto resistente, non essendo questi fruitore di siffatto servizio pubblico presso la Scuola materna ed elementare statale di Ofena.

3. – Esclusa in relazione alla presente controversia la giurisdizione esclusiva dell'autorità giudiziaria amministrativa, è appena il caso di rilevare che può ritenersi pacifica la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario, vertendosi in materia di diritti soggettivi e, per di più, venendo in rilievo un diritto di libertà inviolabile e costituzionalmente garantito (cfr. Trib. Roma, Sez. II, ord. 18 dicembre 2002, in *www.edscuola.it*; Pret. Milano, ord. 15 febbraio 1990, in *Foro it.*, I, 1746; Trib. Milano, 18 dicembre 1986, *ivi*, 1987, I, 2496). Né appare dubitabile che la situazione giuridica soggettiva dedotta dal ricorrente, in proprio e in relazione ai figli minori, sia di diritto soggettivo, poiché si riconnette in via diretta alla norma costituzionale dell'art. 19, che tutela non solo al libertà di culto, ma anche – e come si dirà più ampiamente di seguito – la libertà c.d. negativa di religione e la libertà di coscienza in relazione al fenomeno religioso (come sostenuto dalla dottrina e come affermato dalla Corte costituzionale in più decisioni). E comunque, anche scendendo al rango della legislazione ordinaria, posizione di diritto sarebbe quella in capo ai ricorrenti alla luce della disciplina del nuovo concordato. In tal senso, del resto, si è espressa la stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 203 del 1989, orientamento ribadito nella sentenza n. 13 del 14 gennaio 1991 in relazione al diritto di avvalersi o non avvalersi dell'insegnamento della religione cattolica.

Ad affermare ciò, del resto, sarebbe sufficiente l'art. 2 della legge 20 marzo 1865, n. 2448, All. *E*, che devolve alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria le materie riguardanti un diritto civile o politico (cfr. Pret. Milano, ord. 15 febbraio 1990, *cit.*).

4. – È stata in passato controversa, piuttosto, la possibilità di emanare provvedimenti che prevedano un *facere* (come richiesto, appunto, nel caso in esame) ovvero un *non facere* da parte della pubblica amministrazione.

A norma dell'art. 4 della legge n. 2248/1865, All. *E*, nonostante la posizione di diritto soggettivo del privato che si assuma violata da un atto o da un comportamento della pubblica amministrazione, è infatti vietato al giudice di sostituirsi all'autorità amministrativa, sicché – salvo deroghe espresse – non è ammessa, tanto in sede di giudizio ordinario

di cognizione quanto in sede cautelare ed urgente, non solo l'adozione di provvedimenti di annullamento, modifica o sospensione di un atto amministrativo, ma anche di un comportamento (come appunto la condanna ad un *facere* o ad un *non facere*) direttamente incidente nella sfera di discrezionalità della pubblica amministrazione, ossia in quegli atti o comportamenti attuativi dei fini istituzionali della pubblica amministrazione.

A fronte di tale divieto, che è logica e necessaria conseguenza della separazione della funzione giurisdizionale dalla funzione amministrativa, oggi sancita dagli artt. 97, 102, 104 e 113, ultimo comma, Cost., la giurisprudenza di merito ha individuato il presupposto giurisdizionale della carenza assoluta di potere della pubblica amministrazione come idoneo a rendere inoperante il divieto di cui all'art. 4 suddetto (cfr. Pret. Monza, 23 marzo 1990, in *Foro it.*, 1990, I, 1745). Tale giurisprudenza evolutiva dei giudici di merito è stata successivamente fatta propria dalla Suprema Corte di Cassazione, che ha affermato come, allorché il privato chieda la tutela di un proprio diritto soggettivo non condizionato dal potere in concreto esercitato dalla pubblica amministrazione, la giurisdizione appartenga al giudice ordinario. Versandosi inoltre in ipotesi di attività materiale lesiva posta in essere dalla pubblica amministrazione in carenza di potere, non opera il divieto di condanna della stessa ad un *facere* (cfr. Cass. civ., S.U., 1° luglio 1997, n. 9557) che è ammessa nella misura in cui la stessa non interferisca su atti discrezionali dell'amministrazione (cfr. Cass. civ., S.U., 29 gennaio 2001, n. 39) e non contrasti con il divieto riguardante la diversa ipotesi di attività rientranti nella sfera dei poteri e delle finalità istituzionali di essa (cfr. Cass. civ., S.U., 30 dicembre 1998, n. 12906).

Orbene, premesso che nel caso all'esame di questo Giudice la condanna alla rimozione del crocifisso dalle aule scolastiche non determina un'ingerenza nell'attività discrezionale della pubblica amministrazione volta alla realizzazione delle finalità istituzionali della stessa, occorre verificare se nella fattispecie in esame sussista un potere – che non può che essere attribuito da norme di legge, stante il principio costituzionale di legalità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.) – che consenta all'amministrazione scolastica l'esposizione del crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche frequentate dai minori figli del ricorrente. Escluso ciò, potrà ritenersi che nel giudizio – ordinario e, quindi, anche cautelare d'urgenza – che verta sulla presunta violazione o compressione di un diritto costituzionalmente garantito, qual è il diritto alla libertà religiosa, non sussiste il limite interno alla giurisdizione ordinaria che vieta all'autorità giudiziaria ordinaria di emettere un ordine di fare (o di non fare) a carico della pubblica amministrazione, quando quest'ultima non sia dotata di alcun potere ablatorio o compressivo del diritto medesimo (cfr. Pret. Torino, ord. 11 febbraio 1991, in *Foro it.*, 1991, I, 2586; Pret. Torino, ord. 19 luglio 1988, in *Foro it.*, 1988, I, 3343; Cass. civ., S.U., 9 marzo 1979, n. 1463).

5. – Secondo il Ministero dell'istruzione (cfr. nota 3 ottobre 2002, prot. n. 2667), l'esposizione del crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche sarebbe prescritta dall'art. 118 del R.D. 30 aprile 1924, n. 965, recante disposizioni sull'ordinamento interno degli istituti di istruzione media, e dall'art. 119 del R.D. 26 aprile 1928 n. 1297, precisamente nella Tabella C allo stesso allegata (*Regolamento generale sui servizi dell'istruzione elementare*), quanto agli istituti di istruzione elementare.

Si può subito rilevare che nessuna disposizione prescrive l'affissione del crocifisso nelle aule delle scuole materne, mentre è pacifico che anche nell'aula in cui svolge attività didattica il piccolo K., di anni quattro, è esposto il simbolo della croce.

Con riferimento all'altro figlio del ricorrente, verrebbero invece in rilievo le disposizioni da ultimo citate, che appunto prescrivono che il simbolo della croce debba far parte dell'ordinario arredamento delle aule scolastiche e che spetta al capo d'istituto (art. 10, comma 3, e art. 119 del R.D. 26 aprile 1928 n. 1297) – oggi, a seguito della riforma operata dal D.Lgs. 6 marzo 1998, n. 59, al dirigente scolastico – assicurare la completezza (nonché la buona conservazione) di tutti gli arredi occorrenti. Si tratterebbe di disciplina di rango regolamentare, dunque, in relazione alla quale, peraltro, la stessa pubblica amministrazione si è più volte interrogata circa la permanente vigenza nel nostro ordinamento (si veda anche, in relazione all'esposizione del crocifisso nella aula giudiziarie, il quesito del 29 maggio 1984 - prot. n. 612/14-4 posto al Ministero dell'interno dal Ministero di grazia e giustizia).

In particolare, con riferimento alle scuole pubbliche, a seguito dell'entrata in vigore della legge 25 marzo 1985, n. 121 di modifica del concordato (*Ratifica ed esecuzione del*

*l'accordo, con protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984, che apporta modificazioni al Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929, tra la Repubblica italiana e la Santa Sede*), l'allora Ministero della pubblica istruzione si è interrogato circa il possibile contrasto con il nuovo quadro normativo in base al quale viene impartito l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole.

Al riguardo il Consiglio di Stato, Sezione III, con il parere 27 aprile 1988, n. 63/88, ha preliminarmente distinto la normativa riguardante l'affissione del crocifisso nelle scuole da quella relativa all'insegnamento della religione cattolica; ha quindi rilevato che «le due norme citate, di natura regolamentare, sono preesistenti ai Patti Lateranensi e non si sono mai poste in contrasto con questi ultimi» e che «nulla, infatti, viene stabilito nei Patti Lateranensi relativamente all'esposizione del Crocifisso nelle scuole», sicché «le modificazioni apportate al Concordato Lateranense, con l'accordo, ratificato e reso esecutivo con la legge 25 marzo 1985, n. 121, non originario, non possono influenzare, né condizionare la vigenza delle norme regolamentari di cui trattasi»; ha così concluso che le suddette disposizioni devono intendersi «tuttora legittimamente operanti». Le stesse motivazioni, peraltro, sono state fornite dall'Avvocatura dello Stato di Bologna nel parere reso in data 16 luglio 2002 (menzionato nella suddetta nota 3 ottobre 2002 del Ministero dell'istruzione), che ha affermato la permanenza in vigore di tale disciplina e la non lesività della libertà di religione della stessa nel prevedere l'affissione del crocifisso nelle aule scolastiche.

Siffatto argomentare è, in verità, eccessivamente semplicistico. Non è necessario un particolare approfondimento, infatti, per rilevare come le norme che prevedono l'esposizione del crocifisso nelle scuole pubbliche non siano entrate in contrasto con le disposizioni concordatarie poiché entrambe partono dalla logica della confessione cattolica come istituzione religiosa privilegiata.

Un minimo approfondimento della natura stessa della normativa in questione consente, invece, di giungere ad una soluzione del tutto opposta. Il R.D. 30 aprile 1924, n. 965 estendeva quanto già previsto con ininterrotta continuità da una norma del regolamento per l'istruzione elementare (R.D. 15 settembre 1860, n. 4336 di attuazione della legge 13 novembre 1859, n. 3725 - c.d. legge Casati), poi ripresa dal Regolamento generale dell'istruzione elementare del 1908 (R.D. 6 febbraio 1908, n. 150). In tale solco si pone, quindi, l'art. 10 del R.D. n. 1297/1928 nel prevedere l'affissione nelle aule delle scuole elementari del crocifisso. Si tratta, quindi, di una normativa regolamentare di esecuzione di una legge che, per quanto laica si voglia ritenere, appartiene comunque ad un sistema costituzionale, quale quello disegnato dallo Statuto Albertino, che all'art. 1 sanciva che la religione cattolica era la sola religione dello Stato.

E benché l'origine della disposizione in parola risalga all'epoca dello Stato liberale, ciononostante la previsione dell'affissione del crocifisso nelle aule scolastiche risponde ad intenti confessionali, come è stato da più parti e autorevolmente osservato dalla dottrina storica. «Dall'unità d'Italia la scuola costituisce [...] terreno tradizionale di confronto fra gli interessi ideologici dello Stato e della Chiesa, forse l'oggetto privilegiato delle pretese confessionali e probabilmente, quindi, anche il luogo ove si avverte più forte l'esigenza di laicità». In altri termini, anche all'epoca dello stato liberale, la previsione dell'affissione del crocifisso nella aule della scuola pubblica esprimeva il regime di privilegio accordato alla religione cattolica.

La dottrina giuridica (oltre che storica) indica, poi, nella previsione dell'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche contenuta nei RR.DD. n. 965/1924 e n. 1297/1928, nonché negli altri uffici pubblici (a proposito della presenza del crocifisso nelle aule giudiziarie, si veda la Circolare n. 1867 della Div. III n. 2134 del Reg. Circ. emessa in data 29 maggio 1926), uno dei sintomi più evidenti del neo-confessionismo statale del regime fascista, che ha nel Concordato del 1929 il suo ideale punto di arrivo. Conclusioni cui detta dottrina perviene anche sulla scorta del chiaro tenore delle circolari dell'epoca (basti riportare un passo della circolare del Ministero dell'interno del 16 dicembre 1922, indirizzata ai Prefetti, in cui si rileva come «in questi ultimi anni in molte scuole sono state tolte le immagini del Crocifisso e il ritratto del Re: tutto ciò costituisce aperta e non più oltre tollerabile violazione d'una precisa disposizione regolamentare, offende altresì, e soprattutto, la religione dominante dello Stato e il principio unitario della Nazione [...]», diffidandosi «perché siano immediatamente restituiti [...] i due simboli sacri alla fede e al sentimento nazionale»).

Premesse le ragioni storiche e l'interesse pubblico perseguito dalla disciplina in parola, la funzione regolamentare esplicita dai suddetti regi decreti non può non ritenersi superata, a meno di affermare che ci sia un altro interesse pubblico che, sostituendosi al precedente, continui a giustificarne il vigore. Nel caso in esame, però, ciò non può sostenersi, proprio alla luce del nuovo quadro normativo di riferimento disegnato dalle disposizioni dell'Accordo di modifica del concordato, come peraltro correttamente «intuito» sul finire degli anni ottanta del secolo scorso dall'Amministrazione di grazia e giustizia prima (si veda il citato quesito del 29 maggio 1984) e della pubblica istruzione poi, quest'ultima nel richiedere il citato parere reso dal Consiglio di Stato.

L'esplicita abrogazione del principio della religione cattolica come religione di Stato, contenuta nel punto 1, in relazione all'art. 1, del Protocollo addizionale agli Accordi di modifica del Concordato del 1929, ha sicuramente introdotto un nuovo assetto normativo che si pone in contrasto insanabile con la disciplina (scolastica e non) che impone l'esposizione del crocifisso. Per quanto l'accordo di revisione del 1984 non contenga alcun riferimento esplicito all'affissione del crocifisso, assorbente è il rilievo che i provvedimenti che ciò prescrivono, peraltro di rango secondario, in quanto intimamente legati al principio della religione di Stato, debbano ritenersi abrogati.

Come noto, l'abrogazione esplicita di un principio giuridico comporta necessariamente e naturalmente l'abrogazione tacita delle disposizioni che vi fanno riferimento, in particolare se si tratta di normativa di rango secondario, che offre una minore resistenza nell'eventuale contrasto determinatosi con l'introduzione di una nuova disciplina della materia, dovendo le disposizioni regolamentari, per loro stessa natura, eseguire il dettato di determinate disposizioni di legge.

Nel caso del nuovo concordato, poi, l'eliminazione del primo, lasciando intatte le seconde, vorrebbe dire eludere una delle poche novità sostanziali contenute nella riforma sancita dall'accordo di Villa Madama.

Non può negarsi che tanto la dottrina – soprattutto certi studiosi di diritto ecclesiastico – quanto anche la giurisprudenza, ordinaria e amministrativa, hanno avuto la tendenza a ridimensionare la portata dell'innovazione conseguente all'art. 1 del Protocollo addizionale suddetto. La stessa Corte costituzionale, per ribadire la legittimità costituzionale delle disposizioni del codice penale in tema di reati contro il sentimento religioso, ha precisato, che le stesse «troverebbe[ro] tuttora un qualche fondamento nella constatazione, sociologicamente rilevante, che il tipo di comportamento vietato dalla norma impugnata concerne un fenomeno di malcostume divenuto da gran tempo cattiva abitudine per molti» (cfr. Corte cost. sentenza n. 925/1988). In altri termini, sebbene non possa ritenersi, nell'ordinamento costituzionale, la Repubblica italiana come uno stato confessionale in senso cattolico, tale religione è però professata, nella comunità statale, dalla maggioranza dei suoi cittadini. Così ragionando, però, si continua sostanzialmente a considerare la religione cattolica come «religione dello Stato».

Come è stato rilevato in dottrina, evocare il criterio della maggioranza, del gruppo (numericamente e culturalmente) prevalente, cui debba guardare il legislatore, in tema di libertà è l'argomento più denso di pericoli per le libertà dei consociati. «Una delle più significative rivoluzioni del ventesimo secolo è rappresentata dall'esplosione dell'idea democratica: un'idea che trova un'essenziale riferimento nei principi di sovranità della persona umana e di eguaglianza di tutti gli uomini davanti alla legge».

Il principio di uguaglianza assume, inoltre, un significato particolare nelle società pluriethniche, culturalmente variegate, dove vi sono delle minoranze per cui l'eguaglianza «rimane solo saldissimo principio contro ingiustizie, discriminazioni, razzismi. Diviene l'asse portante per l'affermazione del "diritto alla differenza"».

In molte norme della Costituzione italiana (artt. 3 e 8, comma 1), ed in verità anche nella comune valutazione dei rapporti sociali, il principio di libertà si pone in diretta connessione con quello di uguaglianza. Ed anche a proposito della libertà di religione è necessario considerare la relazione che sussiste tra i principi di libertà e di uguaglianza. È quanto ha ritenuto di recente la IV Sezione penale della Suprema Corte di Cassazione con la sentenza n. 439 del 1° marzo 2000. Richiamandosi anche ad esperienze di altri paesi, il Supremo

Collegio ha ritenuto che la rimozione del simbolo del crocifisso da ogni seggio elettorale si muovesse nel solco tracciato dalla giurisprudenza costituzionale in termini di laicità e pluralismo, reciprocamente implicantisi.

Vero è che tale decisione fa perno sul concetto di neutralità del pubblico ufficiale, ma essa è solo apparentemente lontana dalla questione all'attenzione di questo Giudice – come, invece, ha ritenuto l'Avvocatura nel discutere il presente ricorso – poiché, a ben vedere, proprio in considerazione del fatto che la scuola pubblica rientra (espressamente, nella previsione della lettera *e*) dell'art. 33 del D.Lgs. n. 80/1998 e successive modificazioni) nel novero dei servizi pubblici, anche l'oggetto del ricorso in esame riguarda la questione della laicità delle istituzioni.

Alcuni commentatori hanno rilevato criticamente come la conclusione cui è pervenuta la Suprema Corte nella decisione sopra riportata tragga origine da una lettura parziale, e per ciò solo non corretta, del concetto di laicità, poiché, come tratteggiato dalla nota sentenza n. 203 del 1989 della Corte costituzionale, laicità non significa indifferenza nei confronti delle religioni, ma implica la «garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione in regime di pluralismo confessionale e culturale», non comportando tuttavia il rinnegamento o l'abbandono delle proprie radici storico-religiose. Esisterebbe – secondo detta opinione – un'identità italiana, forgiata dai principi del cattolicesimo, che non può essere cancellata, «così come non si possono cancellare la Divina Commedia o gli affreschi di Giotto», che pur nel rispetto delle diverse sensibilità, del multiculturalismo e del concetto di laicità dello Stato, non potrebbe essere intesa quasi come una sorta di onta da cancellare, giacché, anche da un punto di vista pedagogico, il nascondimento di quell'identità costituisce un disvalore che priverebbe la popolazione di fondamentali elementi di identificazione personale e comunitaria.

Tale ragionamento, cui fa riferimento – e su cui sembrerebbe, in realtà, fondarsi – il parere n. 63/1988 del Consiglio di Stato, è quello diffusamente utilizzato dalla giurisprudenza e dalla dottrina per giustificare nell'attuale regime costituzionale la legittimità delle norme penali a tutela del sentimento religioso. Sennonché, anche tali disposizioni, come quelle relative all'esposizione del crocifisso nelle scuole pubbliche, hanno la medesima origine ideologica, trovavano fondamento nella previsione della religione cattolica come religione di Stato di cui all'art. 1 del Trattato lateranense, venuto meno il quale, il permanente vigore è stato motivato con il passaggio della religione cattolica da religione di Stato a fatto culturale e sociale di rilievo nazionale, procedendo attraverso il concetto di religione della maggioranza dei cittadini.

È questa, in buona sostanza, l'opinione di coloro che ritengono che il perdurante vigore dei provvedimenti che dispongono l'esposizione del crocifisso nelle aule possa desumersi dall'art. 9 dell'Accordo di revisione concordataria del 1984, che prevede l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole e riconosce «i principi del cattolicesimo fanno parte del patrimonio storico del popolo italiano».

Orbene, non si può negare che tale norma del nuovo concordato abbia in un certo senso riassunto le due formule precedenti della religione di Stato e della religione della maggioranza dei cittadini nel quadro di un rinnovato rapporto fra istituzioni e società civile. Ciò costituisce lo sviluppo di una costruzione giuridica che si fonda su un fatto incontrovertibile, il ruolo storico e quello attuale della Chiesa, e continua a tradursi in un diffuso atteggiamento privilegiato per la religione cattolica. Sennonché, come ha già osservato il Supremo Collegio nella sentenza n. 439/2000, «il riconoscimento contenuto nell'art. 9 legge *cit.* è privo di valenza generale perché non è un principio fondamentale dei nuovi accordi di revisione ma è funzionale solo all'assicurazione dell'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche: peraltro, non obbligatorio ma pienamente facoltativo, limitato cioè agli alunni che dichiarano espressamente di volersene avvalere, senza che agli altri possa farsi carico di un onere alternativo (infatti, gli alunni possono anche non presentarsi o allontanarsi dalla scuola: Corte cost. 14 gennaio 1991, n. 13)». Ritenerne la rilevanza sociale e culturale della religione cattolica in quanto religione della maggioranza dei cittadini equivale a stabilire una perfetta identità tra cultura cattolica e cultura civile nel nostro Paese, che – in verità – non corrisponde neanche al significato della nuova norma concordataria in materia



scolastica, la quale, pur tra tante (in parte certamente volute ed in parte in ogni caso inevitabili) ambiguità, fa riferimento ad un patrimonio storico in cui si collocano anche – e non solo – i principi del cattolicesimo.

Le giustificazioni addotte per ritenere non in contrasto con la libertà di religione l'esposizione del crocifisso nelle scuole (e negli uffici pubblici), così come di ogni altra forma di confessionalismo statale, sono divenute ormai giuridicamente inconsistenti, storicamente e socialmente anacronistiche, addirittura contrapposte alla trasformazione culturale dell'Italia e, soprattutto, ai principi costituzionali che impongono il rispetto per le convinzioni degli altri e la neutralità delle strutture pubbliche di fronte ai contenuti ideologici.

Per tale ragione, non può concordarsi con quell'opinione che ritiene che il crocifisso potrebbe rimanere nella aule scolastiche «quando l'insieme degli studenti (se maggiorenni, o dei loro genitori se minorenni) di una scuola pubblica vi colgano tutti pacificamente, implicitamente, un comune significato culturale (oltre a quello di fede dei soli cristiani); se viceversa anche un solo alunno ritenga di essere leso nella propria libertà religiosa negativa, essi andrebbero rimossi». Proprio perché è in questione non solo la libertà di religione degli alunni, ma anche la neutralità di un'istituzione pubblica, non è possibile prospettare una realizzazione del principio di laicità dello Stato e, quindi, della libertà di religione dei consociati «a richiesta», ma piuttosto deve essere connaturato all'operare stesso dell'amministrazione pubblica.

A ciò si aggiunga che ritenere il crocifisso sia solo un «simbolo passivo», oltre a svilire la forte valenza religiosa per la fede cristiana di tale simbolo, costituisce una forzatura. Il crocifisso assume, infatti, nella sua sinteticità evocativa una particolarmente complessa polivalenza significante: se ogni simbolo è costituito da una realtà conoscitiva, intuitiva, emozionale molto più ampia di quella contenuta nella sua immediata evidenza, per il crocifisso ciò si esalta, comprende una realtà complessa, che intrinsecamente non si può esprimere per tutti nello stesso modo univoco. Appare persino riduttivo affermarne l'ambivalenza di cui si è detto sopra, che, peraltro, veniva storicamente ricomposta fino a quando la contrapposizione tra cristiani e non cristiani è rimasta comunque circoscritta a coloro che nel crocifisso leggano pacificamente un simbolo culturale e cristiani che sottolineano il significato religioso e assolutamente non culturale, ma confessionale, del simbolo della croce (che a rigore, come è stato osservato in dottrina, «esprimerebbe un conflitto radicale con la cultura, la politica e l'istituzione giudiziaria del tempo e che di conseguenza non potrebbe essere utilizzata per un «concordismo» con qualsiasi Stato sulla terra, anche col migliore di essi»). Ciò ha consentito – più da parte degli studiosi del diritto ecclesiastico che del pensiero costituzionalistico – di ricondurre i profili individuali della libertà religiosa ai rapporti tra Stato e culti religiosi, che nell'esperienza storica italiana altro non sono stati che sfumature di un'omogenea tradizione giudaico-cristiana.

La società multietnica odierna introduce, però, delle incrinature che sicuramente sono provocate dalla necessità di contemperare concezioni etico-religiose fortemente divergenti dalla tradizione culturale italiana, mettendo così in luce tutti i limiti di un'impostazione che dei due profili della libertà di religione, la fede e il culto – peraltro mantenuti con chiarezza distinti dalla Corte costituzionale sin dalle sue prime sentenze – ha visto prevalere il secondo.

In particolare, nell'ambito scolastico, la presenza del simbolo della croce induce nell'alunno una comprensione profondamente scorretta della dimensione culturale della espressione di fede, perché manifesta l'inequivoca volontà – dello Stato, trattandosi di scuola pubblica – di porre il culto cattolico «al centro dell'universo, come verità assoluta, senza il minimo rispetto per il ruolo svolto dalle altre esperienze religiose e sociali nel processo storico dello sviluppo umano, trascurando completamente le loro inevitabili relazioni e i loro reciproci condizionamenti». Come è stato acutamente osservato in dottrina, «è anche il segno visibile che la scuola di fronte al fatto religioso arretra la sua sfera d'azione, rinuncia alla sua funzione educativa, compie la precisa scelta di abbandonare il criterio dell'approccio culturale e critico, accogliendo simboli e concetti la cui interpretazione, quando non è delegata per legge all'autorità ecclesiastica, risulta in ogni caso inevitabilmente riconducibile alla tradizione cattolica per i forti condizionamenti che essa ancora esercita sul corpo sociale ed ai quali è molto difficile sfuggire specie in giovane età».

Alla luce di quanto si è detto, si comprende anche come non possa condividersi la netta distinzione operata dal Consiglio di Stato tra la normativa riguardante l'affissione del croci-

fisso nelle scuole e quella relativa all'insegnamento della religione cattolica. Come era stato correttamente avvertito dallo stesso Ministero della pubblica istruzione, che detto parere aveva richiesto, l'affissione del crocifisso nelle aule è questione non neutra rispetto al problema dell'istruzione o, più in generale, non può essere dissociato da quello dell'educazione. La presenza del crocifisso nelle aule scolastiche, infatti, comunica un'implicita adesione a valori che non sono realmente patrimonio comune di tutti i cittadini, presume un'omogeneità che, in verità, non c'è mai stata e, soprattutto, non può sicuramente affermarsi sussistere oggi, e che, però, chiaramente tende a determinare, imponendo un'istruzione religiosa che diviene obbligatoria per tutti, poiché non è consentito non avvalersene, connotando così in maniera confessionale la struttura pubblica «scuola» e ridimensionandone fortemente l'immagine pluralista. E ciò facendo si pone in contrasto con quanto ha stabilito la Corte costituzionale al riguardo, rilevando come il principio di pluralità debba intendersi quale salvaguardia del pluralismo religioso e culturale (cfr. Corte cost. 12 aprile 1989, n. 203 e 14 gennaio 1991, n. 13), che può realizzarsi solo se l'istituzione scolastica rimane imparziale di fronte al fenomeno religioso.

È appena il caso di rilevare, seppure in estrema sintesi, che, alla luce di quanto si è detto, parimenti lesiva della libertà di religione sarebbe l'esposizione nelle aule scolastiche di simboli di altre religioni. L'imparzialità dell'istituzione scolastica pubblica di fronte al fenomeno religioso deve realizzarsi attraverso la mancata esposizione di simboli religiosi piuttosto che attraverso l'affissione di una pluralità, che peraltro non potrebbe in concreto essere tendenzialmente esaustiva e comunque finirebbe per ledere la libertà religiosa negativa di coloro che non hanno alcun credo. Sebbene non possa negarsi che la contemporanea presenza di più simboli religiosi eliderebbe la valenza confessionale che si è detto avere l'esposizione del solo crocifisso.

(doc. 2)

### **Avvocatura Distrettuale dello Stato de L'Aquila - Tribunale de L'Aquila Reclamo al Collegio con istanza di sospensione del 29 ottobre 2003 (cont. 3563/2003).**

«(omissis) Difetto di giurisdizione – Non può condividersi l'interpretazione data dall'ordinanza in ordine alle fattispecie sottratte dall'art. 33 D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 80 modif. dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000 n. 205 alla cognizione «esclusiva» del giudice amministrativo.

In conclusione, ritenuta la mancanza di una norma – sia essa di legge che di rango secondario – che prescriva l'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche, considerato conseguentemente che non v'è preclusione alla condanna dell'Amministrazione ad un *facere*, premessa la ricostruzione del diritto di libertà nell'attuale assetto costituzionale, ad avviso di questo Giudice, deve ritenersi che sussista il *fumus boni iuris* per la concessione della cautela invocata dal ricorrente.

6.1. - Quanto alla sussistenza dell'imminenza e dell'irreparabilità del pregiudizio lamentato dai ricorrenti, richiesto dall'art. 700 c.p.c., è invece necessario distinguere la posizione del ricorrente in proprio da quella dei figli minori. Solo in relazione a questi ultimi, infatti, può ritenersi sussista il requisito dell'imminenza del danno, che consente di accordare l'invocata cautela atipica, e che esso sia di tutta evidenza in considerazione della natura del bene giuridico leso (cfr. Pret. Monza, ord. 23 marzo 1990, *cit.*).

La valutazione della sussistenza del pericolo discende dall'accertata sussistenza dello «scuotimento» o della crisi del diritto di libertà di religione come si è cercata di delineare sopra.

Se il concetto di pericolo si risolve in un rapporto tra eventi, di cui il primo – ossia l'evento lesivo denunciato – si è già verificato, e l'altro, invece, futuro, nel caso all'esame di questo Giudice il giudizio probabilistico volto a porre in correlazione i due eventi è quanto mai agevole: vi è un grado di probabilità assai elevato circa il permanere del suddetto simbolo confessionale nelle aule della scuola pubblica, e quindi anche in quella di Ofena di cui si tratta, proprio in considerazione dell'orientamento espresso dall'amministrazione centrale con la nota 3 ottobre 2002 - prot. n. 2667 e del vincolo che la stessa determina per i dirigenti scolastici; ne consegue che continuerà a perpetrarsi la lesione al diritto inviolabile di religione dei piccoli alunni di fede islamica.

In altri termini, nel caso all'esame di questo Giudice, è la circostanza di fatto – pacifica – dell'esposizione del crocifisso nelle aule frequentate da A. e K. S. ad essere di per sé sufficiente per ritenere la sussistenza dell'imminenza del pregiudizio.

A ciò si aggiunga che se un adulto può – in teoria – essere meno esposto a condizionamenti culturali, i più giovani, e in particolare gli alunni delle scuole elementari e medie, in assenza di convinzioni radicate, tendono a dare al simbolo religioso la valenza che gli è immediatamente propria. Come è stato lucidamente rilevato, affermare il contrario vorrebbe dire dare per scontata la formazione culturale e delle coscienze dei giovani, e quindi ritenere già realizzato lo scopo stesso dell'istruzione pubblica.

Il danno lamentato, poi, è per definizione irreparabile. Come più volte si è ripetuto, si è in presenza di un diritto di libertà assoluto e costituzionalmente garantito, non suscettibile di essere risarcito in relazione alla lesione *medio tempore* patita. Non a caso, infatti, la domanda di merito proposta dal ricorrente è di risarcimento in forma specifica attraverso la condanna dell'Istituto convenuto alla rimozione del simbolo della croce, trattandosi di lesione per definizione non risarcibile in termini economici.

A tal proposito non appare superfluo osservare che la rimozione del crocifisso, che il ricorrente invoca come indispensabile per prevenire la (ulteriore) lesione, è l'unica misura possibile per inibire la lesione del diritto di libertà dei figli minori, poiché l'alternativa sarebbe non far partecipare all'attività didattica i piccoli A. e K. In relazione al primo, in particolare, non è neanche rimesso alla discrezione dell'utente (o dei genitori di questo) la scelta se fruire o meno del servizio di istruzione pubblica: infatti, la legge 31 dicembre 1962, n. 1859 prevede l'obbligo e prevede all'art. 8 la responsabilità dei genitori o di chi ne fa le veci – anche penale per l'istruzione elementare (art. 731 c.p.) – per l'adempimento dell'obbligo da parte dei figli minori per complessivi dieci anni (cfr. legge 20 gennaio 1999, n. 9) (*omissis*).

Come noto il citato art. 33 sancisce la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di «tutte le controversie in materia di pubblici servizi» tra cui in particolare, ai sensi della lettera e) del comma 2 di detta disposizione, «quelle riguardanti le attività e le prestazioni di ogni genere, [...] rese nell'ambito della pubblica istruzione, con esclusione dei rapporti individuali di utenza con soggetti privati, delle controversie meramente risarcitorie che riguardano il danno alla persona o alle cose e delle controversie in materia di invalidità».

L'impugnata ordinanza ha ritenuto infondata l'eccezione di difetto di giurisdizione dell'autorità giurisdizionale ordinaria a favore della giurisdizione del giudice amministrativo sulla base dell'assunto che la pretesa azionata dal ricorrente con la domanda cautelare, così come «qualificata» dal giudicante, rientra nell'ambito delle espresse esclusioni dall'ambito di estensione della giurisdizione amministrativa esclusiva.

In particolare, si legge in motivazione che «[...] la pretesa di tutela del diritto inviolabile e costituzionalmente garantito di libertà religiosa dei figli minori del ricorrente [...] attiene al rapporto individuale di utenza del pubblico servizio di istruzione tra detti alunni e l'istituto scolastico alla cui attività i medesimi attendono» (cfr. pag. 7).

Con un ulteriore passaggio logico, il paradigma argomentativo dell'impugnata ordinanza prosegue con l'affermazione a tenore della quale «[...] anche laddove si fosse in presenza di questione attinente profili organizzatori dell'amministrazione pubblica, ciò non di meno dovrebbe affermarsi la giurisdizione dell'autorità giurisdizionale ordinaria» atteso che «[...] la cautelata richiesta è funzionale al fruttuoso esercizio dell'azione di responsabilità aquiliana per la lesione del diritto di libertà religiosa [...] conseguentemente tanto l'azione proposta dal A.S. in proprio, quanto quella proposta da questi quale genitore esercente la potestà sui figli minori, rientrerebbero nell'ulteriore esclusione sancita dalla lettera e) dell'art. 33 d.lgs. 80/1998 (e successive modificazioni) rispetto alla previsione della giurisdizione del giudice amministrativo per le controversie relative a servizi pubblici, ossia le azioni risarcitorie».

Entrambi gli assunti che reggono la struttura logico-argomentativa del profilo relativo al rilevato difetto di giurisdizione e il conseguente «risultato» interpretativo a cui è giunto l'adito Giudicante si fondano su un'errata applicazione dell'art. 33, lettera e) d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80 così come modificato dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000 n. 205 per le considerazioni che seguono.

a) Preliminarmente, si contesta l'ordinanza impugnata laddove qualifica la pretesa azionata dal ricorrente quale attinente ad un *rapporto individuale di utenza* del pubblico servizio di istruzione, come tale sottratto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, giusta clausola di esclusione di cui al citato art. 33, lettera e).

Invero, pur non avendo la legge fornito una esplicita definizione della nozione di «rapporti individuali di utenza con soggetti privati», la prassi applicativa della norma in questione è giunta ad una sufficiente delimitazione della nozione in adesione allo spirito oltre che alla lettera della disciplina che reinscrive gli ambiti della tutela giurisdizionale esclusiva innanzi al G.A.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (ord. n. 1/2000) ha opinato nel senso della identificazione dei «rapporti individuali di utenza con soggetti privati» con quelli intercorrenti tra utenti individuali e «gestori privati» dei servizi. In particolare si legge nella motivazione dell'ordinanza 1/2000 che «il legislatore delegato ha attribuito alla giurisdizione esclusiva le controversie intercorrenti tra l'amministrazione e i singoli utenti, *mentre ha lasciato ferma la giurisdizione ordinaria tra quelle intercorrenti tra i gestori privati e i singoli utenti*, in quanto esse (oltre che per il notevole numero) sono caratterizzate il più delle volte dal loro modesto valore economico e dalla applicabilità integrale del diritto privato, in particolare della normativa sui contratti per adesione e sulle clausole vessatorie» (v. punto 6.6 della mot.; nello stesso senso v., tra le tante, Trib. Trento, sez. lav., 3 marzo 2000 n. 33; Trib. Bologna, 7 aprile 2000; T.A.R. Lazio 4 maggio 1999 n. 371; T.A.R. Toscana, 18 aprile 2000 n. 724).

Occorre poi osservare che trattandosi di attribuzione alla giurisdizione esclusiva, rientrano nella previsione dell'attribuzione al G.A. tutte le controversie che insorgono nella relazione instaurata con gli utenti ovvero nello svolgimento dei rapporti utenti-gestore pubblico del pubblico servizio, a prescindere dalla qualificazione della posizione giuridica tutelanda, considerato oltretutto che nella nuova configurazione della tutela giurisdizionale amministrativa il giudice amministrativo può disporre il risarcimento del danno subito dal ricorrente che assume la lesione di un diritto e/o di un interesse (art. 35 d.lgs. 80/1998).

D'altronde, non è assolutamente percorribile un'eventuale opzione ermeneutica che intendesse per «soggetti privati» gli utenti; a tacer del fatto che risulterebbe irragionevole discriminare tra utenti privati e utenti non privati, si finirebbe per privare il giudice amministrativo di tutte le controversie attinenti a quella parte del servizio pubblico che interessa i singoli utenti, dovrebbero rientrare nella giurisdizione esclusiva soltanto quelle con gli utenti pubblici, in aperto dispregio delle ragioni di politica legislativa e giudiziaria che hanno portato all'ampliamento della giurisdizione esclusiva in materia di pubblici servizi.

Trattandosi di eccezione a regola generale, l'esclusione delle controversie con gli utenti di gestori privati si spiega soltanto con la volontà del legislatore di evitare al giudice amministrativo l'intromissione nelle contese cosiddette bagatellari (v. in questo senso, anche Cons. Stato 21 febbraio 2001 n. 896).

Tali non possono giudicarsi quelle in cui sono in discussione aspetti generali delle modalità di prestazione del servizio (scolastico) che investono scelte che coinvolgono la generalità della collettività.

Orbene, non può revocarsi in dubbio che la presente controversia attenga ad attività e prestazioni rese nell'espletamento del servizio pubblico – pubblica istruzione – reso da un gestore per c.d. pubblico (scuola statale) come tale sottratta all'esclusione della previsione di giurisdizione amministrativa esclusiva.

Rispetto a detto risultato interpretativo, pianamente discendente dalla mera lettera della norma, è assolutamente inconferente la circostanza che il ricorrente agisca per la tutela di un proprio diritto ovvero di un interesse meritevole di tutela e, pertanto, appare priva di fondamento l'affermazione del giudice della cautela secondo cui «il legislatore del 1998-2000 nel prevedere un riparto di giurisdizione per settori omogenei [...] ha con assoluta chiarezza lasciato al giudice dei diritti le controversie che attengono alla tutela del cittadino quale fruitore di un servizio pubblico in relazione agli attentati che ai propri diritti possano derivare nello svolgersi del rapporto che viene in essere con la fruizione del servizio stesso».

Per non appesantire l'esposizione con l'enunciazione di principi già noti a codesto Collegio, è sufficiente il rilievo che la devoluzione della giurisdizione nella materia delle controversie insorgenti tra gestore pubblico di un servizio pubblico-utente comporta che il giudice

amministrativo (tranne le eccezioni espressamente previste) conosca di tutti i diritti assoluti o relativi e possa condannare l'Amministrazione al risarcimento del danno causato da atto e/o comportamento illegittimo (v. parere Cons. Stato 1/2000, *cit.*, punto 4.3).

Pertanto, atteso che il ricorrente agisce per la tutela del diritto soggettivo alla libertà religiosa, che assume violato dalla P.A. nell'espletamento del servizio di pubblica istruzione reso da un gestore per c.d. pubblico (scuola statale), deve escludersi la giurisdizione del giudice ordinario per essere la controversia attratta alla giurisdizione amministrativa esclusiva.

b) L'impugnata ordinanza viola lo spirito, oltre che la lettera, dell'art. 33 lettera e) citato anche laddove fonda la giurisdizione dell'A.G.O. sull'assunto che le azioni proposte da A.S. in proprio e quale esercente la potestà sui figli rientrerebbero nell'ulteriore esclusione sancita dalla lettera e) dell'art. 33 d.lgs. 80/1998 per essere azioni «meramente risarcitorie».

L'assunto presta il fianco ad una serie di censure.

Innanzitutto, si contesta la qualificazione operata dal giudice della cautela dell'azione d'urgenza proposta dal ricorrente come azione meramente risarcitoria perché «funzionale al fruttuoso esercizio dell'azione di responsabilità aquiliana per l'asserita lesione del diritto di libertà religiosa di cui si invoca tutela con la reintegrazione in forma specifica ex art. 2058 c.c.». Invero, dalla mera lettura del *petitum* azionato in via d'urgenza dal ricorrente, quale emerge dalla prospettazione della narrativa del ricorso nonché nelle spiegate conclusioni, risulta *per tabulas* che la domanda cautelare del sig. A.S. ha ad oggetto «la rimozione del simbolo cristiano presente nei locali dell'Istituto e specificatamente nelle aule materna ed elementare frequentate dai figli del ricorrente».

Dunque, l'esperita azione ex art. 700 c.p.c., così come concretamente proposta, si configura come azione di accertamento di un obbligo in capo della P.A. (*petitum* mediato) con conseguente condanna della P.A. ad un *facere* (la rimozione del crocifisso, *petitum* immediato).

Solo con un'interpretazione «intraprendente» del *petitum* sostanziale azionato dal ricorrente il giudice della cautela ha potuto ravvisare nel ricorso in esame l'indole di un'azione risarcitoria sebbene in forma specifica (mai proposta) ovvero la funzionalità della domanda cautelare al fruttuoso esercizio di una (futura) azione di responsabilità aquiliana di cui non c'è traccia nelle conclusioni rassegnate.

Invero, nessuna domanda risarcitoria né per equivalente e neppure in forma specifica è stata proposta dal sig. A.S.

Con riguardo a quest'ultimo profilo, si rileva che il risarcimento in forma specifica non va confuso con la richiesta di inibitoria, quale forma di tutela preventiva del danno.

Qualora per ipotesi – il ricorrente avesse agito per ottenere la condanna dell'istituto scolastico alla collocazione del quadretto riportante un versetto della Sura 112 del Corano sulle pareti dell'aula scolastica, prima disposta poi rimossa dal Dirigente scolastico, la relativa azione si sarebbe potuta qualificare come cautelare rispetto ad una proponenda azione di risarcimento in forma specifica.

Al contrario, il ricorrente agisce per ottenere l'accertamento di un obbligo dell'istituto e la conseguente condanna ad un *facere* consistente nella rimozione del crocifisso, al fine di prevenire un fatto idoneo a causare un danno.

Ma c'è di più. L'art. 33 lettera e) sottrae alla giurisdizione esclusiva del G.A. le controversie «meramente risarcitorie che riguardano il danno alla persona o a cose».

Orbene, qualificare come meramente risarcitoria, come tale sottratta alla previsione di generale attribuzione in via esclusiva al G.A., l'azione con cui il ricorrente chiede l'accertamento dell'illegittimità di un comportamento dell'Amministrazione posto in essere nell'esercizio di un servizio pubblico e la contestuale condanna ad un *facere* specifico significa forzare la lettera oltre che lo spirito della norma per farvi rientrare ipotesi certamente escluse dalla previsione legislativa quali quelle in cui, come nella fattispecie che ne occupa, l'eventuale pretesa risarcitoria (peraltro mai azionata) sia in rapporto di connessione causale con pretesi comportamenti lesivi dell'Amministrazione resi nell'ambito di materie attratte alla giurisdizione esclusiva.

Infine, un ulteriore approdo interpretativo contenuto nella motivazione della sentenza merita di essere sottoposto a critica. Ci si riferisce, in particolare, allo snodo motivazionale che, facendo leva sulla nota teoria della carenza di potere in capo alla P.A. come presuppo-

sto giurisdizionale della giurisdizione del giudice ordinario, fa derivare l'appartenenza al G.O. dell'azione per la tutela di un diritto soggettivo non condizionato, appunto, dal potere in concreto esercitato della pubblica amministrazione (oltre che l'inoperatività del divieto di condanna ad un *facere*).

In disparte la questione della sussistenza del potere dell'amministrazione scolastica di disporre l'esposizione del crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche, su cui si tornerà nel prosieguo essendo una questione connessa con il merito, non può non rilevarsi l'inutilizzabilità, alla luce delle novità introdotte con le riforme del 1998-2000, del suesposto criterio di riparto quando si tratti di materie devolute alla giurisdizione esclusiva.

Con l'attribuzione alla giurisdizione esclusiva di determinate materie – tra cui i pubblici servizi (compreso il servizio della pubblica istruzione), il legislatore del 1998 ha inteso devolvere alla giurisdizione amministrativa le controversie concernenti i diritti soggettivi di cui in precedenza conosceva l'autorità giurisdizionale. Detta «estensione» non può che riferirsi che a tali diritti, poiché in base all'art. 103 Cost. ed alle leggi ordinarie già sussisteva la giurisdizione amministrativa di legittimità a tutela degli interessi legittimi nelle materie dei servizi pubblici (nonché dell'edilizia e dell'urbanistica). E nel disporre detta «estensione» ha inteso superare, in nome dell'effettività della tutela giurisdizionale, nelle vaste materie in considerazione, le incertezze applicative derivanti dai precedenti criteri di riparto (v. in tal senso parere Cons. Stato 1/2000 *cit.*), dotando oltretutto i giudici amministrativi di nuovi poteri istruttori e cognitori per assicurare la piena tutela dei diritti soggettivi (v. art. 35 d.lgs 80/1998 e succ. mod.).

Pertanto, quando viene in considerazione un'attività amministrativa rientrante nell'espletamento di pubblico servizio di istruzione è irrilevante – ai fini della giurisdizione – indagare se l'Amministrazione abbia agito in carenza di potere o facendone cattivo uso appartenendo in ogni caso la cognizione della controversia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

In subordine la reiezione dell'eccepito difetto di giurisdizione in quanto la domanda contiene pretesa di *facere* improponibile contro la P.A. non risulta correttamente giustificata, nella reclamata ordinanza, con il presupporre carenza di giurisdizione nell'agire dell'Amministrazione.

A parte ogni considerazione attinente al merito e confutante la premessa (particolarmente quanto alla pretesa abrogazione tacita della norma regolamentare disponente l'apposizione del crocifisso), certo è che l'Amministrazione avrebbe agito nell'ambito delle sue attribuzioni istituzionali.

Per l'avveramento della *carenza di potere* occorre invece che la P.A. eserciti potestà radicalmente in esistente e non pure eserciti illegittimamente la potestà. Per la relativa verifica occorre far riferimento alle attribuzioni istituzionali, quale certamente è quella della gestione dell'insegnamento nelle sue varie articolazioni anche logistiche e quindi in materia di disposizioni sulla predisposizione degli ambienti ove l'istruzione viene impartita.

Né può contrastarsi la improponibilità del *facere* col negare che il crocifisso non costituirebbe arredo, con ciò quasi addebitando all'Amministrazione valutazione riduttiva del simbolo, che pur deve avere un aspetto materiale e una conseguente qualificazione giuridica. (*omissis*).

*Sul fumus del ricorso.* Si ribadisce quanto esposto in prime difese, vale a dire che anche a livello costituzionale (e proprio secondo la sentenza n. 203 del 12 aprile 1989), ancorché alla luce del concordato del 1984 (che avrebbe secondo la interpretazione dell'ordinanza abrogato tacitamente le norme incompatibili) pur viene esplicitamente affermato che «la considerazione dei principi del Cattolicesimo come parte del patrimonio storico del popolo italiano (come si legge nell'art. 9 n. 2 della legge 25 marzo 1985 n. 121 ratificante le modificazioni al concordato con la Santa Sede) «*rappresenta una novità coerente con la forma di Stato laico della Repubblica italiana*».

Semplicistica è la confutazione di tale principio in quanto inserito nell'art. 9 della legge 821 a proposito dell'insegnamento della religione cattolica.

Invero l'affermazione ribadisce una *valutazione generale, presupposta e esulante* dall'oggetto specifico dell'insegnamento di religione, valutazione che non può quindi riferirsi solo a tale oggetto ma preesistente e «tenuta in conto» anche quanto all'insegnamento della religione cattolica.

In ogni caso neppure dall'art. 676 del D.Lvo 16 aprile 1994 n. 797 secondo cui le norme non inserite restano ferme ad eccezione delle disposizioni contrarie ed incompatibili con il testo unico stesso, che sono «abrogate», risulterebbe (attraverso una lettura sistematica del predetto testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado) incompatibilità con l'art. 118 del R.D. 30 aprile 1924 n. 965 e dell'allegato C al R.D. 26 aprile 1928 n. 1297, punto 1.

Conformemente il citato parere del Consiglio di Stato (Cons. St. II, n. 63/1988 del 27 aprile 1988, in *Cons. di St.* 1992, I, 507) affermò che: «La Sezione ritiene, anzitutto, di dover evidenziare che il Crocifisso o, più esattamente, la Croce, a parte il significato per i credenti, rappresenta il simbolo della civiltà e della cultura cristiana, nella sua radice storica, come valore universale, indipendente da specifica confessione religiosa.

In disparte da ciò, sembra alla Sezione che ai fini di un più razionale esame del quesito, sia opportuno tenere distinta la normativa riguardante l'affissione dell'immagine del Crocifisso nelle scuole da quella relativa all'insegnamento della religione cattolica.

L'indagine deve mirare a stabilire, in buona sostanza, se, a parte l'indubbio significato storico-culturale cui si è prima accennato, le disposizioni citate in premessa, le quali consentono l'esposizione dell'immagine del Crocifisso nelle scuole, siano tuttora vigenti oppure siano da ritenere implicitamente abrogate, perché in contrasto con il nuovo assetto normativo in materia, derivante dall'accordo, con protocollo addizionale, intervenuto tra la Repubblica italiana e la Santa Sede, con il quale sono state apportate modificazioni al Concordato Lateranense dell' 11 febbraio 1929.

A tale riguardo, deve rilevarsi che le due norme citate, di natura regolamentare, sono preesistenti ai Patti Lateranensi e non si sono mai poste in contrasto con questi ultimi.

Nulla, infatti, viene stabilito nei Patti Lateranensi relativamente all'esposizione del Crocifisso nelle scuole o, più in generale negli uffici pubblici, nelle aule dei tribunali e negli altri luoghi nei quali il Crocifisso o la Croce si trovano ad essere esposti.

Conseguentemente, le modificazioni apportate al Concordato Lateranense, con l'accordo, ratificato e reso esecutivo con la legge 25 marzo 1985 n. 121, non contemplando esse stesse in alcun modo la materia *de qua* così come nel concordato originario, non possono influenzare, né condizionare la vigenza delle norme regolamentari di cui trattasi.

Non si è quindi, tuttora, verificata nei confronti delle medesime, alcuna delle condizioni previste dall'art. 15 delle disposizioni sulla legge in generale. In particolare, non appare ravvisabile un rapporto di incompatibilità con norme sopravvenute né può configurarsi una nuova disciplina dell'intera materia, già regolata dalle norme anteriori.

Occorre, poi, anche considerare che la Costituzione Repubblicana, pur assicurando pari libertà a tutte le confessioni religiose, non prescrive alcun divieto alla esposizione nei pubblici uffici di un simbolo che, come quello del Crocifisso, per i principi che evoca e dei quali si è già detto, fa parte del patrimonio storico.

Nè pare, d'altra parte, che la presenza dell'immagine del Crocifisso nelle aule scolastiche possa costituire motivo di costrizione della libertà individuale e manifestare le proprie convinzioni in materia religiosa.

Conclusivamente, quindi, poiché le disposizioni di cui all'art. 118 del R.D. 30 aprile 1924 n. 965 e quelle di cui all'allegato C del R.D. 26 aprile 1928 n. 1297, concernenti l'esposizione del Crocifisso nelle scuole, non attengono all'insegnamento della religione cattolica, né costituiscono attuazione degli impegni assunti dallo Stato in sede concordataria, deve ritenersi che esse siano tuttora legittimamente operanti».

Al che può aggiungersi:

l'art. 1 della legge 121/1985 di ratifica del nuovo Concordato non può essere invocato nella fattispecie come abolitivo della normativa invocata dall'Amministrazione scolastica, perché, come è ovvio rilevare, le norme del 1924 e del 1928 non sono date nel nostro ordinamento come l'effetto di un dialogo pattizio tra Stato e Chiesa, ma entrano nel nostro sistema giuridico come atti aventi contenuto normativo unilateralmente determinati dall'Autorità statale.

Pertanto, queste norme, che sono per quanto detto, non eterodeterminate, cioè determinate da Accordi esterni all'ordinamento, che l'ordinamento recepisce con fonte di legge suc-

cessiva, sono, come la stragrande maggioranza delle fonti che disciplinano le attività umane che si svolgono nel territorio nazionale, autodeterminate dallo Stato, che le impone in base alla propria potestà autoritativa e legislativa.

Il giudice *a quo* erroneamente si pone di fronte ad un *aut-aut* non richiesto, né esistente nella realtà giuridica; nel senso che il giudicante ritiene che lo Stato italiano o è laico o confessionale, cioè o è assolutamente indifferente al fenomeno religioso o segue pedissequamente nella propria legislazione i dettami di qualche religione.

Senonché, e le pagine di qualche affermata dottrina (ad esempio senza presunzione di completezza il *Manuale di Diritto Ecclesiastico* del Finocchiaro, edito Zanichelli) potrebbero essere d'ausilio, la storia giuridica del nostro Paese è sempre stata un coacervo ed un compromesso tra diverse istanze, sussumibili, ma solo per esigenza di sintesi, nelle tre grandi anime del nostro popolo, cattolica, liberale e socialista. E l'incontro tra queste diverse culture ha generato la cultura nazionale che riverbera nelle leggi, frutto di ricerca di una identità comune, che ora mutua un concetto od un simbolo da una corrente di pensiero, ora dall'altra, ora le rielabora in una ricerca di sintesi.

Norme, pertanto, come quelle del 1924 sono ancora oggi applicate e sentite dal popolo come appartenenti ancora al suo ordinamento, proprio perché rispecchiano una realtà ordinamentale necessariamente, ma anche felicemente elastica, terreno di compromessi e di reciproca convivenza e non rigidamente orientata come lascia intendere l'analisi del giudice *a quo*. L'*aut-aut* sopra ricordato potrà forse appartenere ad altri Paesi europei, alla laicissima Francia od alla confessionale ed anglicana Gran Bretagna, ma importare un simile concetto nel nostro ordinamento vuol dire partire con le premesse sbagliate, come, infatti, è accaduto.

Questo per dire che lo Stato è libero nel darsi, nell'ambito della propria discrezionalità legislativa o amministrativa, l'organizzazione che meglio crede e se nell'ambito dell'organizzazione scolastica e più nel particolare nell'ambito della determinazione dei beni costituenti gli arredi delle scuole si è determinato da solo, e non per scelte condizionate da accordi con Stati esteri, facendo delle scelte di opportunità, di merito, di comparazione di interessi, di manifestazione di una propria cultura o di un proprio modo di essere popolo e Nazione (*omissis*)».

(doc. 3)

### **Tribunale de L'Aquila** **ordinanza 29 novembre 2003, n. 1563 - Pres. Est. Villani.**

*Spetta alla giurisdizione amministrativa conoscere della domanda proposta da un genitore di minore frequentante istituto scolastico pubblico, per la rimozione del crocifisso dall'aula scolastica.*

(art. 33, d.lgs. 80/1998).

«(*omissis*) Ritiene il Collegio di dover esaminare dapprima, avendo la questione carattere pregiudiziale, il problema della giurisdizione del giudice ordinario riproposto dalle parti reclamanti in base al disposto dell'art. 33, comma 2, lettera c), decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 80 modificato dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000 n. 205.

La detta norma si scompone in due distinte previsioni: la prima che individua una sfera di contenzioso, tra cui quello relativo al «servizio della pubblica istruzione», attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, una seconda che sottrae alla sua giurisdizione esclusiva, per quanto interessa ai fini della presente decisione, i «rapporti individuali di utenza con soggetti privati» e «le controversie meramente risarcitorie che riguardano il danno alla persona o alle cose».

L'impugnata ordinanza ha ritenuto che la presente controversia rientri in entrambe le espresse esclusioni del citato art. 33 in considerazione della pretesa azionata dal ricorrente con la domanda cautelare.

In particolare, nel caso di specie il carattere individuale del rapporto deriverebbe dalla pretesa di tutela del diritto di libertà religiosa che non potrebbe essere ricondotta ad un profilo organizzativo del pubblico servizio di istruzione; non potendosi cioè ritenere che il ricorrente abbia inteso censurare un profilo relativo all'organizzazione dei mezzi materiali



di un ufficio pubblico tra cui anche quelli facenti parte dell'arredo scolastico, nel cui ambito verrebbero dettate le disposizioni che prevedono l'esposizione del crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche; una tale prospettazione, elidendo il profilo della lesione di un diritto assoluto costituzionalmente garantito, trascurerebbe la vera essenza della questione.

Le parti reclamanti contestano il detto risultato interpretativo osservando che rientrano nella previsione dell'attribuzione al G.A. tutte le controversie che insorgono nella relazione instaurata con gli utenti ovvero nello svolgimento dei rapporti utenti-gestore pubblico del servizio, a prescindere, trattandosi di giurisdizione esclusiva, dalla qualificazione della posizione giuridica tutelanda.

Aggiungono che, nella specie, sono in discussione aspetti generali delle modalità di prestazione del servizio (scolastico) che investono scelte che coinvolgono la generalità della collettività per cui non può parlarsi di rapporto individuale di utenza; che, comunque, la controversia attiene ad attività e prestazioni rese nell'espletamento di servizio pubblico (pubblica istruzione) reso da un gestore pubblico (scuola statale), come tale sottratta all'esclusione della previsione di giurisdizione amministrativa esclusiva.

Ricorda il collegio che, con la previsione di ipotesi di giurisdizione esclusiva per particolari materie, viene normativamente determinato un novero di casi in cui il giudice amministrativo prende piena cognizione della controversia pur se sussistano posizioni di diritto soggettivo. Pertanto, come giustamente rilevano i reclamanti, per la individuazione della giurisdizione, quando la stessa è esclusiva, non rileva il motivo della domanda (lesione di un diritto), ma unicamente il criterio della materia ovvero sia l'insieme dei rapporti afferenti ad un'area di potere dell'amministrazione.

Nel caso di specie non potendo esserci questione sul versante del pubblico servizio (la pubblica istruzione è espressamente indicata come tale dalla norma), rilevano, per la risoluzione della questione della giurisdizione, le già ricordate eccezioni che delimitano i confini della giurisdizione esclusiva sottraendole, come già ricordato, le materie costituite dai rapporti individuali di utenza con soggetti privati e dalle azioni meramente risarcitorie.

La prima delle due eccezioni ha suscitato non poche difficoltà interpretative sia sul carattere «individuale» del rapporto, sia sul soggetto cui riferire la natura «privata» se, cioè, il rapporto vada individuato in base ad una qualità (il carattere privato) del soggetto utente ovvero del soggetto che presta il servizio.

In ordine alla prima delle due peculiarità (individualità del rapporto), parte della dottrina ha differenziato tra le controversie che investono direttamente il singolo rapporto e le prestazioni che ne costituiscono l'oggetto, e le controversie involgenti, invece, gli atti generali adottati dal gestore in sede di organizzazione dell'attività.

A conclusioni conformi a detto indirizzo giunge, in sede giurisprudenziale, il Cons. Stato (ord. Sez. VI, 15 dicembre 1998 n. 1884 e Sez. VI, 27 marzo 2001, n. 1807) osservando che, in quanto eccezione alla regola generale, la disposizione in questione va interpretata in modo necessariamente rigoroso per cui l'esclusione presuppone che si tratti di controversie che investano direttamente il rapporto individuale e le prestazioni che ne derivano, rimanendo invece attratte nella giurisdizione esclusiva le controversie nelle quali sono in discussione, oltre la fonte del potere, i precetti generali.

Secondo il detto indirizzo giurisprudenziale, poiché, nel caso di specie, alla base del ricorso e della conseguente decisione è la discussione della vigenza delle norme (R.D. 30 aprile 1924 n. 965 e R.D. 26 aprile 1938 n. 1297) che prevedono, tra le altre disposizioni di carattere generale ed organizzativo, la presenza del crocifisso nelle aule scolastiche e, quindi, spiegano i loro effetti verso una platea indifferenziata di soggetti (alunni di tutte le scuole pubbliche), è da escludere che la controversia attenga ad un rapporto esclusivamente «individuale» di utenza.

Per i reclamanti l'esclusione della controversia dalla giurisdizione esclusiva del G.A., deve essere ritenuta infondata anche sotto l'ulteriore profilo della deroga alla giurisdizione amministrativa, cioè la natura «privata» del soggetto con cui deve intercorrere il rapporto di utenza e che, secondo l'assunto delle suddette parti, andrebbe necessariamente riferita ai gestori del servizio.

La tesi sostenuta dai reclamanti appare corretta.

Sul riferimento della «natura privata» al fruitore del servizio ovvero al gestore, la dottrina e la giurisprudenza appaiono contrastanti ma ritiene il collegio che debba preferirsi

l'interpretazione secondo cui l'espressione «soggetti privati» è da riferirsi ai gestori del servizio considerato che una diversa interpretazione comporterebbe, come è stato autorevolmente osservato, una non comprensibile discriminazione tra utenti privati e non privati a parità di controversie sul piano sostanziale e sarebbe, inoltre, non compatibile con il testo della norma atteso che i rapporti individuali non possono che riguardare soggetti privati quali utenti.

A favore di tale lettura è anche la genesi del decreto legislativo n. 80/1998: infatti in una delle formulazioni intermedie del testo era precisato che fossero sottratti alla giurisdizione esclusiva «i rapporti individuali di vertenza con soggetti privati» (formulazione proposta dal Cons. Stato, Ad. Gen., 12 marzo 1998 n. 30/1998) e la Commissione parlamentare chiese che il testo originario fosse modificato in modo che risultasse chiaro che non erano devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie aventi ad oggetto rapporti individuali di utenza con gestori privati.

All'esclusione del rapporto in questione da quelli «individuali di utenza» di cui al più volte citato art. 33, conduce anche recente dottrina secondo cui i detti rapporti devono essere intesi come rapporti contrattuali dei gestori (pubblici e privati) con gli utenti (privati o pubblici) retti dalle regole del diritto comune e nei quali l'ammissione al servizio è subordinata alla stipulazione di un contratto di utenza più che ad un atto amministrativo.

In altri termini i rapporti individuali di utenza sono quelli incentrati su un rapporto negoziale e paritetico, comune nei servizi pubblici economici quali energia, acqua, gas, telecomunicazioni.

Per le esposte considerazioni si deve concludere che la presente controversia non attiene ad un rapporto «individuale» di utenza di un servizio pubblico e, sotto detto profilo, non è sottratta alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Afferma la reclamata ordinanza che, in ogni caso, dovrebbe affermarsi la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria perché l'azione proposta rientra nell'ulteriore esclusione sancita dalla lettera e) dell'art. 33 del decreto legislativo 80/1998 essendo azione risarcitoria mediante una reintegrazione che implica sempre la condanna ad un *facere*.

Le parti reclamanti contestano la qualificazione operata dal giudice della cautela, osservando che dalla mera lettura del *petitum* azionato in via d'urgenza dal ricorrente, quale emerge dalla narrativa del ricorso nonché dalle formulate conclusioni, risulta *per tabulas* che la domanda cautelare ha per oggetto «la rimozione del simbolo cristiano presente nei locali dell'Istituto e precisamente e specificamente nelle aule materna ed elementare frequentate dai figli del ricorrente».

Ne consegue, sempre secondo i reclamanti, che l'azione, così come concretamente proposta, si configura come azione di accertamento di un obbligo in capo alla P.A. (*petitum mediato*) con conseguente condanna della P.A. ad un *facere* (la rimozione del crocifisso, *petitum immediato*) di guisa che non è ravvisabile nel contenuto del ricorso un'azione risarcitoria sebbene in forma specifica ovvero la funzionalità della domanda cautelare al fruttuoso esercizio di una futura azione di responsabilità aquiliana.

Rileva il collegio che, in effetti nessuna domanda risarcitoria, né per equivalente né in forma specifica, è stata proposta dal ricorrente la cui azione espressamente ed esclusivamente mira alla rimozione del crocifisso dalle aule frequentate dai figli.

Né appare corretto desumere unicamente dalla proposizione di una richiesta di condanna ad un *facere*, la natura risarcitoria della domanda dovendo questa essere qualificata per se stessa, cioè in relazione al suo contenuto ed alla sua formulazione, indipendentemente dalle modalità attraverso le quali la domanda andrà attuata e nel caso di specie, come già sottolineato, il ricorrente chiede, non il risarcimento del danno, ma una misura di carattere inibitorio (rimozione del crocifisso) volta a far cessare il comportamento asseritamente lesivo.

In tale ipotesi, secondo una convincente lettura della norma, non si rientra nelle eccezioni previste dalla citata lettera e) del comma 2 dell'art. 33, del d.lvo 90/1998 atteso che la misura di carattere inibitorio è idonea ad interferire nella gestione del pubblico servizio (in tal senso v. ord. Trib. Aosta, 26 giugno 2001 n. 8076).

Anche a voler, in ipotesi, ritenere, secondo diverso orientamento, che l'azione inibitoria sia un'azione di risarcimento in forma specifica *ex art. 2058 cod.civ.*, nel caso di specie la cognizione sulla stessa apparterebbe comunque al giudice amministrativo in base alla consi-

derazione che il comportamento lamentato, e del quale si chiede l'interruzione, riguarda le modalità di erogazione del pubblico servizio o, più esattamente, il potere dell'amministrazione nei rapporti afferenti la prestazione del servizio pubblico.

Infatti la lettera *e*) del secondo comma dell'art. 33 del decreto sottrae alla giurisdizione esclusiva del G.A. le controversie «*meramente* risarcitorie che riguardano il danno alla persona o alle cose» e come tali vanno considerate le controversie relative a pretese che prescindono dalla valutazione di provvedimenti amministrativi. In altri termini, come ritenuto dall'Adunanza generale del Consiglio di Stato con il già citato parere del 12 marzo 1998 n. 30, non possono considerarsi meramente risarcitorie le controversie per danno nei confronti dell'autorità di settore che investono ambiti di esercizio del potere.

Poiché nella fattispecie in esame viene proprio in discussione l'ambito del potere dell'amministrazione scolastica in ordine all'organizzazione ed alle modalità di prestazione del servizio scolastico (se essa, cioè, abbia l'obbligo o, comunque, il potere di disporre l'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche) anche sotto quest'ultimo profilo viene in rilievo il difetto di giurisdizione di questo giudice.

In detti termini, e cioè che conoscere della domanda non spetta al giudice ordinario ma al giudice amministrativo, va, quindi, emessa pronuncia rimanendo assorbite le altre censure mosse dalle parti reclamanti e, per l'effetto, va disposta la revoca del reclamato provvedimento (*omissis*).

(doc. 4)

### **Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto sezione prima, ordinanza 14 gennaio 2004 n. 56 -**

*Pres. S. Baccarini - Rel. A. Gabbricci - S. L. (Avv. L. Ficarra)  
c/ Amministrazione dell'istruzione, dell'università e della ricerca  
(cont. 2115/02, avv. dello Stato Gasparin)*

*Non è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 159 e 190 del d.lgs. 16 aprile 1994 n. 297, come specificata dagli artt. 119 R.D. 26 aprile 1928 n. 1297, Tabella C, e 118 R.D.30 aprile 1924 n. 965, nella parte in cui includono il crocifisso tra gli arredi delle aule scolastiche in riferimento al principio della laicità dello Stato e comunque agli artt. 2,3,7,8, 19 e 20 Cost.*

«(*omissis*) Il 22 aprile 2002, nel corso di una seduta del consiglio d'istituto – come si legge nel verbale della riunione – lo stesso M. A., «in riferimento all'esposizione di simboli religiosi» all'interno della scuola, ne propose la rimozione; dopo un'approfondita discussione, la decisione fu rinviata alla seduta del 27 maggio, quando fu posta in votazione ed approvata una deliberazione che proponeva «di lasciare esposti i simboli religiosi».

S. T. L., in proprio e quale genitore esercente la potestà sui figli minori, ha impugnato tale determinazione con il ricorso in esame; nel successivo giudizio si è costituito il Ministero dell'istruzione (*omissis*).

*Diritto* 1.1. – Il ricorso censura la deliberazione impugnata anzitutto per violazione dei principi d'imparzialità e di laicità dello Stato, e segnatamente del secondo, quale principio supremo dell'ordinamento costituzionale, avente priorità assoluta e carattere fondante, desumibile insieme dall'articolo 3 della Costituzione, che garantisce l'uguaglianza di tutti i cittadini, e dal successivo articolo 19, il quale riconosce la piena libertà di professare la propria fede religiosa, includendovi anche la professione di ateismo o di agnosticismo: principio confermato dall'articolo 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, resa esecutiva in Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848, che riconosce la libertà di manifestare «la propria religione o il proprio credo».

Il rammentato principio di laicità, prosegue la ricorrente, precluderebbe l'esposizione dei crocifissi e di altri simboli religiosi nelle aule scolastiche, disposta in violazione della «parità che deve essere garantita a tutte le religioni e a tutte le credenze, anche a-religiose»: l'impugnata deliberazione del consiglio della scuola «V.F.» costituirebbe «aperta e palese violazione dei suesposti principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico».

1.2. – Inoltre, continua la L., la stessa deliberazione sarebbe illegittima anche per eccesso di potere sotto il profilo della sua contraddittorietà logica.

Si desume invero dal verbale della seduta, in cui il provvedimento fu assunto, che uno dei membri dell'organo aveva espresso l'auspicio per cui «tale problema possa incentivare una maggiore educazione all'integrazione religiosa e al rispetto della libertà di idee e di pensiero per tutti»: ma, secondo la L., non si potrebbe affermare ciò e nel contempo negarlo, «dicendo che nella scuola debbono essere presenti i simboli religiosi appartenenti peraltro ad una sola determinata confessione religiosa» (*omissis*).

2.2.1. – L'Amministrazione pone altresì un dubbio sulla giurisdizione del giudice adito, che il Collegio non ritiene peraltro di condividere.

L'atto impugnato, infatti, si riferisce ad un arredo scolastico, seppure certamente sui *generis*, ed è dunque espressione di una potestà organizzativa che appartiene all'Amministrazione scolastica, a fronte della quale i singoli utenti hanno posizioni di interesse legittimo.

2.2.2. – Quest'ultima considerazione consente di respingere altresì l'ulteriore eccezione proposta dalla difesa erariale, per cui il ricorso non sarebbe stato notificato a quei genitori ed allievi dell'istituto «V.F.», i quali vogliono mantenere nelle aule scolastiche il crocifisso – che è l'unico simbolo religioso colà attualmente presente – e che per questo avrebbero la qualità di controinteressati.

Invero, nel giudizio amministrativo la posizione di controinteressato va riconosciuta – con il conseguente onere di notificazione del ricorso introduttivo – ai soggetti che si trovano in una posizione antitetica a quella del ricorrente, traendo utilità propria e diretta dal provvedimento impugnato, e sono facilmente individuabili in base a questo: in specie manca senz'altro questo secondo requisito, poiché la ricorrente (come d'altronde la stessa resistente) non era certamente in grado di stabilire, nel momento in cui ha proposto il ricorso, chi condividesse la decisione assunta dal consiglio d'istituto e qui impugnata.

2.3.1. – Ancora, lo stesso Ministero sostiene di aver diramato, sia pure dopo l'avvio del processo, una circolare, datata 3 ottobre 2002, in cui si inviterebbero i dirigenti scolastici ad assicurare l'esposizione del crocifisso nella aule scolastiche: e tale disposizione, secondo la difesa erariale, «sarebbe comunque ostativa alla possibilità per la parte ricorrente, di ottenere la rimozione del simbolo cristiano».

2.3.2. – Si deve peraltro anzitutto osservare come la circolare non risulti essere stata ufficialmente pubblicata, né comunicata direttamente alla ricorrente, e neppure prodotta in giudizio: sicché neppure il Collegio è in grado di valutarne la rilevanza, e l'effettivo valore vincolante.

La stessa circolare, comunque, non costituirebbe in ogni caso, per ammissione della stessa Amministrazione resistente, un atto presupposto del provvedimento gravato, né ciò sarebbe possibile, essendo a questo successiva.

Non si potrebbe dunque far carico alla ricorrente di non averla impugnata con il ricorso introduttivo, né di non averla successivamente gravata mediante motivi aggiunti, come pure si sostiene nel controricorso, non trattandosi di un atto appartenente allo stesso procedimento ed adottato «tra le stesse parti» (articolo 21, I comma, legge 1034/1971): si deve quindi concludere che, allo stato, la L. conserva integro il proprio interesse all'annullamento della deliberazione 27 maggio 2002, la quale incide direttamente sulla sua posizione soggettiva d'interesse legittimo.

3.1. – (*omissis*) La P.A. rileva che l'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche è espressamente prescritta da due disposizioni, l'articolo 118 del R.d. 30 aprile 1924, n. 965, recante disposizioni sull'ordinamento interno degli istituti di istruzione media, e dall'articolo 119 del R.d. 26 aprile 1928 n. 1297 (e, in particolare, nella Tabella C allo stesso allegata), riferito agli istituti di istruzione elementare.

Tali norme, sebbene risalenti, sarebbero tuttora in vigore, come confermato dal parere 27 aprile 1988 n. 63, reso dalla seconda sezione del Consiglio di Stato: e, sebbene non espressamente richiamate nell'atto impugnato, ne fonderebbero la legittimità, e dovrebbero dunque condurre alla reiezione del ricorso proposto.

3.2. – Invero, va anzitutto riconosciuto che le disposizioni richiamate dall'Amministrazione resistente costituiscono, per tali, pertinente ed adeguato fondamento giuridico positivo

del provvedimento gravato, seppure limitatamente ad un particolare simbolo religioso, il crocifisso, che è, peraltro, l'unico cui il ricorso si riferisce esplicitamente e, con ragionevole certezza, quello cui si vuole riferire il provvedimento impugnato.

Il citato articolo 118 del R.d. 965/24 – incluso nel capo XII intitolato «dei locali e dell'arredamento scolastico» – dispone che ogni istituto d'istruzione media «ha la bandiera nazionale; ogni aula, l'immagine del Crocifisso e il ritratto del Re»; l'articolo 119 del R.d. 1297/28, a sua volta, stabilisce che gli arredi delle varie classi scolastiche sono elencati nella tabella C, allegata allo stesso regolamento: e tale elencazione include il crocifisso per ciascuna classe elementare.

Tali previsioni, anteriori al Trattato ed al Concordato tra la Santa Sede e l'Italia – cui fu data esecuzione con la legge 27 maggio 1929, n. 810 – non appaiono contrastare con le disposizioni contenute in quegli atti pattizi, in cui nulla viene stabilito relativamente all'esposizione del crocifisso nelle scuole, come in qualsiasi ufficio pubblico; inoltre, come rileva il Consiglio di Stato nel citato parere 63/1988, le modificazioni apportate al Concordato con l'Accordo, ratificato e reso esecutivo con la legge 25 marzo 1985, n. 121, «non contemplando esse stesse in alcun modo la materia *de qua*, così come nel Concordato originario, non possono influenzare, né condizionare la vigenza delle norme regolamentari di cui trattasi», mancando i presupposti di cui all'articolo 15 delle disposizioni sulla legge in generale.

In particolare, prosegue lo stesso parere, «non appare ravvisabile un rapporto di incompatibilità con norme sopravvenute né può configurarsi una nuova disciplina dell'intera materia, già regolata dalle norme anteriori»: sicché, in conclusione, poiché le disposizioni in parola «non attengono all'insegnamento della religione cattolica, né costituiscono attuazione degli impegni assunti dallo Stato in sede concordataria, deve ritenersi che esse siano tuttora legittimamente operanti».

3.3. – Orbene, il Collegio a sua volta deve riconoscere che le due disposizioni in questione non sono state abrogate, né espressamente, né implicitamente, da norme di grado legislativo ovvero regolamentare.

Il R.d. 965/24 ed il R.d. 1297/28, infatti, costituiscono certamente fonti regolamentari, come si desume, anzitutto, da specifiche previsioni che li autoqualificano per tali (ad esempio l'articolo 144 del R.d. 965/24, e la stessa intestazione per il R.d. 1297/28); a ciò si aggiunga che, nei rispettivi preamboli, vengono richiamati atti di grado sicuramente legislativo – il T.u. delle leggi sull'istruzione elementare, approvato con il R.d. 5 febbraio 1928 n. 577, da una parte, ed il R.d. 6 maggio 1923, n. 1054, recante l'ordinamento della istruzione media, dall'altra – rispetto ai quali sono destinati ad introdurre norme attuative di dettaglio.

3.4. – È tuttavia evidente che la controversia non può così ritenersi definita, poiché, attese le censure proposte, il *thema decidendum* si sposta dal contrasto tra il provvedimento impugnato e l'invocato principio di laicità a quello dell'illegittimità costituzionale delle due citate disposizioni: questione che, in generale, può essere sollevata d'ufficio innanzi al Giudice delle leggi per quelle disposizioni che costituiscano presupposto di legittimità dell'atto impugnato.

4.1. – Ora, tenuto anche conto che il provvedimento è stato emesso dal consiglio d'istituto d'un istituto comprensivo – che, cioè, riunisce la scuola elementare e media – non pare dubbio che la questione di costituzionalità, riferita sia all'articolo 118 del R.d. 965/24 che all'articolo 119 del R.d. 1297/28, abbia qui rilevanza in quanto su queste disposizioni è fondato il potere esercitato con il provvedimento impugnato.

Per quanto invece concerne la rilevanza della questione sotto il profilo della natura giuridica delle disposizioni oggetto del giudizio di legittimità costituzionale, ferma, secondo l'insegnamento della Corte, l'inammissibilità del controllo diretto dei regolamenti da parte della Corte costituzionale, ne è invece ammissibile il controllo indiretto (cfr. le sentenze 30 dicembre 1994, n. 456, e 20 dicembre 1988, n. 1104), nei casi in cui una disposizione di legge «trova applicazione attraverso le specificazioni espresse dalla normativa regolamentare, i cui contenuti integrano il precetto della norma primaria» (Corte costituzionale, 456/1994 *cit.*).

4.2. – Orbene, ad avviso del Collegio, tale relazione sussiste tra le norme regolamentari in questione e quelle primarie di cui le prime costituiscono specificazione: il R.d. 1054/23 quanto all'istruzione media, il R.d. 577/28 quanto all'istruzione elementare, attualmente

vigenti nella formulazione di cui al D.lgs 297/1994, mediante il quale è stato approvato il T.u. delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado (articolo 676 D.lgs *cit.*).

Invero, rammentato nuovamente che il crocifisso costituisce, secondo le disposizioni regolamentari in questione, un arredo scolastico, va anzitutto ricordato come l'articolo 159, I comma, del D.lgs 297/1994, corrispondente all'articolo 55 del Rd 577/28, disponga che spetta ai comuni provvedere, tra l'altro, «alle spese necessarie per l'acquisto, la manutenzione, il rinnovamento del materiale didattico, degli arredi scolastici, ivi compresi gli armadi o scaffali per le biblioteche scolastiche, degli attrezzi ginnici e per le forniture dei registri e degli stampati occorrenti per tutte le scuole elementari»; per la scuola media, poi, l'articolo 190 D.lgs 297/1994 *cit.*, corrispondente all'articolo 103 del R.d. 1054/23, egualmente dispone che i comuni sono tenuti a fornire, oltre ai locali idonei, *l'arredamento*, l'acqua, il telefono, l'illuminazione, il riscaldamento, e così via.

Orbene, alla specificazione del contenuto minimo necessario delle locuzioni di genere: «arredi» ovvero «arredamento», contenute negli articoli 159 e 190, concorrono le due disposizioni regolamentari citate, comprendendovi anche il crocifisso: così si può senz'altro affermare che le disposizioni degli articoli 159 e 190, come specificati dalle norme regolamentari citate, includono il crocifisso tra gli arredi scolastici, e per questa parte, possono formare oggetto di sindacato di costituzionalità innanzi al Giudice delle leggi.

4.3. – V'è poi un'altra disposizione, contenuta nello stesso D.lgs. 297/1994, che va considerata ai fini della rilevanza della questione, ed è l'articolo 676, intitolato «norma di abrogazione», il quale dispone che «le disposizioni inserite nel presente T.u. vigono nella formulazione da esso risultante; quelle non inserite restano ferme ad eccezione delle disposizioni contrarie od incompatibili con il T.u. stesso, che sono abrogate».

Invero, le norme recate dall'articolo 118 del R.d. 965/24 e dall'articolo 119 del R.d. 1297/28 non confliggono con il T.u., ma dovrebbero comunque ritenersi implicitamente abrogate *ex* articolo 15 preleggi, perché il D.lgs 297/1994 regola l'intera materia scolastica: restano dunque in vigore esclusivamente in forza dello stesso articolo 676, il quale, dunque, costituisce, al pari dei richiamati articoli 159 e 190, una norma primaria attraverso la quale l'obbligo di esposizione del crocifisso conserva vigenza nell'ordinamento positivo.

5.1. – Accertato così che la questione è rilevante, è ora necessario stabilire se la stessa sia o meno non manifestamente infondata.

Invero, il crocifisso rappresenta la massima icona cristiana, presente in ogni luogo di culto e più di ogni altra venerata: esso può bensì assumere ulteriori valori semantici, ma questi non possono comunque mai completamente elidere quello religioso, da cui traggono comunque giustificazione e fondamento.

La norma in questione, dunque, impone che nelle aule delle scuole elementari e medie, luoghi sicuramente pubblici, sia apposto un simbolo il quale mantiene comunque un univoco significato confessionale, per tale percepito dalla massima parte dei consociati: e non si può essere certi che una siffatta prescrizione sia compatibile con i principi stabiliti dalla Costituzione repubblicana, nell'interpretazione che la Corte ha nel tempo delineato.

5.2. – Invero, la laicità dello Stato italiano – come ricorda la ricorrente – costituisce, secondo il Giudice delle leggi, un principio supremo, emergente dagli articoli 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione, e, dunque, «uno dei profili della forma di Stato delineata dalla Carta costituzionale della Repubblica» (così Corte costituzionale, 203/1989) e nel quale «hanno da convivere, in uguaglianza di libertà, fedi, culture e tradizioni diverse» (Corte costituzionale, 440/1995).

Quale riflesso del principio di laicità (successivamente ribadito dalla Corte costituzionale con le sentenze 259/1990, 195/1993 e 329/1997), e, più specificatamente, dell'uguaglianza di tutti i cittadini senza distinzione di religione (articolo 3 Costituzione) e dell'eguale libertà davanti alla legge di tutte le confessioni religiose (articolo 8 Costituzione), «l'atteggiamento dello Stato non può che essere di equidistanza e imparzialità» nei confronti di ogni fede, «senza che assumano rilevanza alcuna il dato quantitativo dell'adesione più o meno diffusa a questa o a quella confessione religiosa (sentenze 925/1988, 440/1995 e 329/1997)» (così Corte costituzionale, 508/00).

In tale contesto, credenti e non credenti si trovano «esattamente sullo stesso piano rispetto all'intervento prescrittivo, da parte dello Stato, di pratiche aventi significato reli-

gioso: esso è escluso comunque, in conseguenza dell'appartenenza della religione a una dimensione che non è quella dello Stato e del suo ordinamento giuridico, al quale spetta soltanto il compito di garantire le condizioni che favoriscano l'espansione della libertà di tutti e, in questo ambito, della libertà di religione» (Corte costituzionale, 334/1996); mentre «valutazioni ed apprezzamenti legislativi differenziati e differenziatori» tra le diverse fedi, con diverse intensità di tutela, verrebbero ad incidere sulla pari dignità della persona e si porrebbero «in contrasto col principio costituzionale della laicità o non-confessionalità dello Stato» (Corte costituzionale, 329/1997).

5.3. – V'è dunque da dubitare che siano compatibili con le precedenti enunciazioni le norme dell'ordinamento generale le quali prescrivono, come detto, l'esposizione di un simbolo venerato dal cristianesimo nelle aule scolastiche (così come lo sarebbe ogni altra disposizione che stabilisse la presenza di simboli di altre fedi): ciò non pare pienamente conciliabile con la posizione di equidistanza ed imparzialità tra le diverse confessioni che lo Stato deve comunque mantenere, tanto più che la previsione si riferisce agli spazi destinati all'istruzione pubblica, cui tutti possono accedere – ed anzi debbono, per ricevere l'istruzione obbligatoria (articolo 34 Costituzione) – e che lo Stato assume tra i suoi compiti fondamentali, garantendo la libertà d'insegnamento (articolo 33 Costituzione).

Diversamente da quanto avviene per l'insegnamento della religione, che liberamente gli studenti ed i loro genitori possono o meno accogliere – e solo così il principio di laicità dello Stato è osservato: cfr. Corte costituzionale 203/1989 *cit.*, e 13/1991 – la presenza del crocifisso viene obbligatoriamente imposta agli studenti, a coloro che esercitano la potestà sui medesimi e, inoltre, agli stessi insegnanti: e la norma che prescrive tale obbligo sembra così delineare una disciplina di favore per la religione cristiana, rispetto alle altre confessioni, attribuendole una posizione di privilegio che, secondo i rammentati principi costituzionali, non può trovare giustificazione neppure nella sua indubbia maggiore diffusione, ciò che può semmai giustificare nelle singole scuole, secondo specifiche valutazioni, il rispetto di tradizioni religiose – come quelle legate al Natale o alla Pasqua – ma non la generalizzata presenza del crocifisso (*omissis*)».

*Dossier***Il termine ragionevole del processo e le Sezioni Unite: davvero non c'è altro da dire? (\*)**

Con le sentenze di seguito pubblicate le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno affrontato i gravi problemi che la legge 24 marzo 2001, n. 89, aveva portato all'attenzione della nostra giurisprudenza e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. La soluzione offerta fa salvi i principi fondamentali del nostro ordinamento e riafferma, ben lungi dalle richieste di una parte della dottrina, che il diritto internazionale convenzionale entra nel nostro ordinamento per il tramite della legge di ratifica e di esecuzione, pur quando trattasi di diritti fondamentali; la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, le cui norme sono interpretate dall'apposita Corte, è applicabile, per come vive nella giurisprudenza di quella Corte, nei limiti in cui il diritto interno lo consenta; nello specifico, con il diritto fondamentale alla ragionevole durata del processo per come valutato e riconosciuto dalla Corte di Strasburgo è del tutto compatibile la disciplina nazionale della legge n. 89/2001, la quale non accorda l'equa riparazione alla vittima della violazione per ciò solo che la violazione sia stata commessa: per l'equa riparazione occorre che dalla violazione sia derivato un danno, patrimoniale o non patrimoniale, quest'ultimo di regola presente, *secundum quod plerumque accidit*.

Avv. Antonio Palatiello

**Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza 26 gennaio 2004, n. 1338**

*Pres. G. Ianniruberto – Est. E. Lupo – B.O. (Avv. G. Romano)*

*c/ Ministero della Giustizia (cont. 35648/01, Avv. dello Stato A. Palatiello)*

*Nel sistema introdotto dalla legge n. 89/2001 il danno non patrimoniale da irragionevole durata del processo non può essere identificato nella stessa violazione del diritto alla ragionevole durata del processo, e dunque non può affermarsi che esso consegua automaticamente all'accertamento di tale violazione, anche se di questo è effetto normale, secondo l'id plerumque accidit.*

*Il fatto costitutivo del diritto attribuito dalla legge n. 89/2001 consiste in una determinata violazione della CEDU, per cui spetta al giudice della CEDU individuare tutti gli elementi di tale fatto giuridico, che dunque finisce con l'essere «conformato» dalla Corte di Strasburgo: nell'accordare la dovuta riparazione alla vittima della violazione del diritto fondamentale alla ragionevole durata del processo il giudice nazionale deve per quanto possibile interpretare ed applicare il diritto nazionale conformemente alle convenzioni.*

«(omissis) 8. – Occorre, ora, prendere in esame la parte più consistente delle censure prospettate dal ricorrente principale, che si indirizzano contro la mancata liquidazione del danno non patrimoniale. Dette censure pongono la questione di massima di particolare importanza per la cui soluzione il presente ricorso è stato assegnato alle Sezioni Unite.

La questione di massima può così individuarsi: se, nel sistema introdotto dalla legge n. 89/2001, il danno non patrimoniale da irragionevole durata del processo vada identificato nella stessa violazione del diritto alla ragionevole durata del processo e perciò consegua automaticamente all'accertamento di tale violazione, ovvero se, al contrario, tale danno

(\*) Vedi questa *Rassegna* n. 1/2003, 41 e 200, n. 2-3/2003, 209.



debba essere qualificato in termini di elemento costitutivo del diritto alla riparazione, come tale distinto dalla violazione del termine ragionevole, non ravvisabile *in re ipsa* e necessario a completarne la fattispecie, e quindi debba formare oggetto di prova da parte del ricorrente, ancorché questa sia in concreto agevolata dal ricorso allo strumento presuntivo e alle massime di esperienza.

9. – La Sezione Prima di questa Corte, avente competenza interna sui ricorsi relativi all'applicazione della legge n. 89/2001, ha, con orientamento costante, seguito la seconda delle due interpretazioni ora prospettate, negando che il danno non patrimoniale causato dalla durata irragionevole del processo derivi automaticamente dall'accertamento di tale violazione ed escludendo quindi che tale danno possa ritenersi *in re ipsa*, sia cioè un «danno-evento» correlato al ritardo nella definizione del processo. Secondo l'orientamento della Cassazione, il danno riparabile ai sensi della legge n. 89/2001 va individuato nella conseguenza immediata e diretta della violazione prevista da detta legge, onde l'indennizzo ivi previsto passa necessariamente attraverso il filtro del danno, distinto dalla violazione del diritto alla ragionevole durata (che in sé concreta il fatto lesivo) e ad essa eziologicamente riferibile. Dalla qualificazione del danno in termini di elemento costitutivo del diritto all'equa riparazione discende che esso deve formare oggetto di allegazione e di prova da parte dell'interessato, sebbene tale prova, per quanto attiene al danno non patrimoniale, sia facilitata dall'impiego delle presunzioni e delle massime di esperienza, purché individuate in relazione al caso di specie.

Questo orientamento interpretativo fa leva, essenzialmente, su due diverse, concorrenti ragioni.

a) Per quanto attiene alla fonte normativa, il diritto alla ragionevole durata del processo non può essere incluso tra i diritti fondamentali della persona, la cui inviolabilità sia garantita da norme costituzionali immediatamente precettive e la cui violazione non possa rimanere senza la minima sanzione risarcitoria, costituendo perciò «danno-evento» di per sé risarcibile. Tale diritto «trova invece la sua fonte a livello di legge ordinaria (legge n. 89/2001)» e «non è direttamente riconducibile alla previsione dell'art. 111 Cost.», il quale «contiene una norma meramente programmatica» (così la sentenza 8 agosto 2002 il 1987; nello stesso senso, tra le altre, le sentenze 2 agosto 2002 n. 11573; 19 dicembre 2002 n. 18130; 3 aprile 2003 n. 5129, n. 5131 e n. 5133).

b) La formulazione letterale dell'art. 2, comma 1, della legge n. 89/2001 («chi ha subito un danno patrimoniale o non patrimoniale per effetto di violazione della Convenzione»), «lungi dal collegare direttamente l'indennizzo alla protrazione del giudizio oltre il termine ragionevole di durata, si incardina invece sul rapporto eziologico tra quest'ultima ed il danno (patrimoniale o non patrimoniale) che si pretende venga indennizzato, onde tale danno rappresenta un evento diverso ed ulteriore rispetto al fatto lesivo (la violazione della Convenzione sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'art. 6, paragrafo 1) che può averlo generato, senza cioè che vi sia danno suscettibile di equa riparazione per il solo fatto del verificarsi della violazione medesima, dovendone esso costituire comunque l'effetto» (così la sentenza 5 novembre 2002 n. 15449; nello stesso senso, tra le tante, 5 novembre 2002 n. 15443; 19 novembre 2002 n. 16256; 28 novembre 2002 n. 16879; 5 settembre 2003 n. 12935).

10. – La prima delle due *rationes decidendi* (quella indicata *sub* lettera a) non può essere condivisa.

L'art. 111, secondo comma, Cost. (nel testo risultante a seguito della legge costituzionale 23 novembre 1999 n. 2) nella norma secondo cui «la legge assicura la ragionevole durata» di ogni processo, non va contrapposto ma si integra con l'art. 6 della CEDU, il quale dispone che «ogni persona ha diritto ad una udienza entro un termine ragionevole». La disposizione costituzionale, inserita tra le norme sulla giurisdizione, si rivolge al legislatore, imponendogli di disciplinare il processo in modo da consentirne una durata ragionevole. La CEDU, che ha il compito di definire i diritti dell'uomo, attribuisce un diritto alla persona, che costei può fare valere nei confronti dello Stato. Il bene tutelato dalle due disposizioni normative è il medesimo: la durata ragionevole del processo. È diversa soltanto la prospettiva secondo la quale esso viene considerato: garanzia oggettiva dell'ordinamento nella norma costituzionale, garanzia soggettiva della persona nella CEDU. Può, a conferma di tale rapporto, farsi riferimento alla visione della Corte costituzionale (25 luglio 2001

n. 305), secondo cui «il bene costituzionale della ragionevole durata del processo, ... già implicito nell'art. 24 Cost., è ora oggetto di specifica enunciazione nel nuovo testo dell'art. 111 Cost., sulla scia dell'art. 6 della Convenzione europea».

Non può, quindi, trarsi alcun argomento interpretativo dal fatto che il diritto alla ragionevole durata del processo non sia stato inserito tra i diritti posti nella parte prima della Costituzione. La stessa Corte costituzionale (22 ottobre 1999 n. 388), proprio con riferimento alla durata ragionevole del processo, aveva già affermato che «i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione (cfr. sent. n. 399 del 1998): non solo per il valore da attribuire al generale riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo fatto dall'art. 2 Cost., sempre più avvertiti dalla coscienza contemporanea come coesenziali alla dignità della persona (cfr. sent. n. 167 del 1999), ma anche perché, al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione. Ciò che, appunto, accade per il diritto di agire in giudizio a tutela dei propri diritti ed interessi, garantito dall'art. 24 Cost., che implica una ragionevole durata del processo, perché la decisione giurisdizionale alla quale è preordinata l'azione, promossa a tutela del diritto, assicuri l'efficace protezione di questo e, in definitiva, la realizzazione della giustizia (sent. n. 345 del 1987)».

Ancora più esplicito è divenuto di recente l'orientamento della Corte costituzionale, la quale, nella sentenza 21 marzo 2002 n. 78, ha affermato che la ragionevole durata dei processi «è oggetto, oltre che di un interesse collettivo, di un diritto di tutte le parti, costituzionalmente tutelato» (par. 3 della motivazione). Deve, quindi, ritenersi, in conformità con l'interpretazione del Giudice istituito a garanzia della Costituzione, che il diritto della parte ad un processo che non si protragga in modo irragionevole sia previsto e trovi la propria tutela nella Costituzione, di cui pertanto la legge n. 89/2001 costituisce attuazione.

11. – La seconda delle due *rationes decidendi* sopra individuate (par. 9, *sub* lettera *b*) a fondamento dell'orientamento interpretativo finora seguito da questa Corte esige una considerazione dell'intera legge n. 89/2001 e delle finalità che con essa il legislatore ha inteso perseguire.

Come chiaramente si desume dall'art. 2, comma 1, della detta legge, il fatto giuridico che fa sorgere il diritto all'equa riparazione da essa prevista è costituito dalla «violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955 n. 848, sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione». La legge n. 89/2001, cioè, identifica il fatto costitutivo del diritto all'indennizzo *per relationem*, riferendosi ad una specifica norma della CEDU. Questa Convenzione ha istituito un giudice (Corte europea dei diritti dell'uomo, con sede a Strasburgo) per il rispetto delle disposizioni in essa contenute (art. 19), onde non può che riconoscersi a detto giudice il potere di individuare il significato di dette disposizioni e perciò di interpretarle.

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 con l'essere «conformato» dalla Corte di Strasburgo, la cui giurisprudenza si impone, per quanto attiene all'applicazione della legge n. 89/2001, ai giudici italiani.

Non è necessario, allora, porsi il problema generale dei rapporti tra la CEDU e l'ordinamento interno, su cui si è ampiamente soffermato il Procuratore Generale in udienza. Qualunque sia l'opinione che si abbia su tale controverso problema, e quindi sulla collocazione della CEDU nell'ambito delle fonti del diritto interno, è certo che l'applicazione diretta nell'ordinamento italiano di una norma della CEDU, sancita dalla legge n. 89/2001 (e cioè dall'art. 6, par. 1, nella parte relativa al «termine ragionevole»), non può discostarsi dall'interpretazione che della stessa norma dà il giudice europeo.

L'opposta tesi, diretta a consentire una sostanziale diversità tra l'applicazione che la legge n. 89/2001 riceve nell'ordinamento nazionale e l'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo al diritto alla ragionevole durata del processo, renderebbe priva di giustificazione la detta legge n. 89/2001 e comporterebbe per lo Stato italiano la violazione dell'art. 1 della CEDU, secondo cui «le Parti Contraenti riconoscono ad ogni persona soggetta alla loro giu-

risdizione i diritti e le libertà definiti al titolo primo della presente Convenzione» (in cui è compreso il citato art. 6, che prevede il diritto alla definizione del processo entro un termine ragionevole).

Le ragioni che hanno determinato l'approvazione della legge n. 89/2001 si individuano nella necessità di prevedere un rimedio giurisdizionale interno contro le violazioni relative alla durata dei processi, in modo da realizzare la sussidiarietà dell'intervento della Corte di Strasburgo, sancita espressamente dalla CEDU (art. 35: «la Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne»). Sul detto principio di sussidiarietà si fonda il sistema europeo di protezione dei diritti dell'uomo. Da esso deriva il dovere degli Stati che hanno ratificato la CEDU di garantire agli individui la protezione dei diritti riconosciuti dalla CEDU innanzitutto nel proprio ordinamento interno e di fronte agli organi della giustizia nazionale. E tale protezione deve essere «effettiva» (art. 13 della CEDU), e cioè tale da porre rimedio alla doglianza, senza necessità che si adisca la Corte di Strasburgo.

Il rimedio interno introdotto dalla legge n. 89/2001, in precedenza, non esisteva nell'ordinamento italiano, con la conseguenza che i ricorsi contro l'Italia per la 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. 89/2001, 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).

La legge n. 89/2001 costituisce la via di ricorso interno che la «vittima della violazione» (così definita dall'art. 34 della CEDU) dell'art. 6 (sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole) deve adire prima di potersi rivolgere alla Corte europea per chiedere la «equa soddisfazione» prevista dall'art. 41 della CEDU, la quale, quando sussista la violazione, viene accordata dalla Corte soltanto «se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette che in modo incompleto di riparare le conseguenze di tale violazione». La legge n. 89/2001 ha, pertanto, consentito alla Corte europea di dichiarare irricevibili i ricorsi ad essa presentati (anche prima dell'approvazione della stessa legge) e diretti ad ottenere l'equa soddisfazione prevista dall'art. 41 CEDU per la lunghezza del processo (sentenza 6 settembre 2001, Brusco c/ Italia).

Tale meccanismo di attuazione della CEDU e di rispetto del principio di sussidiarietà dell'intervento della Corte europea di Strasburgo, però, non opera nel caso in cui essa ritenga che le conseguenze della accertata violazione della CEDU non siano state riparate dal diritto interno o lo siano state «in modo incompleto», perché, in siffatte ipotesi, il citato art. 41 prevede l'intervento della Corte europea a tutela della «vittima della violazione». In tal caso il ricorso individuale alla Corte di Strasburgo *ex art. 34* della CEDU è ricevibile (sentenza 27 marzo 2003, Scordino ed altri c/ Italia) e la Corte provvede a tutelare direttamente il diritto della vittima che essa ha ritenuto non completamente tutelato dal diritto interno.

Il giudice della completezza o meno della tutela che la vittima ha ottenuto secondo il diritto interno è, ovviamente, la Corte europea, alla quale spetta di fare applicazione dell'art. 41 CEDU per accertare se, in presenza della violazione della norma della CEDU, il diritto interno abbia permesso di riparare in modo completo le conseguenze della violazione stessa.

La tesi secondo cui, nell'applicare la legge n. 89/2001, il giudice italiano può seguire un'interpretazione non conforme a quella che la Corte europea ha dato della norma dell'art. 6 CEDU (la cui violazione costituisce il fatto costitutivo del diritto all'indennizzo attribuito dalla detta legge nazionale), comporta che la vittima della violazione, qualora riceva in sede nazionale una riparazione ritenuta incompleta dalla Corte europea, ottenga da quest'ultimo Giudice l'equa soddisfazione prevista dall'art. 41 CEDU. Il che renderebbe inutile il rimedio predisposto dal legislatore italiano con la legge n. 89/2001 e comporterebbe una violazione del principio di sussidiarietà dell'intervento della Corte di Strasburgo.

Deve, allora, concordarsi con la Corte europea dei diritti dell'uomo la quale, nella citata decisione sul ricorso Scordino (relativo alla incompletezza della tutela accordata dal

giudice italiano in applicazione della legge n. 89/2001), ha affermato che «deriva dal principio di sussidiarietà che le giurisdizioni nazionali devono, per quanto possibile, interpretare ed applicare il diritto nazionale conformemente alla Convenzione.

Questo dovere per il giudice italiano, chiamato a dare applicazione alla legge n. 89/2001, di interpretare detta legge in modo conforme alla CEDU per come essa vive nella giurisprudenza della Corte europea, opera «per quanto possibile», e quindi solo nei limiti in cui detta interpretazione conforme sia resa possibile dal testo della stessa legge n. 89, non potendo certo il giudice violare quest'ultima legge, alla quale egli è pur sempre soggetto (concetto esattamente sottolineato nella memoria del Ministero della Giustizia).

Ma un eventuale contrasto tra la legge n. 89/2001 e la CEDU porrebbe una questione di conformità della stessa con la Costituzione che, come si è visto, tutela lo stesso bene della ragionevole durata del processo, oltre a garantire i diritti inviolabili dell'uomo (art. 2). Occorre, allora, accertare se possa darsi alla detta legge un'interpretazione che sia conforme alla CEDU, in applicazione del canone ermeneutico secondo cui va preferita l'interpretazione della legge che la renda conforme alla Costituzione.

12. – Dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo si desume che il danno non patrimoniale conseguente alla durata non ragionevole del processo, una volta che sia stata provata detta violazione dell'art. 6 della CEDU, viene normalmente liquidato alla vittima della violazione, senza bisogno che la sua sussistenza sia provata, sia pure in via soltanto presuntiva. E ciò a differenza del danno patrimoniale, per cui si richiede invece la prova della sua esistenza.

Al riguardo possono consultarsi le recenti sentenze della Corte di Strasburgo su ricorsi contro l'Italia, emanate in data 31 luglio 2003 (cause Battistoni, Ferroni Rossi, La Paglia, Tempesti Chiesi, Fezia, Marigliano, De Gennaro, Miscioscia, Gatti), in data 28 marzo 2002 (cause Soave, Contardi, Lattanzi e Cascia), in data 19 febbraio 2002 (cause Piacenti, De Cesaris, Sardo, Donato, Di Pede), in data 12 febbraio 2002 (cause Ventrone, Seccia, E.M., De Rosa. It.R., società Croce Gialla Romana s.a.s.), sentenze tutte che, accertata la violazione del termine ragionevole di durata, hanno liquidato alle vittime il danno non patrimoniale ritenuto sussistente senza bisogno di alcun accertamento al riguardo.

Siffatto orientamento interpretativo della Corte europea non significa, però, che il danno non patrimoniale sia insito nella mera esistenza della violazione, sia cioè, come si usa dire, *in re ipsa*. Ciò comporterebbe che, accertata la violazione, dovrebbe necessariamente conseguire il risarcimento del danno non patrimoniale, che non potrebbe giammai essere escluso. Ma tale tesi interpretativa si porrebbe in chiaro contrasto proprio con l'art. 41 CEDU, ove si prevede che, accertata la violazione, la Corte europea accorda un'equa soddisfazione alla parte lesa «quando è il caso», e quindi non in tutti i casi. E, in applicazione di tale disposizione, la Corte di Strasburgo, alcune volte, ha ritenuto sufficiente a riparare il danno morale della vittima il riconoscimento solenne, contenuto nella decisione di merito, che la violazione dedotta nel ricorso sussiste (tra le decisioni recenti v., in relazione però a violazioni diverse da quella sulla durata ragionevole, sentenza 14 novembre 2000, causa Riepan c/ Austria; sentenza 10 ottobre 2000, causa Daktaras c/ Lituania; sentenza 6 giugno 2000, causa Magee c/ Regno Unito; e, nei confronti dell'Italia, sentenza 30 ottobre 2003, su ricorso Ganci, che ha accertato la violazione del diritto di accesso ad un tribunale).

Non è, quindi, accettabile la tesi del c.d. danno-evento, e cioè del danno non patrimoniale insito nella violazione della durata ragionevole del processo. Il danno non patrimoniale, anche secondo la CEDU, costituisce una conseguenza della detta violazione, la quale, però, a differenza del danno patrimoniale, si verifica normalmente, e cioè di regola, per effetto della violazione stessa. Ed invero è normale che la anomala lunghezza della pendenza di un processo produca nella parte che vi è coinvolta un patema d'animo, un'ansia, una sofferenza morale che non occorre provare, sia pure attraverso elementi presuntivi. Trattasi di conseguenze non patrimoniali che possono ritenersi presenti secondo *l'id quod plerumque accidit*, senza bisogno di alcun sostegno probatorio relativo al singolo caso.

Possono, però, aversi situazioni concrete in cui tali conseguenze normali della pendenza del processo vanno escluse, perché il protrarsi del giudizio risponde ad un interesse della parte o è comunque destinato a produrre conseguenze che la parte percepisce a sé favorevoli. Si pensi, per fare un esempio (che prescinde dal caso oggetto del presente giudizio, ma che è consentito dal fatto che le Sezioni unite sono chiamate a risolvere una questione di mas-

sima rilevante anche in altri giudizi), al caso di un locatario che, durante il giudizio, continui a detenere l'immobile locato e quindi a beneficiare delle utilità derivanti dalla detenzione del bene, onde la lunghezza del giudizio comporti per lui effetti favorevoli, anziché negativi. Più in generale, può dirsi che la piena consapevolezza nella parte processuale civile della infondatezza delle proprie istanze o della loro inammissibilità rende inesistente il danno non patrimoniale, perché tale consapevolezza fa venire meno l'ansia ed il malessere correlati all'incertezza della lite, essendo con gli stessi incompatibile (v., in tal senso, Cass. 11 dicembre 2002 n. 17650; 18 settembre 2003 n. 13741).

In assenza di tali situazioni particolari che si rilevino presenti nel singolo caso concreto, il danno non patrimoniale non può essere negato alla persona che ha visto violato il proprio diritto alla durata ragionevole del processo, ed ha perciò subito l'afflizione causata dall'esorbitante attesa della decisione (a prescindere dall'esito della stessa, e quindi anche se di contenuto sfavorevole alla vittima della violazione).

13. – Il ritenere che il danno non patrimoniale si verifica normalmente per effetto della violazione dell'art. 6 della CEDU (sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole) non si pone in contrasto con le disposizioni della legge n. 89/2001, ed in particolare con l'art. 2, che configura il diritto all'equa riparazione.

La legge nazionale, in coerenza con la sua *ratio* giustificativa (v. retro, § 11), non si è voluta discostare dalla CEDU. Particolarmente significativo in tal senso è il disposto del comma 2 dell'art. 2, ove sono indicati i criteri che il giudice italiano è tenuto a considerare al fine di accertare se vi sia stata o meno violazione del termine ragionevole: la complessità del caso, il comportamento delle parti e quello del giudice e delle altre autorità. Sono questi i tre criteri principali elaborati dalla giurisprudenza europea sulla CEDU, che vengono normalmente enunciati nello stesso ordine seguito dalla citata norma della legge italiana.

Ed ancora più espliciti sono i lavori preparatori della legge n. 89/2001. Nella relazione al disegno di legge del sen. Pinto (atto Senato n. 3813 del 16 febbraio 1999) si afferma che il meccanismo riparatorio proposto con l'iniziativa legislativa (e poi recepito dalla legge citata) assicura al ricorrente «una tutela analoga a quella che egli riceverebbe nel quadro della istanza internazionale», poiché il riferimento diretto all'art. 6 della CEDU consente di trasferire sul piano interno «i limiti di applicabilità della medesima disposizione esistenti sul piano internazionale, limiti che dipendono essenzialmente dallo stato e dalla evoluzione della giurisprudenza degli organi di Strasburgo, specie della Corte europea dei diritti dell'uomo, le cui sentenze dovranno quindi guidare – come del resto anche negli altri aspetti qui rilevanti – il giudice interno nella definizione di tali limiti».

Per quanto attiene specificamente alla liquidazione del danno, va tenuto presente che la Camera dei deputati, nella seduta del 6 marzo 2001, respinse un emendamento presentato dagli on.li Pecorella e Saponara, secondo cui «il mancato rispetto del termine ragionevole... dà diritto ad un'equa riparazione». Tale modifica del disegno di legge Pinto avrebbe ricollegato l'indennizzo al semplice accertamento della violazione, recependo la tesi del danno *in re ipsa* e rendendo automatica la riparazione; ma, come si è visto (v. retro, il precedente paragrafo), tale tesi non è conforme all'art. 41 CEDU, che non contempla tale automatismo.

Deve, quindi, ritenersi che non sia in contrasto con la CEDU la norma dell'art. 2 della legge n. 89/2001, la quale ricollega l'indennizzo all'avere «subito un danno patrimoniale o non patrimoniale», non considerando sufficiente l'accertamento della mera violazione della CEDU.

La formula della legge nazionale non impedisce, però, di ravvisare una diversità della prova richiesta per la sussistenza dei due tipi di danno, diversità strettamente correlata alle differenti caratteristiche del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale. Mentre l'esistenza del primo, derivando da circostanze esteriori e sensibili, può (e deve) formare oggetto di specifica dimostrazione, la sofferenza di un danno non patrimoniale per la lungaggine del processo, avendo natura meramente psicologica, non è suscettibile di ricevere una obiettiva dimostrazione, onde l'interprete deve prendere atto che esso si verifica nella normalità dei casi, secondo *l'id quod plerumque accidit*. Può, allora, parlarsi, a proposito del danno non patrimoniale derivante dalla violazione dell'art. 6 della CEDU (nel profilo considerato dalla legge n. 89/2001), non di danno insito nella violazione (danno *in re ipsa*), ma di prova (del danno) di regola *in re ipsa*, nel senso che provata la sussistenza della violazione, ciò comporta, nella normalità dei casi, anche la prova che essa ha prodotto conseguenze non

patrimoniali in danno della parte processuale. Ma tale consequenzialità, proprio perché normale e non necessaria o automatica, può trovare, nel singolo caso concreto, una positiva smentita qualora risultino circostanze che, come si è precisato (v. *retro*, il precedente paragrafo), dimostrino che quelle conseguenze non si sono verificate.

Siffatta interpretazione, relativa alla prova del danno non patrimoniale richiesto dalla legge n. 89/2001, deve ritenersi consentita dalle disposizioni contenute in detta legge, e va adottata al fine di porla in piena sintonia con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sulle conseguenze del mancato rispetto del termine ragionevole, evitandosi così i dubbi di contrasto della stessa legge con la Costituzione italiana.

14. – Per le ragioni qui esposte nei § 8-13 le censure del ricorso con cui si lamenta la mancata liquidazione del danno non patrimoniale vanno ritenute fondate, perché la decisione impugnata ha affermato la necessità che tale danno debba essere provato dall'attore nello stesso modo richiesto per la prova del danno patrimoniale e, avendo ritenuto non provato né l'uno né l'altro, ha respinto la domanda di equa riparazione, pur avendo accertato la sussistenza della violazione del mancato rispetto del termine ragionevole.

Consegue che la decisione impugnata va cassata nella parte in cui ha respinto la domanda di riparazione del danno non patrimoniale. La causa va rinviata alla Corte di appello di Campobasso che, in diversa composizione, si pronunzierà nuovamente sulla domanda di riparazione del danno non patrimoniale proposta dal B., previa determinazione precisa del periodo di tempo eccedente il termine ragionevole (art. 2, comma 3, lettera a, della legge n. 89/2001). La decisione impugnata, invero, come si è detto in narrativa, ha accertato la sussistenza della violazione, ma non ha determinato tale periodo di tempo, avendo probabilmente ritenuto che tale determinazione non era indispensabile in considerazione del rigetto della domanda di equa riparazione. Essa, però, appare necessaria anche per l'accertamento in ordine all'esistenza del danno non patrimoniale, il quale va riferito soltanto al «periodo eccedente il termine ragionevole» di durata del processo.

In ordine a quest'ultimo accertamento il giudice di rinvio si atterrà al seguente principio di diritto: «una volta accertata e determinata l'entità della violazione relativa alla durata ragionevole del processo secondo le norme della legge n. 89/2001, il giudice deve ritenere sussistente il danno non patrimoniale ogni qualvolta non ricorrano, nel caso concreto, circostanze particolari che facciano positivamente escludere che tale danno sia stato subito dal ricorrente (*omissis*)».

### **Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza 26 gennaio 2004, n. 1339**

*Pres. G. Ianniruberto – Est. E. Lupo – L.A. (Avv. G. Romano)*

*c/ Ministero della Giustizia (Avv. dello Stato A. Palatiello)*

*Nel caso di violazione del diritto fondamentale alla ragionevole durata del processo la possibilità di escludere il danno non patrimoniale è preclusa dalle decisioni della Corte Europea che, con riferimento allo stesso primo presupposto, abbia già accertato che il ritardo ingiustificato ha prodotto conseguenze non patrimoniali in danno del ricorrente, che la Corte stessa ha soddisfatte per un periodo limitato.*

*L'entità della parte in gioco nel processo ove si è verificato il mancato rispetto del termine ragionevole non può mai avere effetto preclusivo del danno non patrimoniale dato che l'ansia e il patema d'animo conseguenti alla pendenza del processo si verificano normalmente, anche nei giudizi in cui sia esigua l'entità della posta in gioco, onde tale aspetto potrà avere un effetto riduttivo dell'entità del risarcimento, ma non totalmente esclusivo dello stesso. (1)*

«(*omissis*). Nella presente fattispecie, però, ogni possibilità per il giudice nazionale di escludere il danno non patrimoniale (pure avendo accertato la violazione dell'art. 6 della CEDU) deve ritenersi inesistente perché preclusa dalla precedente decisione della Corte europea che, con riferimento allo stesso processo presupposto, ha già accertato che il ritardo ingiustificato nella sua decisione ha prodotto conseguenze non patrimoniali in danno del

(1) La sentenza n. 1341/2004 è indicata, per quanto interessa.

ricorrente, che la Corte stessa ha soddisfatto per un periodo limitato. Da tale pronunzia della Corte europea consegue che, una volta accertato dal giudice nazionale il protrarsi della violazione nel periodo successivo a quello considerato dalla detta pronunzia, il ricorrente ha continuato a subire un danno non patrimoniale, da indennizzare in applicazione della legge n. 89/2001.

Non può, quindi, affermarsi – come ha fatto la Corte di appello di Roma – che l'indennizzo non è dovuto per l'esiguità della posta in gioco nel processo presupposto. Tale ragione, oltre ad essere resa non rilevante dal fatto che la Corte europea ha già ritenuto sussistente il danno non patrimoniale per il ritardo dello stesso processo, non è comunque corretta, perché l'entità della posta in giuoco nel processo ove si è verificato il mancato rispetto del termine ragionevole non può mai avere effetto preclusivo del danno non patrimoniale, dato che l'ansia ed il patema d'animo conseguenti alla pendenza del processo si verificano normalmente anche nei giudizi in cui sia esigua l'entità della posta in gioco, onde tale aspetto potrà avere un effetto riduttivo dell'entità del risarcimento, ma non totalmente esclusivo dello stesso.

In conclusione, la decisione impugnata va cassata e la causa va rinviata alla Corte di appello di Roma, che, in diversa composizione, liquiderà al ricorrente il danno non patrimoniale conseguente alla violazione del termine di durata per il solo periodo successivo al 16 aprile 1996, prendendo come punto di riferimento la liquidazione dello stesso tipo di danno effettuata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, rispetto alla quale peraltro essa potrà differenziarsi, pure se in misura ragionevole (Corte Europea, 27 marzo 2003, Scordino e altri c/ Italia) (*omissis*)».

### **Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza 26 gennaio 2004, n. 1340**

*Pres. G. Ianniruberto – Est. E. Lupo – C.L. (Avv. G. Romano)  
c/ Ministero della Giustizia (Avv. dello Stato A. Palatiello)*

*L'entità degli interessi in gioco nel processo presupposti può determinare una riduzione significativa dell'indennizzo, ma non in misura notevolmente ed irragionevolmente difforme dalla normativa delle CEDU per come essa vive nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo.*

«(*omissis*). Nella stessa decisione Scordino si è precisato, con specifico riferimento alla riparazione del danno non patrimoniale, che il giudice nazionale «può allontanarsi da un'applicazione rigorosa e formale dei criteri adottati dalla Corte» europea, ma, pure conservando un «margine di valutazione», non può liquidare somme che non siano in «relazioni ragionevoli con la somma accordata dalla Corte negli affari simili», restando quindi fermo il suo dovere di «conformarsi alla giurisprudenza della Corte così accordando somme conseguenti».

La legge n. 89/2001 non pone alcun ostacolo a tale dovere di prendere a punto di riferimento dell'equa riparazione del danno non patrimoniale la giurisprudenza della Corte europea, perché detta legge richiama, attraverso l'art. 2056 c.c., l'art. 1226 c.c., che prevede una valutazione con criteri equitativi, i quali possono essere commisurati, in linea generale, all'equa soddisfazione prevista dall'art. 41 CEDU.

Consegue che i criteri di determinazione del *quantum* della riparazione applicati dalla Corte europea non possono essere ignorati dal giudice nazionale, anche se questi può discostarsi in misura ragionevole dalle liquidazioni effettuate a Strasburgo in casi simili.

Tale regola di applicazione della legge n. 89/2001, per quanto attiene alla riparazione del danno non patrimoniale, ha natura giuridica, perché inerisce ai rapporti tra la detta legge e la CEDU, onde il mancato rispetto di essa da parte del giudice del merito concretizza il vizio di violazione di legge denunciabile a questa Corte di legittimità. Occorre, cioè, precisare che, mentre, in linea generale, il criterio adottato dal giudice del merito per la liquidazione equitativa del danno, in applicazione dell'art. 1226 c.c., non è censurabile in cassazione, quando il relativo potere di scelta è stato esercitato in maniera logica (v., *ex plurimis*, Cass. 5 giugno 1996 n. 5265; 10 aprile 1996 n. 3341), la liquidazione del danno non patrimoniale effettuata dalla Corte di appello a norma dell'art. 2 della legge n. 89/2001, pur conservando la sua natura equitativa, è tenuta a muoversi entro un ambito che è definito dal diritto, perché deve riferirsi alle liquidazioni effettuate in casi simili dalla Corte di Stra-

sburgo, da cui è consentito discostarsi purché in misura ragionevole. L'ambito giuridico della riparazione equitativa del danno non patrimoniale è, in altri termini, segnato dal rispetto della CEDU, per come essa vive nelle decisioni, da parte di detta Corte, di casi simili a quello portato all'esame del giudice nazionale.

L'accertamento dei casi simili e delle eque soddisfazioni del danno non patrimoniale in essi operate dalla Corte di Strasburgo, pur rientrando nei doveri di ufficio del giudice, può giovare della collaborazione delle parti, ed in particolare dell'attore, che ha interesse a fornire al giudicante ogni elemento utile alla determinazione del *quantum* del danno nella misura da lui chiesta, anche nelle ipotesi in cui non sia configurabile a suo carico un onere probatorio (in senso analogo v. l'art. 14 della legge 31 maggio 1995 n. 218, per quanto attiene all'«aiuto delle parti» nell'accertamento della legge straniera, che pure è compiuto di ufficio dal giudice).

Va, infine, avvertito che, in ogni caso, nella determinazione del *quantum* dell'indennizzo, il giudice è vincolato, sul piano processuale, al rispetto della domanda e della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, onde egli non può mai liquidare un ammontare superiore a quello chiesto dall'attore.

4. – Applicando i principi espressi nel precedente paragrafo, si rileva che la decisione impugnata ha liquidato come danno non patrimoniale, causato da un giudizio di primo grado in cui essa ha ravvisato un ritardo ingiustificato di otto anni, la somma di L. 1.000.000. La Corte europea, in due recenti decisioni emanate il 19 febbraio 2002 e relative a ritardi della giustizia italiana, ha determinato l'equa soddisfazione per il danno non patrimoniale nella somma di Euro 10.000 per un giudizio di primo grado che è durato poco più di otto anni (Sardo c. Italia) e nella somma di Euro 8.000 per un giudizio che è durato sette anni ed undici mesi (Donato c. Italia).

La decisione impugnata ha liquidato, quindi, una somma che è meno di un decimo di quella accordata in casi simili dalla Corte europea, onde si ha, nel presente caso, un divario analogo a quello già censurato dalla Corte europea nella citata decisione Scordino.

La Corte di appello, a giustificazione della riparazione da essa effettuata, ha fatto richiamo ad altre due pronunzie della Corte europea del 19 febbraio 1991: quella sul caso Manzoni, in cui è stata liquidata la somma di L. 1.000.000 per un tempo di oltre sette anni e quella sul caso Pugliese in cui non è stata riconosciuta alcuna somma per un tempo di oltre cinque anni (essendosi la Corte limitata al riconoscimento dell'avvenuta violazione). Va, però, rilevato che, come ha esattamente osservato il ricorrente, non vi è alcuna somiglianza tra i due casi richiamati dalla decisione impugnata e la situazione posta a base del presente giudizio. In detti due casi si tratta di processi penali protrattisi per più gradi di giudizio ed in cui la Corte ha emanato decisioni non recenti, mentre vanno preferite come punti di riferimento, in linea generale, decisioni recenti della Corte europea e, con riferimento al caso di specie, pronunce su ritardi verificatisi in giudizi non penali (come le due decisioni del 19 febbraio 2002 che si sono in precedenza qui richiamate).

Né la liquidazione esigua può trovare giustificazione nella entità degli «interessi in gioco» nel processo presupposto. Tale entità può determinare una riduzione significativa dell'indennizzo, ma non può ridurlo a meno di un decimo di quanto normalmente venga liquidato dalla Corte europea in casi simili.

5. – In conclusione, la decisione impugnata, avendo fissato una riparazione del danno non patrimoniale in misura notevolmente ed irragionevolmente difforme dalla normativa della CEDU, per come essa vive nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, è viziata per violazione di legge, onde essa va cassata.

La causa va rinviata alla Corte di appello di Roma, che, in diversa composizione, determinerà nuovamente l'indennizzo da corrispondere al ricorrente per la riparazione del danno non patrimoniale derivante dal mancato rispetto del termine ragionevole di durata del processo, adeguandosi ai criteri adottati in casi simili dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, pure se con un margine di valutazione che sia ragionevole (*omissis*).



Non può non condividersi l'impianto logico della ricostruzione giurisprudenziale: è la legge interna che, attraverso il richiamo all'art. 6 della Convenzione, evidenzia che il «fatto» generatore del diritto all'equa riparazione è la violazione di *quel* diritto fondamentale che venne dedotto in convenzione nel 1950; la norma convenzionale, per volontà degli stipulanti, ha un proprio giudice che la interpreta e la fa vivere nel concreto dell'esperienza giuridica; dunque è a quella interpretazione che ci si deve riferire.

Qualche perplessità suscita, nella sua assolutezza, la riconduzione del diritto alla ragionevole durata del processo nel novero di quelli costituzionalmente tutelati dall'art. 24 e dall'art. 2, e la contemporanea affermazione che «il rimedio interno introdotto dalla legge n. 89/01, in precedenza, non esisteva nell'ordinamento italiano»: se già nella Costituzione esisteva tale diritto fondamentale, avrebbe sbagliato la CEDU a non richiedere il previo esperimento del rimedio interno (ogni diritto fondamentale, se violato, trova riparazione nel nostro ordinamento) e la legge Pinto avrebbe finito con il rivedere la tutela (da risarcitoria ad indennitaria, nei limiti degli stanziamenti in bilancio). È probabile, però, che la legge Pinto abbia fornito una tutela (interna) aggiuntiva a quella risarcitoria, preesistente e di difficile realizzazione (l'illecito presuppone la colpa, ed in genere, nelle vicende in discorso, la colpa non c'è); in tal senso l'apparente contraddizione può considerarsi risolta.

Desta preoccupazione, invece, il riferimento all'*id quod plerumque accidit*, che finisce con il vanificare la ferma esclusione del «danno *in re ipsa*» (coincidente con la violazione, o, come si dice, danno evento): la Corte Suprema non ha potuto parlare di presunzione legale, per l'ovvia ragione che di danno presunto non vi è traccia nella legge n. 89/01 e che l'art. 41 CEDU non permette tale interpretazione. Ha dunque ricostruito una massima d'esperienza che non è affatto sentita come tale e che pericolosamente se portata alle naturali conseguenze pone la lettura giurisprudenziale assai vicina al contrasto con l'art. 6 CEDU, sotto il parallelo profilo della negazione del diritto di difesa (diritto fondamentale, di elementare civiltà giuridica).

Se si vuole, così come si deve, applicare l'art. 6 della Convenzione, cui fa espresso rinvio l'art. 2 della legge n. 89/01, nell'interpretazione che ne dà la Corte Europea, occorre procedere nelle singole fattispecie ad accertare che vi sia la prova del danno (sia pure attraverso la ragionevole esclusione di elementi ostativi all'applicazione dell'*id quod plerumque accidit*), che tale danno non sia irrilevante, e, infine, che tale danno, ove rilevante, non sia riparabile con la solenne affermazione dell'inadempimento statale.

Nelle prime applicazioni della ricostruzione operata dalle Sezioni Unite, la sezione prima della Corte di Cassazione ha esattamente ricercato, nelle motivazioni dei decreti impugnati, la consapevolezza o meno da parte del giudice di merito «del nesso di normalità tra evento e conseguenza» per verificare che il danno non fosse stato erroneamente considerato «*in re ipsa*»; ed ha sottolineato che «prova del danno *in re ipsa* significa accertamento della sussistenza di un nesso di normalità tra l'irragionevole durata del processo e il danno non patrimoniale (Cass., 5 marzo 2004, n. 4508 ed altre coeve e successive).

Il richiamo alla concretezza delle singole fattispecie, escluso ogni automatismo e ripudiata ogni astrattezza, è dunque operato dalle Sezioni Unite

della Cassazione e dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Ed è logico che sia così, perché tale impostazione è l'unica coerente con l'altro principio fondamentale, affermato dal medesimo art. 6 CEDU, che è quello del diritto di difesa il quale spetta *anche* nei procedimenti in questione e di cui pure lo Stato convenuto in giudizio è titolare. Il diritto di difesa impone che lo Stato convenuto nei giudizi di equa riparazione sia posto in grado di concretamente difendersi nell'*an* e nel *quantum*, e cioè possa concretamente controdurre sia in merito all'esistenza del danno non patrimoniale, sia in riferimento alla consistenza di questo, che va dal minimo dell'irrelevanza a quello che può essere soddisfatto con affermazioni di principio, a quello che va ristorato con una somma di denaro, a sua volta da un minimo ad un massimo indefinito.

Dall'insegnamento impartito dalle sentenze del 26 gennaio 2004 risulta allora ben evidente e ben fermo che siccome il danno non patrimoniale è un *quid pluris* rispetto alla violazione e che è possibile affermarne, nei singoli casi di specie, l'inesistenza, è necessario che la parte istante quantomeno indichi, nel catalogo dei vari, possibili eventi aggiuntivi, quelli che afferma essersi, in suo pregiudizio, verificati. Senza questa indicazione il convenuto – che ha diritto di difendersi e che fino al momento della domanda *nessun rapporto ha avuto con l'attore e dunque non ne conosce la vita, la psicologia etc.* – non può assolutamente articolare difese mirate, cioè efficaci, cioè difese che non siano di mera forma. Escludere l'onere di indicazione del fatto aggiuntivo costituente il danno non patrimoniale nella specie sofferto è esattamente come affermare l'impossibile tesi del danno *in re ipsa*, tesi che la Corte Europea ha da sempre ripudiato (*ex art. 41 della Convenzione*).

A tali argomenti è destinata la memoria depositata in occasione di una delle prime udienze successive delle Sezioni Unite, qui di seguito riportata, dove, in particolare, argomentandosi dalla *nozione di danno non patrimoniale*, si rivendica anche per lo Stato il diritto di difesa nell'*an* e nel *quantum*.

Avv. Antonio Palatiello

### Corte di Cassazione, sezione prima civile - Memoria dell'Avvocatura Generale dello Stato per il Ministero della Giustizia.

«(omissis). I fatti per cui è ricorso incidentale offrono l'occasione per alcune brevi considerazioni in merito alle note sentenze delle Sezioni Unite depositate il 26 gennaio u.s., nn. 1338/04 ed altri: l'insegnamento delle Sezioni Unite *deve* avere seguito nella sua interezza ed in piena lealtà, e dunque sia dalle sue prime applicazioni occorre apprezzarne interamente i contenuti.

Le Sezioni Unite, dopo aver sottolineato che «il rimedio interno introdotto dalla legge n. 89/2001, in precedenza, non esisteva nell'ordinamento italiano, con la conseguenza che i ricorsi contro l'Italia per la violazione dell'art. 6 della CEDU avevano intasato ... il giudice europeo», e dopo aver precisato che «è dovere per il giudice italiano, chiamato a dare applicazione alla legge n. 89/2001, di interpretare la legge in modo conforme alla CEDU per come essa vive nella giurisprudenza della Corte Europea ... per quanto possibile, e quindi solo nei limiti in cui detta interpretazione conforme sia resa possibile dal testo della stessa legge n. 89», riconoscono che tanto nel sistema convenzionale quanto nella disciplina della legge n. 89/01 il danno non patrimoniale, sofferto dalla vittima della violazione dell'art. 6 CEDU, è un «danno-conseguenza», che dunque non è necessariamente insito nella violazione della durata ragionevole del processo; si tratta di una «realtà» *aggiuntiva*, «che si verifica normalmente, e cioè di regola per effetto della violazione stessa». Opportunamente le Sezioni Unite non hanno evitato di fornire la nozione di quella realtà «aggiuntiva», e ne hanno forniti alcuni esempi: il danno non patrimoniale consiste, hanno detto, nel «patema d'animo, ansia, sofferenza morale che non occorre provare sia pure attraverso elementi presuntivi. Trattasi di conseguenze non patrimoniali, che possono ritenersi presenti secondo l'*id quod plerumque accidit*, senza bisogno di alcun sostegno probatorio relativo al singolo caso»; si tratta infatti di «ansia e malessere correlati all'incertezza della lite» ovvero consistenti «nell'afflizione causata dall'esorbitante attesa della decisione». «Patema d'animo» e «sofferenza morale» sono, per la persona fisica, evidentemente, sinonimi di danno non patrimoniale; ma quale è il fenomeno psicologico – la reazione dell'animo – che provoca il patema o la sofferenza e dunque il danno morale? Questo fenomeno ha forme e contenuti assai diversi: le Sezioni Unite ne hanno indicati due a titolo di esempio che neppure sono i più frequenti, l'ansia da incertezza» e l'«afflizione per l'esorbitanza dell'attesa»; è esperienza comune che ne esistano altri, e numerosi e per nulla necessariamente presenti o coesistenti: la giurisprudenza conosce l'ansia angosciata, la menomazione dell'equilibrio psichico, la compromissione della personalità, l'incidenza sulla qualità della vita, il vero e proprio danno biologico, la forzata distrazione dalle ordinarie occupazioni, il tormento di un pensiero che incombe e che non si riesce ad allontanare, etc. etc.: il catalogo dei fatti «aggiuntivi» alla violazione, che costituiscono il danno non patrimoniale, è assai ampio nella nostra giurisprudenza, come nella giurisprudenza della CEDU, la quale, *si badi*, non fa per nulla coincidere quel danno con un mero e generico disagio o «ordinario» fastidio: nella giurisprudenza CEDU il danno morale è attribuito solo quando se ne accerta l'esistenza come danno reale (sentenze 2 giugno 1986, Bonisch; 4 dicembre 1995, Terranova; 26 settembre 1996, Zappia; 15 novembre 1996, Ceteroni; 2 settembre 1997, De Santa; 23 aprile 1998, S.R.; 23 aprile 1998, Fisanotti; 18 febbraio 1999, Laino; 12 maggio 1999, Saccomanno; 28 luglio 1999, Di Mauro; 28 luglio 1999, Bottazzi; 6 settembre 1999, Bosio; 8 giugno 2000, Oliveira; 21 dicembre 2000, F.S., 16 gennaio 2003, Obasa; 31 luglio 2003, Battistini: tutti casi in cui, giusta *consolidato* orientamento, la CEDU, *in positivo*, ha affermato l'esistenza del danno non patrimoniale, per esempio «*such as distress and frustration resulting from the protracted length ...*»: così in decisione 21 dicembre 2000; le formule sono varie; è costante e pacifica la ricerca del «danno morale certo», senza il quale la CEDU non concede indennizzo).

Uno dei principi supremi del nostro ordinamento, come tutti sanno e come le stesse Sezioni Unite del 26 gennaio 2004 hanno opportunamente ricordato, è il «diritto alla difesa» il quale è «inviolabile in ogni stato e grado del giudizio» (art. 24 Cost.; art. 6 CEDU), e dunque anche nei procedimenti contenziosi in camera di consiglio, di cui all'art. 737 e seguenti c.p.c.. Dall'insegnamento impartito dalle sentenze del 26 gennaio 2004, risulta allora ben evidente e ben fermo che siccome il danno non patrimoniale è un *quid pluris* rispetto alla violazione e che è possibile affermarne, nei singoli casi di specie, l'inesistenza, è necessario che

la parte istante quantomeno indichi, nel catalogo dei vari, possibili eventi aggiuntivi, quelli che afferma essersi, in suo pregiudizio, verificati: senza questa indicazione il convenuto – che ha diritto di difendersi e che fino al momento della domanda *nessun rapporto ha avuto con l'attore: e dunque non ne conosce la vita, la psicologia etc.* – non può assolutamente articolare difese mirate, cioè efficaci, cioè difese che non siano di mera forma. Escludere l'onere di indicazione del fatto aggiuntivo costituente il danno non patrimoniale nella specie sofferto è esattamente come affermare l'impossibile tesi del danno *in re ipsa*, tesi che la Corte Europea ha da sempre ripudiato (*ex art. 41 della Convenzione*).

Peraltro le medesime Sezioni Unite sottolineano che altro è la prova presuntiva, altro è l'applicazione del notorio avente ad oggetto *l'id quod plerumque accidit*: nelle vicende della irragionevole durata del processo il danno non patrimoniale va considerato, è vero, una conseguenza «ordinaria» o «normale» della violazione del diritto, ma pur sempre secondo *«id quod plerumque accidit»*: si adopera cioè una massima d'esperienza, senza bisogno di utilizzare il sistema probatorio delle presunzioni. Ma la massima d'esperienza presuppone la conoscenza del «fatto-conseguenza» in ordine al quale possa dirsi o negarsi, nella specie, *«id est»* (il fatto si è verificato) *«quia hoc plerumque accidit»*.

L'esempio offerto nelle quattro sentenze del 26 gennaio 2004 è assai eloquente: per la parte processuale civile la «piena consapevolezza ... della infondatezza delle proprie istanze ... rende inesistente il danno non patrimoniale perché tale consapevolezza fa venire meno l'ansia e il malessere correlati all'incertezza della lite»: ciò è vero perché risponde alla massima d'esperienza dell'*id quod plerumque accidit*; dunque il convenuto agevolmente articola la difesa se la parte allega il «malessere correlato all'incertezza»; il convenuto non si difende invece per nulla (o con intollerabile difficoltà) se il «fatto-conseguenza» non viene allegato, perché questo non consiste soltanto nel «malessere correlato all'incertezza»; negli esempi delle Sezioni Unite vi è anche la ben diversa vicenda della frustrazione dell'attesa, la quale può essere sofferta anche da chi non ha nessuno stress da incertezza (non solo perché sia sicuro del suo buon diritto: può ben accadere che l'interesse ad una definitiva pronuncia di rigetto delle proprie domande sia strumentale in ordine ai rapporti verso terzi: i casi della vita sono tanti ...!) Il «patema d'animo», che è passione acuta e sofferta, ben oltre l'ordinario fastidio o il mero disagio, può invero consistere, come si è sopra accennato, nell'ansia, nell'aspettazione angosciosa, nello stato di insicurezza dolorosa nei confronti di un pericolo futuro, nell'inquietudine di chi attende possibili cattivi eventi, nell'aspettazione inquieta, nella trepidazione, nell'angoscia, nel vero e proprio danno biologico e così via: ed è necessario conoscere quale sia l'evento aggiuntivo che dà luogo al patema da indennizzare non solo per accertarne l'esistenza ma anche per *misurarne la gravità*: il convenuto, secondo la nostra Costituzione e secondo la «legge» europea, ha *diritto di difendersi anche nel quantum* (l'ansia, l'ansietà e l'angoscia, ad esempio, sono stati dolorosi di progressiva intensità che sarebbe giusto indennizzare in modo diverso: ma se non vengono neppure allegati come può difendersi il convenuto? e dunque come si rispetta il valore fondamentale dell'equo processo *ex art. 6 CEDU?*).

L'applicazione dell'insegnamento delle Sezioni Unite, leale, conforme allo spirito dell'appartenenza del nostro Paese al sistema europeo dei diritti fondamentali e completo, postula l'affermazione dell'onere della parte istante di indicare i «fatti aggiuntivi», diversi dal semplice fastidio o mero disagio e costituenti «patema», cioè «sofferenza» morale, che a suo giudizio rappresentano il danno non patrimoniale da indennizzare, affinché, *nel rispetto dell'art. 24 Cost. e dell'art. 6 CEDU*, il convenuto possa verificare, secondo *l'id quod plerumque accidit*, la «normalità» del fatto allegato nella data situazione e la sua gravità, e possa dunque svolgere le proprie difese; correlativamente e di conseguenza il minimo motivazionale da richiedere alla Corte d'appello è l'indicazione del «fatto aggiuntivo», costituente, nel caso di specie, il danno non patrimoniale affinché sia permessa la verifica, in sede di legittimità, della congruità dell'applicazione della massima d'esperienza nella vicenda concreta.

Roma 16 febbraio 2004 – *f.to Palatiello*.

*Un ulteriore contributo.*

## **Ma è diritto dell'uomo avere anche un giudice indipendente.**

La decisione n. 1338/04 è stata salutata da molti come fortemente innovativa, quasi a consacrare il principio che la violazione dell'art. 6 CEDU (dove prevede che il processo debba svolgersi in un tempo ragionevole) dia ingresso ad un risarcimento automatico, senza che ci sia necessità di provare il danno. E che l'interpretazione della Corte di Strasburgo (anche, per esempio, sulla *entità* degli indennizzi) si imponga al giudice italiano nei ricorsi *ex lege* n. 89/01.

Non è così. Nel caso esaminato dalle SS.UU. la Corte Europea aveva accertato (e indennizzato) la violazione dell'art. 6 sino al 1996, il giudice italiano, adito *ex lege* n. 89/01, no, ritenendo mancare la prova del danno. In sostanza le SS.UU., *non volendo* affrontare il più difficile tema dei rapporti tra l'ordinamento italiano e la CEDU, finiscono per dire troppo, e ciò solo per affermare che è ovvio che se vi è un giudicato (internazionale) per la violazione di una norma sino al 1996, allora il giudice (italiano) deve tenerne conto, quando applica la stessa norma alla stessa violazione, dopo il 1996.

Viene ribadita l'estraneità al nostro ordinamento del «danno evento», occorre dunque provarlo, e la prova deriva da massima di comune esperienza (il che è quanto si dice per il danno morale da delitto: nessuno ha mai provato in Tribunale il «patema d'animo»).

Del resto, anche se si rileva che l'ordinamento CEDU (meglio: la prassi della Corte) non richiede tale prova, le norme sulla prova sono processuali e quindi ogni giudice nazionale ha le sue. Il nostro le ha, diverse, vanno applicate. Non mi pare una rivoluzione copernicana, dunque.

Le affermazioni sulla necessità di conformarsi al diritto CEDU da parte dei giudici nazionali sono, da una parte, abbastanza banali, essendo ovvia la distinzione tra proposizione normativa e norma; la norma si trae dall'interpretazione, chi interpreta è la Corte, perciò il diritto vivente è dato dalla sua giurisprudenza. Tuttavia essa vincola in quanto specifica le norme, non in quegli apprezzamenti discrezionali (tempi ragionevoli, entità dell'indennizzo) che sono propri ed esclusivi del giudice-persona, pena la nullificazione del suo ruolo a mero apparitore dell'istanza internazionale.

Dall'altra, sono scontate perché il *decisum* è: se vi è un giudicato a Strasburgo, il giudice italiano lo deve rispettare. Che poi, senza bisogno di scomodare gli artt. 1 e 35 CEDU, è quanto dice l'articolo 46 della stessa Convenzione.

*Notazioni.* Non tutti i diritti riconosciuti dalla CEDU fanno parte delle «norme di diritto internazionale generalmente riconosciute». Se lo è il divieto di discriminazione per ragioni di razza, riportato da altri Patti e Convenzioni con aderenti rappresentanti di molte culture e continenti, questo diritto sembra proprio di paesi di elevata civiltà e comunque limitati all'Europa. Dunque queste norme CEDU non entrano nell'ordinamento *ex* 10 Cost.

È norma di diritto internazionale pattizio, con la singolarità di poter essere azionata dalla Commissione o dal Ricorrente.

La responsabilità dello Stato ha carattere misto perché la *soddisfazione* che la Corte accorda (che può limitarsi alla pubblicazione della sentenza) a un tempo è obbligo verso l'interessato e verso gli altri Stati, che con il Trattato vogliono garantire a tutti i cittadini il rispetto della Convenzione. Resta il fatto che la legge di ratifica, di per sé, comporta limitazioni di sovranità, quali accettare tale giurisdizione, e comporta diritti *azionabili* da parte dei singoli avanti al giudice nazionale. Solo in caso di estrema violazione (e di «esaurimento delle vie interne di ricorso») delle stesse o di tali diritti è aperta questa via «superiore» e sopranazionale. Ma non avrebbe senso sostenere che le norme della CEDU (visto anche che la loro violazione crea un *obbligo verso i cittadini, azionabile, come estrema ratio, a Strasburgo*) non conferiscono diritti. Invero l'art. 1 obbliga gli Stati non solo (come ogni trattato) verso le altre Parti, ma verso i cittadini stessi. *De hoc satis*.

La seconda decisione (n. 1339/04) non mi convince e sembra un palliativo al nuovo indirizzo di Strasburgo, sindacatorio della applicazione «fraudolenta» della legge 89, con indennizzi simbolici. Per porre fine all'infinito circolo, si obbliga il giudice a decidere sul «tariffario» di Strasburgo. Se vanno approvati gli intenti pratici, in punto di diritto dovrebbe applicarsi un principio di «serio ristoro». La norma e la prassi nazionale non possono vanificare il trattato. Ma, ripeto, attaccare il giudice nella sua sovrana valutazione discrezionale *ex* 1226 c.c. al carro (opinabile, di difficile computo, considerati i ricorsi esitati senza indennizzo) di Strasburgo viola i precetti di soggezione alla legge consacrati dalla Costituzione.

*Avv. Roberto de Felice*

*Dossier*

## Un confine non ben demarcato in tema di ricorso per cassazione

La sentenza in rassegna offre occasione di meditazione sull'incerta «border line» tra «nuova questione», inammissibile in Cassazione, e censura di violazione di legge.

Il caso deciso, dal quale converrà prendere le mosse per esporre poche riflessioni, è presto sintetizzato.

Veniva in questione l'assoggettabilità a ritenuta Irpef dell'indennità di esproprio di terreni occorrenti alla realizzazione di un programma di alloggi di edilizia economica.

La norma impositiva (art. 11, legge n. 413/1993) sottopone a prelievo fiscale le somme erogate a titolo di indennità d'esproprio (o risarcimento danni da occupazione appropriativi) «*di terreni destinati ad opere pubbliche o ad infrastrutture urbane all'interno delle zone omogenee A, B, C, D di cui al decreto ministeriale 2 aprile 1968 pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 97 del 16 aprile 1968, definite dagli strumenti urbanistici ovvero ad interventi di edilizia residenziale pubblica ed economica e popolare*».

La C.T.R. aveva accolto la domanda di rimborso delle somme oggetto della ritenuta, operata dall'espropriante (ITEA), sul rilievo che nella specie – come documentato in appello dai contribuenti e come desumibile dagli acquisiti atti della procedura dell'esproprio – il terreno era agricolo e perciò, siccome riconducibile a zona omogenea E, estraneo all'ambito di applicazione della norma.

Orbene, fermo che agli atti del giudizio esisteva bene il decreto di esproprio (in favore dell'ITEA — Istituto Trentino Ed. Abitativa) e che il fatto della utilizzazione dei terreni per la costruzione di alloggi popolari doveva risultare dagli atti amministrativi esaminati dal giudice tributario, pare di poter affermare che la censura svolta – e diretta a dedurre (con la violazione dell'art. 11, 5° comma, legge n. 413/1991) omessa motivazione sul punto decisivo rappresentato dalla preordinazione dell'esproprio *de quo* alla realizzazione di un piano di alloggi popolari – non fosse suscettibile d'integrare «questione nuova» (come ha ritenuto invece il S.C.).

Avuto riguardo alla formulazione della norma impositiva, è indubbio — in particolare — che la destinazione dell'esproprio alla costruzione di alloggi di edilizia residenziale pubblica costituisse «punto decisivo», siccome integrante *una delle fattispecie astratte prefigurate, alternativamente*, dalla legge fiscale quale *presupposto d'imposta*. E, sotto tale aspetto, appare altrettanto indubbio che si trattasse di punto rilevabile d'ufficio, spettando al giudice (ed in specie, a quello di legittimità) di ricercare la norma applicabile al caso concreto per una soluzione della lite conforme a diritto. Ciò che, d'altra parte, era quanto dedotto a sostegno della pur formulata censura di violazione di legge, manifestamente intesa ad integrarsi con quella di vizio di motivazione (*sub specie* d'omessa motivazione su punto decisivo).

Si vuol dire, in definitiva, che il «fatto» rilevante non richiedeva operazione particolare di riconduzione logico-giuridica a quello costituente titolo dell'obbligazione tributaria, coincidendo esattamente col «fatto» (indicato dalla norma quale) «presupposto» dell'imposta. È a chiedersi, allora: *a)* se, indipendentemente dalla specifica prospettazione della parte (segnatamente, dell'Amministrazione) ed indipendentemente altresì dalla più o meno puntuale esattezza, o pertinenza, delle *argomentazioni* difensive svolte nelle fasi di merito (*iuria novit curia*, o no?), potesse la Corte — alla stregua degli elementi pacificamente acquisiti e risultanti (almeno per l'essenziale) dalle carte processuali *così come menzionate dalla stessa sentenza impugnata* rilevare il «punto risolutivo» secondo la corretta interpretazione da dare alla norma; *b)* se, ancora, il «fatto» da accertare richiedesse ulteriori indagini (non compiute dal giudice di merito) per la ricerca di altri dati ed elementi qualificanti (della fattispecie concreta) oltre quelli suaccennati, di per sé sufficiente — come pare — al giudizio di riconducibilità del caso *sub iudice* al paradigma di quello astratto, prefigurato dalla norma, come presupposto impositivo (nella seconda delle alternative fattispecie delineata dalla legge).

«*Salvo il caso che il punto decisivo sia da esaminare anche d'ufficio*»: è questa l'avvertenza che — nelle più attente, se pur risalenti, pronunce del S.C. (v. sent. 2124/1975; 3400/1981) — si accompagna all'insegnamento secondo cui il vizio di omessa motivazione richiede, per la sua scrutinabilità in cassazione, una necessaria prospettazione delle parti, non bastando — a tal fine — che il fatto decisivo possa desumersi dagli atti di causa.

Sembra, dunque, di poter osservare (anche sulla scorta della sentenza in rassegna) che nel più recente indirizzo del S.C. abbiano finito per prevalere — sulla delicata questione — considerazioni «formali» (in buona misura traslasciate, da qualche tempo in qua) largamente svelate dal richiamo al «feticcio» della autosufficienza del ricorso: principio sacrosanto, che però non sembrerebbe invocato in maniera pertinente, almeno nei casi, come questo, in cui questioni di fatto (dichiarate «nuove») e questioni di diritto (nei sensi suaccennati) appaiono indissolubilmente legate (involgendo punto decisivo, rilevabile d'ufficio, per la sussunzione della fattispecie concreta — in sé risultante dal giudizio di merito completa di ogni elemento — sotto la norma di legge applicabile).

G.F.

**Commissione Tributaria di secondo grado di Trento,  
sezione terza, sentenza 18 maggio 1999, n. 100**

*Pres. S. Coraiola — Rel. D.V. Presta — A. e L.B. (Avv. E. Fronza)  
c/ Imposte Dirette di Trento.*

«(omissis) *Motivi della decisione* — La prova richiesta dai primi Giudici ai ricorrenti, si ritiene infine prodotta in questo grado del giudizio e, pertanto, l'appello può trovare accoglimento.

L'art. 81 TUIR, richiamato dall'art. 11, comma 5, legge 413/1991, rappresenta un elenco tassativo di fattispecie, che configurano redditi diversi, una categoria di redditi che assume carattere residuale (il Capo VII del titolo del d.P.R. 916/1987 reca il titolo «redditi diversi»),



poiché comprende redditi non contemplati nelle cinque precedenti categorie (Capi II, III, IV, V e VI del d.P.R. 916: fondiari, capitale, lavoro dipendente, lavoro autonomo, d'impresa) ed accomunati dalla circostanza che tutti determinano un incremento patrimoniale.

Ritenute le plusvalenze di cui all'art. 1 legge 413/1991 assimilate alle indennità liquidate e percepite dal proprietario dei fondi espropriati, queste sono assoggettabili alle imposte sui redditi se quegli stessi terreni, destinati ad opere pubbliche ed a infrastrutture urbane, risultano essere compresi all'interno delle zone omogenee di tipo *A, B, C, D*, di cui al decreto ministeriale 2 aprile 1968. Risultano però esenti da imposizione le indennità di esproprio liquidate per terreni destinati ad uso agricolo, rientranti cioè nella zona omogenea di tipo *E*, di cui al decreto ministeriale 2 aprile 1968.

Pertanto, la tesi degli appellanti, avallata dalla documentazione prodotta in questa fase del giudizio, in uno con quella già in atti, è condivisa.

Le certificazioni consentono di individuare le singole particelle fondiarie e la relativa coltura; inoltre di accertare che, al tempo dell'avvenuta espropriazione, i proprietari erano coltivatori diretti, senza lavoratori dipendenti a tempo indeterminato. Essi, cioè, vivevano del loro lavoro di imprenditori agricoli e la loro terra rappresentava la fonte del loro reddito principale.

Occorre anche prendere in esame il decreto del Presidente della Giunta Provinciale di Trento, dd. 12 marzo 1992: in base a detto decreto, le indennità sono state liquidate, ritenuto il valore agricolo di cui all'art. 28, comma 1 L.P. 30 dicembre 1972 n. 31 e successive modifiche.

Dalla lettura del primo comma della norma dianzi citata, si deduce che il legislatore della Provincia Autonoma di Trento ha voluto quantificare l'indennità di esproprio valutando se l'area espropriata è *esterna* al centro edificato e considerando la medesima quale terreno agricolo, il cui apprezzamento finalizzato alla liquidazione dipenderà anche dal tipo di coltura in atto al momento dell'espropriazione.

Il differente testo del comma 2 dell'art. 28 L.P. n. 31/1972, riferentesi ad aree *comprese* nei centri edificati, sottolinea la diversa ed autonoma posizione dei terreni agricoli individuati dal primo comma, il cui valore e conseguente indennizzo risultano legati anche alla coltura in atto. Tutto ciò fa ritenere che la proprietà dei ricorrenti fosse destinata ad uso agricolo e compresa nella zona omogenea di tipo *E*, di cui al decreto ministeriale 2 aprile 1968, che di fatto reca la descrizione topografica del territorio.

Si rileva che la Giunta Provinciale ha riconosciuto ai ricorrenti l'ulteriore somma, prevista dall'art. 29 L.P. n. 31/1972, in quanto imprenditori agricoli.

Considerata la specifica natura di questa indennità, prevista da una legge della Provincia Autonoma di Trento e intimamente legata alla professione di agricoltore, quindi finalizzata a compensare la perdita del reddito che il lavoro della terra assicura allo stesso; considerato, altresì, come già precisato, che il legislatore ha indicato tassativamente le indennità che intendeva assoggettare a imposizione, si ritiene che anche la somma di L. 181.101.400, riconosciuta sia al B.L. che al B.A., sia esente da imposizione, perché non riconducibile alle indennità costituenti reddito imponibile, a norma dell'art. 81 d.P.R. 917/1986.

Quanto all'ulteriore eccezione dell'Ufficio, secondo cui l'art. 2 della legge 24 marzo 1993, n. 75 ha fatto salvi gli effetti dei decreti legge n. 174/1992, n. 269/1992 e n. 319/1992 non convertiti, che avevano inserito la zona omogenea tra le fattispecie da assoggettare a tassazione, si rileva che le indennità di esproprio, come da dichiarazione di parte ricorrente non contestata, risultano liquidate dall'Ente ITEA il 4 maggio 1993 a B.A. ed il 15 maggio 1993 a B.L., pertanto, in data successiva alla vigenza dei decreti legge richiamati dall'Ufficio; considerato che, a norma del comma 7 dell'art. 11 legge 413/1991, gli Enti eroganti sono tenuti ad operare la ritenuta a titolo di imposta all'atto della corresponsione delle somme di cui ai commi 5 e 6 dell'art. 11, la ritenuta sulle indennità liquidate a seguito di esproprio di terreni ad uso agricolo, pertanto rientranti nelle zone omogenee di tipo *E* e *F*, non avrebbe comunque dovuto essere operata, perché non supportata da alcuna norma di legge in vigore al tempo della erogazione.

Devono ritenersi assorbite le altre eccezioni di parte appellante.

Questa Commissione, in base alle considerazioni esposte, ritiene non condivisibili le ragioni dell'Ufficio e, conseguentemente, fondata la richiesta dei contribuenti di rimborso della ritenuta operata dall'Istituto ITEA.

Considerate le questioni trattate, appare equo compensare le spese.

*P.Q.M.* Accoglie l'appello; spese compensate. Trento, 17 novembre 1998».

### **Avvocatura Generale dello Stato – Corte di Cassazione** **Ricorso dell'Amministrazione delle Finanze c/ A. e L.B.**

«Nel maggio 1993 l'Istituto Trentino per l'Edilizia Abitativa (ITEA) corrispondeva ai sigg.ri A. e L.B. l'indennità loro dovuta per l'espropriazione, pronunciata con decreto 1° settembre 1991 del Presidente della Giunta Provinciale, di alcuni terreni (...) occorrenti alla realizzazione del piano di costruzione di 48 alloggi.

Per il rimborso della ritenuta del 20% (in L. 263.387.648) operata dall'ITEA ai sensi dell'art. 11 legge n. 413/1991 ed, a loro dire, non dovuta sull'indennità percepita (per esser questa non configurabile come plusvalenza), i B. proponevano istanza amministrativa coltivando, in prosieguo, la domanda con ricorso alla Commissione Tributaria di 1° grado di Trento.

Questa respingeva il ricorso, sul rilievo che i contribuenti, gravati del relativo onere, non avessero provato il fondamento della pretesa restitutoria (in particolare, relativamente all'assunta natura agricola dei terreni e alla estraneità degli stessi ad una delle zone omogenee – di tipo A, B, C o D – menzionate dalla norma impositiva).

Appellavano i B. e la Commissione di 2° grado di Trento, nel ricostituito contraddittorio con l'Ufficio finanziario, accoglieva il gravame all'uopo considerando, con sentenza 18 maggio 1999, che alla stregua della documentazione – infine – fornita dagli appellanti i terreni espropriati dovessero ritenersi agricoli e come tali – ricompresi, cioè, nella zona omogenea di tipo «E» – insuscettibili di integrare il presupposto impositivo delineato dall'art. 11 legge n. 413/1991 con esclusivo riferimento ai terreni all'interno delle zone omogenee A, B, C, D.

Specificava il Giudice tributario d'appello che le certificazioni esibite in ordine alla «coltura» delle singole particelle fondiarie, alla qualità di «coltivatori diretti» rivestita dai B. ed al riconoscimento agli espropriati della «indennità aggiuntiva» spettante, ex art. 29 L.P. n. 31/1972, agli imprenditori agricoli deponessero nel senso della destinazione ad uso agricolo e della inclusioni dei terreni in zona di tipo «E». Soggiungeva, con riguardo alle deduzioni – sul punto – dell'appellato Ufficio, che l'estensione del prelievo fiscale anche ai terreni di zona F (operata con dd.ll. non convertiti) non potesse ritenersi vigente alla data del prelievo fiscale (perché non contemplata nella norma impositiva come, originariamente, formulata con legge 413/1991).

Per la cassazione di tale sentenza, meglio in epigrafe indicata, ricorre la deducente Amministrazione per il seguente motivo: *Violazione e falsa applicazione dell'art. 11, 5° comma, legge 30 dicembre 1991, n. 413, in relazione all'art. 81, 1° comma, lett. b, d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (sub art. 11 legge 413/1991). Omessa motivazione su punto decisivo (art. 360. nn. 3 e 5 cod. proc. civ.).*

L'imposizione fiscale *de qua*, come disciplinata dall'art. 11, 5° comma, della legge n. 413/1991 riguarda – in parallelo con le plusvalenze imponibili a sensi dell'art. 81, 1° comma, lett. f, del d.P.R. 917/1986 (come novellato dal primo comma del già citato art. 11) – le indennità di esproprio di terreni suscettibili di utilizzazione edificatoria, destinati alla realizzazione di opere pubbliche o di infrastrutture urbane «all'interno delle zone omogenee di tipo A, B, C, D» (di cui al decreto ministeriale 2 aprile 1968) quali definite dagli strumenti urbanistici.

Ma l'imposizione riguarda, altresì, le indennità d'esproprio di terreni destinati «ad interventi di edilizia residenziale pubblica, economica e popolare di cui alla legge 167/1962 e successive modifiche».

La formulazione sintattico-letterale della norma non lascia, quindi, margine di dubbio: deve trattarsi di terreni destinati «ad opere pubbliche od infrastrutture» ovvero «ad interventi di edilizia residenziale pubblica». Solo nel primo caso (di destinazione ad opere pubbliche, in genere) la legge richiede che i terreni espropriati siano compresi in una delle zone omogenee A, B, C, D definite dagli strumenti urbanistici; non nel secondo caso, nel quale

tale condizione non è necessaria (ad integrare il presupposto impositivo), bastando che l'espropriazione del terreno (anche non compreso in una di quelle zone) sia preordinata alla realizzazione di interventi di edilizia pubblica economica e popolare.

Di ciò non s'è resa avvertita la Commissione di 2° grado di Trento, così incorrendo in violazione dell'art. 11, 5° comma, della legge n. 413/1991 oltre che in omessa motivazione su punto decisivo per non aver riflettuto alla alternativa caratterizzazione del presupposto impositivo delineata dalla norma e, conseguentemente, per aver trascurato del tutto di considerare che, nella specie, l'esproprio in favore dell'Istituto Trentino per l'Edilizia abitativa era preordinato alla realizzazione d'un piano di 48 alloggi economico-popolari.

Su questo punto di fatto – decisivo alla stregua della commentata portata della norma impositiva e, per ciò stesso, rilevabile d'ufficio – la denunciata sentenza non ha speso neppure una parola di motivazione, affannandosi in una sterile – ed anche erronea, come si vedrà – indagine sul carattere agricolo o edificatorio dei terreni (che sarebbe stato determinante, al pari della inclusione delle aree in una delle zone omogenee *A, B, C, D*, se non si fosse trattato di esproprio ai fini di edilizia pubblica bensì preordinato alla realizzazione di opere pubbliche o infrastrutture urbane, in genere).

Ma la sentenza impugnata deve riconoscersi affetta, anche per altro verso, da violazione dell'art. 11, 5° comma, legge n. 413/1991 giacché il Giudice tributario d'appello si è affidato – ai fini della ritenuta qualificazione agricola dei terreni – alla «certificazione catastale» (attestante qualità e classe delle singole particelle espropriate), là dove avrebbe dovuto avere riguardo – in via esclusiva – alle risultanze degli strumenti urbanistici (P.R.G., Piano di fabbricazione *ecc.*) dei quali non ha, viceversa, fatto parola (così trascurando, insieme al puntuale richiamo normativo al decreto ministeriale 16 aprile 1968, il già evidenziato parallelismo tra l'art. 11 *cit.* ed il, novellato, art. 81, 1° comma, lett. *f*, del d.P.R. 817/1986).

Superfluo rimarcare, poi, che nessuna rilevanza avrebbe potuto attribuirsi – contrariamente a quanto ha fatto la Commissione tributaria – alla comprovata qualità di coltivatori diretti dei *B.*, né alla maggiorazione d'indennità agli stessi riconosciuta (per tale loro qualità) trattandosi di circostanze affatto ininfluenti a fronte della già sottolineata preordinazione dell'esproprio a fini di edilizia pubblica.

Per le accennate considerazioni, la ricorrente chiede che sia cassata l'impugnata sentenza, con le conseguenti statuizioni di legge (...).

Roma, 26 giugno 2000 – Avvocato dello Stato Sergio Laporta».

### **Corte Suprema di Cassazione, Sezione Tributaria, sentenza 4 febbraio 2004 n. 2090**

*Pres. U. Favara – Rel. S. Del Core – Ministero delle Finanze  
(avv. dello Stato S. Laporta, cont. 123193/00)*

*c/o A. e L.B. (Avv.ti D. Conti e E. Fronza)*

«*Omissis*) *Motivi della decisione.* Con l'unico complesso motivo, il Ministero ricorrente, denunciando violazione dell'art. 11, comma 5, della legge 30 dicembre 1991 n. 413, in relazione all'art. 81, primo comma, lett. *b*) del d.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917, e omessa motivazione su punto decisivo, ascrive alla Commissione tributaria regionale di non avere considerato che l'imposizione in contestazione riguarda le indennità di esproprio di terreni destinati non solo «ad opere pubbliche o a infrastrutture» ma anche «ad interventi di edilizia residenziale pubblica, economica e popolare di cui alla legge n. 167/1962 e successive modifiche». Deduce in proposito che solo nella prima ipotesi (di destinazione ad opere pubbliche in genere) la legge richiede che i terreni siano compresi in una delle zone omogenee *A, B, C, D*, quali definite dagli strumenti urbanistici; nel secondo caso, tale condizione non è invece necessaria per integrare il presupposto impositivo, essendo all'uopo sufficiente che l'espropriazione del terreno (pur non ubicato in dette zone) sia preordinata, come nella fattispecie, alla realizzazione di interventi di edilizia pubblica economica e popolare. Viene, per altro verso, addebitato al giudice *a quo* di essersi affidato, ai fini della ritenuta qualificazione agricola dei terreni espropriati, alla certificazione catastale (attestante qualità e classe delle singole particelle espropriate) e alla comprovata qualità di coltivatori diretti dei contribuenti, mentre avrebbe dovuto attenersi in via esclusiva alle risultanze degli strumenti urbanistici.

Entrambi i profili di censura sono inammissibili.

Sulla questione, agitata con il primo profilo, relativa alla incidenza della condizione richiesta a fini impositivi dal comma quinto dell'art. 11 legge n. 413/1991 esclusivamente in caso di destinazione a opere pubbliche in genere dei terreni oggetto di provvedimenti ablativi, e implicante l'accertamento in fatto della utilizzazione dei terreni espropriati per la costruzione di alloggi popolari, nulla è detto in sentenza. In questa anzi si legge che, per contrastare la pretesa dei contribuenti, la Direzione delle entrate per la provincia autonoma di Trento dedusse che in base al combinato disposto degli artt. 11 legge n. 413/1991 e 81 d.P.R. n. 917/1986, le indennità di esproprio a seguito di acquisizione coattiva di terreni destinati a opere pubbliche o a infrastrutture urbane, all'interno delle zone omogenee di tipo *A, B, C, D* di cui al decreto ministeriale 1° aprile 1968, n. 1444, devono ritenersi redditi diversi, soggetti a imposizione fiscale. Dal provvedimento impugnato si evince, quindi, che la tesi dell'Erario era nel senso che, diversamente da quanto dedotto in giudizio dai contribuenti, i terreni espropriati non avevano natura agricola, ricadendo in una delle zone contemplate dalla norma impositiva. In un simile contesto, sarebbe stato onere del ricorrente Dicastero specificare in quale scritto difensivo o atto del processo propugnò la tesi, basata su una particolare interpretazione del dato normativo, dell'assoggettabilità a imposta dell'indennità di esproprio percepita per la espropriazione di terreni destinati alla costruzione di alloggi popolari, anche se non localizzati in zone omogenee di tipo *A, B, C, D*.

Infatti, secondo la giurisprudenza di questa Corte, da anni pacifica, ove una determinata questione giuridica – che implichi un accertamento in fatto – non risulti trattata in alcun modo nella sentenza impugnata, il ricorrente che riproponga detta questione in sede di legittimità, al fine di evitare una statuizione d'inammissibilità, per novità, della censura, ha l'onere non soltanto di allegare l'avvenuta deduzione della questione davanti al giudice *a quo* ma anche, per il principio di autosufficienza del ricorso per cassazione, di indicare in quale atto e/o in quale momento del giudizio precedente lo abbia fatto, in modo da dare al Collegio il modo di controllare, *ex actis*, la veridicità di tale asserzione prima di esaminare nel merito la questione stessa (vedi, solo per citare le più recenti, sent. nn. 5150/2003, 2331/2003, 1273/2003, 16303/2002, 14905/2002, 8932/2002, 9336/2001). Nella specie, il ricorrente non ha assolto un tale onere non avendo neanche accennato, in qualche parte del ricorso, al fatto di aver dedotto la tesi interpretativa ora sostenuta nel corso del giudizio di merito. La questione va, quindi, presunta siccome dedotta per la prima volta in questa sede in contrasto col principio secondo cui nel giudizio di cassazione i motivi del ricorso devono investire, a pena di inammissibilità, statuizioni e questioni che abbiano formato oggetto del giudizio di merito, restando esclusa la prospettazione di questioni nuove o di nuovi temi di contestazione involgenti accertamenti di fatto non compiuti, perché non richiesti, in sede di merito.

Il secondo profilo attiene a un accertamento in fatto che, per essere esaurientemente e logicamente motivato, si sottrae al sindacato di questa Corte.

La Commissione tributaria regionale ha, infatti, rilevato che la prova della natura agricola dei terreni e della loro ricomprensione in una zona – la *E* – non compresa tra quelle indicate nella norma impositiva era data da vari elementi acquisiti in giudizio quali: la certificazione catastale che consentiva di individuare le singole particelle fondiarie e la relativa coltura; la certificazione attestante la qualifica di coltivatori diretti dei *B*; il fatto che l'indennità liquidata in sede di decreto di esproprio era stata calcolata ai sensi dell'art. 28 della legge provinciale 30 dicembre 1972, n. 13, ritenendo il terreno agricolo e valutandone il valore in relazione al tipo di coltura in atto al momento del provvedimento ablativo; il particolare per cui la Giunta Provinciale aveva riconosciuto l'ulteriore somma prevista dall'art. 29 della legge citata a favore degli imprenditori agricoli.

La doglianza prospettata *sub specie* del vizio motivatorio, dal ricorrente dicastero, secondo cui la natura agricola del terreno espropriato doveva essere provata esclusivamente con riferimento allo strumento urbanistico, si risolve, a ben vedere, nella pretesa di contrapporre agli elementi istruttori valorizzati dal giudice del merito un diverso, possibile elemento probatorio ritenuto dalla parte più idoneo ai fini dell'accertamento in questione. Ciò in netto contrasto con il noto principio per cui in tema di accertamento dei fatti storici allegati dalle parti a sostegno delle rispettive pretese e di valutazione delle risultanze istruttorie, i vizi motivazionali non possono consistere nella circostanza che la determinazione e/o la valuta-

zione delle prove siano state eseguite dal giudice in senso difforme da quello preteso dalla parte, perché a norma dell'art. 116 c.p.c. rientra nel potere discrezionale – e come tale insindacabile – del giudice di merito individuare le fonti del proprio convincimento, apprezzare all'uopo le prove, controllarne l'attendibilità e la concludenza e scegliere, tra le varie risultanze istruttorie, quelle ritenute idonee e rilevanti, con l'unico limite, nella specie ampiamente rispettato, di supportare con adeguata e congrua motivazione l'esito del procedimento accertativo e valutativo seguito.

Con il ricorso incidentale i B., denunciata la violazione degli artt. 91 e 92 c.p.c., lamentano che il giudice di appello ha compensato, con «striminzita» motivazione, le spese processuali.

La censura è inammissibile.

Da tempo questa Corte va ripetendo che la compensazione, totale o parziale, delle spese del giudizio costituisce una facoltà discrezionale del giudice di merito, sia nell'ipotesi di soccombenza reciproca, sia nel concorso di giusti motivi. La valutazione, da parte dello stesso giudice, della ricorrenza dell'una o dell'altra ipotesi è rimessa al suo prudente apprezzamento ed è sottratta all'obbligo di una specifica motivazione. La relativa pronuncia soggiace al sindacato di legittimità solo quando il giudice, a giustificazione della disposta compensazione, enunci motivi illogici o erronei (cfr. sentt. nn. 5386/2003, 16057/2002, 14095/2002, 1898/2002, 889/2000, 5174/1997).

Tanto non è avvenuto nella specie, avendo la Commissione adeguatamente motivato, con riferimento alla peculiarità – obiettivamente apprezzabile – delle questioni trattate, le ragioni per le quali ha ritenuto di disporre la compensazione delle spese di ambo i gradi; senza che possa assumere rilievo alcuno il dissenso che verso tali ragioni manifestano i ricorrenti.

La reciproca soccombenza giustifica di per sé la compensazione totale delle spese anche in questa fase del giudizio.

*P.Q.M.* La Corte, riuniti i ricorsi, li rigetta, compensando le spese.

Così deciso in Roma, il 30 settembre 2003».

## **I processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato: una questione di costituzionalità**

*(Corte Costituzionale, sentenza 13-20 gennaio 2004 n. 24)*

La sentenza della Corte Costituzionale sottoriportata, che si è pronunciata sulle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 20 giugno 2003, n. 140, contenente «disposizioni per l'attuazione dell'art. 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato» (il cosiddetto «lodo Maccanico» o «lodo Schifani»), ha riconosciuto che il legislatore può stabilire sospensioni finalizzate alla soddisfazione di esigenze extraprocessuali, il che implica la necessità di identificare i presupposti delle sospensioni stesse e le finalità perseguite, eterogenee rispetto a quelle del processo. In questa angolazione la Corte ha quindi giudicato, in ciò condividendo in pieno la tesi prospettata dall'Avvocatura dello Stato (v. la memoria sotto riportata), che la misura contestata, che intende assicurare il sereno svolgimento delle rilevanti funzioni che ineriscono alle cinque alte cariche dello Stato, è «interesse apprezzabile che può essere tutelato in armonia con i principi fondamentali dello Stato di diritto, rispetto al cui migliore assetto la protezione è strumentale».

Dopo questa rilevante affermazione di principio, che sembra riguardare il punto essenziale della misura contestata, la Corte ha portato la sua attenzione sulle modalità di funzionamento del meccanismo di garanzia stabilito dalla norma. Essa ha quindi espresso perplessità sulla generalità, l'automaticità e la durata della disposta sospensione. Se è vero - ha affermato ancora una volta la Corte, condividendo l'avviso espresso dall'Avvocatura dello Stato - che un regime differenziato ben può prospettarsi a fronte dell'indubbia posizione particolare delle persone rivestenti le alte cariche cui la norma si riferisce, l'automatismo della sospensione viene addirittura a comprimere il diritto di difesa dello stesso imputato (in ciò dissentendo da quanto aveva rilevato l'Avvocatura dello Stato, secondo cui la irrinunciabilità della sospensione era stata stabilita a tutela della carica, lasciando fuori ogni interesse individuale), nonché la posizione della parte civile (e ciò malgrado che - come sostenuto dall'Avvocatura dello Stato - il danneggiato avrebbe comunque potuto ricevere tutela delle sue ragioni in sede civile). La Corte, infine, ha espresso perplessità sulla indefinitività della sospensione in caso di rinnovo della carica e sulla disuguaglianza che si è venuta a creare fra presidenti e membri dei massimi organi considerati: profili questi che sembrano indicare la percorribilità di una strada autorizzativa generalizzata.

Con separata ordinanza n. 23 dello stesso giorno 20 gennaio 2004 la Corte, in accoglimento della proposta dell'Avvocatura, ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 110, comma 5, dell'ordinamento giudiziario relativa all'applicazione al Tribunale di Milano, al di là dei limiti temporali indicati nella norma stessa, di un giudice già destinato a sua domanda ad un altro incarico: la Corte ha rilevato che la norma contestata non veniva in considerazione nel momento in cui la questione era stata sollevata, donde la irrilevanza della questione prospettata.

*Avv. Oscar Fiumara*

**Corte Costituzionale, sentenza 13-20 gennaio 2004, n. 24** – Pres. Chieppa - Red. Amirante - Giudizio incidentale di legittimità costituzionale promosso dal Tribunale di Milano nel processo penale contro S.B. (avv.ti G. Pecorella e N. Ghedini) - Interv.: CIR s.p.a. (avv.ti G. Pisapia, A. Pace e R. Mastroianni) e Presidenza del Consiglio dei Ministri (avv. Stato O. Fiumara).

*La Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 20 giugno 2003 n. 140, contenente disposizioni per l'attuazione dell'art. 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato.*

(Costituzione, artt. 3, 101, 112, 68, 90, 96, 24, 111 e 117; legge 20 giugno 2003 n. 140, art. 1).

«(omissis) 1. – Il Tribunale di Milano solleva questione di legittimità costituzionale del comma 2, in relazione al comma 1, dell'art. 1 della legge 20 giugno 2003, n. 140 (Disposizioni per l'attuazione dell'art. 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato), il quale, fatti salvi gli articoli 90 e 96 della Costituzione, dispone la sospensione, dall'entrata in vigore della legge stessa, dei processi penali in corso nei confronti dei soggetti di cui al comma 1 (Presidente della Repubblica, Presidente del Senato della Repubblica, Presidente della Camera dei deputati, Presidente del Consiglio dei ministri, Presidente della Corte costituzionale), in ogni fase, stato o grado, per qualsiasi reato, anche riguardante fatti antecedenti l'assunzione della carica o della funzione, fino alla cessazione delle medesime.

Secondo il giudice remittente la norma censurata, nello stabilire per i processi suindicati la sospensione automatica, generalizzata e senza prefissione di un termine finale, viola l'art. 3 Cost., anzitutto con riguardo all'art. 112 Cost., che sancisce il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale; in secondo luogo con riferimento agli artt. 68, 90 e 96 Cost., in quanto attribuisce alle persone che ricoprono una delle menzionate alte cariche dello Stato una prerogativa non prevista dalle citate disposizioni della Costituzione, che verrebbero quindi ad essere illegittimamente modificate con legge ordinaria, in violazione anche dell'art. 138 Cost., disposizione questa che il remittente non indica nel dispositivo dell'ordinanza, ma cita in motivazione ed alla quale fa implicito ma chiaro riferimento in tutto l'iter argomentativo del provvedimento; infine viola gli artt. 24, 111 e 117 Cost., perché non consente l'esercizio del diritto di difesa da parte dell'imputato e delle parti civili, in contrasto anche con la Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

2. – In via preliminare si osserva che l'astensione dei magistrati componenti del collegio presso il quale era incardinato il processo penale e che ha sollevato la presente questione incidentale non ha influenza sulla rilevanza e quindi sull'ammissibilità della medesima.

L'astensione, infatti, non comporta la regressione del giudizio ad una fase preprocesuale, tale da escludere l'immediata applicazione della norma da scrutinare.

È opportuno soggiungere che, secondo il principio affermato dall'indirizzo di gran lunga prevalente di questa Corte (v., *ex plurimis, ordinanze* n. 270 del 2003, n. 383 del 2002, n. 110 del 2000, sentenze n. 171 del 1996 e n. 300 del 1984), le vicende del giudizio *a quo* non incidono sullo svolgimento del processo costituzionale, caratterizzato dall'interesse generale alla risoluzione della prospettata questione. Né si può aderire alla tesi difensiva secondo la quale, non essendovi altri processi pendenti nei quali potrebbe ipotizzarsi l'applicazione della norma censurata, non sarebbe configurabile alcun interesse generale cui riferirsi. Non soltanto, infatti, non è provata tale situazione, ma la tesi non tiene conto del rilievo secondo cui la disposizione in oggetto (comma 2 dell'art. 1 della legge n. 140 del 2003) ha carattere di transitorietà anche rispetto alla norma non espressamente formulata ma necessariamente desumibile la quale impone l'immediata sospensione di quei processi penali nei quali dovesse verificarsi in qualsiasi momento la coincidenza della qualità d'imputato con quella di titolare di una delle cinque alte cariche indicate nel comma 1 dello stesso art. 1.

La questione, pertanto, non riguarda soltanto il processo in cui è stata sollevata, ma ha valenza generale, sicché dev'essere esaminata nel merito.

3. – Per rispondere agli interrogativi posti dall'ordinanza di rimessione occorre, in primo luogo, definire quali siano la natura, la funzione e la portata della normativa impugnata.

Essa riguarda una sospensione del processo penale, istituto che si sostanzia nel temporaneo arresto del normale svolgimento del medesimo ed è oggetto non di una disciplina generale, bensì di specifiche regolamentazioni dettate con riguardo alla diversità dei presupposti e delle finalità perseguite.

Le sospensioni possono essere così raggruppate:

*a)* sospensioni per l'esistenza di una pregiudiziale (costituzionale, comunitaria, civile, amministrativa, tributaria, etc.);

*b)* sospensioni dovute all'instaurazione di procedimenti incidentali finalizzati ad assicurare la terzietà del giudice o la serenità dello svolgimento del processo (ricusazione, rimesione);

*c)* sospensioni per il compimento di atti e comportamenti che possono influire sull'esito del processo in modo tale da rendere tale esito, nella valutazione del legislatore, preferibile rispetto a quelli prevedibili sulla base del normale svolgimento del processo stesso (come avviene per l'affidamento in prova dell'imputato nel processo minorile e per il compimento delle riparazioni, delle restituzioni e del risarcimento del danno nel processo davanti al giudice di pace);

*d)* sospensioni per ragioni soggettive, quali quella dipendente dalla condizione dell'imputato che per infermità di mente non è in grado di partecipare coscientemente al processo, e quella degli appartenenti a reparti mobilitati prevista dall'art. 243 del codice penale militare di guerra.

Se si prescinde da quest'ultima, peraltro prevista in un testo risalente (regio decreto 20 febbraio 1941, n. 303), mai sottoposto a scrutinio di costituzionalità e soprattutto connesso ad una situazione eccezionale quale lo stato di guerra, le altre sospensioni soddisfano esigenze del processo e sono finalizzate a realizzare le condizioni perché esso abbia svolgimento ed esito regolari, anche se ciò può comportare la temporanea compressione dei diritti che vi sono coinvolti. Ciò vale anche per la sospensione stabilita per l'ipotesi dell'imputato incapace, perché la capacità dell'imputato di partecipare coscientemente al processo è aspetto indefettibile del diritto di difesa senza il cui effettivo esercizio nessun processo è immaginabile, come questa Corte ha affermato fin dai primi anni della sua attività (cfr. sentenze n. 59 del 1959 e n. 354 del 1996). Da quanto fin qui esposto emerge che la sospensione, di solito prevista per situazioni oggettive del processo, è funzionale al suo regolare proseguimento.

Ciò non significa che quello delle sospensioni sia un sistema chiuso e che il legislatore non possa stabilire altre sospensioni finalizzate alla soddisfazione di esigenze extraprocessuali, ma implica la necessità di identificare i presupposti di tali sospensioni e le finalità perseguite, eterogenee rispetto a quelle proprie del processo.

4. - La situazione cui si riconnette la sospensione disposta dalla norma censurata è costituita dalla coincidenza delle condizioni di imputato e di titolare di una delle cinque più alte cariche dello Stato ed il bene che la misura in esame vuol tutelare deve essere ravvisato nell'assicurazione del sereno svolgimento delle rilevanti funzioni che ineriscono a quelle cariche.

Si tratta di un interesse apprezzabile che può essere tutelato in armonia con i principi fondamentali dello Stato di diritto, rispetto al cui migliore assetto la protezione è strumentale.

È un modo diverso, ma non opposto, di concepire i presupposti e gli scopi della norma la tesi secondo la quale il legislatore, considerando che l'interesse pubblico allo svolgimento delle attività connesse alle alte cariche comporti nel contempo un legittimo impedimento a comparire, abbia voluto stabilire una presunzione assoluta di legittimo impedimento. Anche sotto questo aspetto la misura appare diretta alla protezione della funzione.

Occorre ora accertare e valutare come la norma incida sui principi del processo e sulle posizioni e sui diritti in esso coinvolti.

5. - La sospensione in esame è generale, automatica e di durata non determinata. Ciascuna di siffatte caratteristiche esige una chiarificazione.

La sospensione concerne i processi per imputazioni relative a tutti gli ipotizzabili reati, in qualunque epoca commessi, che siano extrafunzionali, cioè estranei alle attività inerenti alla carica, come risulta chiaro dalla espressa salvezza degli artt. 90 e 96 della Costituzione.



Essa è automatica nel senso che la norma la dispone in tutti i casi in cui la suindicata coincidenza si verifichi, senza alcun filtro, quale che sia l'imputazione ed in qualsiasi momento dell'*iter* processuale, senza possibilità di valutazione delle peculiarità dei casi concreti.

Infine la sospensione, predisposta com'è alla tutela delle importanti funzioni di cui si è detto e quindi legata alla carica rivestita dall'imputato, subisce, per quanto concerne la durata, gli effetti della reiterabilità degli incarichi e comunque della possibilità di investitura in altro tra i cinque indicati. E non è fondata l'obiezione secondo la quale il protrarsi dell'arresto del processo sarebbe da attribuire ad accadimenti e non alla norma, perché è questa a consentire l'indefinito protrarsi della sospensione.

6. – Da quanto detto emerge anzitutto che la misura predisposta dalla normativa censurata crea un regime differenziato riguardo all'esercizio della giurisdizione, in particolare di quella penale.

La constatazione di tale differenziazione non conduce di per sé all'affermazione del contrasto della norma con l'art. 3 della Costituzione. Il principio di eguaglianza comporta infatti che, se situazioni eguali esigono eguale disciplina, situazioni diverse possono implicare differenti normative. In tale seconda ipotesi, tuttavia, ha decisivo rilievo il livello che l'ordinamento attribuisce ai valori rispetto ai quali la connotazione di diversità può venire in considerazione.

Nel caso in esame sono fondamentali i valori rispetto ai quali il legislatore ha ritenuto prevalente l'esigenza di protezione della serenità dello svolgimento delle attività connesse alle cariche in questione.

Alle origini della formazione dello Stato di diritto sta il principio della parità di trattamento rispetto alla giurisdizione, il cui esercizio, nel nostro ordinamento, sotto più profili è regolato da precetti costituzionali.

L'automatismo generalizzato della sospensione incide, menomandolo, sul diritto di difesa dell'imputato, al quale è posta l'alternativa tra continuare a svolgere l'alto incarico sotto il peso di un'imputazione che, in ipotesi, può concernere anche reati gravi e particolarmente infamanti, oppure dimettersi dalla carica ricoperta al fine di ottenere, con la continuazione del processo, l'accertamento giudiziale che egli può ritenere a sé favorevole, rinunciando al godimento di un diritto costituzionalmente garantito (art. 51 Cost.). Ed è appena il caso di osservare che, in considerazione dell'interesse generale sotteso alle questioni di legittimità costituzionale, è ininfluente l'atteggiamento difensivo assunto dall'imputato nella concretezza del giudizio.

Sacrificato è altresì il diritto della parte civile la quale, anche ammessa la possibilità di trasferimento dell'azione in sede civile, deve soggiacere alla sospensione prevista dal comma 3 dell'art. 75 del codice di procedura penale.

7. – Si è affermato, per sostenere la legittimità costituzionale della legge, che nessun diritto è definitivamente sacrificato, nessun principio costituzionale è per sempre negletto.

La tesi non può essere accolta.

All'effettività dell'esercizio della giurisdizione non sono indifferenti i tempi del processo. Ancor prima che fosse espressamente sancito in Costituzione il principio della sua ragionevole durata (art. 111, secondo comma), questa Corte aveva ritenuto che una stasi del processo per un tempo indefinito e indeterminabile vulnerasse il diritto di azione e di difesa (sentenza n. 354 del 1996) e che la possibilità di reiterate sospensioni ledesse il bene costituzionale dell'efficienza del processo (sentenza n. 353 del 1996).

8. – La Corte ritiene che anche sotto altro profilo l'art. 3 Cost. sia violato dalla norma censurata.

Questa, infatti, accomuna in unica disciplina cariche diverse non soltanto per le fonti di investitura, ma anche per la natura delle funzioni e distingue, per la prima volta sotto il profilo della parità riguardo ai principi fondamentali della giurisdizione, i Presidenti delle Camere, del Consiglio dei ministri e della Corte costituzionale rispetto agli altri componenti degli organi da loro presieduti. Né vale invocare, come precedente e termine di comparazione, l'art. 205 cod. proc. pen. il quale disciplina un aspetto secondario dell'esercizio della giurisdizione, ossia i luoghi in cui i titolari delle cinque più alte cariche dello Stato possono essere ascoltati come testimoni.

Non è superfluo aggiungere che, mentre vengono fatti salvi gli artt. 90 e 96 Cost., nulla viene detto a proposito del secondo comma dell'art. 3 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, che ha esteso a tutti i giudici della Corte costituzionale il godimento dell'immunità accordata nel secondo comma dell'art. 68 Cost. ai membri delle due Camere. Ne consegue che si riscontrano nella norma impugnata anche gravi elementi di intrinseca irragionevolezza.

La questione è pertanto fondata in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione. Resta assorbito ogni altro profilo di illegittimità costituzionale.

9. – La disposizione direttamente impugnata si inserisce in un contesto normativo le cui articolazioni, per quanto riguarda i primi due commi che si riferiscono, rispettivamente, alle due situazioni della non sottoponibilità a processo e della sospensione dei processi eventualmente già in corso sono dirette alla medesima, sostanziale finalità, hanno lo stesso ambito soggettivo di applicazione ed entrano in contrasto con gli stessi precetti costituzionali. Pertanto, in via consequenziale ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, la dichiarazione di illegittimità costituzionale deve estendersi anche ai commi 1 e 3, non direttamente impugnati, dell'art. 1 della legge n. 140 del 2003: al comma 1 per le ragioni appena dette, ed al comma 3, concernente la sospensione della prescrizione per il tempo di applicazione delle misure di cui ai primi due commi, perché lo stesso, caducati i precedenti, non ha alcuna autonomia applicativa (*omissis*).

#### **Corte Costituzionale - Memoria dell'Avvocatura dello Stato** (cont. 30768/03, avv. Stato O. Fiumara).

«(*omissis*) 1. – Il Tribunale di Milano ha sollevato due distinte questioni di legittimità costituzionale: *a*) l'una riguardante il secondo comma dell'art. 1 della legge 20 giugno 2003 n. 140, contenente disposizioni per l'attuazione dell'art. 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato, in relazione al primo comma, in quanto prevede la sospensione obbligatoria dei processi penali in corso per qualsiasi reato a carico delle massime cariche dello Stato (nella specie del Presidente del Consiglio dei Ministri in carica), per contrasto con gli artt. 3, 24, 68, 90, 96, 101 e 112 della Costituzione, sotto vari profili; *b*) l'altra riguardante il quinto comma dell'art. 110 del r.d. 30 gennaio 1941 n. 12, sull'ordinamento giudiziario, nel testo attualmente vigente, nella misura in cui nella norma non è prevista la sospensione o comunque la proroga dell'applicazione del giudice nelle funzioni esercitate prima del trasferimento nel caso in cui l'applicazione stessa attenga ad un dibattimento sospeso *ex lege* e per la durata della sospensione medesima, per contrasto con gli artt. 97 e 111 della Costituzione.

Entrambe le questioni di legittimità costituzionale sollevate appaiono infondate.

2. – *Relativamente alla prima questione (art. 1 legge 140/03).*

Il Tribunale remittente parte dal presupposto che «prerogative riguardanti cariche o funzioni costituzionali sono disciplinate nella Costituzione (artt. 90 e 96) ovvero in leggi costituzionali successive (art. 3 comma 2 legge Cost. 1/1948)»: «in sintesi – osserva il Tribunale – il nostro sistema costituzionale prevede, per un verso, l'art. 3, che stabilisce il principio che tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione, tra l'altro, di condizioni personali e sociali; per altro verso, la stessa Costituzione prevede immunità e prerogative che, come è noto, si giustificano con la necessità di garantire l'autonomia e il libero svolgimento delle proprie funzioni dei diversi poteri dello Stato e pare necessario concludere che in questo quadro soltanto, salvo modifiche costituzionali, è allo stato individuabile il punto di equilibrio tra esercizio della giurisdizione e lo svolgimento di funzioni di rilievo costituzionale».

Il privilegio costituito con la norma contestata, di rango ordinario, violerebbe sotto vari profili il principio di eguaglianza, prevedendo una deroga al principio della obbligatorietà dell'azione del pubblico ministero, creando immunità e prerogative non compatibili con le uniche consentite dalla Costituzione, violando il diritto di difesa dello stesso imputato e quello della parte offesa costituitasi parte civile, anche in relazione al principio della ragionevole durata del processo.

Il punto di partenza del Tribunale, che sembra considerare la norma contestata come se essa istituisse nuovi casi di immunità, è errato e appare inficiare tutti i successivi passaggi del suo argomentare.

Invero il secondo comma dell'art. 1, in collegamento con il primo comma, introduce una norma di natura meramente procedurale, disponendo la sospensione dei «processi in corso in ogni fase, stato o grado, per qualsiasi reato anche riguardante fatti precedenti l'assunzione della carica o della funzione, fino alla cessazione della medesima», con conseguente espresso fermo del corso della prescrizione per tutta la durata della sospensione stessa.

La norma non sancisce alcuna nuova immunità, non ha nulla a che vedere con la regolamentazione dell'istituto dell'immunità già contenuta nella Costituzione, ma riguarda la tutt'affatto diversa questione della sospensione dei processi penali a carico delle più alte autorità dello Stato, ferma rimanendo l'obbligatorietà dell'azione penale e la soggezione delle stesse persone alla legge penale.

L'ordinamento giuridico italiano ben conosce, attraverso disposizioni di legge ordinaria, l'impiego, anche nell'ambito processualpenalistico, della categoria concettuale della sospensione, riferibile, in linea generale, alle ipotesi in cui il normale esplicarsi dell'attività processuale risulta colpito da una temporanea paralisi, non necessariamente assoluta e totale, ma anche limitata nel tempo.

Si rinvergono, invero, numerosi casi di «sospensione» riferiti sia al «procedimento» sia al «processo», operati con legge ordinaria in rapporto alle tematiche più varie, come ad esempio in materia di violazioni edilizie ed ambientali; in materia di violazioni tributarie, di tutela della circolazione dei titoli di credito, ecc.; nelle ipotesi di ricusazione e astensione del giudice. Rientrano, altresì, certamente nella medesima categoria i casi contemplati nell'art. 71 c.p.p., laddove è prevista la sospensione del procedimento nel caso in cui emerga una incapacità dell'imputato tale da impedire la sua cosciente partecipazione al processo, e nell'art. 3 comma 5 della stessa legge n. 140/2003, dove è prevista la sospensione in attesa dell'autorizzazione a procedere parlamentare.

A queste eterogenee ipotesi e ad altre simili (che la prevalente dottrina definisce di «sospensione obbligatoria») si aggiungono altre ipotesi (definite di «sospensione facoltativa»), caratterizzate non già da un *merum arbitrium*, bensì da uno spazio di apprezzamento più ampio delle ragioni da porre a base del provvedimento di sospensione: tale può considerarsi l'ipotesi disciplinata dall'art. 486 c.p.p. sul legittimo impedimento a comparire da parte dell'imputato.

Peraltro, la distinzione tra le due categorie non pare decisiva, dovendosi piuttosto sottolineare come nelle ipotesi di sospensione «facoltativa» il legislatore ha inteso consentire una integrazione della fattispecie presupposta con elementi valutativi non specificamente descritti da porre a fondamento di un atto da qualificare egualmente doveroso (sul punto cfr. anche la sentenza n. 274/1974 della Corte costituzionale).

Appare dunque infondato il richiamo ad un presunto contrasto con l'art. 112 Cost., e con esso ad una pretesa di estensione dell'istituto dell'immunità. atteso che l'azione penale, anche in presenza di un imputato che rivesta un'alta carica dello Stato (tra quelle elencate al primo comma dell'art. 1 della legge in questione), viene obbligatoriamente esercitata nei suoi confronti, come è avvenuto nel caso di specie, trattandosi di un dibattimento in stato di avanzata trattazione, che viene temporaneamente sospeso per la durata della carica pubblica ricoperta, senza che il decorso del tempo abbia ad incidere sulla pretesa punitiva dello Stato, in virtù dell'espresso richiamo all'art. 159 c.p., che sospende il corso della prescrizione.

Fermo, dunque, che la sospensione di cui si tratta non ha nulla in comune con le immunità riservate alla regolamentazione costituzionale, non si rinvergono nella norma denunciata vizi di costituzionalità sotto alcuni dei profili adombrati.

Ogni caso di sospensione contemplato dall'ordinamento ha la sua *ratio*. E certamente risponde ad una logica evidente della determinazione assunta dal legislatore di evitare, con la sospensione processuale ora disposta, che vicende processuali di diritto comune possano intralciare l'operato dei vertici costituzionali democraticamente scelti, per tutto e solo il tempo in cui essi svolgono la loro funzione: non dunque un «privilegio» a favore di un ristrettissimo numero di persone non più soggette alla legge, ma una scelta ponderata che, valutando e bilanciando interessi, tutti meritevoli di tutela ma di differente incidenza, con-

sente il corretto svolgimento dell'alta funzione e rinvia la valutazione di eventuali comportamenti penalmente rilevanti alla cessazione dalla carica, con la protezione non – dunque – del soggetto, ma delle funzioni ad essa collegate.

Che tutto ciò possa determinare una ragionevole diversità di trattamento da parte del legislatore delle persone che le alte cariche ricoprono rispetto a tutte le altre persone non sembra possa essere messo in dubbio. Ed allora la lamentata violazione dell'art. 3 della Costituzione che sancisce, come principio fondante dell'ordinamento, l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge appare destituita di fondamento, atteso che, come la stessa Corte costituzionale ha più volte affermato, la previsione di ipotesi differenti per talune categorie di soggetti trova giustificazione nel temperamento del principio di uguaglianza dei cittadini con altri principi costituzionali, dovendosi ritenere violato quel principio anche nella contrapposta circostanza che situazioni differenti vengano regolate in modo eguale.

Irrazionale – secondo l'ordinanza di rinvio – sarebbe la disciplina del processo contro le alte cariche dello Stato per reati comuni, quale contenuta nella norma denunciata, e il disposto degli artt. 68, 90 e 96 della Costituzione, dei quali ultimi due pur viene fatta riserva nella norma stessa, in quanto la sospensione riguarderebbe solo, appunto, i processi per reati comuni mentre rimarrebbe ferma – per determinazione di rango costituzionale – la piena soggezione delle stesse alte cariche al procedimento penale per reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni. Ma non sembra che vi sia alcunché di irragionevole in tale diversità di disciplina. In una logica conseguente ad una ponderazione e ad un bilanciamento degli interessi in giuoco, il perseguimento di reati funzionali, ben protetto comunque da adeguate garanzie costituzionali, si presenta ineluttabile nella sua immediatezza per la rilevanza di carattere generale degli interessi incisi e l'indubbia maggior gravità dal punto di vista istituzionale, mentre il perseguimento di reati comuni ben può attendere – per libera e congrua scelta del legislatore ordinario – la cessazione dell'esercizio delle funzioni per gli interessi cedevoli che essi hanno potuto ledere.

Non fondata è la questione di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 24 della Costituzione, sotto il duplice profilo del diritto di difesa dell'imputato e del diritto della persona offesa ad un giudizio rapido ed efficace. Riguardo al diritto di difesa dell'imputato, invero, la norma è di rilevanza oggettiva nell'interesse dell'ordinamento e non soggettiva come privilegio di cui l'imputato possa godere a sua scelta: viene protetta obbligatoriamente la carica e non la persona che la ricopre. Quanto al richiamo alla violazione dei diritti della parte offesa, costituitasi parte civile nel procedimento penale sospeso per effetto della norma in esame, nonché al richiamo all'art. 117 della Costituzione in relazione all'art. 6 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo del 4 novembre 1950, va rilevato che, nella ipotesi della norma di cui si tratta, la parte offesa soffre un ritardo nella delibazione delle sue pretese del tutto analogo non solo alle numerose altre ipotesi di sospensione, ma anche ad altre ordinarie ipotesi previste dall'ordinamento: basti considerare la sorte della parte offesa nei casi in cui il procedimento si concluda con una sentenza di patteggiamento ai sensi dell'art. 444 c.p.p., che, normativamente, pretermette ogni sua tutela, senza possibilità di giovare di quella decisione in sede civile (art. 445 c.p.p.). Né appare conferente far riferimento alla Convenzione europea solo nel caso di specie, avuto riguardo al fatto che tutti i fenomeni sospensivi confliggono con la esigenza di definire il processo nel tempo più rapido. Questa pur giusta esigenza non può non trovare un ponderato temperamento nell'esigenza di tutela di altri interessi ritenuti anch'essi di rilevanza primaria: in tale prospettiva non può parlarsi di violazione del principio di definizione del processo «in un tempo ragionevole» da parte della norma denunciata.

Poco comprensibile appare, infine, il rilievo relativo alla mancata previsione, nella norma contestata, di una clausola che faccia salvo il compimento degli atti urgenti che abbiano natura e valenza processuale, in preteso contrasto con gli artt. 24 e 111 della Costituzione. A parte il fatto che il rilievo non incide sulla norma nella sua sostanza essenziale, ma semmai solo su una sua ipotetica manchevolezza, v'è da osservare che comunque la problematica (la cui rilevanza nel processo *a quo* non è in alcun modo precisata, donde l'inammissibilità della questione sotto questo profilo), ove non altrimenti risolvibile in via di interpretazione delle norme vigenti a seconda delle circostanze sostanziali e procedurali del caso concreto, si presenta comune per tutti i casi di sospensione del processo previsti dall'ordinamento: valgono, quindi, *mutatis mutandis*, le considerazioni svolte sopra.

3. – *Relativamente alla seconda questione (art. 110 ord. giud.)*.

La questione di legittimità costituzionale dell'art. 110 comma 5 del r.d. 30 gennaio 1941 n. 12, sull'ordinamento giudiziario, con riferimento agli artt. 97 e 111 della Costituzione, relativa al perdurare dell'applicazione di un membro del collegio titolare del dibattimento sospeso, appare innanzitutto inammissibile, quantomeno per l'intempestività della sua proposizione. Il Tribunale precisa, in effetti, che l'applicazione del suddetto giudice al collegio giudicante verrà a scadere improrogabilmente, ai sensi del predetto art. 110, comma 5, il 9 gennaio 2004, sicché sarebbe ragionevole pensare che a quella data perdurerebbe la causa di sospensione o comunque il tempo di sospensione intercorso non consentirebbe la conclusione del processo con lo stesso collegio giudicante e la rinnovazione del dibattimento richiederebbe un tempo talmente lungo che sarebbe inevitabile il maturarsi della prescrizione del reato. Ma il ragionamento del Tribunale è la risultante di una serie di ipotesi prive del crisma dell'attualità, sicché allo stato degli atti la questione sollevata appare priva di rilevanza.

La questione appare, comunque, infondata. Innanzitutto v'è da rilevare che gli inconvenienti lamentati non possono collegarsi direttamente alla norma denunciata, la quale ha cura di precisare che durante il periodo di sospensione anche il corso della prescrizione resta fermo: l'eventuale, ipotetico decorso del termine prescrizionale è conseguenza del tempo trascorso dall'epoca dei fatti e la prescrizione è un istituto che sancisce il disinteresse dell'ordinamento giuridico all'applicazione della pena dopo un lasso di tempo proporzionato all'entità del fatto (salvi i casi di imprescrittibilità). E comunque il giudice di cui si tratta è stato legittimamente e a sua richiesta destinato da tempo ad altre funzioni ed è stato applicato al collegio giudicante per il tempo massimo previsto dalla legge (un anno prorogabile una sola volta): l'istituto dell'applicazione di un magistrato ad altro ufficio ha natura sicuramente eccezionale e, dunque, non può che avere carattere temporaneo, venendo, altrimenti, ad appannare il principio del giudice naturale precostituito per legge (art. 25 Cost.); e il richiamo al «buon andamento dell'amministrazione» di cui all'art. 97 Cost., ben si attaglierebbe piuttosto alla circostanza per la quale il giudice di cui si tratta, a causa del protrarsi dell'applicazione presso la prima sezione del tribunale di Milano, non ha occupato il posto assegnatogli presso il Tribunale di Sorveglianza di Milano, con sicuri riflessi negativi sul buon andamento di quest'ultimo ufficio.

4. – Per queste ragioni la Presidenza del Consiglio dei Ministri conclude chiedendo che la Corte dichiari infondata la prima questione di legittimità costituzionale e inammissibile o comunque infondata la seconda.

Roma, 29 settembre 2003 – Vice Avvocato generale dello Stato Oscar Fiumara».

## Scelte discrezionali e giudizio contabile: fino a dove può spingersi il sindacato della Corte dei Conti?

(Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, sentenza 6 maggio 2003, n. 6851)

L'Amministrazione pubblica è chiamata ad affrontare quotidianamente gravi responsabilità, se non altro perché le sue scelte comportano esborso di pubblico denaro e direttamente o indirettamente ricadono sulla qualità della vita degli amministrati. L'art. 97 Cost. indica il «buon andamento» della P.A. tra i valori costituzionali, mentre l'art. 98 ricorda che i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione.

La dignità del pubblico amministratore non è dunque sostanzialmente diversa da quella del parlamentare, che «rappresenta la Nazione» (art. 67 Cost.) o del giudice, che è soggetto «soltanto alla legge» (art. 101 Cost.). Sono nozioni e principi a tutti noti, ma a volte dimenticati nei fatti, come quando, pur accanto alle corrette affermazioni di principio, si assiste in concreto a vere e proprie invasioni di campo o surrogazioni usurpazioni. Certo, il principio del sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti per i soli limiti esterni della giurisdizione non aiuta a contenere gli episodi di patologia sociale appena ricordati, perché il sindacato sui limiti interni e quelli esterni della giurisdizione non è idoneo a fornire rimedio anche agli errori più gravi, se compiuti nel «territorio» di competenza. Il costo sociale di irrimediabili invasioni di campo è assai elevato: l'amministratore pubblico, cui competono le scelte amministrative, non è certo incoraggiato a «fare», quando il «fare» lo espone al rischio di successive recriminazioni o incomprensioni, e del pagamento di «tasca propria».

La sentenza che si pubblica segna un momento importante di civiltà giuridica, specie per il superamento di un pregiudizio abbastanza diffuso, che a volte si manifesta in una sorta di sospetto intorno all'attività di chi gestisce il denaro pubblico ed a volte - in modo solo apparentemente più raffinato - in una specie di ritenuta superiorità della giurisdizione sull'Amministrazione. La sentenza va segnalata perché, nella concreta affermazione dell'ovvio ed elementare principio che la Costituzione vuole che ognuno faccia il suo «mestiere», riconosce che la scelta discrezionale è tutta e solo dell'amministratore: non è sindacabile da parte del giudice contabile (tutt'altro discorso, ovviamente, va fatto per i diritti dei terzi).

È chiaro che deve trattarsi di attività in astratto non estranea ai fini dell'ente: non solo, ma opportunamente la sentenza in esame sottolinea che tale estraneità può essere affermata dal giudice solo quando sia «assoluta» ed «incontrovertibile». Il «territorio» riservato all'amministratore diventa, così, impenetrabile per il giudice contabile, a pena di violazione del limite esterno della giurisdizione e di conseguente intervento repressivo della Corte di Cassazione.

Il principio, già *in nuce* in Cassazione, S.U., 23 novembre 1999, n. 822, e chiaramente espresso in Cassazione, S.U., 29 gennaio 2001, n. 33, ha avuto una definitiva conferma nella decisione in commento, e nella successiva Cassazione, S.U. 29 settembre 2003, n. 14488 (dove però, nell'applicazione pratica del principio, si dice che la Corte dei Conti può sindacare il rapporto di ragionevole «proporzionalità tra costi e benefici»).

Credo sia interessante notare come le affermazioni della Corte siano in linea con la tendenza legislativa ad una più adeguata «protezione» di chi bene amministra (cfr., ad esempio, il novellato art. 323 c.p.); ed è anche utile sottolineare la forza «espansiva» del principio, che conduce nella riserva del merito amministrativo insindacabile non solo ogni scelta nell' «*an*», nel «*quando*» e nel «*quantum*» ma anche nel «*quomodo*»: la scelta tra più soluzioni tecniche possibili (come avviene, ad esempio, abitualmente nell'attività consultiva in vista di una condotta da tenere) non può essere valutata dal giudice contabile, se non nei ricordati limiti della manifesta «assoluta ed incontrovertibile ordinarietà dei mezzi rispetto ai fini»; il giudice contabile deve accertare se vi sia o no detta estraneità, ma non può mai ritenere «giusta» o «sbagliata» una condotta «non estranea».

*Avv. Antonio Palatiello*

**Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza 6 maggio 2003, n. 6851** – Pres. G. Ianniruberto – Est. M. Varrone. - P.G. TR. Palmieri (diff.) – L.G. c/ Procuratore Generale presso la Corte dei Conti.

*Nei giudizi di responsabilità contabile la Corte dei Conti non può sindacare l'articolazione concreta e minuta delle iniziative intraprese dal pubblico amministratore e dedotte dalla Procura quali fatti causativi di danno erariale, dovendo limitare il proprio sindacato alla verifica di compatibilità in astratto delle scelte amministrative con i fini pubblici dell'ente. Tale limite, disposto dall'art. 3, 1 comma, punto 1, lett. a, del decreto-legge 23 ottobre 1996, n. 543, convertito con modifiche in legge 20 dicembre 1996, n. 543, attiene alla giurisdizione, e dunque il suo superamento comporta che la pronuncia è resa in difetto di giurisdizione, per cui va annullata dalla Corte di Cassazione.*

«(omissis). *Svolgimento del processo* – Con atto di citazione del 6 dicembre 1995, il procuratore regionale conveniva davanti alla Sezione giurisdizionale della Corte dei Conti per il Lazio, L.G., presidente dell'A.S.I., C. B., direttore generale e segretario del consiglio di amministrazione della stessa, [ed altri] componenti del consiglio di amministrazione, per avere con atti di gestione adottati dal 1989 al 1992 procurato al patrimonio dell'ente un danno di lire 520.325.250, a cui andava aggiunto il valore di dollari 10.000 al cambio del 21 aprile 1989, oltre accessori.

I convenuti avevano deliberato e disposto la partecipazione a ventuno manifestazioni espressamente elencate da cui sarebbero derivate spese «non strettamente correlate con gli scopi istituzionali dell'ente».

Con sentenza n. 2252/1998/R del 12 novembre 1998 l'adita Sezione, riconosciuta la propria giurisdizione, condannava tutti i convenuti al risarcimento del danno erariale in misura varia e, segnatamente, il L.G. a lire 42.663.820 ed a \$ 277 al cambio del 21 aprile 1989.

Proponeva appello, fra gli altri, L.G. e la Sezione Prima Giurisdizionale Centrale di Appello, con sentenza n. 101/2001/A del 24 aprile 2001, ridotte a tre le manifestazioni estranee ai fini istituzionali dell'A.S.I., condannava il suddetto per lo stesso titolo al pagamento, in favore dell'A.S.I., della somma di lire 27.315.000 ed accessori. Detta sentenza, in estrema sintesi, e partendo dal presupposto che l'attività dell'A.S.I. fosse limitata rigidamente dalla finalizzazione specifica al piano spaziale nazionale, riteneva che fossero estranee a detti fini le attività meramente autoreferenziali o comunque genericamente divulgative di informazioni sull'Ente, nel cui ambito faceva quindi ricadere il (finanziamento al) concerto planetario di Spoleto, lo spettacolo *Green Planet* di Spoleto e la partecipazione alla Festa Nazionale dell'Unità (manifestazioni tenutesi tra il 1989 e il 1991, per le cui spese L.G. veniva appunto «pro-quota» condannato).

Avverso tale sentenza L.G. ha proposto ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., 3° comma, affidato ad un unico articolato motivo, denunciando il difetto di giurisdizione del giudice contabile per travalicamento del limite esterno della giurisdizione rappresentato dal merito delle scelte discrezionali della P.A.

Ha resistito la Procura Generale della Corte dei Conti con controricorso.  
Il ricorrente ha depositato memoria.

*Motivi della decisione* – Lamenta L.G. che la pronuncia impugnata abbia violato il disposto dell'art. 3, 1° comma, punto 1, lett. a), del decreto legge 23 ottobre 1996 n. 543, coordinato con la legge 20 dicembre 1996 n. 639 (legge di conversione), recante «disposizioni urgenti in materia di ordinamento della Corte dei Conti», di modifica dell'art. 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, che recita: «La responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti e alle omissioni commessi con dolo e colpa grave, ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali (...)». Più precisamente, abbia sindacato nel merito le scelte discrezionali dell'A.S.I. attraverso una valutazione di estraneità ai fini dell'Ente delle attività cosiddette autoreferenziali o genericamente di informazioni sull'ente e di ricomprensione in dette tipologie di attività, estranee ai fini istituzionali, delle manifestazioni contestate (pag. 13 del ricorso).

La censura è fondata. Per verificarlo occorre, in primo luogo, prendere le mosse dalla motivazione impugnata la quale, premesso che è riduttivo affermare che l'attività dell'A.S.I. sia rigidamente limitata dalla finalizzazione specifica al piano nazionale spaziale (come ritenuto in prime cure), così prosegue: «Invero tra i fini dell'A.S.I., secondo la legge istitutiva e lo statuto, è sicuramente ricompresa la diffusione delle conoscenze dell'attività spaziale tra i soggetti operanti nei settori scientifici ed economici nazionali ed internazionali interessati all'attività stessa, e cioè nei settori nei quali possono trovare attuazione i programmi o i progetti dell'ente, e dei soggetti che possono essere stimolati a partecipare all'attività dell'ente o ne possono trarre benefici ovvero possono consentire «partnership», interscambio e approfondimento utili alle conoscenze scientifiche che costituiscono il substrato esistenziale dell'ente stesso. Di conseguenza si deve affermare che rientra nei fini dell'ente la partecipazione a convegni nazionali e internazionali a carattere scientifico od economico che attengano al campo di attività dell'ente. La scelta di volta in volta effettuata, ove non ne venga dimostrata la assoluta irrazionalità, rientra nella discrezionalità dell'ente, insindacabile in questa sede.

Risultano invece del tutto estranee dai fini dell'A.S.I., che come ente strumentale deve perseguire nel settore finalità pubbliche riferibili allo Stato, le attività meramente autoreferenziali o comunque genericamente divulgative di informazioni sull'ente.

In questo ambito ricadono il finanziamento del concerto planetario di Spoleto e dello spettacolo *Green Planet* di Spoleto e la partecipazione alla festa nazionale dell'Unità.

Il finanziamento delle prime due manifestazioni ha avuto un evidente scopo autoreferenziale. Infatti l'unica attinenza del concerto e dello spettacolo con l'attività dell'A.S.I. è la qualificazione di «spaziale» della musica eseguita.

Quanto alla partecipazione alla Festa dell'Unità questa può essere stata utilizzata, per la natura stessa della manifestazione che prevede spazi meramente divulgativi di attività destinati alla generalità del pubblico, per un fine di generica conoscenza dell'esistenza dell'Ente intesa a promuovere nell'opinione pubblica indifferenziata un acritico apprezzamento dell'attività dell'A.S.I.

Nè a giustificare detta partecipazione può essere invocata la presenza di uno spazio espositivo dell'Unione Sovietica. Infatti il tema della tavola rotonda, tenuto in quella occasione, era lo spazio come strumento di conoscenza tra i popoli, e cioè un tema non scientifico ma semmai interessante il tema politico della conoscenza e collaborazione tra popoli. In ogni caso l'A.S.I. attraverso suoi qualificati rappresentanti ben avrebbe potuto partecipare in quella – come in altre – occasioni a tavole rotonde o ad altri dibattiti sui temi dello spazio, anche se questi come è ovvio non potevano costituire sede per approfondimenti scientifici per essere rivolti ad un pubblico da presumersi privo di conoscenze scientifiche nel settore, sostenendo però le modeste spese connesse allo specifico evento.

In secondo luogo, bisogna tenere presente l'unico precedente di queste Sezioni Unite sulla questione specifica, non solo perché non ha trovato occasione di ulteriore approfondimento ma soprattutto perché sia il ricorrente che il P.G., pur pervenendo a conclusioni opposte, hanno dichiarato di condividerne e di applicarne il principio di diritto, che la massima ufficiale ha così sintetizzato: La Corte dei Conti, nella sua qualità di giudice contabile, può e deve verificare la compatibilità delle scelte amministrative con i fini pubblici dell'ente pubblico; ma, per non travalicare i limiti esterni del suo potere giurisdizionale, una volta accertata tale compatibilità, non può estendere il suo sindacato all'articolazione concreta e



minuta dell'iniziativa intrapresa dal pubblico amministratore, la quale rientra nell'ambito di quelle scelte discrezionali di cui la legge stabilisce l'insindacabilità (art. 1, comma primo, della legge n. 20 del 1994, nel testo di cui all'art. 3 del decreto legge n. 543 del 1996, convertito con modificazioni dalla legge n. 639 del 1996), e può dare rilievo alla non adeguatezza di mezzi prescelti dal pubblico amministratore solo nell'ipotesi di assoluta ed incontrovertibile estraneità dei mezzi stessi rispetto ai fini. (Fattispecie relativa alla spesa sostenuta dal Comune di Milano ai fini della presenza anche di alcuni giornalisti italiani ad una mostra sul disegno industriale italiano organizzata nel 1983 in Cina, nella città di Shanghai, nell'ambito di un patto di gemellaggio; la S.C. ha in particolare ritenuto controvertibili e inerenti al merito delle scelte amministrative i rilievi della sentenza impugnata – annullata senza rinvio – circa la non riconducibilità della partecipazione di detti giornalisti ai fini perseguibili dall'ente pubblico, se si considera l'esigenza di pubblicizzare l'iniziativa anche nel territorio nazionale e, segnatamente, nel mondo industriale e commerciale milanese) (Cass. sez. un. 29 gennaio 2001, n. 33). In particolare, ha affermato questa sentenza (con parole letteralmente ripetute dal P.G. nella sua requisitoria) che nella specie il giudice contabile aveva travalicato i limiti esterni della sua giurisdizione in quanto «non si è limitato ad apprezzare, in astratto, la compatibilità dell'iniziativa promozionale con i fini istituzionali dell'ente territoriale, ma ne ha accertato l'incongruenza e l'irrazionalità entrando nel merito delle scelte con le quali, in concreto, quel fine è stato perseguito. La questione – come premesso – è assai delicata, perché il discrimine tra sindacabilità ed insindacabilità delle opzioni possibili nell'ambito dell'attività amministrativa è assai sottile ed, inoltre, perché si tratta di contemperare due esigenze, ambedue meritevoli di tutela ma talora divergenti, come l'esigenza di impedire e/o sanzionare la dissipazione del pubblico danaro e la necessità di non ingessare l'iniziativa dei pubblici amministratori in confini così angusti da paralizzare o, quanto meno, gravemente condizionarne l'attività. Il principio generale ed astratto è che il giudice contabile può e deve verificare la compatibilità delle scelte amministrative con i fini pubblici dell'ente; ma una volta accertata tale compatibilità, l'articolazione concreta e minuta dell'iniziativa intrapresa dall'amministratore rientra nell'ambito di quelle scelte discrezionali per le quali il legislatore ha stabilito l'insindacabilità (art. 3, n. 1, lett. a), del decreto-legge n. 543 del 1996 citato)».

Ora nel caso di specie il giudice contabile ha bocciato la partecipazione dell'A.S.I. alle tre manifestazioni sopraindicate con due argomenti: uno, in premessa, che le «attività meramente autoreferenziali o comunque genericamente divulgative di informazioni sull'ente sono del tutto estranee dai fini dell'A.S.I.»; l'altro, che le suddette partecipazioni avevano «un evidente scopo autoreferenziale» o «meramente divulgativo presso un'opinione pubblica indifferenziata». Si tratta di un giudizio che comporta l'accertamento dei fini e dei mezzi, nel senso che le due proposizioni sopramenzionate non vivono di vita autonoma, ma risultano strettamente intrecciate. Ed allora il sindacato di questa Corte deve valutarle entrambe, verificare cioè se, in astratto, iniziative «autoreferenziali» (cioè di promozione della propria attività) siano estranee alle finalità dell'ente e se le tre manifestazioni siano o meno funzionali agli scopi. Ora è sufficiente il tenore dell'art. 2, punto 2, lett. I), della legge 30 maggio 1988 n. 186 istitutiva dell'A.S.I. per appurare che è suo compito promuovere la diffusione e l'utilizzazione delle conoscenze derivanti dalle attività spaziali, con la partecipazione a congressi, convegni, simposi, tavole rotonde ed altre consimili manifestazioni (come prevede il regolamento delle spese di rappresentanza). Niente da cui possa dedursi l'inconciliabilità di iniziative promozionali di conoscenza dell'attività e dei risultati dell'Ente, di recente istituzione e relativo a campi di ricerca modernissimi e dai grandiosi ed imprevedibili sviluppi, anche presso un pubblico ed in ambienti non strettamente scientifici.

In questo ordine di idee la partecipazione a manifestazioni musicali con notevole partecipazione giovanile ed alla festa di un grosso partito politico (in quest'ultimo caso poi a fianco di uno «stand» spaziale sovietico) sembrano in linea con quei fini promozionali normativamente consentiti. Opinando diversamente, il giudice contabile ha sostituito, senza una ragionevole motivazione, le sue scelte a quelle dell'amministrazione nell'esercizio del potere discrezionale ad essa istituzionalmente devoluto, con una valutazione «ex post» e senza adeguata comparazione fra costi sostenuti e risultati perseguiti e/o conseguiti, come già una lucida e corretta giurisprudenza della stessa Corte dei Conti (opportunamente richiamata da L.G. e precedente al decreto-legge n. 549 del 1996 convertito in legge n. 639 del 1996), aveva insegnato.

Il discorso non sarebbe tuttavia completo se non si facesse carico di un'obiezione di fondo: che nel censurare un'eventuale intrusione del giudice contabile nel merito delle scelte discrezionali della P.A., questa stessa Corte abbia finito con il censurare non un fenomeno di travalicamento dei limiti esterni della giurisdizione contabile ma, inammissibilmente, un limite interno e, cioè, la legittimità dell'esercizio di tale giurisdizione, trasformando una questione di merito in un problema di giurisdizione sindacabile in questa sede. L'obiezione è certamente suggestiva ma, ad un ulteriore approfondimento, non sembra cogliere nel segno, ove si consideri: che nella specie – a differenza di quanto si verifica, ad esempio, nei confronti delle pronunce del giudice amministrativo – esiste una norma specifica che preclude al giudice contabile di sindacare nel merito le scelte discrezionali della P.A.; che, pertanto, il fenomeno del travalicamento si verifica non nei riguardi di un'altra giurisdizione ma nei confronti dell'amministrazione; che, soprattutto, se il sindacato della Corte dei Conti sull'attività discrezionale della P.A. è subordinato ad un limite preciso ed invalicabile, volto ad escludere che le valutazioni di tale giudice possano sovrapporsi e/o sostituirsi alle scelte rimesse in via esclusiva alla discrezionalità amministrativa, pena l'invasione della sfera delle attribuzioni istituzionali della stessa P.A., è inevitabile che anche questa Corte ripercorra lo stesso «*iter*» logico e giuridico, perché diversamente nessun controllo sarebbe possibile e la tassativa preclusione della legge non troverebbe possibilità di accertamento.

Tirando i fili del discorso e concludendolo, deve quindi dichiararsi che il giudice contabile ha travalicato i limiti esterni della sua giurisdizione nei confronti dell'A.S.I. ed il ricorso di L.G. va accolto, con conseguente dichiarazione del difetto di giurisdizione della Corte dei Conti e cassazione senza rinvio della sentenza impugnata (art. 382 c.p.c., 3° comma).

Non vi è luogo a pronuncia sulle spese di questo giudizio, stante la natura di parte meramente formale della Procura Generale della Corte dei Conti.

*P. Q. M.* La Corte accoglie il ricorso, dichiara il difetto di giurisdizione della Corte dei Conti e cassa senza rinvio la sentenza impugnata; nulla per le spese.

Così deciso in Roma, il 20 febbraio 2003, nella Camera di Consiglio delle Sezioni Unite Civili della Corte Suprema di Cassazione».

## **Il demansionamento per breve periodo rappresenta comunque una violazione dell'art. 2103 c.c.**

*(Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, sentenza 25 febbraio 2004, n. 3772)*

La brevità del periodo di demansionamento non può giustificare di per sé una deroga al divieto dell'art. 2103 del Codice civile.

In tal modo la Corte di Cassazione si è espressa decidendo sul ricorso presentato dalla signora M. D. V. che aveva chiesto la condanna al risarcimento dell'azienda presso cui lavorava per essere stata destinata, dall'ottobre 1994 all'inizio del febbraio 1995, a mansioni inferiori rispetto alla sua qualifica.

Sia il Pretore in primo grado che il Tribunale di Milano in grado di appello avevano respinto la domanda della signora V. ritenendo che la breve durata del periodo di demansionamento (circa tre mesi) non permetteva neanche di accertare se vi fosse stata un'effettiva dequalificazione professionale.

La tesi del giudice di prime cure è stata invece ritenuta dalla Suprema Corte contraria al disposto dell'art. 2103 del Codice civile che prevede testualmente che *«Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione. Nel caso di assegnazione a mansioni superiori il prestatore ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta, e l'assegnazione stessa diviene definitiva, ove la medesima non abbia avuto luogo per sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto, dopo un periodo fissato dai contratti collettivi, e comunque non superiore a tre mesi. Egli non può essere trasferito da una unità produttiva ad un'altra se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive. Ogni patto contrario è nullo»*.

Nonostante la perentorietà di tale divieto, come correttamente rilevato dal giudice della legittimità, non sono però mancati interventi del legislatore e pronunce giurisprudenziali che hanno parzialmente derogato a tale disposizione.

Per esempio, viene citato, tra le disposizioni di legge, l'art. 6 della legge 13 maggio 1985, n. 190 (Riconoscimento giuridico dei quadri intermedi) che ha consentito al contratto collettivo di fissare un periodo, anche superiore a tre mesi, dopo del quale l'assegnazione di fatto a mansioni di quadro o di dirigente diviene definitiva; o ancora l'art. 4, comma 11, della legge 223/1991 che ha stabilito che gli accordi sindacali stipulati nel corso delle procedure di mobilità, che prevedano il riassorbimento totale o parziale dei lavoratori ritenuti eccedenti, possano stabilire, anche in deroga al secondo comma dell'art. 2103 del Codice civile, la loro assegnazione a mansioni diverse da quelle svolte.

Viene richiamata inoltre la giurisprudenza della Cassazione a Sezioni Unite che ha ritenuto illegittimo il recesso del datore di lavoro per sopravvenuta infermità permanente del lavoratore, ove sia possibile adibire il lavoratore a mansioni diverse, anche inferiori (Cass., Sez. Un., 7 agosto 1998 n. 7755).

O ancora la sentenza della Cassazione che ha ritenuto legittimo che il lavoratore fosse adibito, per motivate esigenze aziendali, anche a compiti inferiori, in misura marginale, rispetto a quelli propri del suo livello (Cass. 8 giugno 2001 n. 7821) ritenendo quindi lecito il demansionamento in presenza di un'attribuzione di compiti inferiori in via occasionale e non rilevante.

E, infine, viene citata la giurisprudenza della Corte Suprema che ha ammesso la liceità dell'adibizione temporanea del lavoratore a diverse mansioni, seppure non strettamente equivalenti a quelle di appartenenza, al fine di acquisire una più ampia professionalità (Cass. 1 marzo 2001 n. 2948).

Alla luce di tali pronunce, la Suprema Corte, nel caso di specie, ha ritenuto pertanto che sussistono delle circostanze che di per sé legittimano un trattamento derogatorio rispetto alla precettività dell'art. 2103 Codice civile, circostanze che possono essere rappresentate, ad esempio, dal superiore interesse del lavoratore a mantenere il proprio posto di lavoro.

In base ad una recentissima pronuncia della Cassazione, inoltre, le stesse ragioni produttive non possono giustificare un demansionamento atteso che «le stesse non possono ledere il diritto alla conservazione della professionalità la cui tutela è prevalente rispetto alle esigenze organizzative del datore di lavoro» (così Cass. Civ. n. 5161 del 12 marzo 2004).

La Corte Suprema, nel caso della signora V., ha però ritenuto che nessuna delle citate circostanze fosse sussistente e che pertanto il demansionamento, anche per breve periodo, violava la disposizione dell'art. 2103 Codice civile.

Il principio di diritto affermato con tale pronuncia dalla Suprema Corte è rilevante in quanto sottrae al giudice del merito ogni valutazione in ordine alla «durata» del demansionamento stesso e limita i poteri del medesimo all'esclusivo accertamento della «sussistenza» del demansionamento sia sul piano oggettivo, sotto il profilo cioè della inclusione nella medesima area salariale e professionale, sia sul piano soggettivo, in relazione al quale è necessario verificare che le mansioni siano professionalmente affini (cfr. Cass. Civ. 11457/2000).

Ciò significa da una parte che, ai fini dell'art. 2103 Codice civile, è indifferente il periodo di adibizione a mansioni inferiori, potendo verificarsi il demansionamento anche nel breve periodo. Dall'altra che il giudice di merito resta comunque competente a verificare se, in quel breve periodo, un effettivo demansionamento c'è stato e quale è l'entità dei danni risarcibili.

*dott. Maurizio Iacono Quarantino*

**Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, sentenza del 25 febbraio 2004 n. 3772 – Pres. Mattone – Rel. De Matteis - M.D.V. c/ C. S.p.A.**

*Il demansionamento del lavoratore, anche se protratto solo per pochi mesi, costituisce violazione dell'art. 2103 Cod. civ. che non ammette deroghe se non per tutelare il diritto del lavoratore alla conservazione del proprio posto di lavoro, per permettere al lavoratore di acquisire una più ampia professionalità o in caso di svolgimento di mansioni inferiori in via del tutto marginale e occasionale.*

«(omissis) – Con ricorso depositato il 18 gennaio 1996, la signora M. D. V. ha convenuto davanti al Giudice del lavoro di Milano la C. S.p.a. (poi incorporata in B. S.p.a., a sua volta divenuta I. S.p.a.), proponendo due gruppi di domande, tutte relative ad asserita lesione della sua posizione e dignità professionale.

Il primo gruppo era relativo alla mancata promozione a funzionario di grado 4°, nel periodo tra il luglio 1993 ed il febbraio 1994; in relazione a ciò, chiedeva al Pretore di «accertare e dichiarare la discriminazione ingiustificata operata dalla C. e la conseguente violazione degli artt. 15 e 16 della legge 20 maggio 1970 n. 300; condannare la società convenuta a disporre la promozione a funzionario di grado quarto a far tempo dal febbraio 1994 o dalla data diversa che risulterà di giustizia; condannare la C. a risarcire il danno quantificato nel mancato ulteriore guadagno scaturente dalla mancata promozione a funzionario grado 4° dal febbraio 1994 all'effettiva promozione».

Il secondo gruppo di domande era relativo alla pretesa dequalificazione successiva all'ottobre 1994, quando fu assegnata all'Ufficio Contabilità titoli, a «mansioni palesemente inferiori a quelle proprie del suo livello contrattuale». In relazione a ciò chiedeva la condanna della C. «al risarcimento dell'ulteriore danno per lesione della dignità personale e professionale della ricorrente la cui quantificazione era richiesta in via equitativa nella misura di una retribuzione mensile per ogni mese di intervenuto demansionamento».

Il Pretore prima, e poi il Tribunale di Milano in sede di appello (con sentenza 19 marzo 1999/19 luglio 2000 n. 9014), hanno respinto le due domande.

1. - Quanto alla prima, la ricorrente contestava l'incidenza relativa dei vari criteri di valutazione previsti dal contratto collettivo e la loro verifica nel caso concreto. Sotto il primo profilo, il Tribunale ha rilevato che il procedimento per la promozione a funzionario di grado quarto è disciplinato dall'art. 100, comma 8, contratto collettivo nazionale di lavoro, il quale rinvia alla procedura prevista dallo stesso articolo al comma 5 per gli impiegati, secondo cui «agli effetti delle promozioni al grado più elevato della categoria impiegati» il merito è determinato sulla base delle competenze professionali acquisite anche mediante esperienze lavorative e formative nonché sulla base della attitudine ad ulteriori sviluppi professionali tenendo anche conto dei precedenti di lavoro e delle note di qualifica; si applica anche il comma 6: «A parità di merito, prevarrà l'anzianità di servizio nella categoria o grado inferiore al posto da coprire». Ha dedotto che le note di qualifica, come si evince dalla indicazione per ultime e dopo un «anche», non costituiscono il criterio principale, come pretende l'appellante facendo leva erroneamente sul 4° comma. Quanto alla anzianità, l'8 comma la identifica in quella della categoria o grado inferiore al posto da ricoprire, togliendo rilevanza alla generica anzianità di servizio e/o nella mansione ed alla anzianità anagrafica, e ne stabilisce il carattere suppletivo a parità di merito.

Quanto al secondo profilo (verifica in concreto dei criteri seguiti), il Tribunale ha convenuto con il primo giudice circa l'inammissibilità, oltre che la impossibilità di sindacare i singoli punteggi valutativi espressi sulle prestazioni nelle note caratteristiche.

Ha poi ritenuto corretto l'accurato esame delle note caratteristiche acquisite, effettuato dal primo giudice. In base a tale materiale probatorio, ha escluso che l'appellante potesse fondatamente sostenere l'uguaglianza nel merito con i colleghi promossi, né tanto meno la propria superiorità rispetto anche ad uno solo di essi.

2. - Circa la lamentata discriminazione sindacale, il giudice d'appello ha rilevato che la V. ha sempre svolto in azienda attività sindacale, e questa non le ha impedito in precedenza una carriera di tutto rispetto (da impiegata di grado quarto a quadro). In sostanza, il giudice d'appello ha condiviso espressamente il convincimento del Pretore secondo cui l'onere della prova era a carico della ricorrente, la quale non l'ha assolto.

Parimenti ha condiviso l'ulteriore convincimento del primo giudice sulla carenza di prova in ordine alla denunciata violazione della legge n. 125/1991 sulle azioni positive, tema non riproposto in questa sede.

Circa il preteso demansionamento per i compiti assegnatili a partire dal febbraio (rectius ottobre, vedi *infra*) 1994, il Tribunale ha condiviso il rilievo del primo giudice che il periodo oggetto dell'accertamento appare estremamente breve per potersi affermare la ricorrenza di una concreta dequalificazione. Intanto, ha limitato il periodo dai primi di ottobre 1994, quando l'azienda ha dislocato la V. al settore contabilità titoli, al gennaio 1995, quando la V. optò per un distacco totale presso il Sindacato, che perdurava alla data del

ricorso introduttivo, indicata quale *dies ad quem* nelle relative conclusioni. Ha rilevato che in tale periodo, che il giudice d'appello ha calcolato inferiore ai tre mesi, si ebbero una ventina di giorni di assenza dal lavoro. Così limitato il periodo, il Tribunale ha affermato «la carenza del substrato materiale per il demansionamento».

Avverso tale sentenza ha proposto ricorso per Cassazione la V., con tre motivi, illustrati da memoria ai sensi dell'art. 378 c.p.c.

La società intimata si è costituita con controricorso, resistendo; ha proposto ricorso incidentale condizionato, dolendosi del mancato integrale accoglimento delle proprie richieste istruttorie.

*Motivi della decisione.* Vanno preliminarmente riuniti il ricorso principale ed il ricorso incidentale proposti avverso la stessa sentenza, ai sensi dell'art. 335 c.p.c.

Con il primo motivo la ricorrente, deducendo violazione e falsa applicazione degli artt. 1362 e segg. cod.civ. (art. 360, n. 3 c.p.c.), censura la interpretazione delle norme contrattuali operata dalla sentenza impugnata. Assume che questa ha svalutato il rilievo rivestito dalle note di qualifica; nel delineare il «merito» ai fini della promozione, le parti avrebbero attribuito rilievo preponderante alle «note di qualifica»; a parità di queste, il richiamo dovrebbe essere operato agli altri fattori che il contratto pone a specificazione: le esperienze lavorative e formative, quale indice rivelatore delle competenze professionali; attitudine ad ulteriori sviluppi professionali; nonché il criterio dell' «anzianità di servizio nella categoria» o nel grado inferiore a quella da ricoprire», individuato dal comma dell'art. 10 C.C.N.L.

Il motivo, più che infondato, è irrilevante, e quindi inammissibile.

Si deve preliminarmente ricordare la costante giurisprudenza di questa Corte, secondo cui il ricorrente che deduce violazione dell'art. 1362 nella interpretazione di un contratto, non può limitarsi a fare astratto richiamo agli artt. 1362 e seguenti cod. civ. ma è necessario che lo stesso indichi, in modo specifico, i canoni in concreto inosservati e, soprattutto, il modo in cui il giudice del merito si sia da essi discostato, non essendo idonea la mera critica del risultato raggiunto dal giudice medesimo mediante la contrapposizione, a quella datane dal giudice stesso, di una sua difforme interpretazione (Cass. 30 gennaio 1995 n 1092, Cass. 5606/1986, Cass. 2782/1987).

Ma soprattutto, nello specifico della presente causa, la ricorrente espressamente ammette che, a parità di note di qualifica, intervengono gli altri criteri indicati dalla norma contrattuale ed utilizzati dalla banca controricorrente. Orbene, la qualifica, o nota di qualifica, si risolve ed è espressa da un'unica parola: ottimo, distinto, buono, sufficiente, mediocre, insufficiente. Ella non contesta quanto affermato dalla sentenza impugnata, che la nota di qualifica è praticamente priva di funzione selettiva, perché tutti i candidati si collocano nella qualifica massima di ottimo. Quali che siano le ragioni sociologiche di tale costume e di tale situazione, di qui sorge la necessità di ricorrere ad ulteriori criteri.

Poiché la ricorrente non deduce che siano stati promossi candidati con qualifica inferiore a quella di ottimo da lei rivestita, le doglianze relative alla nota di qualifica sono irrilevanti. La Commissione consultiva (la cui composizione paritaria – rappresentanti del datore di lavoro e rappresentanti delle Organizzazioni sindacali – ed il cui ruolo differenziato rispetto all'assetto gerarchico della banca la ricorrente non contesta), proprio per la mancanza di funzione selettiva della nota di qualifica, ha dovuto ricorrere agli ulteriori criteri contrattuali, la cui applicazione in concreto la ricorrente non censura.

Ella ricorda i propri meriti professionali, ma non deduce né indica che almeno uno dei promossi ne avesse di meno.

Con il secondo motivo di ricorso la ricorrente, deducendo omesso esame di un fatto e di prove vertenti su un fatto decisivo; omessa e/o insufficiente motivazione su un punto decisivo della controversia (art. 360, n. 5 c.p.c.), censura la sentenza impugnata nella parte in cui non ha rilevato la discriminazione sindacale costituita dall'abbassamento delle note di qualifica nell'anno 1994, a causa della sua attività sindacale.

Circa la sussistenza di tale abbassamento, questo risulterebbe dalla testimonianza del dott. L. T. (redattore delle note caratteristiche della signora V. fino al 1994), la cui valutazione sarebbe stata omessa dalla sentenza impugnata; il T. ha affermato che per il 1994 «le

note caratteristiche erano meno positive rispetto all'anno precedente, in quanto, per le sue assenze, pur giustificate, era meno presente in ufficio, aggiungendo che «le assenze di cui parlavo erano anche per impegni sindacali».

La ricorrente fa rilevare che l'incidenza negativa nella valutazione della lavoratrice delle assenze sindacali contrasta con l'art. 98, comma 2, del C.C.N.L. A.c.r.i. del 1991, secondo cui «le assenze dal servizio per gravidanza e puerperio, servizio militare, malattia e permessi retribuiti non pregiudicano l'attribuzione della nota di qualifica. In tali casi, qualora la prestazione non consenta la valutazione del lavoratore ai fini della valutazione delle note caratteristiche, si farà riferimento all'ultima qualifica conseguita dall'interessato». Anche tale motivo non è fondato.

Come osservato dalla controricorrente, la garanzia contrattuale (art. 98, c. 2) riguarda non le note caratteristiche, ma la nota di qualifica («ottimo», o «distinto», ecc.) dell'anno precedente. La controricorrente, non smentita dalla ricorrente, afferma che la V. ha sempre avuto l'«ottimo», e che fino all'1 gennaio 1995 la ricorrente non ha avuto un numero di assenze tali da non consentire una valutazione della prestazione di fatto svolta.

Il beneficio in caso di assenza (nei permessi retribuiti vanno ricompresi anche quelli per motivi sindacali) si arresta qui: se la presenza vi è stata in misura tale da consentire una valutazione analitica (note caratteristiche), la valutazione del lavoro svolto in periodo di presenza non ha motivo di differenziarsi nei criteri da quella svolta da ogni altro lavoratore presente. Il Tribunale osserva che neppure la ricorrente pretende una supervalutazione dei giorni di presenza.

Il comportamento del datore di lavoro appare quindi corretto, perché, da una parte, ha osservato la garanzia contrattuale delle note di qualifica dell'anno precedente, dall'altra, ha formulato le note caratteristiche secondo le note effettive.

È viceversa fondato e va accolto il terzo motivo di ricorso, con il quale la ricorrente, deducendo violazione e falsa applicazione dell'art. 2103 del Codice civile (art. 360, n. 3 c.p.c.), censura la sentenza impugnata nella parte in ha negato che vi sia stato demansionamento dal momento cui, nell'ottobre 1994, è stata adibita all'Ufficio contabilità titoli. Contesta che possa qualificarsi un periodo ricompreso tra l'ottobre 1994 ed il febbraio (rectius il 1 febbraio) 1995, in relazione anche alle mansioni elementarissime, consistenti, come ammesso sempre dal teste T., nell'esame e nell'inserzione nel sistema informatico dei contratti di conto pronto termini.

La Corte osserva:

Il giudice d'appello ha respinto la doglianza, rilevando, con il primo giudice, che il periodo di preteso demansionamento era «estremamente breve», sì da consentire neppure la valutazione se un demansionamento effettivamente ci fu.

Tale periodo va dai primi di ottobre 1994 ai primi di febbraio 1995, sicché ha la durata di circa quattro mesi.

Nel pensiero del giudice di appello una situazione siffatta precluderebbe di per sé la possibilità di valutare se un demansionamento ci fu, indipendentemente da qualsiasi ulteriore caratteristica della fattispecie.

Tale tesi costituisce violazione e falsa applicazione dell'art. 2103 del Codice civile.

L'art. 2103 c.c., come novellato dall'art. 13 legge 20 maggio 1970, n. 300, proibisce l'adibizione del lavoratore a mansioni inferiori a quelle di assunzione o corrispondenti alla categoria superiore successivamente acquisita e, all'ultimo comma, fulmina di nullità qualsiasi patto contrario, volto a derogare ai precetti in materia di tutela della professionalità.

La perentorietà di tale principio ha successivamente subito parziali modifiche, per ipotesi circoscritte, ad opera della giurisprudenza e del legislatore.

La giurisprudenza, partendo dalla *ratio* della norma, di tutela del lavoratore, ne ha ammesso deroghe nell'interesse di quest'ultimo, soprattutto al fine di evitare la perdita del posto di lavoro (Cass. 12 gennaio 1984, n. 266; Cass. 7 marzo 1986, n. 1536, Cass. 4 maggio 1987, n. 4142; Cass. 29 novembre 1988, n. 6441; Cass. 24 ottobre 1991, n. 11297; Cass. 2 novembre 1993, n. 10793; Cass. 29 settembre 1998, n. 9734, in tema di necessità del consenso del lavoratore all'accordo sindacale di attribuzione di mansioni inferiori, al di fuori dell'ipotesi di cui all'art. 4, comma 11 legge 23 luglio 1991, n. 223, che ne prescinde; Cass., Sez. Un., 7 agosto 1998, n. 7755, che ha ritenuto illegittimo il recesso del datore di lavoro per sopravvenuta infermità permanente del lavoratore, ove sia possibile adibire il lavoratore

a mansioni diverse, anche inferiori; Cass. 5 agosto 2000 n. 10339; Cass. 18 ottobre n. 11727; Cass. 14 settembre 1995 n. 9715). L'art 6 della legge 13 maggio 1985, n. 190 (Riconoscimento giuridico dei quadri intermedi) ha consentito al contratto collettivo di fissare un periodo, anche superiore a tre mesi dopo del quale l'assegnazione di fatto a mansioni di quadro o di dirigente diviene definitiva.

L'art. 4, comma 11, della legge 223/1991 ha consentito che gli accordi sindacali stipulati nel corso delle procedure di mobilità, che prevedano il riassorbimento totale o parziale dei lavoratori ritenuti eccedenti, possono stabilire, anche in deroga al secondo comma dell'art. 2103 del Codice civile, la loro assegnazione a mansioni diverse da quelle svolte (vedi Cass. 7 settembre 1993 n. 9386, che ha dichiarato legittimo l'accordo sindacale concluso dai rappresentanti dei lavoratori e dall'azienda, il quale al fine di salvaguardare il bene primario del posto di lavoro, ha riformato *in peius* le mansioni ed il trattamento dei dipendenti; Cass. 7 settembre 2000, n. 11206).

La giurisprudenza ammette anche la liceità dello svolgimento di mansioni inferiori in misura non prevalente e non caratterizzante, ma occasionale e marginale ( Cass. 8 giugno 2001, n. 7821, che ha ritenuto legittimo che il lavoratore fosse adibito, per motivate esigenze aziendali anche a compiti inferiori, in misura marginale, rispetto a quelli propri del suo livello; nella specie un lavoratore, addetto alla gestione dei crediti della società T., era stato addetto anche – a turno – a compiti di informazione all'utenza; Cass. 25 febbraio 1998 n. 2045 ha ritenuto suscettibile di valutazione in sede disciplinare il comportamento di una dipendente di una Cassa di Risparmio che, avendo compilato atti delicati che avrebbero potuto essere esposti al rischio di disguidi smarrimenti, si era rifiutata di imbustarli).

Infine la giurisprudenza di questa Corte ha ammesso la liceità dell'adibizione temporanea del lavoratore a diverse mansioni, seppure non strettamente equivalenti a quelle di appartenenza, al fine di acquisire una più ampia professionalità (Cass. 1 marzo 2001 n. 2948).

La fattispecie decisa dal giudice d'appello non rientra in alcuna delle predette ipotesi eccezionali al rigore dell'art. 2103 del Codice civile. Detta norma non consente l'adibizione a mansioni, se inferiori, per la durata di quattro mesi, se non ricorre alcuna delle circostanze cennate sopra.

Il terzo motivo di ricorso va pertanto accolto, la sentenza impugnata cassata e gli atti trasmessi alla Corte di appello di Brescia, la quale deciderà la causa attenendosi ai principi di diritto sopra enunciati; essa provvederà altresì alle spese del presente giudizio.

Quanto al ricorso incidentale condizionato, esso si compone di due motivi, entrambi relativi al mancato accoglimento delle istanze istruttorie della B.

Il primo motivo è relativo ai mezzi istruttori volti a dimostrare la correttezza dell'operato della B. in punto di mancata promozione a funzionario di grado 4°; essendo stato rigettato il ricorso principale sul punto, il motivo del ricorso incidentale è assorbito.

Il secondo motivo è relativo alla prova dell'ultimo periodo, oggetto del terzo motivo di ricorso principale; essendo compito del Giudice del rinvio effettuare la relativa istruttoria, omessa dai giudice del giudizio rescisso, sull'erroneo presupposto che il periodo fosse breve per una sua valutazione, anche questo motivo è assorbito (*omissis*)».



## In tema di giurisdizione sulla remunerazione dei medici specializzandi 1983 - 91 (\*)

Merita di essere segnalata questa sentenza del Tribunale di Firenze n. 3387 depositata in data 11 dicembre 2003 in un giudizio nel quale era stata proposta una domanda di riconoscimento del diritto alla remunerazione per l'attività prestata dal medico ricorrente nell'ambito dei corsi di specializzazione organizzati dallo Stato.

La decisione ha dichiarato:

1) il difetto di giurisdizione del giudice ordinario in favore del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 33 del D.Lgs 31 marzo 1998, n. 80, così come sostituito dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

2) la prescrizione quinquennale delle domande proposte.

Nei numerosissimi giudizi pendenti nei diversi Tribunali italiani, gli attori chiedono:

a) la condanna dell'Amministrazione al pagamento di una somma a titolo di remunerazione per la formazione specialistica;

b) il risarcimento dei danni subiti per effetto del tardivo adeguamento da parte dello Stato italiano alla normativa comunitaria, risalente al 1982.

Le richieste sono, in sostanza, fondate sulla direttiva n. 82/1976 del 26 gennaio 1982 (e successive modificazioni), che ha stabilito i requisiti minimi del corso che il medico deve frequentare, con conseguente previsione di una adeguata remunerazione, stanti suo impegno a tempo pieno nella formazione specialistica; la direttiva prescriveva, poi, agli Stati membri di adottare le misure necessarie per conformarsi entro e non oltre il 31 dicembre 1982.

Lo Stato italiano rimaneva inadempiente ed era condannato dalla Corte di Giustizia con decisione 7 luglio 1987 (causa 49/1986).

Il Legislatore, in effetti, interveniva con il D. L.gvo 8 agosto 1991, n. 257 con cui si istituiva una borsa di studio a favore dei medici specializzandi, per tutta la durata del corso di formazione, decorrente dall'anno accademico 1991-92, con esclusione sia dei medici che avevano cominciato il corso dal 1° gennaio 1983 e conseguito il titolo prima del 1991 sia dei medici che nel 1991 ancora frequentavano il corso cominciato negli anni precedenti.

La giurisprudenza amministrativa riteneva la disposizione di cui all'art. 8 secondo comma del D.L.gvo n. 257/1991 illegittima per contrasto con la direttiva n. 82/1976/CEE e disapplicava la norma, nella parte in cui escludeva il doppio beneficio della remunerazione e dello specifico punteggio da valere nelle procedure concorsuali, in ragione della immediata applicabilità della direttiva comunitaria.

I giudici amministrativi, in particolare, precisavano che la direttiva era sufficientemente precisa ed incondizionata e, dunque, immediatamente applicabile.

---

(\*) Sull'argomento vedi anche SVEVA DEL GATTO, MARIO ANTONIO SCINO, *I medici specializzandi mettono alla prova la procedura speciale ed il silenzio-rifiuto*, in *questa Rassegna*, 2002, n. 3-4, 377.

Lo stesso principio veniva, successivamente, affermato anche dalla Corte di Giustizia con le pronunce del 25 febbraio 1999 e 30 ottobre 2000 (C-131/1997 e C-371/1997) che stabilivano che l'obbligo di retribuire i medici specializzandi riguarda sia i periodi di formazione a tempo pieno, che quelli a tempo ridotto, che l'obbligo si impone per le specialità comuni a tutti gli Stati membri ovvero a due o più di essi, che è compito del giudice nazionale accertare la sussistenza dei presupposti.

Il legislatore nazionale, con la legge 19 ottobre 1999, n. 370 (art. 11) ha previsto la corresponsione di una borsa di studio annua a favore dei medici ammessi alle scuole di specializzazione dall'anno accademico 1983-84 all'anno 1990-91, destinatari di alcune specifiche sentenze del T.A.R. Lazio passate in giudicato, subordinatamente all'accertamento delle condizioni pure specificatamente indicate nella legge.

Per quanto concerne la richiesta del risarcimento dei danni per il tardivo ed incompleto recepimento della normativa comunitaria (nel 1991 invece che nel 1983), l'orientamento ora assunto dalla Corte di Cassazione è nel senso di riconoscere la risarcibilità del danno (Cass. 9 aprile 2001, n. 5249 e, soprattutto 16 maggio 2003, n. 7630; contraria alla risarcibilità, Cass. 1° aprile 2003, n. 4915).

Ciò premesso, si osserva che la sentenza del Tribunale ha ritenuto il difetto di giurisdizione dell'A.G.O., sulla base di una nozione estremamente larga di «servizio pubblico» ex art. 33 del D. L.gvo 31 marzo 1998, n. 80, così come modificato dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205, e si pone in contrasto con la giurisprudenza della Corte di legittimità, secondo cui la giurisdizione a conoscere l'azione di risarcimento per tardivo recepimento di una direttiva comunitaria appartiene al giudice ordinario, anche tenendo conto del fatto che, in relazione al riparto di giurisdizione in materia di servizi pubblici, essa ha chiarito che, nel caso di specie, i medici specializzandi non risulta che versino in situazione di interesse legittimo, vantando essi un vero e proprio diritto alla remunerazione prevista dalle disposizioni CEE (Cass. SS.UU. ord. n. 6719 del 2 maggio 2003; n. 5125/2002); anche il giudice amministrativo, sulle richieste avanzate dai medici specializzandi, in pressoché tutte le sentenze, ha sempre declinato la propria giurisdizione in favore di quella dell'A.G.O.

Per quanto concerne la questione della prescrizione, la decisione è in linea con il pacifico orientamento che, appunto, applica alla fattispecie l'art. 2948 n. 4 c.c. – ove si consideri che si tratta di emolumenti pagabili ad anno – ovvero l'art. 2947, 1° comma c.c. – in quanto diritto al risarcimento del danno subito.

In tutti e due i casi, giustamente la prescrizione è quella quinquennale e non la ordinaria decennale.

Giova, per completezza, precisare che, su questo argomento, attualmente pendono diversi progetti di legge, alcuni volti a regolare per il futuro la remunerazione per i medici specializzandi, prevedendo la stipula di contratti di formazione lavoro (recanti i numeri C. 4859, S. 2589, S. 2500, S. 2400, C. 3687), altri invece, specifici per la «corresponsione di borse di studio ai medici specializzandi ammessi alle scuole di specializzazione dal 1983 al

1991 (numeri S. 933, C. 2242, C. 2466 e C. 2475). Di questi progetti quello in stato di più avanzata istruttoria è quello recante il numero S. 933 presentato il 6 dicembre 2001, che ha avuto già i pareri favorevoli da parte di alcune Commissioni – ultimo parere favorevole con osservazioni Commissione 12, Igiene e sanità, del 12 febbraio 2004).

Alla fine del 2003, sembrava che le norme contenute in uno di questi progetti potessero entrare nella finanziaria, ma alla fine ciò non è stato possibile.

Il nodo di fronte al quale le varie iniziative parlamentari si scontrano è certamente quello «economico» della mancanza di fondi disponibili, tenuto conto dell'altissimo numero di medici che si sono specializzati negli anni considerati (1983–1991).

*Avv. Vincenzo Rago*

**Tribunale Penale e Civile di Firenze, sezione seconda civile, sentenza 11 dicembre 2003, n. 3387** – G.U. P. Pompei – C.M.C. (Avv.ti C. Bulleri e V. Fidolini) c/ Università degli Studi di Pisa, Presidente del Consiglio dei Ministri (cont. 2775/02, Avv. dello Stato G.Cortigiani).

*Difetto di giurisdizione del G.O. in ordine alle domande di medici ex specializzandi (ante 1991) sia di corresponsione ora per allora della borsa di studio, sia di risarcimento del danno per tardivo recepimento della normativa comunitaria.*

«(omissis). È opportuno, ai fini della decisione della controversia, effettuare una sintetica ricognizione del quadro normativo e giurisprudenziale relativo alla complessa vicenda del diritto alla remunerazione per l'attività prestata dai medici nell'ambito dei corsi di specializzazione, organizzati dallo Stato italiano.

Come è noto, le scuole di specializzazione annesse alle facoltà di medicina e chirurgia delle Università, alle quali potevano accedere i medici – chirurghi già abilitati all'esercizio della professione, erano disciplinate in piena autonomia dai singoli statuti delle Università (d.P.R. 10 marzo 1982 n. 162).

La situazione veniva a mutare radicalmente, a seguito dell'emanazione della direttiva 75/362/CEE del 16 giugno 1975, relativa al reciproco riconoscimento, nei paesi membri dell'Unione europea, dei diplomi, certificati e altri titoli di medico, e contenente misure destinate ad agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di medico, e della direttiva 75/363/CEE del 16 giugno 1975, relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che disciplinano l'attività del medico – chirurgo nel territorio comunitario.

Direttive, come si vede, volte ad assicurare in Europa uniformità alla disciplina della professione del medico – chirurgo, uniformità resa necessaria dall'introduzione del principio di libera circolazione in ambito comunitario.

Una prima trasposizione nel diritto italiano delle direttive in questione veniva attuata con la legge 22 maggio 1978, n. 217, sul diritto di stabilimento e libera prestazione di servizi da parte dei medici cittadini di Stati membri della comunità europea, che riguardava sia i medici (generici), sia i medici specialisti.

Le due direttive innanzi ricordate subirono modifiche a seguito dell'emanazione della direttiva 82/1976/CEE, del 26 gennaio 1982, relativa alla formazione dei medici specialisti.

Nel nostro ordinamento, la formazione dei medici generici (formazione specifica in medicina generale) è stata poi disciplinata attraverso l'art. 5 della legge di delega 30 luglio 1990, n. 212, ed il D.Lvo 8 agosto 1991, n. 256, di attuazione della direttiva 86/457/CEE del 15 settembre 1986, con normativa che stabilisce i requisiti minimi del corso che il medico deve frequentare, assicurando la sua partecipazione alla totalità delle attività mediche proprie del servizio nel quale è acquisita la specializzazione, comprese le guardie, in modo che sia dedicata alla formazione pratica e teorica l'intera attività professionale, per la durata della normale settimana lavorativa, e per tutto l'anno secondo le modalità fissate dalle autorità competenti, e con conseguente previsione, in considerazione dell'impegno esclusivo richiesto, di una adeguata remunerazione, necessaria al sostentamento degli specializzandi.

La tendenza a privilegiare una formazione quanto più completa, obiettivo meglio perseguibile attraverso un impegno a tempo pieno, era evidenziata, nella normativa comunitaria, dalla residualità della previsione della formazione a tempo ridotto (nel preambolo della direttiva 82/76 è prevista la soppressione della formazione a tempo ridotto non conforme ai requisiti minimi indicati nella direttiva medesima, e l'art. 20 della direttiva 82/76/CEE, che sostituisce l'art. 3 della direttiva 75/363/CEE, afferma il principio della formazione a tempo pieno con possibilità che le autorità nazionali competenti, per singoli casi giustificati, autorizzino una formazione a tempo ridotto quando non sia realizzabile una formazione a tempo pieno), e dalla particolare attenzione prestata alla disciplina di quest'ultima, rivolta comunque ad assicurare che la durata totale e la qualità della formazione non fossero inferiori a quelle della formazione a tempo pieno, dalla quale la formazione a tempo ridotto si differenziava per la possibilità di limitare la partecipazione alle attività mediche ad una durata corrispondente quanto meno alla metà di quella prevista per il tempo pieno, ed in modo tale da salvaguardare un'identica qualità di specializzazione, con una remunerazione proporzionalmente ridotta.

Il rigore comunitario, era, come già osservato, finalizzato a conseguire una formazione seria, omogenea ed effettiva per le specializzazioni mediche che conseguono presso i diversi Stati membri, a tutela degli utenti di tutta la comunità, ed evidentemente correlato, come pure già osservato, al reciproco riconoscimento, in ciascuno degli Stati membri, dei diplomi, dei certificati e degli altri titoli di medico; ma non è estranea a detto rigore, a ben guardare, neppure l'esigenza di un trattamento paritario dei singoli medici, all'interno della Comunità.

La direttiva in questione si chiudeva (articoli 16 e 17) con la prescrizione, rivolta agli Stati membri destinatari, di adottare le misure necessarie per conformarsi alla direttiva stessa entro e non oltre il 31 dicembre 1982.

Lo Stato italiano rimaneva inadempiente ed era, pertanto, condannato dalla Corte di giustizia della Comunità europee, con sentenza del 7 luglio 1987 (causa 49/86).

Con detta pronuncia, si accertava che la Repubblica italiana non aveva adottato nel termine prescritto le disposizioni necessarie per conformarsi alla direttiva 82/76/CEE ed era venuta meno agli obblighi che su di essa incombevano in forza del Trattato istitutivo.

Il legislatore interveniva, pertanto, con il d.l.vo 8 agosto 1991, n. 257, istituendo una borsa di studio a favore dei medici specializzandi, da corrispondersi per tutta la durata del corso di formazione, determinata per l'anno 1991 in £. 21.500.000, importo da incrementarsi annualmente (a decorrere dal 10 gennaio 1992), in misura corrispondente al tasso programmato di inflazione sulla base di un decreto del Ministero della Sanità da emanarsi ogni tre anni.

La decorrenza del beneficio era fissata a partire dall'anno accademico 1991-92, con esclusione, pertanto, sia dei medici che avevano cominciato il corso di specializzazione dal 10 gennaio 1983 e conseguito il titolo prima del 1991, sia dei medici che nel 1991 ancora frequentavano il corso cominciato in anni precedenti.

Le direttive 75/362/CEE e 75/363/CEE, nonché la direttiva 82/76/CEE, sono poi state abrogate e sostituite dalla direttiva del Consiglio 93/16/CEE del 5 aprile 1993, volta a codificare ed a riunire in un testo unico, incorporante anche la direttiva 86/457/CEE del Consiglio del 15 settembre 1986, relativa alla formazione specifica in medicina generale, le disposizioni delle direttive sopra ricordate, nel frattempo ripetutamente modificate, ribadendosi, sempre, la necessità dell'adeguata remunerazione della formazione sia a tempo pieno, sia a tempo ridotto, dei medici specializzandi.

Successivamente, la giurisprudenza amministrativa riteneva la disposizione di cui all'art. 8, secondo comma, d.l.vo n. 257/1991, in contrasto con la direttiva 82/76/CEE e disapplicava la norma nella parte in cui escludeva dal doppio beneficio della retribuzione e dell'autonoma valutazione del titolo conseguito, con assegnazione di specifico punteggio da valere nelle procedure concorsuali, i medici ammessi alle scuole di specializzazione negli anni accademici anteriori al 1991/1992; si riteneva, infatti, l'immediata applicabilità delle disposizioni comunitarie, in quanto normativa del tutto «incondizionata», tale da non lasciare allo Stato margini di discrezionalità, e sufficientemente precisa, essendo il contenuto enunciato senza margini di certezza (sul punto, Corte Cost. n. 168/1991) e si rilevava la sussistenza dell'ulteriore presupposto della inadempienza dello Stato, una volta decorso inutilmente il termine previsto per dare attuazione alla direttiva (si veda, sul punto, la pronuncia 25 febbraio 1994, n. 279).

Anche la Corte di Giustizia delle Comunità europee, con le pronunce del 25 febbraio 1999 e 3 ottobre 2000 (C-131/1997 e C-371/1997), ha ritenuto che l'obbligo imposto dalla direttiva 82/76/CEE di retribuire i periodi di formazione relativi alle specializzazioni mediche deve essere inteso come condizionato e sufficientemente preciso, in relazione alle fattispecie in cui i requisiti prescritti per la formazione, a tempo pieno o ridotto, siano rigorosamente rispettati.

La Corte ha quindi statuito che l'obbligo, incondizionato e sufficientemente preciso, di retribuire in misura adeguata i medici specializzandi, riguarda sia i periodi di formazione a tempo pieno, che quelli a tempo ridotto (punto 2 dell'allegato sopra citato), che detto obbligo si impone unicamente per le specializzazioni mediche comuni a tutti gli Stati membri ovvero a due o più di essi, che siano in ogni caso menzionate negli articoli 5 e 7 della direttiva 75/362, che è compito del giudice nazionale accertare la sussistenza del detto presupposto, atteso che le direttive 75/362/CEE e 75/363/CEE elencano chiaramente, per le formazioni specializzate considerate, tanto le denominazioni in vigore negli Stati membri, quanto le autorità o gli enti competenti a rilasciare i diplomi, i certificati e gli altri titoli corrispondenti alle specializzazioni considerate, che, infine, l'obbligo incondizionato e sufficientemente preciso di retribuire in modo adeguato il medico che partecipa al corso di formazione sussiste solo se le condizioni di formazione a tempo pieno o ridotto prescritte dalla direttiva 82/1976/CEE siano rispettate rigorosamente dai medici in formazione.

La Corte ha, per contro, ritenuto che le disposizioni della normativa comunitaria non siano incondizionate, né sufficientemente precise nella parte in cui non contengono alcuna indicazione sull'istituzione che deve provvedere al pagamento dell'adeguata remunerazione, né con riferimento a ciò che debba essere inteso per «adeguata remunerazione», o riguardo al metodo di determinazione di tale remunerazione.

Si sottolinea, peraltro, nella pronuncia in questione, che tanto il giudice comunitario quanto il giudice nazionale sono tenuti, nell'applicazione di disposizioni di diritto nazionale precedenti o successive a una direttiva, ad un'interpretazione quanto più conforme alla lettera ed allo scopo della direttiva, precisandosi che, comunque, nel caso in cui il risultato nell'adeguata remunerazione non potesse essere conseguito attraverso un'interpretazione conforme alle direttive, il diritto comunitario imponeva alla Repubblica italiana di risarcire i danni causati, qualora fossero soddisfatte tre condizioni, e, cioè, che la norma violata attribuisse diritti soggettivi a favore dei singoli, il cui contenuto potesse essere agevolmente identificato, che la violazione fosse «sufficientemente grave», e che esistesse un nesso di causalità diretta tra la violazione dell'obbligo, ed il danno subito dai soggetti lesi.

La stessa Corte di giustizia, inoltre, suggerisce di dare applicazione retroattiva e completa alle misure di attuazione della direttiva 82/76/CEE, rimediandosi, così, alla tardiva attuazione, subordinatamente alla imprescindibile condizione che la «direttiva stessa, per questa parte, sia stata regolarmente recepita» (punto 53 della sentenza 25 febbraio 1999).

Da siffatte argomentazioni, discende l'affidamento al prudente apprezzamento del giudice nazionale della soluzione di applicare la normativa comunitaria anche nel periodo in cui sia mancata l'emanazione di forme specifiche da parte dello Stato italiano, disapplicando la normativa nazionale, e cioè, il decreto legislativo 257 del 1991, che prevede e disciplina, come detto, l'adeguata remunerazione solo per i medici iscritti successivamente all'anno accademico 1991-1992, prevedendo, peraltro, altresì un impegno diverso rispetto a quello precedentemente richiesto agli specializzandi e collegato all'obbligo di non svolgere alcuna attività professionale retribuita (giustificandosi, pertanto, una remunerazione necessaria al sostentamento per tutto il periodo di durata della specializzazione).

Occorre, ancora, per completare il quadro normativo implicato dalla decisione della controversia in questione, ricordare l'entrata in vigore della nuova disciplina in materia di libera circolazione dei medici e di reciproco riconoscimento dei loro diplomi, certificati e altri titoli, di cui al d.lvo 17 agosto 1999, n. 368 (relativa agli anni 1995-97), con cui viene data attuazione alla direttiva del Consiglio 93/16/CEE e alle sue modificazioni introdotte con le direttive 97/50/CE, 98/21/CE, 98/63/CE e 99/46/CE, prorogandosi quasi totalmente il d.lvo n. 256/1991 ed il d.lvo n. 257/1991, ed introducendosi una nuova regolamentazione della materia dei corsi di formazione (sia per i medici generici, che per i medici specialisti, trasformandosi il rapporto dello specializzando da fruitore di borsa di studio a quello di «medico in formazione specialistica» – artt. 38, 39 – legato alle amministrazioni universitarie

e regionali da uno specifico rapporto esclusivo che ha origine in un contratto di «formazione lavoro» – art. 37 –, come, d'altro lato, il titolo di specializzazione, da «attestato di formazione», diventa un vero e proprio «diploma di specializzazione»).

Infine, è da registrare l'intervento della legge 19 ottobre 1999, n. 370, che all'art. 11, prevede la corresponsione, per tutta la durata del corso, di una borsa di studio annua onnicomprensiva di lire 13.000.000, a favore dei medici ammessi alle scuole di specializzazione in medicina dall'anno accademico 1983-84 all'anno accademico 1990-91, che siano destinatari delle sentenze passate in giudicato del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio numero 601 del 1993 e numeri 279, 280, 281, 282 e 283 del 1994, subordinatamente all'accertamento da parte del Ministero dell'Università di determinate condizioni, tra le quali la circostanza che i beneficiari abbiano seguito il corso con impegno a tempo pieno e che, per tutta la sua durata, non abbiano svolto alcuna attività libero-professionale retribuita.

Infine, è da ricordare che l'orientamento maggioritario della Suprema Corte è nel senso di riconoscere la risarcibilità del danno subito dal privato in conseguenza della tardiva attuazione (nel 1991 anziché nel 1983), delle direttive sull'istituzione di corsi di specializzazione medica con previsione di adeguata remunerazione per i partecipanti (Cass. 9 aprile 2001, n. 5249; da ultimo, Cass. 16 maggio 2003, n. 7630); in senso contrario, con sentenza in data 1° aprile 2003, n. 4915, la Corte ha, invece, negato detta risarcibilità, sostenendo che dalle norme del diritto comunitario non possa derivare, all'ordinamento italiano, il diritto del singolo all'esercizio della funzione legislativa.

Costante, è, invece, l'orientamento della giurisprudenza comunitaria nel caso della responsabilità dello Stato per i danni derivanti ai singoli dalla violazione del diritto comunitario (Corte Giust. 19 novembre 1991, in cause riunite C/6/'90 e C/9/'90, c.d. caso «Franco-vich», Corte Giust. 5 marzo 1996, cause riunite C/46/'93 e C/48/'93).

Nell'ambito del descritto quadro normativo e giurisprudenziale, numerose sono le controversie introdotte dai medici che hanno iniziato la specializzazione negli anni precedenti al 1991, terminandola prima di detto anno, ovvero anche successivamente allo stesso, volte ad ottenere l'applicazione della disciplina dettata dal d.lvo n. 257/1991, ovvero il risarcimento del danno conseguente alla tardiva attuazione, da parte dello Stato italiano, della normativa comunitaria.

Tra dette cause si inserisce la controversia in questione, in relazione alla quale va, in primo luogo, verificata l'esistenza della giurisdizione del giudice ordinario.

Sul punto va osservato che la Suprema Corte, con sentenza delle Sezioni unite civili del 10 aprile 2002, n. 5125, ha ritenuto che nel sistema di riparto di giurisdizione anteriore alle innovazioni apportate dal d.lvo 31 marzo 8, n. 80, e successive modificazioni, l'azione di responsabilità nei confronti dello Stato, per tardivo riconoscimento di direttive comunitarie, entra nella giurisdizione del giudice ordinario.

In detta pronuncia, infatti, la Corte osserva che, applicandosi i principi pronunciati con la sentenza n. 500/'99 delle Sezioni Unite, con riferimento al regime previgente alle innovazioni del sistema di riparto della giurisdizione del giudice ordinario e giudice amministrativo apportate dal d.lvo n. 80/1998, e con la successiva legge n. 205/2000, deve ritenersi che l'azione di responsabilità nei confronti dello Stato per tardivo riconoscimento di direttive comunitarie correttamente sia proposta davanti al giudice ordinario, in quanto competente a conoscere delle questioni di diritto soggettivo, tale natura rivestendo il diritto al risarcimento del danno, che è diritto in sé distinto dalla posizione giuridica soggettiva la cui lesione è fonte di danno ingiusto, che può avere, indifferentemente, natura di diritto soggettivo, di interesse legittimo, nelle sue varie configurazioni, o di interesse comunque rilevante per l'ordinamento.

La stessa pronuncia, peraltro, esplicita la riserva relativa all'intervento, successivamente alla sentenza n. 500/1999, del d.lvo 31 marzo 1998, n. 80, e della successiva legge 21 luglio 2000, n. 205.

L'art. 33, d.lvo n. 80/'98, comma primo, ha attribuito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi, «ivi compresi quelli afferenti al credito, alla vigilanza sulle assicurazioni, al mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni, e ai servizi di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481», specificando poi, nel secondo comma, lett. f), che tra le controversie rientranti nella giurisdizione del giudice amministrativo rientrano «le attività e le prestazioni di ogni

genere, anche di natura patrimoniale, rese nell'espletamento di pubblici servizi, ivi comprese quelle rese nell'ambito del servizio sanitario nazionale, con esclusione dei rapporti individuali di utenza con soggetti privati, delle controversie meramente risarcitorie che riguardano il danno alla persona, e delle controversie in materia di invalidità».

Il primo comma dell'articolo in questione è poi stato dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte Costituzionale, con sentenza 17 luglio 2000, n. 292, per violazione dell'art. 76 Cost., in relazione all'art. 11, comma 4, lett. g), legge 15 marzo 1997, nella parte in cui istituisce una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di pubblici servizi, anziché limitarsi ad estendere in tale materia la giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno, in quanto l'art. 11, comma 4, lett. g) legge n. 59/1997 non consentiva l'ampliamento della giurisdizione esclusiva all'intero ambito della materia dei servizi pubblici.

Con la legge n. 204/2000 è stata quindi prevista, all'art. 7, la sostituzione del disposto dell'art. 33, dichiarato incostituzionale per eccesso di delega, stabilendosi nuovamente (peraltro con legge formale), la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo su tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli afferenti al credito, alla vigilanza sulle assicurazioni, al mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni, e ai servizi di cui alla legge n. 481/1995, specificandosi, nel secondo comma, lett. f), che tra le controversie rientranti nella giurisdizione del giudice amministrativo devono ricomprendersi «le attività e le prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell'espletamento di pubblici servizi, ivi comprese quelle rese nell'ambito del servizio sanitario nazionale, con esclusione dei rapporti individuali di utenza con soggetti privati, delle controversie meramente risarcitorie che riguardano il danno alla persona, e delle controversie in materia di invalidità».

Ciò premesso, ritiene questo giudice che la formazione del medico europeo vada qualificata come servizio pubblico, in quanto consistente in attività svolta dalla P.A. per fornire ai partecipanti un bagaglio professionale da utilizzare in qualsiasi Stato membro dell'Unione, garantendosi, tramite la disciplina di accesso ai corsi e delle modalità di svolgimento degli stessi, il raggiungimento di quelle finalità di adeguata ed uniforme preparazione dei medici appartenenti ad ogni singolo Stato, che intuiscono il presupposto per consentire la libera circolazione delle professionalità all'interno dell'Unione (in tal senso, anche T.A.R. Lazio 2 maggio 2002, n. 3824, e T.A.R. Lazio 27 novembre 2002, n. 19729).

D'altro canto, la stessa Suprema Corte ha ritenuto che il rapporto che si instaura tra gli specializzandi e le università nonché il Ministero dell'università e della ricerca scientifica non è qualificabile come rapporto di lavoro, e, in particolare, come rapporto di lavoro parasubordinato ai sensi dell'art. 409 n. 3 c.p.c., atteso che si traduce in prestazioni finalizzate soprattutto alla formazione teorica e pratica del medico specializzando e non a procacciare utilità alle strutture sanitarie nelle quali si svolge l'attività necessaria per tale formazione, di modo che la corresponsione di emolumenti allo specializzando è essenzialmente destinata a sopperire alle esigenze materiali dello stesso in relazione all'attuazione dell'impegno a tempo pieno per l'apprendimento e la formazione (Cass. 16 settembre 1995, n. 9789).

Deve, dunque, ritenersi, in base al disposto del citato art. 7, legge n. 204/2000, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, sia nell'ipotesi in cui sia questa la condanna delle Amministrazioni convenute al pagamento di somme quali emolumenti dovuti ritenendosi la diretta applicabilità della normativa comunitaria (anche se ciò, poi, nel merito, importerebbe il problema dell'immediata applicabilità di detta normativa, in quanto l'obbligo di remunerazione dalla stessa imposto non sarebbe, per quanto già osservato, condizionato e sufficientemente preciso; la Corte di Cassazione ha, di recente, con sentenza del 5 luglio 2000, n. 2626, riaffermato il principio secondo cui l'estensione della disciplina di cui al d.lvo 4 agosto 1991, n. 67, a tutti gli specializzandi ammessi negli anni precedenti richiede una specifica normativa, volta a disciplinare sia gli aspetti organizzativi, sia i conseguenti oneri finanziari), ovvero ritenendosi l'applicabilità della normativa di cui al d.lvo 8 agosto 1991, n. 256, disapplicata la parte in cui esclude dalla previsione coloro che abbiano iniziato la specializzazione in epoca precedente a quella stabilita dalla legge (nel qual caso, peraltro, e sempre nel merito, dovrebbe osservarsi che è difficile poter ritenere la possibilità di un'interpretazione della normativa interna in senso conforme a quella comunitaria, attesa

la previsione di specifiche modalità di formazione del medico, di cui si è ampiamente detto, e l'esplicita previsione del limite temporale per l'applicazione della normativa; d'altro canto, la applicazione della normativa interna riporterebbe la situazione di coloro i quali hanno iniziato la specializzazione anteriormente nel vuoto normativo, proponendo il problema della non diretta applicabilità della direttiva comunitaria, per l'assenza di un obbligo incondizionato e sufficientemente preciso di retribuzione), sia, infine, che si agisca per ottenere il risarcimento del danno per il ritardo dello Stato nell'attuazione della normativa comunitaria, trattandosi, in ogni caso, di controversia riguardante «attività e prestazioni, anche di natura patrimoniale, rese nell'espletamento di pubblici servizi».

Né può indurre a far ritenere diversamente la considerazione della natura di diritto soggettivo della pretesa azionata (meglio configurabile come tale peraltro, allorché si agisca per ottenere il risarcimento del danno), atteso che, dopo l'introduzione dei criteri di riparto della giurisdizione di cui al d.lvo n. 80/1998, la natura della posizione giuridica azionata non rileva a determinare l'attribuzione della controversia al giudice ordinario piuttosto al giudice amministrativo.

Nemmeno rileva in tal senso la giurisprudenza della Suprema Corte, richiamata nella discussione orale, di cui alla sentenza delle Sezioni Unite, 2 maggio 2003, n. 6719, che ha ritenuto sussistente la giurisdizione del giudice ordinario, in fattispecie pur attinente all'ambito dell'esercizio di pubblico servizio, in base alla considerazione che, nel caso sottoposto all'esame della Corte (azione volta a far valere la responsabilità della Consob per avere tenuto un comportamento negligente nell'esercizio dei propri obblighi di vigilanza prudenziale sul mercato mobiliare; la Corte non ha pronunciato sulla giurisdizione in relazione alla stessa domanda con riferimento alla posizione della Banca d'Italia, non avendo quest'ultima formulato istanza di regolamento preventivo, e ritenendo ancora, per quanto riguardava la posizione dello Stato italiano, che il comportamento allo stesso imputato non fosse riconducibile alla nozione di servizio pubblico, riferita alla vigilanza sul credito e sul mercato mobiliare), il risarcimento del danno non si presentava come mezzo di completamento della tutela, non vertendosi in ipotesi in cui l'utente attendeva dal titolare del servizio la soddisfazione di un suo interesse non realizzato, ma era l'unico mezzo di tutela che l'ordinamento offriva ai soggetti rimasti danneggiati per colpa del titolare del servizio, in occasione dell'esercizio dei poteri e dello svolgimento dell'attività in cui il pubblico servizio si esplicava, in modo tale che poteva ritenersi, nel caso di specie, l'esistenza di una controversia «meramente patrimoniale», sottratta, per il disposto dell'art. 33, legge n. 80/1998, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

A prescindere, infatti, dalla considerazione che non appare molto chiaro in che senso si configurino, secondo quanto ritenuto dalla Corte, situazioni in cui il risarcimento del danno sia l'«unica tutela accordata dall'ordinamento», a meno di voler fare riferimento ad una differenziazione rispetto all'ipotesi di danno «conseguenziale», ed a prescindere dal fatto che proprio la sentenza della Suprema Corte n. 500/1999 sottolinea che la tutela risarcitoria deve essere sganciata dal collegamento esclusivo a situazioni di diritto soggettivo ed interesse legittimo, sembra a chi scrive che tale espressione, contenuta, come già osservato, nell'art. 33, legge n. 80/'98, e succ. mod., non possa essere separata dall'ulteriore specificazione «che riguardano il danno alla persona e sulle controversie in materia di invalidità», come è reso evidente proprio dalla formulazione della norma; d'altro canto, il danno alla persona in genere attiene a situazioni difficilmente sostanzianti nella sola tutela risarcitoria, e l'accezione della norma sembra far riferimento piuttosto a situazioni che attengono a diritti assoluti della persona, come è reso evidente anche dal riferimento alle controversie «in materia di invalidità».

Comunque, ai fini che in questa sede interessano, non può non osservarsi come la fattispecie presa in esame dalla pronuncia delle Sezioni Unite si differenzi radicalmente da quella oggetto della presente decisione.

Invero, non può trascurarsi di considerare che la pronuncia delle Sezioni Unite si riferisce alla posizione di soggetti che sono lesi da un'attività svolta dal titolare del servizio pubblico, ma non si verte in ipotesi in cui l'utente pretendeva dal titolare del servizio la soddisfazione di un suo interesse non finalizzato (nel senso inteso nella pronuncia della Suprema Corte, e con le riserve manifestate sul significato di talune espressioni ricorrenti nella privazione di detta pronuncia), come è, invece, nel caso in esame.



Si è già osservato, infatti, come la situazione degli specializzandi sia più complessa, poiché l'opera dagli stessi prestata, in conseguenza della quale sorge l'interesse alla corresponsione degli emolumenti previsti dalla normativa europea, abbia importato il conseguimento di utilità per la Pubblica amministrazione, ma, anche, per gli specializzandi medesimi; comunque, il conseguimento di detta utilità (una completa formazione), è uno degli obiettivi perseguiti dall'amministrazione con l'organizzazione dell'attività formativa, in quanto necessario in relazione all'interesse pubblico sotteso all'espletamento dell'attività medica.

Infine, è anche il caso di osservare che non influisce su quanto ritenuto in punto di giurisdizione la circostanza che il legislatore abbia, con il d.lvo 17 agosto 1999, n. 368, in attuazione della direttiva 93/16/CEE in materia di libera circolazione dei medici e di reciproco riconoscimento dei loro diplomi, certificati ed altri titoli, configurato il rapporto intercorrente tra gli specializzandi e le Università come contrattuale, devolvendo all'AGO le relative controversie (art. 37, comma sette).

In tali ipotesi, infatti, vi è la vera e propria previsione di un rapporto contrattuale, e ciò già distingue, formalmente, la situazione degli specializzandi la cui formazione ricade nell'ambito temporale della disciplina legislativa, rispetto alle situazioni giuridiche per cui è causa.

D'altro canto, che l'attecchirsi del rapporto possa essere diverso a seconda della scelta legislativa, appare fuori di dubbio, considerata, anche, la diversità della normativa rispetto a quella di cui al d.lvo 8 agosto 1991, n. 256, che, invece, disciplinava il rapporto prevedendo la corresponsione degli emolumenti nella forma di borse di studio (si veda, sul punto, quanto ritenuto da Cass., Sez. Lav., 18 giugno 1998, n. 6089).

La diversa disciplina legislativa potrebbe, semmai, essere fonte di disparità di trattamento, ingenerando conseguentemente dubbi di legittimità istituzionale che, peraltro, non potrebbero atterrenere al profilo della giurisdizione, attesa la modifica della disciplina del procedimento davanti al giudice amministrativo, attuata con la legge n. 204/2000, ma al diverso profilo della diversità del trattamento sostanziale operato nei confronti degli specializzandi, in relazione al periodo di svolgimento dell'attività di specializzazione.

Deve, dunque, ritenersi il difetto di giurisdizione del giudice adito.

È appena il caso di osservare, atteso il ritenuto difetto di giurisdizione, che, comunque, nel merito, le pretese azionate sarebbero prescritte.

Deve infatti, ritenersi applicabile alla fattispecie il termine di prescrizione quinquennale, sia che si azioni la pretesa relativa alla corresponsione degli emolumenti, trattandosi di somme pagabili ad anno (od addirittura in termini più brevi), onde si renderebbe applicabile l'art. 2948, n. 4 c.c., sia ove si azioni, invece, il diritto al risarcimento del danno, disponendo, in tal senso, l'art. 2947, comma primo c.c.

Il termine di decorrenza della prescrizione deve essere individuato, per quanto riguarda la pretesa volta alla corresponsione degli emolumenti, al più tardi al momento in cui è terminata l'attività di specializzazione per ogni anno accademico, ovvero dalla data in cui esso diritto è stato sostanzialmente negato, e cioè con l'emanazione del d.lvo n. 257/91 (così anche T.A.R. Lazio 2 maggio 2002, n. 3824).

In quest'ultimo periodo, inoltre, si è consolidato il danno derivante dall'inadempimento dello Stato all'obbligo di attuare la normativa comunitaria, poiché in tale data lo Stato ha definitivamente reso inattuato l'obbligo, imposto da normativa comunitaria previgente, nei confronti degli specializzandi che avevano svolto l'attività anteriormente al termine previsto dalla normativa; in detta data, pertanto, deve fissarsi la decorrenza del termine iniziale di prescrizione del diritto al risarcimento del danno, termine che è, come si vede, in ogni caso successivo alla data di emanazione della direttiva comunitaria 82/1976 (in senso diverso, ed ancor meno favorevole, potrebbe argomentarsi che il termine previsto dalla normativa comunitaria, come sopra osservato, per l'adozione da parte dello Stato delle misure necessarie per conformarsi a detta normativa, era quello massimo del 31 dicembre 1982, e che con sentenza del 7 luglio 1987 della Corte di giustizia delle Comunità europee (causa 4986), si accertava, come pure già osservato, che la Repubblica italiana non aveva adottato nel termine prescritto le disposizioni necessarie per conformarsi alla direttiva 82/76/CEE ed era venuta meno agli obblighi che su di essa incombevano in forza del Trattato istitutivo, facendosi, pertanto, decorrere da tale data la prescrizione).

In ogni caso, deve osservarsi che, secondo la giurisprudenza comunitaria, il diritto comunitario non vieta ad uno Stato membro di opporre alle pretese dei singoli fondate sul

diritto comunitario, termini nazionali di decadenza o prescrizione, non solo assoggettabili ad un termine più favorevole, ma, anche, il cui decorso prescinda dalla considerazione del fatto che, alla data in cui la pretesa poteva essere fatta valere, la direttiva non era stata ancora correttamente attuata nell'ordinamento nazionale.

Detto principio è stato enunciato dalla Corte di Giustizia nel procedimento C-231/1996.

La Corte, investita della questione dal Tribunale di Genova con ordinanza del 18 giugno 1996, nell'ambito di un procedimento avente ad oggetto la richiesta di rimborso di una tassa di concessione governativa per l'iscrizione delle società nel registro delle imprese, ha affermato i seguenti principi: *a)* la circostanza che la Corte abbia pronunciato una sentenza pregiudiziale avente ad oggetto l'interpretazione di una disposizione di diritto comunitario senza limitare gli effetti nel tempo della detta sentenza non incide sul diritto di uno Stato membro di opporre alle azioni di ripetizione dei tributi riscossi in violazione del diritto comunitario un termine nazionale di decadenza; *b)* il diritto comunitario non vieta ad uno Stato membro di opporre alle azioni di ripetizione dei tributi riscossi in violazione del diritto comunitario un termine nazionale di decadenza triennale che deroga al regime ordinario dell'azione di ripetizione dell'indebitato tra privati, assoggettata ad un termine più favorevole, purché il detto termine di decadenza si applichi allo stesso nodo alle azioni di ripetizione di tali tributi fondate sul diritto comunitario e quelle fondate sul diritto interno; *c)* in circostanze come quella della causa principale, il diritto comunitario non vieta ad uno stato membro di opporre alle azioni di ripetizione di tributi riscossi in violazione di una direttiva un termine nazionale di decadenza che decorra dalla data del pagamento dei tributi di cui si tratta, anche se, a tale data, la direttiva non era stata ancora correttamente attuata nell'ordinamento nazionale.

Pertanto, anche a volere ritenere la giurisdizione di questo Giudice, la domanda comunque non potrebbe trovare accoglimento, stante l'intervenuta prescrizione.

Attesa la peculiarità e complessità delle questioni trattate, ricorrono giusti motivi per compensare tra le parti, in relazione alle posizioni contrastanti da loro assunte, le spese di lite.

*P. Q. M.* Il Tribunale di Firenze, definitivamente pronunciando, in nome del popolo italiano: dichiara il proprio difetto di giurisdizione; dichiara interamente compensate tra le parti le spese di lite».

## La pubblicazione per estratto della VIA: congruità della forma al raggiungimento dello scopo

(Consiglio di Stato, sezione sesta, sentenza 30 gennaio 2004 n. 316).

A pochi mesi di distanza dal diuturno *black out* elettrico nazionale, il Consiglio di Stato, con sentenza 316/2004, ha accolto il ricorso della V. E. S.p.a. e del Comune di Voghera, i quali, con separati appelli, chiedevano la riforma del provvedimento con il quale il T.A.R. Lombardia aveva annullato il decreto ministeriale di autorizzazione alla costruzione e all'esercizio della centrale di produzione dell'energia elettrica in Voghera, nonché il presupposto decreto di valutazione di impatto ambientale della medesima centrale e la deliberazione del Consiglio Comunale di Voghera di variante urbanistica relativa all'area interessata dalla centrale *de qua*.

Il Supremo Consesso ha accolto l'eccezione di irricevibilità per tardività del ricorso di primo grado proposto avverso il provvedimento dirigenziale di autorizzazione e la presupposta valutazione di impatto ambientale.

Tale eccezione fonda le proprie ragioni su una interpretazione non rigidamente formalistica dell'art. 14-ter, 10° com., legge 241/1990, che, stando alla lettera della norma, prescrive la pubblicazione del decreto di autorizzazione unitamente all'estratto della V.I.A. quale requisito formale richiesto per il verificarsi della presunzione di conoscenza e, quindi, per il decorrere dei termini di impugnazione dei suddetti provvedimenti.

Sul punto, la Sezione sesta del Consiglio di Stato, riformando la sentenza del giudice *a quo*, ha accolto le doglianze dei ricorrenti, applicando all'istituto della pubblicazione del provvedimento amministrativo, pur senza esplicita menzione, il principio generale di congruità della forma al raggiungimento dello scopo.

Nella circostanza, il decreto dirigenziale di autorizzazione alla costruzione della centrale è stato pubblicato senza l'estratto della V.I.A., separatamente e precedentemente pubblicata in integro. Ma ciò, pur contravvenendo alla prescrizione dell'art. 14-ter, 10° com., non ha impedito il prodursi degli effetti che l'ordinamento riconduce a ben specifiche formalità.

Il provvedimento di autorizzazione, nella specie, contiene gli elementi essenziali della valutazione di compatibilità ambientale, sicché, in tal caso, la pubblicazione dell'estratto dell'atto presupposto nulla avrebbe potuto aggiungere alla pubblicazione dell'atto finale.

In rapporto allo scopo voluto dalla norma, *id est* la conoscibilità dell'esistenza di un provvedimento di V.I.A., il Supremo Consesso ha statuito per l'idoneità del decreto di autorizzazione al raggiungimento di detto scopo, vale a dire la conoscibilità della sua lesività.

«Il Collegio rileva che l'elemento centrale richiesto dalla legge è la pubblicazione del provvedimento finale, unitamente ad un estratto dell'atto presupposto, pubblicazione quest'ultima dell'estratto che può considerarsi effettuata anche nel caso in cui il provvedimento finale contenga tutti gli elementi essenziali dell'atto presupposto, risolvendosi altrimenti la misura di pubblicità nell'espletamento di vuote formalità ...».

Il decreto di autorizzazione pubblicato realizza, quindi, gli elementi di fatto voluti dalla legge a fini di garanzia della conoscibilità dell'atto presupposto.

Nel merito, la questione principale è rappresentata dalla competenza ad adottare la V.I.A.

Il Consiglio di Stato, prendendo anche atto della situazione energetica italiana e dei più recenti conseguenti accadimenti, ed, in particolare, «del gravissimo *deficit* produttivo che ha concorso ai clamorosi *black out* verificatisi negli ultimi mesi», ha invertito il proprio precedente orientamento, che aveva statuito la competenza dirigenziale ad adottare l'atto conclusivo del procedimento di valutazione ambientale, cui rimane estranea la funzione di programmazione e di indirizzo tipica dell'azione dell'organo di governo.

Il *discrimen* tra atto politico e atto amministrativo e, quindi, tra competenza dell'organo politico e determinazione amministrativo-dirigenziale, alla luce del recente Testo unico sul lavoro alle dipendenze delle P.A. (D.lgs. 165/2001), risulta estremamente elastico e di improbabile tipizzazione casistica.

«L'introduzione del nuovo assetto organizzativo – basato sul principio di separatezza tra politica e gestione – nella concreta e variegata realtà della pubblica amministrazione, pone il problema della individuazione dell'organo competente in ordine a provvedimenti, non esplicitamente rientranti nel novero dei provvedimenti considerati dall'art. 4, 1° comma, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, ma aventi indubbi riflessi politici di carattere generale».

Il principio acclarato dal Consiglio di Stato nell'operazione ermeneutica della norma, sulla cui base il Supremo Consesso ha, nella circostanza, riconosciuto la competenza dell'organo politico all'adozione della V.I.A., risulta anch'esso di non facile cristallizzazione: il principio, con espressione del Collegio, ha «natura tendenziale», ed è volto alla sostanziale valutazione, nel singolo caso concreto, della «politicalità» dell'atto, *id est* «dell'ampiezza e della rilevanza degli interessi coinvolti, dell'ampia discrezionalità delle valutazioni da effettuare, dell'incidenza sociale degli interventi».

La V.I.A., nell'attuale statuizione del Supremo Consesso, può rappresentare uno «strumento di politica ambientale», rientrante in una generale attività di pianificazione e programmazione spettante all'organo politico, stante anche la complessità del procedimento e la sussistenza di interessi costituzionalmente protetti (all'ambiente e allo sviluppo compatibile) che rendono necessaria una valutazione politica.

*dott. Marco Fratini*

**Consiglio di Stato, sezione sesta, sentenza 30 gennaio 2004 n. 316** – Pres. M.E. Schinaia – Est. G. Montedoro – Comune di Voghera (Avv.ti G.F. Ferrari e L. Manzi) c/ Ministero per le attività produttive, Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio (cont. 125770/03, Avv. dello Stato C. Sica) ed altri.

«(omissis) 6. - L'eccezione di irricevibilità è in parte fondata per quanto si specificherà di seguito.

6.1. - Il problema posto dall'eccezione di irricevibilità avanzata dagli odierni appellanti è risolvibile solo previa delineazione delle coordinate dell'istituto della pubblicazione del provvedimento amministrativo.

6.2. - In materia di organizzazione e tutela della circolazione delle conoscenze è invalso il principio secondo cui, se un soggetto ha interesse a rispettare una situazione, sia per trarne un beneficio, sia per evitarne uno svantaggio, deve essere posto in grado di poter acquisire la conoscenza.

6.3. - La situazione oggettiva di conoscibilità di un fatto, nell'ambito del diritto pubblico è designabile con il termine pubblicità. La pubblicazione è uno dei mezzi di cui l'ordinamento si avvale per creare la situazione di conoscibilità di un fatto.

6.4. - Naturalmente la pubblicazione – che non è l'unica misura di conoscenza prevista dall'ordinamento – assume diversa rilevanza a seconda che sia preordinata alla conoscenza legale di atti normativi od amministrativi (assumendo nel primo caso maggiore rilievo il tassativo rispetto di tutte le operazioni legislativamente previste per portare una norma a conoscenza della generalità dei consociati mentre nel secondo caso, l'inserimento delle formalità predette nell'ambito del procedimento consentono di valutare le formalità in cui essa consiste secondo i principi generali in tema di procedimento amministrativo che consentono di fare riferimento, al fine di ritenere concretata la fattispecie, all'irrelevanza delle mere irregolarità).

6.5. - Va ricordato che nel valutare la pubblicazione non c'è rilevanza di alcun giudizio di *culpa-diligentia* nell'ambito delle valutazioni inerenti la concretizzazione di una fattispecie di pubblicazione, poiché l'ordinamento persegue i suoi fini con la semplice statuizione che determinate conseguenze si conseguono in seguito alla pubblicazione.

6.6. - La pubblicazione può essere – quanto all'oggetto – di atti o di informazioni di avvenute operazioni; la pubblicazione degli atti può essere integrale o parziale e quest'ultima può avvenire per sunto, per estratto o riguardare il solo titolo.

6.7. - Quanto alla forma, la pubblicazione deve manifestarsi nel modo prescritto dalla legge. La legge definisce il comportamento da tenere (pubblicazione orale ad esempio per banditore, scritta, attraverso l'inserzione in fogli o giornali ecc.), la durata della pubblicazione, il luogo della medesima.

6.8. - La pubblicazione, sotto il profilo formale, è un'operazione normalmente avente struttura procedimentale, trattandosi di un'attività diretta a creare uno stato materiale non una dichiarazione. Essa può riguardarsi come un procedimento, quando consista in una serie di atti e comportamenti materiali, ontologicamente e cronologicamente distinti, unificati dall'identica finalità costituita dal conseguimento dell'effetto della conoscenza legale. *Nella valutazione dei profili formali della fattispecie di pubblicazione di un atto amministrativo al fine di valutare se l'autore della pubblicazione ne ha integrato gli elementi richiesti dalla legge, non può di norma ricorrersi a giudizi di equipollenza delle forme, ma, stante la natura procedimentale delle operazioni di pubblicazione, può ammettersi che limitate irregolarità nelle operazioni, rispettose delle forme indicate, siano valutate non incidenti sul perfezionamento della fattispecie, ove, nel complesso, si siano realizzati gli elementi di fatto voluti dalla legge a fini di garanzia della conoscibilità dell'atto.*

6.9. - In particolare la società interessata ha prima pubblicato integralmente il decreto di valutazione di impatto ambientale, poi ha pubblicato integralmente il decreto di autorizzazione alla costruzione della centrale, mentre la legge (art. 14-ter della legge n. 241/1990) prevede che la pubblicazione del decreto di autorizzazione avvenga unitamente all'estratto della predetta V.I.A.

6.10. - Il decreto di autorizzazione, nel corpo del suo testo cita il decreto di V.I.A., chiarisce che si tratta di una pronuncia favorevole di compatibilità ambientale, ne riporta gli estremi (DEC/VIA/6906 dell'8 gennaio 2002), e ne fa proprie le prescrizioni (viste le

lettere del 22 gennaio 2002 e 23 gennaio 2002, rispettivamente della V. E. S.r.l. e della A.S.M. V. S.p.a. che, per gli aspetti di competenza, accettando le prescrizioni del decreto di pronuncia di compatibilità ambientale), chiudendosi anche con il rinvio a detto decreto per tutto quanto non disposto nei punti precedenti.

6.11. - È vero che è mancata una pubblicazione della V.I.A. separata e distinta, con specifico estratto, rispetto alla pubblicazione del decreto di autorizzazione, ma è indubbio che il tenore del provvedimento di autorizzazione, nella specie, ricalcava gli elementi essenziali della valutazione di compatibilità ambientale. Sicché in tal caso la pubblicazione dell'estratto dell'atto presupposto nulla avrebbe potuto aggiungere alla pubblicazione dell'atto finale.

6.12. - Va poi chiarito cosa debba intendersi per pubblicazione per estratto: in proposito il Consiglio Stato, sezione quarta, 3 dicembre 1992, n. 100 ha statuito che la pubblicazione per estratto di una deliberazione non è idonea a far decorrere il termine per l'impugnazione, qualora non contenga gli elementi essenziali della delibera, ai fini della conoscibilità della sua lesività.

6.13. - Ciò significa che la pubblicazione di un estratto del provvedimento presupposto è idonea a raggiungere lo scopo voluto dalla norma (che non è l'effettiva conoscenza, ma la conoscibilità della determinazione) se vengono esposti dell'atto presupposto gli elementi essenziali.

6.14. - Nella specie tale atto è stato menzionato, ne sono stati citati gli estremi, è stato esposto il suo contenuto dispositivo favorevole, e sono state espressamente riportate molte delle prescrizioni ivi contenute. In tale condizione la pubblicazione, distinta dal provvedimento di autorizzazione, dell'estratto del provvedimento di V.I.A., si appalesa un elemento non idoneo ad aggiungere alcuna utilità ulteriore al pubblico dei destinatari indeterminati della misura di pubblicità, poiché il contenuto legale dell'estratto sarebbe stato sostanzialmente riprodotto di quanto già riportato nel provvedimento finale.

6.15. - La sentenza del giudice di primo grado si incentra sulla rilevanza della mancanza della specifica formalità richiesta dalla legge della pubblicazione separata e distinta, unitamente al provvedimento finale di autorizzazione, dell'estratto della predetta V.I.A. senza valutare la peculiare situazione, ritenendo irrilevante che il provvedimento riportasse le prescrizioni della V.I.A. poiché non sarebbe stato comprensibile che le prescrizioni impartite fossero il risultato della valutazione di impatto ambientale.

6.16. - Ma il Collegio rileva che l'elemento centrale richiesto dalla legge è la pubblicazione del provvedimento finale, unitamente ad un estratto dell'atto presupposto, pubblicazione quest'ultima dell'estratto che può considerarsi effettuata anche nel caso in cui il provvedimento finale contenga tutti gli elementi essenziali dell'atto presupposto, risolvendosi altrimenti la misura di pubblicità nell'espletamento di «vuote formalità», quali la mancata distinzione, nell'ambito degli stessi dati comunque offerti al pubblico e sottoposti alla misura di pubblicità, fra una parte degli stessi soggetta a pubblicazione integrale ed altra parte soggetta a pubblicazione per estratto (*omissis*).

7. - Nel merito la Sezione osserva comunque che gli appelli proposti da V. E. S.r.l. e dal Comune di Voghera sono fondati.

7.1. - In ordine alla principale questione, relativa alla competenza ad adottare la V.I.A., ritiene la Sezione che ben possa affermarsi che la competenza spetta all'organo politico, nel caso in cui l'opera sia una centrale termoelettrica.

7.2. - Di tutta evidenza è la rilevanza dell'interesse pubblico e generale all'incremento della produzione elettrica del paese, è nota la situazione energetica in Italia, ed, in particolare, il gravissimo *deficit* produttivo che ha concorso ai clamorosi *black outs* verificatisi negli ultimi mesi.

7.3. - Non si tratta di situazioni sporadiche come giustamente sottolineato dalla difesa di V. E. - Gestore della Rete di Trasporto Nazionale e Governo sono concordi nel prevedere che il *deficit* energetico nazionale crescerà nei prossimi anni e che le centrali in costruzione potrebbero non essere sufficienti a fronteggiare la situazione.

7.4. - In tale quadro l'interesse pubblico alla produzione energetica è sicuramente qualificabile come interesse pubblico di natura primaria, strettamente legato allo sviluppo economico e sociale del Paese.

7.5. - La realizzazione della centrale in Voghera non può essere quindi considerato un problema di rilevanza meramente locale, ma va considerato nell'ottica dei bisogni di approvvigionamento energetico nazionale e deve essere riguardato a livello complessivo.

7.6. - Orbene il giudizio sui presupposti ambientali e sulle necessità energetiche nazionali impone una ponderazione complessa che coinvolge profili tecnici e profili di vera e propria opportunità che ben possono farsi rientrare nell'ambito dei poteri di indirizzo politico amministrativo, eccedendo la mera attività gestionale.

7.7. - L'introduzione del nuovo assetto organizzativo – basato sul principio di separazione fra politica e gestione – nella concreta e variegata realtà della pubblica amministrazione, pone il problema dell'individuazione dell'organo competente in ordine a provvedimenti, non esplicitamente rientranti nel novero dei provvedimenti considerati dall'art. 4 comma 1 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, ma aventi indubbi riflessi politici di carattere generale.

7.8. - Va rilevato che l'elencazione degli atti di indirizzo politico effettuata dall'art. 4 comma 1 del t.u. sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze della p.a. non è tassativa, ma esemplificativa di atti amministrativi aventi rilievo politico e quindi demandati agli organi di Governo.

7.9. - Ne consegue un principio aperto ed elastico, di natura tendenziale, di generale attribuzione delle competenze amministrative ai dirigenti, dovendo valutarsi tuttavia le funzioni devolute ai dirigenti come funzioni che non si possono allargare all'adozione di atti amministrativi aventi oggettivi e fondamentali tratti di politicità desumibili dall'ampiezza e dalla rilevanza degli interessi coinvolti, dall'ampia discrezionalità delle valutazioni da effettuare, dall'incidenza sociale degli interventi.

7.10. - La V.I.A. può (non necessariamente deve) essere uno strumento di politica ambientale, quando con essa, al di là dell'aspetto tecnico, si valuta a fini ambientali la localizzazione di progetti di importanti opere pubbliche e si coopera in sostanza ad un'attività di pianificazione e programmazione che è sicuramente spettante all'organo politico. Va anche sottolineato che il procedimento è complesso; esso si snoda attraverso l'istruttoria tecnica, l'inchiesta pubblica, la fase decisoria, con necessità di mediazione fra interessi complessi, degli enti locali e dell'amministrazione centrale, con conferenze di servizi e penetranti poteri del Consiglio dei Ministri, circostanze queste che fanno concludere per la sussistenza di interessi costituzionalmente protetti (all'ambiente ed allo sviluppo compatibile) di fondamentale importanza, che rendono necessaria una valutazione politica.

7.11. - Non ignora la Sezione l'esistenza di un proprio precedente contrario: per Consiglio di Stato, sezione sesta, 23 ottobre 2001, n. 5590 il potere esercitato in sede di valutazione di impatto ambientale ha natura marcatamente tecnico-discrezionale, per cui, pur volendo ammettere, infatti, che possano permanere funzioni le quali (ancorché oggettivamente amministrative) continuino ad essere sottratte alla dirigenza, ciò certamente non può dirsi per la V.I.A. che, in concreto, deve essere compiuta, per ciò che concerne un determinato intervento, alla quale resta estranea la funzione di programmazione e di indirizzo e che deve essere esercitata secondo criteri e modalità predeterminati da leggi, regolamenti ed atti generali, ovvero determinazioni regionali; legittimamente, pertanto, il procedimento di valutazione impatto ambientale si conclude con una determinazione dirigenziale.

Ma tale precedente era relativo a V.I.A. regionale ossia a valutazione di opera di minore importanza rispetto all'opera di costruzione di una centrale elettrica (*omissis*)».

## Il controllo sulle concentrazioni: questioni processuali e di sostanza

(Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sezione prima, 20 febbraio 2004 n. 1631)

La pregevole decisione del T.A.R. Lazio condivide con puntuale motivazione l'organica ricostruzione, in sede difensiva, degli elementi della complessa vicenda (1), dimostrativa della logicità e ragionevolezza delle valutazioni espresse dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, con provvedimento di solido impianto, nell'ambito della sua specifica ed esclusiva

---

(1) Il caso, interessante specificamente il settore assicurativo ed i rapporti tra imprese assicuratrici e banche, concerne un'articolata operazione – acquisto da parte di S.A.I. del 29% del capitale di Fondiaria con successiva fusione per incorporazione di quest'ultima nella prima – oggetto di comunicazioni all'Autorità garante della concorrenza e del mercato. L'Autorità ha dichiarato il non luogo a provvedere sull'operazione come notificata, ritenendo che questa si configurasse in modo diverso da quanto prospettato dalle due anzidette società e, in ragione del ravvisato acquisto di un controllo congiunto da parte di Mediobanca (ritenuta altresì controllante di fatto di Generali) e di Premafin (controllante di S.A.I.) su Fondiaria, ha contestualmente avviato d'ufficio un'istruttoria nei confronti di Premafin, Mediobanca, S.A.I. e Fondiaria per la valutazione della relativa concentrazione. Mediobanca ha impugnato l'atto di avvio di tale istruttoria e, successivamente, ha notificato motivi aggiunti per censurare il provvedimento conclusivo del procedimento. Con questo l'Autorità - ritenuto che l'operazione conducesse alla costituzione di un nuovo aggregato di assoluto rilievo nella quasi generalità dei mercati dell'assicurazione danni (in particolare per i rami i cui mercati hanno dimensione esclusivamente nazionale, di prevalente domanda di copertura di piccoli rischi, rappresentanti oltre il 90% dell'intera raccolta premi del settore danni, ma anche nei mercati assicurativi per i rischi catastrofali, di dimensione sovranazionale) in grado di sfruttare i vantaggi derivanti dalla possibilità di offrire l'intera gamma di prodotti con un ampio numero di marchi noti ed affermati – ha autorizzato l'operazione da lei accertata ponendo come condizione determinate misure sino al permanere, a giudizio dell'Autorità medesima, del controllo di Mediobanca su Fondiaria-Sai (1- non aumento, in misura eccedente il 2,43%, della quota dei diritti di voto di Fondiaria-S.A.I. nelle assemblee ordinarie di Generali complessivamente detenuti a qualunque titolo; 2- non partecipazione di Fondiaria.S.A.I., neppure ai fini della regolare costituzione dell'assemblea, alle assemblee ordinarie di Generali per l'intera partecipazione del 2,43 % del capitale ordinario; 3- astensione da parte di Mediobanca dall'esercizio del diritto di voto nelle assemblee ordinarie di Generali relativamente ad una propria partecipazione del 2% nonché dall'espressione di voti nelle stesse assemblee in virtù di delega conferita da altri soggetti). Nel successivo provvedimento con il quale, a seguito di mutamenti sopravvenuti in senso «deconcentrativo», sono state revocate le anzidette misure, l'Autorità ha espresso alcune considerazioni di sintesi: «Le problematiche emerse nell'analisi dell'operazione di concentrazione Fondiaria Sai e della successiva evoluzione pongono in evidenza talune caratteristiche del sistema finanziario italiano sicuramente rilevanti sotto il profilo antitrust. La presenza di partecipazioni di minoranza spesso incrociate, in cui Mediobanca assume un ruolo centrale; la condivisione di membri negli organi sociali anche di imprese concorrenti; il duplice ruolo di alcune tra le principali banche italiane, che da un lato si pongono come finanziatori e dall'altro come azionisti delle imprese finanziate, costituiscono tutti elementi in grado di incidere profondamente sulla contendibilità delle imprese, isolandole da un contesto concorrenziale ed alterando gli incentivi per le stesse alla ricerca dell'efficienza produttiva. Quando tali legami interessano imprese presenti sullo stesso mercato, come avviene nel settore assicurativo, la concorrenza può risultare falsata.»



competenza (2). La decisione reca nel contempo una serie di affermazioni di grande interesse in termini di principio (solo alcune delle quali confermate di precedenti arresti), sia concernenti il procedimento sia attinenti all'esperienza attuativa della disciplina comunitaria della materia, costantemente richiamata a supporto degli apprezzamenti espressi sui molteplici aspetti della vicenda venuti in rilievo per le censure prospettate dalla ricorrente.

Possono segnalarsi, in particolare, le precisazioni circa:

a) l'inammissibilità dell'impugnativa avverso l'atto di avvio del procedimento; (3)

b) l'ammissibilità di «motivi aggiunti» concernenti atto sopravvenuto, pur nel caso di ricorso originario inammissibile (4);

c) la non computabilità, ai fini della verifica della dimensione comunitaria di un'operazione di concentrazione, dei fatturati relativi a società che le imprese direttamente interessate neghino di controllare, con conseguente competenza dell'Autorità nazionale e non della Commissione europea per la

---

(2) Ha formato oggetto di analisi, per stabilirne il reale significato e l'esatta portata nello specifico contesto in esame, una copiosa serie di documenti acquisiti dall'Autorità in sede ispettiva.

(3) Si veda sul punto la chiara sentenza della Corte di giustizia 11 novembre 1981 in causa 60/81 - IBM/COMMISSIONE, che ha dichiarato irricevibile un ricorso proposto dall'IBM per l'annullamento dell'atto della Commissione con il quale era stato avviato un procedimento in materia di concorrenza ed era stata notificata all'impresa una contestazione degli addebiti, sul presupposto che tale atto non rispettasse le esigenze minime per gli atti di questo tipo, non consentisse di difendersi per i vizi inficianti la contestazione e per l'insufficienza del termine, con radicale asserito vizio sin dall'origine del procedimento amministrativo anche sotto il profilo della competenza. Ha osservato la Corte che la non impugnabilità dell'atto di avvio del procedimento, che non ha effetto sospensivo né incide in alcun modo sulla posizione giuridica dell'impresa interessata, non preclude la piena tutela giurisdizionale di questa nel momento dell'impugnazione del provvedimento decisivo, nel cui ambito potranno essere fatti valere tutti gli eventuali vizi del procedimento.

(4) La sentenza richiama i precedenti di T.A.R. Toscana, sez. I, 879/02 e T.A.R. Campania, sez. II, 1071/02. A quanto sembra, secondo il T.A.R. Lazio, a seguito della legge 205/2000, nel caso di ricorso inammissibile, risulterebbero inammissibili solo i motivi aggiunti concernenti nuove o più puntuali censure dell'atto (o degli atti) oggetto dell'originaria irrituale impugnazione; sarebbero invece ammissibili motivi aggiunti concernenti censure rivolte ad atto diverso e sopravvenuto, in quanto in tal caso i motivi aggiunti sarebbero dotati di «autonomia sostanziale», come «espressione di un autonomo diritto di azione», e possederebbero «l'intima natura di un autonomo atto introduttivo di giudizio» pur non essendone rivestiti delle sembianze formali. Essi, in particolare, darebbero vita ad «un nuovo rapporto processuale e non ad uno svolgimento interno al rapporto già in essere», veicolando «un'autonoma azione impugnatoria» ricollegata «all'autonomia lesività del provvedimento sopravvenuto». Il che sarebbe giustificato, nella ricostruzione del T.A.R., dal dover investire l'accertamento istituzionalmente devoluto al giudice, ben più che l'isolato dato della legittimità formale di un singolo provvedimento, il grado di fondatezza delle aspettative e delle correlative pretese che costituiscono la materia del singolo rapporto di diritto amministrativo. Siffatte enunciazioni non sembrano peraltro pienamente condivisibili, tenuto conto delle ragioni sostanziali che possono giustificare il *simultaneus processus* e che debbono ritenersi alla base della previsione legislativa di cui al novellato comma 1 dell'art. 21 della legge 1034/1971. Sul piano formale «l'autonomia dell'azione» postula inoltre la necessità di un nuovo «mandato *ad litem*».

Ciò, in particolare, al di là della specifica fattispecie, con riguardo ai ricorsi in sede di giurisdizione generale di legittimità.

valutazione di una concentrazione concernente imprese il cui fatturato complessivo superi la soglia comunitaria solo includendovi il fatturato di una società il cui controllo di fatto da parte di un'impresa direttamente interessata, pur prospettato dall'Autorità, non sia pacifico né di facile accertamento; (5)

d) la necessità di una lettura coordinata ed organica del complesso indiziario raccolto nel procedimento, i cui elementi non possono soppesarsi in modo decontestualizzato;

e) la non necessità, perché sia configurabile una comunanza di interessi tra due soggetti rilevante ai fini dell'acquisizione del controllo congiunto di un'impresa, di un'assoluta convergenza di scopo, ben potendo essere differenti le finalità che rispettivamente fondano l'interesse all'acquisizione da parte dei diversi soggetti;

---

(5) Tali esplicite affermazioni rappresentano il *quid novi* di maggior rilievo. Esse si ricollegano alle indicazioni emergenti dalla Comunicazione sul calcolo del fatturato 98/C 66/04 e conseguono ad una verifica della prassi applicativa dell'art. 5.4 del Regolamento Concentrazioni n. 4064 del Consiglio da parte della Commissione (sia antecedente che successiva alla Comunicazione anzidetta) per rilevare la compatibilità ovvero la contraddizione con essa della contestata determinazione di propria competenza assunta nella specie dall'Autorità nazionale. Si sono quindi analizzate le concrete situazioni ed i presupposti effettivi della competenza comunitaria riconosciuta relativamente a casi in cui nel calcolo complessivo del fatturato apparivano compresi quelli delle imprese controllate di fatto dalle imprese direttamente interessate alle operazioni da valutare. Si era premesso in linea di diritto, in opposizione alle argomentazioni della ricorrente, che, se è vero che l'art. 3 del regolamento concentrazioni detta la nozione di controllo ai fini dell'applicazione del «presente regolamento», è tuttavia da rilevare che l'art. 5.4, inerente alle modalità di calcolo del fatturato *complessivo* finalizzato esclusivamente alla determinazione dell'Autorità competente secondo il criterio di cui all'art. 1, per individuare le imprese da considerare nel gruppo dell'impresa interessata non fa richiamo all'art. 3 né, direttamente e in termini generali, alla nozione di controllo e dunque all'esistenza di un rapporto di «controllo» o «controllante/controlata» tra imprese. L'art. 5.4, infatti, indica e definisce direttamente, in modo specifico ed autonomo, *senza richiami e qualificazioni*, le situazioni che ritiene rilevanti ai fini della ricompressione del fatturato di talune imprese nel calcolo anzidetto. In particolare, ai fini della determinazione della competenza si vuole misurare la forza economica delle imprese rispecchiata dal loro fatturato globale *indipendentemente dal fatto che l'operazione incida o meno sui settori inclusi nel calcolo*. Il fatto che non vada calcolato solo il fatturato del settore interessato dall'operazione (elemento, quest'ultimo, interessante invece il merito delle valutazioni spettanti all'Autorità «competente») costituisce la miglior riprova della distinzione dei criteri da adottare per l'individuazione immediata della competenza e, rispettivamente, per l'accertamento valutativo di merito. In altri termini, le soglie di fatturato di cui agli artt. 1 e 5 del Regolamento concentrazioni sono destinate a stabilire la competenza e non servono a valutare le quote di mercato o l'impatto su di questo dell'operazione. Loro scopo è quello di fornire un meccanismo semplice ed obiettivo, di agevole applicazione, facilmente utilizzabile dalle società partecipanti ad una concentrazione ed al tempo stesso rispondente ad esigenze di certezza. Per tale ragione sono puramente quantitative e basate sul fatturato globale delle imprese. Ovvio quindi che, ai fini in discorso, non possano computarsi fatturati relativi a società che le imprese direttamente interessate escludano che facciano parte del loro gruppo. In tal caso, infatti, per superare la prospettazione delle imprese interessate dovrebbe procedersi ad una valutazione *preventiva*, peraltro assolutamente inconfigurabile sia perché l'esatta ricostruzione dei gruppi attiene sostanzialmente e propriamente all'ambito degli apprezzamenti di merito sull'operazione (riguardando un aspetto importante per cogliere il rilievo di questa sul mercato) sia perché non si dispone di poteri istruttori prima dell'apertura del procedimento. Al di là di ogni questione in ordine alla distinzione tra *diritto* a gestire gli affari dell'impresa e potere *de facto* di ingerenza, ai fini dell'individuazione delle imprese da considerare ai fini del calcolo

f) la possibilità di asimmetrie tra imprese madri detentrici di un controllo congiunto, anche (eccezionalmente) con voto preponderante di una di esse (in astratto già di controllo) esercitabile peraltro solo dopo un momento di confronto con l'altra; (6)

g) il valore indiziante di un concerto nell'acquisto di partecipazioni in ordine all'esistenza di interessi comuni delle imprese acquirenti, interessi a loro volta rivelatori di una possibile esistenza di controllo congiunto da parte delle imprese medesime; (7)

h) il valore indiziante di preesistenti rapporti tra azionisti (finanziari, economici, personali) in ordine ad una comunanza di interessi, a sua volta indicativa di un possibile controllo congiunto; (8)

---

del fatturato tra quelle che hanno legami diretti o indiretti con le imprese direttamente interessate, è stata comunque valorizzata la circostanza che nei precedenti esaminati, quali richiamati dalla ricorrente, per il calcolo del fatturato ai fini della determinazione della competenza non si era posto il problema di considerare o meno la rilevanza di un controllo di fatto che non fosse pacifico; né, comunque, un controllo di fatto contestato era mai risultato rilevante. In particolare:

- in alcuni casi erano state le stesse imprese, in sede di notifica dell'operazione, ad indicare di far parte di un gruppo del quale indicavano il fatturato complessivo; tali il caso *Ifil/Alpitour* nonché il caso *Arjo Wiggins/Arjo Bex* (nel quale, tra l'altro, il fatturato di Fiat era addirittura irrilevante perché il solo fatturato della Toro Assicurazioni, controllata dalla capogruppo GAC, era ben superiore a quello soglia dell'epoca);

- in alcuni casi la stessa Autorità aveva già precedentemente accertato con proprio provvedimento (non annullato) l'esistenza di un controllo esclusivo; tali i casi *Hopa*, rispetto ai quali era già intervenuto il provvedimento C3966 del giugno 2000, che aveva accertato il controllo esclusivo di *Bell* (controllata da *Hopa*) su *Olivetti* (con conseguente considerazione, nelle successive pronunce coinvolgenti *Hopa*, del fatturato Olivetti e relativa controllata Telecom). Estranei alla problematica accennata erano poi i casi in cui era stata accertata l'esistenza di un'unica entità economica senza alcun vincolo di controllo tra i diversi soggetti che la costituivano (situazione molto diversa da quella in discussione), nella quale non erano stati neppure applicati i criteri dell'art. 5.4 del regolamento concentrazioni; tali il caso *Deloitte & Touche/Andersen UK* nonché il caso *Snai servizi-San Siro/Trenno*. Ciò ha consentito al T.A.R. di convenire motivatamente: sul carattere autoreferenziale delle previsioni dell'art. 5.4 del Regolamento concentrazioni, fondate su elementi di immediata ed agevole rilevanza integranti nozione di controllo sicuramente più ristretta di quella definita dall'art. 3; sulla necessità, derivante dalla funzione stessa della norma, che gli elementi considerati nell'art. 5.4 assumano rilievo in quanto di esistenza *a priori* manifesta o pacifica tra le parti; sull'inaccettabilità della prospettazione di una competenza in materia di carattere provvisorio e destinata a risolversi nel caso in cui, in sede di merito, si pervenisse all'accertamento di elementi ulteriori prima incerti o contrastati e configurati solo a titolo ipotetico.

(6) La Comunicazione della Commissione sulla nozione di concentrazione 98/C 66/02 espressamente considera che all'interno di un controllo congiunto uno dei controllanti possa avere anche un ruolo ridotto o addirittura inesistente nella gestione quotidiana dell'impresa ove la sua presenza sia motivata e si faccia pesare con prevalenza per considerazioni finanziarie, di strategia a lungo termine, di politica generale e che vi possa essere controllo congiunto anche in presenza di un voto preponderante se questo può essere espresso solo dopo fasi di arbitrato, tentativi di riconciliazione o in ambito molto limitato (punti 36 e 37). Nella specie il rapporto *Premafin/Mediobanca* in relazione alla nuova entità Fondiaria – Sai viene ricostruito come ipotesi di codipendenza di una società dal socio di partecipazione maggioritaria e da altro socio in grado rispetto al primo – che pur non ne è economicamente dipendente – di esercitare un certo condizionamento in ragione di rapporti finanziari.

(7) In tal senso v. Comunicazione 98/C 66/02, citata, punti 32, 33.

(8) V. nota precedente.

*i)* la non implicazione, nell'obbligo di valutare le memorie presentate dalle parti nel procedimento, della necessità di analitica motivazione e confutazione in merito ad ogni argomento da esse utilizzato; (9)

*l)* il rilievo che, se è prassi comune alla vigilia di una fusione di società che vi siano contatti tra i soci per una definizione delle regole di *corporate governance* della nuova entità ampiamente condivise, esorbitano tuttavia dalle modalità tipicamente proprie di tali contatti (per assumere valore indiziario di una finalità di gestione comune) quelle volte a definire anche i nominativi dei componenti dei nuovi organi, addirittura se presi in considerazione, promiscuamente, in rappresentanza di specifici soci;

*m)* la possibilità di ritenere, in relazione all'esercizio di «un'influenza significativa» da parte dell'azionista di riferimento su di un'impresa, titolare di diritti di voto in una società (i cui effettivi assetti sono oggetto di indagine), che la stessa impresa sia «particolarmente propensa» a seguire il proprio azionista di riferimento nell'esercizio del voto e che quindi i voti di entrambi possano essere sommati tra di loro ai fini della verifica della maggioranza assembleare nella società *sub iudice*; (10)

*n)* la valutabilità di qualsiasi significativo fattore che possa concorrere con la partecipazione azionaria in una società per integrare, unitamente a tale partecipazione, una «influenza significativa nella società stessa»; (11)

*o)* la possibilità che il controllo esclusivo di un'impresa possa essere acquisito anche attraverso una partecipazione di minoranza qualificata; il che va verificato in base ad analisi degli elementi di natura giuridica o fattuale che connotano la fattispecie; (12)

*p)* i limiti dell'obbligo di motivazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e la non necessità di una motivazione specifica e rigorosa in caso di scostamento dalle considerazioni espresse nel parere (non vincolante) reso dall'Autorità di settore, ove queste non riguardino la disciplina specifica e le caratteristiche proprie del settore interessato ma

(9) Con specifico riferimento al procedimento antitrust v. Cons. Stato, sez. VI, 2199/02.

(10) Ciò nell'applicazione del test di analisi delle serie storiche delle assemblee, per la verifica delle presenze nelle assemblee in un apprezzabile arco temporale, da cui può dedursi l'esistenza di una stabile maggioranza di voti.

(11) Nella decisione 28 agosto 2001, M/2532 Fiat/Italenergia/Montedison, la Commissione ha affermato il principio in base al quale, ai fini dell'individuazione degli effettivi assetti di controllo di una società, devono essere prese in considerazione una serie di circostanze (patti parasociali, *partnership* industriali, rapporti di partecipazione etc.) in presenza delle quali deve ritenersi che una società partecipata sia particolarmente propensa a seguire il proprio azionista di riferimento nell'esercizio del voto. Al riguardo il T.A.R. ha riconosciuto il carattere meramente esemplificativo degli elementi indicati nella decisione citata ed ha quindi ritenuto ragionevole ritenere un'elevata propensione di Fondiaria ad uniformarsi alle decisioni di voto di Mediobanca in ragione del fatto che Mediobanca era secondo azionista di Fondiaria ed azionista di maggioranza di Montedison, prima azionista di Fondiaria, e che Fondiaria, a sua volta, era azionista e parte del patto di sindacato di Mediobanca.

(12) V. Comunicazione 98/C 66/02; in particolare il punto 14 che considera, *esemplificativamente*, il caso che le azioni rimanenti siano disperse tra una moltitudine di proprietari.

concernano l'interpretazione della disciplina *antitrust* (in particolare, i presupposti tipici dell'applicazione della normativa in materia) inerente al *proprium* della competenza esclusiva dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. (13)

*Avv. Giorgio D'Amato*

**Tribunale Regionale Amministrativo del Lazio, sezione prima, 20 febbraio 2004, n. 1631** – Pres. A. Savo Amodio – Rel. N. Gaviano – Mediobanca-Banca di Credito Finanziario S.p.a. (Avv.ti G. Scoca e P. Fattori) c/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (cont.144876/02, Avv. dello Stato G. D'Amato).

1. – *Non è suscettibile di autonomo gravame l'atto di avvio dell'istruttoria ai sensi dell'art. 16, comma 4, della legge n. 287/1990. Tale atto esprime solo un punto di vista iniziale, tutto da verificare attraverso il contraddittorio procedimentale, e le imprese che ne sono destinatarie possono risentire dall'azione dell'Autorità Garante un pregiudizio giuridicamente apprezzabile solo allorché, al termine della medesima istruttoria, la stessa Autorità adotti le proprie determinazioni finali (vietando la concentrazione, ovvero autorizzandola con misure riduttive del suo impatto sul mercato).*

2. – *Quando, dunque, i motivi aggiunti veicolino un'autonoma azione impugnatoria, quale è quella che si ricollega all'autonoma lesività del provvedimento sopravvenuto, la loro indipendenza sostanziale e pari dignità rispetto al ricorso iniziale postula che essi non possano risentire dell'inammissibilità di quest'ultimo.*

3. – *Ai fini del riparto di competenza tra Autorità nazionale di vigilanza e Commissione europea, un accertamento solo postumo dell'esistenza di uno degli elementi indicati dall'art. 5.4 del Regolamento CEE n. 4064/1989 ma originariamente occulto e tutto da verificare, non reagisce su una competenza ormai già radicata all'inizio del procedimento.*

4. – *L'obbligo della Pubblica Amministrazione di valutare le memorie presentate dalle parti del procedimento, contemplato dall'art. 10 della legge n. 241 del 1990, non comporta un obbligo di analitica motivazione e confutazione in merito ad ogni argomento utilizzato dalle parti stesse.*

5. – *Ai fini degli accertamenti devoluti all'Autorità garante per la concorrenza e per il mercato è indispensabile che si proceda ad una valutazione che tenga conto del contesto complessivo di risultanze in cui essa si colloca. Il soppesamento parcellizzato del valore probatorio dei singoli indizi decontestualizzati cede il passo alla lettura unitaria e all'apprezzamento organico della valenza propria del complesso indiziario raccolto.*

6. – *L'interesse comune rilevante ai fini dell'acquisizione del controllo congiunto di un'impresa non implica assoluta convergenza di scopo tra i due acquirenti, ma la semplice volontà di realizzare l'operazione anche se con finalità diverse. In tale contesto è possibile ammettere, senza cadere in contraddizione logica, che ciascuna società continui a curarsi della più efficace tutela dei propri interessi individuali non regolati dagli accordi intersocietari.*

7. – *L'esercizio di un'influenza significativa su di un'impresa, titolare di diritti di voto in una società, consente di affermare che la stessa impresa sia particolarmente propensa a seguire il proprio azionista di riferimento nell'esercizio del voto, e che quindi i voti di entrambi possano essere sommati tra loro ai fini della verifica della maggioranza assembleare.*

8. – *Allorché l'Autorità garante per la concorrenza e per il mercato si discosta da precedenti valutazioni dell'ISVAP non ha necessità di poggiare su una motivazione particolarmente rigorosa allorché le questioni oggetto di divergenza non riguardano la disciplina specifica e le caratteristiche proprie del settore assicurativo interessato ma concernono l'interpretazione della disciplina antitrust, e segnatamente i consueti presupposti dell'applicazione delle norme di tale materia di competenza specifica ed esclusiva dell'Autorità.*

---

(13) Per una tale distinzione in ordine al carattere della motivazione v. già citata Cons. Stato, sez. VI, 2199/02.

«Fatto e diritto. In data 30 maggio 2002 la SAI S.p.a. e la Fondiaria S.p.a. deliberavano di procedere alla loro fusione. Il 6 agosto dello stesso anno le dette società comunicavano all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato l'operazione che le riguardava, e che avrebbe permesso alla SAI di acquisire il controllo su Fondiaria: l'operazione consisteva, in sostanza, nell'acquisto da parte della prima del 29,97% del capitale della seconda, e nella successiva fusione per incorporazione di quest'ultima nella SAI.

L'Autorità Garante, avviata l'istruttoria di propria competenza ai sensi dell'art. 16, comma 4, della legge n. 287 del 1990 al fine di accertare se l'operazione potesse dare luogo ad una posizione dominante contraria all'ordinamento, con deliberazione del successivo 10 ottobre del 2002, ritenendo che la concentrazione, per come si profilava in base agli elementi assunti, diversamente da quanto avevano prospettato le parti consistesse nell'acquisto del controllo congiunto da parte di Mediobanca — Banca di Credito Finanziario S.p.a. ("Mediobanca") e Premafin s.p.a. su Fondiaria - SAI (e ritenendo, altresì, che Mediobanca esercitasse anche un controllo di fatto su Generali), dichiarava il non luogo a provvedere in relazione all'operazione come originariamente notificata, e l'avvio dell'istruttoria nei confronti delle società Premafin, Mediobanca, SAI e Fondiaria in relazione alla diversa operazione emersa.

Avverso tale provvedimento Mediobanca notificava l'atto introduttivo del presente giudizio, che veniva affidato a censure di legittimità (*omissis*).

Unitamente alla domanda di annullamento del provvedimento impugnato la ricorrente spiegava una richiesta di condanna dell'Autorità al risarcimento dei danni ingiusti conseguentemente ad essa arrecati.

Nel frattempo l'Autorità Garante, il 17 dicembre 2002, perveniva alla chiusura dell'istruttoria avviata con il suo precedente atto del 10 ottobre nei confronti delle società succitate, ed autorizzava l'operazione accertata — diversa da quella segnalata — a condizione che le parti dessero attuazione a determinate misure (prescritte sul fondamento dell'art. 6, comma 2, della legge n. 287/1990):

a) che, con riferimento alla partecipazione di Fondiaria-S.A.I. in Generali, le parti non effettuassero alcuna operazione per effetto della quale la quota dei diritti di voto complessivamente detenuti nelle assemblee ordinarie di Generali avrebbe ecceduto il 2,43% del suo capitale ordinario complessivo;

b) che Fondiaria-S.A.I. non partecipasse alle assemblee ordinarie di Generali per l'intera partecipazione detenuta;

c) che Mediobanca si astenesse dall'esercitare il diritto di voto nelle assemblee ordinarie di Generali relativamente ad una propria partecipazione del 2%.

Contro questo nuovo provvedimento Mediobanca deduceva motivi aggiunti di ricorso, notificati il 16 gennaio 2003 e depositati il successivo giorno 22.

I nuovi mezzi venivano articolati secondo le seguenti rubriche: (*omissis*).

Si costituiva in giudizio in resistenza all'impugnativa l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per il tramite dell'Avvocatura Generale dello Stato, la quale eccepiva l'inammissibilità dell'originario ricorso, siccome proposto contro un atto preliminare non immediatamente lesivo, e la conseguente inammissibilità dei successivi motivi aggiunti, dei quali deduceva in subordine l'infondatezza; la difesa erariale concludeva, infine, per l'inammissibilità e comunque l'infondatezza della pretesa risarcitoria di Mediobanca.

L'inammissibilità dell'originario gravame veniva eccepita anche dalla società intimata The Liverpool Limited Partnership, parimenti costituita in resistenza all'impugnazione.

La ricorrente con successive note del 23 e 29 ottobre 2003 insisteva sulle proprie censure, puntualizzando che le vicende di riassetto societario sopraggiunte in corso di causa non avevano intaccato il suo interesse ad ottenerne la trattazione.

Alla pubblica udienza del 29 ottobre 2003 la causa veniva trattenuta in decisione.

Osserva il Tribunale che mentre il ricorso, come originariamente introdotto, deve essere dichiarato inammissibile, i motivi aggiunti vanno respinti per la loro infondatezza.

1. — Oggetto dell'atto di impugnativa notificato in data 3 dicembre 2002 era un provvedimento disponente l'avvio di un'istruttoria ai sensi dell'art. 16 comma 4 della legge n. 287/1990, e quindi un semplice atto preparatorio e preliminare.

È noto, peraltro, che ai fini dell'ammissibilità di un ricorso giurisdizionale amministrativo occorre, in base al principio generale espresso dall'art. 100 del cod. proc. civ., che la

sua proposizione sia sorretta da un corrispondente interesse ad agire. È necessario, pertanto, che il ricorrente denunci una lesione concreta ed attuale, e richieda al giudice adito l'adozione di una pronuncia suscettibile di arrecargli una utilità che possa ovviare alla lesione stessa.

Nella costante attuazione che la giurisprudenza fa di questi pacifici principi, si suole ravvisare la possibilità della richiesta concreta lesione soltanto in presenza di un provvedimento amministrativo che sia immediatamente e praticamente efficace. Si esclude, dunque, l'interesse ad impugnare (oltre che gli atti non ancora emanati) gli atti preparatori ed infra-procedimentali o comunque meramente prodromici, per l'ovvia ragione che gli stessi, essendo improduttivi di effetti esterni, non sono idonei ad incidere concretamente nella sfera giuridica degli amministrati, e che la concreta lesione di un interesse potrà scaturire unicamente dal provvedimento conclusivo della sequenza procedimentale (si vedano, a puro titolo esemplificativo: C.G.A., n. 103 del 2 giugno 1988; IV, n. 60 del 26 febbraio 1985 e n. 715 del 26 giugno 1980; VI, n. 345 del 7 luglio 1982; V, n. 101 del 5 febbraio 1976).

Degli atti interni al procedimento, di conseguenza, si nega l'autonoma impugnabilità. La lesione degli interessi in giuoco potrà verificarsi, eventualmente, solo attraverso l'adozione dell'atto conclusivo del procedimento, contro il quale dovrà essere pertanto rivolta l'impugnativa giurisdizionale, salva la possibilità, in tale occasione, di impugnare congiuntamente anche l'atto preparatorio viziato.

Facendo applicazione di questi consolidati principi alla sequenza procedimentale prevista dalla disciplina vigente in materia di concentrazioni, è agevole ricavare l'insuscettibilità di autonomo gravame dell'atto di avvio dell'istruttoria ai sensi dell'art. 16, comma 4, della legge n. 287/1990. Tale atto esprime solo un punto di vista iniziale, tutto da verificare attraverso il contraddittorio procedimentale, e le imprese che ne sono destinatarie possono risentire dall'azione dell'Autorità Garante un pregiudizio giuridicamente apprezzabile solo allorché, al termine della medesima istruttoria, la stessa Autorità adotti le proprie determinazioni finali (vietando la concentrazione, ovvero autorizzandola con misure riduttive del suo impatto sul mercato).

Né l'ammissibilità dell'originario atto di ricorso in epigrafe potrebbe essere recuperata richiamando la tematica dell'arresto del procedimento, e rammentando la circostanza che con il provvedimento del 10 ottobre 2002 l'Autorità aveva, innanzi tutto, dichiarato il non luogo a provvedere in relazione all'operazione che le era stata inizialmente notificata. Questo versante di incidenza effettuale del provvedimento potrebbe essere invocato, in tesi, dalle società che erano parti del procedimento per come inizialmente lo stesso era stato avviato mediante la comunicazione della concentrazione, vale a dire da S.A.I. e Fondiaria: la stessa possibilità sicuramente non spetta, però, ad una società che rispetto al tratto iniziale del procedimento era solo terza, quale Mediobanca, nei cui riguardi la deliberazione del 10 ottobre 2002 valeva quindi effettivamente solo, sotto ogni profilo, quale mero atto preliminare e preparatorio.

Per quanto detto, il ricorso originariamente introdotto deve soggiacere alla preannunciata declaratoria di inammissibilità.

2. – Da questa considerazione non può trarsi, però, la conseguenza, sostenuta dalla difesa erariale, che anche i motivi aggiunti dedotti contro l'atto conclusivo del procedimento sarebbero di riflesso inammissibili.

2a. – Nella memoria dell'Avvocatura Generale dello Stato si osserva che, data l'inammissibilità del gravame introduttivo, non si vede come il presente giudizio potrebbe avere corso ulteriore, e quindi – nell'ambito del processo così illegittimamente instaurato – come il giudice potrebbe scendere all'esame del merito dei motivi successivamente svolti dalla ricorrente, sia pure in relazione ad un atto sopravvenuto.

Ad avviso della resistente difesa, invero, la legge n. 205/2000, con l'introdurre l'esperibilità dei motivi aggiunti avverso gli atti sopravvenuti connessi al provvedimento inizialmente gravato, se ha avuto di mira degli obiettivi di economia e concentrazione processuale, non per questo, però, ha messo a disposizione degli interessati una possibilità di rimediare all'inammissibilità dei loro ricorsi. Avverso l'atto conclusivo del procedimento Mediobanca avrebbe dovuto proporre, pertanto, un ricorso autonomo, immune dai vizi inficianti la sua prima impugnativa: e non avendo ottemperato a questo onere dovrebbe sottostare alle relative conseguenze.

2b. – Il Tribunale non condivide questa prospettazione.

È indubbiamente noto che la tradizione dottrinarica e giurisprudenziale fa discendere dal valore inautonomo e dipendente dei motivi aggiunti il corollario che le loro sorti sono destinate a seguire le vicende processuali del ricorso principale, nel senso che quando questo è inammissibile, rinunciato o perento la relativa condizione si estende ai motivi aggiunti.

Altrettanto noto è, però, che la legge n. 205 del 2000, modificando l'art. 21 della legge n. 1034/1971, ha previsto in termini generali che "*Tutti i provvedimenti adottati in pendenza del ricorso tra le stesse parti, connessi all'oggetto del ricorso stesso, sono impugnati mediante proposizione di motivi aggiunti*". E questo Tribunale ha avuto già modo di considerare (sentenza n. 398 del 16 gennaio 2002) che questa innovazione, che ha permesso di far confluire all'interno del giudizio tutti gli atti connessi al suo "oggetto", non va vista soltanto come uno strumento di economia processuale, poiché la sua portata impone in primis di rivedere la tradizionale identificazione senza residui dell'oggetto del giudizio amministrativo con il singolo provvedimento impugnato.

Il presupposto logico che ha reso possibile l'estensione dell'impugnativa ai provvedimenti sopravvenuti mediante la proposizione di semplici motivi aggiunti all'interno del giudizio già pendente risiede in ciò, che il legislatore del 2000 ha rimodellato l'oggetto del processo amministrativo intorno alla pretesa sostanziale fatta valere dal ricorrente (in tal senso v. già C.G.A., n. 61 del 26 febbraio 1987 e n. 343 del 4 novembre 1995, con un cospicuo orientamento dottrinale). Dal che si è pervenuti a concludere che il processo amministrativo risulta con ciò impostato, ormai, come giudizio sulla pretesa sostanziale del ricorrente, nel quale l'accertamento istituzionalmente devoluto al Giudice deve quindi investire, ben più che l'isolato dato della legittimità formale di un singolo provvedimento, il grado di fondatezza delle aspettative e delle correlative pretese che costituiscono la materia del singolo rapporto di diritto amministrativo.

Messo in risalto lo spessore innovativo della recente riforma, va detto che i motivi aggiunti avversanti l'atto sopravvenuto connesso resi possibili dalla legge n. 205/2000 sono dotati, diversamente da quelli conosciuti dalla tradizione, di autonomia sostanziale, in quanto costituiscono espressione di un autonomo diritto di azione (v. T.A.R. Toscana, I, n. 879 del 29 aprile 2002). Essi, pur non essendo rivestiti delle sembianze formali dell'autonomo atto introduttivo di giudizio, possiedono di questo l'intima natura (v. T.A.R. Campania, Napoli, II, n. 1071 del 26 febbraio 2002; così anche C.d.S., VI, n. 5813 del 22 ottobre 2002, che osserva che "ove i motivi aggiunti avverso atti diversi siano ritualmente notificati, gli stessi non differiscono da un atto di ricorso"), e, soprattutto, danno vita ad un nuovo rapporto processuale, e non ad un mero svolgimento interno al rapporto già in essere.

Pur essendo rimasta ferma la tradizionale connotazione impugnatoria che è propria di tutti gli atti di gravame nell'ambito della giurisdizione amministrativa generale di legittimità non si giustificherebbe più, quindi, il riconoscimento di alcuna forma di *vis adtractiva* del ricorso iniziale sui motivi aggiunti appartenenti alla tipologia in discussione, l'uno e gli altri presentandosi, invece, quali veicoli pariorinati di accesso al giudizio a disposizione del rapporto controverso nella dinamica del suo progressivo svilupparsi. Quando, dunque, i motivi aggiunti veicolino un'autonoma azione impugnatoria, quale è quella che si ricollega all'autonomia lesività del provvedimento sopravvenuto, la loro indipendenza sostanziale e pari dignità rispetto al ricorso iniziale postula che essi non possano risentire dell'inammissibilità di quest'ultimo (su questa conclusione v. già T.A.R. Toscana e T.A.R. Campania *citt.*).

2c. – Per le ragioni che si sono appena viste l'inammissibilità del primitivo ricorso di Mediobanca non è in grado di riverberarsi sui suoi motivi aggiunti. Naturalmente, però, essa inficia tutte le censure che sono state introdotte con il primo ricorso, e comporta perciò che le doglianze originarie non riproposte avverso l'atto conclusivo del procedimento sono insuscettibili di disamina nel merito (non potendo essere convertite *ope judicis* in motivi contro l'atto finale posteriormente emesso).

3. – Non resta, allora, che passare senza indugio all'esame dei motivi aggiunti.

3a. – Con il primo di tali motivi viene eccepita l'incompetenza dell'Autorità a conoscere dell'operazione di concentrazione (configurata secondo la ricostruzione dalla stessa datane), in quanto questa avrebbe assunto una dimensione comunitaria ai sensi del regolamento CEE n. 4064/1989, e per conseguenza avrebbe potuto essere esaminata solo dalla Commissione europea.



L'Autorità ha ritenuto – come si vedrà meglio più avanti – che Mediobanca controllasse di fatto Generali già prima della concentrazione tra S.A.I. e Fondiaria. Di qui, ad avviso della ricorrente, la necessità logica di tenere conto, nel computo diretto a verificare la dimensione comunitaria dell'operazione, anche del fatturato di Generali: e poiché questa Compagnia realizzava più di due terzi del proprio fatturato all'estero, ciò comportava il superamento delle soglie previste dall'art. 1.2 del predetto Regolamento.

In altre parole, la ricorrente lamenta che l'Autorità, pur muovendo dal punto fermo dell'asserito controllo di Mediobanca su Generali, ed includendo a tutti gli effetti quest'ultima nella propria valutazione dei profili concorrenziali dell'operazione, abbia ritenuto di poter escludere il suo fatturato dal calcolo rilevante ai fini del raggiungimento delle soglie comunitarie.

A sostegno della critica negli scritti di Mediobanca si puntualizza: che quella della dimensione comunitaria di un'operazione di concentrazione dovrebbe essere ritenuta una nozione oggettiva; che la sua ricorrenza comporta la soggezione della fattispecie al predetto regolamento CEE; che l'applicazione di tale fonte, all'interno del vigente quadro di netta ripartizione delle competenze tra la Commissione europea e le autorità nazionali, è riservata alla competenza esclusiva della prima, e non può perciò essere oggetto di intervento da parte delle seconde.

Da ciò, in prima approssimazione, la censura di incompetenza.

3b. – L'Autorità non mostra di dubitare, nel proprio provvedimento finale, che la considerazione del fatturato di Generali all'interno del c.d. gruppo Mediobanca avrebbe determinato il superamento della soglia di cui all'art. 1 del Regolamento, e di riflesso la dimensione comunitaria dell'operazione (par. n. 52). Il punto può quindi essere reputato pacifico.

L'Autorità, tuttavia, ha negato che il suddetto fatturato potesse essere incluso nel computo del quale si tratta: ed è su questa base che ha ritenuto la propria competenza. Ai fini di causa dovrà verificarsi, dunque, la legittimità della sua mancata inclusione nel conteggio più volte detto.

3c. – L'Autorità ha fondato la propria determinazione sul convincimento che, a mente dell'art. 5.4 del Regolamento, non sempre il fatturato delle imprese sottoposte al controllo di altri operatori sarebbe computabile ai fini della verifica circa il superamento delle soglie comunitarie.

Avuto riguardo anche alla Comunicazione della Commissione sul calcolo del fatturato a norma dello stesso Regolamento, l'Autorità ha ritenuto che il criterio rilevante per l'accertamento del controllo ai fini del calcolo, *ex art. 5.4 cit.*, del fatturato connotante una concentrazione, sia diverso e più ristretto di quello previsto per accertare la sussistenza di un controllo su un'impresa ai sensi dell'art. 3.3 del medesimo Regolamento. Ai fini del primo articolo citato verrebbe in rilievo solo la sussistenza in capo all'impresa controllante di una delle situazioni di diritto espressamente previste dalla norma: nella fattispecie, è stato notato, però, che *“alcuna di tali situazioni si è verificata, essendo piuttosto emerso un controllo di fatto di Mediobanca su Generali – sempre negato dalle parti – sulla base di una pluralità di elementi fattuali, tra l'altro non forniti dalle parti ma acquisiti nel corso della procedura”*. Ed è per tale ragione che è stato escluso che il fatturato di Generali fosse valutabile.

3d. – Avverso questo ragionamento Mediobanca svolge molteplici critiche.

Essa deduce, innanzi tutto, che dall'andamento del procedimento emergerebbe che l'Autorità, che aveva sempre nutrito e manifestato dubbi sulla propria competenza, l'avrebbe ritenuta, strumentalmente, solo quando era apparso che la Commissione, investita del caso, non aveva intenzione di intervenire.

Appare peraltro evidente che considerazioni siffatte, al di là di una loro ipotetica plausibilità sul terreno empirico, non sono in grado di assumere rilievo all'interno di uno scrutinio di legittimità inteso alla verifica di un vizio, quale quello di incompetenza, che richiede semplicemente di accertare se l'adozione del singolo provvedimento *sub iudice* rientri, o meno, nella sfera di potere assegnato dall'ordinamento all'organo che ha agito. Mentre in caso negativo, infatti, nessun argomento potrebbe valere a sottrarre il provvedimento all'invalidazione consequenziale all'accertamento dell'incompetenza, nell'eventualità opposta risulterebbe recessiva ogni illazione circa la genesi ed i fini reconditi di un'interpretazione giuridica dimostratasi, alla prova dei fatti, corretta.

3e. – Secondo Mediobanca, inoltre, l'interpretazione dell'Autorità sarebbe errata, nonché (diversamente da quanto si legge nel suo provvedimento) in contrasto con la casistica comunitaria e pregiudizievole per la certezza del diritto.

Si legge nei motivi aggiunti che la tesi che il fatturato delle imprese soggette ad un controllo di fatto non sarebbe rilevante per il calcolo del fatturato del gruppo *ex art. 5.4* Regolamento (norma che darebbe rilievo solo alle situazioni di controllo c.d. di diritto) contrasterebbe con l'intero *corpus* del diritto comunitario della concorrenza, all'interno del quale controllo di fatto e di diritto costituirebbero nozioni equivalenti. Posto che la finalità dell'articolo citato è quella di misurare la forza economica delle imprese interessate alla concentrazione, quale si esprime attraverso i relativi fatturati, il non prendere nella fattispecie in considerazione quello di Generali significherebbe recepire una visione distorta e riduttiva della realtà economica dell'operazione (che la stessa Autorità individua nella creazione di un nuovo aggregato imprenditoriale comprendente Generali, S.A.I. e Fondiaria).

Una simile illogica interpretazione, sempre secondo la ricorrente, non troverebbe, inoltre, alcun conforto nella formulazione testuale dell'art. 5.4 del Regolamento (che non introdurrebbe alcuna distinzione fra controllo di diritto e controllo di fatto, e perciò non escluderebbe punto le imprese soggette a controllo di solo fatto dal computo in discorso), e nemmeno nella Comunicazione della Commissione sul calcolo del fatturato – tra l'altro, una mera comunicazione interpretativa, e non una fonte di diritto –, la quale sarebbe stata richiamata dal provvedimento impugnato in modo parziale (e si limiterebbe ad esplicitare l'“ovvio principio” che l'accertamento dell'acquisizione del controllo di un'impresa, che si fonda su di un esame *ex ante* al fine di determinare anche la sola possibilità di esercitare un'influenza dominante, è di regola più complesso dell'accertamento dell'esistenza di un gruppo ai fini della verifica delle relative soglie di fatturato, mentre la Comunicazione in nessun modo affermerebbe che, qualora sia accertata una situazione di controllo di fatto, il fatturato dell'impresa così controllata non debba essere incluso nel computo ai sensi dello stesso art. 5.4).

La prassi della Commissione sarebbe poi univoca nel senso di tenere conto, nel calcolo del fatturato ai fini dell'accertamento della dimensione comunitaria di un'operazione, anche di quello proprio delle imprese controllate *de facto* attraverso una quota minoritaria di capitale sociale (decisioni IFIL/Alpitour del 7 settembre 2000 e Deloitte & Touche/Andersen del 1° luglio 2002). E successivamente alla Comunicazione già detta, lungi dall'essersi formata la “più recente prassi” innovativa cui allude il provvedimento in epigrafe – senza menzionarne esempi –, sarebbe proseguita la precedente (cui si conformerebbe la stessa pratica interpretativa della legge n. 287/1990 seguita dalla resistente Autorità, pur'essa contraria ad ignorare, nel calcolo del fatturato rilevante ai fini del rapportarsi delle singole fattispecie alle soglie dimensionali fissate dalla legge nazionale, quello relativo a società legate da nessi di controllo solo di fatto).

L'interpretazione dell'Autorità, infine, determinerebbe gravi conseguenze sistematiche sul controllo delle concentrazioni, in quanto farebbe dipendere l'applicazione del Regolamento comunitario, piuttosto che dalle reali dimensioni oggettive della singola operazione, dalla mera circostanza che il controllo preesistente ad essa sia – o meno – di facile dimostrazione.

3f. – Conclude la ricorrente che, anche a volere ipoteticamente seguire l'Autorità nei suoi passaggi argomentativi fin qui esposti, la ricostruzione dei rapporti tra Mediobanca e Generali cui essa è approdata condurrebbe comunque, all'esito, a riconoscere la dimensione comunitaria dell'operazione.

Viene sottolineato, infatti, che la stessa Autorità ha desunto il controllo della ricorrente su Generali proprio sulla scorta di due dei criteri espressamente previsti dall'art. 5.4 del Regolamento (segnatamente, quelli mettenti capo al potere di esercitare più della metà dei diritti di voto in assemblea, e al potere di designare la maggioranza dei membri degli organi sociali dell'impresa). Ora, se, come ritiene l'Autorità, Mediobanca dispone nei confronti di Generali dei poteri corrispondenti a tali criteri, non si vede come si possa nello stesso tempo negare che nella fattispecie i criteri di cui all'art. 5.4 risultino integrati. Sicché, conclude Mediobanca, una volta che l'Autorità abbia accertato la sussistenza delle situazioni espressamente prese in considerazione dal suddetto articolo, essa non potrebbe non tenerne conto anche ai fini del calcolo del fatturato.

3g. – I rilievi esposti non possono essere accolti.

Osserva il Tribunale, innanzi tutto, che non è indispensabile diffondersi sugli elementi differenziali esistenti tra le previsioni degli artt. 3.3 e 5.4 del Regolamento. Mediobanca ha infatti dichiarato nelle sue ultime note di udienza di essere perfettamente consapevole della diversità di ambito di applicazione, *ratio* e valenza sistematica delle due disposizioni, e di non avere mai inteso negare che, mentre la prima ha riguardo alla nozione di controllo recepita per la definizione stessa di un'operazione di concentrazione, la seconda si riferisce invece alle forme di controllo rilevanti ai fini del calcolo del fatturato.

Le due norme hanno, dunque, una diversa funzione: l'art. 3.3 è diretto a fornire una definizione la più ampia possibile – della nozione di concentrazione, laddove l'art. 5.4 ha la specifica finalità di concorrere all'identificazione delle imprese il cui fatturato debba essere computato ai fini del raffronto della singola operazione con le soglie di fatturato poste dall'art. 1 dello stesso Regolamento.

Per approfondire il senso di questa seconda operazione appaiono utili, per quanto non innovative, le affermazioni della Comunicazione della Commissione più volte citata di cui appresso.

*“4. Le soglie in quanto tali sono destinate a stabilire la competenza e non servono né a valutare la posizione di mercato delle parti in causa nella concentrazione né l'impatto dell'operazione. L'articolo 1 del Regolamento fissa le soglie da utilizzare per determinare la dimensione comunitaria della concentrazione, mentre l'art. 5 illustra le modalità di calcolo del fatturato.*

*5. Le soglie specificate all'articolo 1 del Regolamento sono puramente quantitative, si basano cioè unicamente sul fatturato anziché sulla quota di mercato o altri criteri, perché il loro obiettivo è quello di fornire un meccanismo semplice e obiettivo, facilmente utilizzabile dalle società partecipanti ad una concentrazione per accertare se la loro transazione sia di dimensione comunitaria, e dunque soggetta a notifica.”*

Ora, sia la peculiarità della funzione perseguita attraverso l'art. 5.4, rispetto all'art. 3.3, sia il fatto del fungere, il primo, da leva di un meccanismo operativo concepito per essere semplice, obiettivo e facilmente utilizzabile, spiegano come nella redazione dell'art. 5.4 non si sia affatto seguito (come sarebbe stato assai immediato ed agevole) il criterio di un puro e semplice rinvio alla complessa nozione di controllo dettata dall'art. 3.3, ma si sia preferito definire in modo diretto ed autonomo le situazioni rilevanti ai fini del calcolo del fatturato.

Il concetto di controllo valorizzato dall'art. 5.4 si presenta, quindi, differente dal precedente ed autoreferenziale, ed i pur plurimi elementi su cui tale precetto si basa, normalmente di immediata ed agevole rilevabilità, integrano una nozione sicuramente più ristretta di quella delineata dall'art. 3.3.

La stessa interpretazione dell'art. 5.4, allora, non potrà che procedere in modo coerente con le sue finalità ispiratrici.

3h. – Tanto premesso, occorre fare chiarezza sulla effettiva causale che ha indotto l'Autorità Garante ad escludere (ai fini indicati) la computabilità del fatturato di Generali. L'elemento determinativo di questa posizione non è stato tanto, come assume la ricorrente, il fatto in se stesso che il controllo di Mediobanca su Generali fosse un controllo “di fatto”, piuttosto che “di diritto”: il punto valorizzato, semmai, è stato quello che si era trattato di un controllo – sia pure di fatto, ma soprattutto – sempre negato dalle parti interessate, di difficile accertamento, ed emerso solo da elementi acquisiti nel corso della procedura (cfr. i nn. 52 e 28 del provvedimento).

Da ciò si può subito desumere che le pur pregevoli argomentazioni di parte ricorrente sulla equivalenza di principio tra controllo di fatto e controllo di diritto ai fini *antitrust* si rivelano fuori fuoco, e non esigono perciò approfondimento. E conclusione analoga vale per le indicazioni che la medesima difesa ha fornito di casi in cui la Commissione – o la stessa Autorità – avrebbe continuato a ritenere, anche dopo la Comunicazione più volte citata, che nel calcolo del fatturato rilevante ai fini dell'applicazione delle soglie dimensionali fissate dalla legge debba essere incluso anche quello realizzato da società legate da vincoli di controllo solo di fatto (con specifico riguardo alla decisione IFIL/Alpitour del 7 settembre 2000, sulla quale la ricorrente ha maggiormente insistito, l'esame del testo del provvedimento fa emergere con sufficiente chiarezza che il fatturato della società Giovanni Agnelli & C. Sapa (G.A.C.) era stato nell'occasione, sì, conteggiato, ma il controllo che tale società aveva su IFIL costituiva un pacifico dato di partenza della procedura, reso palese dalle parti

sin dalla notifica dell'operazione, sul quale non era occorso alcun tipo di attività istruttoria). La riferita casistica risulta, pertanto, inconferente, come è stato posto analiticamente in luce nelle note d'udienza della difesa erariale.

3i. – Quel che però importa soprattutto mettere in luce è che l'interpretazione dell'Autorità appena riferita appare corretta.

Data la funzione propria dell'art. 5.4, quale è stata sopra descritta, si può ben comprendere come gli elementi da esso valorizzati (tra i quali effettivamente non mancano, come è stato detto nelle conclusive note d'udienza di Mediobanca, anche elementi che potrebbero evocare un controllo solo “di fatto”), in tanto possano assumere rilievo, in quanto la loro esistenza sia *a priori* manifesta o almeno pacifica tra le parti, e non solo ipotetica.

Posto, infatti, che la norma in questione viene in rilievo proprio all'avvio dei procedimenti in materia, servendo ad individuare l'autorità competente a condurre le istruttorie procedurali (oltre che a prendere le decisioni finali) e, in pari tempo, il contesto normativo di loro pertinenza, si è tratti in modo naturale a pensare che essa non possa essere intesa nel senso di richiedere per la sua applicazione l'espletamento di particolari attività istruttorie.

Rettamente, perciò, la difesa erariale ha escluso la computabilità ai sensi dell'art. 5.4 *cit.* dei fatturati relativi a società che le imprese direttamente interessate neghino fare parte del loro gruppo: “in tal caso, infatti, per superare l'impostazione delle imprese interessate dovrebbe procedersi ad una non configurabile valutazione preventiva di merito; tra l'altro l'Autorità non dispone di poteri istruttori prima dell'apertura del procedimento”.

Non va dimenticato, del resto, che l'esistenza di un rapporto di controllo tra Mediobanca e Generali, oltre ad essere stata energeticamente esclusa dall'interessata per tutto il corso del procedimento amministrativo, anche in questa sede contenziosa viene negata (onde questa censura di incompetenza avrebbe, a rigore, valore subordinato rispetto al motivo di ricorso di cui al n. 5, *infra*), e dunque non potrebbe essere definita pacifica né oggettivamente certa neppure attualmente, ma solo dopo la formazione di un giudicato sul punto.

Non è irrilevante sottolineare, infine, che l'interpretazione seguita dall'Autorità è stata condivisa nei fatti in modo univoco dalla Commissione europea, che, pur avendo seguito l'istruttoria condotta dalla prima, partecipando anche all'audizione finale, non ha mai rivendicato la competenza ad occuparsi della vicenda in sua vece (e tanto meno risulta avere preso in considerazione in alcun modo il merito dell'affare). La Commissione, invero, ha inoltrato la propria richiesta di informazioni del 22 ottobre 2002 a Mediobanca al fine “di accertare l'applicabilità del regolamento a detta concentrazione”: e poiché, dopo avere ricevuto le informazioni richieste, si è astenuta dal procedere oltre nell'esame del caso, e non risulta avere mai preso alcuna posizione formale al riguardo, sembra inevitabile concludere che essa non ha ravvisato nella vicenda estremi connotati in modo idoneo a radicare la propria competenza.

3l. – Né può attribuirsi rilievo al fatto che gli elementi acquisiti dall'Autorità a mezzo delle sue iniziative istruttorie l'abbiano indotta ad accertare, all'esito, l'esistenza di elementi idonei ad integrare situazioni ricadenti nell'art. 5.4, in quanto ciò è avvenuto solo, appunto, ad istruttoria ormai compiuta, in sede di valutazione di merito, quando ormai la competenza doveva intendersi già definitivamente radicata in capo alla procedente.

Non può difatti accedersi all'idea, adombrata da Mediobanca, che la competenza che sia stata in origine fissata sulla base dell'art. 5.4 abbia un carattere meramente provvisorio, e sia destinata quindi a risolversi – retroattivamente o meno, non è dato intenderlo – ove al momento della decisione finale si addivenga all'accertamento dell'esistenza degli elementi prima configurati solo a titolo ipotetico e contestati *ex adverso*.

Una simile interpretazione, oltre a porsi in contrasto con quanto è stato detto nei nn. precedenti (e specialmente al n. 3i) sul senso da riconoscere all'art. 5.4, sarebbe anche in se stessa priva di fondamento normativo. Per non dire della irrazionalità dell'assetto complessivo che sulla sua base verrebbe determinato: dalla possibilità di conduzione di istruttorie, in questa materia quantomai complesse, sotto la permanente incertezza dovuta al rischio di una loro vanificazione a seguito di un posteriore spostamento di competenza (e dello spreco di risorse che ciò comporterebbe); dall'ulteriore complicazione di scenario che si instaurerebbe qualora – atteso l'inevitabile margine di opinabilità che le valutazioni di merito comportano – l'apprezzamento espresso dalla prima autorità, all'esito di un'istruttoria, declinando la propria competenza in base all'interpretazione in discussione, non

venisse condiviso dall'organo antitrust comunitario; infine, e soprattutto, dal negativo impatto che una simile protratta incertezza sul diritto applicabile e sull'autorità competente a determinarsi riverbererebbe sulla platea delle imprese interessate e degli altri operatori comunque coinvolti nella vicenda (incertezza destinata a protrarsi ove si tenga conto che gli accertamenti amministrativi conclusivi sui quali dovrebbe in tesi basarsi la distribuzione delle competenze sarebbero pur sempre soggetti a sindacato giurisdizionale, e quindi neppure essi costituirebbero, a rigore, un definitivo punto di arrivo nella cognizione della fattispecie).

Questi motivi tutti persuadono, quindi, che un accertamento solo postumo dell'esistenza di uno degli elementi valorizzati dall'art. 5.4, ma originariamente occulto e tutto da verificare, non possa reagire su una competenza ormai già radicatasi all'inizio del procedimento.

3m. – Per tutte le ragioni illustrate questo primo motivo aggiunto deve essere, in conclusione, respinto, senza che si ravvisino estremi tali da far ritenere necessario un rinvio pregiudiziale alla Corte comunitaria da parte di questo giudice di prime cure ai sensi dell'art. 234 del Trattato UE (rinvio dalla ricorrente, del resto, neppure sollecitato).

4. – Il nucleo centrale dei motivi aggiunti verte sull'accertamento, cui è pervenuta l'Autorità, dell'esistenza di un controllo congiunto di Premafin e Mediobanca su Fondiaria-S.A.I.

4a. – Si legge nel provvedimento in contestazione, infatti, che *“la lettura combinata degli elementi documentali acquisiti ha consentito di qualificare l'operazione in esame come l'acquisizione del controllo congiunto su Fondiaria-Sai da parte di Premafin e Mediobanca. Tale operazione si colloca in un contesto in cui Mediobanca esercitava un controllo di fatto su Generali, controllo la cui stabilità poteva essere compromessa con l'uscita di Fondiaria dall'influenza di Mediobanca conseguente l'opa di Italenergia su Montedison, ma che viene preservata grazie all'operazione in esame.”* (par. n. 76).

E l'acquistato del detto controllo congiunto in un contesto come quello indicato è stato ritenuto *“idoneo a produrre la costituzione di una posizione dominante in capo a Mediobanca, tramite Generali e la nuova entità Fondiaria-Sai, nei mercati dell'assicurazione danni, atta a ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza.”* (par. n. 146).

4b. È allora opportuno che l'esposizione delle argomentazioni di parte ricorrente sia preceduta dal richiamo delle osservazioni che fondano nell'economia del provvedimento l'accertamento del suddetto controllo congiunto.

4c. L'Autorità ha dapprima dedicato dei cenni al concetto di controllo nella normativa antitrust.

È stato rammentato (par. 56) che *“l'articolo 5 della legge n. 287/1990 prevede che il controllo può essere acquisito da una o più imprese. L'articolo 7, inoltre, prevede un'ampia nozione di controllo, in base alla quale la possibilità di esercitare un'influenza determinante sulle attività di un'impresa deve essere valutata tenuto conto delle circostanze di fatto e di diritto. Detta nozione, in virtù delle diverse finalità, è più estesa di quella derivante dalla normativa civilistica e diversa da quella prevista dalla normativa di vigilanza. D'altro canto, la stessa Commissione CE, nella Comunicazione del 1998 sulla nozione di concentrazione, evidenzia che 'la nozione di controllo accolta ai fini del regolamento può non coincidere con quella applicata in altri settori specifici, ad esempio nelle normative in materia di vigilanza prudenziale'”* (punto 17 della Comunicazione citata).

... Le nozioni di concentrazione e di controllo ai fini antitrust trovano esplicitazione nella Comunicazione della Commissione del 1998 sulla nozione di concentrazione: *“il controllo può essere acquisito da una singola impresa o congiuntamente da più imprese”* (Cfr. punto 8 della Comunicazione...). Inoltre, *“l'acquisizione del controllo dipende da una serie di elementi di diritto e di fatto. L'acquisizione di diritti di proprietà e i patti tra azionisti sono importanti, ma non sono i soli elementi pertinenti; possono essere determinanti anche relazioni economiche, ed ancora: il controllo (sia esso esclusivo o congiunto) è definito come la possibilità di esercitare un'influenza determinante sull'attività di un'impresa grazie a diritti, contratti, o altri mezzi”* (Cfr. punto 12 della citata Comunicazione) (par. n. 57).

4d. – Tanto premesso, l'Autorità ha ritenuto che gli elementi raccolti, valutati nel loro complesso, inducevano a ritenere (par. n. 58) *“che si sia verificata, nel caso di specie, una di quelle 'situazioni eccezionali', previste dalla Comunicazione della Commissione sulla nozione di concentrazione. La Comunicazione, infatti, prevede che 'eccezionalmente l'azione congiunta*

può verificarsi de facto laddove tra gli azionisti di minoranza esistano interessi comuni talmente forti da impedire uno scontro nell'esercizio dei diritti di voto nel contesto dell'impresa comune' (punto 32, Comunicazione cit.). Ed inoltre, 'in caso di acquisizione di partecipazioni di minoranza, l'esistenza di tali interessi comuni è indicata da fattori quali la preesistenza di legami fra gli azionisti di minoranza, o l'acquisizione delle partecipazioni mediante azione concordata'" (punto 33, Comunicazione cit.).

4e. – Queste conclusioni sono sorrette dalla concatenazione argomentativa appresso trascritta.

*“Le circostanze cui la Commissione riconduce l'esistenza di un controllo di fatto sono tutte rinvenibili nel caso di specie, ove si riscontra un'azione concertata tra Premafin e Mediobanca in ordine alla progettazione, gestione delle diverse fasi e realizzazione dell'operazione, la preesistenza di forti legami finanziari, economici e personali tra i due soggetti implicati, nonché una comunanza di interessi che si esplica ben oltre la definizione della governance.*

*A fronte delle tesi avanzate dalle parti, secondo cui i documenti su cui viene fondato il controllo congiunto della stessa Mediobanca e Premafin su Fondiaria-Sai avrebbero una spiegazione alternativa a quella fornita dall'Autorità, si rileva preliminarmente che tali documenti, ampiamente illustrati nel provvedimento di avvio del 10 ottobre 2002, non possono essere letti isolatamente, così come suggeriscono le parti, bensì esigono una valutazione che tenga conto degli stessi nel loro complesso e per il significato che hanno in relazione alla loro cronologia e contenuti.*

*La lettura combinata di tale documentazione mostra che ogni iniziativa assunta da Premafin è stata assoggettata al vaglio di Mediobanca, per essere con la stessa concordata nei minimi dettagli. La numerosa corrispondenza intercorrente tra i rappresentanti legali delle due società testimonia infatti le singole fasi di trattativa che subisce ogni scelta gestionale che Premafin intenda assumere.*

*Contrariamente a quanto sostenuto dalle parti in ordine al fatto che l'Autorità non avrebbe provato l'esistenza di interessi convergenti di Premafin e Mediobanca alla realizzazione dell'operazione, l'interesse comune rilevante ai fini dell'acquisizione del controllo congiunto di un'impresa non implica assoluta convergenza di scopo tra i due acquirenti, ma la semplice volontà di realizzare l'operazione anche se con finalità diverse.*

*Per quanto concerne poi il duplice ruolo che contemporaneamente Mediobanca ha ricoperto nell'operazione-azionista di minoranza di Fondiaria e finanziatore dell'operazione-esso è stato debitamente considerato nell'ambito della procedura. La documentazione analizzata ... evidenzia che l'interazione tra Mediobanca e Premafin in ordine all'operazione Fondiaria-Sai non si è limitata alla mera definizione dei rapporti di finanziamento (che tipicamente intercorrono tra banca finanziatrice ed impresa) ed alla pretesa difesa dei diritti di minoranza di Mediobanca in Fondiaria, quali quelli legati alla governance della nuova entità Fondiaria-Sai, ma ha riguardato anche elementi diversi, quali la soluzione al problema delle partecipazioni incrociate, la collaborazione per evitare che Montedison cedesse ad altri il pacchetto di azioni Fondiaria, la ricerca di strumenti alternativi per evitare l'obbligo di opa, tra cui l'individuazione di investitori che subentrassero a Sai nell'acquisto di azioni Fondiaria.*

*Dalla documentazione acquisita emerge quindi non solo l'esistenza di un duplice ruolo di Mediobanca nella realizzazione dell'operazione - principale azionista di Fondiaria-Sai dopo Premafin e finanziatore della stessa Premafin -, ruolo che già di per sé è idoneo ad indicare la possibilità per Mediobanca di incidere sulle scelte strategiche di Premafin su Fondiaria-Sai, ma anche la partecipazione di Mediobanca ad ulteriori attività fondamentali per il buon esito dell'operazione e per la gestione della nuova entità. La stessa Premafin, per giustificare tali ulteriori attività della banca d'affari, afferma che Mediobanca avrebbe agito anche come advisor nella ricerca di acquirenti alternativi.*

*Anche l'Isvap fa presente la necessità di considerare l'effettiva attività svolta da Mediobanca in qualità di banca d'affari, ma al contempo ritiene di non poter negare la circostanza che Mediobanca abbia agito come 'promotrice dell'operazione'.*

*Peraltro, gli stessi contatti tra Mediobanca e Premafin finalizzati alla definizione della governance della futura entità, sembrano trascendere quelli tipicamente intercorrenti tra azionisti alla vigilia di una fusione....*

*Ciò testimonia inequivocabilmente come i contatti di Premafin e Mediobanca in ordine alla governance non fossero limitati ad una ripartizione dei componenti degli organi sociali della futura entità, ma mirassero alla gestione comune della stessa, come indica il fatto che attraverso tali contatti si definiscono anche i nominativi di tali componenti, e che alcuni di essi vengono presi in considerazione in rappresentanza sia di Premafin che di Mediobanca. In quest'ottica, perde rilievo la circostanza di natura formale, evidenziata dalle parti, che il progetto di fusione approvato preveda la presenza di 8 rappresentanti Sai nel consiglio di amministrazione della nuova entità, composto da 15 membri.*

*Né può ritenersi rilevante per escludere il concerto nella realizzazione dell'operazione, la circostanza, evidenziata dalle parti, che detta operazione sarebbe stata ideata dalla sola Sai sin dal 1998. Infatti ... il coinvolgimento di Mediobanca nella progettazione e realizzazione dell'operazione è dimostrato già a partire da quella data, come affermato espressamente dal dott. G. nel corso dell'audizione tenutasi presso la Consob il 7 agosto 2001.*

*Con riferimento alle condizioni di acquisto di azioni Fondiaria, contenute nell'offerta di Sai del 1° luglio 2001, la tesi fondata sulla ragionevolezza del prezzo, in considerazione del ridotto tempo a disposizione e del valore dei multipli di mercato, non è condivisibile. Le argomentazioni sostenute dalle parti implicano infatti che il premio di maggioranza e il prezzo pagato per il pacchetto azionario non possono considerarsi fuori mercato, in quanto consentirebbero l'acquisto del controllo. Al riguardo, non può non essere evidenziato, tuttavia, che al momento dell'offerta non esistevano i presupposti per poter esercitare i diritti di voto. Inoltre, il prezzo va considerato unitamente ad una ingente caparra penitenziale ed al successivo onere derivato dalla necessità di compensare l'intervento dei 5 investitori, come riconosciuto dalla stessa Premafin.*

*In merito a questi ultimi, si ribadisce che le evidenze documentali agli atti confermano la natura di interposizione dell'intervento degli investitori suddetti, come mostra in particolare la circostanza che i contratti sottoscritti prevedono una remunerazione a carico di Sai a fronte di un acquisto di azioni privo di rischi per l'investitore. Si consideri inoltre che Sai, immediatamente dopo aver stipulato i contratti con gli investitori, ha continuato ad agire come l'effettivo titolare delle azioni cedute, come dimostra il resoconto dell'incontro tenutosi il 18 febbraio 2002 tra il dott. C. e il dott. P. per discutere la governance e la gestione di Fondiaria-Sai.*

*In ogni caso, risulta agli atti il diretto interessamento di Mediobanca quantomeno nella prospettazione di questa soluzione (ricorso ai predetti investitori) per portare a termine l'operazione senza incorrere nell'obbligo di opa totalitaria. Assume pertanto un rilievo del tutto secondario, nell'ottica della dimostrazione del controllo congiunto, la circostanza che non Mediobanca, ma JP Morgan, avrebbe formalmente individuato gli investitori. A riguardo è necessario rammentare, come peraltro fa l'Isvap, la recente decisione del T.A.R. in ordine all'annullamento della decisione della Consob che aveva dichiarato venuto meno il concerto precedentemente accertato dalla stessa di Premafin e Mediobanca. Per quanto la natura interpositiva dell'intervento dei cinque investitori debba essere soggetta ad ulteriore verifica da parte della Consob, in questa sede rileva che il T.A.R. ha ritenuto sussistenti i presupposti per affermare il concerto tra le due società (Cfr. Sentenza T.A.R. del 30 ottobre 2002, n. 10709).*

*Con riguardo alla rilevante esposizione debitoria di Premafin nei confronti di Mediobanca, le argomentazioni delle parti mirano a smentire la possibilità di configurare una situazione di dipendenza economica in capo a Premafin. In realtà, l'Autorità non ha mai sostenuto che i rapporti di finanziamento fra Mediobanca e Premafin potessero configurare una situazione di dipendenza economica in ragione dell'entità del finanziamento, ma ha accertato che la rilevanza dell'esposizione debitoria, peraltro maturata soprattutto al fine di realizzare l'operazione, costituisce un elemento decisivo al fine di condizionare Premafin nell'espressione delle scelte di governance e strategiche relative alla nuova entità Fondiaria-Sai, anche tenuto conto della valenza di alcune clausole contrattuali, quale quella cosiddetta Material Adverse Change.*

*Inoltre, va evidenziato che la predetta riduzione del debito è stata realizzata su impulso di Mediobanca, che ha ceduto parte del proprio credito verso Premafin ad un'altra banca, mantenendo il ruolo di agente e impresa mandataria a favore della Banca Popolare di Lodi ScrI.*

*Dal punto di vista economico è di tutta evidenza la profonda differenza che sussiste tra il caso in cui la ricerca del finanziatore sia effettuata dal soggetto che necessita del finanziamento ed il caso in cui tale ricerca sia svolta da parte della banca che abbia già erogato il finanziamento ed intenda cederne una parte. Nel primo caso, infatti, il creditore deve effettuare la valutazione del rischio di credito sulla base delle caratteristiche del soggetto che chiede il finanzia-*

mento nonché di una serie di elementi di incerta valutazione e si espone quindi a un rischio di credito particolarmente elevato; al contrario, chi accetta di rilevare parte di un credito già esistente può contare sulla valutazione del rischio già effettuata dalla banca cedente e quindi la decisione di assumere tale credito dipende in misura rilevante dalla fiducia riposta nello stesso cedente. Quando poi la banca cedente è un soggetto di reputazione consolidata, come Mediobanca, che decide di mantenere una parte rilevante del debito, di fatto è lo stesso cedente a garantire sulla qualità dello stesso.

Nel caso di specie, assume quindi una valenza del tutto differente il fatto che sia stata Mediobanca a cedere parte del credito verso Premafin e non Premafin a trovare un nuovo finanziatore. Infatti, Mediobanca da un lato garantisce sulla qualità del debito, dall'altro, proprio in ragione dei rapporti, non solo economici, che la legano a Premafin, e del ruolo di agente e mandatario che assume nel pool, fornisce adeguate rassicurazioni alla Banca Popolare di Lodi circa la possibilità di rinegoziare le condizioni del credito qualora si verificassero circostanze che incidono sull'attuale solvibilità di Premafin. ...

In questa prospettiva i legami finanziari, economici e personali che legano Premafin a Mediobanca e di cui è chiara evidenza agli atti del procedimento rappresentano elementi fondanti per l'esercizio del controllo congiunto su Fondiaria-Sai, anche a prescindere dalla effettiva compagine azionaria che la nuova entità assumerà a seguito della fusione. Risulta pertanto non decisiva per la qualificazione dell'operazione la circostanza, evidenziata dalle parti, che il 34% di azioni di Premafin nella nuova entità sarebbe sufficiente a garantirle il controllo esclusivo. Invero, anche qualora si convenisse in tal senso, i vincoli stringenti e consolidati nel tempo esistenti tra Mediobanca e Premafin non sono rimovibili sic et simpliciter, come mostra la circostanza evidenziata che la riduzione dell'indebitamento, ad oggi realizzata, è avvenuta sempre con l'intervento di Mediobanca. In virtù di tali legami non è possibile oggi affermare che Premafin sia in grado di esercitare un'influenza determinante nella gestione di Fondiaria-Sai senza il preventivo concerto con Mediobanca.

Non sono, dunque, pertinenti le osservazioni delle parti circa la pretesa contraddittorietà insita nel ragionamento dell'Autorità, che avrebbe utilizzato il criterio delle serie storiche delle presenze in assemblea per accertare il controllo esclusivo su Generali, non ritenendolo invece valido per stabilire il controllo esclusivo di Premafin su Fondiaria-Sai. Basti a riguardo considerare che per l'accertamento del controllo congiunto in esame assumono natura dirimente elementi probatori che mostrano come la concertazione tra Premafin e Mediobanca sia anche preliminare alle assemblee stesse.

4f. – Nei motivi aggiunti di parte ricorrente ciascuno degli snodi argomentativi passati in rassegna viene sottoposto a critica.

4f1. – Una doglianza che per la sua ricorrenza va, peraltro, anticipata, e confutata una volta per tutte, è quella già affiorata nel corso del procedimento – che pone l'accento sulla denunziata non significatività dei singoli passaggi argomentativi esposti, considerati di per se stessi (sovente definiti come “neutri”). Perplessità di questo genere sono, invero, destinate inevitabilmente a dissolversi ove di ciascun argomento ed elemento documentale valorizzato dall'Autorità, da solo mai decisivo ma nemmeno mai privo di significato, si faccia una valutazione che tenga nel debito conto l'imponente contesto complessivo di risultanze in cui esso si colloca. Il soppesamento parcellizzato del valore probatorio dei singoli indizi decontestualizzati non può difatti che cedere il passo all'apprezzamento organico della valenza propria del complesso indiziario raccolto, alla cui lettura unitaria le prospettazioni di parte ricorrente sistematicamente si sottraggono.

4f2. – Quanto alla quasi altrettanto frequente sottolineatura della diversità dei punti di mira di Mediobanca e Premafin nella vicenda, è rimasta insuperata la corretta osservazione del provvedimento impugnato per cui “l'interesse comune rilevante ai fini dell'acquisizione del controllo congiunto di un'impresa non implica assoluta convergenza di scopo tra i due acquirenti, ma la semplice volontà di realizzare l'operazione anche se con finalità diverse” (par. 61).

La ricorrente, per la verità, ha lamentato che l'Autorità non avrebbe mai individuato con chiarezza gli interessi che l'avrebbero accomunata a Premafin, ed ha soggiunto che la pacifica “eccezionalità” della tipologia di controllo in discussione implicava che la resistente



assolvesse con maggior rigore l'onere probatorio a proprio carico; ha concluso, infine, che nella presente vicenda non emergeva una situazione di comunanza di interessi tale da poter determinare l'ipotizzato controllo congiunto su Fondiaria-SAI.

In contrario è agevole obiettare, però, che sin dalla deliberazione del 10 ottobre 2002 il punto della convergenza di scopo tra Mediobanca e Premafin è stato nitidamente profilato (parr. nn. 14, 19 e 101), essendo stato evidenziato come in difetto dell'operazione in questione Mediobanca avrebbe perduto l'influenza fino ad allora esercitata su Fondiaria, e non sarebbe riuscita a consolidare definitivamente quella su Generali. Questa impostazione è stata poi sostanzialmente confermata, sia pure con formulazione più stringata, con il provvedimento conclusivo del procedimento (parr. 9, 58, 61 e spec. 74), nel quale l'Autorità non si è ugualmente attardata nell'identificazione degli interessi di Premafin essendo fin troppo ovvio che l'operazione le schiudeva una "prospettiva imprenditoriale di straordinaria rilevanza" (doc. n. 188). E questa comunanza di interessi, che trova plastica evidenza, ad esempio, nella lettera dell'ing. L. del 16 maggio 2001 di cui al doc. n. 185, e nella minaccia di rottura di "collaborazione" contenuta sostanzialmente nella lettera del dott. C. del 2 agosto 2001 (doc. n. 20 di Mediobanca), essendo stata già concordemente ed ampiamente confermata, come si sta per dire, tanto dalla CONSOB quanto dalle Corti d'appello di Milano e Torino, non richiede da parte del Tribunale ulteriori sottolineature.

4/3. – Non va dimenticato, invero, che la coerenza ed attendibilità dell'ordine di valutazioni cui è pervenuta l'Autorità a proposito dell'operazione SAI – Fondiaria è convalidata dalle determinazioni che sono state assunte nella vicenda dalla CONSOB. Questa ha rinvenuto, difatti, indizi gravi, precisi e concordanti tali da farle desumere, dapprima – con la determinazione in data 10 agosto 2001 – l'esistenza di un patto occulto tra SAI e Mediobanca per l'acquisto delle azioni Fondiaria e per la gestione di tale società, e indi il 18 dicembre 2002 – la partecipazione al patto anche di Premafin, la permanenza del patto stesso, e la natura di soggetti interposti di SAI dei cinque operatori che in data 18 febbraio 2002 si erano resi acquirenti di azioni Fondiaria.

Ed una simile rappresentazione trova ulteriore e significativa conferma nei decreti del febbraio del 2003 con i quali le corti d'appello di Milano e di Torino, all'esito di laboriose ed articolate disamine del materiale documentale disponibile, hanno respinto i ricorsi che erano stati proposti da Mediobanca e SAI avverso le sanzioni che erano state loro rispettivamente inflitte dal Ministero dell'Economia e delle Finanze sulla scorta degli accertamenti dell'organo di vigilanza.

4/4. – Di un'ultima censura è il caso di occuparsi in questa sede preliminare.

La ricorrente sostiene che nel caso di specie sarebbe impossibile riscontrare gli elementi costitutivi del controllo congiunto, in quanto i passaggi della Comunicazione della Commissione richiamati dall'Autorità si riferirebbero unicamente a casi di azionisti di minoranza portatori di interessi comuni ai fini della gestione dell'impresa partecipata, sulla quale nessuno di loro sarebbe però in grado di esercitare da solo un controllo. È solo in queste circostanze, prosegue la ricorrente, che sarebbe possibile presumere che degli azionisti esercitino congiuntamente i loro diritti di voto in ragione della comunanza di interessi che li lega, determinata dal fatto che soltanto in questo modo essi potrebbero controllare la società: ed in questa tipologia di situazioni rientrerebbe la prassi applicativa seguita dalla Commissione in ordine ai punti 32-33 della propria Comunicazione. Di contro, un controllo congiunto non sarebbe mai stato prima d'ora basato su di una comunanza di interessi tra imprese agenti su mercati differenti (e a maggior ragione tra banche e operatori finanziati), né sarebbe configurabile in presenza della titolarità individuale di una partecipazione già almeno in astratto di controllo.

Il Tribunale deve tuttavia osservare che in merito al punto sul quale viene richiamata la sua attenzione i contenuti della menzionata Comunicazione sono, in realtà, assai più elastici di quanto non appaia dalla rappresentazione fattane dalla ricorrente. La Comunicazione, infatti, non solo non è aliena dall'ammettere che tra le imprese madri detentrici del controllo congiunto possano esistere delle asimmetrie (punto 36), ma perviene anche a riconoscere – sia pure in chiave di eccezionalità – che una delle due possa in concreto disporre di un voto preponderante, allorché lo stesso possa essere espresso solo dopo un momento di confronto con l'altra (v. il punto 37 della Comunicazione, raffrontando ad esso il paragr. n. 70 del provvedimento).

Ciò posto, appare altresì evidente che non sarebbe comunque corretto fare dipendere le sorti dell'interpretazione *de qua* dalla circostanza che la stessa ricada pedissequamente e di peso, o meno, in una specifica previsione della Comunicazione, non potendo dimenticarsi che, come ha ricordato la stessa ricorrente, la Comunicazione in esame è uno strumento interpretativo più che una fonte del diritto, e come tale le sue indicazioni nell'esame dei singoli casi possono ben essere ulteriormente sviluppate (punto 2), nel rispetto – *va da sé* – delle norme sovraordinate.

4f5. – Disattese queste prime doglianze, si deve ora passare all'esame delle censure che investono la vicenda della fusione SAI-Fondiarìa con un taglio più ristretto e particolare.

4g. – Viene assunto nei motivi aggiunti che l'asserito concerto tra le due società Mediobanca e Premafin nella ideazione e realizzazione della complessa operazione di fusione non sarebbe idoneo neppure in astratto a dimostrare che Mediobanca eserciterà, congiuntamente alla stessa Premafin, una influenza determinante (ai sensi dell'art. 7 della legge n. 287/1990) sulla società risultante dalla fusione. Ciò in quanto il mero fatto della condivisione di un progetto di integrazione fra due società, essendo irrilevante ai fini della futura gestione della nuova impresa, non potrebbe assicurare ad elemento fondante un controllo congiunto da parte loro sull'impresa stessa. E, in ogni caso, il relativo nesso di causalità non sarebbe stato messo in luce.

In contrario deve essere fatto però notare che nell'economia del provvedimento l'elemento concertativo di cui si tratta, lungi dall'essere stato eretto a fattore di per sé solo dimostrativo del controllo congiunto, riveste, come ha notato la stessa ricorrente, il più modesto ruolo del semplice indizio – concorrente, peraltro, con numerosi altri – del suddetto futuro controllo. Fatta questa precisazione, non pare seriamente contestabile l'effettività del valore indiziario che lo stesso elemento, per le sue implicazioni logiche, presenta (come la stessa ricorrente finisce per ammettere alla pag. 27 dei suoi motivi aggiunti): che un concerto nell'acquisto possa fungere da indizio dell'esistenza di interessi comuni, a loro volta rivelatori della possibile esistenza di un controllo congiunto, è confermato, del resto, nei punti 32-33 della Comunicazione della Commissione sulla nozione di concentrazione.

4h. – Viene poi sostenuto che le conclusioni dell'Autorità circa l'asserito concerto tra Mediobanca e Premafin nell'ideazione e realizzazione della fusione sarebbero il frutto di un'errata rappresentazione dei fatti.

Sul punto si lamenta anche che il provvedimento finale non contenga una puntuale replica alla ricostruzione della vicenda prospettata nelle memorie procedurali di Mediobanca. Al riguardo è però sufficiente l'immediata replica che l'obbligo della Pubblica Amministrazione di valutare le memorie presentate dalle parti del procedimento, contemplato dall'art. 10 della legge n. 241 del 1990, non comporta un obbligo di analitica motivazione e confutazione in merito ad ogni argomento utilizzato dalle parti stesse (v. da ultimo C.G.A., n. 276 del 31 maggio 2002; nello stesso senso, proprio in materia antitrust, Tribunale UE, 4 marzo 2003, F.E.N.I.N. c/ Commissione, T-319/99, che circoscrive l'obbligo di motivazione alle considerazioni giuridiche aventi un ruolo essenziale nell'economia della decisione).

Per il resto, la difesa di parte ricorrente non ha la possibilità neppure di provare a contestare che sin dall'iniziale concepimento del progetto dell'operazione SAI-Fondiarìa Mediobanca vi si trovò coinvolta.

Quanto alla nuova opportunità offerta dalla possibilità di acquistare la partecipazione in Fondiarìa di Montedison, dalle risultanze disponibili la relativa vicenda si rivela essere maturata, ben altro che con l'estraneità di Mediobanca, proprio con il concorso della decisiva volontà della detta banca d'affari (che era stata specificamente richiesta di favorire l'acquisto), i cui contatti con Premafin si erano, appunto, intensificati proprio nel periodo della nascita dell'opportunità indicata.

Mediobanca, difatti, grazie alla molteplicità delle sue vesti, di finanziatrice di Premafin, e di azionista tanto di Fondiarìa quanto di Montedison, conglobava in sé già solo per questo un notevole potere di condizionamento, al cospetto del quale non consta, per contro, da parte di SAI, alcun elemento di reale dialettica.

La stessa difesa di Mediobanca non ha potuto fare a meno di riconoscere che dai documenti in atti emerge "il favore" con cui essa guardava all'operazione, il suo "interessamento" al progetto, il suo "essere coinvolta in alcune fasi" della sua attuazione. Mediobanca insiste però nel sostenere che, altro da tutto ciò essendo una previa concertazione da parte sua del-

l'operazione, questo elemento sarebbe invece mancato. La spiegazione che si offre negli scritti di parte ricorrente è difatti, in pratica, la seguente: Premafin si era autonomamente determinata ad effettuare l'operazione, e si era poi limitata ad informarne Mediobanca onde accertare se questa "fosse eventualmente disponibile a fornire un sostegno finanziario".

Appare chiaro, tuttavia, come una ricostruzione del genere, oltre ad essere già ben difficilmente compatibile con lo stato dei rapporti economico-finanziari preesistenti tra le due, e con i ben modesti propositi di diretto impegno finanziario della Premafin nell'operazione, la quale dunque non poteva essere immaginata se non sul presupposto di una robusta copertura da parte della banca d'affari, non è coerente con il complessivo quadro delle risultanze disponibili (cfr. gli elementi citati nei parr. 10 e 14 del provvedimento, nonché nelle pagg. 36-40 della prima memoria erariale), che – come si vedrà meglio più avanti – trovano una spiegazione ben più congrua, coerente e persuasiva nella lettura fattane dall'Autorità.

4i. – Mediobanca argomenta anche sulle condizioni economiche della propria offerta di acquisto a Montedison del 1° luglio 2002.

Tali condizioni, viene detto, apparentemente onerose se considerate al di fuori del contesto in cui l'offerta fu formulata, e prescindendo dall'importanza che l'operazione rivestiva per SAI, sarebbero state invece agevolmente comprensibili e giustificabili tenendo conto di tanto. SAI era infatti costretta ad offrire un prezzo superiore a quello, pari a 9 euro, che Montedison aveva appena rifiutato (giacché altrimenti essa si sarebbe fatta sfuggire una preziosa opportunità di crescita, laddove il verosimile epilogo alternativo di un'integrazione Fondiaria – Toro l'avrebbe relegata in una posizione secondaria). D'altra parte, i ristretti margini di tempo disponibili impedivano a SAI di intraprendere una lunga negoziazione sul prezzo e di fare la *due diligence* (peraltro, il disegno di una sua integrazione con Fondiaria era da tempo allo studio), ed esigevano che essa agisse con determinazione presentando subito un'offerta allettante.

Ad avviso del Tribunale questi rilievi sono fuori fuoco.

La stessa ricorrente ha ammesso che la posizione dell'Autorità è nel senso che il prezzo pattuito non sarebbe stato valutabile come "fuori mercato" qualora il pacchetto negoziato avesse consentito all'acquirente l'esercizio del controllo, laddove però, come si legge nel provvedimento, "*al momento dell'offerta non esistevano i presupposti per poter esercitare i diritti di voto*" (par. n. 66).

Il punto, infatti, è che, come era stato detto nella deliberazione del 10 ottobre 2002, "*...l'impresa di assicurazione, al momento, non poteva essere certa, in virtù dell'esistenza di partecipazioni incrociate, di poter esercitare i diritti di voto connessi con la partecipazione acquisita, a meno di accordi già intercorrenti con gli altri azionisti di Fondiaria*" (par. 27).

E a quest'ultimo riguardo la ricorrente è stata costretta a riconoscere che la tesi del "congelamento" del diritto di voto di SAI nell'assemblea di Fondiaria si basava su di un'interpretazione giuridica oggettivamente controversa (cfr. del resto la lettera 2 agosto 2001 del dott. C. all'ing. L.).

Tutto conferma quindi la verosimile esistenza di un'intesa occulta con Mediobanca, che sola poteva giustificare una convinzione di acquisire con il prezzo indicato il controllo di Fondiaria, senza il quale le onerose condizioni economiche complessive sarebbero state anomale.

4l. – Venendo al sicuro "diretto interessamento di Mediobanca quantomeno nella prospettiva" della soluzione del ricorso ai cinque investitori di cui in atti (par. n. 66) onde evitare di incorrere nell'Opa totalitaria, anche il relativo dato, pur non meritando particolare enfasi, può essere annoverato senza dubbio tra gli indicatori di come l'interazione tra Mediobanca e Premafin spaziasse anche, ben al di là di quanto implicato dai ruoli formali di socia e di finanziatrice facenti capo alla prima, su ulteriori punti, fondamentali per la buona riuscita dell'operazione, in funzione della rimozione degli ostacoli che alla stessa si frapponevano (si vedano, oltre alla sintesi di cui al par. n. 62 del provvedimento finale, i paragr. 31-38 della delibera del 10 ottobre 2002). Non senza dire che il riconoscimento da parte di CONSOB del carattere interpositivo dell'acquisto dei suddetti investitori priva di ogni senso la precisazione – sulla quale la ricorrente insiste – che la formale individuazione di questi ultimi è stata operata da un soggetto diverso da Mediobanca, vale a dire dall'*advisor* J. P. Morgan.

Nel provvedimento è stato posto in luce come, “*Anche nelle fasi successive alla mera progettazione, Mediobanca si è attivata per il buon esito della stessa, tra l'altro intrattenendo direttamente i rapporti istituzionali necessari per ottenere le prescritte autorizzazioni da parte degli organi di vigilanza*” (par. n. 12).

La ricorrente deduce che questa affermazione non troverebbe riscontro nei fatti e nei documenti acquisiti. Ciò in quanto i due appunti – del 3 agosto e del 28 dicembre del 2001 – sui quali l'asserto sostanzialmente si fonderebbe, riflettenti il contenuto di informali conversazioni telefoniche tra un consigliere di Mediobanca e il presidente dell'ISVAP, non integrerebbero dei “*rapporti istituzionali necessari per ottenere le prescritte autorizzazioni da parte degli organi di vigilanza*”, ma andrebbero considerati solo come un momento di informazione da parte di Mediobanca, in qualità di azionista di Fondiaria convinto della bontà del progetto di aggregazione SAI-Fondiaria, circa lo stato del procedimento pendente presso l'ISVAP.

Il Tribunale condivide però senz'altro l'obiezione avversaria per cui l'univoco tenore dei documenti di cui si tratta rivela che l'intervento sull'ISVAP da essi rispecchiato non era finalizzato ad una semplice acquisizione di informazioni in merito al procedimento, bensì proprio al sostegno della posizione e delle esigenze del privato che vi era interessato. E questo evidente dato impone il superamento di ogni riserva di parte sul punto.

4m. – L'Autorità, come si è visto, a base delle proprie determinazioni ha posto anche il rilievo che i contatti tra Premafin e Mediobanca finalizzati alla definizione della *governance* della futura entità trascendevano quelli tipicamente intercorrenti tra azionisti alla vigilia di una fusione, in quanto non erano limitati ad una mera ripartizione numerica dei posti nei nuovi organi sociali, ma miravano a definire anche i nominativi dei loro componenti, e prendevano addirittura in considerazione alcuni di essi in rappresentanza, promiscuamente, sia di Premafin che di Mediobanca: tutto lasciava intendere, dunque, che i soggetti trattanti miravano, in realtà, ad una gestione comune del nuovo soggetto.

Questo nucleo argomentativo è sottoposto a critica dalla parte ricorrente da più punti di vista, nessuno dei quali è però condivisibile.

Innanzitutto, non confligge minimamente con la ricostruzione operata dall'Autorità il fatto che i contatti Premafin-Mediobanca attestati dai documenti in atti non abbiano carattere permanente nel tempo, ma lascino scoperto un breve periodo intermedio, tra il 2 agosto 2001 e la fine dello stesso anno (quando SAI avrebbe esplorato delle ipotesi di impiego della partecipazione ormai acquisita alternative alla fusione).

Negli scritti di Mediobanca si insiste, poi, sull'assunto che i contatti in questione rappresenterebbero la prassi comune in caso di fusione tra società, implicando questa la definizione di regole di *corporate governance* della nuova entità ampiamente condivise, affinché il progetto di fusione possa ottenere l'approvazione degli organi delle società interessate con le maggioranze prescritte.

Il rilievo, però, non vale a superare la valutazione di anomalia espressa dall'Autorità, la quale non investe, come si è detto, l'esistenza dei detti contatti in quanto tali, bensì le modalità con le quali gli stessi si erano svolti. Tali modalità sono state reputate, infatti, esorbitanti rispetto a quanto tipicamente intercorre tra azionisti alla vigilia di una fusione, dal momento che i detti contatti miravano – si è detto – a definire anche i nominativi dei componenti dei nuovi organi, e, come le risultanze mostrano, alcuni nominativi venivano presi in considerazione, promiscuamente, in rappresentanza sia di Premafin che di Mediobanca (meritando sottolineatura anche il fatto, giustamente sottolineato dalla Corte d'Appello di Torino – alla pag. 18 del suo decreto – e qui dalla difesa erariale, che sin dal 1° giugno 2001, quando ancora la SAI non aveva acquisito la partecipazione Montedison in Fondiaria, i vertici di Mediobanca e Premafin affrontavano già il problema di come ripartire il comando nella società che sarebbe dovuta scaturire dalla fusione, individuando i possibili titolari delle sue cariche di vertice). E questo specifico giudizio dell'Autorità di “*esorbitanza*” dei contenuti dei contatti registrati tra le parti è rimasto immune da effettive critiche.

Altro elemento ribadito negli scritti di Mediobanca è quello della strutturale differenza tra gli interessi di Premafin-SAI e quelli di Mediobanca (ed ogni altro azionista Fondiaria) in ordine alla definizione del rapporto di concambio e dell'assetto di *governance*, diversità che non avrebbe potuto mancare di condurre le rispettive società a condotte reciprocamente autonome.

Questo Tribunale ha già confermato, peraltro, la validità del passaggio del ragionamento dell'Autorità che *“l'interesse comune rilevante ai fini dell'acquisizione del controllo congiunto di un'impresa non implica assoluta convergenza di scopo tra i due acquirenti, ma la semplice volontà di realizzare l'operazione anche se con finalità diverse”*. Ora, un simile punto di partenza fa comprendere che non contrasta con il quadro tracciato dal provvedimento impugnato la pluralità delle vesti cumulate nella vicenda da Mediobanca, alla quale facevano capo distinti fasci di interessi, non tutti evidentemente confluiti nella – e regolati dalla – intesa raggiunta con Premafin. Pare dunque possibile ammettere, senza cadere con ciò in alcuna contraddizione logica, che ciascuna società ben potesse curarsi della più efficace tutela dei propri interessi individuali non regolati dagli accordi intercorsi, interessi che si era evidentemente riservata di difendere nelle sedi e nei modi opportuni.

La ricorrente ritiene, infine, che l'assunto dell'Autorità che i contatti in questione mirassero alla gestione comune della società derivante dalla fusione sarebbe smentito dall'assetto di *governance* effettivamente adottato, che assegnava in via esclusiva a Premafin il controllo del nuovo soggetto con la maggioranza assoluta dei membri del suo consiglio di amministrazione (e, per contro, appena due consiglieri a Mediobanca).

Nel provvedimento in contestazione è stato peraltro già fatto esattamente notare che, in un contesto in cui l'ingresso di un esponente di vertice di Premafin-SAI nel consiglio di amministrazione del nuovo soggetto veniva prospettato imputando il medesimo esponente in quota a Mediobanca (doc. n. 131), la circostanza formale che il progetto di fusione approvato prevedesse la presenza di 8 rappresentanti di SAI sui 15 membri del consiglio di amministrazione della nuova entità non poteva che perdere il suo potenziale rilievo (par. n. 64).

Tutto ciò posto, ad avviso del Tribunale non può negarsi che i contatti in questione miravano, in definitiva, alla gestione comune della nuova società, conclusione che si impone alla luce, in particolare, della combinata considerazione del contenuto dei doc. ti nn. 82, 128, 188 (ma cfr. anche i nn. 131 e 279) e n. 20 di Mediobanca, secondo le condivisibili considerazioni svolte dalla difesa erariale alle pagg. 36-41 della sua memoria sulla scia delle motivazioni dei decreti delle corti d'appello già occupatesi della vicenda.

In sintesi, invero, si ha:

- che, come si è detto poco sopra, sin dal 1° giugno 2001, quando ancora la SAI non aveva acquisito la partecipazione Montedison in Fondiaria, i vertici di Mediobanca e Premafin affrontavano già il problema di come sarebbe stato ripartito il comando nella società che sarebbe scaturita dalla fusione, individuando possibili personalità quali titolari delle cariche di vertice (doc. n. 82);

- che nell'estate del 2001 il gruppo Premafin-SAI rappresentava, per mettere sotto pressione Mediobanca, di sentirsi *“svincolato da qualsiasi tipo di collaborazione”* con la banca d'affari fino allo *“scongelamento”* dell'investimento fatto in Fondiaria (doc. n. 20 di Mediobanca);

- che nella lettera del dott. C. all'ing. L. del 19 febbraio 2002, riferendo di una consultazione avuta con Mediobanca sul tema della spartizione delle cariche nella nuova società, il primo si richiamava all'esistenza, in materia, di *“vecchi accordi”* (doc. n. 128);

- che il 30 maggio 2002, a fusione ormai sostanzialmente conclusa, il vertice di Mediobanca, rammentato a Premafin il proprio contributo all'operazione, avvertiva che la gestione della nuova società non avrebbe potuto avere riguardo ai soli interessi del suo principale azionista (doc. n. 188).

4n. Il provvedimento impugnato annovera in ultimo tra gli elementi giustificativi dell'accertamento del controllo congiunto su Fondiaria-SAI anche la preesistenza di forti legami finanziari, economici e personali di Premafin verso Mediobanca (parr. 59 e 70). Già dalla Comunicazione sulla nozione di concentrazione (punti 32-33) risulta, del resto, come la preesistenza di legami tra gli azionisti possa fungere da indizio di una comunanza di interessi tra loro, a sua volta indicativa di un possibile controllo congiunto.

Rinviano a proposito dei legami di tipo personale tra le due società al n. 4o *infra*, ci si deve soffermare qui sui vincoli finanziari ed economici esistenti fra loro.

A questo riguardo nello stesso provvedimento, facendo riferimento alla rilevante esposizione debitoria di Premafin nei confronti di Mediobanca e alle argomentazioni procedurali svolte dalle parti in proposito, viene precisato che *“l'Autorità non ha mai sostenuto che i rapporti di finanziamento fra Mediobanca e Premafin potessero configurare una situazione di*

*dipendenza economica ...*". Nondimeno, la stessa ha "accertato che la rilevanza dell'esposizione debitoria, peraltro maturata soprattutto al fine di realizzare l'operazione, costituisce un elemento decisivo al fine di condizionare Premafin nell'espressione delle scelte di governance e strategiche relative alla nuova entità Fondiaria-Sai" (par. n. 67).

La ricorrente, di contro, contesta che i legami finanziari in discorso fossero idonei a fondare il controllo congiunto sulla nuova entità nata dalla fusione.

Negli scritti di Mediobanca si premette che ai fini del diritto antitrust un legame finanziario tra due imprese può fungere da indice dell'esistenza di un controllo dell'una sull'altra solo nella misura in cui sia idoneo a configurare una situazione di vera e propria dipendenza economica. Di conseguenza, una volta esclusa in una fattispecie la sussistenza di quest'ultima condizione, dovrebbe essere con ciò stesso esclusa anche la possibilità che i finanziamenti registrati nel relativo caso concreto possano, pur se di ingente entità, integrare un elemento rilevante.

In contrario è peraltro doveroso osservare che, sebbene la definizione del controllo di fatto fornita dalla Comunicazione più volte citata ruoti intorno al concetto di dipendenza economica, ciò non deve far perdere di vista il fatto che quanto il procedimento in esame si proponeva di accertare non era un ipotetico controllo Mediobanca-Premafin, bensì (più limitatamente) un controllo congiunto di entrambe su Fondiaria-SAI. In quest'ottica, quindi, legittimamente e conformemente a logica i rapporti finanziari di cui si tratta, pur non integrando una vera e propria dipendenza economica di Premafin, sono stati presi in considerazione quale fattore di condizionamento che, concorrendo con altri elementi analoghi, contribuisce a tracciare un quadro di (co)dipendenza (*rectius*, di soggezione ad influenza determinante), da parte di Fondiaria-SAI, oltre che da Premafin, anche da Mediobanca (pure titolare di una cospicua quota di Fondiaria). E questa considerazione avvia a reiezione le deduzioni svolte sull'argomento da parte ricorrente.

Negli scritti di Mediobanca si insiste, inoltre, sull'assunto che i finanziamenti da essa erogati a Premafin (e le relative garanzie) integravano un rapporto del tutto comune e fisiologico tra un istituto di credito ed una impresa cliente. Mediobanca, come ogni altro istituto creditizio, tende ad instaurare con la propria clientela rapporti esclusivi, con la conseguenza che l'elevatezza della percentuale dei crediti da essa concessi sul totale delle pendenze finanziarie di Premafin non avrebbe avuto alcunché di eccezionale.

Non si può tuttavia negare che l'elevato ammontare e la notevole incidenza dei detti crediti esprimessero comunque una certa possibilità di condizionamento nei termini indicati dall'Autorità, specialmente se si considera che proprio in connessione con l'operazione di fusione l'esposizione in discorso si era rafforzata mediante gli elevati finanziamenti addizionali necessari allo scopo perseguito.

Mediobanca insiste, altresì, sull'avvenuta riduzione dell'esposizione del gruppo nei propri riguardi, contrastando le osservazioni del provvedimento impugnato (par. n. 68) che hanno svalutato tale circostanza.

Nemmeno queste contestazioni possono essere condivise.

L'Autorità ha evidenziato, in proposito, che la suddetta riduzione del debito era stata realizzata su impulso di Mediobanca, che aveva ceduto parte del proprio credito verso Premafin ad un altro istituto mantenendo il ruolo di agente e impresa mandataria: ed il provvedimento si è quindi intrattenuto sulla "profonda differenza che sussiste tra il caso in cui la ricerca del finanziatore sia effettuata dal soggetto che necessita del finanziamento ed il caso in cui tale ricerca sia svolta da parte della banca che abbia già erogato il finanziamento ed intenda cederne una parte" (sottolineando l'elevato rischio di credito cui solo nel primo caso il nuovo creditore si espone).

Ora, poiché la detta riduzione del credito non risaliva, appunto, ad iniziative espressive di autonomia di Premafin rispetto a Mediobanca, ma nasceva su impulso di questa, non può essere ritenuta irragionevole la valutazione dell'Autorità che ha ritenuto persistere il valore indiziario dell'esposizione della prima, pervenendo alla conclusione che tra le due esistevano tuttora dei forti legami finanziari suscettibili di essere annoverati, in quanto fattori di condizionamento, tra gli elementi rivelatori di un controllo congiunto su Fondiaria-SAI.

Nè la ricorrente ha spiegato - o comunque è dato altrimenti comprendere - la ragione per la quale siffatto mero passaggio della motivazione del provvedimento avrebbe dovuto esserle preventivamente contestato.

La ricorrente, infine, esclude che nei ragionamenti dell'Autorità potesse essere dato spazio alla garanzia pignorizia sulle azioni SAI costituita in favore di essa Mediobanca a garanzia dei propri finanziamenti, e alla stipulazione – sempre in suo favore – della clausola contrattuale c.d. *Material Adverse Change*: ma neppure questi assunti possono essere seguiti.

Tenuto conto, a proposito del pegno sulle azioni, del limitato peso che il tema riveste nell'economia del provvedimento impugnato (nella cui sezione d) non figura, diversamente dal successivo, neppure richiamato), sembra sufficiente, al riguardo, osservare che la presenza di un assai esteso pegno a favore di Mediobanca oggettivamente – e al di là del carattere tutt'altro che eccezionale dell'istituto nella prassi – non poteva non aggravare la pressione già esistente su Premafin in dipendenza della propria pesante esposizione debitoria verso la sua finanziatrice. E correttamente è stata raggiunta la stessa conclusione anche a proposito della clausola nominata poco sopra, la cui portata, diversamente da quanto è stato sostenuto negli scritti di Mediobanca, in realtà dilata, e consistentemente, il circoscritto ambito tracciato dall'art. 1186 cod. civ. dei casi di decadenza del debitore dal beneficio del termine.

4o. – Rimane da affrontare, a questo punto, il tema relativo ai forti legami personali accertati tra Premafin e Mediobanca, che nel giudizio dell'Autorità sono stati annoverati, al pari degli analoghi vincoli economici e finanziari emersi tra gli stessi soggetti, fra gli elementi fondanti l'affermazione del controllo congiunto su Fondiaria-SAI (par. n. 70).

Dei detti legami personali è stata fornita una indicazione solo esemplificativa nel par. n. 18 del provvedimento finale, mentre più ampi ragguagli sono offerti nei parr. 47-49 della deliberazione del 10 ottobre 2002.

In proposito la ricorrente, che non ha potuto negare che nella persona della sig.ra J. L. si realizzasse il cumulo di cariche indicato dall'Autorità, non è neppure riuscita a fornire elementi idonei a far disconoscere la valenza rivelatrice dell'ambigua collocazione riconosciuta al dott. C. (cui si è fatto già cenno poco sopra, al n. 4m).

Anche a proposito dei legami in parola può, quindi, ribadirsi quanto già detto nel senso dell'incensurabilità della valutazione che li ha riconosciuti quali possibili indici del controllo congiunto in discussione, emergendo anche per questo aspetto dei fattori di condizionamento che, concorrendo con altri elementi convergenti, contribuivano a tracciare un quadro di soggezione di Fondiaria-SAI all'influenza determinante, oltre che di Premafin, ma anche di Mediobanca (in partenza titolare anche di una cospicua quota di Fondiaria).

5. – Si è avuto modo di vedere sopra come l'Autorità abbia ravvisato nell'operazione al suo esame l'acquisizione di un controllo congiunto su Fondiaria-Sai da parte di Premafin e Mediobanca, e l'abbia inquadrata in un contesto in cui quest'ultimo istituto esercitava già un controllo di fatto su Generali, posizione “*la cui stabilità poteva essere compromessa con l'uscita di Fondiaria dall'influenza di Mediobanca conseguente l'opa di Italenergia su Montedison, ma che viene preservata grazie all'operazione in esame*” (par. n. 76).

Nel paragrafo precedente ci si è dedicati al controllo congiunto su Fondiaria-Sai. Resta da dire, quindi, del controllo su Generali che l'Autorità ha ascritto alla stessa Mediobanca (almeno a partire da quando, nell'aprile del 2001, la stessa aveva acquisito il controllo esclusivo di Euralux).

5a. Le valutazioni compiute al riguardo nel provvedimento impugnato richiedono il richiamo di alcune premesse di base.

“... Generali è una società ad azionariato diffuso con un capitale flottante pari a circa l'80%. In essa Mediobanca ha rappresentato e rappresenta il principale azionista, con una partecipazione attualmente superiore al 14%. Il secondo azionista è il Fondo Banca d'Italia, con il 4,7% del capitale sociale, gli altri azionisti con una partecipazione significativa, diversi dagli investitori istituzionali, sono Fondiaria e Sai rispettivamente con l'1,47% e lo 0,37% del capitale all'ultima Assemblea ordinaria” (par. n. 20).

Ora, l'Autorità ha ritenuto che “*L'analisi della presenza degli azionisti nelle assemblee ordinarie di Generali dell'ultimo quinquennio ... mostra come Mediobanca a partire dal 2001, dopo aver acquisito il controllo esclusivo di Euralux, detenga direttamente una partecipazione vicina alla maggioranza.*”

... Mediobanca raggiungeva la maggioranza assoluta nelle assemblee di Generali potendo contare sui diritti di voto espressi da Fondiaria, la quale si trovava comunque nella condizione di seguire Mediobanca nell'esercizio del voto – e di fatto l'ha seguita –, in considerazione della

rilevante partecipazione detenuta dalla banca d'affari non solo direttamente in Fondiaria, nella misura del 13,8%, ma anche nella allora controllante Montedison, che deteneva il 30 % di Fondiaria. Nel complesso, come si evince dalla tabella 1, nelle ultime due assemblee, Mediobanca e Fondiaria disponevano della maggioranza dei voti, detenendo il 51,51% dei voti nell'assemblea del 2001 e il 51,15 nell'assemblea del 2002" (par. n. 21).

Le conclusioni formanti oggetto di contestazione si reggono, più analiticamente, sull'itinerario argomentativo appresso riportato.

*"Con riferimento al controllo di Mediobanca su Generali, si fa presente che secondo la Comunicazione della Commissione sulla nozione di concentrazione, il controllo esclusivo di un'impresa "può essere acquisito anche attraverso una partecipazione di minoranza qualificata. Che ciò sia il caso, può essere stabilito in base ad elementi di natura giuridica o fattuale". La stessa Comunicazione precisa che un azionista di minoranza detiene il controllo esclusivo "quando è altamente probabile che l'azionista possa ottenere la maggioranza nell'assemblea degli azionisti perché le azioni rimanenti sono disperse tra una moltitudine di proprietari". Inoltre "il controllo esclusivo può essere esercitato anche da un azionista di minoranza che ha diritto di gestire gli affari della società e di determinare la sua politica aziendale", situazione che si verifica quando questi può fare affidamento sulla maggioranza dei membri degli organi sociali dell'impresa.*

*In merito all'influenza di Mediobanca nella nomina degli organi sociali di Generali, in particolare del Consiglio di Amministrazione, Mediobanca e Generali sostengono che il Comitato Nomine abbia una funzione meramente conoscitiva circa le persone designate a comporre gli organi amministrativi. In realtà, gli elementi documentali acquisiti nel corso del procedimento evidenziano che, in seno al Comitato Nomine, si definisce la ripartizione dei poteri all'interno di Generali e l'assetto dei vertici, come poi sistematicamente e pressoché integralmente approvati dalle Assemblee.*

*Quanto, poi, alla pretesa normalità dei contatti preventivi tra i vertici di Generali e Mediobanca, che sarebbero funzionali a consentire un flusso informativo nei confronti dei principali azionisti, propedeutico all'esercizio del diritto di voto in Assemblea, gli ulteriori accertamenti istruttori condotti evidenziano la non condivisibilità di tale tesi. Ed infatti, l'esito della richiesta di informazioni ai principali azionisti di Generali diversi da Mediobanca, Premafin e Fondiaria, inviata in data 7 novembre 2002, al fine di verificare le modalità di partecipazione al voto alle Assemblee di Generali, nonché la natura delle informazioni inviate da Generali alla vigilia delle Assemblee stesse, con specifico riferimento alle ultime due Assemblee ordinarie, ha mostrato una situazione affatto diversa.*

*Gli azionisti che hanno risposto, inclusi quelli più rilevanti, hanno evidenziato come le scelte di voto nell'Assemblea di Generali siano orientate alla "valorizzazione degli investimenti", e soprattutto l'informativa preliminare a disposizione per la partecipazione alle Assemblee, inclusa quella del 28 aprile 2001, contrariamente a quanto sostenuto da Mediobanca, consista esclusivamente in "l'avviso di convocazione con ordine del giorno, i documenti di bilancio, nonché le relazioni del Consiglio di Amministrazione riguardanti gli altri argomenti all'ordine del giorno".*

*La capacità di Mediobanca di influenzare in modo determinante le scelte strategiche di Generali costituisce un chiaro riflesso della posizione di forza detenuta dalla banca d'affari nelle Assemblee di Generali, dove Mediobanca dispone direttamente di una quota prossima alla maggioranza assoluta dei diritti di voto. Tale maggioranza viene raggiunta considerando i voti derivanti dalle azioni detenute da Fondiaria, a prescindere quindi dal comportamento degli altri azionisti importanti di Generali, molti dei quali di natura finanziaria.*

*Come emerso dalle risultante istruttorie, l'analisi delle assemblee ordinarie di Generali mostra come dal 2001 Mediobanca, dopo aver acquisito il controllo esclusivo di Euralux, detiene direttamente una partecipazione vicina alla maggioranza. La maggioranza assoluta viene raggiunta con i voti di Fondiaria, espressi direttamente o in delega.*

*In questo senso, non assumono rilievo le argomentazioni difensive di Generali in ordine alla necessità di computare nelle maggioranze assembleari i soli voti espressi direttamente; la stessa Commissione CE ha di recente ritenuto che l'esercizio di "un'influenza significativa" [su un'impresa titolare di diritti di voto in una società] "in virtù della partecipazione nel capitale sociale",*



*consente di affermare che detta impresa è “particolarmente propensa” a seguire il proprio azionista di riferimento nell’esercizio del voto e che quindi i relativi voti devono essere sommati per la verifica della maggioranza assembleare. (...)*

*Ne deriva che essendo Fondiaria partecipata direttamente e indirettamente (tramite Montedison) da Mediobanca, i voti dell’impresa di assicurazione devono essere computati unitamente a quelli della banca d’affari.*

*Fino al lancio dell’Opa di Italenergia su Montedison, quindi, Mediobanca poteva contare sul voto di Fondiaria in ragione dei legami finanziari intercorrenti tra l’impresa di assicurazione e la banca d’affari (Fondiaria partecipa al patto di sindacato di Mediobanca; quest’ultima ha una partecipazione rilevante in Fondiaria oltre ad essere il principale azionista di Montedison).*

*Successivamente all’Opa di Italenergia, la realizzazione dell’operazione in esame doveva consentire e ha consentito a Mediobanca di poter continuare a contare sui voti di Fondiaria nelle Assemblee di Generali e, quindi, di mantenerne il controllo di fatto.”*

5b. – Avverso le determinazioni che sono state assunte sulla base delle considerazioni testè trascritte Mediobanca muove, in primo luogo, un appunto di ordine procedimentale, lamentando il mancato rispetto del principio del contraddittorio e dei suoi diritti di difesa.

Essa espone che nell’economia della decisione impugnata costituisce una circostanza essenziale il punto che i voti di Fondiaria avrebbero potuto essere computati unitamente ai suoi, giacché proprio sulla considerazione unitaria delle relative partecipazioni viene basata la tesi della preesistenza del suo controllo su Generali. Ciò posto, la ricorrente deduce che tale fatto non le sarebbe stato contestato preventivamente, ma sarebbe stato esplicitato “*in questi termini per la prima volta nel provvedimento finale*” (prima di allora non essendosi l’Autorità mai spinta a sommare le partecipazioni in Generali di Mediobanca e di Fondiaria).

È tuttavia agevole obiettare che il provvedimento del 17 dicembre 2002 anche sul punto in discussione non costituisce che una coerente proiezione del modello interpretativo che era stato anticipato dal precedente del 10 ottobre 2002 di avvio dell’istruttoria. Tale atto indicava chiaramente che l’Autorità si riprometteva di verificare, nel procedimento, la possibilità di aggiungere ai voti di Mediobanca quelli spettanti a SAI e Fondiaria (le quali apparivano essersi “*sistematicamente conformate al voto della banca d’affari*”: v. par. n. 58; cfr. anche i successivi nn. 60, 62, 63), sommatoria che avrebbe permesso alla prima di raggiungere in sede assembleare la maggioranza assoluta del capitale rappresentato. Già allora l’Autorità dichiarava, invero, che appariva probabile che Mediobanca “*esercitasse un’influenza significativa su Fondiaria, la quale si trovava nella condizione di essere particolarmente propensa a seguire Mediobanca nel momento dell’esercizio del diritto di voto in Generali*” (par. n. 105; v. anche il n. 108).

Se ne desume che il quadro tracciato all’avvio del procedimento non ha subito al riguardo, nel provvedimento conclusivo, modifiche degne di nota. Le facoltà difensive della ricorrente potevano quindi trovare ogni possibile esplicazione nel procedimento che si è svolto, nel quale non hanno perciò patito alcuna lesione.

5c. – A parte il rilievo procedurale appena disatteso, la ricorrente non manca naturalmente di contestare anche sul versante dei propri rapporti con Generali il contenuto intrinseco della ricostruzione operata dall’Autorità.

5d. – Essa adduce dunque varie ragioni intese ad escludere, innanzi tutto, che ai propri voti nelle assemblee di Generali potessero essere sommati quelli espressi nello stesso contesto da Fondiaria (direttamente o per delega).

Viene ricordato che Mediobanca, con una partecipazione del 13,8%, non controllava Fondiaria (controllata invece all’epoca da Montedison), ma ne era solo un azionista rilevante. Né i voti di Fondiaria potevano essere riferiti a Mediobanca in nome della partecipazione da questa detenuta in Montedison, posto che nel provvedimento non si afferma che la ricorrente avesse il controllo di quest’ultima, né si fornisce dell’assunta riferibilità altra credibile motivazione.

L’Autorità sarebbe incorsa, pertanto, nell’errore di attribuire a delle semplici partecipazioni di minoranza l’effetto proprio (capacità di esercitare un’influenza determinante sull’impresa) di partecipazioni di controllo.

Il diverso e corretto ragionamento seguito dall’Autorità muove peraltro, come si è visto, dalla solida premessa che, secondo la Comunicazione della Commissione sulla nozione di

concentrazione, il controllo esclusivo di un'impresa "può essere acquisito anche attraverso una partecipazione di minoranza qualificata. Che ciò sia il caso, può essere stabilito in base ad elementi di natura giuridica o fattuale". La stessa Comunicazione precisa che l'esistenza di un controllo esclusivo in capo ad un azionista di minoranza può presumersi sulla base di elementi fattuali "quando è altamente probabile che l'azionista possa ottenere la maggioranza nell'assemblea degli azionisti perché le azioni rimanenti sono disperse tra una moltitudine di proprietari" (punto 14).

Siffatta premessa imponeva perciò, e tuttora esige, di negare valore dirimente in senso preclusivo alla natura minoritaria delle partecipazioni di cui si tratta, e di approfondire lo studio del caso avendo riguardo ai risultati dell'istruttoria condotta nel procedimento.

L'Autorità, invero, dinanzi ad una società, quale Generali, con un capitale flottante pari a circa l'80%, in cui Mediobanca rappresentava il principale azionista con una partecipazione vicina al 14%, ha ritenuto sussistessero i presupposti per procedere ad un'analisi delle presenze degli azionisti nelle assemblee, al fine di verificare se fosse o meno "altamente probabile" per Mediobanca il raggiungimento della maggioranza. E ciò che è emerso dall'analisi delle assemblee di Generali è, appunto, che Mediobanca, dal 2001, dopo aver acquisito il controllo esclusivo di Euralux, disponeva già direttamente di una quota prossima alla maggioranza assoluta dei diritti di voto, e poteva raggiungere tale soglia considerando aggiuntivamente i voti derivanti dalle azioni detenute da Fondiaria.

Né può condividersi l'appunto che l'Autorità avrebbe stravolto il test in uso nella prassi comunitaria, fondato sulla semplice verifica della presenza degli azionisti in assemblea, attribuendo rilevanza in occasione dell'accertamento del controllo assembleare di Mediobanca alla natura meramente finanziaria degli altri azionisti di Generali. In realtà, infatti, l'Autorità si è strettamente attenuta al test in uso nella prassi comunitaria (Comunicazione della Commissione sulla nozione di concentrazione, punto 14), ancorando le proprie valutazioni sulla normale rilevanza delle presenze degli azionisti nelle assemblee ordinarie.

Venendo, dunque, al punto centrale relativo alla possibilità contestata dalla ricorrente di sommare alla partecipazione in Generali di Mediobanca quella di Fondiaria, l'Autorità ha messo in chiara evidenza gli elementi che l'hanno indotta al suo convincimento affermativo.

Questi elementi si riconducono ai molteplici profondi legami ed incroci esistenti tra le due società. Se è vero, infatti, che era Montedison, con una partecipazione in Fondiaria di circa il 30%, ad averne il diretto controllo, è stato sottolineato, peraltro, che Mediobanca, oltre ad essere il secondo azionista di Fondiaria (con una partecipazione di circa il 14%), costituiva nello stesso tempo in Montedison l'azionista di maggioranza relativa in termini di diritti di voto, e che la medesima Fondiaria era, per converso, azionista e parte del patto di sindacato di Mediobanca.

Da queste concrete e peculiari basi l'Autorità ha potuto desumere, dunque, che Mediobanca era complessivamente in condizione di esercitare una notevole influenza su Fondiaria, la quale si trovava nella conseguente condizione di essere particolarmente propensa a seguirla – ed in fatto risulta esserlesi sistematicamente conformata – (cfr. il paragr. n. 58 della delibera del 10 ottobre 2002 ed il paragr. n. 21 del provvedimento finale) nell'esercizio del diritto di voto in Generali.

Di qui, allora, la ragionevole conclusione, che trova un oggettivo sostegno nelle risultanze istruttorie, del computo congiunto dei voti espressi dalle due società.

Il criterio interpretativo seguito dall'Autorità è anche corroborato dalla più recente prassi della Commissione (la cui missiva del 20 luglio 2001 e decisione del 28 agosto 2001 sono state puntualmente richiamate dal provvedimento conclusivo), evolutasi, appunto, nel senso che l'esercizio di un'influenza significativa su di un'impresa, titolare di diritti di voto in una società, può consentire di affermare che la stessa impresa sia "particolarmente propensa" a seguire il proprio azionista di riferimento nell'esercizio del voto, e che quindi i voti di entrambi possano essere sommati tra loro ai fini della verifica della maggioranza assembleare (decisione *cit.*, doc. n. 37 di Mediobanca, punto 37).

Obietta la ricorrente che la decisione della Commissione richiamata a sostegno delle conclusioni dell'Autorità aveva ad oggetto un caso del tutto diverso dal presente. Al riguardo coglie però nel segno la replica erariale secondo la quale (ferma la scontata diversità degli elementi concreti connotanti le due vicende) ciò che della decisione citata si segnala

è l'apertura che non vi sarebbe motivo per confinare entro il caso di specie – a valutare, ai fini della decifrazione degli effettivi assetti di un'entità economica oggetto di indagine, qualsiasi significativo fattore che possa concorrere con la partecipazione azionaria in una società, integrando complessivamente una "influenza significativa" su di essa, onde considerare poi rilevante la conseguente "particolare propensione" di quest'ultima a seguire nelle scelte di voto il proprio azionista di riferimento, al fine della sommatoria delle partecipazioni di entrambi nell'entità *sub iudice*.

Sicchè, come è stato ben detto, gli elementi presi in considerazione nel presente procedimento, per quanto diversi da quelli a suo tempo accertati dalla Commissione, proprio come loro risultano convergenti nel denotare la specifica propensione di un soggetto, nella specie Fondiaria, ad uniformarsi alle decisioni di voto di altri, che era in condizione di influenzarlo (Mediobanca): donde la ragionevolezza della conclusione, in questo caso come nel precedente, nel senso del computo congiunto dei rispettivi voti.

Va poi osservato che le indagini e valutazioni dell'Autorità in proposito hanno riguardato un lasso di tempo non privo di consistenza, e non si sono nemmeno basate su situazioni strettamente contingenti: ne discende che non può neppure dirsi che l'accertato rapporto di controllo fosse carente della necessaria stabilità (requisito che non potrebbe essere inteso con un rigore assoluto, poiché ciò priverebbe di ogni effettività le norme in materia).

La ricorrente ricorda, infine, che l'esistenza di un controllo di Mediobanca su Generali era stata esclusa per ben due volte, con decisioni del 19 dicembre 1991 e del 12 gennaio 2000, dalla stessa Commissione europea. Si tratta però di precedenti ai quali in questa sede non può annettersi alcun significato, per essere stati assunti con riferimento a situazioni di composizione azionaria anteriori e diverse da quella oggetto di indagine nel presente procedimento (prima, in particolare, dell'acquisizione di Euralux), e soprattutto disponendo di un quadro meno ricco di elementi istruttori.

5e. – Venendo ad altro tema di critica prospettato da Mediobanca, la stessa si duole che nel determinare i voti a lei riferibili nelle assemblee di Generali siano state conteggiate anche "le azioni Spafid proprie e in delega da parte di imprese appartenenti al Gruppo Mediobanca inclusa Consortium".

A proposito di Spafid, la ricorrente ricorda di avere già rappresentato nel corso del procedimento la non riconducibilità a sé dei voti che erano stati espressi dalla suddetta nell'assemblea di Generali in virtù di partecipazioni detenute in nome proprio ma per conto di terzi, oppure in forza di delega.

Non viene negato, cioè, che la Spafid appartenga al Gruppo Mediobanca. Viene evidenziato, tuttavia, che essa, in quanto società fiduciaria, è tenuta ad esercitare i diritti di voto inerenti ai titoli affidatili secondo le istruzioni impartitele dalla clientela nell'ambito dei mandati ricevuti, senza che vi sia spazio per scelte discrezionali da parte della fiduciaria né di istruzioni da Mediobanca. Da ciò l'impossibilità di considerare tra i voti a disposizione di Mediobanca quelli di cui Spafid disponeva in virtù di delega o intestazione fiduciaria da parte di terzi, senza avere dimostrato che i voti stessi erano stati esercitati su indicazione della ricorrente.

Come ha replicato la resistente difesa, peraltro, mai nelle tabelle dell'Autorità (pur non sempre agevolmente leggibili) sono state computate azioni che erano state affidate in delega a Spafid da parte di soggetti diversi da Mediobanca, SAI e Fondiaria, e quindi da veri e propri soggetti terzi (cfr. *sub* n. 5d).

L'Autorità ha semplicemente ritenuto di poter conteggiare, con le azioni di Mediobanca in Generali, quelle nella stessa Compagnia in titolarità di Spafid (azioni sue proprie, e non in delega), nonché quelle detenute da Spafid su delega di società dello stesso gruppo Mediobanca, trattandosi di azioni certamente riconducibili alle indicazioni di voto promananti dalla banca d'affari (e, analogamente, di computare con le azioni di Fondiaria in Generali quelle detenute su delega della prima da Spafid).

Poiché, dunque, la ricorrente non ha dimostrato che le siano stati ascritti titoli riconducibili a vere e proprie società terze, neppure questo profilo di illegittimità risulta sussistente.

Quanto a Consortium, ci si duole che l'Autorità abbia attribuito a Mediobanca i voti espressi da Spafid in virtù di delega ricevuta da tale ulteriore soggetto. E si soggiunge, lamentando di non essere stati posti in condizione di farlo nel corso del procedimento, che – diversamente da quanto è leggibile nel provvedimento – Mediobanca non aveva il con-

trollo di Consortium ma ne era un semplice azionista rilevante, che oltretutto il 17 dicembre 2001 aveva ceduto la propria partecipazione (la ricorrente richiama in proposito i propri docc.ti nn. 41 e 42).

La resistente difesa ha peraltro dimostrato (pagg. 49-51) come sin dall'inizio del procedimento anche il pacchetto azionario di Consortium fosse stato ascritto a Mediobanca (onde la sottolineatura recata dalla nota in calce alla tabella 1 del provvedimento del 17 dicembre 2002 non aveva alcuna effettiva portata innovativa). Sin dall'avvio del procedimento la ricorrente era, pertanto, in grado di far valere in proposito le proprie riserve ed obiezioni, che invece hanno trovato espressione soltanto in questa sede.

Venendo al contenuto di tali riserve, a parte la mancanza di una rigorosa prova degli asseriti di fatto e specialmente dell'allegata cessione – svolti dalla ricorrente (che dal doc. n. 41 cit. figurerebbe in ogni caso come principale azionista di Consortium) circa l'esatto assetto azionario di Consortium, come pure circa l'effettiva estraneità dei nuovi titolari della società al gruppo Mediobanca, ciò che va soprattutto condiviso è l'obiezione erariale secondo la quale l'estrema modestia della partecipazione di cui si discorre avrebbe richiesto che la stessa ricorrente si fosse fatta carico – il che non è avvenuto – della dimostrazione dell'essenzialità del travisamento da essa dedotto (e cioè della sua idoneità ad incidere sul computo delle maggioranze posto a base del provvedimento).

In considerazione di tanto anche questa doglianza può essere superata.

5f. La ricorrente contrasta altresì quanto sostenuto nel provvedimento circa l'influenza da essa esercitata, attraverso il proprio c.d. Comitato Nomine, nella nomina degli organi sociali di Generali, definendo anticipatamente la ripartizione dei poteri e l'assetto dei vertici della Compagnia.

Mediobanca obietta di avere già rappresentato con chiarezza nel corso del procedimento il ruolo e le funzioni del Comitato Nomine, organismo istituito con delibera del 28 marzo 2001 e composto dai suoi presidente, vice presidenti ed amministratore delegato. Compito del Comitato, viene detto, è solo quello di decidere il voto che il rappresentante di Mediobanca dovrà esprimere nell'assemblea di una società compresa tra le sue “*partecipazioni permanenti*” e che sia chiamata a rinnovare i propri organi. Conoscendo preventivamente, infatti, i nominativi delle persone designate per le relative investiture – aveva esposto e ribadisce la ricorrente – può essere più consapevolmente stabilito l'orientamento da assumere nell'assemblea della partecipata: e il Comitato rappresenterebbe solo la formalizzazione di un processo decisionale interno del tutto conforme a quello che ciascuno altro socio conduce, in ogni assemblea analoga, per decidere il modo di esprimere il proprio voto. La ricorrente ha soggiunto, infine, che “non tutti i nomi elencati nella lista trasmessa ... sono poi stati effettivamente nominati consiglieri dall'assemblea”.

Osserva il Tribunale, tuttavia, che la lettura così proposta del ruolo del Comitato Nomine, ancorché in astratto non implausibile, è smentita dalle risultanze acquisite nel procedimento, con le quali non è conciliabile. Dalle dette risultanze traspare che il “processo decisionale interno” evocato dall'abile difesa di parte era in realtà in grado di tradursi (ed è proprio in ciò che sta l'elemento valorizzato dall'Autorità) nell'esercizio di un imminente potere di condizionamento da parte della banca d'affari delle scelte degli organi sociali di Generali, condizionamento che neppure in questo giudizio ha potuto trovare smentita.

Come gli atti dell'Autorità hanno puntualmente messo in luce, infatti, almeno per le assemblee del 2001 e 2002 le scelte in ordine alla gestione di Generali preventivamente compiute da Mediobanca sono state approvate dalle assemblee stesse. Ad esempio, l'assemblea del 28 aprile 2001, nella quale sono stati nominati i membri del Consiglio di Amministrazione per il triennio successivo, ha confermato l'elenco proposto dal Comitato Nomine di Mediobanca due giorni prima, il 26 aprile 2001, con la mera eccezione di un solo componente. E il nuovo Consiglio di Amministrazione, espressione di queste puntuali indicazioni, nella sua prima seduta, tenutasi il 28 aprile 2001 immediatamente dopo l'assemblea, ha proceduto alla nomina del Comitato Esecutivo (cui era delegata la gestione ordinaria della società), composto da 9 membri, di cui ben 5, e quindi la maggioranza, erano collocati in posizioni di rilievo nell'organigramma di Mediobanca.

Anche nel Consiglio di Amministrazione consecutivo all'assemblea del 27 aprile 2002, che si è tra l'altro occupato della riorganizzazione interna attraverso l'istituzione di nuovi organi di gestione, con conseguente ridefinizione delle deleghe degli amministratori e del

Comitato Esecutivo, sono state sostanzialmente ratificate le decisioni prestabilite da Mediobanca. A parte, infatti, quanto si dirà di qui a poco (n. 5g2) sull'incontro preparatorio che si era tenuto il giorno 8 dello stesso mese, va rilevato che il Comitato nomine tenutosi il 24 aprile 2002, in vista dell'Assemblea, che aveva avuto il medesimo oggetto, aveva previsto proprio la composizione del Comitato Esecutivo di Generali che sarebbe stato nominato senza modifiche nel Consiglio di Amministrazione immediatamente successivo (paragr. nn. 23 e 24 del provvedimento finale).

5g. – Queste oggettive convergenze vengono, poi, corroborate e consolidate da ulteriori elementi istruttori, la cui valenza si è invano tentato di sminuire, e che confermano inequivocabilmente – al di là di ogni possibile sforzo dialettico – l'effettività delle dinamiche del controllo di Mediobanca su Generali.

5g1. – A proposito dell'accordo raggiunto tra gli amministratori delegati delle due società in data 26 aprile 2001, cui nel provvedimento viene conferito particolare rilievo, Mediobanca ribadisce il proprio assunto che l'intesa era priva di rilievo giuridico e non vincolava in alcun modo le rispettive società, essendo stata conclusa tra i loro vertici solo a titolo personale, per disciplinare i loro rapporti reciproci.

Secondo la versione da essa offerta il dott. G., allora designato ad assumere la presidenza di Generali, si impegnava ad intrattenere preventivamente il dott. M. sui programmi strategici della Compagnia, sulle nomine di rilievo, nonché sulle operazioni che potessero toccare gli interessi della banca d'affari, senza però garantire a questa il diritto di esercitare alcuna influenza in tali aree.

La stessa circostanza che si fosse sentito il bisogno di formalizzare un accordo siffatto deponeva, secondo la ricorrente, nel senso dell'assenza di una significativa influenza di Mediobanca su Generali (che se esistente lo avrebbe reso superfluo). Un accordo simile, del resto, era stato già concluso il 16 maggio 1994 da Mediobanca e Lazard con Generali, ma la Commissione europea non lo aveva ritenuto meritevole di particolare attenzione.

Per tutte queste ragioni (già illustrate nel corso del procedimento) all'intesa del 26 aprile 2001 non avrebbe potuto essere attribuito, perciò, alcun valore.

È già, peraltro, la collocazione cronologica di tale accordo al 26 aprile 2001, la stessa data della riunione del Comitato Nominato gravida delle conseguenze sopra esposte, a suggerire un differente modo di intenderlo. E che il senso dell'intesa fosse diverso è confermato dalla disamina dei suoi circostanziati contenuti. Gli impegni assunti nell'occasione dall'amministratore delegato di Generali nei confronti del suo omologo di Mediobanca esorbitavano, infatti, dalle linee di una mera – e sia pure approfondita – esigenza informativa dell'azionista maggioritario (esigenza cui soveniva solo la prima parte del testo), per investire anche con chiarezza, e sempre in termini di impegnatività per Generali, il merito di importanti scelte organizzative e gestionali (doc. n. 47 di Mediobanca).

L'accordo andava, quindi, ben oltre la semplice funzione di regolamentare un flusso di informazioni dirette alla ricorrente, e, lungi dall'essere incompatibile con l'esistenza di una relazione di controllo, se ne presentava al tempo stesso, come bene è stato detto dalla resistente difesa, come manifestazione e strumento (a prescindere da ogni questione, in questa sede ultronea, relativa alla sua formale validità e rilevanza giuridica).

Niente di tutto questo è dato invece rinvenire nel precedente del 16 maggio 1994 richiamato nei motivi aggiunti (prodotto come doc. n. 49 di Mediobanca), che, a parte l'impegno reciproco di non alienazione delle parti firmatarie, conteneva nient'altro che una generica formula con cui Generali dichiarava che avrebbe mantenuto con loro *“una continuità di rapporti e di consultazioni in ordine a fatti e programmi di maggior rilievo della vita della Compagnia”*. E, d'altra parte, nessun elemento è stato offerto per rendere verosimile l'asserto che l'accordo del 26 aprile 2001, a dispetto delle qualifiche ricoperte dalle sue parti formali, dei suoi contenuti, e della connessione esistente tra le une e gli altri, sarebbe stato concluso dai suoi autori solo *“a titolo personale”*.

Con riferimento, quindi, al rilievo di Mediobanca che degli investitori istituzionali con partecipazioni limitate in una società sarebbero naturalmente portatori di interessi diversi da quelli di un azionista del calibro di essa ricorrente, tali da non spingerli ad attivarsi per acquisire particolari informazioni prima delle assemblee, si deve obiettare alla luce di tutto

quanto precede che tra Mediobanca e gli altri soci c'era ben altro e ben di più che un semplice differenziale informativo, posto che la prima disponeva di un potere condizionante del tutto sconosciuto ai secondi.

5g2. – Valutazioni simmetriche possono farsi a proposito dell'appunto predisposto dal dott. M. per l'incontro dell'8 aprile 2002 con il dott. G.

Nemmeno tale appunto meriterebbe, secondo le tesi della ricorrente, alcun riconoscimento di rilevanza ai fini in discorso. Da esso emergerebbe solo che il principale azionista di Generali si interessava alla definizione di un più efficiente assetto organizzativo del gruppo e ad un più adeguato sistema informativo, allo scopo di tutelare il valore della propria partecipazione e valutare il rischio dei finanziamenti in essere.

L'appunto rivela peraltro nel contesto delle risultanze raccolte un ben diverso e più pregnante senso sol che si noti che, come è stato correttamente sottolineato nel provvedimento del 17 dicembre 2002, il suo puntuale contenuto anticipava e prefigurava (cfr. il doc. n. 48 di Mediobanca, nonché la deliberazione dell'Autorità del 10 ottobre 2002 nei paragr. nn. 76-78), evidentemente non certo per caso, i lineamenti della riorganizzazione interna che di lì a poco, nello stesso mese, sarebbe stata deliberata dal Consiglio di amministrazione della Compagnia nella già citata seduta del 27 aprile.

Lo scritto costituisce dunque un altro plastico saggio della capacità di Mediobanca di tradurre la propria volontà in precetto vincolante per Generali.

5g3. – Se agli elementi fin qui esposti si aggiungono, poi, le inequivocabili affermazioni rese dal presidente uscente dott. D. in seno all'assemblea di Generali del 28 aprile 2001 (paragr. n. 69 della delibera del 10 ottobre 2002), che non si vede come potrebbero essere intese in un senso diverso da quello, in definitiva letterale, seguito dall'Autorità, e si rammenta, altresì, che fu proprio il presidente di Generali, in teoria un concorrente di SAI e Fondiaria, ad intervenire preso l'ISVAP per sostenere il buon esito del procedimento che le riguardava (cfr. sopra, al n. 41), si è in definitiva in grado di apprezzare la pienezza e l'organica coerenza del quadro di risultanze che ha permesso all'Autorità di pervenire alle sue logiche conclusioni, le quali non possono, pertanto, che trovare conferma.

6. – L'ultimo motivo aggiunto si richiama al parere che è stato reso nel procedimento dall'ISVAP (i contenuti del quale si trovano riassunti nei nn. 41-50 del provvedimento).

L'Istituto ha espresso un punto di vista difforme da quello che sarebbe stato conclusivamente adottato dall'Autorità. Ha dissentito dalla qualificazione dell'operazione di cui si discute in termini di acquisto di un controllo congiunto di Fondiaria-SAI da parte di Mediobanca e Premafin (l'ISVAP non ha ravvisato nella vicenda, in pratica, un ruolo di Mediobanca diverso da quello di un istituto finanziario che presta servizi di consulenza e assistenza alle imprese), ed ha escluso, altresì, di poter condividere la tesi che la stessa banca d'affari potesse esercitare un'influenza dominante su Generali.

La doglianza di parte è che il provvedimento in epigrafe si sarebbe discostato da questo parere in carenza di motivazione, nel senso che non avrebbe dato ad esso un rilievo adeguato. E a rafforzamento della critica viene rappresentato che, essendo l'Istituto competente, secondo legge, ad esercitare sulle imprese assicuratrici una funzione di vigilanza implicante un costante controllo sulle loro situazioni patrimoniali e finanziarie, ciò rendeva particolarmente significativa la sua presa di posizione (anche a prescindere dal fatto di essere stata richiesta qui allo scopo di operare qualificazioni rilevanti ai sensi della legge n. 287/1990) ai fini di un retto inquadramento della vicenda.

Anche queste censure sono prive di fondamento.

Si può notare che la ricorrente non mette minimamente in discussione il fatto che il parere che l'Amministrazione intimata è chiamata a richiedere all'autorità di settore, ai sensi dell'art. 4 della legge n. 287/1990, "*nel caso di operazioni che coinvolgono imprese assicurative*", non ha carattere vincolante, e come tale può ben essere legittimamente disatteso (purché sulla scorta di un'adeguata motivazione: C.d.S., VI, n. 2199 del 23 aprile 2002).

Venendo, allora, al decisivo punto dello spessore della motivazione occorrente a giustificare la divergenza della determinazione dell'Autorità dal parere ricevuto, il Tribunale deve condividere la precisazione della resistente difesa che le valutazioni dell'ISVAP oggetto di discostamento non riguardavano la disciplina specifica e le caratteristiche proprie del settore interessato (nel qual caso il diverso orientarsi dell'Autorità avrebbe dovuto poggiare, secondo la giurisprudenza, su di una motivazione particolarmente rigorosa: sentenza

n. 2199/2002 *cit.*), ma concernevano, piuttosto, l'interpretazione della disciplina *antitrust*, e segnatamente i consueti presupposti tipici dell'applicazione delle norme di tale materia, l'accertamento dei quali chiama in causa il *proprium* della competenza specifica ed esclusiva dell'Autorità.

Nel suo parere, difatti, l'ISVAP, dopo avere riconosciuto che la nozione di controllo prevista dalla normativa assicurativa presenta caratteristiche diverse e maggiormente vincolanti rispetto agli ordini concettuali propri della normativa *antitrust* (ed ignora, tra l'altro, la figura del controllo congiunto), con la sua ricostruzione dei dati forniti dall'istruttoria ha finito per operare un autonomo accertamento circa la configurabilità dei rapporti indagati quali relazioni di controllo proprio ai fini *antitrust*, pronunciandosi quindi su profili rientranti nelle specifiche competenze dell'Autorità *ex lege* n. 287/1990.

L'esposizione motivatoria che era lecito attendersi dalla resistente non doveva essere dunque nella specie improntata al massimo rigore. E alla luce di tanto le motivazioni che l'Autorità ha fornito a sostegno del proprio giudizio, non solo in termini generali ma anche punto per punto (cfr. i parr. nn. 56, 62, 66, 69 e 134), facendosi doveroso carico dei principali argomenti dell'Istituto per poi, dal proprio decisivo punto di vista, superarli, possono giudicarsi senz'altro adeguate.

7. – In conclusione, come è stato anticipato, mentre il ricorso originariamente introdotto deve essere dichiarato inammissibile, i motivi aggiunti e la domanda risarcitoria di parte ricorrente devono essere respinti per la loro infondatezza.

Si ravvisano, tuttavia, ragioni tali da far disporre la integrale compensazione delle spese processuali tra le parti in causa.

*P. Q. M.* Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione I, dichiara inammissibile il ricorso in epigrafe così come originariamente introdotto e respinge i motivi aggiunti. Spese compensate. La decisione sarà eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, Camere di consiglio del 29 ottobre e 5 novembre 2003».

## ***Tempus regit actum e provvedimento amministrativo***

(Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana, Firenze, sezione prima, ordinanza 25 novembre 2003 n. 1200; sentenza 24 febbraio 2004, n. 522)

### *Premessa.*

Con le pronunce che si annotano il T.A.R. Toscana ribadisce il principio secondo cui al provvedimento amministrativo si applica la normativa vigente al momento della sua emanazione.

Vediamone sinteticamente i fatti sottesi.

Nel primo caso si impugna il provvedimento con il quale é stato ripartito il monte ore disponibile presso un Istituto professionale lamentando la violazione di due circolari del Ministero della Pubblica istruzione in materia di organizzazione scolastica.

Il T.A.R., in sede di merito, ha ribadito il concetto in materia di attività di autotutela dell'Amministrazione scolastica: la legittimità degli atti amministrativi va verificata con riguardo alla situazione di fatto e di diritto sussistente al momento della loro adozione.

I fatti e le norme sopravvenuti, infatti, non possono essere presi in considerazione ai fini dell'annullamento d'ufficio, consentito unicamente nel caso di provvedimenti inficiati da vizi di legittimità *ab origine*.

Con la seconda pronuncia, già in sede di ordinanza, il T.A.R. si esprime non ravvisando la sussistenza del *fumus proprio* in virtù dell'applicabilità del principio *tempus regit actum* al provvedimento amministrativo.

In questo caso il ricorrente impugna l'annullamento della cartolina di precetto e il decreto con cui il Ministero della Difesa rigettava l'istanza del ricorrente *ex art. 7, comma 3, lett. a)* volta ad ottenere la dispensa dal servizio di leva, adducendo che l'Amministrazione aveva operato illegittimamente avendo essa applicato il decreto ministeriale 13 marzo 2003, anziché il decreto ministeriale 30 settembre 2001, non rispettando il principio del *tempus regit actum* e della irretroattività della norma.

Il T.A.R. ha invece ritenuto legittimo, in virtù del principio *tempus regit actum*, l'operato della Amministrazione che ha applicato il decreto ministeriale 13 marzo 2003 in luogo del decreto ministeriale 30 settembre 2001.

Si osserva che con decreto monocratico *inaudita altera parte*, il Presidente aveva sospeso la cartolina precetto impugnata.

Il ricorrente ha stipulato un contratto di lavoro a tempo determinato in data 20 gennaio 2003 con scadenza 20 gennaio 2004. In relazione a questo aspetto, si potrebbe ravvisare l'insussistenza del danno lamentato in ragione del limitato periodo di tempo effettivo rimasto alla conclusione del contratto (poco più di un mese), rilevando a tal fine unicamente la scadenza fisiologica indicata dalle parti.



La rinnovabilità o meno di tale contratto, poi, è un evento futuro che, prima della naturale scadenza dello stesso, non è possibile prevedere, essendo legato alle esigenze dell'impresa e alla volontà datoriale.

*Il principio di irretroattività e il provvedimento amministrativo.*

Può accadere che l'emanazione del provvedimento amministrativo dia luogo a problematiche a causa della successione di leggi intervenute nelle more del procedimento o nel tempo intercorrente tra la domanda proposta dall'istante e l'emissione del provvedimento od ancora, prima dell'intervento in autotutela dell'Amministrazione.

Generalmente, si ritiene che in forza del principio *tempus regit actum* la disciplina applicabile sia di norma quella vigente al momento dell'adozione del provvedimento finale.

Il principio d'irretroattività costituisce regola generale dell'ordinamento giuridico ai sensi dell'art. 11 disp. prel. c.c., espresso dall'antico brocardo *tempus regit actum*, secondo il quale ciascun fatto deve essere assoggettato alla normativa vigente al momento in cui esso si è verificato.

Costituisce principio consolidato nel nostro ordinamento il fatto che lo *ius superveniens*, pur non applicandosi ai fatti compiuti, sia pur sempre applicabile ai fatti pregressi che il legislatore stesso consideri nei loro effetti futuri allo scopo di attribuire loro rilevanza o modificarli (1).

L'irretroattività della legge, non implica l'impossibilità che essa, benché successiva, regoli fatti e provvedimenti anteriori quando operino su situazioni suscettibili di permanere nel tempo, qualora tali situazioni non si siano esaurite al momento dell'emanazione della nuova normativa (2).

Ne consegue che il principio di irretroattività non preclude l'inapplicabilità della nuova legge agli effetti non esauriti di un rapporto giuridico sorto anteriormente (3). In virtù di questi principi, l'operato della Amministrazione che ha applicato il decreto ministeriale 13 marzo 2003 in luogo del decreto ministeriale 30 settembre 2001 è da considerarsi conseguentemente legittimo.

Com'è noto, il principio di irretroattività assume rango costituzionale solo in riferimento alle norme penali incriminatrici ed alle altre norme penali di carattere afflittivo.

Ne consegue che il suddetto principio è da ritenersi inderogabile solo nella materia penale: fuori da tale ambito, essendo esso posto da una norma di legge ordinaria e risultando privo di valenza costituzionale, può legittimamente essere derogato.

La volontà del legislatore di derogare al principio della irretroattività della legge, ove non sia esplicitamente affermata, può essere ricavata dall'interprete qualora il significato letterale della norma sia incompatibile con la

---

(1) Comm. Trib. Centr., Sez. Un., 22 gennaio 2002, n. 293, anche Cass. civ., Sez. lav., 23 ottobre 2002, n. 14943.

(2) T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 23 febbraio 1998, n. 659.

(3) Cds. civ., Sez. lav., 5 aprile 2000, n. 4221 in *Mass. Giur. It.*, 2000.

normale destinazione della legge di disporre esclusivamente per il futuro (4) e, comunque, può ricavarsi in via implicita dal dato normativo nonché dallo *spirito* della legge.

In ogni caso, anche a voler escludere che la suddetta revoca, esplicita o implicita, sia intervenuta oppure no, non può disconoscersi che costituisce principio consolidato il fatto che lo *ius superveniens*, pur non applicandosi ai fatti compiuti (vale a dire a quei fatti che il legislatore ha considerato come totalmente passati e che si sono svolti sotto la vigenza della legge anteriore), è pur sempre applicabile ai fatti pregressi (presupposti), che il legislatore stesso consideri nei loro effetti futuri allo scopo di attribuire loro rilevanza o modificarli.

Nell'ipotesi che la novità normativa intervenga prima che il rapporto giuridico sorto anteriormente abbia esaurito i suoi effetti e non sia diretta proprio ad incidere sul fatto o atto genetico di quel rapporto, essa deve essere comunque applicata, senza che ciò comporti alcuna violazione del principio di irretroattività della legge (5).

Lo stesso principio comporta, invece, che la legge nuova possa essere applicata ai fatti, allo «*status*» e alle situazioni esistenti o sopravvenute alla data della sua entrata in vigore, ancorché conseguenti ad un fatto passato.

Tutti questi elementi ai fini della disciplina disposta dalla nuova legge, devono essere presi in considerazione in se stessi, prescindendo totalmente dal collegamento con il fatto che li ha generati.

Ciò al fine di scongiurare che, attraverso tale applicazione, venga modificata la disciplina giuridica che il legislatore ha inteso introdurre nell'ordinamento.

È, pertanto, la condizione stessa, ovvero lo *status* di cittadino che deve prestare il servizio militare, che rileva ai fini dell'applicazione della legge *de qua*.

Molto esplicito il Consiglio di Stato (6): «il principio di irretroattività di disposizioni normative sopravvenute su situazioni coperte da giudicato, non comporta la loro piena operatività per il periodo successivo, atteso che il giudicato non può ipotecare il futuro prevalendo su nuove disposizioni di legge che sopravvengano a regolare la stessa materia, in quanto altrimenti, si verrebbe a compromettere il pieno esercizio della funzione legislativa».

È evidente, pertanto, che l'irretroattività della legge non implica l'impossibilità che essa, benché successiva, regoli fatti e provvedimenti anteriori, qualora operino su situazioni suscettibili di permanere nel tempo, purché tali situazioni non siano esaurite al momento dell'emanazione della nuova normativa (7).

---

(4) T.A.R. Toscana, Sez. I, 26 maggio 1998, n. 271, in *Trib. Amm. Reg.*, 1998, I, 2572.

(5) Cass. pen., Sez. Un., 9 maggio 2001, n. 14, in *Cass. Pen.*, 2001, 2674.

(6) Sez. IV, 18 novembre 1999, n. 1718, in *Cons. Stato*, 1999, I, 1830.

(7) Cfr. in dottrina GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale: gli artt. da 1 a 15*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, I, 1, Torino, 1984, 243 e segg.; R. CAPONI, *In tema di «ius superveniens» sostanziale nel corso del processo civile: orientamenti giurisprudenziali*, in *Foro It.*, 1992, I, 132 e segg.

*Tempus regit actum e annullamento d'ufficio.*

Alla medesima conclusione perviene la prima pronuncia in esame, la sentenza del T.A.R. Toscana n. 522 del 25 febbraio 2004.

In virtù del principio *tempus regit actum*, infatti: «la legittimità degli atti amministrativi va verificata con riguardo alla situazione di fatto e di diritto esistente al momento della loro adozione.

Ne consegue che i fatti e le norme sopravvenute non possono essere presi in considerazione ai fini dell'annullamento d'ufficio.

In questo caso si impugna il provvedimento con il quale è stato ripartito il monte ore disponibile presso un Istituto professionale lamentando la violazione di due circolari del Ministero della Pubblica istruzione in materia di organizzazione scolastica.

Anche in questa ipotesi il T.A.R. statuisce che la legittimità degli atti amministrativi va verificata con riguardo alla situazione di fatto e di diritto sussistente al momento della loro adozione. La situazione di fatto e di diritto è «presa in considerazione ai fini dell'annullamento d'ufficio, consentito unicamente nel caso di provvedimenti inficiati da vizi di legittimità *ab origine*» (8).

Nel caso di specie, alla data in cui è stata formulata la proposta in favore del controinteressato, non esistevano condizioni ostative alla sua nomina, né tantomeno era in qualche modo manifesto l'eventuale interesse del ricorrente a conseguire l'incarico *de quo* per il numero residuo di ore e, pertanto, del tutto legittimamente l'Amministrazione scolastica interessata provvedeva alla stipulazione del relativo contratto di lavoro con altro docente.

Lo stesso principio opera, dunque, anche in riferimento all'attività di autotutela dell'Amministrazione.

In particolare per quanto riguarda l'annullamento d'ufficio il fine specifico si rinviene nella necessità di sanare il provvedimento amministrativo viziato *ab origine*.

In realtà, recentemente, si riscontra l'esigenza di utilizzare tale intervento in autotutela al fine di adeguare il provvedimento amministrativo ad una situazione che è mutata.

Il disegno di legge recante «Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa, contiene alcune novità in merito all'annullamento d'ufficio.

In particolare è previsto che il provvedimento illegittimo ai sensi dell'art. 21-*octies* (violazione di legge, eccesso di potere e incompetenza) possa essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni dell'interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, o da altro organo previsto dalla legge.

---

(8) In proposito si citano alcuni precedenti giurisprudenziali: Cons. Stato, V Sez., 10 novembre 1992 n. 1262; T.A.R. Campania, Napoli, 20 aprile 2000, n. 1105; T.A.R. Toscana, sez. II, 14 maggio 1998, n. 400.

Sfuma l'accento posto sull'illegittimità del provvedimento destinato ad essere annullato d'ufficio, e si accentua quello relativo all'esigenza di garantire l'aderenza di una moderna Pubblica Amministrazione alle circostanze storiche e di fatto che via via intervengono.

La proposta di modifica legislativa conferma l'esigenza che nell'esercizio dell'autoannullamento d'ufficio venga innanzi tutto valutata la sussistenza dell'interesse pubblico, nell'esercizio del suo potere discrezionale (9).

Il termine ragionevole viene introdotto in quanto non esiste alcun principio in base al quale un'Autorità Amministrativa perda il generale potere d'agire in autotutela sui propri atti, qualora ne ravvisi la illegittimità, e non si configurano motivi ostativi all'esercizio (10).

*La dispensa e l'obbligo di prestare il servizio militare.*

Ai fini della completezza del commento, si ritengono opportune alcune considerazioni in merito ai fatti sottesi all'ordinanza.

Il legislatore, di fronte all'obbligo costituzionalmente sancito di prestare il servizio militare, ha previsto dei casi di esclusione di tali obblighi, sulla base di una valutazione generale di tutela di interessi economici e sociali (11).

Tali casi di esclusione degli obblighi militari rispondono alla esigenza di non ostacolare l'occupazione e in generale a tutela di interessi economici e sociali.

Tuttavia, l'esimente in questione della dispensa dagli obblighi di leva, in considerazione (anche) dell'imminente termine di scadenza del contratto di lavoro (20 gennaio 2004), essendo preordinata a dare tutela agli interessi economici e a quelli sociali e occupazionali dei chiamati alle armi, nel caso *de quo* perde ogni valenza pratica, prima ancora che giuridica.

*La sospensione del rapporto di lavoro in attesa dell'adempimento degli oneri militari.*

Si vuole concludere svolgendo alcune considerazioni in merito alla conservazione del posto di lavoro da parte del lavoratore subordinato.

Il fatto che al momento della presentazione della domanda di dispensa, il ricorrente già avesse in corso un contratto di lavoro a tempo determinato non significa che tale requisito sia «di per sé sufficiente alla concessione dell'esimente di cui all'art. 7 D. lgs. 504/1997».

In attuazione del principio costituzionale secondo cui l'adempimento degli obblighi di leva «non pregiudica la posizione di lavoro del cittadino»

---

(9) 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. 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, Ord. T.A.R. Toscana, n. 165 del 4 febbraio 2004.

(10) T.A.R. Sardegna, 10 gennaio 2002, n. 7, in *Foro Amm.* T.A.R., 2002, 287.

(11) Parere del Consiglio di Stato, sez. III, n. 2363 del 1° luglio 2003.

(art. 52, comma 2 Cost.), l'ordinamento deve prevedere (come prevede) che, in caso di adempimento di tali obblighi, il lavoratore conservi il proprio posto di lavoro.

Infatti, il D. Lgs. C.P.S. del 13 settembre 1946, n. 303, nonché il d.P.R. 14 febbraio 1964, n. 237, come modificato dalla legge 24 dicembre 1986, n. 958, prevedono la sospensione del rapporto di lavoro con il diritto alla conservazione del posto di lavoro da parte del lavoratore. Tale diritto alla conservazione del posto di lavoro è senza limitazioni, giacché attiene alla persona del lavoratore e non può essere compreso.

La tutela del posto di lavoro in caso di adempimento di tali oneri discende, dunque, da una norma primaria della legge fondamentale dello Stato, è normativamente disciplinata, ed è lo strumento necessario per garantire l'assolvimento degli obblighi inderogabili di leva.

Il lavoratore subordinato, dunque, non ha diritto ad ottenere la dispensa dal servizio militare poiché la prestazione del servizio militare non incide sulla situazione lavorativa, essendo il datore obbligato a conservargli il posto di lavoro (12).

Il lavoratore, pertanto, non subisce il danno che si potrebbe verificare conseguentemente all'espletamento della leva militare, essendo accordata all'arruolato la tutela di cui all'art. 77, comma 2, d.P.R. 14 febbraio 1964, n. 237.

*Avv. Maria Vittoria Lumetti*

**Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Firenze, sezione prima, ordinanza nella Camera di Consiglio del 25 novembre 2003, n. 1200 – Pres. G. Vacirca – Est. E. Di Santo P. M. (Avv.ti M. Manetti, C. Cossu, A. Fazio) c/ Ministero della Difesa – Distretto Militare di Firenze (Avv. dello Stato M. V. Lumetti).**

*In forza del principio «Tempus regit actum», la disciplina applicabile è di norma quella vigente al momento dell'adozione del provvedimento finale.*

«Ordinanza (*omissis*) per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, – della cartolina precetto n. 163 dell'11 marzo 2003 comunicata al ricorrente in data successiva al 3 ottobre 2003 con la quale è stato ordinato al ricorrente di presentarsi il giorno 12 novembre 2003 per essere incorporato presso il 78° Reggimento «Lupi di Toscana»;

– del Decreto del Ministero della Difesa, Direzione Generale Leva – Reclutamento Obbligatorio – Militarizzazione Mobilitazione Civile Corpi Ausiliari n. Lev/0344012007/REA/4 del 16 settembre 2003 con il quale è stata rigettata l'istanza del ricorrente *ex art. 7, comma 3, lett. a)* volta ad ottenere la dispensa dal servizio di leva, conosciuto in data 30 ottobre 2003 a seguito di invito a presentarsi presso il Distretto Militare di Firenze;

– nonché di ogni ulteriore atto presupposto, connesso e conseguente ancorché non conosciuto dal ricorrente.

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, in forza del principio «*Tempus regit actum*», la disciplina applicabile è di norma quella vigente al momento dell'adozione del provvedimento finale;

---

(12) T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 18 marzo 2002, n. 1129.

Considerato pertanto che, in relazione agli elementi di causa, non sussistono i presupposti per l'accoglimento della domanda incidentale in esame, ai sensi dell'art. 21, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, come modificato dall'art. 3 della legge n. 205/2000 coordinato con l'art. 1 della legge stessa;

*P.Q.M.* – Respinge la suindicata domanda incidentale di sospensione.

La presente ordinanza sarà eseguita dalla Amministrazione ed è depositata presso la Segreteria della I<sup>a</sup> Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Firenze, 25 novembre 2003».

**Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, sezione prima, sentenza 24 febbraio 2004, n. 522** – Pres. G. Vacirca – Est. B. Massari – R.A. (Avv. A. Morini) c/ Ministero della Pubblica Istruzione (Avv. dello Stato M. V. Lumetti) e altri.

*Ai fini dell'annullamento d'ufficio, la legittimità degli atti amministrativi va verificata con riguardo alla situazione di fatto e di diritto sussistente al momento della loro adozione, essendo l'annullamento consentito unicamente nel caso di provvedimenti inficiati da vizi di legittimità ab origine.*

«(omissis) *F a t t o*. Il ricorrente, docente incaricato dell'insegnamento di religione cattolica sin dall'anno scolastico 1982-83, ha insegnato nei ultimi sei anni con l'orario di cattedra di diciotto ore settimanali.

In occasione della stipulazione del nuovo contratto individuale di lavoro con l'Istituto professionale «M. P.» in data 21 ottobre 1997, veniva a conoscenza di essere destinatario, nel predetto istituto, di una proposta di contratto individuale di lavoro a tempo determinato, in qualità di docente per un'ora settimanale di lezione e che proposta analoga, ma per l'incarico di cinque ore settimanali, era stata fatta al collega prof. L. B., ancorché questi non fosse ancora in possesso dei titoli di qualificazione di cui al d.P.R. n. 751 del 16 dicembre 1985.

Contro gli atti in epigrafe ricorre il sig. R. chiedendone l'annullamento, con vittoria di spese e deducendo i motivi che seguono:

1. – Eccesso di potere per violazione della circolare del Ministro della pubblica istruzione n. 182/1991. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e disparità di trattamento.

2. – Eccesso di potere per violazione delle circolari del Ministro della pubblica istruzione n. 211/1986, 302/1995 e 158/1996. Violazione dell'art. 47, comma 7 del C.C.N.L. del Comparto scuola. Violazione dei principi in materia di organizzazione scolastica.

3. – Eccesso di potere per difetto di istruttoria. Violazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990. Eccesso di potere per carenza assoluta di motivazione. Eccesso di potere per violazione della circolare n. 206/1990.

Si sono costituite in giudizio l'Amministrazione intimata e la Curia vescovile di L. opponendosi all'accoglimento del gravame.

Alla pubblica udienza del 14 gennaio 2004 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

*D i r i t t o*. Con il ricorso in esame vengono impugnati gli atti, in epigrafe rubricati, con cui il Preside dell'Istituto professionale ha deliberato di conferire al prof. L. B., anziché al ricorrente, l'incarico di insegnamento per «ore settimanali 5 di lezione» con decorrenza 1° settembre 1997 e cessazione 31 agosto 1998.

Il ricorrente insorge, peraltro, sia pure in via subordinata, anche contro gli atti emessi dalla Curia di L. nella parte in cui propongono per l'incarico di insegnamento per 5 ore settimanali di lezione presso il predetto Istituto il prof. L. B., anziché il deducente.

In proposito, anche in assenza di eccezione di parte, deve rilevarsi il difetto di giurisdizione del giudice italiano nei confronti di atti che provengano dall'Autorità ecclesiastica (Cass. civ., sez. un., 10 aprile 1997, n. 3127).

Per tale aspetto, quindi, il ricorso è inammissibile per difetto assoluto di giurisdizione.

Deve poi, *in limine litis*, disattendersi l'eccezione di tardività del gravame avanzata da controparte.

È nozione del tutto incontrovertibile che la tardività del ricorso deve essere provata da chi solleva l'eccezione mediante dimostrazione rigorosa della data in cui si sostiene sia avvenuta la piena conoscenza dell'atto da parte del ricorrente, dovendo tale prova basarsi su elementi certi ed univoci.

Orbene, non v'è prova nella fattispecie che il ricorrente abbia avuto conoscenza del provvedimento che impugna sin dal 3 ottobre 1997, come ritenuto da controparte, essendo, anzi, agli atti solo copia del contratto di lavoro stipulato con l'Istituto in data 21 ottobre 1997, con la conseguenza che del tutto tempestivo appare il gravame notificato il successivo 20 dicembre.

Nel merito il ricorso è, peraltro, infondato.

Il ricorrente fonda le sue doglianze sulla violazione della circolare del Ministro della pubblica istruzione n. 182/1991, secondo cui, la mancanza in capo ai soggetti interessati dei necessari titoli di qualificazione, varrebbe qualificarli come supplenti temporanei, in quanto tali, assoggettabili alla disciplina giuridico economica prevista per tali categorie di personale, con la conseguenza che il posto assegnato ad un docente che si trovi nelle suddette condizioni deve considerarsi comunque vacante.

Ne discenderebbe che illegittimamente si sarebbe ripartito il monte ore disponibile presso l'Istituto stornando cinque ore di insegnamento che sarebbero spettate, invece, al ricorrente in quanto, tra i due soggetti coinvolti nella vicenda, unico insegnante munito dei titoli di qualificazione previsti dal d.P.R. 16 dicembre 1985, n. 751 recante «Esecuzione dell'intesa tra l'autorità scolastica italiana e la Conferenza episcopale italiana per l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche».

Lamenta ancora il ricorrente che, in contrasto con le sopra citate circolari ministeriali, si sarebbe violato il principio della razionale distribuzione del monte ore disponibile presso ciascun istituto scolastico per l'insegnamento della religione cattolica.

La ricostruzione offerta dal ricorrente non tiene peraltro conto della successione procedimentale da cui è scaturito il provvedimento impugnato dinanzi a questo Tribunale.

Osserva, infatti, il Collegio che la legittimità degli atti amministrativi va verificata con riguardo alla situazione di fatto e di diritto sussistente al momento della loro adozione, con la conseguenza che i fatti e le norme sopravvenuti non possono essere presi in considerazione ai fini dell'annullamento d'ufficio, consentito unicamente nel caso di provvedimenti inficiati da vizi di legittimità *ab origine* (Cfr. Cons. Stato, V Sez., 10 novembre 1992 n. 1262; T.A.R. Campania, Napoli, 20 aprile 2000, n. 1105; T.A.R. Toscana, sez. II, 14 maggio 1998, n. 400).

Non è invero controverso, essendo ammesso anche dalla controparte, che il professor L. B. non fosse all'epoca titolare dei titoli necessari a conseguire in via stabile l'insegnamento cui trattasi.

Tuttavia alla data del 29 agosto 1997, in cui venne formulata la proposta della Curia vescovile di L., non vi erano insegnanti in possesso dei suddetti requisiti e con orario ancora incompleto. Ciò in quanto, a tale data, non risultava che il ricorrente fosse titolare di un incarico annuale inferiore a diciotto ore settimanali di insegnamento, essendo invece titolare di incarico ad orario completo presso l'istituto professionale «C.C.» di L.

Solo successivamente, ossia il 2 ottobre 1997, la Curia vescovile di L., alla quale competeva il potere di formulare la proposta di conferimento dell'incarico di insegnamento della religione cattolica, veniva a conoscenza della circostanza che presso il suddetto istituto, per effetto della riduzione del numero delle classi, si era verificata una corrispondente diminuzione del numero delle ore di insegnamento di religione disponibili e, per l'effetto, del numero di ore oggetto del contratto di insegnamento del ricorrente.

Ne consegue che, alla data in cui è stata formulata la proposta in favore del controinteressato, non esistevano condizioni ostative alla sua nomina, né tantomeno era in qualche modo manifesto l'eventuale interesse del ricorrente a conseguire l'incarico *de quo* per il numero residuo di ore e, pertanto, del tutto legittimamente l'Amministrazione scolastica interessata provvedeva alla stipulazione del relativo contratto di lavoro in favore del prof. L. B.

Ne consegue, per quanto detto, che per tale aspetto il ricorso deve essere rigettato.

Conclusivamente, per le considerazioni che precedono il ricorso deve essere in parte dichiarato inammissibile per difetto assoluto di giurisdizione e in parte rigettato.

Si ravvisano giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

*P. Q. M.* Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione I, definitivamente pronunciando, in parte dichiara inammissibile e in parte respinge il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

Così deciso in Firenze, il 14 gennaio 2004, dal Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana, in Camera di Consiglio (*omissis*)».



## **Il T.A.R. Toscana rigetta le censure di incostituzionalità in materia di regolarizzazione di immigrati clandestini**

*(Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Firenze, sezione prima, sentenza 2 febbraio 2004 n. 201)*

Con la sentenza n. 201 del 21 gennaio 2004, depositata il 2 febbraio 2004, il T.A.R. Toscana si pronuncia in merito a questioni di illegittimità costituzionale sollevate in riferimento alla normativa in materia di immigrazione.

In particolare, con la sentenza che si commenta viene respinta l'eccezione di incostituzionalità relativa all'art. 1, comma 8, lett. a) del d.l. 9 settembre 2002, n. 195 convertito con modificazioni dalla legge 9 ottobre 2002, n. 222, recante la normativa in materia di regolarizzazione dello straniero clandestino lavoratore in presenza di determinati presupposti.

Il comma censurato impedisce la regolarizzazione dello straniero nell'ipotesi in cui lo straniero risulti destinatario di un provvedimento di espulsione con accompagnamento coattivo alla frontiera per mezzo della forza pubblica.

Il ricorrente chiedeva al Tribunale Amministrativo della Toscana l'annullamento del rigetto della dichiarazione di emersione emesso dal Prefetto di Pisa in data 30 giugno 2003, previa dichiarazione di non manifesta infondatezza dell'art. 1, comma 8, lett. a) della legge 222/2002.

Parte ricorrente ritiene che l'art. 1, comma 8, lett. a) della legge 222/2002 sia incostituzionale nella parte in cui statuisce che «la revoca (del provvedimento prefettizio di espulsione) non può essere in ogni caso disposta nell'ipotesi in cui il lavoratore extracomunitario risulti destinatario di un provvedimento di espulsione mediante accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, per contrasto con l'art. 3 della Costituzione.

La sentenza rigetta ritenendo non fondata la violazione dell'art. 3 per disparità di trattamento.

Ne ripercorriamo le tappe argomentative.

*Non manifesta rilevanza sul punto della eccepita disparità di trattamento tra lo straniero espulso con accompagnamento coattivo alla frontiera ed espulso con altre modalità.*

In particolare, si osserva che la disparità di trattamento non sussiste per una pluralità di motivi.

Nel caso in esame il ricorrente, infatti, ha integrato più comportamenti contrari all'ordine pubblico.

In particolare, si evidenzia la particolare pervicacia nell'inosservanza delle norme dell'ordinamento giuridico da parte dello straniero (che ha posto in essere, oltre che una condotta passiva, anche una condotta attiva), considerato che:

- egli non ha ottemperato al provvedimento di espulsione emesso dal Prefetto con accompagnamento coattivo alla frontiera ed imbarco immediato, in quanto, successivamente, faceva ancora rientro in Italia, e inoltrava istanza di regolarizzazione.

- lo straniero, dunque, ha fatto un nuovo ingresso prima della scadenza del previsto divieto di reingresso, senza la speciale autorizzazione del Ministero dell'Interno, commettendo reato ai sensi dell'art. 13, comma 13 del decreto legislativo 286 del 1998.

Inoltre, lo straniero avrebbe potuto dal proprio Paese di origine, presentare istanza al fine di fare rientro regolarmente in Italia, invece ha preferito violare nuovamente le leggi, facendovi rientro clandestinamente.

Egli, infatti, avrebbe potuto presentare istanza di regolarizzazione dall'Albania e chiedere l'inserimento nelle quote massime dei flussi di stranieri da ammettere nel territorio dello Stato per lavoro subordinato, che annualmente vengono determinate ai sensi dell'art. 3 comma 4 del decreto 286/1998.

Tale possibilità, invece, non hanno coloro che, clandestini ed espulsi, non sono mai stati rintracciati dalle autorità: la legge n. 222 del 2002 permette solo a questi di regolarizzarsi, non avendo essi altra valida alternativa e non avendo, comunque, essi commesso il reato di cui all'art. 13, comma 13 del decreto 286/1998.

In tal modo, essendo stata richiesta l'istanza di regolarizzazione in Italia, il ricorrente ha anche pregiudicato la posizione degli stranieri che regolarmente hanno presentato, dal proprio paese di origine, istanza per ottenere il permesso di soggiorno e accedere al territorio italiano con regolare contratto di lavoro, usufruendo delle quote disponibili relative ai flussi, già predeterminate dal governo italiano: non ha rispettato, insomma, come altri propri connazionali, l'*iter* procedurale previsto per fare ingresso regolarmente nel territorio italiano, tentando, anzi, di passare avanti a chi legittimamente poteva aspirarvi, e occupare un posto di lavoro in Italia che sarebbe invece stato altrimenti destinato.

Permettere la suddetta regolarizzazione avrebbe, dunque creato, a parità di condizioni, una disparità di trattamento con questi ultimi (e questo pur nell'ambito della discrezionalità del legislatore nel fissare i criteri di regolarizzazione dei clandestini).

L'unico *discrimen*, per la controparte, tra le due categorie di soggetti, è il fatto che lo straniero sia «incappato» nei controlli dell'Autorità.

Lo straniero risultava espulso e, come tale, aveva violato comunque le leggi dell'ordinamento, in spregio alle norme dell'ordinamento.

Norme dell'ordinamento che in seguito ha continuato pervicacemente a violare, reintroducendosi nel territorio da cui era stato espulso coattivamente.

È indubbio che la norma tacciata di incostituzionalità in realtà introduce un temperamento al rigore della legge e concede una sanatoria relativa al lavoro sommerso.

Nell'attuare questo, tuttavia, il legislatore si è posto dei criteri ben precisi, per non porsi in contrasto insanabile con i principi già espressi nel Testo unico.

La legge del 2002 si configura, pertanto, come una eccezione al testo unico e, come tutte le eccezioni, va interpretata non estensivamente.

L'art. 3 della Costituzione, così come il diritto al lavoro, peraltro, non vengono violati, considerato che il diritto al lavoro e alla permanenza sul territorio spetta a chi ha osservato le leggi, e non a chi non le rispetta.

Alla luce delle suesposte considerazioni risulta evidente che, non solo il provvedimento si configura legittimo e correttamente motivato, ma che l'eccezione di incostituzionalità proposta, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, è infondata.

*Non manifesta rilevanza sul punto della eccezionale disparità di trattamento tra lo straniero espulso con accompagnamento coattivo alla frontiera ed espulso per mancato rinnovo del permesso di soggiorno.*

Anche in questo caso è evidente che si tratti di due situazioni differenti: nella prima ipotesi lo straniero si trova in una situazione di clandestinità, nella seconda ipotesi, invece, lo straniero è in possesso di regolare permesso di soggiorno, poi non rinnovato.

È evidente, come la pericolosità sociale attribuibile alle due categorie si presenti con una gradazione differente, e tale da giustificare la disparità di trattamento.

Non avrebbe senso combattere la clandestinità facendo riferimento anche agli stranieri espulsi che hanno lasciato il territorio nazionale con accompagnamento coattivo alla frontiera.

I suddetti, infatti, hanno violato più volte le norme sull'ingresso ed il soggiorno, dimostrando una particolare perversità nei propri intenti illegali, facendo addirittura ritorno nel territorio da cui erano stati espulsi con le forze di polizia.

Sulla base di questo ragionamento si è già espresso il T.A.R. Toscana con la sentenza n. 5984 del 1° dicembre 2003, pur in riferimento alla «ipotesi in cui il lavoratore (espulso con qualsiasi formula) abbia lasciato il territorio nazionale e si trovi nelle condizioni di cui all'art. 13, comma 13, del testo unico di cui al decreto legislativo n. 286 del 1998 e successive modificazioni, secondo cui lo straniero espulso non può rientrare nel territorio dello Stato senza una speciale autorizzazione del Ministro dell'interno e in caso di trasgressione è punito con l'arresto (originariamente da due mesi a sei mesi, ora da sei mesi a un anno) ed è nuovamente espulso con accompagnamento immediato alla frontiera».

*Ratio e disvalore sociale delle differenti modalità espulsive.*

Circa il dubbio che potrebbe essere sollevato sulla presunta rilevanza preclusiva del mero provvedimento di espulsione, statuito con la modalità dell'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, indipendentemente dalle ragioni che hanno indotto il prefetto a scegliere tale modalità, si osserva comunque quanto segue.

Tale punto, in realtà, risulta assorbito dal primo punto trattato in quanto, a prescindere dalle ragioni che hanno indotto il Prefetto ad adottare il provvedimento di espulsione con o senza accompagnamento coattivo alla frontiera, la doppia condotta – omissiva e commissiva –, integra un reato e, come tale, detiene un disvalore sociale maggiore di quella posta in essere da chi, clandestino, non è «incappato» nei controlli della forza pubblica: la

circostanza del rientro clandestino in violazione dell'espreso divieto, infatti, è sufficiente ad eliminare qualsiasi dubbio sulla rilevanza dell'eccezione di costituzionalità *ex adverso* sollevata.

In ogni caso le ragioni sottese all'adozione del provvedimento di espulsione prefettizio si prospettano di differente valenza: a ciò consegue l'adozione del provvedimento espulsivo con o senza accompagnamento coattivo (sotto la vigenza della pregressa normativa).

L'espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica viene attuata in tutti i casi di accompagnamento immediato, nonché quando lo straniero si sia trattenuto oltre il termine dell'intimazione a lasciare il territorio dello Stato entro 15 giorni.

In particolare, si procede con accompagnamento coatto alla frontiera quando:

- l'espulsione sia disposta dal Ministro dell'interno, dal Tribunale per i minorenni, per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato (art. 13, comma 4, lett. *a*), d.lgs. 286/1998);

- lo straniero si trattienga oltre il termine fissato con l'intimazione (art. 13, comma 4, lett. *a*);

- lo straniero sia espulso perché sospettato di essere pericoloso socialmente, sempre che il Prefetto che ha disposto l'espulsione rilevi, sulla base di circostanze obiettive da indicarsi nella motivazione del decreto di espulsione, che vi sia il concreto pericolo che il soggetto si sottragga all'esecuzione del provvedimento (art. 13, comma 4, lett. *b*);

- lo straniero sia espulso per ingresso clandestino, qualora sia privo di documenti e il Prefetto rilevi un concreto pericolo che si sottragga all'esecuzione del provvedimento, tenendo altresì conto del suo inserimento sociale, familiare e lavorativo (art. 13, comma 5).

Tale disposizione peraltro non si applica se lo straniero dimostra, sulla base di elementi obiettivi, di essere entrato in Italia prima della data di entrata in vigore della legge 40/1998 (27 marzo 1998), art. 13, comma 15;

- lo straniero sia espulso dal giudice a titolo di sanzione sostitutiva della detenzione, anche se la sentenza non è irrevocabile.

In tutti i casi di espulsione immediata o comunque eseguibile con accompagnamento coattivo alla frontiera, lo straniero può essere trattenuto presso un centro di permanenza temporanea, qualora di fatto e per vari motivi l'espulsione non sia in concreto immediatamente eseguibile.

Si tratta di un aspetto particolare della esecuzione dell'espulsione con immediatezza mediante accompagnamento alla frontiera, cui il questore può peraltro fare ricorso anche nei casi in cui non è possibile attuare immediatamente il respingimento alla frontiera (coordinamento dei controlli alle frontiere esterne, come è richiesto al nostro Paese dagli accordi stipulati in ambito europeo, con particolare riferimento alle disposizioni contenute nella Convenzione di Schengen del 1990. In tale contesto deve essere inquadrata anche la nuova disciplina del respingimento alla frontiera).

Alla luce di quanto suesposto, il differenziato trattamento previsto dalla legge ai fini della regolarizzazione a seconda che lo straniero sia stato o

meno destinatario di un provvedimento di espulsione con accompagnamento coattivo alla frontiera, non lede il principio di eguaglianza, in quanto il legislatore ha disciplinato fattispecie tra loro diverse.

I soggetti sono stati, pur con differenti modalità, destinatari di un provvedimento di espulsione fondato sui medesimi motivi costituiti esclusivamente dall'ingresso e soggiorno clandestino in Italia.

In realtà le differenti modalità si basano su accertamenti che, pur riferendosi a motivi di ingresso e soggiorno clandestino in Italia, presentano, tuttavia, valenze diverse in ordine alla valutazione del requisito della pericolosità sociale.

La sentenza precisa, inoltre, che «rientra, quindi, nella discrezionalità del legislatore la valutazione negativa di tale condotta nel determinare le condizioni soggettive per fruire di un beneficio accordato con corrispondente decurtazione delle quote massime di stranieri da ammettere nel territorio dello Stato per lavoro subordinato di cui all'articolo 3, comma 4, d.lgs. n. 286 del 1998».

Anche in ordine alla censura relativa alla violazione dell'art. 4 della Costituzione il T.A.R. Toscana osserva che «anche sotto il profilo della violazione dell'art. 4 Cost. la questione sollevata dal ricorrente risulta priva di fondamento, giacché la tutela del diritto al lavoro nei confronti dei cittadini stranieri è necessariamente subordinata al possesso di idoneo permesso di soggiorno (Corte Cost., 30 dicembre 1998, n. 454).»

*Avv. Maria Vittoria Lumetti*

**Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana, Firenze, sezione prima, 2 febbraio 2004**

**n. 201 - Pres. Est. G. Vacirca - Ditta I.I.D. (Avv.ti M. Cipriani e L. Agnoloni) c/ Ministero dell'Interno, Prefettura di Pisa (cont.2350/03, Avv. dello Stato M. V. Lumetti).**

*È manifestamente infondata la censura di illegittimità costituzionale, per violazione degli artt. 3 e 4 Cost., nei confronti dell'art. 1, comma 8, lett. a), d.l. 9 settembre 2002, n. 195, convertito con modificazioni dalla legge 9 ottobre 2002, n. 222, per le parti in cui prevede il divieto di revoca del provvedimento di espulsione nell'ipotesi in cui il lavoratore risulti destinatario di un provvedimento di espulsione mediante accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, nonché nell'ipotesi in cui il lavoratore (espulso con qualsiasi formula) abbia lasciato il territorio nazionale e si trovi nelle condizioni di cui all'art. 13, comma 13, del testo unico, di cui al d.lgs. n. 286/1998 e successive modificazioni, secondo cui lo straniero espulso non può rientrare nel territorio dello Stato senza una speciale autorizzazione del Ministero dell'Interno.*

«(Omissis) Fatto e diritto 1. - Il ricorrente ha impugnato il diniego di regolarizzazione motivato con il carattere ostativo di un «provvedimento di espulsione con accompagnamento alla frontiera per mezzo della forza pubblica».

Il caso concreto è riconducibile a due delle fattispecie ostative alla regolarizzazione contemplate dall'art. 1, comma 8, lett. a), d.l. 9 settembre 2002 n. 195, convertito con modificazioni dalla legge 9 ottobre 2002, n. 222, che esclude la revoca dell'espulsione (disposta per motivi diversi dal mancato rinnovo del permesso di soggiorno):

α) nell'ipotesi in cui il lavoratore extracomunitario sia o sia stato sottoposto a procedimento penale per delitto non colposo che non si sia concluso con un provvedimento che abbia dichiarato che il fatto non sussiste o non costituisce reato o che l'interessato non lo ha commesso;

β) nell'ipotesi in cui il lavoratore risulti *destinatario* di un provvedimento di espulsione mediante accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica;

γ) nell'ipotesi in cui il lavoratore (espulso con qualsiasi formula) abbia lasciato il territorio nazionale e si trovi nelle condizioni di cui all'art. 13, comma 13, del testo unico di cui al

decreto legislativo n. 286 del 1998 e successive modificazioni, secondo cui lo straniero espulso non può rientrare nel territorio dello Stato senza una speciale autorizzazione del Ministro dell'Interno e in caso di trasgressione è punito con l'arresto (originariamente da due mesi a sei mesi, ora da sei mesi a un anno) ed è nuovamente espulso con accompagnamento immediato alla frontiera.

Nel caso in esame si configurano autonomamente sia la fattispecie *sub*  $\gamma$ ), in quanto l'espulsione è stata eseguita (v. nota di accompagnamento con timbro dell'Ufficio di polizia di frontiera di Bari attestante l'imbarco sulla motonave Laurana diretta a Durazzo) con il conseguente verificarsi delle condizioni di cui all'art. 13, comma 13, d.lgs. n. 286 del 1998, sia l'ipotesi *sub*  $\beta$ ), in quanto il decreto di espulsione 12 settembre 2000 del Prefetto di Bari disponeva l'immediato accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica.

2. - Il ricorrente deduce, in primo luogo, l'illegittimità costituzionale della norma in riferimento all'art. 3 Cost., sostenendo l'irragionevole disparità di trattamento fra chi, essendo stato espulso, sia rimasto in Italia e chi – come nel caso in esame – essendo stato espulso e coattivamente accompagnato alla frontiera, sia successivamente rientrato clandestinamente.

Ai fini della delibazione della questione, va preliminarmente rilevato che i precedenti richiamati dalla difesa del ricorrente (ordinanze T.A.R. Puglia, sez. Lecce, 19 marzo 2003, n. 251; T.A.R. Liguria, 1° agosto 2003 nn. 44 e seguenti, in *Gazz. Uff.* 29 ottobre 2003) si riferiscono alla fattispecie *sub*  $\beta$ ) e prospettano un dubbio sulla rilevanza preclusiva del mero provvedimento di espulsione, statuito con la modalità dell'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, indipendentemente dalle ragioni che hanno indotto il prefetto a scegliere tale modalità.

Nel caso in esame, invece, viene in rilievo preliminarmente non il tipo di provvedimento di espulsione, ma la circostanza del rientro clandestino in violazione dell'espreso divieto (fattispecie *sub*  $\gamma$ ).

Il diverso trattamento previsto dalla norma per il soggetto semplicemente espulso e per quello che, avendo lasciato il territorio nazionale vi rientri clandestinamente in violazione del divieto previsto dall'art. 13, comma 13, *cit.*, non risulta irragionevole, giacché, come rileva la difesa dell'Amministrazione, le due situazioni sono differenti: nel primo caso si è in presenza di una semplice omissione, nel secondo si configura una condotta attiva, punita con una pena detentiva (significativamente inasprita dalla legge n. 189 del 2002). Rientra, quindi, nella discrezionalità del legislatore la valutazione negativa di tale condotta nel determinare le condizioni soggettive per fruire di un beneficio accordato con corrispondente decurtazione delle quote massime di stranieri da ammettere nel territorio dello Stato per lavoro subordinato di cui all'articolo 3, comma 4, d.lgs. n. 286 del 1998.

3. - Anche sotto il profilo della violazione dell'art. 4 Cost. la questione sollevata dal ricorrente risulta priva di fondamento, giacché la tutela del diritto al lavoro nei confronti dei cittadini stranieri è necessariamente subordinata al possesso di idoneo permesso di soggiorno (Corte Cost., 30 dicembre 1998, n. 454).

4.- Poiché le questioni di legittimità costituzionale della norma applicata dall'Amministrazione sono manifestamente infondate, il provvedimento risulta legittimo perché sufficientemente motivato con riferimento alla fattispecie *sub*  $\gamma$ ); di conseguenza è irrilevante la questione di legittimità costituzionale relativa alla fattispecie *sub*  $\beta$ ).

Il ricorso deve, pertanto, essere respinto. Sussistono, tuttavia, giusti motivi per dichiarare compensate tra le parti le spese del giudizio.

*P.Q.M.*: il Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana, sezione prima, respinge il ricorso. Spese compensate.

Così deciso in Firenze il 21 gennaio 2004 dal Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana, sezione prima, in camera di consiglio (*omissis*)».

## Accesso, riservatezza e tutela dei controinteressati

(Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana, Firenze, sezione prima, sentenza 2 febbraio 2004 n. 266)

*Il diritto all'accesso e l'interesse ad agire.*

Il ricorrente adiva il Tribunale Amministrativo al fine di ottenere l'annullamento del provvedimento di cui alla nota prot. ris. 50 dell'11 luglio 2003 con la quale il dirigente scolastico dell'istituto Statale l'istruzione di I. ha rigettato la richiesta del 9 luglio 2003 del ricorrente diretta ad ottenere l'accesso alla documentazione ai sensi della legge 241/1990.

In realtà il ricorrente propone ricorso ai sensi dell'art. 25 della legge 241/1990 in merito ad un procedimento disciplinare che si è già concluso, peraltro in maniera positiva per il docente, in quanto non sarebbero stati ravvisati elementi a suo carico (ciò si evince dalla nota dell'Amministrazione notificata allo stesso in data 29 agosto 2003). La sentenza individua proprio in questa nota il rinnovato diniego che non risulta essere stato impugnato, con la conseguente pronuncia di improcedibilità per difetto di interesse, anche perché la seconda appare congruamente motivata.

Con il primo capo della sentenza viene, dunque, riconosciuto il soddisfacimento dell'interesse azionato dal ricorrente con conseguente dedotta mancanza di interesse ad agire in capo al ricorrente in merito alla richiesta di atti.

Tale punto viene ritenuto assorbente rispetto ad un altro aspetto interessante la carenza di interesse ad agire: il fatto che l'amministrazione non ha mai adottato alcun provvedimento disciplinare.

Conseguentemente non sussisteva un interesse ad agire in merito all'accesso invocato, in quanto non vi era un interesse da proteggere.

*Irrelevanza degli interessi emulativi e di mera curiosità.*

Il contenuto delle segnalazioni riguardanti l'insegnante si sostanziava nella omessa vigilanza e abbandono di minore nella palestra e nella proiezione in classe di un film fantascientifico ad alto contenuto violento, senza previa visione da parte del docente stesso.

In realtà irrilevante si configura l'accesso alle denunce ed agli esposti, in quanto il contenuto è stato già perfettamente conosciuto dal docente.

Egli adisce il T.A.R. allo scopo di conoscere i nominativi dei soggetti che hanno segnalato le doglianze circa la correttezza della sua attività lavorativa.

La giurisprudenza ha escluso che nei procedimenti amministrativi attivati sulla base di esposti e denunce, l'accesso possa investire questi ultimi quando non siano stati utilizzati a fini probatori, ma solo quale strumento di sollecitazione dei poteri di ufficio (anche disciplinari), poi autonomamente esercitati dall'Amministrazione procedente: (1) legittimamente è negato il diritto di accesso alla documentazione che ha indotto la P.A. ad una ispe-

---

(1) T.A.R. Abruzzo, Pescara, 23 febbraio 2001, n. 198 in *Giur. di Merito*, 2001, 1085.

zione amministrativa, in relazione all'esigenza di salvaguardare vita privata e riservatezza degli autori delle denunce e degli esposti che hanno preceduto l'ispezione.

A maggior ragione le suddette massime giurisprudenziali sono da ritenersi applicabili nelle ipotesi in cui non è stato adottato alcun provvedimento da parte dell'Amministrazione.

Relativamente alla tutela della *privacy* degli autori degli esposti, è da segnalare che prevale la protezione dei dati «sensibili», quando la conoscenza non sia indispensabile per il richiedente la visione o l'accesso al documento.

L'interesse che legittima l'esercizio del diritto di accesso, infatti, deve essere personale e concreto per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti e non deve corrispondere ad un interesse emulativo o di mera curiosità.

L'accesso, nel caso *de quo*, oltre ad essere inconferente in quanto determinato dalla mera curiosità di conoscere i nomi degli autori degli esposti e delle segnalazioni, e non da un preciso interesse finalizzato alla cura o alla difesa di interessi giuridici dell'istante, risulta anche pregiudizievole alla riservatezza di terzi, anche in relazione al fatto che le vicende riguardano minori in tenera età.

#### *Accesso e tutela dei terzi controinteressati.*

Chi ricorre al giudice amministrativo per accedere a documenti amministrativi, che coinvolgano aspetti di riservatezza di un altro soggetto, deve a questi notificare il ricorso ai sensi dell'art. 21 comma 1 legge n. 1034/1971 (2).

È questo un altro importante punto ribadito dalla sentenza del T.A.R. Toscana, cui si accenna nonostante la riscontrata carenza di interesse ad agire.

Il problema è stabilire in quali casi i soggetti siano da considerarsi controinteressati.

Solitamente sono considerati tali i soggetti determinati cui si riferiscono i documenti richiesti con la domanda di accesso.

Chi ricorre al giudice amministrativo *ex art. 25* legge 7 agosto 1990 n. 241 per accedere a documenti amministrativi, che coinvolgono aspetti di riservatezza di un altro soggetto, è sottoposto alla disciplina generale del processo amministrativo e deve notificare al controinteressato il ricorso, ai sensi dell'art. 21 comma 1 legge T.A.R. (3).

---

(2) Cons. Stato, Ad. Plen., 24 giugno 1999, n. 16, in *Dir. Proc. Ammin.*, 2000, 148, nota di Cacciavillani e in *Giur. It.*, 2000, 191. Va da sé che in materia di accesso ai documenti amministrativi regolato dagli art. 22 – 25 legge 7 agosto 1990 n. 241, il termine «diritto» va considerato atecnico, essendo ravvisabile la posizione di interesse legittimo quando il provvedimento amministrativo è impugnabile, come nel caso del «diritto» di accesso, entro un termine perentorio, pure se incidente su posizioni che nel linguaggio comune sono più spesso definite come di «diritto», in Cons. Stato, Ad. Plen., 24 giugno 1999, n. 16, Cons. Stato, 1999, I, 784, in *Giornale Dir. Amm.*, 2000, 71, nota di Porro.

(3) Cons. Stato, Ad. Plen., 24 giugno 1999, n. 16, in *Foro Amm.*, 1999, 1205, in *Studium juris*, 1999, 1147, in *Urbanistica e appalti*, 1999, 861, con nota di Caringella.



Se la legge 241/1990 ha inteso garantire il principio della piena conoscibilità dell'azione amministrativa, ciò non significa che non debbano essere tutelati i diritti dei terzi che dalla conoscibilità di tali atti possano ricavare un danno.

I soggetti controinteressati nei ricorsi proposti in materia di accesso ai documenti amministrativi ai sensi dell'art. 25 legge 7 agosto 1990 n. 241 sono già facilmente individuabili nei soggetti interessati alla riservatezza dei documenti richiesti con la domanda di accesso(4).

Il giudizio introdotto con il ricorso previsto a tutela del «diritto» di accesso ai documenti amministrativi ex art. 25 legge n. 241 del 1990, ha, infatti, natura impugnatoria di un provvedimento autoritativo di diniego (o dell'inerzia) dell'amministrazione, per cui tale giudizio è sottoposto alla generale disciplina del processo amministrativo.

Ne consegue che il ricorso deve essere notificato a pena di inammissibilità tanto all'organo che ha emanato l'atto impugnato quanto ai controinteressati, quali debbono considerarsi i soggetti determinati a cui si riferiscano i documenti richiesti, nel termine perentorio di trenta giorni fissato dalla legge.

È, infatti, comunque ravvisabile una posizione di interesse legittimo, tutelata dall'art. 103 Cost., quando un provvedimento amministrativo è impugnabile come di regola entro un termine perentorio; e ciò anche se esso incide su posizioni che, nel linguaggio comune, sono più spesso definite come di «diritto»(5).

*Avv. Maria Vittoria Lumetti*

**Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana, Firenze, sezione prima, sentenza 2 febbraio 2004, n. 266** – Pres. G. Vacirca – Est. D. Lundini – B. R. c/ Dirigente Scolastico dell'istituto Statale di istruzione di I.

*È improcedibile il ricorso di accesso agli atti ai sensi degli artt. 24 e 25 legge 241 del 1990 qualora non risulti impugnato il rinnovo di diniego agli atti.*

*È inammissibile il ricorso consistente nel fatto che esso (chiaramente preordinato all'acquisizione della conoscenza di segnalazioni ed esposti di altri soggetti) non è stato notificato ad alcun controinteressato (tale dovendosi infatti considerare il soggetto cui si riferiscono i documenti richiesti con una domanda di accesso).*

«(omissis) Fatto-diritto – Con il ricorso in esame, l'interessato, docente elementare a tempo indeterminato in servizio presso l'Istituto Statale d'Istruzione di I., insta al fine di poter accedere a tutti gli atti dei procedimenti amministrativi, di cui è stato destinatario, relativi alla lettera di richiamo prot. ris. n. 28 del 15 marzo 2003 e alla contestazione di addebiti di cui alla nota prot. ris. n. 42 del 14 maggio 2003. Pertanto, impugna il diniego di accesso agli atti richiesti, espresso dal Dirigente Scolastico del predetto Istituto con nota

---

(4) Sul punto Cons. Stato, Ad. Plen., 24 giugno 1999, n. 16, in *Cons. Stato*, 1999, I, 784, in *Foro It.*, 1999, III, 433, nota di Romeo e in *Giornale Dir. Amm.*, 2000, 71, nota di Porro.

(5) Cons. Stato, Ad. Plen., 24 giugno 1999, n. 16, in *Giornale Dir. Amm.*, 2000, 71, nota di Porro: nella fattispecie il Consiglio di Stato non ha peraltro dichiarato inammissibile il gravame non notificato al controinteressato, ma ha concesso d'ufficio al ricorrente il beneficio della rimessione in termini, per errore scusabile, ai fini dell'effettuazione di detta notificazione, annullando con rinvio la sentenza di primo grado.

prot. ris. n. 50 dell'11 luglio 2003. Deduce, in proposito, violazione degli artt. 22 e 25 della legge n. 241/1990, eccesso di potere per difetto di istruttoria, violazione dell'art. 2 del decreto ministeriale 10 gennaio 1996 n. 60, difetto di motivazione. Assume, in particolare, che le esigenze di difesa del richiedente prevalgono sul diritto alla riservatezza dei terzi e che nella specie l'Amministrazione richiama genericamente, nell'atto impugnato, norme di legge, senza specificare la sussistenza di ragioni di tutela della riservatezza di terzi prevalenti rispetto al diritto di accesso del ricorrente.

Al riguardo il Collegio reputa anzitutto di poter prescindere dalle eccezioni di inammissibilità ed improcedibilità del ricorso – sollevate dalla difesa erariale sotto i profili, rispettivamente, della mancata notifica dell'atto introduttivo al Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, e della carenza di interesse ad agire ai fini della richiesta di atti relativi ad un procedimento disciplinare conclusosi in maniera positiva per il docente interessato – dato che al ricorso stesso non può darsi ingresso, ai fini dell'esame di merito, per un diverso profilo d'improcedibilità, che al Collegio sembra prioritario. Ed invero, a seguito di produzione documentale dell'Amministrazione in data 16 ottobre 2003, è emerso che, in riferimento alla richiesta di accesso ad atti da parte del ricorrente, il Dirigente Scolastico ha espressamente rinnovato il diniego con nota, questa volta specificamente motivata, prot. ris. n. 54 del 26 agosto 2003 (in ordine ai contenuti e alla rilevanza della quale nulla l'istante ulteriormente deduce), di modo che non sussiste allo stato l'interesse del ricorrente all'annullamento dell'atto impugnato, in presenza di tale secondo diniego, che comunque preclude, in quanto non impugnato, il soddisfacimento dell'interesse azionato dall'opponente.

L'improcedibilità del gravame di cui trattasi, sotto l'aspetto sopra indicato, consente poi al Collegio di soprassedere anche dall'approfondimento di un altro profilo d'inammissibilità del ricorso consistente nel fatto che esso (chiaramente preordinato all'acquisizione della conoscenza di segnalazioni ed esposti di altri soggetti) non è stato notificato ad alcun controinteressato (tale dovendosi infatti considerare il soggetto cui si riferiscono i documenti richiesti con una domanda di accesso: cfr., in termini, C.d.S., Ad. Pl., n. 16 del 24 giugno 1999).

Il ricorso in esame dev'essere quindi dichiarato improcedibile per difetto d'interesse, ma si ravvisano motivi di equità sufficienti per indurre il Collegio alla compensazione delle spese di giudizio.

*P.Q.M.* Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Firenze, I Sezione, dichiara improcedibile il ricorso di cui in epigrafe (*omissis*)».

# I PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO

**A.G.S. – Comunicazione di servizio n. 12, prot. n. 6484 – Circolare n. 3, prot. n. 6493, del 19 gennaio 2004.**

*Direttiva in materia di produzioni documentali davanti al T.A.R. ed al Consiglio di Stato.*

«È stato segnalato a questa Avvocatura Generale che alcune Avvocature Distrettuali invitano i competenti Uffici delle Amministrazioni patrocinate a depositare direttamente presso la Segreteria del T.A.R. «*l'eventuale provvedimento impugnato, nonché gli atti e documenti in base ai quali l'atto è stato emanato, quelli in esso citati e quelli che l'Amministrazione ritiene utili al giudizio*».

Occorre osservare che il disposto dell'art. 21, comma 4, legge 1034/1971, come novellato dall'art. 1, legge 205/2000, non può certo essere inteso come rivolto a sminuire i compiti professionali del patrocinatore legale; la norma deve leggersi come destinata direttamente alla P.A. soltanto nei casi in cui questa non si costituisca in giudizio; la scelta – nell'*an*, nel *quomodo* e nel *quando* – della produzione degli atti e dei documenti relativi alla causa spetta invece al patrocinante e, dunque, all'Avvocatura dello Stato qualora, come di norma, quest'ultima provveda alla costituzione in giudizio, nell'interesse dei soggetti patrocinati; tale scelta va operata previo attento esame di quanto si va a produrre nell'*ottica della difesa da svolgere*.

Dispongo, pertanto, che gli Avvocati dello Stato, ricevuti dalle Amministrazioni patrocinate il provvedimento impugnato e gli atti e documenti relativi ed utili, *ne vaglino preventivamente il contenuto* e provvedano alla produzione in giudizio (a) del provvedimento/atto impugnato, (b) degli atti e documenti in base ai quali l'atto impugnato è stato emanato, (c) degli atti e documenti citati nell'atto impugnato, e (d) previa attenta selezione, degli altri atti e documenti *utili in relazione alla strategia difensiva da adottare*.

Dispongo, altresì, che analogo *modus operandi* sia seguito nel corso del giudizio a seguito di decisione interlocutoria, dovendosi evitare che siano depositati documenti senza il previo esame e il consapevole apporto dell'avvocato incaricato.

*Avvocato generale ff. Avv. Giuseppe Stipo».*

**A.G.S. – Parere del 20 dicembre 2003, n. 144445.**

*Nozione di personale civile e militare in servizio all'estero ai sensi dell'art. 58 del d.P.R.200/1967 (consultivo n. 11741/01, avvocato R. Tortora).*

«In occasione della ricezione della nota in riferimento si riesamina la questione sottoposta, inizialmente, alla Scrivente con la nota n. 14269 del 13 giugno 2001, con la quale codesta Amministrazione ha chiesto alla Scrivente se l'art. 58, lettera e) del d.P.R. 5 gennaio 1967 n. 200, che prevede, tra le categorie di pubblico alle quali l'autorità consolare rilascia gratuitamente atti o copie di atti, quella del «*personale civile e militare dello Stato in servizio all'estero*» possa essere applicato anche a favore del personale assunto localmente dalle rappresentanza diplomatiche, dagli uffici consolari e dagli istituti italiani di cultura, ai sensi del Titolo VI del d.P.R. 5 gennaio 1967 n. 18, così come novellato dal d.lgs. 7 aprile 2000 n. 103, con riguardo ai contratti assoggettati alla legge italiana.

La Scrivente ha fornito riscontro con la propria nota n. 134597 del 19 dicembre 2001, con la quale ha fornito una soluzione negativa al problema, sulla base della considerazione che la norma sembrava distinguere tra personale in servizio all'estero e dunque, presumibilmente, fuori dal proprio Paese di origine, e personale locale, sicché l'agevolazione in parola sembrava spettare solo a coloro che svolgessero il loro servizio fuori dal proprio Paese di origine.

Tuttavia con la nota in riferimento viene evidenziato che la nuova formulazione dell'art. 93 della legge n. 18/67, così come modificata dalla legge 23 aprile 2003 n. 109, precisa che «*Il personale dell'Amministrazione degli Affari Esteri è costituito dalla carriera diplomatica, disciplinata dal proprio ordinamento di settore, dalla dirigenza e dal personale delle aree funzionali come definiti e disciplinati dalla normativa vigente, nonché dagli impiegati a contratto in servizio presso le rappresentanze diplomatiche, gli uffici consolari e gli istituti italiani di cultura*».

Tale nuova formulazione dell'art. 93 introduce un elemento di novità idoneo a consentire la revisione del parere precedentemente espresso.

Infatti ora viene espressamente stabilito che il personale a contratto in servizio presso le rappresentanze diplomatiche, gli uffici consolari e gli istituti italiani di cultura, qualunque sia la legge regolatrice del loro contratto, rientra, a tutti gli effetti, nell'ambito del personale civile dell'Amministrazione degli Affari Esteri. Tale personale viene, abitualmente, reclutato tra persone aventi la cittadinanza locale, dunque la nuova formulazione della suddetta norma sembra affermare che anche il personale non solo residente all'estero, ma anche cittadino del Paese dove presta le proprie funzioni rientra nel «personale dell'Amministrazione degli Affari Esteri» e dunque nel «personale civile dello Stato».

L'agevolazione in parola, dunque, sembra spettare a tutti coloro che, rientrando nel «*personale civile e militare dello Stato*», prestino servizio al di fuori del territorio italiano, quindi sembra spettare anche al personale a contratto in servizio presso le rappresentanze diplomatiche, gli uffici consolari e gli istituti italiani di cultura, atteso che tale personale, come si è visto, rientra tra il «*personale civile e militare dello Stato*» e presta servizio al di fuori del territorio italiano».

**A.G.S. – Parere dell'8 gennaio 2004, n. 1141.**

*Se sussiste il diritto alla ripetizione delle spese sostenute dal dipendente qualora il giudizio di responsabilità amministrativa si sia concluso con sentenza che afferma il difetto assoluto di giurisdizione per avere il giudice contabile sindacato il merito dell'attività amministrativa* (consultivo n. 14654/03, avvocato P.U. Di Palma).

«Il Prof. L.G., in qualità di Presidente dell'A.S.I. (Agenzia Spaziale Italiana), con decisione della Corte dei Conti n. 101/2001 veniva ritenuto responsabile di danno erariale, per aver promosso e partecipato a talune iniziative culturali non ritenute compatibili con gli scopi istituzionali dell'Ente di appartenenza. Avverso la suddetta decisione il Prof. L.G. ha adito la Corte di Cassazione che, con sentenza n. 6851/2003, ha accolto il ricorso, statuendo il difetto di giurisdizione del Giudice contabile, cassando senza rinvio la sentenza impugnata.

La decisione si è pronunciata in relazione ad una ipotesi di danno erariale per avere, gli organi dell'A.S.I., con atto di gestione adottati dal 1989 al 1992 procurato un danno per aver deliberato e disposto la partecipazione a ventuno manifestazioni da cui sarebbero derivate spese «non strettamente correlate con gli scopi istituzionali dell'Ente».

La sentenza di condanna adottata dalla Sezione Giurisdizionale della Corte dei Conti per il Lazio ha trovato in appello una parziale riforma ritenendo il giudice di secondo grado, l'estraneità alle finalità dell'Ente esclusivamente «le attività meramente autoreferenzionali o comunque genericamente divulgative di informazione sull'Ente».

In relazione alla richiesta, avanzata *ex art.* 18 del decreto legge 67/1997 dal Prof. L.G., al fine di ottenere il rimborso delle spese legali sostenute nel giudizio innanzi alla Suprema Corte, si osserva quanto segue.

La Suprema Corte, in particolare, è stata chiamata a pronunciarsi in merito alla presunta violazione dell'art. 3, 1° comma, punto 1, lett. a) del decreto legge 23 ottobre 1996, n. 543, coordinato con la legge di conversione 20 dicembre 1996, n. 639, recante «*Disposizioni urgenti in materia di ordinamento della Corte dei Conti*», di modifica all'art. 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, che recita: «*La responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti e alle omissioni commessi con dolo e colpa grave, ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali*».

Dall'esame della decisione emerge che la Corte dei Conti, senza una ragionevole motivazione, nel sancire la responsabilità del Prof. L.G. per danno erariale, ha travalicato i limiti esterni della propria giurisdizione, sindacando nel merito le scelte discrezionali della Pubblica Amministrazione.

La Corte di Cassazione, infatti, ha statuito che il Giudice contabile ha indebitamente operato una valutazione di estraneità dai fini istituzionali dell'A.S.I. delle attività cd. «autoreferenziali» o comunque genericamente divulgative di informazioni sull'Ente, ricomprendendo in dette tipologie di attività le manifestazioni in contestazione.

In ragione del suddetto principio, che impone un limite preciso e invalicabile alle valutazioni del Giudice contabile, la Corte di Cassazione ha dichiarato il difetto di giurisdizione della Corte dei Conti e cassato senza rinvio la decisione impugnata, statuendo che il Giudice erariale *«ha sostituito, senza ragionevole motivazione, le sue scelte a quelle dell'Amministrazione nell'esercizio del potere discrezionale ad essa istituzionalmente devoluto, con una valutazione ex post e senza adeguata comparazione fra costi sostenuti e risultati perseguiti e/o conseguiti»*.

Conseguentemente, risultando esclusa ogni responsabilità del Prof. L.G. in merito al danno erariale contestatogli, in ragione della insindacabilità delle scelte di merito compiute, la richiesta di rimborso delle spese legali sostenute dal sig. L.G. va accolta a norma dell'art. 3, comma 2 *bis*, del decreto legge 23 ottobre 1996 n. 543, convertito con modificazioni dall'art. 1, comma 1, legge 20 dicembre 1996 n. 639.

Si invita, pertanto, codesta Amministrazione a procedere alla liquidazione della parcella presentata, la cui entità, in ragione della peculiarità e complessità della causa, risulta congrua nella misura di Euro 35.833,00 oltre C.P.A. e I.V.A. dovuti per legge, dovendosi escludere i diritti di procuratore in quanto non previsti davanti le magistrature superiori (nella specie Corte dei Conti Sezione Centrale e Corte di Cassazione).

La liquidazione complessiva dovrà inoltre tener conto di € 8.007,52 per spese vive. Si rendono gli allegati».

#### **A.G.S. – Parere del 22 gennaio 2004, n. 8790.**

*Liquidazione spese di custodia – Opposizione – Se l'Amministrazione delle Finanze sia ancora legittimata dopo l'entrata in vigore del d.P.R. n. 115 del 2002 (consultivo n. 13825/03, avvocato C. Sica).*

«Con la nota in riscontro codesta Avvocatura Distrettuale ha rappresentato che Le vengono comunicati, con certa frequenza, i provvedimenti con cui il giudice competente (nella specie, il giudice dell'esecuzione) liquida il compenso al custode dei beni (automezzi soprattutto) sequestrati.

Al riguardo, si è provveduto in certi casi alla contestazione del provvedimento *ex art. 666 c.p.p.*

È, però, intervenuto il d.P.R. n. 115 del 2002, il cui art. 170 non prevede l'Amministrazione Finanziaria tra i soggetti legittimati a proporre opposizione al Presidente dell'ufficio giudiziario competente.

Il quesito posto concerne, quindi, se l'Amministrazione Finanziaria abbia ancora titolo per interloquire (quale ricorrente o resistente) verso i provvedimenti con cui il Giudice dell'esecuzione liquida il compenso al custode dei beni sequestrati.

Secondo la giurisprudenza formatasi con riguardo all'art. 666 c.p.p., la legittimazione al ricorso od alla resistenza dell'Amministrazione Finanziaria era dapprima pacifica al punto che, nel procedimento incidentale di liquidazione dell'indennità di custodia delle cose sottoposte a sequestro penale e di ristoro delle spese di manutenzione, *«dell'udienza camerale di cui all'art. 666 c.p.p. devono essere avvertiti tutti gli interessati, tra i quali è da comprendere il*

*Ministero del tesoro perché tenuto all'esborso, salvo rivalsa» (Cass. Pen., Sez. IV, 27 luglio 1995, n. 2489); «nel procedimento di esecuzione avente ad oggetto la confiscabilità di un bene (n.d.r.: cui potrebbe equipararsi, pro parte, la liquidazione del compenso di custodia), l'Amministrazione dello Stato è titolare di un interesse alla decisione dalla quale può derivarle un pregiudizio o un vantaggio giuridicamente apprezzabile; alla predetta amministrazione compete pertanto l'avviso dell'udienza in camera di consiglio fissata per la deliberazione dell'incidente ... Dall'omessa notificazione dell'avviso di udienza deriva una nullità generale a regime intermedio» (Cass., SS.UU. Penali, 8 giugno 1999, n. 9).*

Senonché, più recentemente e decidendo sulla questione specifica delle spese di custodia e conservazione delle cose sequestrate, le SS.UU. Penali (24 aprile-2 luglio 2002, n. 15161) hanno affermato che l'Amministrazione dell'Economia e delle Finanze «non può considerarsi parte in una fase liquidativa di spese processuali in cui il p.m. deve intervenire necessariamente all'udienza camerale, prevista dall'art. 666 c.p.p., proprio per vegliare all'osservanza delle leggi ed alla tutela dei diritti e degli interessi anche finanziari dello Stato», richiamando, quale utile termine di riferimento, l'omologa giurisprudenza delle Sezioni civili nel procedimento di liquidazione del compenso ai periti, consulenti tecnici, interpreti e traduttori.

In tale nuovo quadro interpretativo, la lettura dell'art. 170 per cui è parere risulta conseguente ed inequivoca nel senso che la legittimazione all'opposizione *de qua* a tutela degli interessi anche finanziari dello Stato compete in via esclusiva al pubblico ministero».

#### **A.G.S. – Parere del 23 gennaio 2004, n. 9544.**

*T.U. n. 490/99, art. 58 e segg. – Ampiezza dei vincoli storico-artistici con particolare riguardo a nuove opere autorizzate ricomprese nel perimetro vincolato (consultivo n. 5265/03, avvocato M. E. Scaramucci).*

«Codesta Amministrazione ha chiesto alla Scrivente di esprimere il proprio parere sulla questione se le nuove opere che, debitamente autorizzate, siano state realizzate all'interno della perimetrazione catastale relativa ad immobili (nel caso di specie, il parco di una villa monumentale, riconosciuto di per sé meritevole di autonoma tutela) vincolati in precedenza, debbano essere considerate come beni comunque assoggettati alla disciplina di tutela storico-artistica (e, quindi, anche all'esercizio della prelazione di cui all'art. 58 del T.U. n. 490/1999), anche se, di per sé, privi dei requisiti necessari per essere dichiarati beni culturali e distinguibili dal bene originariamente oggetto del vincolo.

Osserva la Scrivente che, nel settore della tutela artistica, lo Stato appare titolare di un vero e proprio diritto soggettivo sulla cosa protetta, tanto che da taluni autori si è parlato addirittura di una doppia proprietà (proprietà privata sì, ma anche appartenenza pubblica dei beni stessi).

I beni culturali indicati all'art. 2 del citato T.U., che siano stati dichiarati di interesse particolarmente importante, sono, infatti, soggetti a vincolo di conservazione e spesso di destinazione, nonché di godimento e di utilizza-

zione da parte del pubblico; sono esposti alla facoltà di prelazione da parte dello Stato e, in conseguenza, sono sottoposti a notevoli poteri di tutela, di intervento e di polizia da parte di quest'ultimo.

Tali poteri appaiono riconducibili ad uno *ius in re aliena* che, in quanto riconosciuto di natura demaniale, è stato ricondotto all'art. 825 c.c.

Dalla rilevata natura di diritto reale parziale dello Stato sui beni culturali discende la necessaria conseguenza che, in analogia con quanto previsto dalla disciplina civilistica per gli altri diritti reali limitati (v. art. 2811 c.c.), la tutela correlata al vincolo sull'area si estende di diritto alle costruzioni e alle altre accessioni dell'immobile vincolato.

Alla luce di quanto sopra esposto si condivide il parere espresso dalla Avvocatura Distrettuale di Venezia, sottolineandosi che l'autorizzazione alla edificazione su parte del sedime vincolato non comporta una revoca implicita (*pro quota*) del vincolo, non solo in quanto, come sottolineato nella citata nota della Avvocatura di Venezia del 10 dicembre 2002, quest'ultima sarebbe illegittima in quanto opera di un organo incompetente, ma soprattutto perché tale affermazione si basa sull'errato presupposto che la autorizzazione ad edificare comporti il sacrificio di una parte dell'area vincolata, dimenticando che l'autorizzazione è atto di gestione del vincolo.

Infatti, non è consentito in sede autorizzatoria derogare all'accertamento dei valori contenuti nel provvedimento di tutela.

Pertanto, una valutazione di compatibilità che comporti una deroga al vincolo si risolve in una autorizzazione illegittima.

Con riferimento al caso specifico sottoposto all'esame della Scrivente, si ritiene che l'alienazione del manufatto in contestazione avrebbe dovuto essere comunicata alla amministrazione per l'eventuale esercizio del diritto di prelazione. Tuttavia, le circostanze dedotte a giustificazione del ritardo nella denuncia da parte degli acquirenti del manufatto stesso (mancata menzione negli atti di provenienza precedenti da parte dei notai roganti dell'esistenza del vincolo in favore del Ministero per i beni e le Attività culturali) consentono di escludere l'elemento soggettivo del reato di cui all'art. 122 del testo unico e, quindi, la necessità di segnalazione del fatto alla Autorità giudiziaria.

Considerato, infine, l'effetto automatico, sopra ricordato, della accessione, non si ritiene necessaria una nuova notifica del vincolo, né una nuova, autonoma trascrizione dello stesso, salvo che codesta amministrazione, in relazione alle circostanze del caso concreto, non ne ravvisi l'opportunità al fine di prevenire l'insorgenza di contenziosi con i futuri acquirenti del bene».

#### **A.G.S. – Parere del 9 febbraio 2004, n. 20036.**

*Decreto Legislativo 19 marzo 2001 n. 69, art. 50: conseguenze della retrodatazione di promozioni – Presupposti per le promozioni a generali di corpo d'Armata della Guardia di Finanza* (consultivo n. 5835/04, avvocato A. Linguiti).

«A) Con il foglio in riscontro codesta Amministrazione chiede se, a seguito della pronuncia giurisdizionale di annullamento per illegittimità di



una graduatoria relativa all'avanzamento per l'anno 2000 al grado di generale di divisione, e della rinnovazione della detta graduatoria con la conseguente intervenuta attribuzione del grado di generale di divisione dal 1° gennaio 2000 ad un generale di brigata rimasto precedentemente illegittimamente escluso dall'avanzamento a generale di divisione, debbono considerarsi esistenti e realizzati i presupposti per la promozione al grado di generale di corpo d'armata voluti dall'art. 50/2 D.Leg.vo n. 69/2001 (*esercizio delle attribuzioni del grado di generale di divisione e maturazione al 31 ottobre dell'anno precedente quello della promozione di almeno due anni di anzianità di grado*).

B) Codesta Amministrazione evidenzia che sulla questione delle conseguenze della retrodatazione della promozione ai fini del calcolo del periodo minimo di comando nel grado superiore in vista delle successive promozioni, nonostante che, nei casi di rinnovazione con esito favorevole di un giudizio di avanzamento annullato per accoglimento di ricorso, si tratti di segmento temporale in cui l'ufficiale ha, in concreto, assolto incarico ed ha esercitato attribuzioni proprie del grado inferiore, è stato già interpellato il Consiglio di Stato, che ha reso il proprio parere in data 11 marzo 2003 col., n. 520.

In tale parere il Consiglio di Stato ha espresso l'avviso che il principio (di cui agli artt. 32-33 e 34 D.Leg.vo n. 60/2001) della retroattività della promozione «ora per allora» trova il suo fondamento nel diritto di difesa e di agire in giudizio tutelato dall'art. 24 Cost., sicché le eccezioni alla piena retroattività dell'esecuzione di un giudicato (o situazione ad esso assimilata dall'art. 34 del D.Leg.vo n. 69/2000) devono trovare un fondamento derogatorio di diritto positivo, idoneo a superare la garanzia della piena retroattività.

Al fine di corroborare tale conclusione il detto parere del Consiglio di Stato si rifà a proprie sentenze e precedenti pareri ispirati al criterio secondo il quale la promozione ora per allora, se non si ricorresse alla *fictionis iuris*, «si risolverebbe in una sostanziale elusione del giudicato, in danno di colui che abbia ottenuto una vittoria giustiziale o giurisdizionale per effetto della quale sia intervenuto l'annullamento di un provvedimento illegittimo della P.A.».

Nel richiamato parere del Consiglio di Stato viene ricordato pure che «il D.Leg.vo n. 69/1991 prescrive che la promozione al grado superiore avvenga con l'anzianità che gli sarebbe spettata qualora la promozione avesse avuto luogo a suo tempo» (art. 34 D.Leg.vo citato).

C) La Scrivente, investita dello specifico quesito relativo alla promozione al grado apicale di nuova istituzione di generale di Corpo d'armata (art. 4, lett. c, legge n. 78/2000) di un generale di brigata che ha ottenuto l'annullamento giurisdizionale della precedente graduatoria (con sentenza del C.d.S. n. 6337/2003) di avanzamento ed in conseguenza della rinnovazione del giudizio di avanzamento (effettuata in data 10 dicembre 2003) la promozione al grado di generale di divisione con effetto dal 1° gennaio 2000, rileva che il quesito presenta un suo proprio specifico e particolare profilo dato dal fatto che la normativa che disciplina la promozione al grado di generale di corpo d'armata si articola in due ipotesi distinte: una prima ipotesi legata all'applicazione di una norma transitoria (volta a disciplinare «il graduale passaggio dalla vigente normativa a quella dettata con i decreti

legislativi) che è contenuta nell'art. 50/2 D.Leg.vo n. 60/2001, ed una seconda ipotesi legata all'applicazione di una norma a regime che è contenuta nell'art. 50 D.Leg.vo citato commi 3-4-5 e 6.

D) La *norma transitoria*, che viene qui in considerazione, è distinta da una possibilità di utilizzazione temporale limitata (solo per gli anni 2001-2002 e 2003) ed esige che l'interessato abbia esercitato le attribuzioni previste per il grado rivestito ed abbia maturato al 31 ottobre dell'anno precedente quello della promozione almeno 2 anni di anzianità di grado.

D1) *Con riguardo al limite temporale di utilizzabilità della norma transitoria.*

Nel caso sottoposto l'interessato ha ottenuto la promozione al grado di generale di divisione il 10 dicembre del 2003, con effetto retroattivo dal 1° gennaio 2000.

Non può dirsi pertanto, almeno sotto il profilo della data di conseguimento del grado di generale di divisione (10 dicembre 2003) che possa escludersi la applicazione della norma transitoria che prevede anche per il 2003 la sua utilizzabilità.

Ma non sembra neppure (e più radicalmente) che il limite temporale in questione possa essere invocato quando – come nel caso in esame – il ritardo nella promozione sia imputabile all'illegittimo provvedimento dell'Amministrazione (mancato avanzamento) annullato con effetto retroattivo dal giudice amministrativo, così come d'altro canto imputabile alla Amministrazione è anche la mancata tempestiva adozione dei provvedimenti riparatori conseguenti alla promozione al grado di generale di divisione intervenuta – si ripete – il 10 dicembre 2003 e cioè entro il triennio di utilizzabilità della norma transitoria, ove ricorrenti (del che subito si dirà) gli altri presupposti voluti dalla norma transitoria.

D2) *Con riguardo alla necessità dell'esercizio di attribuzioni nel grado rivestito e di almeno di due anni di anzianità nel grado* al 31 ottobre dell'anno precedente la promozione si osserva che tali presupposti non possono essere richiesti – in coerenza con i principi più volte indicati al Consiglio di Stato in sede consultiva e giurisdizionale – quando l'impedimento al conseguimento effettivo di tali presupposti sia stato dovuto ad illegittimità poste in essere dalla Amministrazione e rimosse con effetto retroattivo dall'annullamento giurisdizionale.

L'effetto ripristinatorio che l'annullamento, per sua natura retroattivo, ed il conseguente provvedimento di promozione devono realizzare non può che essere in linea di principio pieno, determinandosi altrimenti un effetto sostanzialmente elusivo del giudicato.

Né tali principi possano subire – ad avviso della scrivente – in assenza di espresse e razionali disposizioni in senso difforme, deroghe dovute al fatto che il caso in esame involge la promozione a grado apicale.

E) Una conferma della conclusine di cui sopra è offerta anzi dal dettato dei commi 5 e 6 dell'art. 50 D.lvo n. 69/2001.

Il quinto comma detta per i soli ufficiali che acquisiscano il grado di generale di divisione dopo il *1° ottobre 2000* (e tale non è il caso in esame essendo stato acquisito a grado di generale di divisione al 1° gennaio 2000), una norma speciale applicabile fino al 31 dicembre 2005.

Il sesto comma prevede per i generali di divisione mancanti dei requisiti occorrenti per rientrare sulla ipotesi del comma 5, *per ragioni di servizio o di malattia* (e tale non è la situazione di chi come nel caso in esame non è stato valutato a causa di una illegittimità posta in essere dalla amministrazione e rimossa con effetto retroattivo da pronuncia del giudice amministrativo) una disciplina riparatoria del ritardo.

Se una disciplina riparatoria del ritardo, dovuta a fatti che, oggettivamente esistenti ed impeditivi, hanno comportato la mancata valutazione, è prevista, a maggiore ragione una piena riparazione ripristinatoria deve essere data, quando la mancata valutazione sia stata dovuta ad illegittimità imputabile alla Amministrazione.

Né sembra irrilevante osservare che diversamente ragionando l'esercizio di attribuzioni nel grado di generale di divisione sarebbe oggi impossibile con le caratteristiche di apicalità che aveva fino alla introduzione del grado di generale di corpo d'armata.

Una soluzione diversa da quella ripristinatoria qui accolta esporrebbe peraltro ad una azione risarcitoria di sicura fondatezza e di non indifferente rilievo».

#### **A.G.S. – Parere dell'11 febbraio 2004, n. 21425.**

*Avvalimento da parte delle Amministrazioni dei Provveditorati Regionali OO.PP. in qualità di stazioni appaltanti – Onere delle spese di missione, indennità varie ed altro – Responsabile del procedimento – Alta Vigilanza (consultivo n. 4444/02, avvocato M. Corsini).*

«Con nota 10 dicembre 2003 n. 18913 codesto Ministero ripropone la questione dell'avvalimento da parte di altre Amministrazioni dei Provveditorati Regionali alle Opere Pubbliche in qualità di stazioni appaltanti per la realizzazione di lavori pubblici ai sensi dell'art. 19 della legge 11 febbraio 1994 n. 109.

Ora, richiamando l'avviso già espresso da questa Avvocatura circa i contenuti e la natura del rapporto che si viene a creare tra uffici pubblici per effetto dell'affidamento delle funzioni di stazione appaltante (parere reso con nota 29 gennaio 2003, n. 9417), vengono sollevati ulteriori profili di problematicità che sarebbero insorti in occasione delle funzioni di stazione appaltante che il Provveditorato per la Basilicata sarebbe stato chiamato ad espletare su richiesta del Commissario *ad acta ex* art. 86 della legge 27 dicembre 2002, n. 289 nominato dal Ministro per le Attività Produttive.

In particolare, premesso che il Provveditorato assume le attività di progettazione, affidamento ed esecuzione lavori, nonché di collaudo statico, mentre il Commissario *ad acta* svolgerebbe le funzioni di supervisione, direzione lavori e di collaudo tecnico amministrativo, viene riferito che nel quadro economico degli interventi di competenza dell'ufficio del Commissario sono inseriti gli importi corrispondenti al compenso incentivante per il personale interno stabilito dall'art. 18 della legge quadro, ma che detti importi non possono ricomprendere anche le spese vive di missione sostenute, talvolta in misura rilevante, dal personale stesso.

D'altra parte, si rappresenta che le spese stesse – unitamente a quelle sostenute per l'espletamento della gara e alla redazione del progetto – non

possono gravare in modo definitivo sulle risorse del Provveditorato stazione appaltante, le cui disponibilità sono parametrare esclusivamente alle proprie esigenze funzionali programmate, mentre le esigenze poste dallo svolgimento delle funzioni di stazione appaltante per altri soggetti non sarebbero prevedibili o preventivamente definibili.

Di conseguenza, codesto Ministero prospetta l'esigenza che le spese vive ora dette, tutte rendicontabili, siano in sede convenzionale poste a carico dell'amministrazione che si avvale del Provveditorato.

In occasione del precedente parere questa Avvocatura aveva rilevato che per effetto dell'art. 19 della legge n. 109/1994 l'ufficio delegato delle funzioni di stazione appaltante svolge un compito rientrante nelle proprie funzioni istituzionali, e che tale considerazione non possa non riverberarsi sugli aspetti economici del rapporto con il soggetto affidante, nel senso che questi non possono essere diversi da quelli che sarebbero configurabili nel caso di svolgimento in proprio delle funzioni stesse. Di conseguenza, anche secondo l'indicazione fornita dall'Autorità di Vigilanza nel noto atto di regolazione n. 6/1999, da un lato l'esercizio delle relative attività da parte del personale statale rientra tra i doveri d'ufficio dei dipendenti (senza che sia configurabile alcun compenso aggiuntivo rispetto al normale trattamento economico), dall'altro il ricorso a professionalità esterne costituisce ipotesi eccezionale i cui costi devono essere oggetto di rimborso.

L'aspetto potenzialmente critico del parere in rapporto alle esigenze ora prospettate da codesto Ministero risiederebbe dall'aver questa Avvocatura espressamente detto che «al di là di questo importo (ossia oltre al compenso incentivante *ex art.* 18 della legge n. 109/1994 che l'ente affidante dovrebbe versare al Provveditorato in favore del personale adibito all'espletamento delle attività di stazione appaltante, ed oltre al rimborso dei costi sostenuti per l'affidamento di taluna prestazione professionale all'esterno) nulla deve essere ulteriormente corrisposto ..... nemmeno a titolo di rimborso spese per straordinari ed attrezzature, in quanto i relativi oneri sono sostenuti dall'ufficio affidatario nell'ambito delle proprie attribuzioni istituzionali»; le espressioni usate, infatti, potrebbero precludere il rimborso delle ulteriori spese per missioni, gare, e redazione progetti la cui necessità è invece ora segnalata.

In relazione a quanto sopra, la Scrivente osserva quanto segue.

Per quanto concerne le spese connesse allo svolgimento delle gare ed alla redazione dei progetti, sembra che esse trovino copertura pressoché integrale nelle voci del quadro economico dell'intervento (art. 17, comma 1 lettera *b*), numeri 9 e 10 — spese per commissioni giudicatrici e per pubblicità — e numero 7 spese relative alla progettazione); si tratterebbe in sostanza di risorse già a disposizione dell'amministrazione titolare dell'intervento, e come tali certamente trasferibili al soggetto che svolge le funzioni di stazione appaltante, nelle cui attribuzioni rientrano sia la progettazione che la gestione della gara.

Per quanto concerne le spese di missione, invece, il carattere istituzionale del compito svolto dal Provveditorato quale stazione appaltante dovrebbe condurre a ritenere che esse gravino come costo relativo al personale non coperto dal quadro economico dell'intervento sul Provveditorato

stesso, esattamente come accadrebbe se le funzioni svolte a favore del soggetto richiedente fossero svolte direttamente nell'interesse dell'Amministrazione servente; se infatti dovesse trovare rigorosa applicazione il principio affermato dal Consiglio di Stato per cui quest'ultima è *tenuta a svolgere la funzione affidata con il proprio personale ed il proprio apparato organizzativo*, ne dovrebbe discendere che tutte le connesse spese di funzionamento della stazione appaltante che non trovano collocazione nelle voci di quadro economico dell'opera (cioè dalle somme appositamente stanziare dal soggetto titolare dell'intervento) sono a carico del Provveditorato.

Né a diversa conclusione potrebbero indurre considerazioni circa la maggiore o minore prevedibilità dell'onere, dal momento che – una volta assunto il compito di stazione appaltante – la conosciuta durata dell'attività da prestare dovrebbe ben consentire la previsione dei suoi costi in funzione del periodo necessario alla funzione e, almeno in teoria, l'iscrizione in bilancio delle connesse risorse. E d'altra parte, il soggetto affidante ha nel proprio bilancio solo le somme necessarie a fronteggiare i costi del proprio personale, per definizione carente rispetto alle esigenze di committenza, e non del personale di altre strutture. Né nel quadro economico dell'intervento possono inserirsi voci diverse rispetto a quelle elencate dall'art. 17 del regolamento.

Trattasi tuttavia di aspetto di dettaglio, rispetto al quale non sembra esservi un particolare interesse a che le parti adottino questa piuttosto che quella regola di riparto dell'onere, nell'ambito del disciplinare volto a regolare le modalità di espletamento della funzione di stazione appaltante; e dunque, ove particolari considerazioni di specie (anche legate alle effettive disponibilità di risorse nei rispettivi bilanci) ne suggeriscano la possibilità, le spese di missione potrebbero anche essere eccezionalmente poste a carico del soggetto nel cui interesse sono svolte le funzioni di stazione appaltante.

In sostanza, in linea di principio l'ente che richiede la prestazione delle attività di stazione appaltante potrebbe a buon titolo pretendere che le spese di missione del personale gravino sul soggetto servente, ma l'opposta soluzione potrebbe in particolari circostanze essere convenuta dalle parti. Quello che importa – ed in tal senso deve leggersi la regola della «istituzionalità» della funzione svolta, affermata nel parere di questa Avvocatura – è che sia fatto rigorosamente salvo il principio della inammissibilità di compensi o corrispettivi di sorta, sia riconosciuti all'ufficio sia attribuiti al personale incaricato, specificamente diretti a remunerare le prestazioni di stazione appaltante al di fuori ed in aggiunta alla normale retribuzione prevista dalla legge.

Con distinto quesito formulato con la medesima nota che si riscontra, poi, codesto Ministero chiede parere in merito alla possibilità di nominare il responsabile del procedimento all'interno del Provveditorato Regionale alle Opere Pubbliche, posto che le attribuzioni di tale figura sarebbero riferibili alla stazione appaltante e che – se esercitate all'interno del Provveditorato – assicurerebbero meglio il coordinamento delle varie fasi di realizzazione dell'intervento.

Ritiene questa Avvocatura che al quesito debba senz'altro darsi risposta affermativa.

Le diverse formulazioni dell'art. 7 che si sono succedute nel corso delle ripetute modifiche della legge n. 109/1994 hanno costantemente riferito la figura del responsabile del procedimento all'organico dell'amministrazione aggiudicatrice, prevedendo l'obbligatorietà dell'appartenenza di quello a questo, ma deve ritenersi – proprio in funzione della natura dei compiti attribuiti dall'ordinamento al responsabile del procedimento – che tale collegamento operi se ed in quanto l'amministrazione aggiudicatrice sia effettivamente stazione appaltante: non altrimenti infatti sarebbero giustificabili in capo al responsabile del procedimento, tra quelle elencate dall'art. 8 del d.P.R. n. 554/1999, competenze (quali ad esempio quelle connesse alla progettazione, lettere *c) d) e)*, all'espletamento della conferenza dei servizi, lettera *q)*, e soprattutto all'intera fase di esecuzione dei lavori) che sono tipiche del committente di lavori pubblici.

Il dubbio eventualmente insorto può essere giustificato dal fatto che la legge quadro, nel prevedere l'attuale riparto di competenze tra responsabile del procedimento, direttore dei lavori ed amministrazione, non può prendere in considerazione l'ipotesi della concessione di committenza, in quanto istituto ora normalmente vietato; e dunque, nel caso di affidamento di funzioni di stazione appaltante eccezionalmente consentito, occorre operare lo scorporo tra le funzioni in astratto riconducibili al compito di alta vigilanza (che tradizionalmente competono al soggetto che mantiene la titolarità dell'intervento) e le funzioni invece pertinenti alla gestione della gara e all'esecuzione del contratto, che spettano per definizione alla stazione appaltante.

La responsabilità del procedimento, come centro unico di imputazione delle attività che in modo più stretto e qualificante ineriscono la realizzazione dell'intervento dalla sua progettazione fino al collaudo, sembra non possa che far capo alla stazione appaltante e deve a questa essere riservata; mentre è corretto che l'alta vigilanza (il cui contenuto tuttavia andrebbe concretamente precisato enucleando le attività, anche di natura autorizzatoria ed approvativa, che l'ordinamento attualmente attribuisce ora al responsabile del procedimento ora all'Amministrazione») spetti al soggetto titolare dell'intervento nei limiti e con la portata da precisarsi nel disciplinare.

Peraltro, proprio in ossequio alla prospettata esigenza – che si condivide – di assicurare al meglio l'unitarietà della funzione di stazione appaltante ed il necessario coordinamento tra tutte le attività che ad essa fanno capo, sembra da rilevarsi l'apparente incongruenza del riparto di funzioni attualmente convenuto tra ufficio commissariale e Provveditorato alle Opere Pubbliche.

Codesto Ministero riferisce infatti che il Commissario *ad acta* si sarebbe riservato, oltre alla supervisione (che correttamente richiama il compito di alta vigilanza), anche le attività di direzione dei lavori e di collaudo tecnico amministrativo. Ma queste due funzioni tradizionalmente appartengono alla stazione appaltante e non potrebbero, secondo questa Avvocatura, che appartenere ad essa, in quanto intimamente connesse alla fase di realizzazione dei lavori ed alla conseguente responsabilità in ordine alla corretta esecuzione dell'intervento.

Si suggerisce pertanto, ove possibile, di prevedere in sede di disciplinare che tutte le funzioni della stazione appaltante siano attribuite unitariamente al Provveditorato, salvi naturalmente tutti i poteri di approvazione e di concerto nelle eventuali designazioni dei soggetti incaricati che possano assicurare un'efficace controllo e vigilanza al Commissario *ad acta*».

**A.G.S. – Parere del 13 febbraio 2004, n. 23358.**

*D.Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 – Attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (consultivo n. 8229/03, avvocato P. Palmieri).*

«È pervenuta a questa Avvocatura Generale richiesta di parere da parte dell' Ufficio Territoriale per il Governo di Agrigento, per il tramite dell'Avvocatura Distrettuale di Palermo, circa l'esatta interpretazione del D.lgs. 231/02, attuativo della direttiva 2000/35/CE, relativo alla lotta contro i ritardi nei pagamenti delle transazioni commerciali. In particolare l'U.T.G. chiede di sapere se, in deroga alla previsione generale di cui al suindicato decreto legislativo e previo espresso consenso delle parti creditrici- sia possibile prevedere in seno agli stipulandi contratti di lavori e/o forniture di beni e servizi, anche nelle ipotesi di spese in economia, un termine per l'effettuazione del pagamento superiore a quello previsto per la summenzionata normativa.

Si premette, in via preliminare, che il Decreto Lgs. n. 231 del 2002 è espressamente volto a disciplinare i ritardi nei pagamenti delle transazioni commerciali, tali essendo definiti dall'art. 2 comma 1 lett. a) i contratti tra imprese o tra imprese e pubbliche amministrazioni che comportano, in via esclusiva o prevalente, la consegna di merci o la prestazione di servizi, contro il pagamento di un prezzo.

Tale definizione dell'oggetto della disciplina in esame porta innanzitutto ad escludere, a parere di questo Generale Ufficio l'applicabilità della normativa in esame anche ai contratti di lavori pubblici, come adombrato nella richiesta di parere che si riscontra.

Ad avviso di questo Generale Ufficio il riferimento espresso di cui all'art. 2 comma 1 lett. a) alla consegna di merci o prestazione di servizi quali possibili oggetto delle transazioni commerciali di cui al comma 1 porta a ritenere inequivocamente esclusi dall'area di applicazione in esame i contratti di lavori, là dove possono, per contro, ritenersi ricompresi i contratti tanto di forniture quanto di servizi.

Nel senso qui accolto della non applicabilità si è altresì espressa l'Autoretà garante dei lavori pubblici con la determinazione n. 5 del 27 marzo del 2002 ad avviso della quale la lettera della norma non consente di ricomprendere nella nozione di transazione commerciale rilevante ai fini dell'applicazione del d.lgs. n. 231/2002 gli appalti di lavori pubblici.

La stessa relazione illustrativa al decreto legislativo, del resto, demanda ad un apposito intervento legislativo l'omogeneizzazione della disciplina degli

appalti pubblici di lavori con quella di cui alla direttiva 2000/35/CE, in assenza del quale non sembra possibile, *de iure condito*, operare l'estensione anche a tipologie di contratto non espressamente richiamate dalla norma.

Passando all'esame del quesito vero e proprio, osserva la Scrivente Avvocatura che con il citato decreto (art. 4), è stato introdotto il principio dell'automaticità della decorrenza degli interessi (moratori) a partire dal giorno successivo a quello della scadenza del pagamento, senza necessità di alcuna intimazione scritta (comma 1).

Il termine rilevante per il pagamento è, in prima istanza, quello pattuito tra le parti nel contratto; in mancanza, opera il termine legale di trenta giorni variamente decorrenti secondo le diverse ipotesi previste dal secondo comma. Con riferimento ai contratti aventi per oggetto la cessione di prodotti alimentari deteriorabili, inoltre, le parti, nella propria libertà contrattuale, possono stabilire un termine superiore rispetto a quello legale di cui al comma 3 del citato articolo (60 giorni), purché le diverse pattuizioni siano stabilite per iscritto e rispettino i limiti concordati nell'ambito di accordi sottoscritti, presso il Ministero delle attività produttive, dalle organizzazioni di categoria maggiormente rappresentative sul piano nazionale (comma 4).

Alla luce di tale disciplina pare, a questo Generale Ufficio, che la risposta al riferito quesito debba essere affermativa, quanto meno in linea generale, tenuto conto di più di un indice normativo in tal senso.

Appare determinante all'uopo, innanzitutto, la formulazione letterale della norma (se il termine di pagamento non è stabilito in contratto) da cui si evince la natura meramente *suppletiva* del termine legale di pagamento di cui all'art. 4, comma 2. Tale termine, infatti, è stato previsto dal Legislatore per colmare l'eventuale lacuna del regolamento contrattuale, ovvero per far fronte all'omessa previsione, da parte dei contraenti, di un termine convenzionale che, altrimenti, troverebbe applicazione in via esclusiva.

Come, inoltre, già ricordato, le parti hanno la possibilità di prevedere, nei contratti per la cessione di alimenti deteriorabili, un termine di pagamento superiore a quello legale, purché detta pattuizione sia stabilita per iscritto ed entro certi limiti concordati nell'ambito di accordi sottoscritti dalle rispettive organizzazioni di categoria (art. 4, comma 4, d.lgs. n. 231/2002).

Ciò depone, evidentemente, nel senso della non contrarietà, in linea di principio, alla *ratio* del decreto (e della direttiva comunitaria di cui lo stesso costituisce attuazione) della pattuizione contrattuale relativa ad un termine di pagamento superiore a quello legale, previsto in via meramente suppletiva, secondo quanto si è detto a tale proposito.

Ulteriore argomento a sostegno della tesi qui sostenuta è infine dato dalla previsione dell'art. 7 del citato decreto che introduce un'ipotesi di nullità parziale del contratto – con riferimento alla clausola relativa alla data del pagamento, o alle conseguenze del ritardato pagamento – ove, avuto riguardo ad una serie di parametri specificamente indicati (corretta prassi commerciale, natura della merce o dei servizi oggetto del contratto, condizione dei contraenti, rapporti commerciali tra i medesimi), nonché ad ogni altra circostanza, detta clausola risulti gravemente iniqua per il creditore (comma 1 del predetto articolo).



Si reputa gravemente iniquo l'accordo che, senza alcuna ragione obiettiva, abbia per scopo principale di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore, ovvero l'accordo con il quale l'appaltatore o il subfornitore principale impone ai propri fornitori o subfornitori termini di pagamento ingiustificatamente più lunghi rispetto a quelli ad esso concessi (comma 2). Ove il giudice rilevi, anche d'ufficio, la nullità dell'accordo, lo dichiara, applicando *ex art.* 1339 c.c. i termini legali ovvero riconducendo ad equità il contenuto dell'accordo (comma 3).

Se dunque, il giudice ha il potere di ricondurre ad equità il contratto ovvero di valutare se il termine convenuto tra le parti possa ritenersi o meno equo alla luce dei criteri fissati dalla normativa in esame, non sembra possa dubitarsi della possibilità, quanto meno in linea di principio, di pattuire un termine di pagamento superiore a quello legale, salvo poi verificare, nel caso concreto, se esso possa o meno ritenersi equo alla luce degli elementi di cui al comma 1 dell'art. 7. Come visto, il giudice, ove accerti la nullità della pattuizione relativa al termine per il pagamento, farà applicazione dei termini legali suppletivi, ovvero ricondurrà ad equità il contratto. Ciò in perfetta aderenza agli obiettivi della direttiva comunitaria il cui scopo era proprio quello di assicurare l'equilibrio contrattuale per le possibili ripercussioni, in caso di sua violazione, sullo svolgimento libero della concorrenza tra le imprese. Equilibrio che non può escludersi venga rispettato, nei singoli casi, attraverso la pattuizione di un termine di pagamento superiore a quello legale purché «equo» nel senso voluto dal Legislatore.

Alla luce di quanto sopra esposto questa Avvocatura Generale ritiene di dover fornire risposta affermativa, in linea di principio, al quesito sottoposto alla sua attenzione, avendo chiarito che la equità o meno del termine convenzionale per il pagamento non è stata stabilita una volta per tutte dal Legislatore *ex ante*, potendo essere valutata dal giudice *ex post*, una volta che sia sorta contestazione sul punto.

Sarà dunque cura dell'Amministrazione, nel predisporre i singoli contratti, verificare se, in relazione al singolo caso e dunque con valutazione da effettuarsi di volta in volta, il termine superiore a quello legale possa ritenersi equo in relazione al tipo di accordo, alla prassi commerciale ed agli ulteriori criteri normativi sopra indicati allo scopo di evitare probabili contenziosi sul punto.

Ai predetti fini valuterà codesta Amministrazione se fare riferimento, nei singoli contratti, ai termini eventualmente previsti dall'Amministrazione dell'Interno nel regolamento emesso in attuazione dell'art. 2, comma secondo, della legge n. 241/1990, inerenti alle procedure di spesa ovvero alle fasi del procedimento che, di volta in volta, vengono in considerazione.

In ogni caso, con particolare riferimento alle circostanze addotte dall'Amministrazione (U.T.G. di Agrigento) e relative alle complessità delle procedure di spesa ed ai conseguenti tempi necessari per provvedere al pagamento sembra alla Scrivente che, alla luce dei criteri suesposti, potrà ritenersi non ingiustificatamente lungo solo quel termine che, benché superiore a quello legale, appaia coerente con le fasi strettamente necessarie al pagamento e che non valga a giustificare mere inerzie ovvero inutili lungaggini procedurali.

Non sembra possibile, infine, escludere in linea di principio l'applicabilità della normativa in esame ai cosiddetti contratti in economia ove l'oggetto degli stessi coincida con quello delle transazioni commerciali di cui all'art. 2 comma 1 lett. a) del D.Lgs. n. 231/2002».

**A.G.S. – Parere del 17 febbraio 2004, n. 25110.**

*D.P.R. n. 218/1978, artt. 101 e 105 – Esenzione IRPEG e ILOR delle imprese di nuova costituzione nei territori di cui all'art. 1 d.P.R. n. 218/1978 – Estensione* (consultivo n. 7994/03, avvocato M.L. Guida).

«Con la nota indicata a margine codesta Amministrazione ha condiviso il parere espresso da questa Avvocatura circa l'insussistenza dei presupposti per impugnare la sentenza della C.T.R. di Napoli perché fondata su accertamento di fatto sorretto da congrua e logica motivazione; ha tuttavia segnalato l'opportunità di coltivare le controversie concernenti il diniego di esenzione IRPEG per le società esercenti attività commerciali.

Sostiene in proposito codesta Direzione che la tesi dell'inapplicabilità di tale esenzione ai redditi di natura commerciale è conforme alla prassi amministrativa e alle finalità della legislazione agevolativa che è quella di incentivare l'industrializzazione del Mezzogiorno di Italia.

La Scrivente ritiene che, al fine di delimitare l'ambito di applicazione dell'art. 105 del d.P.R. n. 218/1978 e di comprenderne le finalità, è necessario inquadrare attraverso un'interpretazione letterale, nonché logico-sistematica di essa la fattispecie astratta prevista.

L'art. 105 prevede l'esenzione dall'IRPEG in favore «delle imprese che si costituiscono in forma societaria nei territori indicati all'art. 1 per la realizzazione di nuove iniziative produttive nei territori stessi ...». Tale formula riproduce quella già impiegata dai vari testi normativi susseguitisi in tema di agevolazioni fiscali per le nuove iniziative produttive, finalizzate allo sviluppo nel Mezzogiorno.

Già l'art. 14 della legge 26 giugno 1965 n. 717 si esprimeva nel senso che «le società che si costituiscono nei territori indicati ... per la realizzazione di nuove iniziative produttive nei territori stessi, sono esenti, per dieci anni dalla loro costituzione, dall'imposta sulle società...»; la norma fu poi riprodotta nell'art. 115 d.P.R. n. 1523/1967.

Successivamente, in via di interpretazione autentica, l'art. 15, sesto comma, legge 6 ottobre 1971, n. 853 precisò che la norma doveva essere interpretata nel senso che l'esenzione ivi prevista spetta anche alle società che gestiscono, a seguito di fusione per incorporazione o di concentrazione, iniziative produttive realizzate nei territori agevolati ed entrate in funzione dopo il 30 giugno 1965».

Con la riforma tributaria l'esenzione dall'imposta sulle società venne trasformata in riduzione al 50% dell'IRPEG: l'art. 26, 3° comma, d.P.R. n. 601/1973, poi interamente trasfuso nell'art. 105 d.P.R. n. 218/1978, dispose

che «nei confronti delle imprese costituite in forme societarie, fermo restando il disposto dei commi precedenti, l'IRPEG è ridotta alla metà nelle ipotesi e nei limiti di cui all'art. 115 testo unico delle leggi sul Mezzogiorno.

Mentre l'esenzione ILOR prevista dall'art. 101 ha carattere oggettivo e riguarda i soli redditi industriali afferenti l'attività dei nuovi stabilimenti o dei relativi ampliamenti, l'agevolazione IRPEG ha carattere misto, richiedendo sia la costituzione in forma di società di capitali di nuovi soggetti sia la realizzazione di nuove iniziative produttive, senza ulteriori specificazioni e senza riferimento alle modalità attraverso le quali la nuova iniziativa produttiva viene attuata e a prescindere dal tipo (industriale, di servizi od altro) dell'attività svolta (cfr. Cass. sent. n. 1227/2001).

La diversità dei requisiti richiesti per le due esenzioni in correlazione alla loro differente natura, consente di individuarne i rispettivi ambiti applicativi: l'esenzione ILOR riguarda il solo reddito industriale derivante dall'attività produttiva (di beni o di servizi) realizzata in uno stabilimento tecnicamente organizzato, sia esso nuovo o ampliato; l'esenzione IRPEG riguarda tutti i redditi derivanti dalle attività poste in essere dalle nuove società, siano esse puramente commerciali, artigianali ovvero non collegate a processi produttivi di tipo industriale.

Si osserva in proposito che la nozione di reddito di natura industriale posta a base dell'esenzione ILOR è più ristretta di quella di reddito derivante dall'attività produttiva utilizzata dall'art. 105 ai fini IRPEG. Infatti, nel primo concetto sono ricompresi i soli redditi derivanti dall'attività produttiva di beni o servizi (intesa come realizzazione di un'utilità nuova) posta in essere attraverso un officio tecnicamente organizzato e, cioè, attraverso l'impiego prevalente di macchine.

Nel concetto di attività produttiva in senso ampio, rientra ogni attività produttiva di beni e/o servizi riconducibile alla nozione di impresa commerciale definita dall'art. 2195 c.c., ivi compresa, quindi, l'attività commerciale in senso stretto consistente nella intermediazione nello scambio di beni (ovvero le attività ausiliarie, cfr. Cass., Sez. Lav., 22 agosto 2003 n. 12373; Cass., Sez. Lav., 20 giugno 2003 n. 9910; Cass., Sez. Lav., 3 ottobre 1992 n. 10849; Cass. 9 maggio 1991 n. 5149).

Nei sensi soprariocordati è ferma la giurisprudenza della Corte di Cassazione anche con specifico riguardo all'agevolazione IRPEG in esame che è costantemente riconosciuta anche per le attività diverse da quelle industriali: in tali sensi, ad esempio, è stato deciso in un'ipotesi di attività edile di servizi (Cass. 5 agosto 2002, n. 11696) o in un caso di attività di programmazione informatica (Cass. n. 1227/01) o in un'ipotesi di servizi parabancari (c.d. *factoring*) (Cass. n. 15996/00).

Peraltro, già con risoluzione n. 162/E del 2001, confermata dalla risoluzione prot. n. 210942 del 26 novembre 2001, codesta Direzione Centrale ha riconosciuto la diversità dei requisiti richiesti per le esenzioni ILOR ed IRPEG, ed ha ritenuto che la prima riguarda «i frutti di un determinato cespite collegato al territorio» e la seconda è attribuita «ad un nuovo soggetto costituito in forme di società di capitali per una nuova avventura imprenditoriale da esercitare nei territori agevolati».

**A.G.S. – Parere del 12 marzo 2004, n. 37959.**

*Possibilità di costituire una garanzia ipotecaria su apparecchio per il volo da diporto e sportivo (consultivo n. 11889/03, avvocato F.Clemente).*

«In riferimento al parere richiesto da Codesto Aero Club d'Italia (cfr. nota prot. AGP/RF/8100 del 17 giugno 2003) concernente la possibilità di iscrivere ipoteca volontaria su un apparecchio per il V.D.S. a garanzia di un contratto di mutuo concesso dall'Istituto per il Credito Sportivo a favore di un Ente federato all'Aero Club per l'acquisto di un mezzo in questione, *la Scrivente Avvocatura fa presente che la materia è regolamentata interamente dalla lex specialis contenuta nella legge 25 marzo 1985 n. 106 (rubricata «Disciplina del volo da diporto o sportivo»).*

Con la normativa in riferimento il legislatore ha volutamente sottratto gli apparecchi per il Volo da Diporto o Sportivo alla stringente, ma generale, regolamentazione del codice della navigazione, predisponendo in funzione di tali velivoli una normativa *ad hoc* agile e sintetica, facilmente adattabile alle loro prevedibili trasformazioni tecnologiche (vedi precedente parere 6 ottobre 2003, cs. 3841/03).

In particolare, l'art. 1, comma 1, della citata legge così recita: «*Gli apparecchi utilizzati per il Volo da Diporto e Sportivo, sempreché compresi nei limiti indicati nell'allegato annesso alla presente legge, non sono considerati aeromobili ai sensi dell'art. 743 cod. nav. (rubricato Nozione di aeromobile: Per aeromobile si intende ogni macchina atta al trasporto per aria di persone o cose da un luogo ad un altro)*».

*Quindi, e sempreché compresi nei limiti indicati nell'allegato annesso alla presente legge, non sono assoggettati alla complessa regolamentazione giuridico-amministrativa (soprattutto per quanto riguarda i controlli da parte del Registro Aeronautico Italiano) prevista dal corpus codicistico (marittimo, oltreché civile) in materia di aeromobili.*

In particolare, per ciò che in questa sede è opportuno segnalare, ai sensi dell'art. 2810, comma 2, c.c. «*Sono capaci di ipoteca le navi, gli aeromobili e gli autoveicoli, secondo le leggi che li riguardano*»; inoltre, ai sensi dell'art. 1027, commi 1 e 2, cod. nav. «*Sull'aeromobile può solo concedersi ipoteca volontaria. La concessione dell'ipoteca deve farsi, sotto pena di nullità, per atto pubblico o per scrittura privata contenente la specifica indicazione degli elementi di individuazione dell'aeromobile.*

Conseguentemente, essendo chiaro il dettato normativo vigente in materia e la *ratio* ad esso sottesa, si deve escludere la possibilità di una estensione analogica della disposizione di cui all'art. 2810, comma 2, c.c. agli apparecchi V.D.S. (e consequenzialmente di costituire una garanzia reale su essi), in quanto tali apparecchi non possono legittimamente annoverarsi tra gli oggetti capaci di ipoteca, per esplicita esclusione *ex art. 1, comma 1, della lex specialis* (legge n. 106/1985) che non li considera appartenenti alla categoria giuridica di «aeromobili», con tutte le conseguenze di legge.

Purtuttavia ai sensi dell'art. 1, comma 2, legge n. 106/1985 si ammette che «*Gli apparecchi di cui al comma precedente, eccedenti i limiti indicati nell'allegato annesso alla presente legge, siano soggetti alle disposizioni vigenti in*

*materia di aeromobili*»; in particolare, allora, ai sensi e per gli effetti del combinato disposto degli artt. 743, 1027 cod. nav., nonché dell'art. 2810, comma 2, c.c. su di essi sarà possibile iscrivere ipoteca reale (volontaria) a garanzia di una somma di denaro erogata per il loro acquisto, essendo stato stipulato il relativo contratto di mutuo».

**A.G.S. – Parere del 23 marzo 2004, n. 43625.**

*Richiesta di patrocinio da parte degli eredi di dipendente dell'Università.*  
(affare legale n. 43064/03, avvocato A. Soldani).

«La Signora I.Z. ha convenuto davanti il Tribunale di Bologna l'Università ed il dott. P.N. (direttore amministrativo) chiedendo la condanna in solido al risarcimento dei danni subiti a seguito delle ferite infertele da uno studente mentre svolgeva servizio di segreteria.

L'Avvocatura dello Stato si costituiva sia per l'Università che per il N., il giudizio di primo grado si concludeva con sentenza di rigetto della domanda.

La parte soccombente provvedeva ad impugnare la sentenza, notificando l'atto di appello all'Università ed al N. presso l'Avvocatura dello Stato.

Quest'ultima, nel costituirsi per la sola Università, dichiarava in comparsa di risposta il decesso del N., avvenute peraltro nelle more del giudizio di primo grado.

Si ritiene che la Corte d'Appello potrebbe dichiarare la interruzione del processo ai sensi dell'art. 300 c.p.c. con onere della riassunzione nei confronti degli eredi.

Non risulta che ciò sia avvenuto né che gli eredi abbiano ricevuto la notifica di alcun atto, per cui allo stato, non figurando essere parti in giudizio, la domanda di patrocinio non è attuale.

Ad ogni modo, per il caso che il processo venga riassunto nei confronti degli eredi, si ritiene che l'Avvocatura non possa proseguire l'assistenza legale dei medesimi.

Invero, l'art. 44 R.D. n. 1611/1933 prevede:

*«L'Avvocatura dello Stato assume la rappresentanza e la difesa degli impiegati e agenti delle Amministrazioni dello Stato o delle amministrazioni o degli enti di cui all'art. 43 nei giudizi civili e penali che li interessano per fatti e cause di servizio, qualora le amministrazioni o gli enti ne facciano richiesta, e l'Avvocatura generale dello Stato ne riconosca l'opportunità».*

Il problema dell'interpretazione di tale norma in relazione all'ipotesi di decesso del dipendente non si pone naturalmente nel caso di procedimento penale; ma non si pone neppure nell'ipotesi in cui tale decesso, verificatosi nel corso del processo civile, non venga dichiarato: in tale circostanza, infatti, il processo prosegue nei confronti dell'originario soggetto cui era stato già concesso il patrocinio dell'Avvocatura.

Ai fini del caso di specie, va rilevato che la norma di cui all'art. 44 R.D. n. 1611/1933, sulla quale si fonda il patrocinio erariale del dipendente pubblico, deve considerarsi norma di carattere eccezionale, in quanto costituisce una deroga da un lato al principio che l'Avvocatura dello Stato ha lo *ius*

*postulandi* delle Amministrazioni statali e degli enti «ammessi» ex art. 43 R.D. cit., e dall'altro al sistema generale della difesa in giudizio che può essere svolta solo da persone fisiche iscritte nell'apposito albo professionale: la disposizione non può dunque estendersi a soggetti diversi dagli «*impiegati e agenti delle amministrazioni*» destinatari della relativa previsione (art. 14 disp. prel. c.c.)

È appena il caso di aggiungere che l'assunzione della difesa in difetto dello *ius postulandi* determina la nullità degli atti compiuti».

### **A.G.S. – Parere del 1° aprile 2004, n. 48630.**

*Legge 22 dicembre 1999, n. 512 – Istituzione Fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso – Surrogazione di cui all'art. 6, comma 4 (affare legale n. 40782/03, avvocato G. Fiengo).*

«Con nota del 4 novembre 2003 codesto Ufficio richiede il parere in ordine alle modalità di surrogazione del Fondo di rotazione, ai sensi dell'art. 6, comma 4 della legge n. 512/1999, nei diritti delle vittime di reati di stampo mafioso, a favore delle quali siano intervenute erogazioni da parte del Fondo stesso, contro i soggetti responsabili condannati o inquisiti in sede penale.

Tale attività, allo stato degli atti, è affidata alla società C. S.p.A., concessionaria dei servizi di gestione patrimoniale del Fondo di rotazione, che, di norma procede alle attività di recupero dei crediti previa richiesta di decreto ingiuntivo e successiva notifica del precetto.

L'Amministrazione in particolare mette in luce il mancato equilibrio economico di questo settore di attività, il cui costo per spese legali, secondo stime previste per l'anno in corso, ammonta a euro 300.000,00 a fronte di un recupero effettivo ad oggi maturato di euro 5.510,89.

Le fonti che regolano la materia sono le seguenti.

L'art. 7 della legge 22 dicembre 1999, n. 512 prevedeva la necessità che un regolamento governativo disciplinasse tra l'altro «*la procedura e le modalità di surrogazione del Fondo nei diritti della parte civile o dell'attore prevista dall'art. 6 comma 4*».

Il regolamento di attuazione alla legge n. 512/1999, adottato con d.P.R. 28 maggio 2001, n. 284, nel prevedere in generale tra le risorse patrimoniali del Fondo (art. 6) «*le somme eventualmente introitate per effetto dell'esercizio della surrogazione del Fondo agli aventi titolo, ai sensi dell'art. 6, comma 4 della legge*» non disciplina direttamente la materia, ma rimette alla concessione con la C. S.p.A., da approvarsi con successivo decreto ministeriale «(art. 7) *le modalità di esercizio concernenti... b) la ripetizione nei casi di revoca o riforma disposta dal Comitato, ai sensi dell'art. 15 delle somme già erogate, nonché l'esercizio del diritto di surroga previsto dall'art. 6 comma 4 della legge*».

A sua volta il titolo concessorio, nell'affidare globalmente alla C. S.p.A. la gestione di cassa e patrimoniale del Fondo, si limita a stabilire:

«*La C. provvede inoltre, a norma dell'art. 6 comma 4 della legge, all'esercizio del diritto di surroga del Fondo, quanto alle somme corrisposte agli*

*aventi titolo, nei diritti della parte civile o dell'attore verso il soggetto condannato al risarcimento del danno anche in esecuzione di delibere adottate dal Comitato prima della stipula dell'atto di concessione.*

*La concessionaria, in caso di mancato reintegro, deve inviare all'ufficio di supporto di cui all'art. 4 del regolamento una documentata relazione per le attività svolte per il recupero crediti.*

*L'Ufficio di supporto, sentita eventualmente l'Avvocatura dello Stato, può invitare la C. a persistere nei tentativi legali di escussione del debitore».*

Ci si trova, come sembra evidente, di fronte ad una disciplina in larga parte incompleta, rispetto alla quale – ad avviso della Scrivente – occorre procedere all'integrazione, attraverso il rinvenimento di regole e modalità che traggono fondamento dalla disciplina generale sul recupero di crediti dell'amministrazione statale e dagli altri principi dell'ordinamento amministrativo.

Al riguardo va ricordato che, secondo quanto disposto dall'art. 17 del decreto legislativo 26 febbraio 1999, n. 46 «*si effettua mediante ruolo la riscossione coattiva delle entrate dello Stato, anche diverse dalle imposte sui redditi e di quelle degli altri enti pubblici, anche previdenziali esclusi quelli economici*». L'art. 21 dello stesso decreto legislativo stabilisce tuttavia che, salva diversa disposizione di legge, le entrate aventi causa in un rapporto di diritto privato sono iscritte solo quando risultino da un titolo avente efficacia esecutiva, sicché quelle derivanti da rapporti di diritto pubblico sono iscritte a ruolo senza la necessità che vi sia previo titolo esecutivo. (Cfr. *parere A.G.S. 21 ottobre 1999, n. 100390 indirizzato all'Ufficio Legislativo del Ministero delle Finanze*).

Mentre per quanto concerne le procedure di revoca e/o rimborso dei contributi erogati non appare contestabile la natura pubblica del rapporto che si instaura con le vittime beneficiarie degli interventi di solidarietà, per quanto riguarda la surroga del Fondo nei diritti dei beneficiari, prevista dall'art. 6, comma 4 della legge n. 512/1999, la Scrivente ritiene che la successione del Fondo nella situazione giuridica soggettiva della vittima beneficiaria del contributo non muta la natura del rapporto nei confronti degli inquisiti e/o condannati per i reati di stampo mafioso. Tale rapporto resta infatti di natura privatistica e viene attivato secondo le modalità di un credito e/o di un'azione patrimoniale dello Stato

Quanto ai crediti, il titolo esecutivo, necessario ai sensi del citato art. 21 del decreto legislativo n. 46/1996, per l'iscrizione a ruolo, esso appare rintracciabile nelle statuizioni esecutive adottate nelle sentenze penali ai fini degli effetti civili e nelle deliberazioni del Commissario che attestano la spesa sostenuta dal Fondo per la quale viene esercitata la surroga. L'iscrizione a ruolo effettuata dall'Ufficio sulla base di tali presupposti appare sicuramente legittima, sicché diviene possibile affidare la fase esecutiva al concessionario senza la necessità di richiedere preventivamente un decreto ingiuntivo e senza costi aggiuntivi di assistenza legale. Il titolo (nota di debito, avviso e/o ingiunzione di pagamento, o altra denominazione che si intende adottare, purché si tratti di documento idoneo a costituire titolo esecutivo) resta atto dell'Amministrazione statale e le controversie che lo riguardano sono di stretta competenza del Commissario. Spettano invece al concessionario dei servizi di riscossione tutte le controversie riguardanti gli atti esecutivi e la pignorabilità dei beni sottoposti ad esecuzione. È chiaro altresì che, sia nella

fase della formazione del titolo, che in fase di esecuzione, il Fondo si avvale della consulenza dell'Avvocatura dello Stato, in ordine alla valutazione dell'eventuale inesigibilità del credito.

Per quanto riguarda invece la surroga nell'azione del beneficiario (costituzione di parte civile e/o azione di risarcimento del danno direttamente proposta in sede civile) la Scrivente è dell'avviso che il regolamento di attuazione adottato con d.P.R. n. 284/2001, che nulla dice in proposito, non avrebbe comunque la forza per derogare al patrocinio obbligatorio, previsto per legge, delle Amministrazioni statali da parte dell'Avvocatura dello Stato, sicché la stessa deve essere interpretata nel senso che sono affidate alla C. S.p.A. solo le attività istruttorie e strumentali alla difesa giudiziale, restando invece la rappresentanza e difesa del Fondo di stretta pertinenza dell'organo di difesa legale. Su tale aspetto gli affidamenti effettuati a legali esterni da parte della C. appaiono *contra legem*.

Resta un ultimo aspetto, che riguarda la possibilità del Fondo di attrarre nella concessione con la C., oltre alla gestione dei fondi e l'organizzazione delle relative attività, anche la riscossione delle entrate patrimoniali, per le quali gli uffici statali si avvalgono di norma di soggetti privati, scelti con procedure di evidenza pubblica, con competenza delimitata ad aree territoriali predeterminate.

Al riguardo l'esigenza di specializzare il concessionario nel recupero di questi crediti ad alto rischio può ragionevolmente essere fatta valere, con adeguata motivazione, in sede di revisione della concessione con la C. (in scadenza al settembre 2004), o, meglio ancora, in sede di revisione del regolamento n. 284/2001, che resta pur sempre delegato dalla legge n. 512/1999 a disciplinare in modo compiuto ed esaustivo «*la procedura e le modalità di surrogazione del Fondo nei diritti della parte civile o dell'attore prevista dall'art. 6, comma 4*».

#### **A.G.S. – Parere del 7 aprile 2004, n. 51314.**

*Segretario comunale – Richiesta rimborso spese legali ex art. 18 decreto legge n. 67/1997 convertito con legge 135/1997 (consultivo 5597/03, avvocato I. Massarelli).*

«L'art. 18 del decreto-legge 25 marzo 1997, convertito in legge 135 del 23 maggio 1997, del quale si invoca l'applicazione, così recita: «Le spese legali relative a giudizi per responsabilità civile, penale ed amministrativa, promossi nei confronti di dipendenti di amministrazioni statali in conseguenza di fatti ed atti connessi con l'espletamento del servizio o con l'assolvimento di obblighi istituzionali e conclusi con sentenza o provvedimento che escluda la loro responsabilità, sono rimborsate dalle amministrazioni di appartenenza nei limiti riconosciuti congrui dall'Avvocatura di Stato...».

Orbene, il dott. I., al tempo dei fatti (1994/1995), svolgeva la funzione e l'incarico di segretario comunale presso il Comune di M.B. ed era, a tutti gli effetti, un dipendente statale, così come espressamente riconosciuto dall'art. 52 della legge n. 142/1990: di qui, l'applicabilità del richiamato art. 18».



# DOTTRINA

## **L'arbitrato come strumento di risoluzione delle controversie con la Pubblica Amministrazione.**

*di Wally Ferrante*

### *Premessa.*

L'arbitrato consiste nella devoluzione ad uno o più privati, per volontà delle parti, della risoluzione di una controversia avente ad oggetto diritti disponibili, in deroga alla giurisdizione statale.

Nonostante la pluralità – come si vedrà – di modelli arbitrali, tutti comunque suscumbibili in uno schema unitario, i due principi che costituiscono comune denominatore indefettibile dell'istituto arbitrale sono l'essere espressione di autonomia privata e quindi di libera scelta delle parti e il riguardare materie non sottratte alla disponibilità delle parti, come si evince dall'art. 806 c.p.c., che peraltro non esaurisce le ipotesi di non compromettibilità in arbitri, dovendosi in proposito più opportunamente far riferimento all'art. 1966 c.c. che si riferisce, in linea generale, alla capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite (ai fini della validità di una transazione).

### *L'arbitrato in materie privatistiche*

Per quanto concerne la Pubblica Amministrazione, è indubbio che la stessa abbia una capacità privatistica generale di concludere contratti con il privato in posizione paritetica e non autoritativa, con conseguente disponibilità dei rapporti, per i quali l'arbitrato segue le regole del codice di rito. Sotto tale profilo, l'ambito di arbitrabilità delle controversie in cui è parte una Pubblica Amministrazione è destinato ad espandersi tenuto conto della progressiva trasformazione dell'amministrazione moderna alla luce del diffondersi del processo di privatizzazione in ampi settori dell'apparato pubblico, accompagnato dall'applicazione di norme di natura privatistica nonché dall'adozione di moduli consensuali come gli accordi provvedimentali di cui all'art. 11 legge 241/1990, per mezzo dei quali i privati possono concludere con l'amministrazione accordi «*al fine di determinare il contenuto discrezio-*

*nale del provvedimento finale ovvero, nei casi previsti dalla legge, in sostituzione di questo». Anche l'esercizio discrezionale della pubblica funzione diviene quindi contrattabile e, come tale, disponibile, sia pure nel quadro generale del «perseguimento del pubblico interesse», cadendo così il principale ostacolo che aveva portato ad escludere la compromettibilità di liti in cui l'amministrazione agiva in veste di soggetto di diritto pubblico e quindi rientranti nella giurisdizione amministrativa, sia di legittimità che esclusiva.*

La menzionata trasformazione dell'amministrazione è riscontrabile sotto diversi profili: la Pubblica Amministrazione doveva tradizionalmente fondare la propria azione sul principio di legittimità; era pubblica in senso soggettivo – nel senso che era necessariamente caratterizzata da una personalità di diritto pubblico – in senso strumentale – in quanto svolgeva la propria attività con strumenti di diritto pubblico – e funzionale – essendo preordinata al soddisfacimento dell'interesse pubblico. Oggi, la Pubblica Amministrazione deve operare secondo le regole dell'efficienza; può non essere pubblica né in senso soggettivo – come sono di regola i concessionari di pubblici servizi – né in senso strumentale – potendo operare con gli strumenti del diritto privato – né in senso funzionale – operando il gestore privato di servizi pubblici esclusivamente per propri fini di lucro, sebbene il servizio, per le modalità operative impostegli, consegua anche finalità di pubblico interesse. Si pensi, per l'allargamento del concetto di amministrazione in senso soggettivo, all'espressione usata dall'art. 6, comma 1 legge 205/2000 – «*soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale*» – nell'individuare un nuovo blocco di materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture.

#### *L'arbitrato in materia di opere pubbliche*

Già prima dell'innovazione introdotta dall'art. 6, comma 2 legge 205/2000, esistevano ampi settori connotati da profili pubblicistici – di cui il più rilevante è certamente quello in materia di contratto di appalto di opere pubbliche – in cui l'arbitrato è previsto da un regolamento o da un capitolato e quindi da una fonte eteronoma rispetto alla volontà delle parti. Sotto tale aspetto la Corte Costituzionale, con numerose sentenze, a partire dalla sentenza n. 127 del 1977 per arrivare sino alla più recente n. 115 del 2000, ha ripetutamente ribadito l'illegittimità costituzionale delle norme che prevedevano l'obbligatorietà dell'arbitrato in tale materia, venendo a mancare uno dei due requisiti essenziali per la deroga alla giurisdizione statale e cioè la libera scelta delle parti, manifestata di regola con la previsione nel contratto di una clausola compromissoria e che invece, per i contratti di appalto di opere pubbliche, era prevista automaticamente nel capitolato.

#### *L'arbitrato amministrato*

Con riferimento alla materia degli appalti di opere pubbliche e con particolare riferimento alle controversie derivanti dall'esecuzione del contratto, rientranti nella giurisdizione del giudice ordinario, l'art. 10 della legge n. 414/1998 che ha sostituito l'art. 32 della legge 109/1994 (cosiddetta legge-

quadro in materia di lavori pubblici) ed in attuazione del quale è stato emanato il d.P.R. n. 554/1999, ha introdotto l'arbitrato cosiddetto amministrato, istituendo una camera arbitrale presso l'Autorità di Vigilanza dei lavori pubblici, deputata a regolare lo svolgimento degli arbitrati in detta materia, informati al principio della consensualità dell'arbitrato ed autonomamente disciplinati dal decreto ministeriale 2 dicembre 2000 n. 398, recante le norme di procedura del giudizio arbitrale e dal decreto ministeriale 19 aprile 2000 n. 415, recante il capitolato generale d'appalto dei lavori pubblici.

Originariamente, l'art. 32, *cit.*, devolveva le controversie in tale materia, in caso di insuccesso della conciliazione in via amministrativa, al giudice ordinario, vietando che nei capitolati generali o speciali fosse previsto il deferimento delle controversie ai collegi arbitrali – norma che fu criticata in quanto privava il settore di un istituto come l'arbitrato, improntato ad agilità e celerità, particolarmente idoneo a garantire le esigenze di rapidità e di specializzazione intrinsecamente connesse a quel tipo di controversie – mentre con l'art. 9-*bis* legge 2 giugno 1995 n. 216 si ebbe il capovolgimento del principio con il deferimento, in mancanza dell'accordo bonario, ad arbitrato che venne subito interpretato come obbligatorio e quindi suscettibile di essere sospettato di incostituzionalità, fino ad arrivare all'attuale art. 10 legge 414/1998 che ha opportunamente ribadito la natura facoltativa e volontaria dell'arbitrato.

L'arbitrato amministrato, già ampiamente sperimentato in altri settori come ad esempio quello degli scambi commerciali interni – amministrato dalle camere di commercio, dall'Associazione Italiana per l'Arbitrato o altri organismi italiani – ed internazionali – amministrato in primo luogo dalla Corte internazionale di arbitrato della Camera di Commercio Internazionale, da altri organismi internazionali, quale l'I.C.S.I.D. (Centro internazionale per la risoluzione di controversie in materia di investimenti), nonché da alcune delle principali camere di commercio italiane e dall'anzidetta A.I.A. – altro non è che una forma di arbitrato assistita da un'istituzione che provvede ad una serie di incombenze pratiche, svolgendo una funzione di controllo del processo arbitrale al fine di assicurarne il regolare svolgimento, anche intervenendo in via surrogatoria per formare o integrare la volontà delle parti, in caso di necessità.

#### *La sentenza del Consiglio di Stato n. 6335/03*

Il citato d.P.R. 559/1999 istitutivo della camera arbitrale è stato impugnato, unitamente al capitolato generale approvato con decreto ministeriale 145 del 2000 e al regolamento contenente le norme di procedura del giudizio arbitrale (decreto ministeriale 2 dicembre 2000 n. 398) da numerosi professionisti operanti nel settore dei lavori pubblici e il Consiglio di Stato, con sentenza n. 6335 del 17 ottobre 2003, in parziale accoglimento degli appelli da questi proposti, ha annullato la disposizione regolamentare (art. 150, comma 3 d.P.R. 554/1999) che prevedeva in capo alla camera arbitrale, il potere di designare il terzo arbitro con funzioni di presidente, perché in contrasto con i principi inderogabili del codice di procedura civile attinenti alla nomina degli arbitri (artt. 809 e 810 c.p.c.). La norma, di rango seconda-

rio, è stata dichiarata illegittima in quanto sottraeva alle parti il potere di scegliere di comune accordo il terzo arbitro, che sovente «*costituisce l'ago della bilancia*», in contrasto con le norme di livello primario del codice di procedura civile che fondano la natura volontaria dell'arbitrato anche sulla libera scelta degli arbitri ad opera delle parti. Inoltre, la camera arbitrale, pur essendo un organo operante in piena autonomia ed indipendenza, è pur sempre incardinata nell'ambito della Pubblica Amministrazione che, nella maggioranza dei casi, è parte in causa nel giudizio arbitrale, con conseguente compromissione dei connotati di terzietà che invece caratterizzano la nomina da parte del Presidente del Tribunale, peraltro in caso di disaccordo delle parti, ai sensi degli artt. 809 e 810 c.p.c.

Sono state rigettate invece tutte le altre questioni sollevate in relazione a numerose regole procedurali nonché alla determinazione, da parte della camera arbitrale, dei compensi dovuti agli arbitri, le prime perché non ritenute in contrasto con le norme del codice di rito, ed in particolare con l'art. 816 c.p.c. che lascia ampio spazio alle parti nello stabilire le regole procedurali – fatto salvo il principio del contraddittorio – la seconda perché ampiamente diffusa nell'esperienza dell'arbitrato amministrato.

#### *L'arbitrato nelle controversie societarie*

Alla luce dei principi autorevolmente affermati dal Consiglio di Stato nella citata sentenza, appare in contrasto con il principio della libera scelta degli arbitri ad opera delle parti l'art. 34, comma 2 D.Lgs 17 gennaio 2003 n. 5, in vigore dal 1° gennaio 2004, sulla riforma del diritto societario, nell'ambito della quale è stato disciplinato un autonomo modello arbitrale per le controversie in materia societaria. Trattandosi però di altra norma di rango primario, potrebbe ritenersi legittima la facoltà di creare una disciplina speciale che si discosta da quella generale del codice di rito, a meno che non si ritenga, come sembra aver fatto il Consiglio di Stato, che il potere di nomina degli arbitri in capo alle parti integri un principio essenziale ed inderogabile dell'istituto arbitrale.

Il predetto art. 34, comma 2 dispone che «*la clausola compromissoria deve prevedere il numero e le modalità di nomina degli arbitri, conferendo in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società*». Alle parti viene quindi sottratta la facoltà di scelta, sia pure affidandola ad un soggetto posto in posizione di terzietà, in quanto estraneo alla società, in relazione addirittura a tutti gli arbitri e non solo al presidente, come nella disposizione regolamentare annullata dal Consiglio di Stato.

Altra divergenza della disciplina dell'arbitrato in materia societaria rispetto a quella del codice di rito, fermo restando il principio di cui all'art. 818 c.p.c. secondo il quale gli arbitri non possono concedere provvedimenti cautelari, è il potere, qualora la controversia abbia ad oggetto la validità di delibere assembleari, di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia della delibera. Tale strumento sembra opportunamente attagliarsi alla specificità delle controversie e tale da superare il tradizionale ostacolo al riconoscimento di tale potere agli arbitri, la cui *ratio* è

stata variamente giustificata in relazione alla carenza di *imperium*, che preclude agli arbitri di far eseguire coattivamente i provvedimenti che hanno emanato in assenza di *exequatur*.

Ulteriore specialità della disciplina riguarda il conferimento agli arbitri del potere di conoscere in via incidentale di questioni pregiudiziali non compromettibili, in deroga all'art. 819, primo comma c.p.c. (art. 35, comma 3 D.Lgs. 5/2003). Tale disposizione è correlata con la previsione dell'art. 36 D.Lgs. *cit.*, in base al quale, in tal caso, «*anche se la clausola compromissoria autorizza gli arbitri a decidere secondo equità ovvero con lodo non impugnabile, gli arbitri debbono decidere secondo diritto, con lodo impugnabile anche a norma dell'art. 829, secondo comma del codice di procedura civile*».

L'estensione della cognizione degli arbitri alle questioni pregiudiziali anche in materie non arbitrabili è quindi controbilanciata con l'obbligo, in tale ipotesi, di decidere secondo diritto e con la necessaria impugnabilità del lodo anche per inosservanza delle regole di diritto.

#### *L'arbitrato nelle materie di cui all'art. 6 legge 205/2000*

Una tale disposizione sarebbe particolarmente utile anche nell'arbitrato nelle materie di cui all'art. 6 legge 205/2000, in cui molto spesso, nelle controversie attinenti al risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, attribuite dall'art. 7 legge 205/2000 alla giurisdizione (di legittimità ed esclusiva) del giudice amministrativo, gli arbitri potrebbero trovarsi a conoscere incidentalmente della legittimità dell'atto amministrativo presupposto qualora lo stesso non sia stato già annullato dal giudice amministrativo. *De iure condito*, deve ritenersi che, in assenza di una previsione analoga a quella contenuta per le controversie societarie, gli arbitri debbano sospendere il procedimento in attesa della definizione, innanzi al giudice amministrativo, della questione pregiudiziale riguardante la legittimità dell'atto amministrativo.

Il problema si pone però per i provvedimenti divenuti inoppugnabili per mancanza di tempestiva impugnazione oppure per quelli censurati infruttuosamente in sede giurisdizionale per motivi diversi da quelli poi prospettati agli arbitri. In tali casi, per gli arbitri, si pone l'alternativa tra il disapplicare l'atto incidentalmente ritenuto illegittimo ovvero giudicare sul presupposto dell'esistenza del provvedimento nonostante la sua ritenuta illegittimità. Per la prima soluzione (si veda P. DE LISE, *Arbitrato e Pubblica Amministrazione*, in *Verso il nuovo processo amministrativo* a cura di V. Cerulli Irelli, Torino, 2000) milita il riconoscimento dell'immanenza del potere di disapplicazione in mancanza di altri rimedi, anche alla luce della nota sentenza delle SS.UU. della Corte di cassazione n. 500/1999, in tema di risarcimento del danno derivante dalla lesione di interesse legittimo, che ha escluso la pregiudizialità necessaria del giudizio di annullamento in sede di esame della pretesa risarcitoria.

L'art. 6, comma 2 legge 205/2000 prevede che «*le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto*».

La disposizione è frutto di un emendamento presentato nel corso della discussione del disegno di legge, il cui testo originario era «*La devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di materie attinenti ai diritti soggettivi non preclude il ricorso a procedura arbitrale ove ne sussistano i presupposti*». La modifica era destinata a fugare ogni dubbio interpretativo in ordine alla deferibilità ad arbitri di controversie che, pur concernendo diritti soggettivi, rientrano nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo (come si è visto, ad esempio, ex art. 7 legge 205/2000).

Le condizioni per l'arbitrabilità in tali materie sono quindi l'attinenza a diritti soggettivi – in quanto a fronte di una posizione di interesse legittimo del privato corrisponde, di regola, un rapporto indisponibile da parte della Pubblica Amministrazione – la necessità di ricorrere ad arbitrato rituale – in quanto l'arbitrato irrituale, che autorevole dottrina ha definito «contratto per relationem» (E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1992) in cui le parti deferiscono ad un terzo il potere di determinare il contenuto di un determinato contratto dalle stesse stipulato, appare per sua natura inconciliabile con le modalità di formazione della volontà dell'amministrazione, improntate all'osservanza delle regole che disciplinano le competenze, i procedimenti, i controlli di legittimità e contabili dell'azione amministrativa – e l'osservanza delle norme di diritto, con esclusione del potere degli arbitri di decidere secondo equità e con la correlativa impugnabilità del lodo ai sensi dell'art. 829, comma 2 c.p.c. – apparendo l'interesse pubblico comunque sotteso alla risoluzione di controversie in cui è parte l'amministrazione difficilmente compatibile con una decisione sganciata dal rispetto delle regole di diritto.

All'introduzione dell'arbitrato nelle materie rientranti nella giurisdizione del giudice amministrativo ed afferenti a diritti soggettivi, si accompagna un ampliamento della giurisdizione esclusiva, che appunto appresta la tutela dei diritti soggettivi, prima con gli artt. 33, 34 e 35 D.Lgs. 80/1998, che ivi hanno fatto confluire le controversie in materia, rispettivamente, di servizi pubblici, di urbanistica ed edilizia e del risarcimento del danno, e poi con l'art. 7 legge 205/2000, che ha confermato e precisato l'attribuzione al giudice amministrativo di blocchi di materie, che hanno definitivamente segnato il tramonto del criterio di riparto della giurisdizione ancorato alla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi.

### *L'impugnazione per nullità*

Nel silenzio dell'art. 6 legge 205/2000, parte della dottrina (P. DE LISE, *Arbitrato e Pubblica Amministrazione*, cit.; S. GIACCHETTI, Atti del Convegno a Palazzo Spada su «*L'arbitrato con la Pubblica Amministrazione*», 5 giugno 2001) ritiene il lodo pronunciato su materie rientranti nella giurisdizione del giudice amministrativo impugnabile innanzi al Consiglio di Stato ed altra corrente di pensiero sostiene invece che il giudice naturale dell'impugnazione del lodo sia la Corte d'appello (ROMANO TASSONE, *Il processo davanti al giudice amministrativo*, a cura di Sassani e Villata, Torino, 2001, 400; CARINGELLA, *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, Milano, 2000, 699; VERDE, *Ancora su arbitri e Pubblica Amministrazione*, in *Riv.*

*Arb.*, 2000, 389; CONSOLO, *La giurisdizione del giudice amministrativo si giustappone a quella del giudice ordinario e ne imita il processo*, in *Giust. Civ.*, 2000, II, 537; F.P. LUIO, Atti del Convegno a Palazzo Spada su «*L'arbitrato con la Pubblica Amministrazione*», 5 giugno 2001).

Si tratta di stabilire se debbano prevalere le norme del codice di procedura civile che, in relazione all'arbitrato, qualunque esso sia, affidano al giudice ordinario una serie di interventi (misure cautelari, impugnazione, omologazione del lodo) ovvero se debba avere prevalenza l'attrazione *ratione materiae* in favore del giudice amministrativo.

In favore della prima soluzione, appare decisivo il dato testuale dell'art. 828 c.p.c., come modificato dalla legge 5 gennaio 1994 n. 25, che individua il giudice dell'impugnazione nella «*Corte d'appello nella cui circoscrizione è la sede dell'arbitrato*». L'originaria formulazione della norma faceva invece riferimento genericamente «*al giudice del luogo in cui la sentenza è depositata*», espressione che avrebbe potuto legittimare l'individuazione del giudice dell'impugnazione nel giudice che sarebbe stato competente qualora la controversia non fosse stata devoluta ad arbitri.

L'attuale tenore della disposizione non lascia invece margini interpretativi.

Peraltro, la paventata deroga alla giurisdizione del giudice amministrativo si ha non al momento dell'impugnazione del lodo ma sin dalla scelta – espressa nell'ambito dell'autonomia negoziale – di deferire ad arbitri la controversia, sottraendola alla giurisdizione statale ed in particolare a quella del Giudice amministrativo.

Più problematica è la questione con riferimento all'ipotesi in cui, a seguito della fase rescindente con l'annullamento del lodo – che attiene a profili del tutto estrinseci alla giurisdizione amministrativa – le parti non abbiano previsto che la fase rescissoria si svolga innanzi agli arbitri. Varrà anche qui la regola che per il *iudicium rescissorium* è competente la Corte d'appello ai sensi dell'art. 830, comma 2 c.p.c.? (per la soluzione negativa *cfr.* PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova 1999, II, 142; C. SELVAGGI, *Giurisdizione esclusiva ed arbitrato*, in *Riv. Arb.*, 1999, 616). Un intervento chiarificatore del legislatore sul punto sarebbe tutt'altro che superfluo.

#### *Notifica dell'impugnazione per nullità*

In tema di impugnazioni, merita un cenno la recente sentenza delle SS.UU. della Corte di cassazione n. 5074 del 2 aprile 2003 in tema di notifica dell'impugnazione per nullità.

Secondo un risalente orientamento delle SS.UU. (sent. 14 dicembre 1981 n. 6596), successivamente confermato dalle stesse SS.UU. (sent. 18 gennaio 1982 n. 292 e n. 293, 12 ottobre 1983 n. 5922, 1° aprile 1987 n. 3117 e n. 3118) e più recentemente riaffermato dalla Sezione prima della Suprema Corte (sent. 27 luglio 1990 n. 7597 e 3 maggio 1999 n. 4397), la notificazione dell'impugnazione per nullità del lodo arbitrale va eseguita presso il legale che sia stato difensore e domiciliatario della parte nel giudizio arbitrale in quanto il relativo mandato, pur non essendo qualificabile come procura alle liti e, conseguenzialmente, sottraendosi alle disposizioni di cui all'art. 330,

comma 1 c.p.c. per il caso di costituzione mediante procuratore, comprende la ricezione di tale atto quale adempimento connesso al compito affidato ed in quanto inoltre l'elezione di domicilio ai sensi dell'art. 141, comma 2 c.p.c. opera per tutti gli atti concernenti il rapporto contrattuale cui accede.

Nonostante tale consolidato orientamento, le sezioni prima della Corte di Cassazione, con successive sentenze del 14 gennaio 1999 n. 345, del 3 agosto 2001 n. 10699 e del 17 settembre 2002 n. 13578, ha invece considerato irrituale detta notificazione, sempre che l'elezione di domicilio non sia inserita pure nel compromesso o nella clausola compromissoria, nel qual caso sarebbe applicabile il citato art. 141, comma 2 c.p.c., sul rilievo che, a seguito della legge n. 25 del 1994, l'arbitrato avrebbe assunto connotazioni sempre più privatistiche e negoziali, che non consentirebbero di applicare al difensore nella fase arbitrale le norme attinenti alla costituzione in giudizio a mezzo di procuratore (in particolare l'art. 330, comma 1 c.p.c.) e non autorizzerebbero una sorta di ultrattività del mandato dopo la pronuncia del lodo, dovendosi ritenere cessato ogni collegamento tra la parte e il difensore in tale giudizio. Tale rigoroso orientamento qualificava inoltre la notificazione non solo come nulla ma addirittura come inesistente, con la conseguenza che anche l'eventuale costituzione del convenuto non avrebbe potuto sanare il vizio della notifica, con conseguente inammissibilità dell'impugnazione.

Con le ordinanze n. 8593 del 14 giugno 2002 e n. 11667 del 3 agosto 2002, la prima sezione della Suprema Corte ha rimesso la questione alle Sezioni Unite al fine di dirimere il contrasto formatosi all'interno della medesima sezione e, all'udienza del 16 gennaio 2003, il Procuratore Generale ha concluso nel senso dell'inesistenza della notifica dell'impugnazione per nullità effettuata al difensore nominato per il giudizio arbitrale in quanto, in quest'ultimo procedimento, non è previsto lo *ius postulandi*, a differenza del giudizio statutale che richiede obbligatoriamente la difesa tecnica a norma dell'art. 82, comma 3 c.p.c., con la conseguenza che il difensore nominato nel corso dell'arbitrato è da considerare un *quisque de populo*, legato alla parte da un mandato con rappresentanza, senza che la procura allo stesso conferita possa svolgere un'ultrattività che vada oltre il giudizio arbitrale, salva l'applicazione dell'art. 141, comma 2 c.p.c. qualora l'elezione di domicilio sia stata fatta nella clausola compromissoria.

Con la richiamata sentenza delle SS.UU. n. 5074/03, è stata prescelta una soluzione intermedia, affermando che l'impugnazione per nullità va notificata alla parte personalmente, fermo restando che la notifica al difensore implica nullità e non inesistenza dell'atto, con conseguente sanabilità *ex tunc* del vizio in caso di costituzione del convenuto o, in difetto, con la rinnovazione della notificazione cui la parte provveda spontaneamente o in esecuzione di un ordine impartito dal giudice ai sensi dell'art. 291 c.p.c.

Partendo dall'accresciuta natura privatistica dell'arbitrato a seguito della legge n. 25/1994, le SS.UU. hanno ritenuto che la delega per la difesa nel giudizio arbitrale – che non necessita la difesa tecnica – quale che sia la qualità del delegato, non possa includere il potere di ricevere atti secondo le disposizioni dettate per il procuratore munito dello *ius postulandi*.



Tale soluzione intermedia, seppure improntata ad un eccessivo formalismo, ha comunque avuto il merito, rispetto all'ipotesi estrema dell'inesistenza della notifica, di ammettere la sanabilità *ex tunc* del vizio riscontrato, qualificabile in termini di mera nullità.

### *L'arbitrato internazionale*

Un ultimo cenno merita la disciplina speciale dell'arbitrato internazionale, introdotta nel nostro ordinamento dalla legge n. 25 del 1994, che ha aggiunto gli artt. 832 e ss. c.p.c., rispondente ad un'esigenza legata al notevole incremento del commercio internazionale e caratterizzata dall'attenuazione del formalismo, dalla limitazione dell'intervento del giudice togato e dalla fissazione di un criterio per la determinazione della legge applicabile al giudizio arbitrale. La normativa in questione, ispirandosi alla cosiddetta legge modello elaborata nel 1985 dalla Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale – U.N.C.I.T.R.A.L. – in tema di arbitrato commerciale internazionale, accoglie quali criteri di internazionalità la residenza all'estero di almeno una delle parti o l'attuazione all'estero di una parte rilevante del rapporto contrattuale.

Nei rapporti contrattuali che si svolgono tra parti appartenenti a Stati differenti, l'arbitrato trova maggiore espansione poiché a nessun contraente è gradito essere assoggettato alla giurisdizione di uno Stato al quale non appartiene.

Coerente con tale esigenza è la previsione che inverte la regola valida per l'arbitrato domestico stabilendo che, salvo contraria volontà delle parti, in caso di annullamento del lodo arbitrale, il giudizio rescissorio compete al collegio arbitrale e non al giudice statale (art. 838 c.p.c.). Opposto principio è stato disposto anche in tema di impugnazione per inosservanza di regole di diritto, di regola ammessa nell'arbitrato domestico, salva contraria volontà delle parti e di regola esclusa nell'arbitrato internazionale, sempre salva contraria volontà delle parti.

Anche l'Amministrazione può essere parte in un arbitrato internazionale.

Con riferimento alla diversa nazionalità dei contraenti, si pensi all'arbitrato internazionale di diritto pubblico tra Italia e Libia per la delimitazione della piattaforma continentale e la determinazione dei confini delle acque territoriali.

Quanto ai casi di arbitrati internazionali di diritto privato si possono menzionare quello tra l'Italia e la Costa Rica, avente ad oggetto un credito a dono, insorto allorché la Costa Rica è venuta meno ai propri obblighi di restituzione del capitale all'Italia; quello tra il Ministero della difesa italiano e il Ministero della difesa brasiliano, avente ad oggetto la costruzione di un aereo militare con motore *Rolls Royce*, con rapporto di concessione in favore dell'Italia e di subconcessione in favore del Brasile, successivamente venuto meno all'obbligo del pagamento delle *royalties* (trattavasi di arbitrato amministrato dalla camera di commercio internazionale di Parigi); quello tra il Ministero degli affari esteri italiano e il Governo Cubano avente ad oggetto una convenzione di tutela reciproca degli investimenti nei due Stati.

Accanto a questi esempi di arbitrati internazionali veri e propri, si collocano quelli connotati dal fatto che una parte rilevante della prestazione del rapporto controverso debba essere eseguita all'estero, come quelli aventi ad oggetto i contratti di appalto stipulati dal Ministero degli affari esteri con imprese italiane nell'ambito della cooperazione allo sviluppo dei paesi del terzo mondo, che riguardano opere da eseguire per lo più in Africa o in America Latina e in cui parte rilevante del rapporto viene eseguito anche in Italia (progettazione, pagamento del corrispettivo).

In tali casi, pur essendo le parti entrambe italiane e dovendosi eseguire una parte rilevante del rapporto anche in Italia, la Corte di cassazione, con sentenza n. 13648 del 13 ottobre 2000, ha ritenuto applicabile la disciplina dell'arbitrato internazionale, ritenendo inammissibile l'impugnazione per nullità del lodo arbitrale per inosservanza di norme di diritto. In proposito, occorre tenere presente che, in virtù della norma transitoria di cui all'art. 27 legge n. 25/1994, la disciplina dell'arbitrato internazionale è applicabile anche ai contratti stipulati prima della sua entrata in vigore. Tale disposizione, che applica retroattivamente una disciplina che esclude l'impugnabilità del lodo per inosservanza di norme di diritto senza la correlativa possibilità per le parti di manifestare retroattivamente una volontà contraria nella clausola compromissoria, sembra comprimere eccessivamente il diritto di difesa delle parti, tenuto conto anche del fatto che la disciplina dell'arbitrato internazionale, nata per le controversie del commercio internazionale, per le quali è giustificata un'attenuazione del rigore delle norme di diritto, mal si attaglia alle fattispecie sopra descritte che riguardano parti entrambe italiane.

Per il futuro appare quindi opportuno che le amministrazioni, quando stipulino un contratto di appalto in tali materie, abbiano l'accortezza di prevedere espressamente nella clausola compromissoria l'applicabilità dell'art. 829, comma 2 c.p.c. e quindi l'impugnabilità del lodo anche per inosservanza di norme di diritto.

## La tutela della salute nelle attività sportive ed il divieto di *doping*

(legge 14 dicembre 2000, n. 376 )

di *Silvana Pagliara* (\*)

### 1. La disciplina della frode sportiva.

In Italia alla fine degli anni settanta si è verificato lo scandalo del cosiddetto «calcio scommesse». Alcune partite del campionato italiano di calcio di lega professionista sono state «truccate» con il contributo di alcuni giocatori che, dietro promessa di denaro o di altri vantaggi, hanno fatto perdere la propria squadra a vantaggio dell'avversario.

Con comprensibile e profonda amarezza i tifosi scoprirono, dunque, che spesso la partita domenicale non era il frutto di una leale competizione sportiva, ma il risultato di un accordo posto in essere fra gli stessi protagonisti.

La giustizia sportiva è intervenuta infliggendo sanzioni severe ai calciatori risultati responsabili.

L'ordinamento sportivo, infatti, prevede espressamente e sanziona come «illecito sportivo l'alterare lo svolgimento o il risultato di una gara, o l'assicurare a chicchessia un vantaggio in classifica» (art. 2 comma 1 C.G.S.).

L'ordinamento giuridico non contemplava invece una norma *ad hoc* che regolasse la materia e ciò evidenziò sia l'inadeguatezza dei tradizionali strumenti penalistici, sia l'urgenza di un intervento da parte del legislatore.

Prima dell'entrata in vigore della legge n. 401 del 1989 l'unica norma che avrebbe potuto prestarsi a reprimere il fenomeno era quella sulla truffa (art.640 c.p.).

Per poter applicare tale norma occorreva pertanto accertare una sequenza causale rappresentata da tre anelli fondamentali: gli artifici o i raggiri dei giocatori, il risultato artefatto della gara conseguente a tali artifici, il danno patrimoniale conseguente al risultato artefatto.

In definitiva, la difficoltà nell'accertamento concreto degli elementi costitutivi della truffa portarono sia la dottrina che la giurisprudenza (1) ad esprimere numerose perplessità sulla applicabilità dell'art. 640 c.p. ai comportamenti tipici di frode sportiva. Dopo numerose proposte (2) che suggeri-

---

(\*) Università di Firenze

(1) Cass., 30 aprile 1954, in *RDS*, 1954, 403 ss.; *id.*, 12 marzo 1954, *ibidem*, 143, con nota adesiva di CHIAROTTI, *Dovere giuridico della lealtà nelle competizioni sportive*.

(2) La dottrina maggioritaria riteneva indispensabile la configurazione di una nuova ipotesi di reato in tal senso: NUVOLONE, *L'illecito sportivo nella prospettiva dell'art. 640 c.p.*, in *RDS*, 1982, 204, che pur delimita il contorno di un'eventuale fattispecie entro «il quadro di una generale incriminazione della corruzione nell'ambito del diritto privato»; la dottrina minoritaria riteneva, invece, che fossero sufficienti le sanzioni disciplinari che le federazioni comminavano agli iscritti, in tal senso: VASSALLI, *La frode sportiva*, in *RDS*, 1963, 50 s.; MAGNINI, *Considerazioni sull'illecito sportivo*, in *RGU*, 1961, 367.

vano l'introduzione di specifiche ipotesi di reato, venne dunque approvata la legge n. 401/1989 che all'art. 1 configura la nuova fattispecie di frode in competizione sportiva.

Il legislatore, quindi, ha avvertito l'esigenza di configurare la frode in competizioni sportive quale fatto tipico antigiuridico da perseguire anche nell'ordinamento statale interpretando l'esigenza di garantire solo la regolarità delle competizioni sportive svolte sotto la tutela di determinati enti pubblici quali il CONI, l'UNIRE ed altri enti riconosciuti dallo Stato o associazioni ad essi aderenti (3).

Il legislatore, inoltre avendo avvertito il disvalore della frode sportiva ha previsto due condotte incriminabili.

La prima si concretizza nell'offerta o nella promessa di denaro o di altra utilità o vantaggio che devono essere effettuate da un soggetto estraneo e sono rivolte a taluno dei partecipanti (4).

La seconda condotta si realizza, invece, con il compimento di «altri atti fraudolenti» finalizzati all'alterazione del risultato.

La norma, però, nell'intento di prevedere tutte le possibili estrinsecazioni dell'agire delittuoso lascia troppa discrezionalità individuale, in modo particolare quando parla di «atti fraudolenti», di conseguenza nell'interpretazione si corre il rischio di un'estensione talmente snaturante della norma da renderla uno strumento eccessivamente repressivo della libertà di azione e di volere dei singoli.

Un problema ancora più grande è emerso di recente ed è costituito dalla riconducibilità o meno del fenomeno *doping* alla fattispecie di frode sportiva e proprio su questo problema si basa l'indagine avviata in molte procure italiane sulla liceità d'uso di sostanze da parte di molti atleti.

## 2. Il problema della riconducibilità del doping autogeno al delitto di frode sportiva (ex art.1, legge 13 dicembre 1989 n. 401).

Negli ultimi anni sempre più spesso si è sentito parlare del fenomeno «*doping*» che ha assunto vaste dimensioni, con l'interessamento di numerose discipline sportive.

---

(3) Significativa al riguardo la relazione del Sen. Gallo al disegno di legge n.1888, di iniziativa del Ministro della Giustizia Giuliano Vassalli, in *Atti Parlamentari*, Senato della Repubblica, 10<sup>a</sup> Legislatura, Giunte e Commissioni Parlamentari, Commissione Giustizia (2), seduta del 9 novembre 1989, 402° *Resoconto*, p.5.

(4) Alcuni ritengono che debbano essere compresi nel novero dei partecipanti anche soggetti diversi dagli atleti come gli allenatori, medici sportivi e coloro che possono influire in virtù delle funzioni svolte sul risultato della gara in tal senso: BOLOGNA, *L'illecito sportivo*, in *Riv. Dir. sport.*, 1990, 146; LAMBERTI, *La frode sportiva*, Napoli, 1990, 213; altri ritengono – e pare questa la soluzione più corretta perché conforme ai principi di tassatività – che vadano considerati tali solo gli atleti e gli arbitri in virtù dell'art. 36 d.P.R. 157/1986 (Nuove norme di attuazione della legge 16 febbraio 1942 n. 426 recante costituzione ed ordinamento del C.O.N.I.) la quale afferma relativamente a questi ultimi che «partecipano, nella qualifica loro attribuita, allo svolgimento delle manifestazioni sportive per assicurarne la regolarità».

Tutto il mondo dello sport è stato colpito da questo fenomeno che ha insinuato dubbi e veleni, avvilendo così lo stesso spirito di competizione che da sempre ha animato i duri allenamenti degli atleti e gli animi infervorati dei tifosi.

In Italia il fenomeno è emerso fragorosamente a seguito di una vasta inchiesta promossa da varie procure che hanno indagato sull'uso del *doping* e l'abuso di farmaci nel mondo dello sport.

Quest'inchiesta ha investito in modo particolare il mondo del calcio fino ad arrivare anche al ciclismo, scatenando il caso Pantani (5).

Può dirsi che il germe dell'indagine sia nato con la gara ciclistica Milano-Torino disputata nell'ottobre del 1995, nel corso della quale il famoso ciclista Marco Pantani incorse in un incidente che gli costò la frattura di tibia e perone. Dalle cartelle cliniche acquisite dal P.M. Guariniello al C.T.O. torinese dove il corridore era stato ricoverato dopo l'incidente risultò un tasso di ematocrito fuori dalla norma.

Marco Pantani è stato imputato del reato di cui all'art. 1, comma 1 legge 13 dicembre 1989 n. 401 «per avere, quale atleta professionista del ciclismo partecipante a competizioni sportive organizzate dal CONI e da associazioni ad esse aderenti, compiuto atti fraudolenti al fine di raggiungere un risultato diverso da quello conseguente a corretto e leale svolgimento delle competizioni sportive ricorrendo, in assenza di condizioni climatiche che rientrassero nelle relative indicazioni terapeutiche e che quindi ne giustificassero l'impiego, all'assunzione di medicinali atti a stimolare l'eritropoiesi, così da determinare un più elevato rendimento in gara (ematocrito 60.1%). Commesso in Cesenatico, accertato in Torino il 18 ottobre 1995». Alla luce del capo d'imputazione deve essere innanzitutto valutato il fatto se il Pantani aveva assunto eritropoteina prima della Milano-Torino del 18 ottobre 1995.

Ciò ha sollevato una problematica ancora più grande e cioè la riconducibilità o meno del fenomeno «*doping*» alla fattispecie di «Frode in competizioni sportive» (6).

La dottrina essenzialmente si divide in due tesi, una favorevole alla riconducibilità del *doping* al delitto di frode sportiva e l'altra, invece, sfavorevole.

### 3. La tesi positiva e la sua confutazione.

La tesi positiva, adottata dal GIP di Forlì (7), nel procedimento relativo al ciclista Pantani, sostiene che il bene giuridico tutelato dal delitto di frode sportiva sia da individuare nella correttezza e nella lealtà della gara e che

---

(5) RIZZO SERGIO, *Pantani indagato da Guariniello*, in *Corriere dello Sport* dell'11 novembre 1999.

(6) BORGOGNO R., *Sulla riconducibilità del doping al delitto «di frode in competizioni sportive» ex art. 1, legge 13 dicembre 1989, n. 401*, in *Archivio penale*, 1994, 606.

(7) Tribunale di Forlì, ufficio del giudice per le indagini preliminari; proc. n. 1038/00 RG NR; proc. n.1357/00 RG GIP. Rigetto richiesta di archiviazione del P.M., 20 aprile 2000.

l'esclusione dal novero dei possibili autori del reato dei partecipanti alla competizione agonistica conduca a conseguenze inaccettabili sia sul piano del principio di uguaglianza, che su quello della ragionevolezza.

Affermando, infatti, che il «chiunque» del 1° comma dell'art. 1 della legge 401/89 sia il soggetto che regge entrambe le previsioni delittuose, «offrire utilità o vantaggio», o «compiere atti fraudolenti» significa che coeentemente il soggetto attivo di tutta la previsione normativa, e quindi anche degli atti fraudolenti, non potrebbe essere il partecipante, ma un *extraneus* in quanto il promittente può essere solo persona diversa dal partecipante.

Questa obiezione, tuttavia, trascura l'eventualità che offerente o promittente possa anche essere un altro partecipante (ciò può verosimilmente avvenire negli sport con due contendenti, tennis, pugilato, ciclismo su pista, ove uno dei due può corrompere l'altro affinché non si impegni e lo lasci vincere).

Ne consegue che, non essendovi ragione, anche per la formulazione letterale della norma (chiunque), di escludere dalla gamma dei soggetti attivi del reato il partecipante eventualmente corruttore (in quanto ciò sarebbe in contrasto col principio di eguaglianza davanti alla legge), neppure vi è ragione di escludere, quale soggetto attivo, il partecipante autore di una frode «unilaterale».

Appurato che il soggetto attivo del reato di frode in competizione sportiva possa essere anche lo stesso partecipante alla gara sportiva, resta da stabilire se nell'assunzione di sostanze stupefacenti da parte dello stesso, prima di una gara agonistica, sia da ravvisarsi un «atto fraudolento» volto a raggiungere un risultato diverso da quello conseguente al corretto e leale svolgimento della competizione ai sensi dell'art. 1, primo comma legge 401/1989.

In proposito è opportuno precisare il concetto di atto fraudolento prendendo spunto dalla nozione data espressamente dalla Corte di Cassazione, «qualsiasi artificio, inganno o menzogna concretamente idoneo a conseguire l'evento del reato» (8). Si ha mezzo fraudolento, quindi, quando viene posta in essere un'*immutatio veri*, ossia quando, attraverso un'attività di simulazione o dissimulazione viene rappresentata come apparentemente regolare una situazione in realtà irregolare (e d'altronde, ciò, correttamente, corrisponde all'etimo del termine usato dal legislatore, dal latino *fraus*, truffa, inganno).

Non realizzano una frode, quindi, i casi (uso di tacchetti irregolari nel calcio, di biciclette irregolari nel ciclismo, di attrezzi non nella norma, di pratiche non ortodosse quali spintoni, gomitate, ecc.) in cui la violazione delle norme sportive è immediatamente rilevabile *ictu oculi*, oppure attraverso il diretto controllo della sussistenza di requisiti o la diretta applicazione di canoni e misure, senza la mediazione di un'indagine su pratiche o espedienti simulatori o dissimulatori.

Non vi è dubbio che nell'ampio concetto di atto fraudolento si presti ad essere ricondotta l'assunzione di sostanze dopanti da parte dell'atleta in pros-

---

(8) Cass. 17 luglio 1998, n. 8443, in *Guida al diritto*, 98, 36, 68, e in *Cass. pen.* 99, 2, 541.

similtà della gara agonistica, in quanto costituisce un espediente occulto per simulare, e quindi far risultare artificiosamente, una capacità di prestazione che non corrisponde a quella reale dell'atleta.

L'*autodoping* posto unilateralmente in essere dal partecipante, essendo volto ad alterare con l'inganno la propria prestazione, potendo, quindi, configurarsi come atto fraudolento teso a raggiungere un risultato diverso da quello conseguente a un corretto e leale svolgimento della competizione, s'inquadra nel pieno rispetto della *ratio* della legge n. 401/1989, la quale come recita il suo titolo, è anche a «tutela della correttezza dello svolgimento di competizioni agonistiche».

Di conseguenza tutte le considerazioni sopra esposte conducono a ritenere configurabile il reato di cui all'art.1 comma 1 legge 401/89 in caso di *doping* unilaterale posto in essere dall'atleta.

Nel caso Pantani, inoltre, il giudice si richiama alle considerazioni fatte sopra anche alle conclusioni della consulenza tecnica che sarebbero sufficientemente indizianti dell'avvenuta assunzione continuata da parte del Pantani di eritropoietina, ma richiedono un ulteriore vaglio tecnico in dibattimento nel contraddittorio delle parti.

Ciò ammesso è tuttavia necessario fare delle precisazioni essenziali.

La prima attiene al carattere fraudolento dell'assunzione di sostanze vietate, in relazione alla partecipazione dell'agente ad una determinata competizione agonistica; questa condotta, che accompagnata dal mascheramento messo in opera dall'atleta durante la gara dell'alterato stato di forma fisica, contribuisce a costituire quel *quid phuris* che conferisce al fatto rilievo penale.

La seconda attiene alla necessaria verifica condotta secondo un criterio di giudizio *ex ante* in concreto circa l'effettiva idoneità dell'atto fraudolento posto in essere dall'atleta a conseguire il fine illecito tipizzato dal legislatore.

Il GIP nella distinzione introdotta precedentemente quando parla di violazione di norme sportive immediatamente rilevabili *ictu oculi*, fa riferimento probabilmente, e in modo atecnico a quella nozione di idoneità *ex ante* della condotta qualificata come astrattamente pericolosa dal legislatore che, a seguito di ripetuti interventi della Corte Costituzionale, costituisce un limite ed un temperamento all'operatività dei reati di pericolo astratto (9).

Questa distinzione operata dal GIP porterebbe a non considerare atti fraudolenti, perché totalmente privi di idoneità offensiva nel senso di potenzialità ingannatoria, casi come quelli di una squadra di calcio che schieri in campo una formazione con più di undici giocatori, di corridori ciclisti che gareggino con biciclette motorizzate.

Cosicché il problema non si risolve ritenendo penalizzata una tipologia di scorrettezze finalizzate all'alterazione del risultato della gara previa distinzione tra quelle meno evidenti, bensì valutando quel requisito di idoneità ormai richiesto dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale.

---

(9) Corte Costituzionale, sentenze n 437/1989, in *Riv. it.dir. Proc. Pen.*, 1990, 725 ss.; n 333/1991, in *Foro it.*, 1991, parte I, 2628 ss.; n 360/1995, in *Foro it.*1995, parte I, 3083 ss.

Diversamente la conseguenza di questa tesi sarebbe quella di considerare qualsiasi irregolarità, se accompagnata dall'abile dissimulazione della propria scorrettezza e dalla induzione in errore dell'arbitro (e/o degli altri concorrenti) circa la regolarità del proprio comportamento, e commessa con il fine di modificare il risultato di una leale competizione, mezzo astrattamente idoneo e pericoloso, come tale qualificabile come fraudolento.

Alla luce di tali considerazioni, non potrà dirsi sufficiente ad integrare la fattispecie penale la mera violazione dei precetti di diritto sportivo, ma sarà necessario un agire qualificato, idoneo ad alterare sensibilmente un incontro agonistico.

Il legislatore, pertanto, avendo strutturato la fattispecie incriminatrice alla luce del generale principio di offensività, ha stabilito che non può esservi punibilità al di sotto di atti idonei, prima cioè che si verifichi la situazione di pericolo per il bene tutelato.

Questo criterio applicato alla detta fattispecie consente una più sicura delimitazione del campo di intervento della disciplina sportiva e di quella penale; infatti, la prima va applicata in relazione a qualsiasi violazione dei precetti di diritto sportivo, la seconda potrà essere applicata solo quando la condotta fraudolenta posta in essere dall'atleta raggiunga una soglia di intensità lesiva tale da costituire una reale minaccia al corretto andamento della competizione sportiva, quindi, un concreto pericolo per il bene giuridico tutelato.

#### 4. *La tesi negativa e la sua adozione da parte della meno recente giurisprudenza.*

La tesi negativa, contrariamente a quella esaminata precedentemente, sostiene che non sia configurabile a carico dell'atleta partecipante alla gara il reato di frode sportiva.

L'art. 1 legge 401/89, infatti, contempla due tipi di incriminazione, la prima ricalca lo schema «della corruzione», la seconda, di tipo residuale, punisce alla stessa maniera il compimento di «altri atti fraudolenti volti al medesimo scopo».

Si tratta di una norma a più fattispecie, quindi di modalità alternativa e non cumulativa, sorretta da un unico tipo di dolo specifico (10).

Nel caso detto si fa riferimento all'ipotesi del compimento di «altri atti fraudolenti», consistenti nell'assunzione di sostanze cosiddette dopanti.

Si pone, pertanto il problema della punibilità dell'atleta che abbia fatto autonomamente ricorso a tali sostanze, del fenomeno cioè del cosiddetto «*doping* autogeno».

La Corte di Cassazione ha risolto questo problema escludendo che rientri nell'ipotesi di reato di cui all'art. 1 legge 401/89, l'assunzione di sostanze dopanti da parte di un corridore, con una sentenza che, facendo ricorso ai

---

(10) PADOVANI, *Commento all'art.1, legge 13 dicembre 1989 n.401*; in *Legisl. Pen.*, 1990, 94; MEYER A., *Sport in diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, 1992, 579; ALBEGGIANI., *Sport* (dir. pen.: *La «frode sportiva» e la sua rilevanza penale*); in *Voce dell'Enciclopedia del diritto*, Milano 1990, 43, p. 538.



generali criteri interpretativi della legge, individua come lo scopo della norma detta sia esclusivamente quello di evitare l'irruzione nel mondo dello sport delle attività di gioco e di scommesse clandestine e, pertanto, come le due condotte menzionate pur se alternative debbano essere considerate tra loro strutturalmente omogenee (11).

Così, «nel caso in specie non par dubbio che gli altri ed innominati» atti fraudolenti volti al medesimo scopo sanzionati dall'art.1 della citata legge n. 401/89 devono essere identificati alla stregua degli atti espressamente indicati nella proposizione principale, cioè nell'offerta o promessa di denaro o di altra utilità o vantaggio a taluno dei partecipanti ad una competizione sportiva organizzata da alcune delle federazioni riconosciute dal CONI.

La sentenza della Suprema Corte prosegue poi rilevando che, accanto all'interpretazione della norma che si fonda sul significato proprio delle parole secondo la loro connessione, nel caso in esame «s'impone all'interprete il congiunto ricorso all'altro criterio ermeneutico suggerito dall'art. 12 delle preleggi, vale a dire alla *ratio legis*, che, come reso manifesto, oltre che dai lavori preparatori e dall'intestazione stessa della legge, dalle norme in essa raccolte, volte tutte ad evitare l'irruzione nel mondo dello sport delle attività di gioco e scommesse clandestine, dimostrano che l'ambito di applicazione della legge in esame non si estende ai fenomeni autogeni di *doping*, che trovano adeguata sanzione negli ordinamenti sportivi».

La Corte Suprema evidenzia, infine, che una diversa lettura della norma porterebbe ad un paradosso: «*a contrario* è facile osservare dall'altra parte che, se così non fosse, qualsiasi illecito sportivo, dallo spintone al calciatore in corsa alla spinta del gregario al campione ciclista in difficoltà, siccome oggettivamente volti a provocare un esito della gara diverso di quello cui avrebbe dato luogo una leale competizione, dovrebbero rientrare nella previsione della normativa in esame: il che all'evidenza non è».

La giustizia di merito è pervenuta alle stesse conclusioni della Corte Regolatrice in quanto, ritiene insussistente il reato di frode in competizioni sportive quando il comportamento fraudolento sia posto in essere dagli stessi atleti partecipanti alla gara in quanto «la *ratio* della norma mira a evitare che *extraneus* (persona ovviamente diversa dal partecipante alla competizione) alteri o tenti di alterare il risultato anche mediante la semplice promessa di denaro o altre utilità» (12).

---

(11) Cfr. Cass.pen, sez.V, 25,1,96, Omini, in *Cass. pen.* 1997, 529 ss..

(12) Cfr. GIP Roma, 21 febbraio 1992, Carnevale e Peruzzi, in *Riv. Dir. Sport.*, 1992, 123 ss. con note di V. LEONOCI, *Profili penalistici del doping sportivo* e G. VIDIRI, *La frode sportiva: soggetti e condotta del reato (art. 1 legge 1989 n 401)*; Tribunale di Roma. Sent. 27 gennaio 1992, Carnevale, Peruzzi, in *Archivio penale*, 1994, 606 con nota di BORGOGNO R.; G. VIDIRI, *Il doping tra normativa sportiva ed ordinamento statale*, in *Foro it.*, 1991, 3, 225; VIGORITA A., *Il doping negli atleti nel diritto ordinario ed in quello sportivo*; in *Riv. Dir. sport.*, 1971, 273; IZZO UMBERTO, *Quando l'atleta è in ritiro: il soggetto attivo l'elemento soggettivo nel reato di frode in competizioni sportive*, in *Riv. Dir. sport.*, 1993, 755; MARTONE A., *Il doping nell'ordinamento sportivo*; in *Corriere giuridico*, 1990, 1209.

I due atleti in questione furono assolti dalla giustizia ordinaria perché il loro comportamento non realizzava la fattispecie dell'art. 1 di detta legge e condannati da quella sportiva per aver violato l'art. 32 del codice di giustizia sportiva della F.I.G.C. che punisce i calciatori professionisti che, con condotta cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa, facciano uso di sostanze dopanti con la sanzione della squalifica giusta e vieta il ricorso a dette sostanze a tutela della salute dell'atleta ed a difesa della lealtà e della rettitudine sportiva (13).

Secondo la tesi negativa, abbracciata (14) pienamente dalla difesa nel caso Pantani, la non punibilità dei fenomeni di cosiddetto *doping* autogeno discende da argomenti in parte coincidenti, in parte diversi da quelli dell'interpretazione prevalente supportata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione.

La tesi negativa, analizzando il testo della norma incriminatrice, secondo il principio di stretta interpretazione che caratterizza la materia penale, evidenzia sostanziali differenze che la portano ad affermare la non imputabilità del partecipante alla gara.

In primo luogo il 2° comma dell'art. 1 legge 401/89 prevede espressamente la punibilità anche del partecipante alla competizione in caso di accettazione di denaro o altra utilità o vantaggio o di accoglimento della promessa, configurando così uno schema plurisoggettivo, che manca, invece, per la condotta alternativa consistente nel compimento di «altri atti fraudolenti».

Già in base all'argomento *a contrario (ubi lex voluit dixit)* deve pacificamente escludersi che l'ipotesi del compimento di altri atti fraudolenti contempli anche la punibilità dell'atleta a cui siano somministrate sostanze proibite o che se le somministri da sé.

È necessario pervenire a queste conseguenze nell'ambito della tematica dell'illecito plurisoggettivo.

Nel caso esaminato è indiscusso come al Pantani venga contestato un caso di cosiddetto «*doping* autogeno», tale da escludere l'ipotesi di un concorso eventuale con il soggetto esterno alla competizione.

La fattispecie incriminatrice in questione si configura come una sorta di reato proprio «alla rovescia», dove autore tipico è il non partecipante alla gara. Il partecipante alla gara è invece punibile per i casi di corruzione in virtù del 2° comma. Deve pertanto escludersi una eguale conclusione nel silenzio della legge circa la punibilità del partecipante alla gara nel caso di condotta alternativa del compimento di «altri atti fraudolenti».

In secondo luogo, l'interpretazione prospettata dalla tesi negativa è basata sui ragionevolissimi intenti del legislatore di demarcare aree di com-

---

(13) In questo caso i due calciatori sono stati puniti, dalle cosiddette multe F.I.G.C., con la squalifica per un anno per aver assunto in prossimità di una gara di campionato di calcio «fentermina», sostanza vietata dal regolamento dei controlli *antidoping* dell'UEFA e compresi negli elenchi compilati dalla Federazione medico sportiva italiana.

(14) Tribunale di Forlì, ufficio del giudice per le indagini preliminari; proc. n. 1038/2000 R.G. P.M.; proc. n. 1357/2000 R.G. GIP udienza preliminare: 6 giugno 2000. Memoria difensiva.

portamenti da sottoporre al controllo penale ed aree che, invece, nell'intento della legge del 1989 volta a reprimere l'irruzione nel mondo dello sport di attività di gioco e scommesse clandestine, si vollero affidare alla disciplina degli ordinamenti sportivi.

Dunque, la non punibilità del partecipante è la conseguenza di una necessaria ripartizione di aree di intervento tra ordinamento penale e ordinamenti sportivi, considerata l'indeterminatezza della formula «atti fraudolenti».

Di conseguenza la somministrazione di sostanza dopante da parte di un partecipante ad un altro partecipante alla gara non potrebbe essere, quale palese irregolarità sul piano sportivo, sanzionata *ex art.1* legge 401/89, bensì dall'ordinamento sportivo.

Secondo l'autorevole commento del Padovani (15) alla legge, la condotta prevista dall'art.1 comma 1 data dal compimento di «altri atti fraudolenti», costituisce una modalità alternativa e non cumulativa: l'art.1 non costituisce una disposizione a più norme, ma una norma a più fattispecie. Tale conclusione è suggerita, sia dai termini disgiuntivi presenti nella formulazione della stessa disposizione, che dalla stessa dizione «altri» atti fraudolenti che lascia presupporre il carattere fraudolento anche dei primi atti.

La condotta fraudolenta, quindi, alternativa alla corruzione può dipendere «sia da un artificio (incidendo sulla realtà come ad esempio attraverso l'alterazione degli attrezzi sportivi, o degli strumenti di misurazione della prova, o mediante il cd. *doping* degli atleti o degli animali impiegati), sia da un raggirio (ad esempio, con false indicazioni fornite all'arbitro da un segnalinee). Non può ovviamente costituire atto fraudolento la mera violazione delle regole del gioco; e, d'altro canto, se l'atleta si è risolto ad adottare tale comportamento dietro compenso, sarà il fatto della corruzione ad acquistare autonoma rilevanza».

Solo il fenomeno della corruzione porta alla punibilità anche dell'atleta, posto che le condotte finalizzate all'alterazione del risultato della gara poste in essere dai partecipanti finiscono necessariamente per coincidere con violazioni delle regole della gara stessa, così da trasformare, ragionando nei termini ipotizzati dall'accusa, l'intera attività sportiva in una attività costantemente sottoposta a controllo penale.

Ciò comporterebbe il primato della frode sportiva nelle procure della Repubblica considerato il numero di persone che si affrontano nelle varie competizioni riconducibili al concetto di «gara pubblica» della legge 401/89.

##### 5. *La conclusione del caso Pantani.*

L'inchiesta a carico di Pantani si è conclusa con la sentenza dell'11 dicembre 2000 del giudice monocratico del Tribunale di Forlì che lo ha condannato a mesi tre di reclusione con sospensione e non menzione della pena e sei mesi di sospensione dalle gare.

---

(15) PADOVANI TULLIO, *op. cit.*, 91 ss.

Il giudice per quanto riguarda gli aspetti tecnici ha ritenuto di dover aderire pienamente alle conclusioni cui sono pervenuti i consulenti del Pubblico Ministero, ritenendole affidabili per il rigore logico argomentativo che le ha supportate.

Dalla motivazione della sentenza, inoltre, emerge che il giudice abbia condiviso pienamente la tesi della riconducibilità del *doping* al delitto di frode sportiva ed ha asserito che «attesa la statura dell'atleta in oggetto, indiscusso campione del ciclismo professionistico, nazionale e internazionale, e quindi l'entità dell'offesa arrecata al bene giuridico protetto, e cioè la correttezza nello svolgimento di competizioni agonistiche è molto maggiore rispetto alla potenziale offesa arrecabile da atleti dilettanti o comunque, anche nell'ambito del professionismo, da atleti che non abbiano uno standard di prestazione e notorietà quale quello vantato da Marco Pantani».

Successivamente Pantani ha proposto ricorso in appello.

Il giudice della prima sezione della Corte d'Appello di Bologna con la sentenza 23 ottobre 2001 ha stabilito che non ci sono prove evidenti che Pantani *non* si sia dopato. Al riguardo, la stessa modalità di somministrazione dell'eritropoietina, esclusivamente per via endovenosa, esige una collaborazione del soggetto che ne è destinatario e rende non verosimile l'ipotesi di un'assunzione inconsapevole di tale sostanza.

Conseguentemente il giudice ha assolto l'appellante Marco Pantani non con formula di proscioglimento più favorevole *ex art.* 129 c.c.p. per insussistenza del fatto addebitato o perché l'imputato non lo ha commesso, ma con la formula del «perché il fatto non era previsto dalla legge come reato».

Il suddetto episodio, infatti, non era punibile in base alla legge 401 dell'89, la legge sulla frode sportiva, che aveva portato in primo grado alla condanna di Pantani da parte del Giudice monocratico del Tribunale di Forlì.

6. *La legge 14 dicembre 2000, n. 376 sulla assunzione e somministrazione di farmaci dopanti.*

a) *La ratio legis.* Dalla mancanza di determinatezza della legge 401/89 è scaturita la necessità di predisporre un provvedimento sul doping *ad hoc* per disciplinare autonomamente questo fenomeno, con la previsione di sanzioni specifiche anche a carico del partecipante alla gara (16).

La nuova legge sul *doping* del 14 dicembre 2000, n. 376 disciplina, infatti, la tutela sanitaria delle attività sportive e la lotta contro il *doping*, però, con una grossa novità in quanto considera reato l'abuso di farmaci per l'esaltazione delle prestazioni atletiche.

Tale legge disciplina lo spinoso fenomeno del *doping* e ne precisa il contenuto nell'art. 1 (Tutela sanitaria delle attività sportive. Divieto di *doping*) che afferma: «1. L'attività sportiva è diretta alla promozione della salute individuale e collettiva e deve essere informata al rispetto dei principi

---

(16) Disegno di legge n.1637-1660-1714-1945/A/R- relazione scritta, relatore sen. Carella. Legislatura XIII; Disegno di legge n. 6276: Disciplina della tutela sanitaria delle attività sportive e della lotta contro il *doping*; Camera dei deputati.

etici e dei valori educativi richiamati dalla Convenzione contro il doping con appendice, fatta a Strasburgo il 16 novembre 1995, n. 522. Ad essa si applicano i controlli previsti dalle vigenti normative in tema di tutela della salute e di correttezza delle gare e non può essere svolta con l'ausilio di tecniche, metodologie o sostanze che possano metter in pericolo l'integrità psicofisica degli atleti.

2. Costituiscono *doping* la somministrazione o l'assunzione di farmaci o di sostanze biologicamente o farmacologicamente attive e l'adozione o la sottoposizione a pratiche mediche non giustificate da condizioni patologiche ed idonee a modificare le condizioni psico-patologiche o biologiche dell'organismo al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti.

3. Ai fini della presente legge sono equiparate al *doping* la somministrazione di farmaci o di sostanze biologicamente o farmacologicamente attive e l'adozione di pratiche mediche non giustificate da condizioni patologiche, finalizzate e comunque idonee a modificare i risultati dei controlli sull'uso dei farmaci, delle sostanze e delle pratiche indicati nel comma 2.

4. In presenza di condizioni patologiche dell'atleta documentate e certificate dal medico, all'atleta stesso può essere prescritto specifico trattamento purchè sia attuato secondo le modalità indicate nel relativo decreto di registrazione europea o nazionale ed i dosaggi previsti dalle esigenze terapeutiche. In tal caso l'atleta ha l'obbligo di tenere a disposizione delle autorità competenti la relativa documentazione e può partecipare a competizioni sportive, purchè ciò non metta in pericolo la sua integrità psicofisica».

La norma mira a salvaguardare sia la tutela della salute stabilendo che l'attività sportiva non può essere svolta con l'ausilio di tecniche, metodologie o sostanze che possono mettere in pericolo l'integrità psicofisica degli atleti, sia la correttezza della gara e nello stesso tempo definisce il *doping* classificandolo come la somministrazione o l'assunzione di farmaci o la sottoposizione a pratiche mediche che non sono giustificate da condizioni patologiche, ma idonee ad alterare la prestazione agonistica degli atleti; ovviamente non è vietata l'assunzione di tali farmaci né le pratiche mediche per uso terapeutico purchè siano rispettate le modalità d'uso indicate nel decreto di registrazione europeo o nazionale.

L'art. 7, invece, detta una severa disciplina per i farmaci contenenti sostanze dopanti, in quanto i produttori e i distributori di farmaci vietati dal C.I.O. e dei farmaci, delle sostanze biologicamente attive e delle pratiche mediche considerate doping a norma dell'art. 1, sono tenuti a trasmettere annualmente al Ministero della sanità i dati relativi alle quantità prodotte, importate e distribuite e vendute al pubblico, alle farmacie o alle palestre.

Le confezioni dei farmaci, inoltre, devono recare un apposito contrassegno stabilito dalla Commissione e le «indicazioni per coloro che praticano attività sportiva». Il Ministero della sanità controlla l'osservanza di tali disposizioni.

La novità portante della nuova legge sul *doping* è data dalle disposizioni penali previste dall'art. 9 «1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da tre mesi a tre anni o con la multa da € 2.582 a € 51.645 (da lire 5 milioni a lire 100 milioni) chiunque procura ad altri, som-

ministra, assume o favorisce comunque l'utilizzo di farmaci o di sostanze biologicamente o farmacologicamente attive ricompresi nelle classi previste all'articolo 2 comma 1 (17), che non siano giustificati da condizioni patologiche e siano idonei a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti, ovvero siano diretti a modificare i risultati dei controlli sull'uso di tali farmaci o sostanze.

2. La pena di cui al comma 1 si applica, salvo che il fatto costituisca più grave reato, a chi adotta o si sottopone alle pratiche mediche ricomprese nelle classi previste dall'articolo 2, comma 1, non giustificate da condizioni patologiche ed idonee a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti ovvero dirette a modificare i risultati dei controlli sul ricorso a tali pratiche.

3. La pena di cui al comma 1 è aumentata:

a) se dal fatto deriva un danno per la salute;

b) se il fatto è commesso nei confronti di un minore;

c) se il fatto è commesso da un componente o da un dipendente del CONI ovvero di una federazione sportiva nazionale, di una società, di un'associazione o di un ente riconosciuti dal CONI.

4. Se il fatto è commesso da chi esercita una professione sanitaria, alla condanna consegue l'interdizione temporanea dall'esercizio della professione.

5. Nel caso previsto dal comma 3, lettera c), alla condanna consegue l'interdizione permanente dagli uffici direttivi del CONI, delle federazioni sportive nazionali, società, associazioni ed enti di promozione riconosciuti dal CONI.

6. Con la sentenza di condanna è sempre ordinata la confisca dei farmaci e delle sostanze farmaceutiche e delle altre cose servite o destinate a commettere il reato.

7. Chiunque commercia i farmaci e le sostanze farmacologicamente o biologicamente attive ricompresi nelle classi di cui all'art. 2, comma 1, attraverso canali diversi dalle farmacie aperte al pubblico, dalle farmacie ospedaliere, dai dispensari aperti al pubblico e dalle altre strutture che detengono farmaci direttamente destinati alla utilizzazione sul paziente, è punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa da € 5.164 a € 77.468 (da lire 10 milioni a lire 150 milioni)».

La nuova fattispecie a differenza della precedente legge n. 401/89 sanziona il *doping* autogeno punendo in modo inequivocabile l'atleta che assume sostanze dopanti o si sottopone o adotta tecniche dopanti idonee ad alterare le proprie prestazioni agonistiche. Inoltre, anche chi somministra, procura ad altri o in qualche modo agevola l'utilizzo di tali farmaci o sostanze vietate è severamente punito.

---

(17) V. lista delle classi delle sostanze vietate e metodi proibiti 2003 in: <http://www.CONI-Antidoping.htm>.

L'abuso di farmaci diventa così un vero e proprio reato (18).

La Cassazione penale (19) con una recente sentenza ha osservato che l'art. 9 comma 1, legge 376/2000 sanziona la condotta di procurare ad altri o di somministrare, assumere o favorire comunque l'utilizzo di farmaci o di sostanze ricompresi nelle classi previste all'art. 2 comma 1, solo se tale condotta specificatamente risponde «al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti, ovvero siano diretti a modificare i risultati dei controlli sull'uso di tali farmaci o sostanze».

Il ricorso, pertanto, è stato ritenuto inammissibile perché il fine specifico non risultava essere stato contestato al soggetto in questione che aveva ceduto al prezzo di £ 45.000 del nandrolone, quindi, mancando un elemento costitutivo della fattispecie criminosa non è configurabile la condotta prevista dall'art. 9 comma 1. Secondo il commento di F. Oberdan (20) la sentenza essenzialmente non stabilisce se il commercio di *doping* ex art. 9 comma 7 debba intendersi come un'attività svolta in modo continuo ed in forma organizzata per la distribuzione ovvero sia sufficiente qualsiasi forma di cessione a titolo oneroso.

La problematica nozione di commercio, pertanto, tende a creare una sovrapposizione tra la condotta di commercio ex art. 9 comma 7 con quella di procacciamento ex art. 9 comma 1, non tenendo conto delle caratteristiche che le differenziano.

Il commercio, infatti, è caratterizzato dall'organizzazione per la distribuzione, ma non dal dolo specifico consistente nell'alterazione delle prestazioni agonistiche dell'atleta previsto, invece, dal legislatore per il procacciamento e gli altri reati previsti dall'art. 9 comma 1.

b) *La struttura del reato.* Una volta esaminata la *ratio legis* ed i caratteri generali della nuova legge è il caso di analizzare la struttura del reato.

#### 1. *L'oggetto giuridico della tutela penale.*

Il legislatore all'art. 1 comma 2 di detta legge dà una precisa definizione di *doping* classificandolo come «la somministrazione o l'assunzione di farmaci o di sostanze biologicamente o farmacologicamente attive e l'adozione o la sottoposizione a pratiche mediche non giustificate da condizioni patologiche ed idonee a modificare le condizioni psico-fisiche o biologiche dell'organismo al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti», ovviamente in presenza di patologie dell'atleta documentate dal medico non è vietata l'assunzione di tali farmaci né le pratiche mediche purchè siano rispettate le modalità d'uso terapeutiche indicate nel decreto di registrazione europeo o nazionale (art. 2, comma 4).

---

(18) FRISONE MARCELLO, *Doping: l'abuso di farmaci viene considerato reato*; in *Il Sole 24 ore*, 18 luglio 2000, 26.

(19) Cass. penale sez. III, 20 marzo 2002, n. 11277; in *Guida al Diritto (il Sole 24 ore)* del 20 aprile 2002, n. 15.

(20) Commento di OBERDAN F., *Dubbia la sussistenza dell'illecito penale senza la tabella delle sostanze proibite*; in *Guida al Diritto (il Sole 24 ore)* del 20 aprile 2002 n. 15.

Ai fini della presente legge l'art. 1 comma 4, inoltre, equipara al *doping* la somministrazione di farmaci o di sostanze biologicamente o farmacologicamente attive e l'adozione di pratiche mediche non giustificate da condizioni patologiche, finalizzate e comunque idonee a modificare i risultati dei controlli sull'uso dei farmaci, delle sostanze e delle pratiche indicati nel comma 2.

### *2. La condotta e l'evento.*

Questa norma all'art. 9 punisce sia chi procura ad altri o somministra i farmaci dopanti per migliorare le prestazioni atletiche, considerandolo un vero e proprio «spacciatore», sia chi assume farmaci, adotta o si sottopone a pratiche terapeutiche non giustificate da condizioni patologiche ed idonee a migliorare le prestazioni agonistiche dell'atleta stabilendo pene severe (reclusione da tre mesi a tre anni e multa da € 2.582 a € 51.645), o chi comunque favorisce l'utilizzo di detti farmaci.

La pena è aumentata nel caso che l'assunzione di farmaci comporti un danno per la salute, se il fatto è commesso nei confronti di un minore o, infine, se a compiere il reato sia un componente del CONI o di associazioni sportive.

Inoltre, è punita con pene ancora più dure dall'art. 6 (reclusione da due a sei anni e multa da € 5.164 fino a € 77.468) la condotta di chi commercializza i farmaci dopanti attraverso canali diversi dalle farmacie e da altre strutture che detengono le sostanze destinate all'utilizzazione sul paziente.

L'assunzione o la somministrazione di farmaci biologicamente o farmacologicamente attivi e l'adozione o la sottoposizione a pratiche mediche non giustificate da condizioni patologiche e idonee a modificare le condizioni psicofisiche degli atleti non produce un'effettiva menomazione del bene, ma semplicemente il pericolo di pregiudizio per il bene stesso che è dato dalle prestazioni agonistiche degli atleti.

Di conseguenza se per il perfezionamento del reato non occorre la lesione del bene, ma la semplice messa in pericolo o lesione potenziale del bene si tratta di un reato di pericolo e come tale la soglia di punibilità del tentativo si avrà solo in coincidenza con la messa in pericolo del bene protetto.

### *3. Il dolo.*

Il dolo specifico caratterizza questo reato, in quanto, la legge esige, oltre alla coscienza e volontà del fatto materiale, che l'agente agisca per un determinato fine che sta al di là del fatto che costituisce reato, quindi il conseguimento di tale fine non è necessario per la consumazione del reato.

Il fine dell'agente in questo caso è dato dall'alterazione delle prestazioni agonistiche degli atleti mediante l'assunzione o la somministrazione di farmaci e la sottoposizione e l'adozione delle pratiche mediche già dette.

Questo tipo di dolo specifico è rapportabile alla categoria di dolo specifico di offesa, ove la norma fa dipendere l'offesa dall'intenzione dell'agente, svincolato perciò da qualsiasi momento oggettivo, venendosi a punire una condotta di per sé inoffensiva.

Detta legge regola anche la parte tecnica per la concreta attuazione delle sue previsioni, infatti, nell'art. 2 le sostanze dopanti e le pratiche mediche, il



cui impiego è considerato *doping* a norma dell'art. 1, sono ripartiti nel rispetto della Convenzione di Strasburgo del 1995 n 522 e delle indicazioni del C.I.O. e degli organismi internazionali preposti al settore sportivo in classi di farmaci, di sostanze o di pratiche mediche approvate con decreto del Ministero della sanità.

L'art. 3 prevede l'istituzione presso il Ministero della sanità della Commissione per la vigilanza ed il controllo sul *doping*.

Questa commissione, basandosi anche sulle indicazioni del Comitato internazionale olimpico C.I.O., ha il compito di determinare i criteri e le metodologie dei controlli *antidoping*, inoltre, individua le competizioni e le attività sportive per le quali il controllo sanitario è effettuato dai laboratori.

L'art. 4, invece, stabilisce i laboratori dal C.I.O., o da un altro organismo internazionale riconosciuto, sulla base di una convenzione stipulata con la Commissione. Gli oneri derivanti dalla convenzione non possono superare il miliardo all'anno.

È regolato, inoltre, all'art. 6 l'adeguamento da parte del CONI e delle altre federazioni sportive nazionali dei loro regolamenti alle disposizioni della seguente legge, prevedendo le sanzioni e le procedure disciplinari nei confronti dei tesserati in caso di *doping* o di rifiuto di sottoporsi ai controlli.

Tali enti sono tenuti a predisporre tutti gli atti necessari per il rispetto delle norme di tutela della salute della presente legge.

#### 7. I lavori preparatori della legge 14 dicembre 2000 n 376 (la ratio della nuova legge e le prospettive future).

Dai lavori preparatori emerge che la conoscenza della reale diffusione del *doping*, sia tra gli atleti sia tra gli sportivi in generale, è ancora frammentaria e ciò dipende essenzialmente da alcuni fattori.

In primo luogo la stampa di settore è solita occuparsi di *doping* solo di fronte al caso che fa notizia (tipico l'esempio di Pantani), ma non si occupa del *doping* quotidiano, praticato da tanti atleti sconosciuti.

In secondo luogo l'epidemiologia *doping* si è fatta in questi anni con l'*antidoping* che ha rilevato dei grossi limiti. Questo metodo di indagine è usato per i *test* ufficiali eseguiti sia durante le competizioni, sia durante il *training* o subito prima della competizione.

Infine, l'efficacia dei controlli è fortemente compromessa sia dall'impiego di metodi di assunzione farmacologica che rendono negativo anche l'atleta che assume regolarmente farmaci, sia dal numero limitato di casi sui quali i *test* vengono eseguiti.

È emerso da ciò il bisogno di sostituire alla vecchia ed inefficace metodologia dell'*anti-doping* una nuova metodologia più complessa.

Inoltre, sempre dai lavori preparatori emerge che detta legge «nasce quindi dall'esigenza di riportare al centro dell'attenzione l'identità clinico-biologica dell'atleta, riconoscendo che accanto ad un effetto economico-sociale del *doping* (offesa della lealtà sportiva, alterazione delle regole della libera concorrenza, eccetera) esiste un ben più grave problema etico-sanitario legato all'illecita manipolazione del corpo umano ed ai gravi esiti per la salute che questa manipolazione comporta».

Da recenti studi medici (21) effettuati sulle sostanze contenute nella lista anno 2003 del C.I.O. gran parte delle «sostanze illecite» incluse come tali negli elenchi, assunte dall'atleta ai fini ergogenici e cioè di migliorare le prestazioni sportive o «mascheranti» nei riguardi dei controlli *antidoping*, possono provocare aritmie cardiache di ogni tipo, per via di modificazioni patologiche e metaboliche, endocrine, ioniche indotte dalle sostanze stesse o della loro associazione (cosiddetti *cocktail*).

Secondo il giudizio del Soprani (22), invece, questa legge, sotto molti aspetti, presenta delle difficoltà di tipo investigativo.

In primo luogo per quanto riguarda l'incoercibilità della condotta di rifiuto dell'atleta che non è stata assoggettata dall'art. 6 di detta legge a pene (come nel caso dell'accertamento dello stato di ebbrezza da alcool o da sostanze stupefacenti *ex art.186, comma 2 ed art.187, comma 5 codice della strada*), ma solo a sanzioni di tipo sportivo.

Con tale scelta il legislatore ha voluto privilegiare la salvaguardia del principio di libertà dell'uomo-atleta rispetto al fine di tutela della sua salute e ciò appare discutibile in un ambito nel quale è in gioco principalmente la tutela di beni indisponibili come l'integrità psicofisica.

A mio avviso, considerando il fatto che la *ratio legis* consiste oltre che nella garanzia di un regolare svolgimento delle competizioni sportive, soprattutto nella tutela della salute dell'atleta, più che di una scelta del legislatore parlerei di una svista derivata dalla fretta di arginare il complesso e dilagante fenomeno del *doping* nello sport.

Peraltro, non si può parlare di una vera e propria lacuna della legge, in quanto l'art. 6 rimanda alle sanzioni ed alle procedure disciplinari nei confronti dei tesserati in caso di rifiuto di sottoporsi ai controlli.

In secondo luogo, Soprani afferma che la punibilità del *doping* autogeno pur costituendo un fattore di deterrenza in chiave preventiva, comporta il rischio di una repressione penale nei confronti dell'atleta piuttosto che nei confronti di chi opera a monte, quali i gravi fenomeni commerciali che alimentano illecitamente il mondo dello sport.

Esaminando la legge pare infondato il rischio di una mancata punibilità di chi commercia o provvede illecitamente farmaci dopanti, in quanto, l'art. 7 detta una severa disciplina per i produttori e distributori di farmaci vietati dal C.I.O. imponendo appositi contrassegni stabiliti dalla Commissione e le indicazioni per coloro che praticano attività sportive; invece, l'art. 9, comma 7, espressamente punisce con la reclusione da 2 a 6 anni e

---

(21) Prof. FRANCESCO FURLANELLO, *Sostanze dopanti e aritmie cardiache nello sport*; in <http://www.sportpro.it>.

(22) SOPRANI PIERGUIDO, *Vademecum per dribblare le difficoltà investigative*, in *Guida al diritto (il Sole 24 ore)* 30 dic. 2000 n. 47. V. anche TRICOMI IRENE, *Il gioco si fa duro*, in *Guida al Diritto (il Sole 24 ore)* 30 dicembre 2000 n. 47; UMANO-RONCHI G., DI LUCA N. M., *Dietro le contraddizioni di una strategia. La partita aperta di un efficace contrasto*; in *Guida al Diritto (il Sole 24 ore)* 30 dicembre 2000 n. 47.

con la multa da € 5.164 a € 77.478 chiunque illecitamente commercia i farmaci e le sostanze biologicamente o farmacologicamente attive vietate ed al comma 1 punisce chiunque procura ad altri o somministra i farmaci dopanti vietati, considerandolo un vero e proprio spacciatore.

È previsto, inoltre, l'aumento delle pene *ex art.* 9 comma 1, se il fatto è commesso da un dipendente del CONI o da associazioni o enti riconosciuti dal CONI, invece, l'interdizione temporanea dall'esercizio della professione se il fatto è commesso da chi esercita una professione sanitaria.

In terzo luogo, per quanto riguarda i rapporti tra magistratura sportiva ed ordinaria è prevista la possibilità dall'art. 2, legge 13 dicembre 1989 n. 401 di chiedere copia degli atti del procedimento penale che rifluisce nelle disposizioni dell'art. 116 c.c.p. La legge tuttavia appare piuttosto carente sotto il profilo del coordinamento tra il procedimento sportivo e quello ordinario.

L'entrata in vigore della legge 376/2000, che originariamente era stata prevista prima delle Olimpiadi 2000, non solo potrà conferire all'Italia un ruolo molto importante per perseguire a livello internazionale politiche che mirino alla tutela della salute degli atleti ed all'etica dei risultati sportivi, ma potrà anche restituire serenità al mondo dello sport, in quanto è tra le più avanzate in materia di *doping*.

La strada a livello internazionale sembra essere segnata e va proprio nella direzione indicata dalla presente legge. L'Agenzia mondiale *antidoping* (WADA-AMA), fondazione costituita dal Comitato olimpico internazionale, al fine di coordinare e promuovere a livello internazionale la lotta al doping ha approvato il Codice mondiale *antidoping* e la lista delle sostanze e dei metodi vietati anno 2003 (vedi allegato 1).

Tale Codice prevede che, a partire dai Giochi olimpici di Atene 2004 o dalle Olimpiadi invernali di Torino 2006, i Comitati olimpici nazionali ed i Governi che non siano in regola con l'adesione e il conseguente versamento del contributo annuo non potranno ospitare i Giochi olimpici, i Giochi olimpici invernali o i Campionati del Mondo, nè proporre la candidatura.

A tal proposito il ministro per i beni e le attività culturali (Urbani) ha presentato il disegno di legge n. 3918 (23) che prevede l'impegno da parte del Governo italiano di corrispondere il contributo annuale all'Agenzia mondiale costituita dal Comitato olimpico internazionale, al fine di non mettere a rischio lo svolgimento delle competizioni già assegnate (Giochi olimpici invernali del 2006, Universiadi della neve nel 2007), nonchè le future assegnazioni all'Italia di altre competizioni sportive internazionali (candidatura per i Giochi olimpici estivi del 2012 e per i mondiali di nuoto del 2005). L'Italia, inoltre, il 12 settembre 2002 ha sottoscritto il Protocollo aggiuntivo alla Convenzione europea *antidoping*, impegnandosi in tale modo a riconoscere i controlli effettuati sugli atleti italiani, anche fuori dalle competizioni sportive, dall'Agenzia e per conto della stessa.

---

(23) Vedi *Disegni di legge e relazioni* in <http://www.camera.it>.

## La tutela giuridica del mobbizzato (\*)

di Maurizio Iacono Quarantino

*La definizione di mobbing* (1).

L'ordinamento italiano non dispone tutt'oggi di una legge organica per contrastare il fenomeno del *mobbing*.

Con sentenza n. 358 del 19 dicembre 2003, infatti, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della legge Regione Lazio n. 16 dell'11 luglio 2002, intitolata «*Disposizioni per prevenire e contrastare il mobbing nei luoghi di lavoro*», ed ha espunto in tal modo dall'ordinamento l'unica legge che, fino ad allora, aveva dato riconoscimento giuridico al fenomeno del *mobbing*.

Non può tuttavia ritenersi che tale pronuncia abbia privato i lavoratori dei necessari strumenti di tutela contro il *mobbing*.

E ciò, in primo luogo, perché la Corte Costituzionale ha ritenuto la legge viziata da un punto di vista meramente procedurale, mentre non ha sentenziato sul merito della legge stessa, che pertanto può costituire valido punto di riferimento per l'attività dell'interprete (2).

In secondo luogo perché, pur in assenza di una normativa organica in materia, la giurisprudenza ha più volte ormai riconosciuto *apertis verbis* l'esistenza del fenomeno del *mobbing*.

Nonostante la mancanza di una norma definitoria, infatti, i giudici si sono avvalsi delle nozioni e dei contributi forniti dalla psicologia del lavoro ed, in particolar modo, degli studi compiuti da uno dei maggiori esperti in Italia, Herald Ege, che ha qualificato il *mobbing* come «*una situazione lavorativa di conflittualità sistematica, persistente ed in costante progresso in cui una o più persone vengono fatte oggetto di azioni ad alto contenuto persecutorio da parte di uno o più aggressori in posizione superiore, inferiore o di parità, con lo scopo di causare alla vittima danni di vario tipo e gravità. Il mobbizzato si trova nell'impossibilità di reagire adeguatamente a tali attacchi e a lungo andare accusa disturbi psicosomatici, relazionali e dell'umore che possono portare anche a invalidità psicofisica permanente*».

Secondo tali studi, l'accertamento dell'esistenza concreta del fenomeno passa attraverso la verifica della ricorrenza contestuale di alcuni parametri fondamentali.

---

(\*) Sul tema vedi MARIA VITTORIA LUMETTI, *I danni derivanti dal mobbing nell'impiego pubblico e privato*, in questa *Rassegna*, n. 3-4/2002, 466.

(1) La necessità di fissare gli elementi costitutivi del *mobbing*, prima dell'analisi specifica degli strumenti di tutela del mobbizzato, si rende necessaria per porre un freno a quella che è una tendenza purtroppo comune e cioè di far rientrare nel fenomeno qualsiasi ipotesi di conflittualità, andando ad allargare oltremodo la fattispecie fino a farle perdere i suoi connotati caratterizzanti e creando un alone di incertezza circa la sua riconoscibilità.

(2) La Corte Costituzionale ha infatti affermato l'illegittimità della legge regionale in quanto recante disposizioni nella materia dell'ordinamento civile, materia nella quale lo Stato vanta una potestà normativa esclusiva.

In particolare, è richiesto che il *mobbing* si realizzi nell'ambito di un *contesto lavorativo*, non rilevando invece tutte le ipotesi di clientelismo nella Pubblica Amministrazione né di nonnismo negli ambienti militari, dal momento che tali condotte rispondono a logiche e ragioni diverse.

Ma, se è pacifico che di *mobbing* si possa parlare rispetto a rapporti di lavoro subordinato, qualche perplessità ha suscitato la configurabilità del fenomeno anche nell'ambito dei rapporti di lavoro autonomo o parasubordinato.

D'altro canto, però, non è né improbabile né infrequente che nelle associazioni tra professionisti possano crearsi situazioni di persecuzione psicologica del singolo lavoratore autonomo né che il prestatore di un'attività collaborativa e coordinata possa subire una condotta mobbizzante da parte del soggetto committente.

Pertanto, salvo l'accertamento che il *nomen iuris* non celi l'esistenza di un sostanziale rapporto di lavoro subordinato, nulla osta nel riconoscere che di *mobbing* possa parlarsi anche nell'ambito di rapporti non dipendenti.

Inoltre, così come previsto nella legge Regione Lazio sopra citata e come ormai riconosciuto anche dalla giurisprudenza unanime, non ha rilevanza la forma pubblica o privata del rapporto di lavoro, essendo possibile che anche nella Pubblica Amministrazione il singolo venga sottoposto a manovre di umiliazione o di esclusione.

Tale *condotta mobbizzante* si può sostanziare sia in provvedimenti giuridici (come ad esempio il diniego all'esercizio di una determinata attività o l'adibizione a mansioni dequalificanti) che in meri comportamenti materiali (ad esempio pressioni psicologiche, critiche immotivate, delegittimazione dell'immagine di fronte ai colleghi), purché rivestano una natura vessatoria: in essi deve potersi cioè individuare una volontà di opprimere o di mettere a disagio il lavoratore per ottenerne l'allontanamento o la semplice umiliazione.

Tali condotte possono colpire la vittima in maniera diretta, con rimproveri, dinieghi, critiche, o in maniera indiretta attraverso l'adozione di misure discriminatorie verso gli altri colleghi.

Ma quel che più conta è che tali comportamenti si manifestino in maniera sistematica e perdurante nel tempo.

Ciò significa che non basta, ai fini dell'esistenza del *mobbing*, l'adozione di un unico provvedimento illegittimo o il semplice rimprovero verbale che rivesta i caratteri dell'eccezionalità, in quanto l'ambiente lavorativo è un luogo in cui normalmente possono manifestarsi dissapori e contrasti.

Perché possa riconoscersi il fenomeno del *mobbing* occorre verificare, invece, che tali contrasti abbiano assunto una valenza ulteriore e più accentuata, e cioè che si siano trasformati in una forma di persecuzione volta a creare disagio nei confronti del mobbizzato e, spesso, unicamente predeterminata al fine di emarginare lo stesso o di ottenerne le dimissioni volontarie.

Il requisito della sistematicità si potrà pertanto ritenere raggiunto solo allorché le condotte non siano isolabili ed autonomamente valutabili ma siano inserite nell'ambito di un unico e specifico modo di atteggiarsi nei

confronti del lavoratore. Ciò comporta, di conseguenza, che tra un atto che si pretende illegittimo e il suo successivo non deve trascorrere un lasso di tempo eccessivo tale da far ritenere che non sussista tra i due alcun nesso di relazione.

Per quanto riguarda invece il requisito temporale, contrariamente a quanto sostenuto da parte della dottrina che ha individuato un tempo minimo di sei mesi perché si concretizzi una condotta mobbizzante, si ritiene opportuno non predeterminare in astratto siffatto termine dal momento che solo una valutazione del caso concreto può dare contezza del verificarsi della fattispecie, non potendosi d'altronde escludere che, anche nel breve periodo, possano manifestarsi fenomeni di *mobbing*.

Sotto il profilo dei *soggetti*, si distingue generalmente tra autori (c.d. *mobber*) e vittime (c.d. mobbizzato).

Tra i primi rientrano sia il datore di lavoro (3) sia gli altri colleghi (c.d. *mobbing* orizzontale). Invero, nella definizione che viene data dal professor Ege sopra citato, il *mobbing* può essere realizzato anche da chi si trovi in una posizione gerarchica inferiore rispetto al mobbizzato (cosiddetto *mobbing* ascendente), e ciò dimostra che il fenomeno non deve essere unicamente ricollegato alla posizione di sovraordinazione di un soggetto rispetto ad un altro (4).

L'analisi compiuta dal sopra citato professor Ege prevede, inoltre, come ulteriore requisito della fattispecie il cosiddetto «*andamento secondo fasi successive*».

Esso risponde all'esigenza di inquadrare il *mobbing* in una delle sei fasi in cui è stata suddivisa la fenomenologia. «*Dopo la cosiddetta condizione zero di conflitto fisiologico normale ed accettato, si passa alla prima fase del conflitto mirato, in cui si individua la vittima e verso di essa si dirige la conflittualità generale... La seconda fase è il vero e proprio inizio del mobbing nel quale la vittima prova un senso di disagio e di fastidio... La terza fase è quella nella quale il mobbizzato comincia a manifestare i primi sintomi psicosomatici, i primi problemi per la sua salute... La quarta fase del mobbing è quella caratterizzata da errori ed abusi dell'amministrazione del personale che, insospettita dalle assenze del soggetto mobbizzato, erra nella valutazione negativa del caso non riuscendo, per carenza di informazione sull'origine della situazione, a capire*

---

(3) A cui va equiparato colui che, pur non essendo formalmente tale, riveste però una posizione di superiore gerarchico formale o sostanziale (c.d. *mobbing* verticale)

(4) Se è pacifico che la condotta vessatoria possa manifestarsi da parte di uno o più soggetti nei confronti di uno o più soggetti, occorre chiedersi se sia ugualmente configurabile il fenomeno in presenza di un atteggiamento mobbizzante tenuto dal datore verso tutti i dipendenti indistintamente.

Tale situazione invero non sembra possa dar luogo ad un'ipotesi di *mobbing* in quanto in essa non si individua uno degli elementi costitutivi della fattispecie e cioè l'esistenza di quello che è stato definito dallo stesso Ege un «conflitto mirato» vale a dire la individuazione di una possibile vittima del comportamento vessatorio.

*le ragioni del disagio del dipendente... La quinta fase del mobbing è quella dell'aggravamento delle condizioni di salute psicofisica del mobbizzato che cade in piena depressione ed entra in una situazione di vera e propria prostrazione... Resta la sesta fase, per altro indicata solo e fortunatamente eventuale, nella quale la storia del mobbing ha un epilogo: nei casi più gravi nel suicidio del lavoratore, negli altri nelle dimissioni, o anticipazione di pensionamenti, o in licenziamenti» (5).*

Tale suddivisione, se può essere utile a fini semplificatori, non può però essere ricompresa, *de iure condendo*, nell'ambito di una definizione giuridica di *mobbing* in quanto rischierebbe di comprimere il fenomeno in categorie che, seppur molto generali, si rivelano non in grado di rappresentare tutte le molteplici sfaccettature della realtà.

Al contrario, un requisito indefettibile della fattispecie e sul quale ampiamente si discute è il cosiddetto «*intento persecutorio*» il quale deve intendersi come la finalizzazione dei comportamenti del *mobber*. Esso si sostanzia nel collante delle varie azioni vessatorie e deve essere adeguatamente verificato nella sua esistenza dall'interprete, che non deve limitarsi a valutare i singoli atti senza alcun collegamento tra loro, ma dovrà individuare l'esistenza di un disegno vessatorio più generale all'interno del quale i singoli atti rappresentano gli strumenti per il raggiungimento di un fine pre-stabilito.

La legge regionale 16/2001 sopra richiamata non comprendeva espressamente l'intento persecutorio tra gli elementi costitutivi della fattispecie, prevedendo solo che gli atti del *mobber* si caratterizzassero come «*una vera e propria forma di persecuzione psicologica o di violenza morale*».

Ai fini della configurazione dell'illecito, la norma dunque considerava solo la condotta oggettiva e dispensava in tal modo il lavoratore dal gravoso onere di dimostrare anche la finalizzazione dei comportamenti del datore di lavoro, in considerazione del fatto che spesso i motivi che animano la condotta del *mobber* sono del tutto futili e difficilmente dimostrabili.

In vero, però, si dubita del fatto che la sola condotta oggettiva, in assenza della dimostrazione della finalizzazione dell'agire, possa bastare per affermare l'esistenza del fenomeno. E ciò perché, si ripete, il conflitto deve avere una sua preordinazione senza la quale i singoli atti pur se illegittimi rimangono tali e non potranno essere valutati unitariamente quale ipotesi di *mobbing*.

#### *Strumenti di tutela del mobbizzato.*

Venendo all'analisi specifica della tutela del mobbizzato, occorre sottolineare che, da un punto di vista giuridico, non mancano nell'ordinamento i necessari strumenti per contrastare il fenomeno.

---

(5) v. Trib. Forlì, sent. 15 marzo 2001

E infatti, contro le condotte vessatorie il lavoratore potrebbe, in primo luogo, far valere la responsabilità del *mobber* in base al generale obbligo del *neminem laedere* dell'art. 2043 C.C.

In tal caso, egli sarebbe certo gravato di un onere probatorio notevole, dovendo dimostrare sia l'evento, cioè la condotta colposa o dolosa, sia il danno che il nesso di causalità. Ma sotto il profilo risarcitorio, egli potrebbe invece ottenere un'ampia tutela con il ristoro non solo di tutti i danni prevedibili al tempo in cui è sorta l'obbligazione, come nel caso della responsabilità contrattuale *ex art. 1225*, bensì di tutti i danni che, prevedibili o no, sono conseguenza immediata del fatto dannoso.

Accanto a tale rimedio, in via alternativa, il lavoratore potrebbe far valere la responsabilità contrattuale di cui all'art. 2087 C.C. che prevede l'obbligo del datore di lavoro di tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei propri dipendenti.

Tale disposizione offre una tutela particolarmente intensa al lavoratore.

Da una parte, perché, pur non contemplando una responsabilità di tipo oggettivo, rappresenta però un'ipotesi tipica di diligenza qualificata dell'art. 1176 C.C. e che comporta, pertanto, l'attribuibilità al datore anche dei danni cagionati per colpa lievissima.

Dall'altra, perché l'ampia formulazione della norma, che tutela oltre all'integrità fisica anche la personalità morale del lavoratore, permette di far valere in sede giudiziale tutte quelle lesioni tipiche del *mobbing* che si sostanziano in stati depressivi e traumatici.

Sembra pertanto che, con tale disposizione, il legislatore nazionale abbia voluto sostanzialmente trasferire il generale obbligo del *neminem laedere* dell'art. 2043 C.C. all'interno dell'art. 2087 C.C., allo scopo di agevolare il lavoratore e permettergli, da una parte, di essere tutelato contro i danni normalmente risarcibili per via extracontrattuale e di godere, contemporaneamente, del più favorevole regime probatorio della responsabilità contrattuale: al lavoratore l'onere di provare il danno e il nesso di causalità, al datore la dimostrazione di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno.

Alla disposizione generale di cui all'art. 2087 C.C., si affianca inoltre tutta la normativa sul contratto di lavoro che prevede già delle fattispecie che tutelano il lavoratore contro alcune lesioni tipicamente riconducibili al *mobbing*, come l'ipotesi di cui all'art. 2103 C.C. sul divieto di demansionamento oppure le norme dettate dallo Statuto dei lavoratori in tema di divieto di indagini sulle opinioni, divieto di controlli occulti o di atti di gestione discriminatori.

Non è preclusa, dopotutto, al lavoratore anche una terza via e cioè la possibilità di utilizzare entrambi gli strumenti della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale dal momento che si tende oggi ad ammettere la possibilità di cumulare le azioni nell'ipotesi in cui un medesimo comportamento consista allo stesso tempo nell'inadempimento di un'obbligazione e nella lesione di un diritto primario.

Legittimati attivi ad esercitare tali forme di tutela sono sicuramente il lavoratore e i suoi eredi mentre si discute se concedere analoga facoltà anche ai sindacati dei lavoratori o ai patronati di rappresentanza. In vero tale solu-



zione si ritiene da più parti auspicabile anche in vista della realizzazione, in futuro, di centri in grado di fornire al lavoratore un'attività a 360 gradi, di sostegno psicologico, di consulenza specifica e di rappresentanza giudiziale.

Discorso più complesso riguarda invece la legittimazione passiva dell'azione, per la quale occorre distinguere le ipotesi in cui si fa valere una responsabilità contrattuale ovvero extracontrattuale.

Nel primo caso, infatti, legittimato passivo potrà ritenersi solo il datore di lavoro: nell'ipotesi di *mobbing* verticale, a titolo di responsabilità diretta, mentre in quella di *mobbing* orizzontale, a titolo di responsabilità per omessa vigilanza.

Nel secondo caso, invece, legittimati passivi potranno essere anche gli altri colleghi che hanno posto in essere la condotta di *mobbing*, da soli o in concorso col datore di lavoro (6).

Oltre alla tutela civilista, pur in assenza di una fattispecie penale che sanzioni il *mobbing*, si sottolinea comunque che i comportamenti del *mobber* possono assumere anche rilevanza penale. Per esempio, può essere dimostrata l'esistenza delle lesioni personali colpose di cui all'art. 590 C.P., oppure la sussistenza di un pregiudizio all'onore, al decoro o alla reputazione del lavoratore che configuri le ipotesi della ingiuria e della diffamazione, fino ad arrivare alla prova della sussistenza di un reato di violenza privata o di violenza sessuale in presenza di una costrizione a fare, tollerare od omettere qualche cosa.

Accanto alle soluzioni date dalla giurisprudenza, non possono d'altronde in questa sede tacersi le proposte, avanzate dalla dottrina e contenute in recenti disegni di legge, relative alla tutela giuridica del *mobbing*.

Viene al tal proposito in rilievo il disegno governativo di legge della Commissione Frattini che, oltre a sanzionare con la nullità qualsiasi patto od atto riconducibile a violenza morale o psichica in occasione di lavoro, prevede una speciale tutela dinnanzi al giudice del lavoro che può adottare un decreto di urgenza immediatamente esecutivo ed inibitorio dei comportamenti pregiudizievoli del datore.

I medesimi effetti possono tuttavia già oggi essere ottenuti dal lavoratore facendo ricorso alla tutela d'urgenza dell'art. 700 c.p.c.. Per la sussistenza dei requisiti dell'art. 700 la giurisprudenza afferma infatti che il *fumus boni iuris* risiede nel fondato rischio di pregiudicare irrimediabilmente il diritto del lavoratore a realizzare la propria personalità sul luogo di lavoro (Trib. Roma 11 gennaio 2001), mentre, per quanto riguarda il *periculum in mora*, deve aversi riguardo al tempo presumibilmente occorrente per la definizione del giudizio in via ordinaria (Trib. Roma 4 luglio 2002).

---

(6) Naturalmente, nel caso in cui l'attività del superiore gerarchico (che non sia anche datore di lavoro) integri anche la violazione di fattispecie penali, per i principi generali sulla personalità della responsabilità penale, egli dovrà essere chiamato a rispondere direttamente, anche per i susseguenti danni morali, mentre non potrà attribuirsi alcuna responsabilità al datore di lavoro nei cui confronti non è ipotizzabile alcuna violazione di ipotesi penalmente rilevanti (così Trib. Pisa 3 ottobre 2001).

Ci si rende conto che l'aspetto più difficile in questa materia è dare la prova stessa del *mobbing* perché bisogna tener conto della difficoltà sovente di avere prove dirette delle vessazioni subite, di individuare colleghi disposti a testimoniare, e di dimostrare l'accanimento ingiustificato nei propri confronti. A ciò si aggiunga la difficoltà intrinseca di ricostruire la storia degli eventi dimostrando il loro collegamento funzionale, l'esistenza del danno lamentato ed il nesso causale.

Proprio a tal proposito, in mancanza di una prova della vessazione subita, la Cassazione con sentenza 143/2000 ha statuito che «*Il comportamento del lavoratore che – mediante una lettera di diffida comunicata alla dirigenza aziendale e divulgata a mezzo stampa – rivolga al capo del personale accuse, poi non provate, di atteggiamenti persecutori nei suoi confronti, può configurare, in base ad una valutazione rimessa al giudice di merito incensurabile in sede di legittimità se congruamente e logicamente motivata, un fatto di gravità tale da vulnerare il rapporto di fiducia esistente tra le parti e da legittimare, quindi, il licenziamento per giusta causa ex art. 2119 c.c.*»

#### *Il danno da mobbing.*

Il riconoscimento del fenomeno del *mobbing*, pur se solo in via giudiziaria, ha posto il fondamentale problema di individuare quali danni subisca effettivamente il mobbizzato e come essi possano essere risarciti.

A tal proposito, la giurisprudenza ha fatto riferimento spesso alla tradizionale ripartizione tra danno patrimoniale e non patrimoniale ma, il più delle volte, ha riconosciuto anche che tale ripartizione non è sufficiente per garantire il ristoro del lavoratore ed è pervenuta, pertanto, alla individuazione di nuove fattispecie di danno risarcibile.

In particolare, i giudici hanno cercato di agire sulla categoria del danno morale dell'art. 2059 C.C. ed hanno tentato di superare le strettoie di tale articolo appellandosi alla giurisprudenza della Corte Costituzionale in base alla quale il danno non patrimoniale dell'art. 2059 C.C. non è rappresentato solo dal danno morale soggettivo, e cioè alle sofferenze e ai patemi d'animo transeunti, ma da tutte le ipotesi di danno legato ad interessi della persona costituzionalmente tutelati (Corte Costituzionale n. 233 /03; Corte di Cassazione sentt. n. 8827/03 e 8828/03).

Accanto alla tradizionale voce del *danno patrimoniale*, che viene generalmente commisurato allo stipendio che il soggetto non ha potuto percepire o causa del demansionamento o del divieto di compiere lavoro straordinario, la giurisprudenza di legittimità tende, ad esempio, a riconoscere che dalla illegittima attribuzione di un lavoratore a mansioni inferiori rispetto a quelle assegnategli al momento della assunzione in servizio può derivare non solo la violazione dell'art. 2103 cod. civ., ma anche la violazione del diritto fondamentale alla libera esplicazione della propria *personalità* nel luogo di lavoro, diritto tutelato dagli artt. 1 e 2 della Costituzione, avente indubbia natura patrimoniale, e da cui consegue il diritto dell'interessato al risarcimento del danno. Questo può essere determinato dal giudice mediante una valutazione equitativa ex art. 1226 C.C., anche in mancanza di specifici elementi di prova da parte del danneggiato, in quanto la liquidazione può essere operata in

base all'apprezzamento degli elementi presuntivi acquisiti al giudizio e relativi alla natura, all'entità e alla durata del demansionamento, nonché alle altre circostanze del caso concreto (*omissis*) (Cass., 12 novembre 2002 n. 15868, Cass., Sez. Lav., 18 ottobre 1999 n. 11727) (7).

Accanto a tale fattispecie di danno, nei casi in cui al lavoratore sia impedito di svolgere le mansioni di sua competenza o sia mortificato nelle sue aspettative professionali, la giurisprudenza tende a riconoscere, quale specie del danno patrimoniale, anche la sussistenza di un *danno alla professionalità* che consiste «non già in una indefinita “lesione della personalità” bensì in una diminuzione delle nozioni teoriche e della capacità pratica o comunque di vantaggi connessi all'esperienza professionale (ad esempio la notorietà derivante dall'esibizione di capacità artistiche) conseguenti al mancato esercizio delle mansioni spettanti» (Cass., n. 6992/2002).

Sostanzialmente si è arrivati ad affermare l'esistenza di un vero e proprio «patrimonio professionale» che il soggetto deve aver la possibilità di incrementare nello svolgimento della propria attività lavorativa e che non deve, al contrario, essere diminuito o pregiudicato nello svolgimento di mansioni dequalificanti o umilianti.

La professionalità deve intendersi sia come competenza professionale acquisita sia come identità professionale del lavoratore che cagiona un danno accertabile anche sulla base delle sole presunzioni semplici. Anche in tale ipotesi, il giudice opererà una valutazione equitativa prendendo a riferimento, come afferma la giurisprudenza, una percentuale variabile della retribuzione mensile che va di solito dal 25% al 100% in caso di totale svuotamento dalle mansioni. Talvolta i giudici hanno associato al parametro della retribuzione anche il fattore tempo arrivando a ritenere che la perdita della professionalità aumenti con il passare del tempo di demansionamento (cfr. Pret. Milano 9 dicembre 1997).

Passando all'analisi delle voci di danno non patrimoniale, la giurisprudenza tende a riconoscere l'esistenza del danno morale dell'art. 2059 C.C., come patema d'animo subito dalla vittima, laddove si individui l'esistenza astratta di una fattispecie di reato, e ciò anche se la legge penale non contempla espressamente la condotta mobbizzante quale ipotesi di reato (cfr. secondo paragrafo).

A prescindere dalla sussistenza di un danno patrimoniale o morale, viene inoltre generalmente riconosciuto anche il *danno cd. biologico*, quale menomazione dell'integrità psico-fisica, sia in riferimento ad una responsabilità contrattuale che extracontrattuale. L'ambito applicativo di tale danno è stato però, anche in questa materia, progressivamente ampliato fino a ricompre-

---

(7) Sotto tale profilo, la giurisprudenza di legittimità sottolinea però anche che «se è indiscutibile che la prova della lesione è, *in re ipsa*, anche prova dell'esistenza del danno, è pur sempre necessaria la prova ulteriore dell'entità del danno, ossia la dimostrazione che la lesione ha prodotto una perdita di tipo analogo a quello indicato dall'art. 1223 c.c.» (Cass., Sez. Lav., sent. 3 luglio 2001 n. 9009).

dere il danno *cd. biologico psichico*, nelle ipotesi in cui la lesione abbia comportato una malattia clinicamente accertabile, consistente in una malattia depressiva che impedisce di vivere la vita quotidiana ed avente effetti permanenti.

La dottrina e la giurisprudenza prospettano, infine, un'ulteriore figura di danno risarcibile: il *danno cosiddetto esistenziale* come diritto alla ricerca di un'esistenza felice purché sia individuabile, nei pregiudizi causati alla vittima, la lesione di interessi costituzionalmente protetti.

Quindi, in tale fattispecie, non vengono in rilievo tutti i generici pregiudizi alla vita del mobbizzato ma più specificatamente quelle lesioni che colpiscono interessi che ricevono la tutela diretta o indiretta della Carta Costituzionale.

Il riconoscimento di tale voce di danno permette di coprire tutte le compromissioni delle attività realizzatrici della persona umana (ad esempio impedimenti alla serenità familiare, al godimento di un ambiente salubre e di una situazione di benessere, al sereno svolgimento della propria vita lavorativa), poiché «non è solo il bene della salute a ricevere una consacrazione costituzionale sulla base dell'art. 32 Cost., ma anche il libero dispiegarsi delle attività dell'uomo nell'ambito della famiglia o di altra comunità» gode di una speciale considerazione negli artt. 2 e 29 Cost. (Trib. Pinerolo 6 febbraio 2003).

Tale danno può realizzarsi senza che si verifichi alcun danno biologico e senza che il fatto costituisca reato e, pertanto, esso non può ritenersi una duplicazione delle altre categorie di danno non patrimoniale.

Come affermato correttamente dal Tribunale di Pisa con sentenza del 3 ottobre 2001, infatti, «la logica che sorregge il danno morale» è quella di restaurare «il prezzo del dolore» nei casi in cui la lesione sia di tale gravità da comportare l'applicazione astratta (anche) della sanzione penale, in mancanza di una norma, legale o pattizia, che descriva come obbligatorio un certo comportamento; ipotesi, questa, diversa da quella nella quale si discute della violazione dell'obbligo contrattuale (art. 2087 C.C.) di rispettare la personalità morale del lavoratore, così trattandosi di una forma risarcitoria *ex se*, che concorre sia con il risarcimento patrimoniale, sia con il risarcimento alla vita di relazione, sia con il risarcimento da fatto delittuoso (cosiddetto danno morale).

E ancora, come afferma il Tribunale di Pinerolo, la categoria del danno esistenziale si distingue da quella del danno morale «– oltre che per il diverso regime giuridico, la prima rientrando nella generale disciplina di cui all'art. 2043 C.C. e la seconda essendo soggetta alla previsione dell'art. 2059 C.C. – per la sua caratteristica di abbracciare quelle compromissioni dell'esistenza quotidiana che siano “naturalisticamente” accertabili e percepibili, traducendosi in modificazioni peggiorative del normale svolgimento della vita lavorativa, familiare, culturale, di svago, laddove, come si è detto, il danno morale è un *patis* interiore che prescinde da qualsiasi ricaduta sull'agire umano. È ben vero che la sofferenza, l'angoscia, il malessere psichico (non rilevante come patologia medica) possono indurre sostanziali cambiamenti nell'esistenza quotidiana; occorre tenere conto, tuttavia, che, per un verso, non sempre ciò accade e, per altro verso, laddove tale consequenzialità si apprezzi saranno ravvisabili due distinte “voci” di danno, sicché, sul piano della liquidazione – necessariamente equitativa – occorrerà valutare attentamente, e distin-

tamente, la natura e la gravità dei diversi profili di pregiudizio per indennizzare “tutto” il pregiudizio, evitando, però, duplicazioni risarcitorie. Dal danno biologico – che, pure, rientra in una concezione lata di danno esistenziale, posto che, in tal caso, ciò che si risarcisce non è la lesione psico-fisica in sé, ma la ricaduta che essa produce sull’agire non reddituale del danneggiato (cfr. Corte Cost., sent. 372/1994), sicché il regime giuridico è il medesimo – il danno esistenziale (in senso stretto) si distingue a seconda che, a monte, vi sia una lesione del bene della salute fisica o psichica (accertabile con una consulenza medico-legale), ovvero l’ingiuria concerne la lesione di altri beni della persona giuridicamente rilevanti» (Trib. Pinerolo 6 febbraio 2003).

Sotto il profilo della dimostrazione dell’esistenza di un danno, la Corte di Cassazione osserva, al proposito, come «il pregiudizio di un diritto inviolabile della personalità deve essere da colui che lo invoca allegato e provato (sia pure con ampio ricorso alle presunzioni, allorché non si versi nell’ambito del pregiudizio della salute in senso stretto, in relazione al quale l’alterazione fisica o psichica è oggettivamente accertabile), nei suoi caratteri naturalistici (incidenza su di una concreta attività, pure non reddituale, e non mero patema d’animo interiore) e nel nesso di causalità», sicché, «su di un piano diverso e logicamente successivo, una volta accertato il cd. danno evento (cioè il pregiudizio del diritto fondamentale), si colloca la valutazione del cd. danno-conseguenza, cioè dell’entità del sacrificio sofferto, ai fini di una liquidazione *naturaliter* equitativa» (Cass., sent. 9009/2001).

Quelle analizzate sono le categorie di danno che più frequentemente sono state prese in considerazione dalla giurisprudenza in tema di *mobbing*.

Occorre però sottolineare che di fronte al proliferare di tutte queste categorie di danno, i giudici di merito, per evitare duplicazioni dei danni risarcibili, hanno ultimamente ritenuto necessario porre un freno alla comune tendenza a riconoscere la contestuale sussistenza di tutte le suddette lesioni.

Il Tribunale di Pinerolo, per esempio, con la sentenza del 6 febbraio 2003, ha da ultimo sottolineato che lo spesso invocato danno alla professionalità costituisce una categoria disomogenea «in cui sono stati ricondotti pregiudizi di svariata natura, i quali si fondono (e si confondono) in un contenitore che, a ben vedere, appare, per un verso privo di coerenza logica e sistematica e, per altro verso, foriero di complicazioni processuali, sia quanto al problema della prova del pregiudizio, sia quanto alla sua liquidazione». Sulla stessa linea interpretativa il Tribunale di Pisa, con sentenza del 10 aprile 2002, ha ritenuto che il danno alla professionalità risulta privo di contenuti rispetto al danno esistenziale.

Pertanto, pur di fronte al riconoscimento della plurioffensività del fenomeno, si è compreso che occorre cautela nell’accertamento delle lesioni da *mobbing* e nella individuazione di nuove fattispecie di danno risarcibili.

A tal fine, appare dunque condivisibile il tentativo di parte della dottrina di prospettare la configurabilità di un’originale e specifica fattispecie di «danno da *mobbing*» che permetterebbe di valutare la peculiarità dei pregiudizi del mobbizzato anche alla luce di eventuali parametri appositamente individuati che escludano la totale rimessione al criterio equitativo dell’art. 1226 C.C.



# INDICI SISTEMATICI

## 1 - ARTICOLI, NOTE, DOTTRINA, RECENSIONI

<i>Il contenzioso a tutela dell'ambiente. Atti del seminario del 1° marzo 2004. Interventi di: GIORGIO CESARI, FRANCESCO COCCO, GIANPAOLO COGO, ALDO COSENTINO, GIANCARLO FERRERO, GIUSEPPE FIENGO, MAURIZIO FIORILLI, SERGIO LA PORTA, PIO GIOVANNI MARRONE, GIANFRANCO MASCAZZINI, GIUSEPPE NOVARESI, GIANPAOLO POLIZZI, ESTER RENELLA, GIANPAOLO SCHIESARO, MARIO ANTONIO SCINO, GIUSEPPE STIPO, PAOLO TOGNI. Studi e contributi di: MAURIZIO FIORILLI, PIO GIOVANNI MARRONE, GIAMPAOLO SCHIESARO</i> . . . . .	<i>pag.</i>	1
GIORGIO D'AMATO, <i>Il controllo sulle concentrazioni: questioni processuali e di sostanza</i> . . . . .	»	332
ROBERTO DE FELICE, <i>La Corte UE entra nel diritto di famiglia</i> . . . . .	»	135
ROBERTO DE FELICE, <i>Ma è diritto dell'uomo avere un giudice indipendente, nel dossier: Il termine ragionevole del processo e le Sezioni Unite: davvero non c'è altro da dire?</i> . . . . .	»	289
MARIO DI CARLO, dossier, <i>A proposito di recenti controversie sull'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche</i> . . . . .	»	231
WALLY FERRANTE, <i>L'arbitrato come strumento di risoluzione delle controversie con la Pubblica Amministrazione</i> . . . . .	»	405
GIUSEPPE FIENGO (a cura di), dossier, <i>Un confine non ben demarcato in tema di ricorso per cassazione</i> . . . . .	»	291
MAURIZIO FIORILLI, <i>La tutela dell'ambiente come «valore costituzionale» e come «materia»</i> . . . . .	»	59
OSCAR FIUMARA, <i>I processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato: una questione di costituzionalità</i> . . . . .	»	298
OSCAR FIUMARA, <i>Le «quote latte»: l'Italia è in regola</i> . . . . .	»	157
MARCO FRATINI, <i>La pubblicazione per estratto della VIA: congruità della forma al raggiungimento dello scopo</i> . . . . .	»	327
MAURIZIO IACONO QUARANTINO, <i>Il demansionamento per breve periodo rappresenta comunque una violazione dell'art. 2103 del codice civile</i> . . . . .	»	311
MAURIZIO IACONO QUARANTINO, <i>La tutela giuridica del mobbizzato</i> . . . . .	»	432

MARIA VITTORIA LUMETTI, <i>Accesso, riservatezza e tutela dei controinteressati</i> pag.	379
MARIA VITTORIA LUMETTI, <i>Il T.A.R. Toscana rigetta le censure di incostituzionalità in materia di regolarizzazione di immigrati clandestini</i> . . . . . »	373
MARIA VITTORIA LUMETTI, <i>Tempus regit actum e provvedimento amministrativo</i> . . . . . »	364
PIO GIOVANNI MARRONE, <i>Il processo in Cassazione per gli abusi di Punta Perotti (Bari)</i> . . . . . »	104
SILVANA PAGLIARA, <i>La tutela della salute nelle attività sportive e il divieto di doping</i> . . . . . »	415
ANTONIO PALATIELLO (a cura di), dossier, <i>Il termine ragionevole del processo e le Sezioni Unite: davvero non c'è altro da dire?</i> . . . . . »	276
ANTONIO PALATIELLO, <i>Scelte discrezionali e giudizio contabile: fino a dove può spingersi il sindacato della Corte dei Conti?</i> . . . . . »	306
VINCENZO RAGO, dossier, <i>La Croce, «scandalo per i Giudei, stoltezza per i pagani» è ancora un segno di contraddizione per la nostra società?</i> . . . . . »	248
VINCENZO RAGO, <i>In tema di giurisdizione sulla remunerazione dei medici specializzandi 1983-91</i> . . . . . »	317
GIAMPAOLO SCHIESARO, <i>Il risarcimento del danno ambientale ex art. 18, legge 349/86: caratteri tipici, casistica e risultati ottenuti</i> . . . . . »	69
MARIO ANTONIO SCINO, ALESSANDRO DE ROCCHI, <i>Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici</i> . . . . . »	131
PIETRO CESARE VINCENTI, <i>Ferie e congedo di maternità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia</i> . . . . . »	142

## 2 - INDICE DELLE SENTENZE

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE	
Plenum, 7 gennaio 2004, nella causa C-117/01 . . . . . pag.	137
sez. 6 <sup>a</sup> , 18 marzo 2004, nella causa C-342/01 . . . . . »	155
sez. 6 <sup>a</sup> , 25 marzo 2004, nelle cause riun. C-231/00, 303/00 e 451/00; C-480, 481, 482, 484, 489, 490, 491, 495, 497, 498, 499 . . . . . »	160
CORTE COSTITUZIONALE	
sent. 13-20 gennaio 2004, n. 24 . . . . . »	299
CORTE DI CASSAZIONE	
Sez. Unite, 6 maggio 2003 n. 6851 . . . . . »	307
Sez. Unite, 26 gennaio 2004, n. 1338 . . . . . »	276
Sez. Unite, 26 gennaio 2004, n. 1339 . . . . . »	282
Sez. Unite, 26 gennaio 2004, n. 1340 . . . . . »	283
Sez. trib., 4 febbraio 2004, n. 2090 . . . . . »	295
Sez. lav., 25 febbraio 2004, n. 3772 . . . . . »	312
CONSIGLIO DI STATO	
Sez. 6 <sup>a</sup> , sent. 30 gennaio 2004, n. 316 . . . . . »	329



<b>TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO</b>	
sez. 1 <sup>a</sup> , sent. 20 febbraio 2004, n. 1631 .....	pag. 337
<b>TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DELLA TOSCANA</b>	
Firenze, ord. 25 novembre 2003, n. 1200 .....	» 369
Firenze, sez. 1 <sup>a</sup> , sent. 24 febbraio 2004, n. 522 .....	» 370
Firenze, sez. 1 <sup>a</sup> , sent. 2 febbraio 2004, n. 201 .....	» 377
Firenze, sez. 1 <sup>a</sup> , sent. 2 febbraio 2004, n. 266 .....	» 381
<b>TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL VENETO</b>	
Sez. 1 <sup>a</sup> , ord. 14 gennaio 2004, n. 56 .....	» 271
<b>TRIBUNALE DI FIRENZE</b>	
Sez. 2 <sup>a</sup> civ., sent. 11 dicembre 2003, n. 3387 .....	» 319
<b>TRIBUNALE DE L'AQUILA</b>	
Ord. 23 ottobre 2003 .....	» 254
Ord. 29 novembre 2003, n. 1563 .....	» 268
<b>COMMISSIONE TRIBUTARIA DI 2° GRADO DI TRENTO</b>	
Sez. 3 <sup>a</sup> , sent. 18 maggio 1999, n. 100 .....	» 292

### 3 - INDICE DEGLI ARGOMENTI

ACCESSO E RISERVATEZZA – Improcedibilità per difetto d'interesse – Inammissibilità per mancata notifica ai controinteressati ( <i>T.A.R. Toscana, sez. 1<sup>a</sup>, 2 febbraio 2004 n. 266</i> ) .....	pag. 381
COMUNITÀ EUROPEE – Diritto alle ferie – Ferie collettive – Congedo di maternità – Direttive 93/104 art. 7 n. 1; 76/207 art. 5 n. 1; 92/85 art. 11 n. 2 lett. a) – Coincidenza periodo ferie e congedo di maternità – Differimento ferie – Applicazione norme nazionali più favorevoli in tema di durata delle ferie – Applicazione accordi collettivi ( <i>Corte di Giustizia CE, sez. 6<sup>a</sup>, 18 marzo 2004, nella causa C-342/01</i> ) .....	» 155
COMUNITÀ EUROPEE – Divieto di discriminazione dei lavoratori in base al sesso – Pensione di reversibilità – È retribuzione – Famiglia di fatto costituita da donna e da transessuale FTM – Impossibilità di rettifica del sesso anagrafico e di contrarre matrimonio – Ostatività alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo – Sussistenza – Relativo ostacolo al membro transessuale della coppia di ricevere la pensione di reversibilità – Discriminazione in base al sesso – Sussistenza – Condizioni ( <i>Corte di Giustizia CE, Plenum, 7 gennaio 2004, nella causa C-117/01</i> ) .....	» 137
COMUNITÀ EUROPEE – Quote latte – Denuncia di produzione – Autocertificazione del produttore – Sufficienza del controllo individuale ( <i>Corte di giustizia CE, sez. 6<sup>a</sup>, 25 marzo 2004, nella causa C-231/00 ed altre</i> ) .....	» 160
CONCORRENZA – Società – Concentrazioni – Controllo ( <i>T.A.R. Lazio, sez. 1<sup>a</sup>, 20 febbraio 2004 n. 1631</i> ) .....	» 337
CORTE COSTITUZIONALE – Lodo Schifani – Processi penali alte cariche dello Stato ( <i>Corte Cost., 13-20 gennaio 2004, n. 24</i> ) .....	» 299

CORTE DEI CONTI – Giudizio di responsabilità – Scelte amministrative – Limiti al sindacato giurisdizionale della Corte dei Conti ( <i>Cassaz., S.U. civili, 6 maggio 2003, n. 6851</i> ) .....	pag. 307
DEMANSIONAMENTO – Art. 2103 Cod. civ. – Perentorietà – Deroghe – Brevità del demansionamento – Esclusione ( <i>Cassaz., sez. lav., 25 febbraio 2004, n. 3772</i> ) .....	» 312
DIRITTO PROCESSUALE AMMINISTRATIVO – Motivi aggiunti – Inammissibilità del ricorso principale ( <i>T.A.R. Lazio, sez. 1<sup>a</sup>, 20 febbraio 2004 n. 1631</i> ) .....	» 337
DIRITTO PUBBLICO – Ambiente – VIA – Pubblicità – Raggiungimento dello scopo ( <i>C.d.S., sez. 6<sup>a</sup>, 30 gennaio 2004 n. 316</i> ) .....	» 329
DIRITTO PUBBLICO – Istruzione pubblica – Arredi – Questione di costituzionalità – Laicità dello Stato ( <i>T.A.R. Veneto, sez. 1<sup>a</sup>, ord. 14 gennaio 2004 n. 56</i> ) .....	» 271
DIRITTO PUBBLICO – Istruzione pubblica – Scuole – Arredi scolastici – Crocifisso ( <i>Tribunale de l'Aquila, ord. 23 ottobre 2003 e 29 novembre 2003, n. 1563</i> ) .....	» 268
DIRITTO TRIBUTARIO – IRPEF – Indennità di esproprio – Programma di alloggi di edilizia economica e popolare ( <i>Comm. Trib. 2<sup>o</sup> grado di Trento, sez. 3<sup>a</sup>, sent. 18 maggio 1999 n. 100</i> ) .....	» 292
EXTRACOMUNITARI – Art. 1, co. 8, lett. a), d.l. 195/02 – Divieto di revoca del provvedimento di espulsione – Fattispecie – Legittimità costituzionale ( <i>T.A.R. Toscana, sez. 1<sup>a</sup>, 2 febbraio 2004 n. 201</i> ) .....	» 377
GIUDIZIO CIVILE – Ricorso per Cassazione – Omessa motivazione – Prospettazione delle parti ( <i>Comm. Trib. 2<sup>o</sup> grado di Trento, sez. 3<sup>a</sup>, sent. 18 maggio 1999 n. 100</i> ) .....	» 292
MEDICI SPECIALIZZANDI – Remunerazione – Il Tribunale dichiara il difetto di giurisdizione dell'Autorità giudiziaria ordinaria ( <i>Trib. Firenze, sez. 2<sup>a</sup> civ., 11 dicembre 2003, n. 3387</i> ) .....	» 319
SITUAZIONE DI FATTO E DI DIRITTO E LEGITTIMITÀ DEL PROVVEDIMENTO – Applicabilità disciplina vigente al momento dell'adozione dell'atto – I fatti e le norme sopravvenuti non possono essere presi in considerazione ai fini dell'annullamento d'ufficio ( <i>T.A.R. Toscana, sez. 1<sup>a</sup>, 24 febbraio 2004, n. 522</i> ) .....	» 370
TEMPUS REGIT ACTUM E PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO – Disciplina applicabile al momento dell'adozione del provvedimento finale ( <i>T.A.R. Toscana, sez. 1<sup>a</sup>, ord. 25 novembre 2003, n. 1200</i> ) .....	» 369
TRATTATI E CONVENZIONI INTERNAZIONALI – Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo – Diritto allo svolgimento del processo in un termine ragionevole – Violazione – Indennità ex L. 89/01 – Prova del danno – Presunzione per il solo superamento del termine – Sussistenza ( <i>Cassaz., S.U., 26 gennaio 2004, n. 1339</i> ) .....	» 282
TRATTATI E CONVENZIONI INTERNAZIONALI – Liquidazione del danno – Misura – Obbligo del giudice di adeguarsi alla media dei risarcimenti accordati dalla Corte CEDU – Sussistenza ( <i>Cassaz., S.U., 26 gennaio 2004, n. 1338</i> ) .....	» 276

## 4 - PARERI

- A.G.S. – Comunicazione di servizio n. 12, prot. n. 6484 – Circolare n. 3, prot. n. 6493, del 19 gennaio 2004.**  
Direttiva in materia di produzioni documentali davanti al T.A.R. ed al Consiglio di Stato ..... pag. 383
- A.G.S. – Parere del 20 dicembre 2003, n. 144445.**  
Nozione di personale civile e militare in servizio all'estero ai sensi dell'art. 58 del d.P.R.200/1967 (*consultivo n. 11741/01, avvocato R. Tortora*) ..... » 384
- A.G.S. – Parere dell'8 gennaio 2004, n. 1141.**  
Se sussiste il diritto alla ripetizione delle spese sostenute dal dipendente qualora il giudizio di responsabilità amministrativa si sia concluso con sentenza che afferma il difetto assoluto di giurisdizione per avere il giudice contabile sindacato il merito dell'attività amministrativa (*consultivo n. 14654/03, avvocato P.U. Di Palma*) ..... » 385
- A.G.S. – Parere del 22 gennaio 2004, n. 8790.**  
Liquidazione spese di custodia – Opposizione – Se l'Amministrazione delle Finanze sia ancora legittimata dopo l'entrata in vigore del d.P.R. n. 115 del 2002 (*consultivo n. 13825/03, avvocato C. Sica*) ..... » 386
- A.G.S. – Parere del 23 gennaio 2004, n. 9544.**  
T.U. n. 490/99, art. 58 e segg. – Ampiezza dei vincoli storico-artistici con particolare riguardo a nuove opere autorizzate ricomprese nel perimetro vincolato (*consultivo n. 5265/03, avvocato M. E. Scaramucci*) ..... » 387
- A.G.S. – Parere del 9 febbraio 2004, n. 20036.**  
Decreto Legislativo 19 marzo 2001 n. 69, art. 50: conseguenze della retrodatazione di promozioni – Presupposti per le promozioni a generali di corpo d'Armata della Guardia di Finanza (*consultivo n. 5835/04, avvocato A. Linguiti*) ..... » 388
- A.G.S. – Parere dell'11 febbraio 2004, n. 21425.**  
Avvalimento da parte delle Amministrazioni dei Provveditorati Regionali OO.PP. in qualità di stazioni appaltanti – Onere delle spese di missione, indennità varie ed altro – Responsabile del procedimento – Alta Vigilanza (*consultivo n. 4444/02, avvocato M. Corsini*) ..... » 391
- A.G.S. – Parere del 13 febbraio 2004, n. 23358.**  
D.Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 – Attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (*consultivo n. 8229/03, avvocato P. Palmieri*) ..... » 395
- A.G.S. – Parere del 17 febbraio 2004, n. 25110.**  
D.P.R. n. 218/1978, artt. 101 e 105 – Esenzione IRPEG e ILOR delle imprese di nuova costituzione nei territori di cui all'art. 1 d.P.R. n. 218/1978 – Estensione (*consultivo n. 7994/03, avvocato M.L. Guida*) ..... » 398
- A.G.S. – Parere del 12 marzo 2004, n. 37959.**  
Possibilità di costituire una garanzia ipotecaria su apparecchio per il volo da diporto e sportivo (*consultivo n. 11889/03, avvocato F. Clemente*) ..... » 400

**A.G.S. – Parere del 23 marzo 2004, n. 43625.**

Richiesta di patrocinio da parte degli eredi di dipendente dell'Università  
*(affare legale n. 43064/03, avvocato A. Soldani)* ..... pag. 401

**A.G.S. – Parere del 1° aprile 2004, n. 48630.**

Legge 22 dicembre 1999, n. 512 – Istituzione Fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso – Surrogazione di cui all'art. 6, comma 4 *(affare legale n. 40782/03, avvocato G. Fiengo)* ..... » 402

**A.G.S. – Parere del 7 aprile 2004, n. 51314.**

Segretario comunale – Richiesta rimborso spese legali *ex art. 18* decreto legge n. 67/1997 convertito con legge 135/1997 *(consultivo 5597/03, avvocato I. Massarelli)* ..... » 404