

ANNO LVI - N. 3

LUGLIO-SETTEMBRE 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: *Giuseppe Arpaia – Federico Basilica – Barbara Bombaci – Ignazio Francesco Caramazza – Paola Ciriaco – Gianni Cortigiani – Giuliana Costantini – Valentina Di Vincenzo – Gianni Carlo Ferrero – Maurizio Iacono Quarantino – Claudio Paris – Vincenzo Rago – Emanuela Rosanò – Ilaria Sanasi*.

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

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

# INDICE – SOMMARIO

## TEMI ISTITUZIONALI

Ignazio Francesco Caramazza, <i>Le nuove frontiere della giurisdizione amministrativa (dopo la sentenza della Corte Costituzionale 6 luglio 2004 n.204)</i> . . . . .	Pag.	741
Vincenzo Rago, <i>Università degli studi: giudice amministrativo e ordinario concordano sul patrocinio esclusivo ed obbligatorio dell'Avvocatura dello Stato</i> . . . . .	»	769
Vincenzo Rago, <i>Il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato a favore delle Regioni a statuto ordinario</i> (Cassaz., S.U., sent. 29 aprile 2004 n.8211). . . . .	»	775

## IL CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

Oscar Fiumara, <i>Modifiche nel riparto di competenze fra Corte di Giustizia e Tribunale di primo grado delle Comunità europee</i> . . . . .	»	783
Federico Baslica, <i>La qualità della regolamentazione tra ordinamento internazionale e ordinamento nazionale</i> . . . . .	»	786
1. — <i>I giudizi in corso</i> . . . . .	»	795

## IL CONTENZIOSO NAZIONALE

Antonio Palatiello, <i>Ancora sul caso del Crocifisso</i> (Corte.Cost., ord. 15 dicembre 2004, n. 389) . . . . .	»	823
Ilaria Sanasi, <i>Fermo amministrativo: è sufficiente il fumus boni iuris del credito vantato dalla P.A.</i> (Cassaz., sez. trib., sent. 2 marzo 2004, n. 4219) . . . . .	»	836
Gianni Carlo Ferrero, <i>Sulle agenzie di disbrigo pratiche per gli stranieri</i> (Trib. civ. di Torino, sez. 1°, ord. 7 luglio 2004). . . . .	»	840
Paola Ciriaco, <i>Giurisdizione in materia di pubblico impiego: inammissibile il ricorso al T.A.R. per l'annullamento delle procedure di riqualificazione del personale all'interno della stessa area funzionale</i> (T.A.R. Lazio, Roma, sez. 2° ter, sent. 4 maggio 2004 n. 3757). . . . .	»	848
Maria Vittoria Lumetti, <i>L'attività amministrativa di valutazione: punteggio numerico e obbligo di motivazione</i> (T.A.R. Toscana, sez. 1°, sent. 20 aprile 2004 n. 1214 e 19 luglio 2004 n. 2649; C.d.S., sez. 4°, sent. 19 luglio 2004 n. 5175; T.A.R. Toscana, sez. 1°, ord. 9 settembre 2004 n. 924). . . . .	»	853
Maria Vittoria Lumetti, <i>La discrezionalità tecnica dell'amministrazione e il controllo del giudice amministrativo</i> (T.A.R. Toscana, sez. 1°, ord. 14 luglio 2004 n. 798). . . . .	»	864
Gianni Cortigiani, <i>Ancora sull'ICI nella concessione di arenili</i> (Comm. Trib. Reg. di Firenze, sez. 16°, sent. 7 settembre 2004 n. 9) . . . . .	»	871

I PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO. . . . .	»	875
---	---	-----

## CONTRIBUTI DI DOTTRINA

Giuseppe Arpaia, <i>Il divieto di arbitrato nelle controversie relative ad opere pubbliche di ricostruzione dei territori colpiti da calamità naturali, tra presunta abrogazione ed interpretazione autentica</i> . . . . .	»	905
Federico Baslica, <i>La Public Governance in Europa</i> . . . . .	»	910
Valentina Di Vincenzo, <i>Autorità indipendenti e tutela giurisdizionale</i> . . . . .	»	917
Maurizio Iacono Quarantino, <i>Dismissione del patrimonio pubblico: l'interpretazione autentica (mente ingiusta)</i> . . . . .	»	937
Maria Vittoria Lumetti, <i>I mobili confini tra vizio di merito ed eccesso di potere</i> . . . . .	»	945
Claudio Paris, <i>Accertamento della mancanza dello stato di insolvenza nel giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento</i> . . . . .	»	984
Emanuela Rosanò, <i>Il trattamento dei dati personali alla luce del d.lgs. 196/03 («Codice in materia di protezione dei dati personali»), in particolare le regole specifiche per i soggetti pubblici</i> . . . . .	»	1007

RASSEGNA AVVOCATURA DELLO STATO

SERVIZI INFORMATICI E STATISTICI

Barbara Bombaci, *Valore legale dell'archivio digitale*. . . . . » 1023

RECENSIONE

Federico Basilica, Stefano Sepe (a cura di), *Il linguaggio delle istituzioni pubbliche nei discorsi di insediamento presso l'Avvocatura dello Stato, il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti*, Scuola superiore della Pubblica Amministrazione, 2004. Recensione di GIULIANA COSTANTINI . . . . . » 1032

INDICI SISTEMATICI . . . . . » 1035

# TEMI ISTITUZIONALI

## **Le nuove frontiere della giurisdizione amministrativa (dopo la sentenza della Corte Costituzionale 6 luglio 2004 n. 204) (\*)**

*di Ignazio Francesco Caramazza*

### *I. Notazioni introduttive.*

La sentenza n. 204/2004 della Corte Costituzionale rappresenta un sofferto e lungamente meditato(1) sforzo di razionalizzazione e riduzione a sistema della tanto disordinata quanto profonda crisi di trasformazione attraversata dalla giustizia amministrativa italiana negli ultimi quattro anni del millennio da poco compiuto.

Ho detto crisi di trasformazione e non riforma perché una riforma postula un disegno unitario e coerente mentre, nella specie, si è assistito al confuso – anche se spesso sinergico – accavallarsi di iniziative assunte dai vari poteri dello Stato.

A dare il via fu il legislatore delegante della legge 15 marzo 1997, n. 59, che indicò fra i principi e criteri direttivi la «estensione della giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi compreso quello relativo al risarcimento del danno» in alcune materie, così superando un tabù più che secolare.

Seguì il legislatore delegato, con il D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80 che, nell'attuare la delega, devolvette alla giurisdizione esclusiva anche le tre nuove

---

(\*) Relazione tenuta al Convegno per il trentennale dei TT.AA.RR. svoltosi a Napoli in data 5-6 novembre 2004.

(1) V. CARBONE (in «*Il Waltzer delle giurisdizioni*» rigira e ritorna a fine Ottocento, in *Corriere giuridico* n. 9/2004) enumera ben 9 interlocuzioni soprassessorie della Corte rese attraverso ordinanze di inammissibilità e di restituzione degli atti per sopravvenuta normativa. Sintomatiche, fra tutte le ordinanze di inammissibilità della Corte Cost. n. 122 e 123 del 16 aprile 2002.

materie dei servizi pubblici, dell'urbanistica e dell'edilizia. Intervenero poi le Sezioni Unite della Cassazione con la celeberrima sentenza 22 luglio 1999, n. 500, che infranse il dogma della irrisarcibilità degli interessi legittimi, il Consiglio di Stato, con la pronuncia 30 marzo 2000, n. 1 dell'Adunanza Plenaria ed ancora, in dissonanza, le Sezioni Unite della Cassazione con le sentenze n. 71 e 72 del 30 marzo 2000.

Fu poi la volta della Corte costituzionale, che, con la sentenza 17 luglio 2000, n. 292, sanzionò un eccesso di delega nel decreto delegato n. 80/1998. Il Parlamento, infine, con la legge 21 luglio 2000, n. 205 (approvata in via definitiva dal Senato appena 48 ore dopo la pubblicazione della sentenza della Corte)(2), sostituendo, con modifiche, gli artt. 33, 34 e 35 del decreto delegato, eliminò ogni questione di eccesso di delega, ed estese la tutela risarcitoria a tutte le aree nelle quali il giudice amministrativo esercita giurisdizione.

Il risultato di questa convulsa stagione fu la fulminea accelerazione ed il compimento di tre tendenze evolutive che si erano andate lentissimamente e timidamente dipanando nell'arco di tre quarti di secolo, e precisamente:

- a) la trasformazione del criterio di discriminare fra le due giurisdizioni da quello della situazione tutelata a quello della materia;
- b) l'attribuzione al giudice amministrativo della tutela risarcitoria oltre a quella cassatoria in materia di giurisdizione esclusiva;
- c) la estensione della tutela risarcitoria ai pregiudizi derivanti dalla lesione degli interessi legittimi.

In relazione alle prime due sembra sufficiente ricordare come il legislatore della seconda metà del secolo scorso introducesse con continui e ripetuti interventi, nuovi casi di giurisdizione esclusiva (nella legge istitutiva dei TAR addirittura per «clausola generale») e la giurisprudenza attribuisse natura «esclusiva» a molti casi di giurisdizione innominatamente attribuita al giudice amministrativo. Quest'ultimo, poi, operò una lenta progressiva erosione del rigoroso divieto di intromettersi nei rapporti di dare ed avere.

La prima rottura fu il riconoscimento del diritto del dipendente pubblico alla percezione degli arretrati, poiché non consequenziali ma coesenziali con l'annullamento del licenziamento.

Corollario normativo del principio fu l'art. 26, comma 3, della legge istitutiva dei TAR che consentì al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, di condannare l'Amministrazione al pagamento di somme di cui risultasse debitrice (3).

---

(2) R. TISCINI, *La giurisdizione esclusiva*, in *Il processo davanti al giudice amministrativo*, a cura di B. Sassani e R. Villata, Torino, 2001, 327.

(3) A. ROMANO, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000 (epitaffio per un sistema)*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2001, 602 ss.

Giudice amministrativo e Cassazione riconobbero, poi, negli anni '80, fra i crediti retributivi del pubblico dipendente coessenziali con il rapporto e non consequenziali ad un annullamento, anche gli interessi corrispettivi e la rivalutazione monetaria.

Si realizzava dunque una lenta e progressiva crescita qualitativa e quantitativa della giurisdizione esclusiva, già giunta negli anni '90 del secolo scorso a sopravanzare statisticamente come numero di contenziosi quella di legittimità, il che comportava che il modello di processo sul rapporto tendesse ad informare di sé il modello di processo sull'atto e che il criterio di discriminare fra le giurisdizioni tendesse a spostarsi dalla situazione tutelata alla materia (4).

In relazione alla terza sarà sufficiente un accenno alla lenta ma inesorabile espansione, nell'arco del secolo scorso (e non solo certo in Italia), dell'istituto della responsabilità civile, specialmente nella sua dimensione aquiliana (5).

Per limitarci al nostro Paese basti ricordare, in sede di puro diritto civile, l'estensione dell'istituto, dapprima limitato alle lesioni dei soli diritti assoluti, ai diritti di credito, alle *chances*, alle aspettative e, in definitiva, a qualunque attentato all'integrità del patrimonio. In sede di diritto amministrativo si rammenti la – peraltro modesta – evoluzione compiutasi in materia di riviviscenza dei diritti degradati a seguito di caducazione dell'atto degravatorio, di illegittima ricompressione di diritti espansi di poi annullata, di interessi legittimi dichiarati eccezionalmente risarcibili in ossequio ad obblighi europei (art. 13 legge 19 febbraio 1992 n. 142) di interessi legittimi dichiarati risarcibili in leggi dall'efficacia sospesa e poi abrogate (6), in decreti legge non convertiti dopo varie reiterazioni (7) o in leggi recanti elaborazioni di principi e criteri direttivi mai attuati dalla normativa secondaria (8).

Inutile sottolineare come, rispetto a tali timide linee di tendenza lentissimamente evolute nell'arco di svariati decenni, il loro brusco e veloce completamento suggellato dal crisma legislativo sia stato avvertito come una violenta soluzione di continuità. Tanto più violenta, poi, in quanto accompagnata da una innovazione non preannunciata da alcuna sia pur timida avvisaglia, e cioè l'attribuzione al giudice amministrativo della tutela risarci-

(4) Per una completa ricostruzione della materia vedasi E. PICOZZA, *Il quadro normativo della giurisdizione esclusiva dall'avvento della Costituzione ad oggi*, in *Atti del XLIX Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2004, 63 ss.; R. GIOVAGNOLI, *Il contenzioso in materia di servizi pubblici*, Giuffrè, Milano 2004.

(5) A. DE VITA, *Al crocevia degli itinerari dei diritti europei*, in *Politica del diritto*, 2000, 537.

(6) Art. 32 comma 3 legge 11 febbraio 1994 n. 109, decreto legge 31 maggio 94 n. 331, legge 2 giugno 1995 n. 216 art. 9 *bis*.

(7) decreto legge 25 novembre 1995 n. 498, art. 8.

(8) Legge 15 marzo 1997 n. 59, art. 20, 5 comma, lett. *h*. Per una compiuta rassegna di tutte le ipotesi di cui sopra vedasi E. FOLLIERI, *Lo stato dell'arte della tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, in *Atti del XLIII Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1998, 55 ss. e V. Carbone, *Il waltzer delle giurisdizioni*, *cit.*

toria degli interessi legittimi. Le novità erano tante e tali da far dubitare più di un giudice della loro conformità a Costituzione, con conseguente devoluzione alla Corte della questione di legittimità costituzionale dell'art. 7 della legge 205/2000 sotto svariati profili.

La Corte ha risposto alle attese (lunghe, per vero) ed ha tentato di ricondurre a sistema gli istituti in esame facendo leva su due principi: anzitutto il valore formalistico del rispetto del testo della Carta costituzionale. Valore che rappresenta il rifugio più sicuro in tempi, quali i nostri, di incertezze istituzionali.

In secondo luogo, invocando il valore del dato storico, senza l'analisi del quale il nostro sistema di giustizia amministrativa sarebbe del tutto incomprendibile (9).

Si diceva nella Francia prerivoluzionaria che ogni «stato» dovesse contribuire alle guerre del regno con le sue specifiche potenzialità: e quindi la nobiltà con il suo sangue, la borghesia con il suo denaro ed il clero con le sue preghiere. Applicando il detto alla riforma della giustizia amministrativa compiutasi a cavallo fra secondo e terzo millennio potremmo dire che i vari organi dello Stato di essa coautori si sono divisi i compiti secondo quelle regole, portando nella riforma ciascuno le sue potenzialità e caratteristiche.

Cassazione e Consiglio di Stato hanno contribuito con la capacità innovativa e talvolta concorrenziale della loro giurisprudenza, il Parlamento con quella frettolosa improvvisazione che da molti anni a questa parte, purtroppo, caratterizza le sue leggi (10) e la Corte Costituzionale con il rigore della riconduzione a sistema del diritto vivente nel quadro formale della Carta repubblicana.

La sentenza della Corte in esame – che per la prima volta affrontava *ex professo* il problema (11) – non è certo al di sopra di ogni critica, come ogni opera dell'uomo, ma credo doveroso riconoscerle il merito di aver composto un complesso groviglio di regole a sistema formale offrendo all'interprete accorto gli strumenti per perfezionarlo ed affinarlo in relazione alle tante singole problematiche che emergeranno.

Si tratta in ogni caso di un *dictum* che rappresenta il diritto positivo e con cui, quindi, è necessario confrontarsi.

## 2. La sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004: l'approccio al problema.

La sentenza in esame affronta anzitutto una approfondita ricostruzione storica del sistema italiano di giustizia amministrativa, a partire dalla fondamentale legge abolitrice del contenzioso amministrativo (i cui principi fondamentali furono oggetto di «indispensabile riassorbimento» nella Costituzione) integrata, poi, dalla legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di

(9) A. ROMANO, *op. loc. cit.*

(10) V. CARBONE, *Dannosità e illegittimità dell'atto amministrativo prima della legge 205/2000 e della sentenza n. 292/2000 della Corte Costituzionale*, in *Corriere Giuridico* n. 9/2000.

(11) M. CLARICH, *La «tribunalizzazione» del giudice amministrativo evitata*, in *Giornale di diritto amministrativo* n. 9/2004.



Stato nel 1889. Legge, questa seconda, resa necessaria «dal modo» – assai restrittivo (n.d.r.) – «in cui era stata intesa» dalla giurisprudenza la legge del 1865.

Il diritto vivente nato da quella normativa aveva individuato il discrimine fra giurisdizione ordinaria ed amministrativa nella situazione tutelata e più precisamente nella dicotomia diritto soggettivo-interesse legittimo e la Costituzione repubblicana recepì tale criterio discrezionale legificando per la prima volta – ed anzi costituzionalizzando – l'interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva sostanziale, così attribuendogli una «durezza costituzionale» nuova (12).

La Costituzione recepì anche, in qualche modo, le due linee pur confliggenti di Calamandrei e di Mortati, fondate, l'una, sul mito ricorrente dell'unità della giurisdizione (che aveva ispirato tanto la riforma del 1865 quanto la legge del 1889) basata, l'altra, sulla necessità della conservazione della giurisdizione del Consiglio di Stato.

Come è noto, durante i lavori preparatori della Costituente, nella Commissione dei 75 e, poi, in sede plenaria prevalse, infatti, la tesi della conservazione delle giurisdizioni c.d. «storiche», anche se nel testo della Carta fondamentale compare una implicita enunciazione di unicità che costituisce quasi la proclamazione di un «valore fine» (13) da assumersi come meta tendenziale e futuribile e che sembra rappresentare solo un omaggio a quel mito ricorrente.

Nella ricostruzione storica di queste due matrici la Corte sottolinea la loro ambiguità di fondo (nascente dalla contrapposizione fra momento statico del principio posto dalla legge e momento dinamico del suo fraintendimento ad opera dell'interprete) ma non può esimersi dal riconoscimento del dato formale dell'interesse legittimo come oggetto naturale del giudizio amministrativo in sede di giurisdizione generale di legittimità per la tutela della giustizia nell'amministrazione.

Da ciò discende – sempre su di un piano rigorosamente formalistico – che poiché la giurisdizione esclusiva consente al giudice amministrativo di tutelare, oltre che gli interessi legittimi «anche... diritti soggettivi» ma solo «in particolari materie indicate dalla legge» ebbene tale giurisdizione non potrà essere legittimamente estesa a qualsivoglia materia ma solo a materia che formi oggetto primo della giurisdizione generale di legittimità.

Con riserva di ritornare più avanti sulle argomentazioni della Corte sembra anzitutto doveroso soffermarsi sul singolare processo storico che diede vita all'interesse legittimo attraverso un processo di continua eterogeneità di cui la sentenza in esame sembra rappresentare l'ultimo episodio.

---

(12) F. LORENZONI, *Commento a prima lettura della sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 5 luglio 2004*, in [www.federalismo.it](http://www.federalismo.it).

(13) G. SILVESTRI, *Unità della giurisdizione*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Giuffrè, Milano, 1988, III, 718.

La Corte, infatti, richiama tale processo come precedente storico essenziale alla comprensione dell'assetto costituzionale della giustizia amministrativa italiana ed appare quindi indispensabile fugare ogni dubbio in proposito.

3. *La genesi storica dell'interesse legittimo: a) la legge abolitrice del contenzioso amministrativo.*

La legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E, che, come è noto, abolì i Tribunali ordinari del contenzioso amministrativo, devolvendo alla giurisdizione ordinaria...» tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa» (conferendo altresì a quella giurisdizione il potere di disapplicare gli atti amministrativi illegittimi) non è sfuggita al bizzarro destino che è proprio di tante leggi in materia amministrativa: quello di provocare effetti paradossalmente opposti ai fini avuti di mira dal legislatore.

Il primo e più vistoso esempio di tale anomalia è addirittura quello delle leggi francesi, a cavallo fra '700 e '800, che costituirono la matrice prima del diritto amministrativo. Un diritto il cui nascere fu valutato da Alexis de Tocqueville (14) come espressione di dispotismo ed ebbe la funzione, secondo gli studiosi più accreditati, di fornire alla borghesia emergente nuovi manici per meglio maneggiare antiche mannaie (15).

Fatto si è, però, che da quelle leggi, che costruivano una «amministrazione senza giudice» seppe evolversi un sistema di giustizia amministrativa capace di fornire cospicue garanzie agli amministrati.

Il contrario sembra essere avvenuto per la legge italiana abolitrice del contenzioso amministrativo, riforma di schietto stampo liberale e «progressivo» e che segnò però, nei fatti, una perdita di tutela da parte degli amministrati rispetto al previgente sistema del contenzioso (16).

Sul punto, è noto, non tutte le opinioni concordano. Sembra, però – e tornerò sul punto poco più avanti – che così la *ratio* ispiratrice, come la *voluntas legislatoris* come la stessa lettera della legge avrebbero postulato una sua interpretazione in termini ben più liberali di quanto non sia accaduto nella realtà.

I Tribunali del contenzioso esistenti negli Stati italiani preunitari erano stati tutti ispirati al sistema francese introdotto nel periodo napoleonico (e non è certo un caso che i vari sovrani assoluti restaurati trovassero comodo adottare il nuovo strumento, benché figlio della Rivoluzione del 1789) ed il sistema piemontese – che più da vicino riguarda il nostro problema – non faceva eccezione.

Detti Tribunali si presentavano come un foro d'eccezione (o di privilegio) qualificato dalla natura, pubblica invece che privata, di una delle parti

(14) A. DE TOCQUEVILLE, *Scritti politici*, a cura di N. Matteucci, Torino 1969, I, 234 ss.

(15) M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, voce della *Enciclopedia del Diritto*, XII, 855.

(16) S. SPAVENTA, *La giustizia nell'amministrazione*, in *Codice della Giustizia amministrativa* (per cura dell'avv. Ranieri Porrini), Firenze, 1900, 29.

e dalla normativa regolatrice del rapporto e caratterizzato dal suo inserimento nel plesso dell'esecutivo e dalla carenza di quelle (pur imperfette) garanzie di indipendenza di cui godeva il giudice ordinario.

In tale situazione non sorprende che essi venissero considerati espressione di dispotismo amministrativo da sopprimere come tutti gli altri fori speciali del passato.

La spinta abolizionista – connaturata con l'ideologia liberale e caratterizzante, infatti, le rivoluzioni di metà secolo – precede d'altronde, e non di poco, l'unificazione. Già il progetto Galvagno del 2 dicembre 1850 (forse sotto l'influenza della costituzione di Francoforte del 1849) prevedeva *tout court* il passaggio al giudice ordinario di tutte le competenze del sopprimendo giudice del contenzioso amministrativo.

Sulla stessa linea il testo del Progetto Minghetti del 1862 che, all'articolo 2 (relazione Panattoni) (17), prevedeva: «appartengono... alla giurisdizione ordinaria tutte le questioni che fin qui erano conosciute e decise dai Consigli e Tribunali del contenzioso amministrativo».

L'approfondimento del problema portò presto però ad emersione la constatazione del fatto che nell'esercizio delle proprie competenze «per materia» i Tribunali del contenzioso conoscevano talvolta, per necessaria connessione connaturata a particolari settori dell'amministrazione, anche di atti discrezionali (di amministrazione cioè «pura», secondo la terminologia del tempo) e quindi tutelavano in tali casi interessi semplici oltre che diritti (18).

Da tale constatazione furono tratte due conseguenze: la prima si risolveva in una ulteriore ragione di soppressione dei Tribunali del contenzioso che o giudicavano di diritti – e prevaricavano allora sulla naturale competenza del giudice ordinario – o giudicavano di interessi ed invadevano allora la sfera riservata all'amministrazione attiva (19).

La seconda fu che, per rispetto al principio della divisione dei poteri, solo la materia dei diritti doveva essere devoluta al giudice ordinario.

Si arriva così alla formula dei «diritti civili e politici» del disegno che doveva diventare quella della legge abolitrice, accompagnata dal divieto di revoca e modifica degli atti amministrativi (ferma la cognizione degli effetti dell'atto in relazione all'oggetto dedotto in giudizio) e dal divieto di applicare atti e regolamenti se non conformi alle leggi. Legge ispirata, come è noto, ai principi contenuti nella Costituzione belga del 1831.

Sono ben conosciute le tante diverse opinioni in proposito. Da quella dei propugnatori della legge, Mancini per primo, che videro in essa il successo di un principio di libertà sul dispotismo amministrativo, a quella dei suoi oppositori contemporanei (Crispi, Rattazzi e Cordova, per tutti) che vi ravvi-

---

(17) Rel. 8 aprile 1862, *Atti parlamentari Camera dei Deputati*, Sessione 1861-1862, I Ed., 1080.

(18) M. MINGHETTI, Rel. al Progetto omonimo, *Atti ult. cit.*, Doc. n. 46, 2<sup>a</sup> ristampa, 79 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 76.

(19) Per tutti, P.S. MANCINI, *Discorso 9 giugno 1864*, *Atti parlamentari Camera dei Deputati*, I ed., Vol. dal 20 marzo al 29 giugno 1864, 5157.

sarono una operazione peggio che gattopardesca, in quanto volta non a conservare intatta ma addirittura a ridurre l'area delle garanzie del cittadino sotto le mentite spoglie di un apparente suo ampliamento («sotto colore di progredire si fa un regresso»)(20). Dalla storiografia classica, che vi ravvisa una riforma liberale tradita dai suoi interpreti ad alcuni recenti ripensamenti che vedono nella riforma del 1865 una scelta di campo in favore dell'amministrazione e delle sue prerogative; scelta di campo effettuata addirittura scontrando, con machiavellica preveggenza, le timidezze, i timori e le connivenze della magistratura e quindi la giurisprudenza che si sarebbe formata (21).

La mia opinione, che cercherò di illustrare adesso, è che sia da condividere l'ipotesi della riforma liberale tradita dai suoi interpreti.

Suole comunemente dirsi che il legislatore del tempo non avesse le idee chiare sul significato della locuzione «diritti civili e politici» sulla scorta dell'autorità del Cammeo, che parla appunto di «intenzioni non chiaramente spiegate» (22). L'affermazione del chiaro autore va però intesa, a me pare, solo con riferimento a qualche ambiguità lessicale ed in particolare ad una certa tendenza di alcuni parlamentari a qualificare gli interessi come «diritti minori» (23).

Il difetto di chiarimento attiene quindi solo ad un problema terminologico: chiarissima è invece la *voluntas legislatoris* nel senso di intendere la locuzione nella sua massima estensione possibile.

Così ad esempio il Mancini, parlando dei diritti politici, li definisce come quelli «che al cittadino sono assicurati dalla costituzione di un paese libero; la libertà individuale, la libertà di coscienza, la libertà di stampa, la libera associazione, il diritto della nazione di concorrere al voto delle imposte» (24), precisando anche come fossero comprensivi «di tutti i rapporti giuridici che si possono concepire in qualunque guisa esistenti fra i privati e la pubblica amministrazione» (25).

I membri della Commissione della Camera investita del Progetto, in particolare, erano tutti convinti che la formula «diritti civili e politici» equivallesse a quella «diritti di qualunque natura» (26). E se tale formula non era stata proposta, ciò era perché la Commissione «volendo appunto esonerarsi dal carico e dalla responsabilità dell'adozione di una nuova formula, che certo non è agevole, anzi fu a giudizio di molti sperimentata malagevolissima, preferì di quasi trascrivere nel suo progetto di legge gli articoli anzi-

(20) F. CRISPI, *ivi*, 2900-2901.

(21) S. SAMBATARO, *L'abolizione del contenzioso nel sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 1977, 64.

(22) F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d., I 434.

(23) G. MANTELLINI, *I conflitti di attribuzione*, Firenze, 1871, I, 34.

(24) *Atti ult. cit.*, Tornata del 9 giugno 1864.

(25) *Ivi*, Tornata del 16 giugno 1864.

(26) Relazione Borgatti, *ivi*, 2461.

detti della costituzione belgica e quindi di accettare una formula già compresa ed illustrata dalla giurisprudenza di un altro paese libero» (27) (giurisprudenza, come subito si vedrà, assai liberale).

La stessa opinione è fatta propria dal Cammeo, il quale afferma: «L'espressione *diritti civili e politici* doveva avere lo stesso significato che essa ha nell'art. 24 dello statuto e negli artt. 92 e 93 della Costituzione belga» (28).

Della stessa opinione il Mantellini, il quale sottolineò la liberalità della legislazione belga e l'intendimento dei legislatori italiani di adeguarsi a quella (29).

4. *Segue: b) l'interpretazione giurisprudenziale della legge 20 marzo 1865 n. 2248 All. E.*

Come è noto, la interpretazione che si consolidò nella giurisprudenza italiana fu invece assai più restrittiva e ridusse in confini molto angusti la tutela dell'amministrato nei confronti dell'amministrazione operando lungo tre direttive: la definizione dei diritti civili e politici, la delimitazione dei poteri di disapplicazione, la individuazione del criterio di riparto della competenza tra autorità giudiziaria e autorità amministrativa.

*b 1). I diritti civili e politici.*

I diritti civili e politici furono considerati, infatti, nella limitata accezione rispettiva di diritti a prevalente contenuto patrimoniale e di diritti di partecipazione al governo della cosa pubblica (30).

Quanto riduttiva questa visione rispetto a quella fatta propria dagli ispiratori della riforma e sopra ricordata e quanto riduttiva anche rispetto alla interpretazione che della stessa formula veniva data in Belgio (31) è inutile sottolineare. Fu persa allora un'occasione per la creazione di una categoria di diritti pubblici soggettivi capace di inglobare molte di quelle situazioni che saranno poi qualificate interessi legittimi (32).

Un'ulteriore riduzione fu poi talvolta operata con l'escludere dalla categoria dei diritti civili e politici le situazioni soggettive regolate da leggi amministrative (33): esclusione che né la lettera della legge né la *ratio* giustificavano. Dai lavori preparatori risulta infatti solo che era opinione di alcuni parlamentari che dalle leggi amministrative non potessero essere creati diritti ma solo precisata la natura ed il modo di essere di diritti da altre norme creati.

Lo stesso Mantellini, non certo sospettabile di corrività, sia pure prima di assumere la responsabilità di Avvocato Generale Erariale, scriveva che le

(27) Discorso di P.S. Mancini, *ivi*, Tornata del 9 giugno 1864.

(28) F. CAMMEO, *op. cit.*, I, 430.

(29) G. MANTELLINI, *op. cit.*, 23 e ss., 35 e ss. e *passim*.

(30) V. CERULLI IRELLI, *Il problema del riparto delle giurisdizioni*, Pescara, 1979, 16; F. CAMMEO, *op. cit.*, I, 431.

(31) G. MANTELLINI, *op. cit.*, I, 110 ss.; V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, 16.

(32) F. BENVENUTI, *Giustizia Amministrativa, Enciclopedia del Diritto*, XIX, 600.

(33) L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Roma, 1879, 77, 96, 99.

leggi «sebbene amministrative non cessano d'essere leggi per questo» e che se il contenzioso che ne deriva doveva essere lasciato all'arbitrio dell'Amministrazione attiva, «tanto valeva non fare la legge (34).

In realtà, – proseguiva lo scrittore toscano – la formula «diritti civili e politici» si riferisce a qualunque diritto, quale che sia la legge o il principio generale del diritto che ne è fonte, così come è nel Belgio «del quale si poteva rifiutare la formula nella legge del '65, non la giurisprudenza nella identica formula» (35).

*b 2). La disapplicazione.*

Quanto alla delimitazione dei criteri di disapplicazione dell'atto amministrativo, anche in questo caso, a fronte del generalissimo enunciato legislativo e della chiarissima *voluntas* emersa dai lavori preparatori, venne formandosi una giurisprudenza restrittiva. Nel suo discorso di replica, a nome della Commissione, fatto il 18 giugno 1864, il Mancini, richiamando ancora una volta l'autorità del precedente belga, citava il seguente passo del Bivort (36), relativo al commento dell'art. 107 della Costituzione del 1831 di quel Paese (da cui, come è noto, è mutuato l'art. 5 della legge abolitrice): «Questo articolo presuppone che un oggetto di competenza del potere giudiziario gli sia sottoposto e la relativa decisione dipenda dall'applicazione di un provvedimento del potere esecutivo. In questa ipotesi sia che il provvedimento sia deferito per azione diretta, sia che esso sia invocato per via di eccezione, sul quale punto l'articolo non distingue, esso autorizza il potere giudiziario a discutere e ad esaminare la legalità dell'atto; ma ciò al solo effetto, se non è conforme alla legge, di dichiararne l'inapplicabilità all'oggetto litigioso e di pronunciare su questo oggetto *conformement à la loi, comme si le provvedimento non esistesse*».

Pur in un quadro tanto poco suscettibile di interpretazioni restrittive come anche sottolineato dalla più autorevole dottrina (37) la giurisprudenza adottò il più rigoroso *self-restraint*, elaborando la teoria della disapplicazione dell'atto in via di sola eccezione, negandone invece la possibilità quando la illegalità dell'atto fosse dedotta in via diretta e principale, in quanto immediatamente lesiva di una posizione tutelata (38).

Tale impostazione che rendeva non tutelabile il diritto a fronte dell'atto amministrativo che lo ledeva gettava le basi di quella teoria della «degradazione» che doveva fiorire di lì a qualche tempo (39).

(34) G. MANTELLINI, *op. cit.*, I, 116.

(35) G. MANTELLINI, *op. cit.*, I, 110-113.

(36) B. BIVORT, *Commentaire à la Constitution de la Belgique*, cit. in CAMMEO, *op. cit.*, I, 435.

(37) F. CAMMEO, *op. cit.*, I, 437.

(38) G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, 76.

(39) A. BOTTO, *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi*, in *Atti del XLIII Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1998, 240.

*b 3). Il riparto delle competenze.*

Sul criterio di riparto delle competenze fra giurisdizione e amministrazione, infine, a fronte del chiaro dettato legislativo che poneva come linea discriminatrice la esistenza o meno di un diritto civile o politico, venne affermandosi il diverso e ben più limitato criterio della distinzione fra attività *iure gestionis* e attività *iure imperii* (40).

Di fronte alla prima soltanto, l'Autorità giudiziaria riconobbe la propria competenza, sulla scorta della considerazione che a fronte dell'atto autoritativo non potesse configurarsi alcun diritto.

Singularmente, una teoria nata nella vicina Francia per aumentare i poteri del giudice ordinario e consentirgli di sindacare alcune attività amministrative senza incappare nei rigori delle sanzioni penali comminate dalle leggi rivoluzionarie (41) veniva trapiantata in Italia con l'opposto effetto – attesa la ben diversa struttura del sistema di giustizia instaurato – di vedere limitati quei poteri in modo radicale.

Delle tre autolimitazioni che il giudice italiano si era imposto in quegli anni e di cui si è detto, quest'ultima era certo la più grave e significativa, riducendo la tutela del nostro concittadino di allora a quella già goduta, oltre un secolo prima, dai sudditi di molti regimi assoluti.

Di qui la necessità presto avvertita di un completamento della tutela dell'amministrato.

*5. Segue: c) l'esperienza belga.*

Sembra illuminante in proposito un parallelo con il caso del Belgio dalla cui normativa il legislatore del 1865 aveva tratto dichiarata ispirazione. Qualcosa di più, anzi, di una semplice ispirazione, in quanto gli artt. 2, 4 e 5 della legge abolitrice rappresentano, come si è visto, la quasi letterale trascrizione degli articoli 92, 93 e 107 della Costituzione belga del 1831, portata ad esempio dagli studiosi di allora – insieme con il sistema inglese – di una modernità e liberalità da contrapporsi all'autoritarismo del sistema francese, che contemplava ancora una «amministrazione senza giudice».

Orbene, la giurisprudenza belga, assai più liberale di quella italiana, interpretando in senso estensivo la formula «diritti civili e politici» permise al sistema di funzionare senza inconvenienti – o quasi – per più di un secolo. «Ogni giorno i Tribunali del Belgio risolvono questioni... di pubblico come di privato diritto» scriveva il Mantellini nel 1871 (42) e sono «costanti nel rifiutare applicazione agli atti amministrativi che appariscano non conformi

---

(40) Nonostante alcune diverse opinioni può affermarsi che fu quello il criterio generalmente seguito: cfr. G. VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901, Vol. III, 437, nota (1); adde M. NIGRO, *op. cit.*, 89; F. BENVENUTI, *op. loc. cit.*; F. BATISTONI FERRARA, *La difesa dello Stato in giudizio e la soluzione italiana*, in «*L'Avvocatura dello Stato*», Studio storico-giuridico per la celebrazione del centenario, Roma, 1976, 278 ss. Più in particolare vedasi *infra* § 6.

(41) M.S. GIANNINI e A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIX, 278.

(42) G. MANTELLINI, *op. cit.*, I, 25.

alle leggi...» senza aver da temere «censura dalla Cassazione che allorquando del regolamento e dell'atto pronunzino l'annullamento» (43). Tanto vero che le Corti belghe non ebbero difficoltà a condannare quello Stato a risarcire i danni causati da una inondazione artificialmente indotta dalle autorità militari per la difesa di Ostenda. Il confronto con il consimile caso italiano dell'argine del fosso Polesella e della sua diversa soluzione (44) è immediato.

È interessante notare in proposito come una polemica sulla sufficienza o meno della tutela offerta dal giudice unico sia sorta in Belgio a cavallo fra Ottocento e Novecento in coincidenza con una oscillazione della giurisprudenza di quella Cassazione, che, abbandonando le proprie tradizionali posizioni, aveva fatto propria, in alcune decisioni, la teoria francese degli atti d'impero come limite al sindacato del giudice ordinario (45).

Ne derivò una accesa disputa dottrinale e politica nel corso della quale venne proposta la reintroduzione in Belgio del Consiglio di Stato (46).

La crisi fu però superata con un deciso «ritorno alle origini» sotto la suggestione della dottrina del Wodon, che denunciò l'indulgenza agli schemi dottrinari francesi come incompatibile con la Costituzione belga (47). La Cassazione di Bruxelles infatti riaffermò decisamente la propria tradizionale giurisprudenza ripudiando l'idea della doppia personalità dello Stato sovrano e dello Stato persona civile ed affermando: «Argomentando sul principio della separazione dei poteri, a volte si perde di vista che in Belgio esso ha una portata del tutto differente da quella francese, e si confondono principi distinti... Il principio... consacrato dalle leggi della Rivoluzione, è stato interamente alterato dalla Costituzione belga... Obbligando i tribunali a non applicare i decreti ed i regolamenti generali se non in quanto siano conformi alle leggi, l'art. 107 li obbliga esattamente a quanto le leggi rivoluzionarie vietavano loro: cioè di disturbare in qualsiasi maniera le operazioni dei corpi amministrativi» (48). E ancora: «La Costituzione ha consacrato una teoria della «separazione dei poteri» che scorge una condizione della libertà politica nella separazione delle funzioni pubbliche in tre gruppi distinti ed indipendenti fra di loro, ma la medesima espressione serve anche a designare una regola assai antica del diritto francese, già ammessa ai tempi dell'assolutismo monarchico. Ai sensi di questa regola, è interdetto ai corpi giudiziari di giudicare le controversie in cui siano interessati lo Stato o le altre persone di diritto pubblico. Questa «separazione dei poteri», nata da un sentimento di

---

(43) G. MANTELLINI, *op. cit.*, I, 24.

(44) G. MANTELLINI, *op. cit.*, I, 26; Appello Venezia 21 maggio 1885, in *Foro Italiano* 1885, I, 377.

(45) M. SOMERHAUSEN, Belgio, in *Il controllo giurisdizionale della pubblica Amministrazione*, a cura di A. Piras, Torino, 1971, 31.

(46) M. BOURGUIN, *La protection des droits individuels contre les abus de pouvoir de l'autorité administrative en Belgique*, Bruxelles, 1912, *passim*.

(47) L. WODON, *Le controle juridictionnel de l'administration et la responsabilité des pouvoirs publics en Belgique*, Bruxelles, 1920, 81, 93.

(48) Cass. belga 5 marzo 1917 in *Pasicrisie*, 1917, I, 118.



sfiducia e di sfavore nei riguardi dei corpi giudiziari, che consentiva all'amministrazione di disporre sovranamente e senza ricorsi della persona e dei beni dei cittadini, non è stata consacrata dalla Costituzione belga. Al contrario, il regime che questa ha organizzato è ispirato ad un sentimento di sfiducia nei riguardi delle pratiche amministrative dei regimi anteriori e mira a porre i diritti privati al riparo degli attacchi dell'amministrazione e sotto la salvaguardia del potere giudiziario» (49).

«Una febbre maligna aveva colto la nostra giurisprudenza – commenterà l'Avvocato Generale Leclercq – La causa di questa malattia è facile a scoprirsi e Wodon l'ha segnalata» (50).

Nel Belgio occorre dunque arrivare agli ultimi anni del periodo fra le due guerre mondiali e quindi ad un momento in cui l'intervento della pubblica amministrazione nei vari settori si era fatto particolarmente esteso e penetrante perché venisse veramente avvertita la necessità di una integrazione della tutela del giudice ordinario con la introduzione di un giudice amministrativo fornito del potere di annullamento degli atti (51).

Di qui l'istituzione in Belgio, nel 1946, di un Consiglio di Stato, giudice amministrativo con potere di annullamento, ma non a competenza generale.

Sembra legittimo a questo punto concludere che se anche in Italia si fosse conservata l'interpretazione della legge abolitrice fatta propria dai giudici belgi – e che era oltretutto molto più aderente alla lettera della legge di quella riduttiva adottata – la tutela dell'amministrato sarebbe stata, quanto meno per molti decenni ancora, pienamente sufficiente; tutelando gran parte – se non la totalità – di quelli che sarebbero stati in seguito qualificati come interessi oppositivi e forse anche alcuni di quelli pretensivi a soddisfazione prerogolata e cioè praticamente la totalità dei rapporti nei quali emergeva, all'epoca, esigenza di giustizia nell'amministrazione.

#### 6. *Segue: d) la divaricazione italiana e la necessaria riforma del 1889.*

Il giudice italiano adottò invece, come si è visto, un orientamento assolutamente restrittivo: tanto restrittivo da rendere necessaria la riforma Crispi. Tale affermazione è peraltro esatta solo con riguardo alla seconda metà del quarto di secolo (1865-1889) in considerazione, periodo in cui l'esigenza di giustizia nell'amministrazione attraversò l'inverno del più profondo scontento.

Per contro, fiorì nel primo dodicennio successivo al 1865, la primavera di un orientamento giurisprudenziale quanto mai liberale.

Faccio riferimento in particolare ad una sentenza della Cassazione romana del 13 marzo 1876 (52), importante non solo in sé ma anche per il

(49) Cass. belga 5 novembre 1920, *ivi*, 1920, I, 239.

(50) M. SOMERHAUSEN, *op. cit.*, 34.

(51) M. SOMERHAUSEN, *op. cit.*, 35.

(52) Pubblicata in *Foro it.* 1876, I, 842.

fatto che la nota redazionale del *Foro italiano*, su cui è pubblicata, la chiosa come giurisprudenza pacifica e condivisa anche dalle Corti di Milano, Torino, Firenze e Napoli.

Recita dunque la massima:

«Chiunque da un provvedimento generale regolamentare dell'autorità amministrativa riceva danno può domandarne il risarcimento dinanzi l'autorità giudiziaria.

Così può dimandarlo il pristinaio, che abbia ricevuto qualche pregiudizio da un provvedimento del Comune, con cui venne fissata una tariffa obbligatoria del prezzo di vendita delle farine e del pane.

L'autorità giudiziaria investita della dimanda, riconosciuta l'irregolarità di un provvedimento non deve revocarlo, ma soltanto dichiarare la responsabilità dell'autorità amministrativa, di fronte alla prova del danno.

Fra i danni che i pristinai, nella specie sopraddetta, possono dimandare, si comprendono quelli derivanti dal pagamento per pretese contravvenzioni, o dalle limitazioni apportate alla loro industria, o da altre circostanze».

Una sentenza, dunque, pienamente in linea non solo con la coeva giurisprudenza belga, ma addirittura con il *révirement* italiano del 1999.

Manca soltanto l'affermazione di principio che sono risarcibili i danni derivanti da lesione di interesse legittimo: affermazione non fatta per l'ottima ed ovvia ragione che l'interesse legittimo a quel tempo non era ancora nato.

Doveva nascere di lì a poco e doveva nascere portando nel suo DNA una incompatibilità con la tutela risarcitoria che lo ha condizionato fino a ieri, tanto da indurre autorevole dottrina ad affermare ancora di recente: «se è risarcibile non è interesse legittimo» (53).

È stato argutamente detto che l'irrisarcibilità dell'interesse legittimo è frutto di un paralogismo alla don Ferrante di manzoniana memoria (54): aggiungerei che la nascita stessa dell'interesse legittimo come categoria giuridica e più precisamente come situazione giuridica soggettiva è frutto di un paralogismo di quel tipo.

Sia come sia, si è visto come a tale primo liberale orientamento succedette presto una prassi assai più restrittiva ed addirittura opposta.

Al formarsi e consolidarsi di tale giurisprudenza contribuì in misura rilevante e probabilmente determinante l'opera dell'Avvocatura erariale, istituita nel 1876 con il dichiarato intento di apprestare criteri difensivi unitari che concorressero all'elaborazione giurisprudenziale dei limiti oggettivi del sindacato del giudice ordinario sull'atto amministrativo ma in sintomatica coincidenza temporale con l'affidamento delle funzioni di giudice dei conflitti

---

(53) A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili sono diritti soggettivi*, in *Dir. Amm.* 1/1998, 1.

(54) S. GIACCHETTI, *La risarcibilità degli interessi legittimi e Don Ferrante*, in *Cons. di Stato*, 1997, II, 1471.

a quella Cassazione romana che aveva assunto fino allora orientamenti liberali e quindi come contropunta conservatrice per limitare le aperture di una legge troppo in anticipo sui tempi.

La tesi della responsabilità storica dell'Avvocatura erariale nel determinare la linea interpretativa restrittiva di cui si è detto fu apertamente enunciata, nell'infuocato dibattito parlamentare sulla legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato, dal sen. Pierantoni (genero del Mancini) il quale, opponendosi strenuamente al disegno, vedeva come unico vero rimedio alla insufficiente difesa degli amministrati una più esatta lettura, da parte del giudice ordinario italiano, della legge del 1865, una lettura conforme alla lettera della norma ed all'interpretazione datane dalla giurisprudenza belga di fronte ad analogo testo e, criticando la distinzione fra atti di gestione e atti di imperio, ammoniva gli onorevoli colleghi come tale interpretazione, fatta propria dal giudice italiano, fosse errata: «l'opera della Cassazione – precisò – fu spinta su questa via dall'Avvocatura erariale, forte istituto, prevalente nell'opera del potere amministrativo e giudiziario» (55). Naturalmente responsabilità storica non significa «colpa» in quanto non può certo rimproverarsi ad un avvocato di avere adottato una linea difensiva vincente.

Fin dall'inizio dell'attività, l'Avvocatura erariale elaborò la linea difensiva della distinzione fra atti di imperio e atti di gestione e della sindacabilità *incidenter tantum* dell'atto di imperio solo in via di eccezione e solo quando lo stesso atto aggiungesse al rapporto «politico» un «rapporto accidentale e contingente di natura civile» (56).

Particolare cura fu messa nello spingere quanto più avanti possibile la linea di difesa della negazione al giudice della *potestas iudicandi*, soprattutto in materia di responsabilità aquiliana, attraverso l'argomento che sotto le mentite spoglie di una pretesa risarcitoria si sindacava – inammissibilmente – l'emanazione o la mancata emanazione di un atto amministrativo: «Tanto fa chiedere la condanna del Sindaco quale Ufficiale di Governo a rilasciare il certificato di buoni costumi, quanto il chiedere la condanna del Sindaco a soddisfare al danno lamentato dall'attore per negatogli certificato» (57).

Questo scriveva l'Avvocato Generale nella sua relazione per l'anno 1882, così redigendo l'atto di nascita del paralogismo in base al quale qualche anno dopo, doveva nascere la categoria dell'interesse legittimo come situazione soggettiva mai tutelabile in via aquiliana, pur in presenza, all'epoca, di una clausola generale di responsabilità che non contemplava l'ingiustizia del danno come condizione della sua risarcibilità (art. 1151 c.c. 1865).

L'autorevolezza, l'esperienza organizzativa, l'uniformità di indirizzo difensivo, la grande capacità ed esperienza professionale si imposero ad una magistratura di varie matrici geo-culturali e la più restrittiva delle interpretazioni della legge del 1865 divenne «diritto vivente». Con palese capovolgimento

(55) *Atti parlamentari*, Senato del Regno, Discussioni, tornata del 20 marzo 1888, 1170.

(56) *Relazione dell'Avvocato Generale Erariale* per l'anno 1880, 49 ss.

(57) *Relazione dell'Avvocato Generale Erariale* per l'anno 1882, 6.

mento dei concetti ispiratori della riforma si affermò, quindi, la regola – come fu detto con quale pessimismo – che il punto di equilibrio fra principio di libertà e principio di autorità andava trovato nell'assioma che dove vi è esercizio di autorità non può esservi libertà.

All'Avvocatura può ascriversi dunque una responsabilità storica in ordine al consolidamento dell'interpretazione che della riforma Crispi costituì il presupposto. Sarebbe tuttavia errato ritenere che la sua opera avesse costituito anche una «controspinta» all'affermazione della «giustizia nell'Amministrazione».

Va invece osservato che, se da un canto, l'Avvocatura difendeva vittoriosamente i confini dell'area riservata all'esecutivo e come tale interdotta al sindacato del giudice ordinario, dall'altro, non mancava di denunciare vigorosamente la manifesta inadeguatezza del sistema di giustizia amministrativa, quale risultava dal «diritto vivente» così creato e di conclamare l'urgenza di apprestare adeguate forme di tutela per i cittadini, in particolare affidando al Consiglio di Stato il sindacato di legittimità sugli atti amministrativi.

Si arriva così alla cosiddetta controriforma Crispi.

«Cosiddetta» perché è noto come il legislatore del 1889, non intendesse affatto costituire una giurisdizione speciale (il che avrebbe minato «in radice» il principio della giurisdizione unica introdotto con la legge abolitrice del contenzioso): all'epoca, infatti, il concetto che «la fonte di giurisdizione è unica e che, di regola almeno debba essere esercitata dal solo potere giudiziario» dominava ancora tenacemente (58).

Il legislatore, in realtà, di fronte all'acuta insoddisfazione per le limitatissime garanzie che il «diritto vivente» offriva al cittadino nei confronti della pubblica Amministrazione, si trovò a dover risolvere un dilemma: o ampliare – eventualmente in via di interpretazione autentica – il numero delle situazioni soggettive tutelate dinanzi al giudice ordinario, disconoscendo i risultati giurisprudenziali raggiunti, come suggerivano alcuni, ovvero accettare per buono quel «diritto vivente» ed istituire un altro organo per tutelare situazioni diverse dai diritti. Una volta scelta tale seconda soluzione, fu gioco-forza accettare il postulato che ciò che andava tutelato per garantire la legalità nell'azione amministrativa, erano meri «interessi» e che di essi non avrebbe potuto conoscere che un organo incardinato nell'esecutivo. Così, infatti, si disse espressamente nella relazione alla legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato: «il nuovo istituto non è un tribunale giudiziario speciale o eccezionale, ma rimane nella sfera del potere esecutivo, da cui prende la materia e le persone che lo devono mettere in atto. È lo stesso potere esecutivo ordinato in modo da tutelare maggiormente gli interessi dei cittadini. Perciò, a differenza dell'antico contenzioso amministrativo, esclude ogni confusione di poteri costituzionali... è soltanto un corpo delibe-

---

(58) V. SCIALOJA, *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, in *Riv. Dir. Pubb.*, 1931, 417.

rante che il potere esecutivo forma con elementi scelti nel suo seno, come a sindacare dei suoi atti, e per mantenere la sua azione nei limiti della legalità e della giustizia» (59).

Il fatto che nella concezione del legislatore il nuovo istituto fosse un organo dell'Amministrazione consentì, peraltro, di attribuirgli un potere che giammai, all'epoca, sarebbe stato affidato ad un organo giurisdizionale, cioè quello di sospendere, annullare e revocare l'atto amministrativo, il che contribuì a far sì che la nuova Sezione, sapientemente guidata da quello stesso Silvio Spaventa che l'aveva così fortemente voluta, conquistasse ben presto il favore del pubblico, dimostrando che la tutela offerta «non cedeva, per indipendenza di giudizio, a quella che si poteva ottenere, per i diritti, dall'amministrazione giudiziaria ordinaria» (60).

La forza delle cose, comunque, non tardò a prevalere sull'involucro formale costituito dal legislatore, tant'è che la natura giurisdizionale della nuova magistratura fu pressoché immediatamente riconosciuta dalla giurisprudenza: già nel 1893, infatti, la Cassazione di Roma a sezioni unite, con sentenza 21 marzo 1893, n. 177 (61) statuiva che «la IV Sezione del Consiglio di Stato è stata investita dalle leggi 31 marzo 1889 e 1 maggio 1890 di una vera e propria giurisdizione, la quale ha pure il carattere speciale di fronte a quelle generiche assegnate all'autorità giudiziaria, donde l'ammissibilità del ricorso per incompetenza o eccesso di potere anche contro le decisioni della IV Sezione».

L'Avvocatura erariale svolse un ruolo non secondario per l'affermazione di tali principi ed il consolidamento del nuovo sistema impugnando le decisioni del Consiglio di Stato davanti alle sezioni unite della Cassazione ed affermandone, anche in relazione ai limiti soggettivi, la piena equiparazione alle sentenze dei tribunali (62).

Tirando le fila di quanto sin qui detto sembra potersi concludere che il giudice amministrativo in Italia trova paradossalmente la sua matrice in una normativa dettata in due riprese, nel 1865 e nel 1889-90, per negarne l'esistenza ed istituire, invece, in giudice unico il giudice ordinario.

Un noto teologo francese ricorderebbe, forse, con riguardo alla specie, che talvolta Dio si compiace di scrivere diritto su linee storte o, volendo leggere la vicenda in chiave laica, si potrebbe rammentare che non di rado la storia ricorre alle sue astuzie.

Fatto si è che se la ricostruzione storica sopra accennata è esatta, la nascita del giudice amministrativo in Italia si articola nei seguenti momenti:

1) soppressione del contenzioso amministrativo con devoluzione di ogni questione al giudice civile come giudice unico, sull'esempio dell'esperienza belga, a sua volta mutuata da quella anglosassone;

(59) V. SCIALOJA, *op. loc. cit.*

(60) F. BATISTONI FERRARA, *op. cit.*, 254.

(61) *Ne Il Foro it.*, 1893, I, 294.

(62) F. BATISTONI FERRARA, *op. loc. cit.*

2) applicazione della normativa in senso tanto restrittivo da postulare la necessità di una sua integrazione per la tutela di tutte le situazioni sottratte alla cognizione del giudice civile;

3) introduzione della integrazione-istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato sul presupposto che l'interpretazione della legge del 1865 fosse esatta e quindi con configurazione del nuovo rimedio come istituto puramente amministrativo per la tutela di semplici interessi;

4) rapidissima evoluzione della IV Sezione del Consiglio di Stato da organo di amministrazione in organo di giustizia;

5) razionalizzazione di tale ulteriore evoluzione con attribuzioni di una natura sostanziale agli interessi tutelati dinanzi al Consiglio di Stato.

Sintetizzando e schematizzando questa singolare eterogenesi alla quale l'Avvocatura erariale partecipò da protagonista in tutte le sue tappe, si potrebbe quindi dire che il diritto vivente formatosi – abbiamo visto come – nel quarto di secolo successivo al 1865 fu il tradimento di una riforma; che la istituzione della IV Sezione fu la razionalizzazione di quel tradimento; che la trasformazione della IV Sezione da organo amministrativo in organo giurisdizionale fu il tradimento di quella razionalizzazione; infine, che la creazione dell'interesse legittimo come situazione soggettiva sostanziale ancipite fra diritto ed interesse, secondo la nota prospettazione del Ranelletti, fu l'ulteriore razionalizzazione di quel secondo tradimento.

Infatti l'interesse legittimo, nato come espediente esegetico (63) per superare le aporie del sistema di giustizia creato dalle leggi del 1865 e del 1889 (o piuttosto della loro interpretazione) fu teorizzato come situazione giuridica soggettiva sostanziale unitaria sulla scorta del seguente sillogisma: se alla IV Sezione doveva riconoscersi natura giurisdizionale e se l'interesse davanti ad essa fatto valere poteva essere protetto denunciando uno qualunque dei tre vizi di incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere, occorre allora riconoscere che la riforma del 1889 aveva attribuito natura giuridica a situazioni diverse al tempo stesso dal diritto civile e politico e dall'interesse semplice, materiale, economico (64).

L'argomento appare discutibile in sé e comunque condizionato dal postulato della situazione giuridica soggettiva come «prodotto immutabile della ragione» (65) e sembra esatta la definizione dell'interesse legittimo come «figura nata per dare un fondamento sostanzialistico al criterio di riparto fra le giurisdizioni» (66).

Unica certezza, nella «informe creatura» nata da tanto travagliata gestazione, era la assoluta incompatibilità con essa, come si è visto, della tutela risarcitoria.

---

(63) F. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi della giustizia amministrativa*, in *Studi di Giustizia amministrativa*, Torino, 1967, 8.

(64) O. RANELLETTI, *cit.* in B. SORDI, *op. cit.* 271-272.

(65) L. MENGONI, *Diritto e Politica nella dottrina giuridica*, Iustitia, 1974, 337 ss.

(66) V. CAIANIELLO, *Relazione di sintesi al 43° Convegno di Studi di scienza dell'Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1998, 322.

Una incompatibilità talmente spiccata da trasmettersi anche al suo giudice naturale, cui è stato sempre negato, fino al 1997, il potere di somministrare tale tutela anche quando, in via eccezionale, conosceva di diritti soggetti, risolvendosi in una vera e propria idiosincrasia.

### 7. Il Privilegio dell'Esecutivo.

D'altronde l'allergia del potere esecutivo al sindacato giurisdizionale non deve sorprendere e se in Italia tale allergia si è manifestata in maniera più marcata che in altri Paesi e, soprattutto, è durata più a lungo deve però osservarsi che essa si iscrive in una tendenza generalizzata.

In Francia lo spirito dell'Editto di Saint Germain del 1641, secondo il quale le corti giudiziarie erano state istituite dal sovrano soltanto per rendere giustizia fra i sudditi, con interdizione «di conoscere qualsiasi affare possa concernere lo Stato, la sua amministrazione o il suo governo» sopravvisse, infatti, alla rivoluzione, i cui testi fondamentali in materia così recitano:

*legge 16-24 agosto 1790, art. 13:* «Le funzioni giudiziarie sono distinte e resteranno sempre separate dalle funzioni amministrative. I giudici non potranno, a pena di trasgressione della legge, disturbare, in qualsiasi maniera, le operazioni dei corpi amministrativi, né citare dinanzi a sé gli amministratori, a causa delle loro funzioni».

*Decreto 16 fruttidoro anno III:* «Divieto reiterato viene fatto ai giudici di conoscere degli atti amministrativi, di qualsiasi specie essi siano, a pena delle sanzioni di diritto».

Bisognerà aspettare, come è noto, il 1872 per l'istituzione oltralpe di un giudice amministrativo.

La stessa celebrata Inghilterra, nella quale pur vigeva, fin dal XIII secolo, il principio enunciato da Bracton «*Rex non debet esse sub homine sed sub deo et sub lege, quia lex facit regem*» ha registrato, al contrario, la opposta prassi imposta dalla massima «*The King can do no wrong*», in base alla quale fu negata la configurabilità di una responsabilità contrattuale della Corona fino al *Petition of Right Act* del 1860.

Quanto alla responsabilità aquiliana della Corona, essa fu introdotta nell'ordinamento inglese solo nel 1947, con il *Crown Proceedings Act*. Prima di esso il danneggiato poteva far valere solo la responsabilità personale dei funzionari responsabili dell'illecito (anche se lo Stato forniva, di fatto, ai propri dipendenti assistenza legale ed economica) (67).

Non deve quindi sorprendere che nell'Italia di metà Ottocento – certo non comparabile al Regno Unito per libertà civili e politiche – fosse tanto forte il timore di affidare ai giudici, anche nei confronti dell'esecutivo quel formidabile strumento di controllo che è l'istituto della responsabilità, specialmente nella sua dimensione aquiliana.

La dottrina dell'epoca, dopo aver teorizzato addirittura – per la penna del Mantellini – la incompatibilità logica della responsabilità con la sovranità (68) ripiegò poi su posizioni difensive via via più arretrate.

(67) H.W.R.WADE, *Administrative Law*, VI ed., Oxford, 1988, 809 ss.

(68) A. QUARANTA, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Roma, 1972, 161.

La storia della progressiva erosione dei privilegi della pubblica Amministrazione in materia di responsabilità tanto contrattuale quanto aquiliana è ben nota.

In particolare, in materia aquiliana, la difesa dello Stato in giudizio sostenne all'inizio vittoriosamente la tesi della inconfigurabilità di una responsabilità aquiliana nascente da atti posti in essere *iure imperii* dalla pubblica Amministrazione. Tesi dalla quale nacquero come corollari due dogmi: quello della irrisarcibilità degli interessi legittimi e quello della impossibilità per il giudice amministrativo di fornire tutela risarcitoria, neanche quando, in via di eccezione, fosse chiamato a conoscere, in particolari materie di diritti soggettivi.

Il singolare processo storico che condusse in Italia all'*unicum* mondiale di un sistema di giustizia amministrativa fondato su due ordini di giurisdizioni, ordinaria e amministrativa, la cui competenza si determina in funzione non della materia giudicabile ma della situazione soggettiva tutelata aveva condotto quindi a questa singolare conseguenza (valida fino alla fine del secolo scorso): che l'interesse legittimo, in quanto situazione soggettiva a cui si contrappone l'Amministrazione nella sua veste autoritativa, non era risarcibile e che quindi il giudice amministrativo, in quanto giudice naturale di quell'interesse e per conseguenza dell'Amministrazione nella sua veste autoritativa, non poteva somministrare in nessun caso tutela risarcitoria.

8. *La sentenza della Corte Costituzionale 204/2004: lessico, ratio decidendi e statuizioni.*

«*Sur des pensers nouveaux, faisons des vers antiques*»: la chiave della poetica di Andrea Chenier torna alla mente leggendo la sentenza della Corte, che ha affrontato il nido di rovi di un problema di costituzionalità intersecato dalle mille complesse sfaccettature di un sistema giuridico deistituzionalizzato. La Corte ha ricomposto il *puzzle* con un linguaggio antico e rassicurante, fatto di proposizioni che sono poche, brevi e chiare. Quelle proposizioni, per intenderci, che avevano usato i padri fondatori, basate su lineari contrapposizioni: attività *iure imperii* – attività *iure gestionis*; diritto soggettivo – interesse legittimo.

Il che non pare si risolve, come pure autorevolmente è stato detto (69), nella pretermissione di concetti necessari per l'equilibrio del sillogisma giudiziale, quanto piuttosto in un recupero di quelle essenziali caratteristiche che devono avere così i precetti di legge come i pronunciati del giudice delle leggi, nella sua funzione di legislatore negativo.

Essenziali caratteristiche purtroppo spesso dimenticate che sono la generalità e l'astrattezza così del precetto normativo del legislatore come per speculare riflesso del pronunciato caducatorio del legislatore negativo, e quindi delle premesse e delle conclusioni del suo sillogisma.

---

(69) S. GIACCHETTI, *Giurisdizione esclusiva, Corte Costituzionale e nodi di Gordio*, in [www.giurisprudenza.it/documenti/Igiacchetti.ht](http://www.giurisprudenza.it/documenti/Igiacchetti.ht).



Le proposizioni generali ed astratte, soprattutto se «poche, brevi e chiare», come ammoniva Campanella ne «*La città del sole*», sono d'altronde prezioso ed insostituibile aiuto all'interprete per la risoluzione di ogni caso concreto, mentre le farraginose e pletoriche previsioni diluite in lunghi elenchi lasciano inevitabilmente, nelle loro pieghe, vuoti incolmabili e contraddizioni irrisolubili.

Si dà il caso, d'altronde, che, a ben guardare, con le sue locuzioni di sapore antico la Corte abbia saputo comporre a sistema conforme a Costituzione un assetto della giustizia amministrativa italiana assolutamente nuovo ed assolutamente allineato (o allineabile) – quanto meno *quoad substantiam* – ai sistemi monistici dell'Europa continentale ed agli standard dell'Unione Europea.

Con i suoi «versi antichi» la Corte ha quindi espresso veramente dei «pensieri nuovi».

Si è già accennato all'inizio della relazione come, ad avviso della Corte, il Costituente non abbia lasciato al legislatore ordinario piena discrezionalità nell'individuare le materie da attribuire alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in quanto tali materie debbono essere scelte fra quelle in cui detto giudice esercita giurisdizione generale di legittimità. Cioè materie in cui l'Amministrazione pubblica opera autoritativamente.

L'affermazione richiama terminologicamente (e non a caso) i dibattiti che dettero vita al giudice amministrativo e non sembra meritare le critiche di illogicità che le sono state rivolte. Si è osservato, infatti, da parte di alcuni commentatori, che laddove vi è esercizio di autorità vi sarebbero esclusivamente situazioni di interesse legittimo (70), con conseguente inutilità della previsione di una giurisdizione esclusiva.

Sembra agevole replicare che vi sono materie in cui l'Amministrazione opera sia autoritativamente che pariteticamente con conseguente presenza di diritti e di interessi, anche se non legati in quel famoso «nodo gordiano» che se figura nei lavori dell'Assemblea costituente non figurò mai nei lavori preparatori del R.D. n. 2840 del 1923 (71).

Non sono quindi sufficienti – secondo la Corte – né un generico interesse pubblico né, tanto meno, la partecipazione dell'Amministrazione al giudizio per legittimare la giurisdizione del giudice amministrativo, che è giudice naturale della pubblica funzione autoritativamente esercitata.

La «clausola generale» così enunciata non è certo caratterizzata da un alto tasso di specificità e qualche dubbio può sorgere per tutte le zone grigie fra autoritativo e paritetico che sono molte più di quante non conoscesse fino a non molto tempo fa la nostra giuspubblicistica tradizionale e che vanno,

---

(70) Per tutti A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena ma non è più esclusiva*, in *Giornale di diritto amministrativo* n. 9/2004.

(71) A. ROMANO, *Il quadro normativo della giurisdizione esclusiva sino all'avvento della Costituzione*, in *Atti del XLIX Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2004, 42 ss.; A. POLICE, *op. loc. cit.*

esemplificativamente e non esaustivamente, dall'attività degli enti privati di interesse pubblico, a quella delle società per azioni con personalità giuridica di diritto pubblico o a prevalente partecipazione statale, a quella del privato concessionario di opere pubbliche(72). Spetterà naturalmente al legislatore, all'interprete ed in definitiva alla Corte apprezzare di volta in volta le situazioni, senza dimenticare le valutazioni di tipo sostanzialistico che sembrano aver fatto una volta per tutte tanto il legislatore comunitario (per quanto riguarda gli «organismi di diritto pubblico») quanto il legislatore nazionale, con l'art. 6 della legge 205/2000, non toccato dalla Corte, quanto, infine, la stessa Corte Costituzionale, in precedenti sentenze(73) e addirittura nella stessa sentenza in esame, nella quale si afferma che il pubblico potere autoritativo può essere esercitato anche «mediatamente e cioè avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici» (§ 3.4.3).

Dalla piana enunciazione della regola come sopra descritta dalla Corte discende la declaratoria di illegittimità della indiscriminata estensione della giurisdizione alla materia dei servizi pubblici sulla base di un generico pubblico interesse di settore e per di più con la elencazione (esemplificativa!) di controversie alcune delle quali a carattere tipicamente paritetico.

Singolare e piuttosto inusuale appare, però, il marcato carattere di manipolazione che la sentenza assume nella riscrittura della norma caducata(74): riscrittura probabilmente meditata e voluta per evitare vuoti normativi o dubbi.

La successiva statuizione caducatoria contenuta nella sentenza e conseguente ai principi enunciati ha per oggetto i «comportamenti» dell'Amministrazione in materia urbanistica ed edilizia, in quanto i comportamenti, per definizione, non costituiscono esercizio, nemmeno mediato, di pubblico potere.

Restano perciò fuori dalla giurisdizione amministrativa le azioni possessorie e di nunciazione e le controversie concernenti la occupazione usurpativa(75), mentre qualche dubbio sorge per quella acquisitiva(76) per la quale probabilmente l'interprete dovrà affrontare più articolato discorso.

A corollario delle statuizioni sui limiti della discrezionalità del legislatore ordinario nella individuazione della materia di giurisdizione esclusiva la Corte ha affermato un ulteriore principio, dichiarando infondata la questione facente leva sulla violazione dell'art. 111 Costituzione.

---

(72) S. GIACCHETTI, *op. ult. cit.*; A. PAJNO, *Giurisdizione esclusiva ed «arbitrato» costituzionale*, in *Giornale di diritto amministrativo* n. 9/2004.

(73) Sentenza 28 dicembre 93 n. 466, in *Giur. cost.* 1993, 3829.

(74) R. GAROFOLI, *La nuova giurisdizione in tema di servizi pubblici dopo Corte Costituzionale 6 luglio 2004 n. 204*, in *Lex Italia.it* n. 7-8.2004.

(75) V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 5 luglio 2004*, in *www.federalismo.it*.

(76) F. SAITTA, *Tanto tuonò che piovve: riflessioni (d'agosto) sulla giurisdizione esclusiva ridimensionata dalla sentenza costituzionale n. 204/2004*, in *www.lexitalia.it/articoli/saittaf204.htm*; G. VIRGA, *Il giudice della funzione pubblica*, in *Lex Italia.it* nn. 7-8.2004.

Avevano osservato i giudici remittenti che la devoluzione al giudice amministrativo di controversie anche attinenti a profili meramente obbligatori, avrebbe minato in radice il principio secondo il quale spetta alla Corte di Cassazione di assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, nonché l'unità del diritto oggettivo nazionale.

Essendo le sentenze del Consiglio di Stato non ricorribili in Cassazione per violazione di legge, grave sarebbe stato il rischio secondo i remittenti di contrasti irrimediabili fra i due plessi giurisdizionali, articolati oltre tutto, con violazione del principio di uguaglianza, l'uno su tre gradi di giudizio e l'altro su due.

La Corte ha risolto la questione con la ovvia quanto esatta considerazione che finché la devoluzione di materie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è conforme a Costituzione risulterà conforme a Costituzione anche la loro sottrazione alla nomofilachia della Corte di Cassazione *ex art. 111 della Costituzione stessa*.

A ciò potrebbe aggiungersi una ulteriore considerazione.

Nel contesto delle attribuzioni della Cassazione, come individuate dall'art. 65 Ordinamento giudiziario, occorre infatti distinguere quelle afferenti all'uniforme interpretazione della legge da quelle – nomofilattiche in senso proprio – volte ad assicurare l'esatta osservanza della legge stessa.

Storicamente, la funzione di nomofilachia si rapporta essenzialmente all'esigenza di natura politica di salvaguardare il principio della separazione tra poteri. Il principio cioè della «custodia delle leggi» secondo la terminologia positivista francese dalla «ribellione dei giudici».

Esatta osservanza della legge, significa dunque in termini moderni rispetto da parte di tutti i giudici (ordinari, amministrativi, contabili e speciali) del limite esterno della giurisdizione, rispetto che il Costituente del 1947 ha demandato alla funzione di garanzia della Suprema Corte, facendo propria l'accezione di «nomofilachia» adottata dai costituenti francesi settecenteschi (77) con affermazione di principio confermata dal legislatore costituzionale del 1999, che ha ritenuto pienamente compatibile il limite di sindacabilità delle decisioni del giudice amministrativo e contabile ad opera della Cassazione con i principi del giusto processo.

Fin qui la *pars destruens* della sentenza che ha sottratto al giudice amministrativo la cognizione di situazioni paritarie come i rapporti debito-credito correlati all'erogazione di servizi pubblici e meri comportamenti (78) e che sembra difficilmente criticabile e, tutto sommato, di modesta portata in termini generali.

Serie preoccupazioni desta però, in termini particolari, la questione delle controversie incolpevolmente instaurate dinanzi ad un giudice ormai retroattivamente privato della sua giurisdizione, per la quale non opera la *perpetua-*

---

(77) P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, Milano, 1920, III, 395 ss.; A. PIZZORUSSO, *Corte di Cassazione*, in *Enc. Giur. Treccani*).

(78) M. CLARICH, *op. cit.*

tio di cui all'art. 5 c.p.c. (79) (*perpetuatio* di cui ha probabilmente fatto una molto implicita applicazione Cass. SS.UU. 17 giugno - 24 settembre 2004 n. 19.200).

Tutti coloro che abbiano chiesto giustizia al giudice amministrativo sulla base di precetti normativi dichiarati incostituzionali – per limitarsi all'ipotesi più immediata – devono infatti affrettarsi a riproporre le domande dinanzi al giudice ordinario sempreché non sia maturata *medio tempore* la prescrizione e comunque, in ogni caso, con aggravio di spese e di tempo (e questo a tacere della miriade di casi più complessi che possono sorgere per effetto di ipotesi intertemporalmente regolate dall'originario decreto delegato) (80). Sembra quindi necessario in proposito un urgente intervento del legislatore per la previsione di forme agevolate di *translatio iudicii* (81).

Oltre alla *pars destruens* la sentenza contiene, poi, anche una *pars construens*: *pars construens* che appare di assai maggiore momento per la definizione delle nuove frontiere della giurisdizione amministrativa, nonostante si risolva, per generale opinione, in un *obiter dictum* (82).

La Corte ha precisato, infatti, che la dichiarazione d'incostituzionalità non investe in alcun modo – nonostante i rimettenti ne adducano il disposto a sostegno delle loro censure – l'art. 7 legge n. 205 del 2000, nella parte in cui (lett.c) sostituisce l'art. 35 d.leg. n. 80/1998: il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova «materia» attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della Pubblica Amministrazione.

La statuizione è di fondamentale importanza: importanza non certo diminuita dalla sua natura di *obiter dictum* per due ordini di ragioni.

Innanzitutto perché si tratta di un *obiter dictum* assai particolare, in quanto, come ha sottolineato la stessa Corte, i giudici remittenti avevano a lungo invocato il relativo disposto a sostegno delle loro censure, qualificando il risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo come «materia nuova» attribuita al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva in maniera «indiscriminata e generale» e quindi al di fuori del criterio di «particolarità» che deve presiedere alla individuazione delle materie di giurisdizione esclusiva (83). Se di *obiter dictum* si tratta è comunque, quindi, un *obiter dictum* strettamente connesso con la *ratio decidendi* ed anzi ad esso legato da un vero e proprio nodo gordiano.

---

(79) F. SAITTA, *op. cit.*

(80) R. GIOVAGNOLI, *Il contenzioso in materia di servizi pubblici, cit.*, 29 ss.

(81) S. GIACCHETTI, *op. ult. cit.*

(82) Per tutti M. CLARICH, *op. cit.*

(83) P. CARPENTIERI, *La sentenza della Consulta 204/2004 e la pregiudiziale amministrativa*, in *Urbanistica e appalti* 10/2004.

In secondo luogo va osservato che nella prassi di tutte le Alte Corti di questo mondo gli *obiter dicta* di oggi sono le *rationes decidendi* di domani: la legittimità costituzionale della spettanza al giudice amministrativo della tutela risarcitoria degli interessi legittimi può quindi ritenersi dato ormai acquisito al sistema.

Tale opzione della Corte appare particolarmente significativa perché dal punto di vista letterale entrambe le soluzioni erano possibili: quella adottata poggia, infatti, sulla base della costituzionalizzazione dell'interesse legittimo come figura soggettiva sostanziale pienamente tutelata e quindi meritevole della tutela risarcitoria oltre che di quella cassatoria e conformativa, secondo la lettera dell'art. 24 della Costituzione.

Quella opposta avrebbe potuto essere sostenuta sulla base della qualificazione normativa del risarcimento come «diritto patrimoniale consequenziale», locuzione che è tradizionalmente usata nella disciplina delle materie assoggettate alla giurisdizione esclusiva (84) e la sufficienza del rimedio cassatorio in sede di giurisdizione generale di legittimità avrebbe potuto essere argomentata sulla base della configurazione della giurisdizione amministrativa come giurisdizione su atti *ex art.* 113 della Costituzione.

Nella scelta, deve avere ovviamente pesato l'accento posto dalla Corte sulla rinverdità centralità dell'interesse legittimo come situazione sostanziale e come naturale oggetto della cognizione del giudice amministrativo.

Deve aver pesato probabilmente anche la considerazione di tipo «politico» sulla maggiore attitudine del giudice amministrativo a somministrare una tutela risarcitoria che, in caso di lesione di interessi legittimi, è solo eventuale.

Come si è sopra accennato, infatti, quella dell'interesse legittimo è una categoria creata «*in vitro*», una creatura artificiale dalla multiforme natura, un contenitore dapprima riempito quasi esclusivamente da interessi oppositivi, cui poi si sono aggiunti interessi pretensivi a soddisfazione preregolata, interessi pretensivi a soddisfazione discrezionale, interessi partecipativi, interessi strumentali e così via. Orbene, se in alcuni dei casi menzionati, in caso di lesione dell'interesse, il danno risarcibile è *in re ipsa* oppure è evidentemente assente, in altri la valutazione della sua esistenza e consistenza richiede prudenti giudizi prognostici che solo l'esperienza dei ruotismi amministrativi consente di formulare, con conseguente elettiva competenza del giudice amministrativo.

L'opzione della Corte costituzionale conferma comunque l'esattezza della tesi della pregiudizialità della pronuncia cassatoria rispetto alla pronuncia risarcitoria, già fatta propria dalla giurisprudenza amministrativa (85).

---

(84) C. VARRONE, *La nuova disciplina processuale*, in *Verso il nuovo processo amministrativo*, Commenti alla legge 21 luglio 2000 n. 205 a cura di V. Cerulli Irelli, Torino, 2000, 36.

(85) Cons. Stato, Ad. Plen. 26 marzo 2003, n. 4.

### 9. Considerazioni conclusive.

I rivolgimenti di fine millennio della giustizia amministrativa erano stati salutati dai commentatori in vario modo. Il tema dominante e largamente prevalente era comunque quello di un *requiem* per l'interesse legittimo, destinato a dissolversi nel diritto soggettivo con la perdita della funzione di discriminare delle giurisdizioni, ormai assolta dal criterio delle materie o dei «blocchi di materie» (86).

L'anomalo sistema «dualistico» italiano (in cui cioè il contenzioso della pubblica Amministrazione è conosciuto da due distinti giudici, a seconda della situazione soggettiva dedotta in giudizio) – si diceva – ha finalmente perso la sua anomalia e si avvia a diventare monistico, come accade in tutti gli altri stati d'Europa, nei quali uno solo è il giudice della pubblica Amministrazione: quello ordinario (ed unico) nei paesi a sistema di *common law* e quello amministrativo nei paesi a sistema di *civil law*.

L'evoluzione della giustizia amministrativa italiana sembrava incamminata lungo una via di omogeneizzazione soprattutto indotta, in realtà, dal diritto dell'Unione Europea che non conosce gli interessi legittimi e con il quale appare soprattutto incompatibile la loro irrisarcibilità, tradizionalmente sancita nel nostro ordinamento.

Non a caso una delle prime e più sostanziose soluzioni di continuità legislativa nel principio di irrisarcibilità fu indotta da una direttiva europea (legge 19 febbraio 1992 n. 142 art. 13).

La via prescelta dal legislatore del 1997-2000 per realizzare tale risultato di omogeneizzazione fu quella di accentuare al massimo una tendenza già manifestatasi in maniera sempre meno timida in tutto il secondo cinquantennio del secolo trascorso (87), cioè l'espansione dell'area della giurisdizione esclusiva, sulla base di una ritenuta insussistenza di limiti costituzionali posti in materia al legislatore (88).

Come si è visto la Corte è andata in diverso avviso ed ha delimitato con chiarezza quali siano, in proposito, i limiti del potere discrezionale del legislatore. Limiti, peraltro, tanto poco costringenti – soprattutto se si considera quanto spazio lasci all'interprete una locuzione quale «materia nella quale la pubblica Amministrazione esercita un potere autoritativo» – da consentire al legislatore ordinario di affidare, in sede di giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo italiano tutta l'area di competenza che il sistema francese affida al suo giudice amministrativo.

Giudice che pure è, pacificamente e tradizionalmente, giudice «dell'Amministrazione» e non «nell'Amministrazione».

Anche nel diritto francese, infatti, quando l'Amministrazione «*n'use pas les prerogatives de puissance publique et se met en civil*», cioè agisce *ius privae*

(86) M. CLARICH, *op. cit.* e dottrina ivi citata.

(87) Per una completa elencazione di tutta la legislazione in materia vedasi E. PICOZZA, *Il quadro normativo della giurisdizione esclusiva dall'avvento della Costituzione ad oggi*, cit. 63 ss.

(88) Cons. Stato, Ad. Plen., ord. 1/2000 cit.

torum (89), la giurisdizione è del giudice ordinario. Lo stesso dicasi per i comportamenti, qualificabili come «*voie de fait*» (90), cioè i comportamenti senza potere.

Sarà appena il caso di aggiungere che, naturalmente, le giurisprudenze nazionali potranno divergere nel qualificare quali attività siano da considerarsi *iure gestionis* e quali comportamenti siano da qualificare «senza potere». D'altronde, anche a livello nazionale, come è noto, non vi è concordia sul punto, fra Cassazione e Consiglio di Stato.

L'importante è che tutta l'area astrattamente disegnata dal nostro legislatore negativo come costituzionalmente sottratta alla giurisdizione amministrativa corrisponda concettualmente a quella pure sottratta ad essa nel più classico e tradizionale modello di giustizia amministrativa monistica continentale: quello francese.

Il paragone diventa ancora più calzante ove si pensi all'acquisto da parte del giudice amministrativo italiano della tutela risarcitoria in materia così di diritti come di interessi. Il che realizza un totalizzante contenzioso «di piena giurisdizione».

In realtà la sostanziale anomalia italiana nel quadro europeo della giustizia amministrativa non era tanto quella formalmente più evidente del discrimine delle giurisdizioni basato sulla dicotomia diritto-interesse legittimo quanto quella sostanziale del doppio tabù della irrisarcibilità dell'interesse legittimo e della negazione della tutela risarcitoria in sede di giustizia amministrativa, con conseguenti dinieghi di giustizia o, nella migliore delle ipotesi, necessità di defatiganti ricorsi successivi ai due ordini giurisdizionali.

Il secondo tabù fu infranto dal legislatore delegante del 1997 (91). Il primo dalla Cassazione del 1999 (92). Il legislatore del 2000 (93) si limitò – se mi si passa la colloquiale espressione – a fare «due più due». Se il giudice amministrativo somministra anche tutela risarcitoria e se la lesione dell'interesse legittimo può causare danno risarcibile, ebbene al giudice amministrativo spetterà la relativa pronuncia.

La Suprema Corte, quindi, nel momento in cui capovolgeva un'ultracentenaria giurisprudenza (ritornando però, come si è visto, ad un proprio originario liberale orientamento) lavorava per un Re di Prussia acuartierato a Palazzo Spada (94).

In definitiva e per concludere, nella sentenza 204/2004 della Corte Costituzionale la *pars construens* appare di portata ben maggiore della *pars destruens*.

---

(89) C.DEBBASCH, *Science administrative Administration publique*, Dalloz, Parigi, 1980, 713.

(90) C.DEBBASCH, *op. cit.*, 712.

(91) Legge 15 marzo 1997 n. 59.

(92) Cass. SS.UU. 22 luglio 1999 n. 500.

(93) Legge 21 luglio 2000 n. 205.

(94) Forse non del tutto inconsapevolmente: vedasi l'ultimo capoverso del § 12 della motivazione della sentenza 500/1999.

Con essa il giudice amministrativo ha perso «qualche pezzo marginale di giurisdizione» (95), oltretutto poco congruente, come si è visto, con la sua natura e tradizioni, restandogli acquisita, per converso, una tutela risarcitoria a 360 gradi.

Di più: resta affermato che il legislatore ordinario potrà espandere la giurisdizione esclusiva a tutte le materie in cui la pubblica amministrazione eserciti (anche) potere autoritativo. Cioè a tutte le materie che tradizionalmente costituiscono la tipica sfera di competenza del giudice amministrativo continentale e questo mi pare soddisfi pienamente l'istanza di omologazione europea.

Finalmente, dopo quasi un secolo e mezzo di travagliato percorso, il sistema italiano di giustizia amministrativa si avvia a diventare monista (anche se di un monismo diverso da quello originariamente voluto).

La cosa più singolare – ma questo conferma che il paradosso è l'essenza della storia della nostra giustizia amministrativa – è che per giungere a questo risultato, che dà alla giurisdizione amministrativa italiana una pienezza di poteri comparabile a quella delle omologhe giurisdizioni continentali, la Corte Costituzionale ha fatto leva sulla costituzionalizzazione dell'interesse legittimo.

Cioè su di un istituto nato come «arma di guerra» (96) brandita dall'Esecutivo per difendere i propri privilegi dalle insidie del controllo giurisdizionale.

È proprio vero che, come diceva Ennio Flaiano, nelle vicende italiane la via più breve fra due punti non è la linea retta ma il ghirigoro.

---

(95) M. CLARICH, *op. cit.*

(96) M. NIGRO, *Ma cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, V, 470.



## **Università degli studi: giudice amministrativo e ordinario concordano sul patrocinio esclusivo ed obbligatorio dell'Avvocatura dello Stato**

Merita di essere segnalata questa recentissima decisione del Consiglio di Stato che, confermando un principio che più volte è stato affermato dalla giurisprudenza della Cassazione, ha ritenuto che «Le università rientrano nel novero degli enti pubblici che fruiscono del patrocinio legale dell'Avvocatura dello Stato, con conseguente domiciliazione legale presso la stessa, in relazione ai ricorsi giurisdizionali proposti contro le università medesime (art. 56 r.d. 31 agosto 1933, n. 1592 (testo unico sull'istruzione superiore) e 43 r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611 (testo unico sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello stato)», precisando, altresì che «Tale regola trova applicazione anche dopo la riforma universitaria in senso autonomistico di cui alla legge n. 168/1989.»

La sentenza, respingendo l'appello della parte privata avverso la pronuncia del TAR che aveva dichiarato inammissibile il ricorso di primo grado, perché notificato all'Università presso la sua sede legale e non, come dovevasi, presso la competente Avvocatura dello Stato, ha respinto perché inammissibile anche il ricorso in appello, ugualmente notificato presso la sede dell'Università, vizio questo che avrebbe potuto essere sanato solo dalla costituzione dell'Avvocatura, nella specie non avvenuta (cfr. C.d.S., Sez. VI, 18 ottobre 1993, n. 741; 22 dicembre 1983, n. 911).

Il ragionamento del Consiglio di Stato si è fondato sull'applicazione del combinato disposto dell'art. 56, r.d. 31 agosto 1933, n. 1592, secondo cui «le università ....possono essere rappresentate e difese dall'Avvocatura dello Stato nei giudizi attivi e passivi ... sempreché non trattasi di contestazioni contro lo Stato» e dell'art. 43, t.u. 30 ottobre 1933, n. 1611, così come modificato dall'art. 11 della legge 3 aprile 1979, n. 103, che ha aggiunto tre commi al detto art. 43, il primo dei quali dispone che «qualora sia intervenuta (per legge o per regolamento o per d.p.c.m.) di cui al primo comma la rappresentanza e la difesa nei giudizi (delle amministrazioni non statali o di enti sovvenzionati) ...sono assunte dall'Avvocatura dello Stato in via organica ed esclusiva, eccettuati i casi di conflitto di interessi con lo Stato o con le regioni».

Il Consiglio di Stato, in particolare, ha interpretato queste norme nel senso che le università «non esulano dal novero delle amministrazioni dello stato e sono conseguentemente rappresentate in giudizio ope legis dall'Avvocatura dello Stato e presso di questa deve essere notificato il ricorso giurisdizionale amministrativo» (cfr. anche Cass., sez. I, 26 gennaio 2001, n. 1086).

Del resto, il giudice amministrativo ha più volte avuto modo di chiarire che «il riconoscimento dell'autonomia universitaria a seguito degli artt. 6 e ss., legge 9 maggio 1989, n. 168 (istitutiva del ministero dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica) non ha fatto venire meno la regola, già stabilita dall'art. 56, citato, della domiciliazione legale delle università presso l'Avvocatura dello Stato», sia perché il ridetto art. 56 non è stato né espressamente né tacitamente abrogato dalle norme successive, sia perché «la riconosciuta auto-

nomia universitaria non ha in alcun modo toccato né la natura pubblica delle università, né la regola del patrocinio (obbligatorio) dell'avvocatura erariale» (Cons. Stato, Sez. VI, 16 febbraio 2002, n. 958; 22 novembre 1993, n. 908).

La decisione in esame ha giustamente ribadito un principio che l'Avvocatura ha più volte difeso, con grande decisione, specie in questi ultimi anni, nei quali le regole in materia di patrocinio esclusivo dell'Avvocatura dello Stato a favore degli enti pubblici da essa difesi sono state in alcuni casi derogate.

Si pensi a tutti i casi nei quali l'Avvocatura ha «*perso*», per espressa volontà del legislatore, il patrocinio di enti pubblici, in corrispondenza peraltro – del mutamento di natura di tali enti, divenuti soggetti privati (art. 10, D.L. 1° dicembre 1993, n. 487, per l'ente poste italiane; art. 8, co. 5, legge 21 dicembre 1996, n. 665, relativo alla trasformazione dell'azienda autonoma di assistenza al volo per il traffico aereo generale; art. 1, co. 4, D.lgs. 9 luglio 1998, n. 283, per l'ente tabacchi italiani, tutti casi ricordati anche dal Consiglio di Stato).

Ovvero ad alcune prassi in cui le norme sul patrocinio esclusivo sono state interpretate in maniera non rigorosa (ad esempio, affiancamento della Avvocatura dello Stato a professionisti del foro libero, scelta «episodica» di affidamento del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato da parte di Regioni a Statuto ordinario che abbiano scelto di avvalersi in via esclusiva del patrocinio della Avvocatura dello Stato o di soggetti che fruiscano del patrocinio autorizzato).

Queste brevi note sono l'occasione per confermare le caratteristiche specifiche del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato che, così come è stato precisato nella nota circolare dell'Avvocato Generale n. 46 del 26 settembre 2002 «sono quelli della organicità ed esclusività (art. 43, 3 comma R.D. 1611/1933), consistenti, rispettivamente, nello stabilirsi col rapporto di patrocinio di un rapporto di medesimezza organica col soggetto patrocinato, sicché nell'ambito di tale rapporto il soggetto patrocinato è rappresentato per ogni profilo senza necessità di specifico mandato dalla Avvocatura dello Stato, e nella impossibilità di affidare il proprio patrocinio a legale diverso dall'Avvocatura dello Stato o di affiancare all'Avvocatura dello Stato altro legale (art. 5/1, comma R.D. 1611/1933 e 43/4, comma R.D. 1611/1933).

Ambedue i sottolineati caratteri hanno la loro ragion d'essere nella esigenza di unicità e coerenza di indirizzi che potrebbero venir compromessi dalla eventualità o di approntare, di volta in volta, per svolgere scelte di gestione processuale, specifiche direttive, o di svolgere difese non coerenti con gli indirizzi generali di istituto conformi alla tutela generale dei pubblici interessi necessariamente informata a criteri di uniformità interpretativa ed applicativa della legalità.» (si vedano Cass. 1086/2001, già citata, C.d.S., Sez. II n. 2025/1986, Corte dei Conti, deliberazione 1432/1984).

In un recente, articolato parere, l'Avvocatura ha ribadito il carattere esclusivo del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato nei confronti delle università, precisandosi espressamente che anche in giurisprudenza «anche dopo l'entrata in vigore della legge 186/1989 è stato costantemente ribadito che «ai sensi dell'56 del r.d. 31 agosto 1933, n. 1592 e dell'art. 43 del decreto rettorale 30 ottobre 1933, n. 1611, come modificato dall'art. 11 della legge 3 aprile 1979, n. 103, la rappresentanza e difesa in giudizio di un'università degli studi statali, ove non

sussista conflitto con lo Stato e con le regioni, spetta «*ope legis*» all'Avvocatura dello Stato, mentre può essere affidata ad un difensore del libero foro in forza di apposita e motivata delibera da sottoporre agli organi di vigilanza» (cfr. tra le tante Cass. Sez. Lav. n. 13292 del 27 novembre 1999 e n. 7649 del 10 agosto 1997) ove si consideri che «le università statali, al pari degli altri istituti statali di istruzione superiore, costituiscono organi dello Stato muniti di personalità giuridica, essendo inseriti nell'organizzazione statale» (Cass. 13292/1999 *cit.*),

Le conseguenze sono, oltre che la nullità della notificazione della citazione compiuta presso la sede dell'università e non «dell'Avvocatura dello Stato» (Cass. n. 8877/1997), come sopra specificato, l'applicazione delle regole del c.d. foro erariale (artt. 9 e 25 cpc) (Cass. Sez. 1, n. 61 del 2 marzo 1994; Cass., Sez. Lav. n. 13292/1999 *cit.*), nonché la insussistenza dell'obbligo di avere uno specifico mandato difensivo o una delibera di affidamento del patrocinio, valido in via generale per il patrocinio dell'Avvocatura (Cass., SS.UU. n. 10894 del 7 agosto 2001; n. 484 del 21 luglio 1999; C.d.S. Sez. IV n. 1 del 14 gennaio 1997, sez. VI, sez. IV, n. 607 del 13 maggio 1996, Sez. VI n. 482 del 12 ottobre 1982) ai sensi del combinato disposto degli articoli 1, secondo comma, 43 e 45 testo unico 30 ottobre 1933, n. 1611.

Solo eccezionalmente e previa delibera motivata è prevista la possibilità del ricorso ad avvocati del libero foro (Cass. Sez. I n. 2410 del 7 marzo 1991; Cass. n. 1086/1991 *cit.*).

Nel corso degli ultimi anni alcune Università, argomentando erroneamente dalla riconosciuta autonomia statutaria, hanno previsto la possibilità di avvalersi, in aggiunta o in alternativa al patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, anche di legali del proprio Ufficio legale interno o di avvocati del Foro libero (ad esempio l'art. 53 dello statuto dell'Università G. D'annunzio di Chieti dispone che «il Consiglio di amministrazione può deliberare l'affidamento ad un difensore libero professionista della rappresentanza e difesa in giudizio dell'università»; l'art. 2 punto 6 dello statuto dell'Università La Sapienza di Roma ha previsto la possibilità di stabilire «in base a valutazioni discrezionali di opportunità e convenienza se avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato ovvero di professionisti del libero foro», con grave rischio che i giudici affermino la nullità delle attività processuali compiute in violazione delle regole sul patrocinio obbligatorio ed esclusivo dell'Avvocatura dello Stato.

Alla luce delle considerazioni che precedono, non si può non osservare come le disposizioni statutarie citate siano pericolose, tenuto conto che il principio di esclusività del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato a favore di tutte le Amministrazioni pubbliche da essa difese, in vigore da un centinaio di anni, ha garantito, da una parte il rispetto del principio di economicità dell'attività amministrativa (il patrocinio dell'Avvocatura è, come noto, gratuito) sia la «certezza» del diritto processuale per coloro che agiscono in giudizio contro le università, sia ancora una uniformità di indirizzo interpretativo per ciò che concerne tutte le Amministrazioni pubbliche difese, con conseguente garanzia per i diritti dei cittadini (c.d. funzione nomofilattica dell'Avvocatura dello Stato).

*Avv. Vincenzo Rago*

Si riporta una breve rassegna di alcune decisioni della Cassazione, citate nella nota.

**Corte di Cassazione, sez. 1, sent. 1086 del 26 gennaio 2001.** «*Ai sensi degli artt. 56 del r.d. 31 agosto 1933, n. 1952 (testo unico sull'istruzione superiore) e 43 del r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611 (testo unico sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato), come modificato dall'art. 11 della legge 3 aprile 1979, n. 103, la rappresentanza e difesa in giudizio di un'università degli studi statale, ove non sussista conflitto con lo Stato o con le regioni, spetta «ope legis» all'Avvocatura dello Stato, mentre può essere eccezionalmente affidata ad un difensore del libero Foro in forza di apposita e motivata delibera, da sottoporre agli organi di vigilanza.*»

**Corte di Cassazione, sez. L, sent. 13292 del 27 novembre 1999.** «*Le università statali, al pari degli altri istituti statali di istruzione superiore, costituiscono organi dello Stato muniti di personalità giuridica, essendo inseriti nell'organizzazione statale; ne consegue che la causa di lavoro in cui sia convenuta una università statale rientrano, per il grado di appello, nella competenza del tribunale del luogo ove ha sede l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato nel cui distretto fu pronunciata la sentenza impugnata senza che possa influire, in contrario, la circostanza che per il primo grado del giudizio, svoltosi in luogo diverso dalla sede dell'indicato ufficio, l'Avvocatura dello Stato abbia, in applicazione dell'art. 2 del r.d. n. 1611 del 1933, rilasciato ad un avvocato del libero Foro esercente nel circondario ove si è svolto il giudizio medesimo la delega per la rappresentanza in giudizio dell'amministrazione (nel caso di specie l'avvocato del libero foro era stato presente nel giudizio di primo grado unitamente con l'avvocato dello stato ma la comparsa di costituzione in giudizio risultava sottoscritta da quest'ultimo con il professionista locale indicato come "domiciliatario")*».

**Corte di Cassazione, sez. 1, sent. 8877 del 10 settembre 1997.** «*La domiciliazione legale presso l'Avvocatura dello Stato, giusto disposto dall'art. 1 della legge 25 marzo 1958, n. 260 (sostitutivo dell'art. 11, primo comma, del r.d. n. 1611 del 1933), deve ritenersi carattere peculiare indistinto di tutte le amministrazioni statali, comprese le università (statali), che costituiscono organi dello Stato dotati di personalità giuridica, la cui rappresentanza e difesa in giudizio spetta, pertanto, «ope legis», a detta avvocatura (salvo il caso in cui la difesa non sia stata eccezionalmente affidata ad un difensore del libero foro, all'esito di apposita e motivata delibera da sottoporre agli organi di vigilanza) con conseguente nullità della notificazione di un atto di citazione compiuta presso la sede dell'università, e non dell'Avvocatura dello Stato*».

**Corte di Cassazione, sez. L, sent. 7649 del 18 agosto 1997** «*Ai sensi degli art. 56 r.d. 31 agosto 1933, n. 1592 (t.u. sull'istruzione superiore) e 43 r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611 (t.u. sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato), come modificato dall'art. 11 legge 3 aprile 1979, n. 103, la rappresentanza e difesa in giudizio di un'università degli studi statale, ove non sussista conflitto con lo stato o con le regioni, spetta «ope legis» all'Avvocatura dello Stato, mentre può essere eccezionalmente affidata ad un difensore del libero foro in forza di apposita motivata delibera*».

**Corte di Cassazione, sez. 1, sent. 147 del 10 gennaio 1996.** «*Al fine dell'opposizione tardiva prevista dall'art. 650 cod. Proc. Civ. per la legittimazione alla quale l'opponente è onerato della prova del vizio della notificazione del decreto e del nesso di causalità tra tale vizio e la mancata conoscenza del decreto stesso – la irregolarità della notifica consistente nell'esecuzione di questa direttamente all'amministrazione od agli enti ad essa al fine equiparati, anziché agli stessi presso la (competente) Avvocatura dello Stato, fa presumere sia detta mancata conoscenza che la ricollegabilità della stessa al vizio di notifica*».

**Corte di Cassazione, sez. 1, sent. 2061 del 2 marzo 1994.** «*Le università statali, al pari degli altri istituti statali di istruzione superiori, costituiscono organi dello Stato muniti di personalità giuridica, essendo inseriti nell'organizzazione statale; ne consegue che le cause in cui sia convenuta una università statale rientrano nella competenza del giudice del luogo ove ha sede l'ufficio dell'avvocatura dello stato nel cui distretto si trova il giudice che sarebbe competente secondo le norme ordinarie.*»

Nello stesso senso infine si è espressa la più autorevole ed accreditata dottrina in materia, la quale ha espressamente osservato che: «l'autonomia delle università sussiste nei limiti delle leggi dello stato» e dalla legge n. 168 non sembra possa desumersi un'abrogazione

implicita di quanto statuito dal t.u. n. 1611 del 30 ottobre 1933 e del r.d. n. 779 dell'8 giugno 1940 per quanto concerne le università (cfr. VINGIANI e SANTORO, *L'ordinamento universitario*, Appendice 1999, 379).

**Circolare n. 46 del 26 settembre 2002, prot. 17465.**

«(Omissis) Oggetto: *Patrocinio dell'Avvocatura dello Stato.*

1. — Il recente infittirsi di occasioni nelle quali questo Generale Ufficio ha dovuto rilevare che la disciplina del patrocinio della Avvocatura dello Stato non è stata interpretata ed applicata in modo conforme ai suoi principi fondamentali suggerisce di evitare episodici e singoli interventi rettificativi e di esporre invece in forma generale quali siano i possibili casi di riconoscimento del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato e come tale patrocinio possa essere svolto.

Come è noto la principale e fondamentale ipotesi di patrocinio dell'Avvocatura dello Stato è stata prevista in favore delle Amministrazioni dello Stato (art. 1/1 comma R.D. 1611/1933) nonché delle Regioni a Statuto speciale delle Province Autonome di Trento e Bolzano (L. 196/1978 art. 59 per la Valle d'Aosta; L. 250/1949 art. 55 per la Sardegna; L. 142/1948 art. 1 per la Sicilia; decreto del Presidente della Repubblica 78/1965 per il Friuli-Venezia Giulia; decreto del Presidente della Repubblica n. 49/1973 art. 39 per il Trentino-Alto Adige — Province Autonome di Trento e Bolzano).

Tale patrocinio va sotto la qualifica di *patrocinio obbligatorio* e deriva dalla stessa natura delle Amministrazioni per le quali è previsto ed è così definito per il fatto che né l'Avvocatura può recusare i suoi uffici nei confronti di dette Amministrazioni, né queste possono avvalersi di altre forme di patrocinio.

Altra forma di patrocinio cui è chiamata l'Avvocatura dello Stato è quella prevista (art. 43/1 comma R.D. 1611/1933) in favore di enti diversi da quelli statali propriamente detti e dalle Regioni e Province sopraindicate; essa non nasce col carattere obbligatorio derivante per le Amministrazioni previste nel primo caso dalla loro stessa natura, ma nasce con un provvedimento estensivo dell'originario e fondamentale compito istituzionale dell'Avvocatura, e mette capo al così detto *patrocinio autorizzato*.

L'autorizzazione in parola, prevista espressamente dall'art. 43 del testo unico 1611/1933, può essere contenuta tanto in un provvedimento normativo (legge o regolamento) quanto in un provvedimento amministrativo e non può contenere altro che la previsione della estensione dei compiti dell'Avvocatura dello Stato ontologicamente dovuti per le Amministrazioni dello Stato anche ad altri enti diversi dalle Amministrazioni statali.

Altra forma di patrocinio del quale l'Avvocatura dello Stato può divenire titolare è quello che potrebbe definirsi *patrocinio speciale delle Regioni a Statuto ordinario* per il fatto che non nasce né da una ontologica necessità di fruire del suo patrocinio, né da una eteronoma determinazione che autorizza l'Avvocatura a patrocinare enti diversi dalle Amministrazioni statali, ma sorge da una manifestazione autonoma e spontanea dell'ente in questione che, sulla base di una previsione normativa che gli conferisce la relativa facoltà, decide di affidarsi al patrocinio dell'Avvocatura dello Stato (art. 42/5 comma R.D. 1611/1933 come integrato dalla L. 103/1979).

2. — Quanto fin qui esposto attiene — come è evidente — al momento genetico del rapporto di patrocinio: connaturale, epperò obbligatorio, per gli organi dello Stato e per le Regioni a Statuto speciale e le Province Autonome di Trento e Bolzano, estensivo, su base autorizzatoria, per gli enti diversi dagli organi dello Stato, voluto sulla scorta di autonomia scelta dell'ente a ciò facoltizzato dalla legge per le Regioni a Statuto ordinario.

La appartenenza alla categoria del patrocinio autorizzato degli enti che di volta in volta ottengono che l'Avvocatura sia autorizzata a svolgere la sua attività in loro favore va verificata sulla base del reperimento di concreti specifici provvedimenti legislativi, regolamentari o amministrativi a contenuto autorizzatorio.

Quella invece della appartenenza alla categoria del c.d. *patrocinio speciale delle Regioni a Statuto ordinario* va verificata sulla base di un duplice presupposto: il riconoscimento dettato con legge della facoltà di scegliere il patrocinio dell'Avvocatura e l'esercizio di tale facoltà nel senso di volere detto patrocinio da parte della Regione.

Le differenti modalità di nascita del rapporto di patrocinio in nulla possono però modificare le modalità di esercizio e svolgimento della propria attività da parte dell'Avvocatura dello Stato, essendo tali modalità dettate con norme di legge statali cui l'Avvocatura dello Stato deve ovviamente prestare ossequio.

Caratteri fondamentali ed inderogabili del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato sono quelli della *organicità* ed *esclusività* (art. 43/3 comma R.D. 1611/1933), consistenti, rispettivamente, nello stabilirsi col rapporto di patrocinio di un rapporto di medesimezza organica col soggetto patrocinato, sicché nell'ambito di tale rapporto il soggetto patrocinato è rappresentato per ogni profilo senza necessità di specifico mandato dalla Avvocatura dello Stato, e nella impossibilità di affidare il proprio patrocinio a legale diverso dall'Avvocatura dello Stato o di affiancare all'Avvocatura dello Stato altro legale (art. 5/1 comma R.D. 1611/1933 e 43/4 comma R.D. 1611/1933).

Ambedue i sottolineati caratteri hanno la loro ragion d'essere nella esigenza di unicità e coerenza di indirizzi che potrebbero venir compromessi dalla eventualità o di approntare, di volta in volta, per svolgere scelte di gestione processuale, specifiche direttive, o di svolgere difese non coerenti con gli indirizzi generali di istituto conformi alla tutela generale dei pubblici interessi necessariamente informata a criteri di uniformità interpretativa ed applicativa della legalità.

3. – Alla luce di tali criteri, ribaditi anche da recente giurisprudenza della Corte di Cassazione e del giudice amministrativo e contabile (Cass. 1086/2001, Consiglio di Stato Sez. II n. 2025/1986, Corte dei Conti deliberazione 1432/1984) non può che confermarsi quanto già esposto in varie altre occasioni circa la impossibilità di mettere capo ad un rapporto di patrocinio non improntato ai fondamentali caratteri di *organicità* ed *esclusività* che il legislatore statale ha voluto come propri del modo di svolgimento della attività dell'Avvocatura dello Stato.

Le sole eccezioni che lo stesso legislatore ha ipotizzato e disciplinato sono: per il patrocinio *obbligatorio* quelle legate a «ragioni assolutamente eccezionali» da valutare in base a norme stabilite dal Consiglio dei Ministri, dopo aver inteso il parere dell'Avvocato Generale dello Stato (art. 5/1 comma R.D. 1611/1933); per il patrocinio *autorizzato* quelle legate al ricorrere di «casi di conflitto di interessi con lo Stato o con le Regioni» (art. 43/3 comma R.D. 1611/1933) ovvero di «casi speciali» fatti oggetto di «apposita motivata delibera da sottoporre agli organi di vigilanza», per il patrocinio speciale delle Regioni a Statuto ordinario quelle medesime previste per il patrocinio autorizzato.

Non può perciò ammettersi né la prosecuzione di rapporti di affiancamento della Avvocatura dello Stato a professionisti del foro libero, né che si perseveri nella scelta episodica di affidamento del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato da parte di soggetti che fruiscono del patrocinio autorizzato né da parte di quelle Regioni a Statuto ordinario che abbiano scelto di avvalersi del patrocinio della Avvocatura dello Stato.

4. – Si vuole solo e da ultimo richiamare l'attenzione degli enti che fruiscono di patrocinio autorizzato e delle Regioni che hanno scelto di avvalersi del patrocinio della Avvocatura dello Stato sul rischio che attività processuali svolte a mezzo di liberi professionisti possono portare alla declaratoria della loro nullità per difetto dello *ius postulandi* con prevedibili conseguenze sul piano di eventuali decadenze o altri pregiudizi e sul fatto che le spese affrontate per tali difese possono non superare positivamente il vaglio degli organi contabili di controllo.

Gli Enti in indirizzo vorranno assicurare la diffusione della presente comunicazione a tutti i soggetti interessati per quanto di rispettiva competenza

L'Avvocato Generale».

## Il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato a favore delle Regioni a statuto ordinario

(Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 29 aprile 2004 n. 8211)

Con la decisione n. 8211 del 29 aprile 2004 le Sezioni Unite della Cassazione, in materia di patrocinio dell'Avvocatura dello Stato a favore delle Regioni a statuto ordinario, hanno confermato l'orientamento giurisprudenziale pacifico secondo il quale l'art. 10 della legge n. 103/1979 non ha abrogato la disciplina generale di cui all'art. 107 del d.P.R. n. 616/1977 perché – questa è la motivazione della sentenza – «la più recente normativa non ha disciplinato *ex novo* ed in maniera completa tutta la materia del patrocinio delle Regioni a statuto ordinario, ma ha inteso soltanto attribuire ad esse, in aggiunta alle facoltà consentite dal suddetto art. 107, l'ulteriore e più ampio potere di rendere operativa in loro favore l'estensione del complesso delle norme speciali dettate per l'assistenza legale e per la difesa in giudizio dello Stato (cfr. Cass. SS.UU., 4 novembre 1996, n. 9523; ed anche 3 ottobre 1996, n. 8648; 21 marzo 1987, n. 2813; 15 marzo 1982, n. 1672).

Le decisioni da ultimo citate hanno ritenuto che: «Mentre l'art. 107 del d.P.R. n. 616 del 1977 si limita ad includere le Regioni a statuto ordinario tra gli enti dei quali l'Avvocatura dello Stato può assumere la rappresentanza e la difesa (secondo il regime di cui agli artt. 43, 45 e 47 del t.u. n. 1611 del 1933), l'art. 10 della legge n. 103 del 1979 prevede un particolare procedimento attraverso il quale le menzionate Regioni possono ottenere l'applicazione dell'intero regime processuale speciale di assistenza legale e di patrocinio valevole *ex lege* per le amministrazioni dello Stato. Sia nel primo caso (regime cosiddetto «facoltativo»), sia nel secondo caso (regime cosiddetto «sistematico») non è necessario, per i singoli giudizi, uno specifico mandato all'Avvocatura stessa; essendo, invece, necessario uno specifico provvedimento (talvolta soggetto al visto degli organi di vigilanza), nel caso in cui la Regione voglia escludere tale rappresentanza, per affidarla a privati professionisti. Da ciò consegue che l'Avvocatura dello Stato, ove agisca in giudizio per una Regione, non avendo necessità di apposito mandato, non è neanche onerata della produzione del provvedimento del competente organo regionale di autorizzazione del legale rappresentante ad agire o resistere in giudizio.»; cfr. anche Cass. Sez. III, 2 settembre 1998, n. 8722, che ha così statuito: «Le Regioni a statuto ordinario autorizzate ad avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, ai sensi dell'art. 107 decreto Presidente della Repubblica 24 luglio 1977 n. 616, non hanno bisogno di conferire all'avvocato dello Stato incaricato della difesa giudiziale alcun formale mandato.»).

La particolarità e l'interesse della nuova pronuncia della Cassazione è data dal fatto che la Cassazione ha avuto modo di chiarire che il principio che l'Avvocatura dello Stato «non ha bisogno di alcun mandato, ove agisca in giudizio per una Regione», non è derogato nemmeno quando, come nel caso di specie, una legge regionale (della Calabria) abbia istituito un servizio legale presso la presidenza della Giunta regionale, in quanto tale legge non contiene norme incompatibili con il riconoscimento alla Regione Calabria,

della facoltà di avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, secondo le regole valide per tutte le Regioni a statuto ordinario, poiché si deve ritenere che tale istituzione «non comporta un'abrogazione tacita di una norma di carattere generale, e di natura statale, quale quella di cui all'art. 107 d.P.R. n. 616 del 1977».

La Corte, con interessanti considerazioni in diritto, che hanno ricostruito le caratteristiche del patrocinio dell'Avvocatura, e superando alcune diverse opinioni dottrinarie, ha precisato ancora una volta che, anche in questo ultimo caso, «non è richiesto il rilascio del mandato all'Avvocato dello Stato, essendo sufficiente soltanto che risulti la sua qualità».

Inoltre, la Corte ha riaffermato il principio secondo cui «nell'ipotesi di rappresentanza e difesa facoltativa non solo delle Regioni – ma anche degli altri enti pubblici non statali – da parte dell'Avvocatura dello Stato, non è necessario che nei singoli giudizi, le Regioni o gli enti suddetti producano – stante il disposto dell'art. 12 della legge n. 103 del 1979 – il provvedimento del competente organo recante l'autorizzazione del legale rappresentante ad agire o resistere in giudizio e ciò perché «l'assunzione di iniziativa giudiziaria da parte dell'Avvocatura dello Stato comporta la presunzione *juris et de jure* di esistenza di un valido consenso e di piena validità dell'atto processuale compiuto, lasciando nell'ambito del rapporto interno le questioni provenienti dalla inosservanza di regole di formazione del consenso stesso» (cfr. Cass. 5 settembre 2003, n. 12942, 27 marzo 2003, n. 4564, *etc*).

*Avv. Vincenzo Rago*

**Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 29 aprile 2004 n. 8211** – Pres. V. Carbone – *Rel.* G. Vidiri – F.A.M.I. ed altri c/ Regione Calabria (Avv. dello Stato).

«(Omissis) *Svolgimento del processo* – N. G., medico ospedaliero di una Usl calabrese agiva in via monitoria nei confronti della datrice di lavoro al fine di ottenere la somma di lire 51.244.019, asseritamente dovutagli in relazione alla posizione funzionale di aiuto corresponsabile ospedaliero. Contro il decreto ingiuntivo concesso dal Pretore di Catanzaro e notificato alla Regione Calabria, quale ente succeduto nei rapporti debitori delle disciolte unità sanitarie, proponeva opposizione l'Amministrazione Regionale difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, che eccepiva il difetto di giurisdizione del giudice ordinario.

L'opposto, costituitosi in giudizio, eccepiva l'inammissibilità dell'opposizione perché non era stata conferita procura all'Avvocatura dello Stato, nonostante che la Regione Calabria fosse provvista di un proprio servizio legale – istituito con legge regionale 17 agosto 1984 n. 24 – con la possibilità di avvalersi di avvocati esterni solo per ragioni eccezionali e dietro specifico mandato.

Il Pretore dichiarava il difetto di giurisdizione del giudice ordinario e, conseguentemente, revocava il decreto ingiuntivo.

A seguito di gravame di N. G., il Tribunale di Catanzaro confermava la sentenza impugnata, rigettando la riproposta eccezione di inammissibilità dell'opposizione e ribadendo la declaratoria di difetto di giurisdizione del giudice ordinario. In relazione, poi, alla questione attinente all'inammissibilità dell'appello il Tribunale osservava che, anche in caso di ricorso, da parte di una Regione a statuto ordinario, al patrocinio facoltativo dell'Avvocatura dello Stato a norma dell'art. 107 del d.P.R. 24 luglio 1977 n. 616, non è necessario il conferimento di formale procura dovendo trovare applicazione il principio di cui all'art. 1, comma 2, del t.u. 30 ottobre 1933 n. 1611, richiamato dall'art. 45 del medesimo t.u., con la conseguenza della non necessità della produzione del provvedimento del competente organo regionale di autorizzazione del legale rappresentante ad agire o resistere in giudizio.



Contro questa sentenza A.M.I.F., [ed altri], nella loro qualità di eredi di N. G., propongono ricorso per cassazione, affidato a due motivi, illustrati anche con memoria *ex art.* 378 c.p.c.

Resiste con controricorso la Regione Calabria, che propone anche ricorso incidentale condizionato. La presente controversia è stata dal Primo Presidente assegnata a queste Sezioni Unite a seguito di ordinanza 14 aprile 2003 della Sezione Lavoro di questa Corte, che ha ravvisato questioni di massima di particolare importanza nella problematica circa la possibilità da parte delle Regioni a statuto ordinario, pur dotate di un proprio servizio legale interno, di avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato.

*Motivi della decisione* – Ai sensi dell'art. 335 c.p.c. i ricorsi principale ed incidentale vanno riuniti perché proposti avverso la medesima sentenza.

1. – Con il primo motivo i ricorrenti principali denunziano violazione dell'art. 3 legge regionale 17 agosto 1984 n. 24, dell'art. 107 del d.P.R. 24 luglio 1977 n. 616, dell'art. 10 legge 3 aprile 1979 n. 103 e dell'art. 12 disp. prel. cod. civ..

1.1. – Sostengono, in particolare, che la citata legge regionale riconosce esclusivamente al servizio legale interno, istituito dalla legge stessa, la competenza su tutti gli affari legali e giudiziari della Regione – consentendo solo per ragioni eccezionali (o per la trattazione di cause di particolare importanza) l'affidamento di incarichi ad avvocati esterni dopo avere sentito il dirigente dell'ufficio legale – e, pertanto, doveva escludersi che la Regione Calabria potesse avvalersi del patrocinio facoltativo di cui all'art. 107 del d.P.R. n. 616/1997. Tutto al più era consentito ritenere l'Avvocatura dello Stato – ai fini del conferimento alla stessa di un incarico difensivo – ricompresa tra «gli avvocati esterni», con la conseguenza che anche per essa era richiesto apposito mandato per la difesa in giudizio.

Rilevano ancora i ricorrenti che la Regione aveva implicitamente riconosciuto la validità della tesi da essi sostenuta, producendo in appello delibera della Giunta del 16 aprile 1996, che però risultava ininfluenza stante la mancanza dello *ius postulandi* al momento dell'opposizione al decreto ingiuntivo.

1.2. – Con il secondo motivo i ricorrenti denunziano omissione e/o contraddittorietà della motivazione su un punto decisivo della controversia, osservando che il Tribunale ha affermato, da un lato, che in caso di patrocinio facoltativo la deliberazione adottata dall'ente pubblico non abbisogna di esteriorizzazione ed ha poi trascurato, dall'altro, il fatto che, nel costituirsi in giudizio, la Regione non si era mai richiamata ad alcuna delibera, pur non esteriorizzata, e sebbene sul punto N.G. – tanto in comparsa di costituzione quanto nel ricorso d'appello – avesse esplicitamente dedotto che l'Avvocatura non aveva indicato uno specifico mandato né aveva richiamato alcun atto della Giunta regionale di autorizzazione alla difesa in giudizio.

2. – Ai fini di un ordinato ed esauriente iter motivazionale appare opportuno definire, dapprima, il quadro normativo cui fare riferimento per la decisione della controversia, ed indicare, poi, lo stato della giurisprudenza sulla interpretazione della disciplina legale.

3. – L'art. 1 del r.d. 30 ottobre 1933 n. 1611 (testo unico delle leggi e delle norme giuridiche sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e sull'ordinamento della Avvocatura dello Stato) statuisce che «La rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio delle amministrazioni dello Stato, anche se organizzate ad ordinamento autonomo, spettano alla Avvocatura dello Stato. Gli avvocati dello Stato esercitano le loro funzioni innanzi a tutte le giurisdizioni ed in qualunque sede e non hanno bisogno di mandato, neppure nei casi nei quali le norme ordinarie richiedono il mandato speciale, bastando che consti della loro qualità».

L'art. 43 del t.u. 1611/1933 stabilisce che «L'Avvocatura dello Stato può assumere la rappresentanza e la difesa nei giudizi attivi e passivi avanti le Autorità giudiziarie, i Collegi arbitrali, le giurisdizioni amministrative e speciali, di amministrazioni pubbliche non statali ed enti sovvenzionati, sottoposti a tutela od anche a sola vigilanza dello Stato, sempre che sia autorizzata da disposizione di legge, di regolamento o di altro provvedimento approvato con regio decreto».

L'art. 45 del già citato t.u. 1611/1933, prescrive, a sua volta, che «Per l'esercizio delle funzioni di cui ai due precedenti articoli si applica il secondo comma dell'art. 1 del presente testo unico».

3.1. – Nel regolamentare il conferimento dei poteri dello Stato alle Regioni – e nello assegnare alle stesse la facoltà di avvalersi caso per caso del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato – il d.P.R. 24 luglio 1977 n. 616 statuisce all'art. 107: «Le regioni possono avvalersi del patrocinio legale e della consulenza dell'Avvocatura dello Stato. Tale disposizione non si applica nel giudizio in cui sono parti l'Amministrazione dello Stato e le regioni eccettuato il caso di litisconsorzio attivo. Nel caso di litisconsorzio passivo, qualora non vi sia conflitto tra Stato e regione, quest'ultima può avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato.

3.2. – Dopo la ora riportata disposizione – la cui *ratio* è stata individuata nell'esigenza di riconoscere alle Regioni (nella delicata fase del loro avvio organizzativo) la facoltà di avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato – l'art. 10 legge 3 aprile 1979 n. 103 ha previsto a sua volta che «Le funzioni dell'Avvocatura dello Stato nei riguardi dell'Amministrazione statale sono estese alle regioni a statuto ordinario che decidano di avvalersene con deliberazione del consiglio regionale da pubblicarsi per estratto nella *Gazzetta Ufficiale* del Repubblica e nel *Bollettino Ufficiale* della regione. Dal quindicesimo giorno successivo all'ultima delle due pubblicazioni si applicano nei confronti dell'amministrazione regionale, che ha adottato la deliberazione di cui al precedente comma, le disposizioni del testo unico e del regolamento approvati, rispettivamente, con regi decreti 30 ottobre 1933, numeri 1611 e 1662, e successive modificazioni, nonché gli articoli 24 e 144 del codice di procedura civile».

4. – In detto quadro normativo la prevalente dottrina – dopo avere sottolineato che lo scarso ricorso da parte delle Regioni a statuto ordinario al patrocinio sistematico di cui al citato art. 10 della legge n. 103 del 1979 scaturisce da una ritenuta «scarsa adattabilità» della struttura tradizionale dell'Avvocatura dello Stato alle esigenze delle stesse Regioni – ha affermato che la suddetta norma non ha abrogato il disposto dell'art. 107 del d.P.R. n. 616/1977.

4.1. – Più specificamente la suddetta dottrina e la giurisprudenza, ormai da tempo consolidatasi, hanno escluso che l'art. 107 del d.P.R. 616/1977 – che conferisce, come visto, alle Regioni la facoltà di avvalersi caso per caso del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato senza dovere ricorrere ad una delibera che attribuisca in via istituzionale lo *ius postulandi* - sia stato abrogato (espressamente o in modo tacito) dalla successiva legge 103 del 1979, perché la più recente normativa non ha disciplinato *ex novo* ed in maniera completa tutta la materia del patrocinio delle Regioni a statuto ordinario, ma ha inteso soltanto attribuire ad esse, in aggiunta alle facoltà consentite dal suddetto art. 107, l'ulteriore e più ampio potere di rendere operativa in loro favore l'estensione del complesso delle norme speciali dettate per l'assistenza legale e per la difesa in giudizio dello Stato (cfr. Cass., Sez. Un., 4 novembre 1996 n. 9523; Cass., Sez. Un., 3 ottobre 1996 n. 8648; Cass., Sez. Un., 21 marzo 1987 n. 2813; Cass. Sez. Un., 15 marzo 1982 1672 cui adde, più recentemente, e sempre per la non abrogazione del patrocinio facoltativo, Cass., Sez. Un., 23 marzo 1999 n. 182; Cass. 2 settembre 1998, con riferimento proprio alla Regione Calabria, nonché Cass. 7 aprile 1997 n. 3009).

4.2. – Le funzioni dell'Avvocatura dello Stato possono così svolgersi, sulla base di una libera scelta delle Regioni a statuto ordinario, secondo due distinti regimi giuridici. Il primo, originariamente proprio delle sole amministrazioni dello Stato (titolo I del t.u. n. 1611 del 1933), ha come sua peculiare caratteristica la collocazione dell'intervento in giudizio dell'organo legale dello Stato nell'ambito di un sistema di norme speciali comportante modifiche della disciplina ordinaria con riguardo, oltre che al titolo legittimante l'esercizio dell'*ius postulandi*, anche alla competenza per territorio (art. 25 c.p.c.: foro della pubblica amministrazione) ed alla notifica degli atti giudiziari (art. 144 c.p.c.: notificazione alle amministrazioni dello Stato). Il secondo regime, tipico in genere del patrocinio delle amministrazioni non statali (titolo III del t.u. n. 1611 del 1933), non comporta, invece, alcuna modifica della disciplina processuale ordinaria, salvo soltanto per quanto attiene la disposizione che esclude la necessità della procura alle liti (art. 45 del t.u. *cit.*), sicché l'assunzione del patrocinio facoltativo non si inserisce nell'ambito di un più complesso sistema di norme processuali speciali (cfr. in tali termini: Cass., Sez. Un., 3 ottobre 1996 n. 8648 *cit.*).

4.3. – La dottrina prevalente e la giurisprudenza hanno così preso atto della esistenza di tre distinte forme di patrocinio dell'Avvocatura dello Stato: quello «obbligatorio» proprio

dello Stato, di cui si sono avvalse in tempi passati anche le Regioni a statuto speciale a seguito di specifiche norme (cfr. art. 1 del D.L. 2 marzo 1948 n. 142 per la Sicilia; art. 55 del d.P.R. 19 maggio 1949 n. 250 per la Sardegna; art. 42 del d.P.R. 30 giugno 1951 n. 574 per il Trentino Alto Adige; art. 1 del d.P.R. 23 gennaio 1965 n. 78 per il Friuli Venezia Giulia); quello «facoltativo», introdotto dall'art. 107 d.P.R. n. 616/1977, che si è limitato ad includere le Regioni a statuto ordinario fra gli enti dei quali l'Avvocatura dello Stato può assumere la rappresentanza e la difesa secondo il regime di cui agli artt. 43, 45 e 47 del t.u. n. 1611 del 1933; quello, infine, «sistematico», regolato dall'art. 10 legge 103/1978 che consegue anche esso ad una libera scelta della Regione, che – una volta operata e fino a quando la relativa deliberazione del consiglio regionale non venga revocata – investe tendenzialmente tutta l'assistenza legale di cui la Regione possa avere bisogno, determinando anche effetti processuali nei riguardi dei terzi.

4.4. – Il sistema – ora descritto – va ancora una volta ribadito – è pertanto, la risultante del potere delle Regioni di avvalersi del patrocinio facoltativo pur dopo l'entrata in vigore della legge n. 103 del 1979, la cui efficacia abrogativa della precedente normativa non può sostenersi neanche sulla base di una (presunta) collocazione dell'ente regionale nell'assetto organizzativo dell'amministrazione statale, nè sulla base di un (ipotetico) ruolo dell'Avvocatura dello Stato di obbligatoria assistenza legale allo Stato nella sua unità, atteso che la Costituzione, come si è in dottrina precisato, ha posto sempre la Regione – anche prima della riforma dell'art. 117 ad opera dell'art. 3 della legge 18 ottobre 2001 n. 3 – in una posizione di «separatismo duale» rispetto allo Stato ed alle sue prerogative. Differenziazione di competenze e di prerogative, che non potrà – come emergerà dal prosieguo della motivazione – non determinare conseguenziali ricadute nella soluzione delle ulteriori problematiche sollevate dai ricorrenti.

5. – Questa Corte ha più volte ribadito pure che nessuna differenza sussiste tra le ipotesi di patrocinio «facoltativo» e patrocinio «sistematico» quanto alla non necessità del mandato all'avvocatura medesima, stante il rinvio dell'art. 45 del t.u. n. 1611 del 1933 alla norma di cui all'art. 1, comma 2, dello stesso testo unico. Per di più, pur nel caso di patrocinio «facoltativo», l'Avvocatura dello Stato non è onerata della produzione della delibera del competente organo regionale volta ad autorizzare il legale rappresentante ad agire o resistere in giudizio. Ed invero, allorché l'Avvocatura dello Stato assuma una iniziativa giudiziaria, in ordine alla stessa deve ritenersi che non manchi il consenso dell'Amministrazione interessata sicché detto consenso comunque si sia formato (in via tacita o informale ovvero mediante espressa determinazione; ed anche allorché sia relativo ad una ipotesi di liti-consorzio passivo ex art. 107 del d.P.R. n. 616 del 1977) non necessita di essere portato a conoscenza della controparte, perché le eventuali divergenze tra gli organi pubblici interessati, sull'opportunità o meno di promuovere un giudizio o di resistere ad una lite da altri proposta, non acquistano rilevanza esterna e sono risolte ai sensi dell'art. 12 della legge n. 103 del 1979 dall'autorità individuata dalla stessa disposizione (cfr. in tali sensi Cass., Sez. Un., 4 novembre 1996 n. 9523 *cit.*, cui adde, con riferimento a fattispecie di patrocinio facoltativo: Cass., Sez. Un., 23 marzo 1999 n. 182 *cit.*; Cass., Sez. Un., 3 ottobre 1996 n. 8648 *cit.*; Cass., Sez. Un., 3 febbraio 1986 n. 652; Cass., Sez. Un., 15 marzo 1982 n. 1672; Cass. 12 maggio 1981 n. 3141; Cass. 20 marzo 1980 n. 1879 ed, ancora, in epoca più recente, Cass. 7 maggio 2003 n. 6940). Ne consegue che la necessità della produzione del provvedimento di autorizzazione si configura solo allorché vi sia da parte della Regione conferimento del mandato ad avvocati del libero foro (cfr. Cass. 7 maggio 2003 n. 6940; Cass., Sez. Un., 23 marzo 1999 n. 182 *cit.*; Cass., Sez. Un., 4 novembre 1996 n. 9523 *cit.*; Cass. 4 febbraio 1993 n. 1416).

6. – Questa Corte, a Sezioni Unite, con riferimento ad una controversia in cui era presente – come in quella ora in decisione – la Regione Calabria, ha con sentenza del 13 aprile 1994 n. 3465, statuito che quando l'Avvocatura dello Stato difende in giudizio una Regione a statuto ordinario, che non abbia deliberato di avvalersi del suo patrocinio in via organica, ha bisogno di uno specifico mandato. Le Sezioni Unite, con la suddetta decisione, hanno osservato che l'art. 107 del d.P.R. n. 616/1977 enuncia il principio generale secondo cui le Regioni possono avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato; che l'art. 10 legge n. 103/1979 consente a sua volta che le funzioni dell'Avvocatura esercitate nei riguardi del-

l'amministrazione statale siano estese alle Regioni a statuto ordinario disposte ad avvalersene con deliberazione del consiglio regionale; che la legge regionale 17 agosto 1984 n. 24 ha istituito il servizio legale presso la Presidenza della Giunta Regionale, avente competenza «su tutti gli affari legali e giudiziari», attribuendo, con l'art. 3, a tale nuovo ufficio lo specifico incarico di esercitare il patrocinio e l'assistenza in giudizio della Regione, prevedendo che solo per «ragioni eccezionali e per la trattazione di cause di particolare importanza» possa essere chiesta l'assistenza di avvocati esterni, sentito il dirigente dell'Ufficio. Rilevavano, infine, le Sezioni Unite che «il tenore delle norme sopra citate non esonera l'Avvocatura dello Stato dall'onere di provare l'avvenuto affidamento della assistenza legale, non potendosi applicare per le Regioni il principio della rappresentanza istituzionale, ipotesi questa esclusa dalla legge dello Stato del 1979 e dalla successiva emanata dalla Regione del 1984, recanti entrambi una disciplina chiaramente derogativa del principio vigente per le amministrazioni dello Stato».

7. – Alla stregua delle considerazioni sinora svolte e dei riportati precedenti giurisprudenziali, appare necessario, ai fini decisori, verificare sul piano ermeneutico: *a)* se la citata legge n. 24 del 1984 della Regione Calabria, nell'istituire un servizio legale regionale e nel limitare il ricorso al patrocinio di avvocati esterni abbia posto limiti, rilevanti per i terzi, alla facoltà della Regione Calabria di avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato in forza della regola posta dall'art. 107 del d.P.R. n. 616/1977; *b)* se, una volta ammessa tale facoltà, il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato (da collocarsi, appunto, sotto l'ambito di quello facoltativo *ex art. 107 cit.*) possa essere – in forza del potere legislativo regionale – modificato in relazione ad aspetti qualificanti della normativa statale, quale quello riguardante il conferimento della procura alle liti; *c)* se, infine, sia configurabile l'applicabilità delle norme di procedura civile sulla procura alle liti (art. 83 e ss. c.p.c.) in relazione alla rappresentanza ed alla difesa in giudizio da parte dell'Avvocatura dello Stato, stante la peculiare e specifica regolamentazione dettata al riguardo dal t.u. n. 1611 del 1933.

8. – Come già statuito dai giudici di legittimità (cfr. Cass. 2 settembre 1999 n. 8722) va rimarcato che la disposizione – applicabile alla fattispecie in esame *ratione temporis* – dell'art. 3 legge regionale n. 24 del 1984 (istitutiva di un servizio legale interno), non comporta una abrogazione tacita dell'art. 107 d.P.R. n. 616/1977, per porsi le due norme su differenti piani, non potendosi evincere dalla *ratio* e dalle finalità sottese alla norma regionale, una volontà di definitiva rinuncia da parte della Regione al patrocinio facoltativo dell'Avvocatura dello Stato.

Non può, infatti, revocarsi in dubbio che la mera costituzione da parte della Regione Calabria di un servizio legale interno – e la stessa considerazione vale per le Regioni a statuto ordinario che all'interno della propria organizzazione hanno istituito simili servizi legali o una Avvocatura regionale (cfr., ad esempio, legge regionale 14 maggio 1975 n. 29 per la Regione Campania; art. 4 legge regionale 7 novembre 1994 n. 83 per la Regione Toscana; art. 19 legge regionale 23 luglio 1996 n. 16 per la Regione Lombardia; art. 1 legge regionale 16 agosto 2001 n. 24 per la Regione Veneto; ed ancora art. 10 legge regionale 13 maggio 1996 n. 7, proprio per la Regione Calabria) – non comporta una abrogazione tacita di una norma di carattere generale, e di natura statale, quale quella di cui all'art. 107 d.P.R. n. 616 del 1977.

9. – Costituisce, poi, corollario della mancata abrogazione dell'art. 107 del d.P.R. n. 616/1977 la regola che – pur in presenza di leggi regionali istitutive di un servizio legale interno alla regione stessa – vige il principio della non necessità del mandato in caso di patrocinio facoltativo della Regione stessa da parte dell'Avvocatura dello Stato.

9.1. – Non ignora questa Corte che in sede di commento ai riportati arresti giurisprudenziali si è sostenuto da un indirizzo dottrinario che, al fine di attivare il patrocinio facoltativo, sono in ogni caso richiesti il mandato alle liti e la delibera dell'organo competente di autorizzazione a stare in giudizio. Si sono evocati, a conforto di tale assunto, una (asserita) contraddizione tra l'autonomia che connota le Regioni e l'affidamento da parte di esse del proprio patrocinio ad una articolazione di governo, ribadendosi ancora una volta sul piano normativo che l'assunzione del patrocinio nelle forme imposte dagli artt. 43 e 45 del t.u. n. 1611 del 1933 (che prevedono rispettivamente l'assunzione in via organica ed esclusiva dello *ius postulandi* nonché l'esonero dell'Avvocatura dalla produzione in giudizio del man-

dato) può avversi solo se vi sia un rapporto organico tra amministrazione e Avvocatura ovvero un obbligo di avvalersi dell'Avvocatura; circostanze queste non riscontrabili nel caso di patrocinio facoltativo.

9.2. – Questa Corte non ignora neanche che la necessità del mandato si è rivendicata anche sul rilievo che l'art. 83 c.p.c. eleva il rilascio della procura alle liti a regola generale che, per essere derogabile solo in presenza di una contraria norma, non può non trovare applicazione anche con riguardo al patrocinio facoltativo.

9.3. – La doverosa valorizzazione del dato testuale dall'art. 45 del testo unico n. 1611 del 1933 (e del riferimento operato da detta disposizione al secondo comma dell'art. 1 dello stesso testo unico) induce questa Corte non solo a ribadire che non è richiesto il rilascio del mandato all'Avvocato dello Stato, essendo sufficiente soltanto che risulti la sua qualità, ma anche a riaffermare che nell'ipotesi di rappresentanza e difesa facoltativa non solo delle Regioni – ma anche degli altri enti pubblici non statali – da parte dell'Avvocatura dello Stato non è necessario che nei singoli giudizi, le Regioni o gli enti suddetti producano – stante il disposto dell'art. 12 della legge n. 103 del 1979 – il provvedimento del competente organo recante l'autorizzazione del legale rappresentante ad agire o resistere in giudizio; ed invero la stessa assunzione di iniziativa giudiziaria da parte della Avvocatura dello Stato comporta la presunzione *juris et de jure* di esistenza di un valido consenso e di piena validità dell'atto processuale compiuto, lasciando nell'ambito del rapporto interno le questioni provenienti dalla inosservanza di regole di formazione del consenso stesso (cfr. in questi precisi termini da ultimo Cass. 5 settembre 2003 n. 12942, cui adde Cass. 27 marzo 2003 n. 4564; Cass., Sez. Un., 21 luglio 1999 n. 484; Cass. 26 luglio 1997 n. 7011; Cass., Sez. Un., 4 novembre 1996 n. 9523 *cit.*; Cass., Sez. n. , 3 ottobre 1996 n. 8648 *cit.*).

10. – Tutto quanto ora detto induce – con riferimento alla controversia in oggetto implicante una individuazione della portata applicativa dell'art. 3 legge regionale 24 del 1984 – ad affrontare la tematica circa la praticabilità di una normativa regionale che – in deroga a quella statale sull'Avvocatura dello Stato – richieda ai fini dello *ius postulandi* il rilascio da parte degli organi competenti del mandato alle liti all'Avvocato dello Stato e che finisca, in tal modo, per assimilare sul piano processuale il patrocinio di quest'ultimo a quello dell'avvocato del libero foro (o di quello appartenente al servizio legale o all'Avvocatura regionale).

10.1. – Contro una tale eventualità è stato evidenziato come al di fuori dell'art. 107 del d.P.R. n. 616 del 1977 non vi sia alcuna norma che consenta con diverse formalità e procedure il ricorso episodico all'Avvocatura dello Stato, sicché una volta che la Regione abbia scelto di avvalersi del patrocinio facoltativo non occorre, poi, giusta quanto prescritto dall'art. 45 del t.u. n. 1611 del 1933 alcun mandato, perché diversamente opinando, si finisce implicitamente ma inevitabilmente con l'ammettere che l'Avvocatura dello Stato sarebbe tenuta ad esercitare lo *ius postulandi* con modalità diverse da quelle previste dalle leggi, che le sono proprie.

10.2. – Nella stessa direzione si è messo in luce che l'impossibilità di una richiesta di mandato all'Avvocatura dello Stato è una mera conseguenza del carattere organizzativo della pubblica amministrazione che, come ogni ente, si struttura, si dimensiona ed articola secondo la fisionomia conferitagli dalla legge, sicché al giudice compete unicamente un controllo formale-estrinseco (esatta individuazione della portata delle norme attributive della difesa e verifica dei presupposti di fatto richiesti per l'applicabilità delle disposizioni stesse), essendogli inibito, di contro, ogni controllo sull'esistenza del mandato alle liti. Da qui l'inconfigurabilità del rapporto tra Stato e difesa tecnica come «incarico-mandato», perché – come pure è stato puntualmente messo in luce – la posizione dell'Avvocatura dello Stato, nell'ambito istituzionale del nostro assetto ordinamentale, trascende la dimensione civilistico-processualistica per appartenere all'ambito «pubblicistico-organizzativo».

10.3. – Nè può sottacersi, sotto altro versante, che la disciplina dell'Avvocatura dello Stato, esaurientemente disciplinata dalla legge statale (t.u. n. 1611 del 1933), si mostra non permeabile alla disciplina codicistica della procura alle liti (art. 83 e ss. c.p.c.), che trova fondamento in un contratto di patrocinio connotato, in un ottica privatistica, da un rapporto fiduciario tra cliente e singolo (e ben individuato) avvocato, le cui funzioni si sottraggono a quella fungibilità caratterizzante il ruolo degli appartenenti all'Avvocatura dello Stato, ciascuno dei quali può esercitare nella pienezza dei poteri il proprio patrocinio difensivo una

volta che consti la sua qualità (per l'affermazione che gli avvocati di Stato sono tra loro fungibili nell'esercizio delle loro funzioni di rappresentanza processuale – per cui non occorre alcuna indicazione nominativa nella epigrafe del ricorso dell'Avvocato dello Stato, che abbia redatto l'atto, essendo sufficiente che il ricorso sia sottoscritto a norma dell'art. 365 c.p.c. – vedi Cass. 26 luglio 1997 n. 7011 nonché, sempre per il riconoscimento della fungibilità negli indicati termini, Cass. 3 giugno 1988 n. 3788 richiamata dalla più recente decisione).

11. – L'art. 1 del t.u. n. 1611 del 1933 (attributiva della rappresentanza, patrocinio e l'assistenza della P.A. statale all'Avvocatura dello Stato) e l'art. 12 della legge n. 103/1979 (che porta, come visto, ad escludere la esternalizzazione del provvedimento autorizzativo della rappresentanza in giudizio) rendono, dunque, rilevante la natura specifica e strettamente legale della rappresentanza e difesa in giudizio dell'Avvocatura dello Stato, la cui immodificabilità ad opera di interventi legislativi regionali si presenta come mera conseguenza del potere organizzativo dello Stato, che come ogni ente pubblico si struttura, dimensiona ed articola anche esso secondo la fisionomia conferitagli per legge. Considerazione questa estensibile, con i necessari adattamenti, anche alle Regioni, la cui instaurazione di servizi legali interni o delle Avvocature regionali, si presenta come concreta attuazione di una difesa tecnica modellata esclusivamente sulla tutela dei propri interessi, che abbisogna pur essa di una propria ed autonoma dimensione amministrativa e strutturale preventivamente delineata nell'esercizio del proprio autonomo potere legislativo. Un tale assetto ordinamentale, che trova riscontro a livello costituzionale, e il già evidenziato «rapporto duale» corrente tra Stato e Regione, portano ad escludere che si possano apportare modifiche, attraverso interventi legislativi regionali, ad una normativa, quale quella dell'Avvocatura dello Stato che, anche per le sue rilevanti ricadute di natura processuale, è nella sua articolazione e nella sua generale definizione, di competenza esclusiva dello Stato, come è attestato dal vigente testo dell'art. 117 Cost., che devolve, appunto, alla legislazione «esclusiva» dello Stato anche la materia riguardante l'ordinamento e l'organizzazione amministrativa dello Stato (comma 2, lettera *f*) e quella attinente alle norme processuali (comma 2, lettera *l*).

12 – In conclusione, questa Corte ritiene che – ai fini della decisione della presente controversia – possa enunciarsi il seguente principio di diritto: «La costituzione con legge regionale di un servizio legale interno, cui venga istituzionalmente demandato il patrocinio e l'assistenza in giudizio della Regione (nella specie: art. 3 legge regionale 17 aprile 1984 n. 24), non comporta – nel silenzio della legge – la rinuncia della Regione stessa di avvalersi del patrocinio facoltativo dell'Avvocatura dello Stato né configura una abrogazione tacita dell'art. 107 del d.P.R. 24 luglio 1977 n. 616. Anche nel caso in cui la Regione scelga di avvalersi, per la difesa in giudizio (non del proprio servizio legale ma) dell'Avvocatura dello Stato, deve trovare integrale applicazione la normativa statale sul suddetto patrocinio facoltativo e, quindi, l'art. 1, comma secondo, del r.d. 30 ottobre 1933 n. 1611, richiamato dal successivo art. 45 (in base al quale non è richiesto, per lo *ius postulandi* dell'Avvocato dello Stato, il rilascio del mandato) nonché l'art. 12 della legge 3 aprile 1979 n. 103 (in base al quale l'Avvocato dello Stato non è onerato della produzione del provvedimento del competente organo regionale di autorizzazione del legale rappresentante ad agire o resistere in giudizio)».

13. – Al rigetto del ricorso principale, che comporta la conferma della impugnata sentenza – seppure previa correzione della relativa motivazione alla stregua del disposto dell'art. 384, comma 2, c.p.c. – consegue l'assorbimento di quello incidentale condizionato, con il quale la Regione Calabria lamenta che il Tribunale abbia riconosciuto il patrocinio facoltativo (e, conseguentemente, la non necessità di un mandato ai fini dello *ius postulandi* dell'Avvocato dello Stato) sulla base del disposto dell'art. 3 della legge regionale n. 24 del 1984 e non, invece, della disposizione generale di cui all'art. 107 del d.P.R. n. 616/1977.

14. – Ricorrono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del presente giudizio di cassazione.

*P.Q.M.* la Corte riunisce i ricorsi, rigetta quello principale e dichiara assorbito quello incidentale. Compensa tra le parti le spese del presente giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma il 4 marzo 2004 nella camera di consiglio delle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione (*omissis*)».

# IL CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

## **Modifiche nel riparto di competenze fra Corte di Giustizia e Tribunale di primo grado delle Comunità Europee.**

Con l'entrata in vigore del trattato relativo all'adesione all'Unione europea di dieci nuovi Stati il Consiglio dell'U.E., con decisione 19 aprile 2004 n. 2004/404/CE, Euratom, ha modificato il protocollo sullo Statuto della Corte di Giustizia delle C.E. riguardo alla composizione delle sezioni e al *quorum* richiesto per le deliberazioni in seduta plenaria (ora quindici giudici su venticinque) e con decisione 26 aprile 2004 n. 2004/407/CE – che qui di seguito si riporta – ha modificato il protocollo stesso, estendendo le competenze del Tribunale di primo grado.

In particolare, a partire dal 1° luglio 2004, sono di competenza del Tribunale di primo grado i ricorsi degli Stati membri (frequentemente proposti anche dall'Italia) contro atti della Commissione diversi da quelli assunti in materia di cooperazione rafforzata ai sensi dell'art. 11 A del Trattato CE. Restano, invece, di competenza della Corte, fra l'altro, oltre che le cause sorte in seguito a rinvio pregiudiziale da parte dei giudici nazionali, i ricorsi contro gli atti del Consiglio di natura normativa, con attribuzione al Tribunale di primo grado dei ricorsi contro decisioni prese dal Consiglio stesso in materia di aiuti di Stato ai sensi dell'art. 88, n. 2, co. 3, del Trattato, contro gli atti del Consiglio adottati in forza di un regolamento concernente misure di difesa commerciale ai sensi del successivo art. 113, e contro atti del Consiglio esecutivi di un regolamento di base ai sensi dell'art. 202. Vengono altresì dettate norme transitorie e di coordinamento in caso di ricorsi connessi proposti sia dinanzi al Tribunale che alla Corte.

Con altre separate decisioni 19 aprile 2004 n. 2004/405/CE, Euratom e 2004/406/CE, Euratom il Consiglio ha adeguato il regime linguistico aggiungendo le lingue ufficiali dei nuovi Stati.

## **Decisione del consiglio del 26 aprile 2004 che modifica gli articoli 51 e 54 del protocollo sullo statuto della Corte di giustizia (2004/407/CE, Euratom).**

«IL CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA

Visto il trattato che istituisce la Comunità europea, in particolare l'art. 245, secondo comma,

visto il trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica, in particolare l'art. 160, secondo comma,

vista la domanda della Corte di giustizia del 12 febbraio 2003,

visto il parere del Parlamento europeo del 10 febbraio 2004,

visto il parere della Commissione del 10 novembre 2003,

considerando quanto segue:

(1) L'articolo 2, punto 31, del trattato di Nizza sostituisce l'art. 225 del trattato CE con una nuova disposizione il cui paragrafo 1, primo comma, recita: «Il Tribunale di primo grado è competente a conoscere in primo grado dei ricorsi di cui agli articoli 230, 235, 236 e 238, ad eccezione di quelli attribuiti a una camera giurisdizionale e di quelli che lo statuto riserva alla Corte di giustizia. Lo statuto può prevedere che il Tribunale di primo grado sia competente per altre categorie di ricorsi».

(2) Analoga modifica è stata apportata al trattato CEEA dall'articolo 3, punto 13, del trattato di Nizza.

(3) Si è tenuto conto di questa modifica nella redazione provvisoria dell'articolo 51 del Protocollo sullo statuto della Corte di giustizia in base al quale: «In deroga alla norma di cui all'articolo 225, paragrafo 1 del trattato CE e all'articolo 140 A, paragrafo 1 del trattato CEEA, i ricorsi proposti dagli Stati membri, dalle istituzioni delle Comunità e dalla Banca centrale europea sono di competenza della Corte».

(4) Occorre procedere, conformemente al tenore e al sistema del nuovo articolo 225 del trattato CE e del nuovo articolo 140 A del trattato CEEA, ad una nuova redazione dell'articolo 51 del Protocollo sullo statuto della Corte di giustizia per precisare le competenze rispettive della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado, in quanto il trasferimento della competenza di primo grado al Tribunale deve essere significativo ed i criteri di ripartizione della competenza devono essere sufficientemente chiari affinché siano compresi senza equivoci dalle istituzioni e dagli Stati membri.

(5) È opportuno che i ricorsi proposti dagli Stati membri contro gli atti del Consiglio con cui il Consiglio esercita competenze di esecuzione secondo le modalità di cui all'articolo 202, terzo trattino del trattato CE, rientrino nella competenza del Tribunale di primo grado. Si tratta di casi in cui il Consiglio si è riservato la competenza di esecuzione o ne ha recuperato l'esercizio nell'ambito dello svolgimento di una procedura di «comitato».

(6) Le disposizioni dell'articolo 54 del Protocollo sullo statuto della Corte di giustizia relative ai casi in cui il Tribunale può declinare la propria competenza a profitto della Corte devono essere adattate alle nuove competenze del Tribunale. È infatti necessario prevedere la possibilità di declinare la competenza quando il Tribunale e la Corte sono investiti di cause simili le cui soluzioni possono dipendere l'una dall'altra,

*Decide:*

#### *Articolo 1*

1. L'articolo 51 del protocollo sullo statuto della Corte di giustizia è sostituito dal seguente:

##### *«Articolo 51*

In deroga alla norma di cui all'articolo 225, paragrafo 1, del trattato CE e all'articolo 140 A, paragrafo 1, del trattato CEEA, sono di competenza della Corte i ricorsi previsti agli articoli 230 e 232 del trattato CE e 146 e 148 del trattato CEEA, proposti da uno Stato membro:

*a)* contro un atto o una astensione dal pronunciarsi del parlamento europeo o del Consiglio o di queste due istituzioni che statuiscono congiuntamente, salvo che si tratti:

- di decisioni adottate dal Consiglio ai sensi dell'articolo 88, paragrafo 2, terzo comma, del trattato CE,
- di atti del Consiglio in forza di un suo regolamento concernente misure di difesa commerciale ai sensi dell'articolo 133 del trattato CE,
- di atti del Consiglio con cui quest'ultimo esercita competenze di esecuzione ai sensi dell'articolo 202, terzo trattino, del trattato CE;

*b)* contro un atto o una astensione dal pronunciarsi della Commissione ai sensi dell'articolo 11 A del trattato CE.

Sono altresì di competenza della Corte i ricorsi, previsti nei medesimi articoli, proposti da un'istituzione delle Comunità o dalla Banca centrale europea contro un atto o una astensione dal pronunciarsi del Parlamento europeo, del Consiglio, di queste due istituzioni che statuiscono congiuntamente o della Commissione, o da un'istituzione delle Comunità contro un atto o un'astensione dal pronunciarsi della Banca centrale europea».

2. All'articolo 54 del protocollo sullo statuto della Corte di giustizia il terzo comma è sostituito dal seguente:

«Quando la Corte e il Tribunale siano investiti di cause che abbiano lo stesso oggetto, sollevino lo stesso problema d'interpretazione o mettano in questione la validità dello stesso atto, dopo aver ascoltato le parti, può sospendere il procedimento sino alla pronunzia della sentenza della Corte. In presenza degli stessi presupposti, la Corte può parimenti decidere di sospendere il procedimento dinanzi ad essa proposto; in tal caso prosegue il procedimento dinanzi al Tribunale».

3. All'articolo 54 del protocollo sullo statuto della Corte di giustizia è aggiunto il comma seguente:



«Quando uno Stato membro e una Istituzione della Comunità impugnino lo stesso atto, il Tribunale di primo grado declina la propria competenza affinché la Corte di giustizia possa statuire su tali ricorsi».

*Articolo 2*

Le cause che rientrano nella competenza del Tribunale di primo grado ai sensi della presente decisione e di cui la Corte di giustizia è investita alla data di entrata in vigore della decisione stessa,

ma per le quali:

a) in tale data, il procedimento è stato sospeso in conformità dell'articolo 54, terzo comma, seconda frase, del Protocollo sullo statuto della Corte di giustizia,

o

b) in tale data, la fase scritta del procedimento non si è ancora conclusa ai sensi dell'articolo 44 del regolamento di procedura della Corte, sono rimesse al Tribunale.

*Articolo 3*

La presente decisione ha effetto il primo giorno del secondo mese successivo alla sua pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*.

Fatto a Lussemburgo, addì 26 aprile 2004.

*Per il Consiglio*  
*Il Presidente B. COWEN».*

## La qualità della regolamentazione tra ordinamento internazionale e ordinamento nazionale

*La qualità della regolazione in ambito internazionale.*

Un recente studio del Fondo Monetario Internazionale ha rilevato come i miglioramenti della qualità della regolamentazione europea possano condurre ad un aumento fino al 7% del PIL e ad un aumento del 3% della produttività, nel lungo periodo.

Tali dati rendono evidente l'importanza che assumono le politiche per il miglioramento della qualità della regolazione intraprese sia a livello comunitario che nazionale negli ultimi anni, rivelandosi un elemento cruciale per accrescere la competitività degli Stati e ridurre le barriere amministrative per cittadini e imprese. È noto, difatti, come la regolazione presenti incidenze dirette sia nei confronti degli assetti organizzativi e funzionali delle pubbliche amministrazioni, sia nei confronti di privati e imprese.

È opportuno ricordare che l'impulso alle comuni istanze di razionalizzazione dei sistemi regolamentari nei paesi a economia avanzata si sia sviluppato entro l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE), all'inizio degli anni 1990, con l'aumento dell'attenzione riservata agli aspetti di *governance* pubblica legati al miglioramento dei rapporti tra Governi e cittadini e alla trasformazione delle pubbliche amministrazioni in fattori di sviluppo e crescita economica. In tali ambiti, l'OCSE ha svolto un importante ruolo di foro di confronto e di armonizzazione delle politiche.

Con riferimento specifico alla riforma della regolamentazione, l'Organizzazione di Parigi, con l'importante Raccomandazione del 1995 (1), ha indicato le politiche, le istituzioni e gli strumenti fondamentali per il miglioramento della qualità della regolazione. A tali principi si sono poi ispirati molti paesi nel momento in cui hanno introdotto nuove discipline riguardanti la qualità della regolazione. Inoltre, a partire dal 1997, il Segretariato OCSE ha condotto «Esami» delle riforme regolamentari intraprese nei diversi Stati Membri (*Country Reviews*) (2), sulla base delle raccomanda-

---

(1) C(95)21 *Recommendation of the Council on improving the quality of government regulation.*

(2) La finalità principale di tale Esame/verifica, da parte dell'OCSE, è quella di aiutare i Governi nell'identificazione delle migliori strategie di *policy* nel campo della regolazione, individuando le priorità d'azione e le eventuali lacune che dovessero emergere dalle concrete riforme intraprese dai paesi membri. Nell'ambito di tali esami, l'OCSE ha sviluppato metodi avanzati di autovalutazione e di mutua valutazione tra Stati Membri (*peer review*) che prevedono l'elaborazione ed il ricorso ad indicatori comparativi sulla regolazione e questionari di autovalutazione.

zioni contenute nel Rapporto OCSE sulla Riforma della Regolazione del 1997 (3).

Alla luce delle indicazioni emerse dagli esami delle riforme regolamentari nei Paesi membri e dei cambiamenti economici ed istituzionali intercorsi a partire dalla metà degli anni 1990, è attualmente in corso in sede OCSE la revisione dei principi riguardanti la riforma della regolamentazione del 1997. In particolare, la tensione degli Stati verso una maggiore autonomia regolatoria, come contrappeso all'allargamento delle competenze degli organismi sovranazionali, da un lato, e la spinta ad un più efficace coordinamento tra diversi soggetti indotto dal processo di globalizzazione della *governance* e dei suoi istituti portanti, dall'altro, rendono evidente la necessità di approfondire il confronto sui meccanismi di coordinamento in materia di qualità della normazione tra diversi livelli di governo, sovranazionale, nazionale e sub-nazionale (4).

A livello europeo, l'obiettivo del miglioramento della regolazione ha riguardato sia la normativa nazionale che quella comunitaria, quest'ultima affermata ormai come fonte primaria di disciplina in un crescente numero di campi. In questo senso, decisive risultano le conclusioni del Consiglio europeo di Lisbona (5) del marzo del 2000, mediante le quali si è raccomandato agli Stati membri dell'Unione Europea e alle istituzioni comunitarie la formulazione di

---

Nei venti Esami-Paese fino ad ora effettuati, i sistemi di regolamentazione nazionali sono analizzati sia al fine di valutare, in via generale, le capacità del settore pubblico, sia con specifico riferimento alle politiche intraprese nei settori della concorrenza, della liberalizzazione dei mercati e dei servizi pubblici, quali energia, trasporti, poste e telecomunicazioni. Per un'analisi sulla natura di tali esami/verifiche e dei metodi di mutua valutazione elaborati dall'OCSE, vds. il documento OCSE SG/LEG(2002)1 (<http://www.oecd.org/dataoecd/33/16/1955285.pdf>).

(3) Riunione del Consiglio a Livello Ministeriale, Comunicato, Parigi, 26-27 maggio 1997, SG/COM/NEWS(97)45, par. 15.

(4) Rapporto OCSE «*Regulatory Co-Operation between Levels of Government*», di prossima pubblicazione.

(5) È opportuno segnalare che la strategia di miglioramento della regolazione in ambito europeo, dal punto di vista della modalità con cui si producono le norme, ha preso piede in Europa nel 1985, con una risoluzione del Consiglio sul *new approach to technical harmonisation and standards* da applicare ai prodotti che entrano nel mercato comunitario per la prima volta. Segueno, successivamente, la raccomandazione del Consiglio 28 maggio 1990, 90/246/Cee, relativa alla semplificazione dei procedimenti amministrativi in materia di piccole e medie imprese; un rapporto redatto da una commissione di esperti sulla semplificazione normativa e amministrativa, istituita dalla Commissione europea nel 1994, teso ad analizzare l'impatto del sistema regolatorio comunitario e nazionale sulla competitività del sistema economico e sull'occupazione; la Raccomandazione della Commissione europea del 22 aprile 1997 sul miglioramento e la semplificazione delle attività per la creazione di nuove imprese (97/344/CE). Ai suddetti atti giuridici comunitari si sono poi affiancati programmi di intervento riguardanti direttamente la riforma della regolazione: il programma SLIM (*Simpler Legislation for the Internal Market*) del 1996 con l'obiettivo di semplificare la normativa comunitaria e nazionale all'interno del mercato comune; il programma BEST (*Business Environment Simplification Task Force*) avviato su mandato del Consiglio europeo di Amsterdam del 1997.

una strategia coordinata per la semplificazione del quadro regolamentare, inclusa l'efficienza dell'amministrazione pubblica, sia a livello nazionale che comunitario. Ciò al fine di contribuire al raggiungimento degli obiettivi fissati a Lisbona – da conseguire entro il 2010 – di crescita economica, di creazione di occupazione, di elevati gradi di coesione sociale e di protezione ambientale.

In linea con tale strategia, la politica di miglioramento della regolazione è proseguita attraverso l'attività di cooperazione informale tra pubbliche amministrazioni dei Paesi membri dell'Unione europea e tra queste ultime e la Commissione europea, riguardando sia il versante politico che il versante amministrativo dei rapporti tra amministrazioni nazionali e amministrazione comunitaria (6).

I Ministri europei della Funzione Pubblica, nella riunione di Strasburgo del 2000 (7) hanno provveduto a istituire un gruppo di alto livello (c.d. gruppo Mandelkern), composto da esperti di qualità della regolazione degli Stati membri e della Commissione europea, con il compito di predisporre un Rapporto per la definizione di un approccio comune in materia di qualità della regolazione, sulla base delle esperienze già realizzate in diversi paesi.

Nel Rapporto, pertanto, sono stati concordati una serie di principi di qualità della regolazione: la necessità, la proporzionalità, la sussidiarietà, la trasparenza, la *accountability*, l'accessibilità e la semplicità delle norme. Inoltre, sono stati individuati gli strumenti essenziali per l'avvio di un programma di qualità della regolazione coerente ed efficace, ovvero la necessaria presa in considerazione di differenti opzioni regolatorie (arrivando a considerare anche l'opzione zero), l'analisi d'impatto, la consultazione, la semplificazione, l'accessibilità e la «fruibilità» da parte dei destinatari della regolazione e le strutture deputate a elaborare ed eseguire le politiche di regolazione. Proprio le concrete esperienze realizzate nei diversi Paesi membri hanno permesso agli esperti del gruppo «Mandelkern» di individuare preliminarmente le «*best practices* regolatorie» proprie di ogni tradizione giuridica nazionale e di estendere poi tali modelli all'attività di regolazione delle istituzioni dell'Unione europea e degli Stati membri. A partire dal modello dell'Italia, per fare un esempio, è stata inserita tra le priorità la necessità di un'azione di governo stabile, sistematica e non episodica in materia di semplificazione normativa e amministrativa, alla luce dell'esperienza acquisita a livello nazionale con lo strumento della legge annuale di semplificazione, la quale definisce, appunto, il programma delle misure di semplificazione da intraprendersi nell'anno successivo, una volta identificate le aree di intervento prioritarie.

---

(6) La Cooperazione europea tra i Ministri e i Direttori generali responsabili della funzione pubblica è una cooperazione di tipo informale, non prevista dai Trattati fondamentali istitutivi dell'Unione, che si è consolidata nel tempo attraverso l'incontro regolare dei Ministri, Direttori generali e alti funzionari responsabili nei vari settori della riforma della pubblica amministrazione.

(7) Risoluzione sulla migliore regolamentazione, adottata a Strasburgo il 7 novembre 2000.

Con l'approvazione da parte dei Ministri della Funzione Pubblica del Rapporto «Mandelkern», presentato al Consiglio europeo di Laeken del dicembre 2001, si sono fissati in via sistematica i principi comuni di qualità della regolazione degli Stati membri dell'Unione; sono state poste, inoltre, le basi per ulteriori azioni di coordinamento delle politiche di miglioramento della regolazione, sia per che ciò che concerne il livello nazionale che quello comunitario (8).

Alla luce delle raccomandazioni contenute nel Rapporto Mandelkern, la Commissione europea ha così presentato nel giugno 2002 un «Piano d'Azione per il miglioramento della regolamentazione» (9). Tale piano prevede una serie di azioni, tra cui l'individuazione di un metodo volto alla previa valutazione della legislazione comunitaria, dal punto di vista del suo impatto sul sistema economico, sociale e ambientale; la fissazione di una serie di *standards* minimi per la consultazione e la creazione di un programma di semplificazione della legislazione comunitaria esistente (10).

Considerando il punto di vista procedurale, la concreta attuazione del Piano d'Azione della Commissione ha fatto emergere il problema di come assicurare un monitoraggio della strategia intrapresa. Al riguardo, durante il semestre italiano di Presidenza dell'UE, è stato firmato l'importante Accordo Interistituzionale «Legiferare meglio» tra le tre Istituzioni Comunitarie dotate di potere legislativo, ovvero il Parlamento europeo, il Consiglio dell'Unione europea e la Commissione, mediante cui si sono individuate iniziative e procedure finalizzate al miglioramento della qualità della legislazione. Gli obiettivi principali di questo accordo consistono nel promuovere la semplicità, la chiarezza e la coerenza delle norme comunitarie, in modo da favorirne un recepimento corretto, rapido e tempestivo negli ordinamenti nazionali.

Sempre nell'ambito del semestre 2003 di Presidenza italiana del Consiglio dell'Unione europea, l'attività di cooperazione informale tra Stati Membri in tema di qualità della regolazione è stata ulteriormente sviluppata attraverso molteplici iniziative. Nell'ambito di queste ultime, il Dipartimento della

---

(8) Nella medesima direzione vanno le Conclusioni del Consiglio di Stoccolma del 22 e 23 marzo 2001, par. 17, mediante cui il Consiglio chiede alla Commissione, in collaborazione con tutti gli organi competenti, di presentare un programma per la qualità della regolazione e la semplificazione entro la fine del 2001. Il Consiglio fa presente, inoltre (par. 23) che i cittadini e le imprese richiedono un contesto normativo chiaro, semplice, efficace in modo che possa adattarsi a un mercato globale in rapido cambiamento. Gli strumenti per raggiungere tali obiettivi sono, sempre secondo il Consiglio, una consultazione sulla regolamentazione proposta, la valutazione dell'impatto dei regolamenti nonché il ricorso a sistemi di codificazione, di rifusione e di revisione della normativa.

(9) COM(2002)278

(10) Al Piano d'Azione del giugno 2002, si sono aggiunte ulteriori iniziative della Commissione Europea in materia di *Better Regulation*, quali la Comunicazione relativa alla valutazione dell'impatto 2002 (COM (2002) 276 def.), la Comunicazione «Principi essenziali e requisiti minimi delle procedure di consultazione delle parti interessate» COM(2002)277, nonché la Comunicazione «Aggiornare e semplificare l'*acquis* comunitario COM(2003)71 del febbraio 2003.

Funzione Pubblica si è occupato di rilanciare la cooperazione dei Direttori ed esperti per la *Better Regulation* degli Stati Membri e dei paesi in via di adesione e candidati. Questo tipo di cooperazione tra rappresentanti delle pubbliche amministrazioni nazionali sarà in grado di assicurare non solo un proficuo scambio di esperienze e di idee maturate dai singoli Stati membri ma consentirà altresì l'individuazione di metodologie e attività comuni in materia di qualità della regolazione. In particolare, i Direttori ed Esperti per la *Better Regulation* hanno concordato alcune dichiarazioni programmatiche e un piano di attività future, tra cui un'iniziativa europea sul tema dell'analisi di impatto della regolamentazione.

Quest'ultima iniziativa – avviata durante il semestre di Presidenza italiana dell'Unione Europea, su proposta dell'Italia, in accordo con l'Irlanda e i Paesi Bassi – è finalizzata ad una valutazione comparativa delle concrete esperienze nazionali in materia di analisi di impatto della regolazione, nell'obiettivo di favorire un efficace coordinamento delle azioni a livello europeo per la realizzazione dell'analisi di impatto.

L'iniziativa sull'analisi di impatto della regolazione si articola in due fasi.

La prima fase – già conclusa – ha riguardato la predisposizione di un rapporto a cura del Formez, mediante cui si sono comparate le metodologie e i diversi approcci usati nell'analisi di impatto negli Stati membri dell'Unione europea, basandosi su un campione di casi forniti da dieci Paesi (11). In tal modo, attraverso il confronto tra casi concreti di analisi di impatto praticati dai singoli Paesi membri, si è potuto giungere all'identificazione degli «elementi essenziali» (12) ai fini di un efficace sistema di valutazione

---

(11) I paesi che hanno partecipato al progetto sono Austria, Danimarca, Finlandia, Germania, Italia, Paesi Bassi, Polonia, Svezia, Ungheria e Regno Unito.

(12) Secondo il Rapporto «Un'analisi comparativa dell'analisi di impatto della regolazione in dieci Stati dell'Unione Europea» curato dal Formez e di prossima pubblicazione, i requisiti essenziali per la valutazione degli impatti della regolazione (di seguito AIR) possono essere così riassunti:

- un'AIR richiesta ed effettivamente applicata almeno per alcune misure di elevato impatto nella fase pilota, e normalmente per tutte le misure ad elevato impatto successivamente;

- un'appropriata definizione dei problemi;

- l'identificazione degli obiettivi di *policy* in modo tale da evitare ambiguità, vaghezze e contraddizioni (il che significa risultati attesi espressi in termini fisici, quantitativi, e una esplicita gerarchia tra gli obiettivi);

- l'inizio della valutazione e della consultazione quando la scelta è ancora aperta;

- una consultazione pubblicizzata, ampia e non ritualistica;

- stakeholders* e interessi rilevanti consultati o comunque rappresentati nel processo decisionale;

- tecniche di consultazione appropriate;

- un uso effettivo dei risultati della consultazione;

- un processo di valutazione di impatto ufficialmente suddiviso in fasi diverse, e almeno alcune di esse rese obbligatorie;

- un'effettiva considerazione di una pluralità di opzioni regolative;

- una valutazione di impatto *ex ante* di ciascuna opzione rilevante attraverso un metodo esplicito e usato in modo coerente;

- una descrizione e il più delle volte una quantificazione degli effetti;

degli impatti della regolazione – nazionale e comunitaria –, nell'ambito dei principi, procedure e tecniche di analisi di impatto presenti nei vari ordinamenti nazionali, anche al fine di arrivare alla definizione di una metodologia comune così come previsto dall'Accordo interistituzionale «Legiferare meglio» del 2003.

La seconda fase del progetto, invece, consisterà in una comparazione fra le valutazioni di impatto che saranno effettuate dagli Stati membri su una proposta di direttiva europea di cui anche la Commissione europea abbia effettuato una propria valutazione di impatto.

Infine, è opportuno segnalare poi le conclusioni del Consiglio europeo del marzo 2004, che hanno assegnato al tema del miglioramento della regolamentazione, sul piano sia europeo che nazionale, un ruolo prioritario per dare impulso alla competitività e alla produttività dei Paesi membri dell'Unione. In particolare, il Consiglio ha accolto con favore l'iniziativa in materia di *ristrutturazione della regolazione* dei Ministri ECOFIN delle quattro Presidenze del biennio 2003-2004, che si sono impegnati a stabilire un programma di azioni a sostegno di tali obiettivi. A tal fine, ha invitato, da un lato, le istituzioni comunitarie a lavorare insieme, secondo quanto previsto dall'Accordo Interistituzionale «Legiferare meglio» del 2003, dall'altro, gli Stati membri ad impegnarsi ad accelerare l'attuazione delle iniziative nazionali di riforma della regolamentazione (13).

#### *La qualità della regolazione in ambito nazionale.*

Come chiarito in precedenza, le iniziative intraprese in ambito europeo in tema di qualità delle regole non hanno inciso unicamente sul versante comunitario, ma hanno condotto ad importanti esperienze di riforma dei sistemi di regolamentazione dei paesi membri, sia a livello nazionale che regionale.

---

una stima della conformità attesa per ciascuna opzione rilevante;  
l'impatto sulle organizzazioni responsabili dell'implementazione;  
la raccomandazione di una opzione preferibile (o più), o almeno l'esclusione delle opzioni indesiderabili.

(13) Alla luce di strategie concordate nel Consiglio europeo del marzo 2004, la Commissione europea si sta attualmente impegnando a svolgere procedure di analisi degli impatti economici, sociali ed ambientali delle sue proposte normative; a perfezionare tale strumento, in particolare sotto il profilo della competitività; e a definire, in collaborazione con il Consiglio, un metodo per quantificare gli oneri amministrativi che gravano sulle imprese.

Inoltre, conformemente alle strategie concordate nell'ultima sessione del Consiglio Europeo, il Consiglio Competitività e Crescita del 17/18 maggio 2004 si è concluso con l'impegno da parte degli Stati Membri ad individuare le aree prioritarie per la semplificazione della legislazione europea, al fine di raggiungere un accordo entro l'anno. Data l'importanza della iniziativa, il Regno Unito e l'Italia, attraverso il *Cabinet Office* ed il Dipartimento della Funzione Pubblica, hanno concordato una cooperazione bilaterale per la semplificazione della legislazione europea, proponendosi di svolgere un ruolo di impulso nell'elaborazione delle proposte di semplificazione, in modo da pervenire all'individuazione di una serie di direttive o regolamenti che, per la loro complessità o eccessiva onerosità per i cittadini e le imprese, possano costituire ambiti prioritari di semplificazione.

Con specifico riferimento all'ordinamento italiano, le riforme della regolazione si sono sviluppate seguendo essenzialmente due linee direttrici, ovvero quella della semplificazione delle norme e delle procedure amministrative e quella dell'analisi di impatto della regolazione.

#### *La semplificazione normativa*

La semplificazione normativa ha come obiettivo la sostituzione di un quadro normativo complesso, incerto ed oscuro con un quadro normativo chiaro, semplice e facilmente conoscibile dai suoi destinatari.

Proprio quest'ultimo aspetto risulta direttamente collegato al processo di revisione complessiva del *corpus* normativo avviato con l'approvazione, nel settembre 2003, della terza legge di semplificazione.

Tale atto prevede lo sfolgimento di numerose disposizioni normative e procedimenti amministrativi, favorendo la semplificazione dei rapporti dei cittadini e delle imprese con la pubblica amministrazione. La terza legge di semplificazione, infatti, determina, da un lato, l'eliminazione delle attività pubbliche di regolazione che comprimono le libertà imprenditoriali, dall'altro, la semplificazione delle funzioni regolatorie non restrittive.

Elemento innovativo della terza legge di semplificazione è il ricorso ad interventi di riassetto normativo per materia, attraverso la predisposizione di codici, contenenti le norme primarie di disciplina degli aspetti sostanziali e procedurali.

Lo strumento del codice permette di riorganizzare e disciplinare un'intera materia, fornendo ai privati ed agli interpreti un quadro completo e accessibile della normativa ed abrogando un numero elevato di leggi. I codici per materia sono altresì orientati all'attuazione di politiche di deregolamentazione, attraverso l'arretramento dell'intervento pubblico in determinati settori.

La codificazione è un'esperienza diffusa anche in altri paesi europei, quali la Francia, dove si è scelto di adottare un modello di codificazione «a diritto costante», ai fini di rendere più comprensibile la normativa attuale, nonché negli Stati Uniti, dove il «Codice delle leggi generali», a partire dal 1926, è aggiornato ogni sei anni (14).

Nell'esperienza italiana più recente, pervenendo ad un vero e proprio «riassetto» normativo, si è compiuto un deciso passo in avanti rispetto alla logica delle semplici raccolte normative meramente compilative.

#### *La semplificazione amministrativa.*

La semplificazione amministrativa, è volta a ridurre gli adempimenti richiesti ai privati nell'ambito di determinati procedimenti amministrativi. A tale riguardo, è da segnalare che negli ultimi anni sono stati conseguiti importanti risultati, mediante l'elaborazione di strategie di *policy* mirate.

---

(14) Per l'esperienza di codificazione in Francia e negli Stati Uniti, vds. «*Regulatory Reform in France*» (2004), «*Regulatory Reform in the United States*» (1999), OECD.



Nell'elaborazione e attuazione di tali strategie, un ruolo determinante è stato svolto dal Dipartimento della Funzione Pubblica, per mezzo di un'azione di coordinamento volta a sostenere il processo di semplificazione.

Gli interventi normativi hanno riguardato la semplificazione degli adempimenti amministrativi per le imprese. In particolare, grande attenzione è stata dedicata all'attivazione degli sportelli unici, mediante il finanziamento di progetti che hanno interessato numerose amministrazioni con elevati bacini di utenza. Tali interventi si sono tradotti in riduzioni assai marcate tanto dei tempi quanto dei costi delle procedure (15).

Infine, il nuovo assetto costituzionale scaturito dalla recente riforma del titolo V della Costituzione ha spostato il baricentro della produzione di regole amministrative dallo Stato alle amministrazioni regionali e locali.

I nuovi statuti regionali sono chiamati a fissare le nuove regole in materia di organizzazione amministrativa regionale e a codificare i principi informatori dell'attività della regione. Lo statuto regionale appare, dunque, lo strumento più appropriato per evitare che il federalismo porti ad un eccesso di regolamentazione e ad una frammentazione dei mercati diversi da regione a regione (16).

#### *L'analisi di impatto della regolamentazione.*

La seconda linea direttrice per la riforma della regolamentazione riguarda l'analisi di impatto della regolazione, di cui l'OCSE ha fortemente raccomandato l'introduzione nei Paesi membri.

Proprio grazie all'intenso scambio di esperienze in sede internazionale, l'analisi di impatto della regolazione è già stata avviata, almeno in via sperimentale, in un buon numero di Paesi europei. Anche a livello di istituzioni comunitarie, la stessa Commissione Europea e – a seguito dell'attuazione dell'Accordo Interistituzionale «Legiferare meglio» del 2003 – il Consiglio ed il Parlamento Europeo hanno adottato lo strumento dell'analisi di impatto in tema di legislazione comunitaria.

A livello europeo, così come a livello nazionale, è infatti possibile che in alcune circostanze, si corra il rischio di un eccesso di regolamentazione (*i.e.* norme troppo numerose, inutilmente dettagliate, invadenti, restrittive della libertà d'azione). A tale obiettivo, dunque, va ricondotta la funzione dell'Analisi di Impatto: stabilire *ex ante* se un intervento normativo sia necessario e se quest'ultimo sia la soluzione più indicata, garantire la scelta dell'opzione regolativa migliore, ed effettuare una valutazione dell'impatto sull'organizza-

---

(15) Per una analisi degli effetti economici dell'introduzione dello sportello unico sull'organizzazione e sul funzionamento della pubblica amministrazione, cfr. *Sportello Unico, gli effetti economici e amministrativi di una innovazione*, a cura di Formez, anno 2003.

(16) A tal fine, il Dipartimento della Funzione Pubblica ha avviato, in collaborazione con il Formez, un programma pluriennale sul tema della semplificazione normativa, che interesserà le Regioni e le amministrazioni locali.

zione delle amministrazioni pubbliche e sull'attività dei cittadini e delle imprese, utilizzando tecniche e strumenti di indagine, quali per esempio l'analisi costi-benefici.

In Italia, peraltro, l'introduzione dello strumento dell'analisi di impatto (AIR) rende evidente la necessità di adeguare le competenze dei pubblici funzionari alle nuove esigenze di qualità della regolazione.

In conclusione, alla luce di quanto esposto, emerge che le politiche per il miglioramento della qualità della regolazione sono state, ormai da anni, sempre più condizionate da *standards* e regole poste da organismi internazionali o sovranazionali.

Questo fattore di condizionamento esterno ha portato a considerare, all'interno dei singoli ordinamenti statuali, il tema della qualità della regolazione come un obiettivo di *policy* condiviso e da perseguire in modo costante. Per tali ragioni, è necessario che il miglioramento della qualità della regolazione non si limiti alla realizzazione di un progetto puntuale, destinato esaurirsi in un'unica fase, ma al contrario, che sia perseguito mediante un processo continuo, progressivo e oggetto di continua valutazione e correzione.

*Federico Basilica (\*)*

---

(\*) Avvocato dello Stato – Capo del Dipartimento Funzione Pubblica.

## I GIUDIZI IN CORSO ALLA CORTE DI GIUSTIZIA CE

**Causa C-392/02 (Commissione c/ Regno di Danimarca) – Ricorso della Commissione contro il Regno di Danimarca** – Violazione dell'art. 10 del Trattato CE e gli artt. 2 e 8 della decisione del Consiglio 31 ottobre 1994, 94/728/CE, Euratom, relativa al sistema delle risorse proprie delle Comunità Europee (ct. 33298/03, avv. dello Stato G. De Bellis) (1).

### IL FATTO

Con ricorso proposto ai sensi dell'art. 226 CE, la Commissione delle Comunità Europee ha adito la Corte di Giustizia allo scopo di far constatare che «non avendo le autorità danesi messo a disposizione della Commissione l'importo di 140.409,60 DKK di risorse proprie e i relativi interessi di mora calcolati a partire dal 20 dicembre 1999, il Regno di Danimarca ha mancato agli obblighi che gli incombono ai sensi del diritto comunitario e, in particolare, non ha tenuto conto dell'articolo 10 del trattato CE e degli articoli 2 e 8 della decisione n. 94/728/CE, Euratom del 31 dicembre 1994, relativa al sistema delle risorse proprie della Comunità».

La vicenda trae origine da operazioni di importazione in Danimarca, di merce proveniente dalla Repubblica Popolare Cinese effettuate fino alla fine del 1995.

Tale merce veniva inizialmente rivenduta dall'acquirente ad un grossista danese titolare di una autorizzazione ad importare ad aliquota nulla a causa della destinazione finale del prodotto importato. L'importazione avveniva pertanto con l'applicazione di un'aliquota nulla.

Dal 1° gennaio 1996 la ditta acquirente decideva di procedere per suo conto alle formalità di sdoganamento (in precedenza effettuate dal grossista).

Nonostante la ditta non fosse in possesso della autorizzazione che consentiva l'esenzione dal dazio, la merce veniva importata con aliquota nulla.

Il 12 maggio 1997 le autorità doganali di Vejle rettificarono due dichiarazioni doganali, ritenendo che dovessero essere applicati dazi nella misura del 16,8%. Successivamente, a richiesta della ditta, le autorità doganali di Ballerup correggevano le rettifiche riconoscendo ancora l'esenzione dal dazio.

Proprio a causa di tale comportamento che aveva creato un legittimo affidamento in capo alla ditta, con decisione del 19 luglio 1999 la Commissione accoglieva la richiesta delle autorità danesi di rinunciare alla contabilizzazione dei dazi a posteriori per un importo di 140.409,60 DKK, ritenendo che l'errore commesso dalla dogana di Ballerup non era ragionevolmente individuabile dalla ditta.

---

(1) Le osservazioni del Governo italiano nella presente causa sono state per errore riportate nel fascicolo n. 1/04, pag. 184, in relazione ad altra controversia (C-233/03). Si provvede ora a ripubblicarle con la causa.

Con lettera del 21 ottobre 1999 la Commissione ha però invitato le autorità danesi a mettere a disposizione il suddetto importo di 140.409,60 DKK trattandosi di risorse proprie della Comunità la cui omessa acquisizione era imputabile ad un errore delle autorità doganali dello Stato medesimo.

A seguito del rifiuto di corrispondere le somme, la Commissione ha proposto ricorso alla Corte di Giustizia al quale ha resistito il Regno di Danimarca.

Con ordinanza del 6 maggio 2003 il Presidente della Corte, viste le richieste di intervento in giudizio a sostegno delle conclusioni della Danimarca formulate da sei stati membri (Paesi Bassi, Germania, Belgio, Portogallo, Svezia e Italia), ammetteva tutti gli interventi ed in seguito veniva fissato al 25 settembre 2003 il termine per il deposito di memorie.

Nel suo ricorso, la Commissione sostiene che gli errori compiuti dagli Stati membri in sede di acquisizione di risorse proprie della Comunità, allorché si verifichi la perdita delle risorse medesime imputabile ad un errore delle autorità nazionali, permane l'obbligo di corrispondere comunque l'importo corrispondente alle risorse non incamerate, con gli eventuali interessi moratori.

Secondo la Commissione una simile conseguenza troverebbe il suo fondamento nelle seguenti disposizioni:

- l'art. 10 CE;
- l'articolo 8 della decisione del Consiglio del 31 ottobre 1994 n. 94/1972 8/CE, EURATOM (all'epoca applicabile);
- l'art. 17 del Reg.(CEE-EURATOM) 1552/89.

Il Regno di Danimarca contesta la tesi della ricorrente sostenendo che a tutt'oggi non esiste alcun fondamento normativo che giustifichi la pretesa della Commissione.

#### LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

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.

*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».*

*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.*

*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.*

*Né una simile disposizione può ritenersi ricompresa nell'articolo 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)».*

*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.*

*Una simile previsione avrebbe potuto semmai essere contenuta nelle disposizioni che in base al successivo paragrafo 2 (2) dovevano essere adottate dal Consiglio su proposta della Commissione per l'attuazione della stessa decisione 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.*

*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 (3).*

*Anche l'articolo 17 del Reg. (CEE-EURATOM) n. 1552/89 recante «applicazione della decisione 88/376/CEE/Euratom relativa al sistema delle risorse pro-*

(2) 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 necessario 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 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 PXL, e fatti salvi i controlli organizzati a norma dell'articolo 279, lettera e), del trattato CE e dell'articolo 183, lettera e), del trattato Euratom, il Consiglio, che delibera all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, adotta le

prie delle Comunità», pure invocato dalla Commissione come base giuridica a fondamento dell'asserita responsabilità del Governo danese, non contiene una espressa previsione al riguardo.

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».

Analoghe disposizioni sono contenute nell'articolo 17 del Reg. (CE--Euratom) n. 1150/2000 (4), recante «applicazione della decisione 94/728/CE/-Euratom, relativa al sistema delle risorse proprie della Comunità» (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale C.E. 31 maggio 2000, n. L 130. Entrato in vigore il 31 maggio 2000).

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.

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

---

disposizioni necessario 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».

(4) L'articolo 17 del Reg. 1150/2000 dispone ai paragrafi 1 e 2 «1. Gli Stati membri sono tenuti a prendere tutte le misure necessario affinché gli importi corrispondenti ai diritti accertati in conformità dell'articolo 2 siano messi a disposizione della Commissione alle condizioni previste 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 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».

*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) 2913/92.*

*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».*

*Ma una volta escluso l'obbligo di contabilizzazione non risulta più applicabile l'art. 17 paragrafo 2 del Reg. n. 1552/89 che, come si è detto, presuppone l'avvenuta registrazione.*

*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. 1552/89), 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.*

*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.*

*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.*

*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)».*

*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.*

*Come è confermato dalla stessa Commissione, la maggior parte degli Stati è favorevole alla seconda soluzione.*

*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-493/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Commercio illegale sostanze stupefacenti - Estradizione - Art. 54 del Trattato di Schengen - Principio *non bis in idem* - Ordinanza della *Cour d'appel* (Francia), emessa il 4 novembre 2003 e notificata l'8 gennaio 2004 (cs. 5566/04, avv. dello Stato G. Aiello).**

#### IL FATTO

I fatti imputati al sig. Hiebler riguardano l'invio di sostanze stupefacenti dagli Stati Uniti in Germania, Paese nel quale tali sostanze hanno transitato prima di essere convogliate in Italia, destinazione finale dell'operazione; si pone quindi la questione se il trasporto e la vendita di una stessa quantità di sostanze stupefacenti punibili sia in Germania sia in Italia, debbano essere considerati come un solo reato o come reati distinti.

Si pone, altresì, la questione se la Francia, Stato destinatario della richiesta di estradizione dell'Italia, possa fondare sull'art. 54 della Convenzione di Schengen il diritto di rilevare che la persona ricercata nell'ambito di una procedura di estradizione da un altro Stato contraente, lo Stato italiano, sia già stata condannata con sentenza definitiva per gli stessi fatti in un terzo Stato contraente, la Repubblica federale di Germania, Stato terzo al procedimento di estradizione, e di rifiutare per tale ragione, in virtù del principio «*non bis in idem*», di concedere l'estradizione.

#### I QUESITI

1. – Se il trasporto e la vendita di una stessa quantità di sostanze stupefacenti debbano essere considerati fattispecie diverse a seconda che intervengano all'interno di un solo Stato membro o avvengano da uno Stato membro ad un altro.

2. – Se l'importazione in uno Stato membro di una stessa quantità di sostanze stupefacenti e il suo trasporto a breve termine in un altro Stato membro costituiscano una stessa fattispecie o fattispecie differenti.

3. – Se l'art. 54 della Convenzione di Schengen del 19 giugno 1990 autorizzi uno Stato membro contraente cui sia stata rivolta una richiesta di estradizione ad eccepire il principio «*non bis in idem*», sussistendo i presupposti di applicazione dello stesso, anche qualora la condanna definitiva opposta per bloccare un'azione penale non sia stata pronunciata in tale Stato ma in un altro Stato contraente.

4. – Se il divieto stabilito dalle disposizioni dell'art. 54 della Convenzione di Schengen si opponga all'esecuzione di una sentenza di condanna pronunciata in uno Stato membro prima dell'entrata in vigore della detta convenzione.

5. – Se la fattispecie di reato di spaccio di quantità non minime di sostanze stupefacenti illecite, prevista e repressa dalle pertinenti disposizioni tedesche sugli stupefacenti tuteli gli stessi interessi giuridici o interessi giuridici diversi da quelli tutelati dalla figura di reato di importazione, detenzione illecita e cessione di quantità non minime e in parti ingenti di sostanze stupefacenti, prevista e repressa dalle pertinenti disposizioni italiane artt. 71, 72, 74 commi 1, n. 2, e 2, e 75 della legge italiana 22 dicembre 1975, n. 685/1975, e dagli artt. 81, 56 e 110 del codice penale italiano).



## NOTA

«Il Ministero della Giustizia informa che in data 9 dicembre 2003 l'Ufficio II della Direzione Generale della Giustizia Penale ha richiesto al collaterale Ministero Federale della Giustizia tedesco l'attestazione dell'avvenuta estinzione della pena irrogata dal Tribunale degli Scabini presso la Pretura di Monaco contro Hiebler André Rochus, e che, a riscontro della predetta richiesta, quel Ministero con nota del 9 gennaio 2004, ha confermato l'avvenuta esecuzione della pena inflitta allo Hiebler.

In conseguenza di ciò in data 23 gennaio 2004 l'ufficio II della Direzione Generale ha disposto il ritiro delle domande di estradizione avanzate agli Stati francese, olandese e polacco, nonché la revoca della diffusione delle ricerche a livello internazionale del soggetto già estradando.».

**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 e notificata il 9 febbraio 2004 (cs. 13179/04, avv. dello Stato G. De Bellis).**

## IL FATTO

La controversia verte sulla modalità di calcolo della percentuale di deduzione nel sistema comune di imposta sul valore aggiunto.

La società portoghese ricorrente, Antonio Jorge Lda, dedita all'esercizio di attività di edilizia civile e di opere pubbliche, propone ricorso avverso la sentenza del Tribunale tributario di primo grado che ha accolto, in parte, l'impugnazione proposta in sede giurisdizionale avverso la decisione che dispone la liquidazione di un supplemento di IVA, e degli interessi compensativi relativi agli anni dal 1994 al 1997, da parte dell'impugnante, adducendo, a motivo del ricorso, 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 prorata 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) 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.

**Causa C-542/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) - Restituzione all'esportazione - Prodotto diverso da quello dichiarato ma ad esso assimilato - Regolamento (CE) n. 1222/1994 - Ordinanza del *Bundesfinanzhof* (Germania), emessa il 18 novembre 2003 e notificata il 4 maggio 2004 (cs. 28135/04, avv. dello Stato G. De Bellis).**

#### IL FATTO

Il quesito è sorto nell'ambito di una controversia nella quale l'agenzia delle dogane di Amburgo ha richiesto il rimborso delle restituzioni all'esportazione concesse alla società *Milupa GmbH & Co. KG*, sulla considerazione che la dichiarazione da questa rilasciata, al momento dell'esportazione, relativa alle merci oggetto di scambio, non fosse corretta.

#### IL QUESITO

Se l'art. 7, n. 1, primo comma, seconda frase, e n. 5 del regolamento n. 1222/1994, vada interpretato nel senso che l'interessato non ha diritto alla concessione di una restituzione all'esportazione, qualora per la produzione della merce esportata non sia stato utilizzato il prodotto da lui stesso dichiarato, bensì un altro prodotto, sebbene, ai sensi dell'art. 1, n. 2, lett. c), primo trattino, e lettera f), primo trattino, del detto regolamento, entrambi i prodotti, il latte scremato fresco e quello concentrato, siano assimilati al latte scremato in polvere del tipo individuato nell'allegato A.

**Cause C-544/03 e C-545/03 (domande di pronuncia pregiudiziale) – Imposta su infrastrutture di comunicazioni mobili e personali – Libera prestazione dei servizi – Art. 49 CE – Nozione di «restrizione» di cui all'art. 3-*quater* della direttiva 90/388/CEE inserito dalla direttiva 96/2/CE – Sentenze del «*Conseil d'Etat*» (Belgio) emesse il giorno 8 dicembre 2003, notificate il 17 marzo 2004 (cs. 20808 e 20809/04, avv. dello Stato A. Cingolo).**

#### IL FATTO

In entrambi i ricorsi, promossi da due distinte società (*S.A. Mobistar e Belgacom Mobile SA*), si richiede l'annullamento del regolamento tributario che ha istituito: a) nel Comune di *Fléron* un'imposta sui tralicci, pali ed antenne di diffusione per GSM, e b) nel Comune di *Schaerbeek*, un'imposta sulle antenne esterne (paraboliche e ripetitori GSM o di altro tipo).

Le ricorrenti, per quanto qui interessa, fanno riferimento all'art. 49 CE, che vieta ogni restrizione alla libera prestazione dei servizi, e che si pone come fondamento primo della direttiva 96/2/CE, e richiamano, altresì l'art. 3-*quater* della direttiva 90/388/CEE che richiede agli Stati membri di provvedere «*affinché sia rimossa ogni restrizione per i gestori dei sistemi di comunicazioni mobili e personali in relazione all'installazione delle loro infrastrutture...*»; le ricorrenti ritengono che i regolamenti tributari impugnati rap-

presentino una restrizione allo sviluppo delle loro reti di telefonia e telecomunicazioni mobili e che la tassa contestata rientri nella categoria finanziaria delle restrizioni vietate.

Da parte loro i Comuni convenuti ritengono che il termine *restrizione*, di cui al precitato art. 3-*quater*, si riferisca esclusivamente alle restrizioni tecniche della possibilità per i gestori di sistemi di comunicazioni mobili e personali di dotarsi di infrastrutture proprie.

Il giudice *a quo* ritiene che per valutare se i regolamenti tributari impugnati siano o meno contrari alla direttiva 96/2/CE, laddove essa vieta le restrizioni allo sviluppo delle reti di comunicazioni mobili, occorre chiarire la nozione di «restrizione», peraltro non definita né all'art. 1 né all'art. 3-*quater* della direttiva 90/388/CEE. Egli esprime il ragionevole dubbio che l'art. 3-*quater* possa riguardare anche misure fiscali applicabili alle infrastrutture di comunicazioni mobili e, pertanto, rimette alla Corte le questioni pregiudiziali sopra indicate.

#### I QUESITI

1. — Se l'art. 49 CE debba essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa di un'autorità nazionale o di un ente locale che introduca un'imposta sulle infrastrutture di comunicazioni mobili e personali utilizzate nell'ambito dello sfruttamento delle attività previste nelle licenze e nelle autorizzazioni;

2. — se l'art. 3-*quater* della direttiva 90/388/CEE, nella parte in cui riguarda la rimozione di «ogni restrizione», osti a una normativa di un'autorità nazionale o di un ente locale che introduca un'imposta sulle infrastrutture delle attività previste nelle licenze ed autorizzazioni.

**Causa C-1/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Procedura di insolvenza – Apertura della procedura – Giudice competente – Trasferimento del centro degli interessi principali del debitore – Art. 3, n. 1, primo periodo, Regolamento (CE) n. 1346/00 – Ordinanza del «Bundesgerichtshof» (Germania) emessa il 27 novembre 2003, notificata il 2 marzo 2004 (cs. 14785/04, avv. dello Stato A. Cingolo).**

#### IL FATTO

La situazione, oggetto della causa controversa, configura una fattispecie non disciplinata dall'art. 3 del Regolamento (CE) del Consiglio 29 maggio 2000, n. 1346, che individua le regole di definizione della competenza del giudice relativamente all'apertura di una procedura di insolvenza a livello internazionale, in quanto al paragrafo 1, primo periodo, afferma che «*sono competenti ad aprire la procedura di insolvenza i giudici dello Stato nel cui territorio è situato il centro degli interessi principali del debitore*».

Per l'individuazione della nozione di «*centro degli interessi principali*», il tredicesimo considerando del medesimo Regolamento afferma che per esso «*si dovrebbe intendere il luogo in cui il debitore esercita in modo abituale e, pertanto, riconoscibile dai terzi, la gestione dei suoi interessi*».

Nel caso di specie la debitrice, esercente a titolo di impresa individuale attività di commercio di apparecchi ed accessori di telecomunicazione, presentava domanda di apertura del procedimento di insolvenza sul proprio patrimonio e trasferiva, poi, il centro dei suoi interessi principali in un altro

Stato membro prima che fosse adottata la decisione definitiva sull'apertura del procedimento, più precisamente, nel periodo intercorrente tra il momento di presentazione della domanda di apertura del procedimento al giudice di primo grado (6 dicembre 2001) e quello dell'impugnazione della decisione del Tribunale che respingeva tale domanda (10 aprile 2002).

#### IL QUESITO

Se il giudice dello Stato membro in cui sia stata proposta la domanda di avvio del procedimento di insolvenza resti competente a decidere in merito all'apertura del procedimento di insolvenza quando il debitore, successivamente alla proposizione della domanda ma anteriormente all'apertura del procedimento stesso, abbia trasferito il centro dei propri interessi principali nel territorio dell'altro Stato membro; ovvero se la competenza venga trasferita al giudice dello Stato membro di destinazione.

**Cause C-3/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Nozione di agente commerciale – Contratti di agenzia – Noleggio di una nave – Intermediario intervenuto nella conclusione di un unico contratto prorogato ogni anno – Direttiva 86/653/CEE – Ordinanza del «Rechtbank» (Paesi Bassi) emessa il 10 dicembre 2003, notificata il 18 febbraio 2004 (cs. 16798/04, avv. dello Stato A. Cingolo).**

#### IL FATTO

Nel caso di specie la società Poseidon (ricorrente), faceva da intermediaria nel noleggio della nave «Harns», successivamente ribattezzata «Marianne», di proprietà della società armatrice «Marianne» (convenuta), cor la società Maritramp. Tranne che in due occasioni dimostrabili le trattative annuali riguardo alla proroga del contratto di noleggio sono state spesso condotte direttamente tra la Marianne e la Maritramp. La ricorrente trascriveva il risultato delle trattative annuali relative alla proroga del *time-charter* (noleggio a tempo) in una cosiddetta clausola aggiuntiva. Essa dal 1994 al 2000 ha ricevuto una provvigione (commissione) pari al 2,5% del nolo per il *time-charter*, ed un corrispettivo (separato) per curare la parte amministrativa relativa alle retribuzioni del personale di bordo dell'impresa armatrice convenuta.

La Poseidon nella domanda giudiziale chiede un risarcimento dei danni in quanto, con riguardo al contratto di agenzia, non è stato osservato il termine di preavviso previsto dalla legge ed essa ha perso la commissione. Inoltre, la Poseidon chiede il pagamento di un'indennità di clientela e infine un risarcimento per le attività amministrative per le retribuzioni del personale di bordo, che non rientrano nell'asserito contratto di agenzia. La parte più consistente della pretesa viene fondata sulla sussistenza di un contratto di agenzia tra le parti.

La società armatrice convenuta contesta tale domanda. Per essa non sussisterebbe un contratto di agenzia. Come si evince dalla formulazione dell'art. 7:428 del codice civile olandese elemento caratteristico di un contratto di agenzia è che durante un certo periodo venga effettuata una intermediazione ai fini della conclusione dei contratti e che per tale intermediazione sia pagato un compenso. Nella fattispecie la Poseidon ha effettuato l'intermediazione esclusivamente per la conclusione di un contratto, vale a dire il con-

tratto di noleggio, che è stato più volte prorogato. Ciò non costituirebbe intermediazione ai sensi del suindicato articolo del codice civile, in quanto in un contratto di agenzia la quantità dei contratti per i quali si effettua l'intermediazione è un elemento centrale. Secondo la convenuta l'affermazione della ricorrente che il contratto di noleggio è stato prorogato annualmente con la sua mediazione non appare veritiera, in quanto la ricorrente si limitava soltanto a mettere per iscritto, in una clausola aggiuntiva, il risultato delle trattative. La preparazione di una clausola aggiuntiva rientra, a giudizio della convenuta, nella prestazione di servizi amministrativi e non ha nulla a che vedere con attività di intermediazione, permanente e non occasionale, ovvero di agenzia.

#### I QUESITI

1. — Se si tratti di un agente commerciale, ai sensi della direttiva 86/653/CEE, nel caso di un intermediario indipendente che è intervenuto nella conclusione di un unico contratto (*charter* di una nave o noleggio) (e non di molteplici contratti), prorogato ogni anno e in cui, relativamente alla proroga del noleggio, le trattative sono state condotte dal proprietario della nave e da un terzo (tranne che, per il periodo 1994-2000, nel 1999) e il loro risultato è messo per iscritto in una clausola aggiuntiva ad opera dell'intermediario;

2. — se per la soluzione alla questione 1 sia inoltre rilevante, laddove sia necessario valutare se si tratti di un contratto di agenzia, che sia stato pagato per anni un compenso (provvigione) pari al 2,5% del nolo e/o che nell'art. 7, n. 1, della direttiva si menziona una «operazione (...) conclusa» e che sussiste un diritto alla provvigione «quando l'operazione è stata conclusa con un terzo che [l'intermediario] aveva precedentemente acquisito come cliente per operazioni dello stesso tipo»;

3. — se per la soluzione della questione 1 sia rilevante che nell'art. 17 della direttiva si parli di «clienti» e non di cliente.

**Causa C-39/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) - Imposte sulle società - Credito d'imposta per la ricerca - Residenza - Restrizioni alla libera prestazione dei servizi - Art. 49 CE - Sentenza del *Tribunal Administratif* di Digione (Francia), emessa il 2 dicembre 2003, notificata il 10 marzo 2004 (es. 18123/04, avv. dello Stato G. De Bellis).**

#### IL FATTO

La società francese SA Laboratoires Fournier, con sede a Chenôve (Côte d'Or) chiede al Tribunale di dichiarare lo sgravio delle maggiorazioni d'imposta sulle società cui è stata assoggettata per gli esercizi 1995 e 1996, oltre ai relativi interessi di mora, con condanna dello Stato a versarle 23 920 F ai sensi dell'art. L761-1 del codice di giustizia amministrativa e 100 F a titolo rimborso affrancatura.

Detta società di produzione e vendita di specialità farmaceutiche fu oggetto di verifica contabile tra il 20 gennaio 1998 e il 1 dicembre 1998 relativa al periodo 1° gennaio 1995 - 31 dicembre 1996, in esito alla quale le venivano notificati avvisi d'accertamento relativi al credito d'imposta per la

ricerca di cui aveva beneficiato con riguardo all'imposta sulle società per il summenzionato periodo; a seguito di tali avvisi la tesoreria di Chenôve emanava, in data 30 settembre 1999, avviso di liquidazione.

La società proponeva opposizione il 4 febbraio 2000, respinta il 25 luglio dell'anno seguente. La società chiedeva lo sgravio delle maggiorazioni d'imposta sulle società nonché gli interessi di mora risultanti dagli avvisi.

Il punto è la conformità delle disposizioni fiscali applicabili alle disposizioni di cui all'art. 49 CE.

#### I QUESITI

1. – Se le disposizioni del codice generale delle imposte, nella parte in cui riservano alle operazioni di ricerca compiute in Francia il beneficio di un credito di imposta per la ricerca, siano in contrasto con le disposizioni di cui all'art. 49 CE;

2. – in caso di risposta affermativa alla prima questione, occorre accertare se la condizione secondo cui le operazioni di ricerca previste dalle dette disposizioni devono essere realizzate in Francia sia in linea con il principio di coerenza dell'imposta sulle società e consenta, pertanto, di derogare alle disposizioni di cui all'art. 49 CE.

**Cause C-40/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Libera circolazione delle merci – Restrizioni quantitative e misure ad effetto equivalente – Requisiti di sicurezza di macchinari – Artt. 10, 28 e 30 CE – Direttiva 98/37/CE – Domanda di pronuncia pregiudiziale emessa il 30 gennaio 2004 dalla Corte Suprema finlandese, notificata il 25 marzo 2004 (cs. 22621/04, avv. dello Stato A. Cingolo).**

#### IL FATTO

Il giudizio è sorto a seguito di ricorso in cassazione presentato dal direttore generale e rappresentante di una società finlandese avverso la sentenza che lo condannava per i reati di violazione della sicurezza sul lavoro e lesione colposa, per aver omesso di controllare che un macchinario munito del marchio CE, importato dalla Francia dalla società da lui diretta e successivamente messo in circolazione ed impiegato sul lavoro, risultato difettoso al punto da cagionare un grave infortunio ad un lavoratore, fosse stato progettato e fabbricato in conformità alle vigenti disposizioni in materia.

Nel ricorso si contesta, fra l'altro, la legittimità della normativa nazionale vigente per contrasto con le su richiamate disposizioni di diritto comunitario, il che ha indotto il giudice di rinvio a sollevare la questione oggetto del presente giudizio pregiudiziale.

#### I QUESITI

1. — Quali limitazioni pone il diritto comunitario, tenendo conto specialmente della direttiva 98/37/CEE nonché degli artt. 28 e 30 del Trattato CE, agli obblighi che il diritto nazionale può imporre all'importatore (o ad un altro distributore) di una macchina munita della marcatura CE, con riguardo alle caratteristiche relative alla sicurezza della macchina

- prima di un'ulteriore vendita e
- dopo la medesima.

2. — Si spera in particolare che venga chiarito:

a) in quale estensione ed a quali condizioni gli obblighi di azione e di controllo posti a carico dell'importatore (o altro distributore) di una macchina munita della marcatura CE in rapporto alla sicurezza della macchina stessa possano considerarsi leciti sotto il profilo del diritto comunitario;

b) se ed in quale misura la valutazione, in rapporto al diritto comunitario, degli obblighi posti a carico dell'importatore (o di altro distributore) dipenda dalla questione di quali lacune concernenti la sicurezza della macchina si tratti;

c) se ed in caso di risposta affermativa, in quale misura il disposto dell'art. 40 della *työturvallisuuslaki* di cui al punto 10 *supra* sia in contrasto con il diritto comunitario, tenuto conto delle conseguenze di diritto penale e relative all'obbligo di risarcimento dei danni descritte ai punti 12-15 *supra*, che derivano dall'inosservanza del disposto medesimo.

**Causa C-41/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) - IVA - Pacchetto *software* - Installazione - Cessione di bene o prestazione di servizio - Artt. 2, n. 1, 5, n. 1, 6, n. 1, 9, n. 1, sesta direttiva 77/388/CEE - Sentenza della *Hoge Raad der Nederlanden*, emessa il 30 gennaio 2004 dalla Corte di Cassazione dei Paesi Bassi e notificata il 17 marzo 2004 (es. 24430/04, avv. dello Stato G. De Bellis).**

IL FATTO

Giudizio sorto a seguito dell'impugnazione da parte di una società (Levob Verzekeringen B V, O.V. Bank N.V., C.s. con sede in Amersfoort) della sentenza della Corte d'Appello che aveva rigettato il suo ricorso con il quale chiedeva l'annullamento dell'avviso di rettifica IVA notificatele dall'autorità fiscale (*Belastingdienst Grote Ondernemingen di Amsterdam, de Inspecteur*), convenuta nella causa principale, per aver acquistato da una ditta americana un pacchetto *software*, successivamente adattato alle proprie esigenze specifiche, senza aver denunciato nessun importo nella dichiarazione IVA.

Ad avviso della società ricorrente, infatti, la fornitura del *software* doveva qualificarsi come cessione di un bene e, dal momento che era avvenuta in territorio estero, vale a dire negli Stati Uniti, non poteva essere assoggettata ad imposta nei Paesi Bassi. Al più, sostiene in subordine la società ricorrente, si potrebbe ritenere che vi sono state due prestazioni distinte, la cessione di un bene (il pacchetto *software*) e la fornitura di un servizio (la configurazione del pacchetto informatico), nel qual caso solo la seconda andrebbe assoggettata ad IVA essendo la prima, come predetto, avvenuta fuori del territorio olandese. Nella prima ipotesi, l'avviso di rettifica sarebbe integralmente illegittimo, nella seconda, solo nella parte riguardante la cessione del pacchetto *software*.

La Corte d'Appello ha tuttavia rigettato detta tesi sul presupposto che la società ricorrente avrebbe acquistato l'intero pacchetto informatico nei Paesi Bassi nel momento in cui esso le è stato messo a disposizione mediante adattamento alle sue esigenze specifiche, dichiarando che l'IVA era dovuta sull'intero corrispettivo da essa pagato.

Avverso la sentenza della Corte d'Appello la Società ricorrente ha proposto ricorso in Cassazione e nell'ambito di detto giudizio quest'ultimo giudice ha sollevato i quesiti pregiudiziali oggetto della presente causa.

## I QUESITI

1. – Se la sesta direttiva IVA (artt. 2, n. 1, 5, n. 1, e 6, n. 1) debba essere intesa nel senso che un pacchetto *software* (programma *standard* per computer così come elaborato e immesso sul mercato dal titolare della licenza) e l'installazione e le altre prestazioni di servizi (successivi adattamenti del medesimo programma in base alle esigenze dell'acquirente) debbano essere considerate un'unica prestazione o come diverse prestazioni da tenere distinte ai fini IVA.

2. – In secondo luogo, se la cessione del *software* su un supporto magnetico (CD Rom o nastri magnetici) debba essere considerata alla stregua di una cessione di un bene o di una prestazione di un servizio e in quest'ultimo caso in quale luogo tale servizio deve intendersi prestato (art. 9, n. 1, della direttiva).

**Causa C-43/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) - Produttori agricoli - Regime comune forfetario - Imposte sulla cifra d'affari - Attività privatistiche dei pubblici poteri - Esenzione del pagamento dell'imposta sulla cifra d'affari - Regime delle operazioni extra-agricole - Direttiva 77/388/CEE (sesta direttiva IVA) - Art. 25 - Ordinanza del *Bundesfinanzhof* (Germania), emessa il 27 novembre 2003 nella causa *Finanzamt Arnsberg* contro Comune di Sundern, notificata il 10 marzo 2004 (cs. 19474/04, avv. dello Stato G. De Bellis).**

## IL FATTO

Nel caso in specie, il Comune (ricorrente in primo grado e convenuto in Cassazione) possiede superfici forestali per le quali ha percepito, nel periodo 1994-99, entrate derivanti da vendite di legname e sfruttamento delle aree forestali, nonché da affitti dei propri comprensori di caccia che ha trattato come soggette al regime forfetario previsto dalla legge tedesca e perciò non dichiarato ai fini dell'imposta sulla cifra d'affari. Il *Finanzamt* (Ufficio finanziario) ha contestato in sede di verifica d'ufficio, e poi sostenuto nei giudizi che ne sono seguiti, che le citate cessioni non dovevano essere annoverate tra le operazioni a carattere agricolo bensì dovevano essere assoggettate ad imposta in base alle norme generali e quindi ad aliquota ordinaria.

Il *Finanzgericht* (Tribunale finanziario) ha accolto la tesi del ricorrente, ma tale decisione è stata impugnata dall'amministrazione procedente contestando che la nozione di azienda agro-forestale si determina sulla base dei principi giuridici in materia di imposte sul reddito. La cessione in affitto di aree venatorie sarebbe così assoggettata all'imposta ordinaria.

## I QUESITI

1. – Se gli Stati membri che hanno trasposto nel loro ordinamento interno il regime comune forfetario per i produttori agricoli, previsto dall'art. 25 della suddetta direttiva, siano in definitiva legittimati od obbligati ad esonerare gli agricoltori forfetari dal pagamento di imposte sulla cifra d'affari;

2. – in caso di soluzione affermativa della questione *sub* 1), se ciò valga soltanto per le forniture di prodotti agricoli e per le prestazioni di servizi agricoli od anche per altre operazioni effettuate dall'agricoltore forfetario, oppure se le operazioni di altro tipo siano sottoposte alla disciplina generale dettata dalla suddetta direttiva.



**Causa C-46/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) - Imposta di registro - Fusione per incorporazione di società - Direttiva 69/335/CEE - Libera circolazione dei capitali - Ordinanza, notificata l'8 aprile 2004, della Corte Suprema di Cassazione (Italia). (ct. 19476/04, avv. dello Stato G. De Bellis).**

#### IL FATTO

La questione si è posta quando una società italiana ha chiesto il rimborso dell'imposta proporzionale di registro versata in sede di registrazione dell'atto di fusione con due altre società adducendo il contrasto della normativa nazionale con quella comunitaria contenuta nella direttiva 69/335/CEE (e successive modifiche ed integrazioni).

Al riguardo, la società ha fatto osservare che, avendo la direttiva CEE, al fine di promuovere la libertà di circolazione dei capitali e di creare una unione economica avente caratteristiche analoghe a quelle di un mercato interno, disposto la soppressione delle imposte sino ad allora vigenti negli Stati membri e l'applicazione, al loro posto, di un'imposta riscossa una sola volta nel mercato comune e di uguale livello in tutti gli Stati membri, la fusione inversa, che si verifica quando la società incorporanda detiene l'intero capitale sociale della società incorporante, è una operazione meritevole di tutela in quanto comporta certamente un rafforzamento del potenziale economico della società incorporante.

#### IL QUESITO

Se una società che incorpora una o più società mediante fusione sia tenuta, in base alla normativa comunitaria, al pagamento dell'imposta di registro.

#### LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

*«(omissis) 12. – Il Governo italiano ritiene che l'operazione la cui tassabilità è sottoposta all'esame della Corte di Cassazione, debba essere considerata equivalente alla "fusione impropria", in relazione alla quale è stata già emessa la citata sentenza A.*

*13. – Anche nel caso della fusione A. T. - F. G. infatti, non si è proceduto ad alcun aumento del capitale sociale.*

*14. – A tale riguardo occorre ricordare che nella sentenza A. la Corte affermò in primo luogo che "per rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva, l'operazione considerata deve potersi ricollegare a una delle fattispecie previste all'art. 4 cui fa riferimento l'art. 10, lett. a) e b), della direttiva. A ciò va aggiunto il divieto, enunciato all'art. 10, lett. c), della direttiva, di assoggettare ad imposta la registrazione o qualsiasi altra formalità preliminare all'esercizio di un'attività alla quale una società può essere sottoposta in ragione della sua forma giuridica" (punto 21).*

*15. – Conseguentemente nell'esaminare se la fattispecie rientrava in una delle ipotesi suddette affermò che "un'operazione di fusione ad opera di una società che già detiene la totalità delle azioni e delle quote delle società incorporate non comporta un aumento del capitale sociale della stessa società e non rientra, pertanto, nella previsione dell'art. 4, n. 1, lett. c), della direttiva" (punto 22).*

16. – *La Corte ha poi escluso che l'ipotesi di fusione "impropria" rientrasse nelle altre fattispecie previste dall'articolo 4 nonché dall'articolo 10 della direttiva n. 69/335/CEE.*

17. – *Poiché è indiscusso tra le parti che nel caso in esame non vi è stato aumento del capitale sociale, anche l'operazione di fusione "inversa" non rientra nelle ipotesi previste dall'articolo 4, n. 1, lett. c), della direttiva n. 69/335/CEE.*

18. – *Per il resto l'operazione non rientra neanche nelle altre fattispecie previste dall'articolo 4 nonché dall'articolo 10 della direttiva n. 69/335/CEE, per cui occorrerà pervenire alle medesime conclusioni della causa A.*

19. – *Ad analoghi risultati si perviene anche esaminando la questione sotto il profilo degli scopi perseguiti dalla direttiva n. 69/335/CEE.*

20. – *A tale riguardo occorre considerare che il legislatore comunitario ha voluto favorire (come precisato nella sentenza 13 febbraio 1996 in causa C-197/1994 e 252/1994 al punto 36), le operazioni di raccolta del capitale, consistenti "nel rafforzamento di un'altra società già esistente, la società assorbente, il cui capitale risulta maggiorato del conferimento effettuato dagli azionisti della società assorbita".*

21. – *Orbene, nel caso di "fusione inversa", analogamente al caso di «fusione impropria», non si verifica alcun rafforzamento del potenziale economico della società.*

22. – *Se si guarda all'esito complessivo della operazione di fusione, risulta infatti evidente come non si configuri alcun arricchimento analogo a quello che avviene in caso di fusioni ordinarie tra società non controllate.*

23. – *La Commissione Tributaria Regionale (la cui sentenza la società ha impugnato in Cassazione) ha richiamato una regola matematica affermando che "da un punto di vista logico cambiando l'ordine dei fattori il prodotto non cambia"; in realtà è forse più corretto affermare che cambiando l'ordine degli addendi la somma non cambia; cioè il potenziale economico della società "madre" (F.G.) già proprietaria della "figlia" (A.T.), resta invariato a seguito della operazione di incorporazione in quest'ultima.*

24. – *L'effetto finale è in pratica quello di un mero mutamento di denominazione; la società "madre" con la fusione "inversa" viene ad identificarsi con la "figlia", conservando esattamente il suo precedente valore.*

25. – *Ma se così è, una simile operazione non può rientrare tra quelle che la direttiva n. 69/335/CEE ha voluto agevolare per favorire l'irrobustimento delle imprese, nella fattispecie totalmente mancante.*

In conclusione il Governo italiano suggerisce alla Corte rispondere al quesito sottoposto al suo esame nel seguente modo:

*La direttiva del Consiglio 17 luglio 1969, 69/335/CEE, concernente le imposte indirette sulla raccolta di capitali, come modificata dalla direttiva del Consiglio 10 giugno 1985, 85/303/CEE, non osta alla riscossione di un'imposta di registro in caso di incorporazione di società ad opera di un'altra società la cui totalità delle azioni e delle quote sia posseduta dalla società incorporata.*

*Roma, 17 giugno 2004 – Avvocato dello Stato Gianni De Bellis».*

**Causa C-52/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Organizzazione dell’orario di lavoro – Prescrizioni minime di sicurezza e di salute – Limiti di durata massima – Vigili del fuoco – Art. 1, n. 3 direttiva 93/104/CE – Art. 2, n. 2 direttiva 89/391/CE – Ordinanza della «Bundesverwaltungsgericht», emessa il 17 dicembre 2003, notificata il 17 marzo 2004 (cs. 28321/04, avv. dello Stato A. Cingolo).**

#### IL FATTO

La questione pregiudiziale concerne l’applicabilità al caso in esame delle direttive comunitarie di settore, che stabiliscono il limite delle 48 ore medie settimanali (in particolare, l’art. 6, n. 2 della direttiva 93/104/CE), ovvero delle norme che individuano le condizioni di derogabilità alla normativa comunitaria (art. 2, n. 2 direttiva 89/391/CE), al fine di giustificare il limite di durata massima dell’orario di lavoro di 50 ore settimanali, prescritto dalla normativa nazionale. Nel caso di specie, infatti, il Comitato del Personale dei Vigili del Fuoco di Amburgo propone ricorso in Cassazione, avverso il Direttore del suddetto Corpo, adducendo a motivo dell’impugnazione l’incompatibilità dell’accordo di servizi del 1999, introdotto a sostituzione del precedente del 1991, con le direttive comunitarie citate, in quanto tale secondo accordo avrebbe violato il limite dell’orario di lavoro ivi indicato.

#### IL QUESITO

Interpretazione dell’art. 1, n. 3 della direttiva 93/104/CE del Consiglio del 23 novembre 1993, concernente taluni aspetti dell’organizzazione dell’orario di lavoro, in combinato disposto con l’art. 2, n. 2 della direttiva 89/391/CEE del Consiglio del 12 giugno 1989, concernente l’attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro; in particolare, se il limite di durata massima dell’orario di lavoro (48 ore settimanali in media) sia applicabile anche a quello delle forze di pronto intervento di un Corpo statale di Vigili del fuoco.

**Causa C-58/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) - Scali fuori della Comunità - Direttiva del Consiglio 18 maggio 1997, 77/388/CEE - Ordinanza del *Bundesfinanzhof*, notificata il 25 marzo 2004 (cs. 23714/04, avv. dello Stato D. Del Gaizo).**

#### IL FATTO

Una cittadina austriaca, che gestiva un negozio su una nave da crociera, è ricorsa contro una decisione dell’Ufficio delle imposte tedesco che considerava le vendite del negozio come imponibili, e quindi soggette ad imposta, quando il luogo di partenza della nave si trovava nella Repubblica federale tedesca ed il luogo di arrivo era all’interno della Comunità.

Con il suo ricorso, la ricorrente ha sostenuto che le vendite in questione non sono imponibili. Esse non sarebbero avvenute nel corso di un trasporto all’interno della Comunità, come richiederebbe la legge tedesca. Come trasporto all’interno della Comunità si dovrebbe intendere il trasporto o la parte di un trasporto tra il luogo di partenza ed il luogo di arrivo del mezzo di trasporto senza scali fuori del territorio comunitario. Nei viaggi in questione ci sarebbero state soste del genere.

L'Autorità tedesca ha respinto questo ricorso facendo valere che le vendite avvenute nel corso delle crociere non potrebbero essere considerate come realizzate all'estero in virtù delle soste fuori della Comunità effettuate tra il luogo di partenza ed il luogo di arrivo, dato che durante tali soste non era permesso l'imbarco di nuovi passeggeri, né lo sbarco definitivo dei passeggeri presenti.

Come «scali», in base alla normativa tedesca, andrebbero proprio intese solo soste per questi tipi di imbarchi o sbarchi.

Se le soste di una nave in porti di Stati terzi, che permettono ai passeggeri di sbarcare solo brevemente, come nei casi in esame, costituiscano scali non è specificato dalla legge. Sulla questione non esiste una giurisprudenza del *Bundesfinanzhof*; mentre la dottrina sostiene che si debba trattare di una sosta durante la quale sia previsto che i passeggeri possano imbarcarsi o abbandonare la nave.

#### IL QUESITO

Se le soste di una nave in porti di Stati non comunitari, durante le quali i passeggeri possono sbarcare dalla nave solo brevemente, per esempio per effettuare visite, ma non hanno nessuna possibilità di iniziare o terminare il viaggio, costituiscano «scali fuori della Comunità» ai sensi dell'art. 8. n. 1 lett. c) della direttiva 77/388/CEE.

**Causa C-96/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Diritto di determinare il cognome di una persona – Competenza degli Stati membri – Criterio della cittadinanza – Principio di non discriminazione – Libertà di circolazione – Artt. 16 e 18 CE – Ordinanza della «Amtsgericht di Niebüll» (Germania), emessa il 2 giugno 2003, notificata il 1° aprile 2004 (cs. 22622/04, avv. dello Stato A. Cingolo).**

#### IL FATTO

Trasmissione del diritto di determinare il cognome da parte di un genitore per un figlio minore di cittadinanza tedesca nato in Danimarca il 27 giugno 1998 e ivi tuttora residente, il quale, secondo il diritto danese, in base all'atto di nascita «*navnebevis*» rilasciato dall'ufficio statale danese di Apenrade il 23 novembre 1998, che è anche registrato nell'atto di nascita danese del 3 dicembre 1998, porta il nome di Leonhard Matthias *Grunkin-Paul*.

I genitori del bambino, i coniugi nel frattempo divorziati dott. Dorothee R. Paul e Stefan Grunkin, non avevano un nome di matrimonio comune e si sono rifiutati di determinare il nome di nascita per il figlio in conformità all'art. 1617, n. 1, del BGB e di dare al figlio il cognome di uno solo dei genitori. Ai sensi dell'art. 1617, nn. 2 e 3, del BGB spetta ora all'*Amtsgericht* conferire il diritto di determinare il cognome a uno dei genitori, il cui cognome viene anche considerato quale cognome del figlio minore a meno che, entro un termine fissato dall'*Amtsgericht*, il cognome dell'altro genitore non venga riconosciuto quale cognome di nascita del figlio minore.

Per quanto i genitori del bambino continuano a sostenere che il loro figlio, secondo il diritto danese, già porta il cognome «Grunkin-Paul», questo non avrebbe rilevanza secondo il diritto tedesco, giacché, ai sensi dell'art. 10, n. 1, della EGBGB, il cognome di una persona è di competenza del diritto dello Stato di cui essa possiede la cittadinanza. Il collegamento al diritto di un altro Stato membro è ammesso, ai sensi dell'art. 10, n. 3, della EGBGB, solo se uno dei genitori abbia la cittadinanza dell'altro Stato. I genitori del bambino hanno entrambi la cittadinanza tedesca, ragion per cui gli uffici tedeschi dello stato civile hanno negato loro il riconoscimento della determinazione del cognome adottato per il loro figlio in Danimarca. L'adozione della giurisdizione ordinaria in Germania rimaneva per i genitori del bambino senza esito. Il *Kammergericht* di Berlino, con ordinanza definitiva 7 gennaio 2003, I W 216/02, ha statuito che giustamente l'Ufficio dello stato civile di Berlino I si è rifiutato di riconoscere, per l'ambito giuridico territoriale tedesco, la determinazione del nome adottata in Danimarca. Un ricorso proposto a nome del minore è stato dichiarato irricevibile dal *Bundesverfassungsgericht* con ordinanza 27 febbraio 2003 – 1 BvR 297/03.

#### IL QUESITO

Compatibilità con l'art. 12 CE (in tema di divieto di discriminazione) e con l'art. 18 CE (in tema di libera circolazione delle persone), di una normativa territoriale tedesca (art. 10 EGBGB) in virtù della quale il diritto di determinare il cognome di una persona spetta allo Stato di cittadinanza di detta persona.

**Cause C-101/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Assegno per le vacanze – Prestazioni di vecchiaia – Lavoratore frontaliero – Prestazioni di disoccupazione percepite nell'anno precedente il pensionamento – Periodi assicurativi compiuti in altro Stato membro** – Art. 4, n. 1, lett. c), art. 45, nn. 1 e 6 e art. 71, n. 1, lett. a), sub ii), del Regolamento n. 1408/1971 – Sentenza dell'«*Arbeitsrechtbank*» (Belgio), emessa il giorno 17 febbraio 2004, notificata l'8 aprile 2004 (cs. 22654/04, avv. dello Stato A. Cingolo).

#### IL FATTO

Il sig. Noteboom è un lavoratore frontaliero in pensione che abita in Belgio e ha svolto attività lavorativa nei Paesi Bassi. Poco prima del pensionamento egli veniva a trovarsi disoccupato. Durante l'anno precedente la sua pensione di vecchiaia il sig. Noteboom percepiva ininterrottamente prestazioni di disoccupazione. La disoccupazione aveva luogo nei Paesi Bassi ma, conformemente al disposto dell'art. 71, n. 1, lett. a), sub ii), del Regolamento n. 1408/1971, le prestazioni di disoccupazione venivano fissate ed erogate secondo la normativa belga in materia di disoccupazione.

Dal 1° gennaio 1999 il ricorrente è titolare di pensione nel regime per lavoratori subordinati.

Assieme alla pensione, il *Rijksdienst voor Pensioenen* gli versava nel 1999 una somma di BEF 23 069, ovvero EUR 571,87, e ciò a titolo di «assegno per le vacanze». Il *Rijksdienst* sostiene di aver indebitamente versato tale somma e ne chiede la restituzione.

In relazione a ciò il R.V.P. emanava una decisione. Tale decisione veniva notificata al ricorrente il 18 agosto 1999 e contro di essa il ricorrente ha proposto ricorso.

#### I QUESITI

1. — Se l'assegno per le vacanze di cui all'art. 22 del r.d. 24 ottobre 1967, n. 50 ed all'art. 56 del r.d. 21 dicembre 1967 rientri nella sfera d'applicazione *ratione materiae* del Regolamento n. 1408/1971 e riguardi, più in particolare, una «prestazione di vecchiaia» ai sensi dell'art. 4, n. 1, lett. e), del regolamento;

2. — se l'art. 45, nn. 1 e 6, del regolamento n. 1408/1971 debba essere interpretato nel senso che l'istituzione competente nel determinare il diritto all'assegno per le vacanze debba tener conto dei periodi di assicurazione compiuti in un altro Stato membro;

3. — qualora la seconda questione debba essere risolta in senso negativo, se il disposto dell'art. 71, n. 1. lett. a), *sub ii*), del Regolamento n. 1408/1971, ai sensi del quale la prestazione viene determinata secondo la legislazione dello Stato membro in cui il lavoratore frontaliero risiede «come se fosse stato soggetto durante l'ultima occupazione a tale legislazione», valga solo per prestazioni di disoccupazione o se valga anche per altre prestazioni, come in particolare l'assegno per le vacanze di cui all'art. 22 del r.d. 24 ottobre 1967, n. 50, e all'art. 56 del r.d. 21 dicembre 1967.

**Causa C-120/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Marchi d'impresa – Diritto del titolare del marchio di vietare a terzi di usare nel commercio un segno identico o somigliante al marchio dell'impresa o per prodotti identici o somiglianti provenienti da due distinte imprese – Rischio di confusione per il pubblico – Rischio di associazione tra segno e marchio d'impresa – Usi del settore in materia di denominazione – Autonomia del marchio nel segno composto – Art. 5, n. 1, lett. b) della direttiva 89/104/CEE – Ordinanza della «Oberlandesgericht» – Dusseldorf (Germania), emessa il 17 febbraio 2004, notificata il 16 aprile 2004 (cs. 24864/04, avv. dello Stato A. Cingolo).**

#### IL FATTO

L'attrice, impresa che commercializza apparecchi di intrattenimento elettronico mediante l'utilizzo del marchio «*Life*», chiede al giudice di interdire alla convenuta, società operante nel medesimo settore, l'utilizzo del marchio «*Thompson life*», in ragione di un rischio di confusione nel pubblico nella scelta dei prodotti simili delle due aziende e di un rischio di errore di associazione tra marchi e rispettive società a causa della coincidenza, seppur parziale, dei due segni denominativi utilizzati.

#### IL QUESITO

Se l'art. 5, n. 1, lett. b), della direttiva 89/104/CEE, che attribuisce al titolare del marchio il diritto di vietare l'utilizzo di marchi identici o somi-

glianti qualora creino i detti problemi di identificazione del simbolo aziendale, debba essere applicato anche nel caso di specie, in cui il «rischio di confusione» si determina in quanto il marchio denominativo anteriore (*Life*), dotato di normale forza rappresentativa, è riversato nel segno denominativo composto di un terzo (*Thompson life*) o nel segno denominativo figurativo di quest'ultimo caratterizzato da elementi nominativi, in modo da essere preceduto dal nome commerciale del terzo e da conservare un'autonomia distintiva nel segno composto, senza tuttavia avere carattere dominante.

**Causa C-128/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Trasporti su strada – Nozione di materiale e di attrezzatura – Regolamenti (CEE) n. 3820/1985 e n. 3821/1985 – Ordinanza del «*Rechtbank van eerste aanleg te Dendermonde*» (Paesi Bassi), emessa il 19 gennaio 2004, notificata il 4 maggio 2004 (cs. 28136/04, avv. dello Stato A. Cingolo).**

#### IL FATTO

Il quesito sorge nell'ambito di una controversia nella quale l'imputata, società che svolge attività di installazione di cavi, è stata chiamata in giudizio per aver contravenuto all'art. 14, n. 2 del regolamento (CEE) 3821/1985, in quanto non avrebbe conservato, in modo sistematico, per almeno un anno, i fogli di registrazione indicanti l'attività svolta dal mezzo di trasporto per la medesima società, in termini di ore e chilometraggio. Tale norma, infatti, pone in capo alle aziende l'obbligo di equipaggiare tutti gli autoveicoli utilizzati per il trasporto di materiali, di un apparecchio di controllo denominato «tachigrafo», le cui misurazioni sono registrate.

L'imputata sostiene, invece, l'inapplicabilità, al caso di specie, della deroga di cui all'art. 13, lett. g) del regolamento n. 3820/1985. Tale norma consente agli Stati membri di esentare dall'obbligo di controllo i veicoli adibiti al trasporto del materiale o dell'attrezzatura da utilizzare nell'esercizio della professione del loro conducente, nel caso in cui il trasporto avvenga entro un raggio di 50 chilometri dal luogo di stazionamento abituale del veicolo e purché la guida del veicolo non rappresenti l'attività principale del conducente (...).

Occorre ricordare che l'imputata non è un'impresa che svolge come attività principale il trasporto del materiale o dell'attrezzatura, ma l'installazione di cavi, e, inoltre, che i veicoli sono utilizzati dai conducenti nell'esercizio delle loro mansioni.

Alla luce di tali considerazioni, appare evidente che il quesito pregiudiziale riguardi essenzialmente l'individuazione dell'ambito di applicazione della deroga di cui all'art. 13, lett. g) del regolamento n. 3820/851.

#### IL QUESITO

Se i termini «materiale» o «attrezzatura» menzionati nel detto articolo debbano essere interpretati nel senso che essi fanno unicamente riferimento agli «utensili e strumenti», o se invece con detti termini si intendono anche i beni necessari per i lavori edili da svolgere, trasportati separatamente o meno con detti utensili e strumenti, quali materiali di costruzione o i cavi.

**Cause C-151/04 e C-152/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) - Attestazione in materia di IVA** - Artt. 10, 39 e 49 CE – Ordinanza del *Tribunal de Police de Neufchateau* (Belgio), emessa il 16 gennaio 2004 e notificata il 24 maggio 2004 (cons. 31424 e 31426/04, avv. G. De Bellis).

#### IL FATTO

Il quesito è sorto nell'ambito di una controversia fra un professionista e il suo datore di lavoro da un lato e l'Autorità giudiziaria belga dall'altro, avente ad oggetto la pretesa violazione dell'art. 3.2.2 A.R. 20 luglio 2001, sull'attestazione in materia di IVA.

Detto professionista residente in Belgio, è accusato di aver utilizzato, per l'esercizio della sua professione, un veicolo immatricolato all'estero a nome di un proprietario straniero al quale egli è legato da un contratto di lavoro, senza avere a bordo del veicolo un'attestazione fornita dall'amministrazione competente in materia di IVA.

#### IL QUESITO

Se gli artt.10, 29, 43 e 49 ostino a che uno Stato membro adotti una misura che obbliga un lavoratore residente nel suo territorio ad ivi immatricolare un veicolo, pur se tale veicolo appartiene al suo datore di lavoro, che è una società con sede nel territorio di un altro Stato membro, alla quale tale lavoratore è legato da un contratto di lavoro, ma nella quale egli occupa contemporaneamente la posizione di azionista, di amministratore, di delegato alla gestione corrente, o una funzione analoga.

**Causa C-163/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) - Imposta sulla cifra d'affari** - Art. 25 della direttiva del Consiglio 77/388/CEE - Armonizzazione delle legislazioni in materia fiscale - Ordinanza del *Bundesfinanzhof* (Germania), emessa il 22 gennaio 2004 e notificata il 18 maggio 2004 (cs. 31423/04, avv. dello Stato G. De Bellis).

#### IL FATTO

Tale quesito è sorto nell'ambito di una controversia fra un agricoltore e l'Ufficio delle imposte, avente ad oggetto la pretesa illegittimità dell'applicazione delle disposizioni in materia di imposte sulla cifra d'affari.

Il ricorrente titolare di azienda agricola e di allevamento, era soggetto al regime fiscale forfettario previsto per gli agricoltori in base al §24 della normativa tedesca(UstG).

Successivamente dava in affitto un terreno sul quale aveva costruito un pollaio e non avendo dichiarato fatturato imponibile e facendo valere deduzioni per l'importo sostenuto per la costruzione del pollaio tramite la presentazione di fatture, chiedeva l'esenzione fiscale.

L'Autorità fiscale tedesca respingeva la richiesta, ritenendo che l'affitto del pollaio dovesse essere sottoposto ad un regime fiscale ordinario, e di conseguenza negava la richiesta di esenzione fiscale sul fatturato proveniente dalla locazione e la deduzione dalle imposte sostenute per la costruzione del pollaio.



**IL QUESITO**

Se il titolare di un'azienda agricola possa adibire un terreno, che ha sempre utilizzato per operazioni sottoposte alle disposizioni sul regime forfettario per i produttori agricoli (art. 25 della sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra d'affari), ad un'attività di affitto normalmente soggetta al regime fiscale ordinario di imposta sul valore aggiunto e dedurre l'imposta assolta a monte per un pollaio realizzato su quel terreno.

**Causa C-178/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) - Assegno speciale annuale - Rapporto di pubblico impiego - Articolo 39 CE - Ordinanza del Bundesverwaltungsgericht (Tribunale amministrativo federale/Germania) notificata il 14 giugno 2004 (cs. 35101/04, avv. dello Stato A. Cingolo).**

**IL FATTO**

Ad un cittadino austriaco dipendente di un *Land* della Germania federale in qualità di professore universitario, era stata richiesta la restituzione dell'assegno speciale annuale che la legge tedesca concede al pubblico dipendente a condizione che il rapporto di lavoro non cessi prima del 31 marzo dell'anno successivo, a meno che il nuovo rapporto non venga instaurato sempre con l'amministrazione tedesca. Detto cittadino aveva accettato prima del 31 marzo l'offerta di una cattedra presso un altro Stato membro (Austria); da qui la decisione dell'amministrazione di esigere la restituzione dell'assegno in parola, con conseguente ricorso dell'interessato, prima accolto, poi respinto ed ora riproposto al Tribunale federale che ha ipotizzato la violazione dell'articolo 39 CE (diritto alla libera circolazione).

**IL QUESITO**

Se, nel caso di un cittadino comunitario il quale come professore presso un'università tedesca era dipendente di un *Land* tedesco con rapporto di pubblico impiego ed ha quindi ottenuto un assegno speciale in base alla legge sulla concessione di un assegno speciale annuale, ma ha accettato prima del 31 marzo dell'anno seguente l'offerta di una cattedra presso un'università di un altro Stato membro instaurando presso quest'altro Stato membro un rapporto di pubblico impiego, l'art. 39 CE renda inapplicabile la disciplina dell'art. 3, n. 5, punto 1, del *SzuwG* a norma del quale chi cessa dal servizio prima del 31 marzo può conservare l'assegno solo se il nuovo rapporto di pubblico impiego è tale secondo il diritto tedesco.

**Causa C-196/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) - Libertà di stabilimento art. 43 CE - Libertà di prestazioni di servizi art. 49 CE - Libertà di movimenti di capitali e di pagamenti art. 56 CE - Ordinanza dello *Special Commissioners* (Regno Unito) notificata il 14 giugno 2004 (cons. 35103/04, avv. dello Stato A. Cingolo).**

**IL FATTO**

Il presente ricorso verte unicamente sulla compatibilità con il diritto europeo della normativa del Regno Unito sulle società controllate straniere.

In base a detta normativa una società avente sede nel Regno Unito può essere tassata in base agli utili di una società associata avente sede in un altro Stato se tali utili hanno sostenuto un'aliquota d'imposta inferiore a quella che avrebbero sostenuto nel Regno Unito. È pacifico – salvo soltanto la questione della compatibilità con il diritto comunitario – che la normativa sulle società controllate straniere si applica alle ricorrenti.

#### IL QUESITO

Se gli artt. 43 CE, 49 CE e 56 CE ostino a una normativa tributaria nazionale come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che, in determinate circostanze, impone un'imposta su una società avente sede in detto Stato membro, tenuto conto degli utili di una società consociata avente sede in un altro Stato membro e soggetta a un onere tributario inferiore.

#### LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

Il Governo della Repubblica italiana ha presentato le seguenti osservazioni.

«(Omissis) 2. – (omissis) la Corte di Giustizia è chiamata a verificare la compatibilità dei sistemi tributari nazionali di imputazione di redditi delle imprese partecipate aventi sede nei paesi a fiscalità privilegiata, ovvero in un regime fiscale di favore (c.d. Controlled Foreign Companies rules – CFC–), con i principi fondamentali del diritto comunitario.

3. – Nel caso di specie, concernente il diritto britannico, l'Amministrazione finanziaria inglese, in mancanza di una valida causa di esenzione, ha applicato la norma CFC ad una società inglese che detiene il controllo di due società residenti in Irlanda, Stato nel quale le medesime sono soggette ad un'aliquota d'imposta del 10% – stabilita dall'International Financial Services Centre – a fronte dell'aliquota dell'imposta inglese sulle società, pari al 33%.

4. – Infatti, tale normativa è applicabile a condizione che la società estera abbia sede in Stati nei quali l'imposta dovuta è inferiore di tre quarti all'imposta che sarebbe dovuta nel Regno Unito sullo stesso ammontare di utili e non ricorrano le cause di esenzione previste.

5. – In proposito, il Governo italiano tiene ad evidenziare che la ratio della normativa «CFC» non è l'evasione fiscale, bensì la possibilità di avvalersi della direttiva 90/435/CEE, modificata dalla direttiva 2003/123/CE, concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi, al fine di ridurre il carico fiscale sui dividendi infragruppo.

6. – Infatti tale direttiva prevede l'esenzione sui dividendi corrisposti dalla società figlia alla società madre e il riconoscimento in favore di quest'ultima del credito di imposta per le imposte corrisposte dalla figlia nello Stato in cui ha sede.

7. – Pertanto, il fine ultimo è l'eliminazione dei regimi fiscali dannosi che creano distorsioni nell'allocazione delle risorse e falsano le regole della concorrenza sul mercato comune.

8. – In tale ottica è doveroso specificare che gli Stati membri dell'Unione europea hanno adottato un "codice di condotta» (con la risoluzione 1 dicembre 1997, pubblicata in Gazzetta Ufficiale CE C 2/2 del 6 gennaio 1998) al fine di contrastare simili pratiche fiscali dannose. Tale codice,

*sebbene non costituisca strumento giuridicamente vincolante, rappresenta comunque un significativo impegno politico di tutti Paesi firmatari nel rispetto dei principi della concorrenza e con l'obiettivo di demolire le misure fiscali sleali esistenti e soprattutto di impedire l'introduzione di eventuali misure sostitutive analoghe (clausole di status quo e di standstill).*

9. – *Anche il modello Ocse ha caldeggiato l'introduzione di norme CFC, purché volte a prevenire le distorsioni nello sviluppo dell'economia mondiale (cfr. il rapporto del 1998 («Harmful tax competition, an emerging issue» e il rapporto del 1996 "Controlled Foreign Company legislation»).*

10. – *In definitiva, il presupposto della norma CFC è l'esistenza di un reale radicamento economico territoriale con il Paese di stabilimento. Ove tale legame sia soltanto fittizio, in quanto lo scopo di costituzione di una società estera partecipata non sia l'esercizio di attività d'impresa, ma soltanto il beneficio di un minore carico impositivo, verrebbe in rilievo non tanto la norma CFC quanto la questione relativa all'effettiva esistenza dei presupposti necessari per potersi applicare gli art. 43, 49 e 56 CE, richiamati nel caso che qui interessa.*

11. – *Infatti: a) l'articolo 43 del Trattato presuppone che la costituzione e la gestione di imprese negli Stati membri di stabilimento risponda a criteri di reale convivenza economica e risulti perciò reale ed effettiva; b) l'art. 49 presuppone una effettiva prestazione di servizi nei confronti degli Stati membri ove essa sia realizzata; c) quanto all'art. 56, movimenti di capitali e pagamenti presuppongono che sia realizzata una effettiva operazione di investimento o una reale transazione commerciale di beni o di servizi.*

12. – *Pertanto, appare evidente che la norma CFC in quanto tale non costituisce un ostacolo all'esercizio delle dette libertà fondamentali e non è di per sé incompatibile con i principi del diritto comunitario.*

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

*“Non è incompatibile con gli articoli 43, 49 e 56 del Trattato sull'Unione europea una normativa di uno Stato membro che, in determinate circostanze, prevede un'imposta su una società avente sede in quello stesso Stato, tenendo conto degli utili di un'altra società consociata avente sede in un altro Stato membro e soggetta ad un onere tributario considerevolmente inferiore”.*

*Roma, 19 agosto 2004 Avvocato dello Stato Antonio Cingolo».*

**Causa C-259/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Marchi d'impresa – Marchi ingannevoli** – Artt. 3, n. 1, lett. g) e art. 12, n. 2, lett. b), della direttiva del Consiglio 89/104 CEE – Ordinanza del «*High Court of Justice*» (Regno Unito) emessa il 26 maggio 2004, notificata l'11 agosto 2004 (cs. 42815/04, avv. dello Stato A. Cingolo).

#### IL FATTO

All'epoca dei fatti Elisabeth Emanuel era alquanto nota come stilista, specializzata in particolare in moda nuziale. La sua fama aumentava considerevolmente nel 1981 a seguito della sua partecipazione alla creazione dell'a-

bito da sposa destinato alla Principessa di Galles. Nel 1990 intraprendeva la gestione di un'impresa con il nome *Elisabeth Emanuel* da una sede in Brook Street.

Nel 1996 Elisabeth Emanuel cercava sostegno finanziario e a tal fine concludeva un accordo con una società denominata *Hamlet International Plc*, in base al quale veniva creata una società in comproprietà denominata *Elisabeth Emanuel Plc*. Elisabeth Emanuel attribuiva alla *EE Plc*, *inter alia*, l'attività di creazione e commercializzazione di abbigliamento precedentemente gestita con la denominazione *Elisabeth Emanuel*, l'intera azienda, compreso il relativo avviamento, e la domanda di registrazione di marchio d'impresa comprensiva di un logo e dei termini *Elisabeth Emanuel*. Tale marchio (in prosieguo: «il marchio registrato») veniva debitamente registrato nel 1997 con il numero 1586464.

Nel settembre 1997 Elisabeth Emanuel veniva a trovarsi in difficoltà finanziarie e contattava un tale sig. Shami Ahmed. In seguito a tale incontro la *EE Plc* stipulava un ulteriore accordo con una società denominata *Frostprint Ltd*. In virtù di tale accordo la *EE Plc* attribuiva alla *Frosiprint, inter alia*, l'impresa della *EE Plc* in attività, incluso il relativo avviamento, e il marchio registrato. Nel contempo, la *Frostprint* tramutava la propria denominazione in *Elisabeth Emanuel International Limited* (in prosieguo: la «*EE International*») ed Elisabeth Emanuel veniva assunta dalla *EE International*.

Nell'ottobre 1997 Elisabeth Emanuel lasciava l'impiego presso la *EE International*. Dopo la sua partenza, per circa due mesi avevano luogo negoziazioni nella prospettiva di una sua possibile riassunzione. Durante tale periodo si era invitato lo staff della *EE International* ad essere circospetto nel rispondere a eventuali richieste di informazioni in merito ad Elisabeth Emanuel.

Nel novembre 1997 la *EE International* cedeva il marchio registrato ad un'altra società denominata *Oackridge Trading Limited*. Il 18 marzo 1998 la *Oackridge* presentava la domanda di registrazione del marchio *Elisabeth Emanuel*, con numero di fascicolo 2161562.

Il 7 gennaio 1999 un tale sig. Anthony Drew notificava l'opposizione alla domanda e il 9 settembre 1999 depositava domanda di decadenza del marchio registrato.

## I QUESITI

1. Se un marchio d'impresa sia di natura tale da indurre in inganno il pubblico e ne sia pertanto vietata la registrazione ai sensi dell'art. 3, n. 1, lett. g, nelle seguenti circostanze:

a) l'avviamento connesso al marchio d'impresa è stato ceduto unitamente all'impresa la cui attività consista nella realizzazione di prodotti contraddistinti dal suddetto marchio;

b) prima della cessione il marchio d'impresa, per una significativa parte del pubblico interessato ai prodotti in oggetto, indicava che una particolare persona partecipava alla creazione o alla realizzazione dei prodotti in relazione ai quali veniva usato;

*c)* dopo la cessione è stata presentata dal cessionario una domanda di registrazione del marchio d'impresa; e

*d)* all'epoca della domanda una significativa parte del pubblico interessato ai prodotti ha erroneamente ritenuto che l'uso del marchio d'impresa indicasse che quella particolare persona partecipava ancora alla creazione o alla realizzazione dei prodotti in relazione ai quali il marchio veniva usato, e tale convinzione ha potuto influire sulle scelte d'acquisto di tale parte del pubblico.

2. – Se la risposta alla questione n. 1 non fosse incondizionatamente affermativa quali altri aspetti debbano essere presi in considerazione per verificare se un marchio d'impresa sia tale da indurre in inganno il pubblico e ne sia pertanto vietata la registrazione ai sensi dell'art. 3, n. 1, lett. *g)*, e, in particolare, se sia rilevante che il rischio di inganno probabilmente diminuirà nel corso del tempo.

3. – Se un marchio d'impresa registrato sia idoneo ad indurre in inganno il pubblico in seguito all'uso che ne sia stato fatto dal titolare o con il suo consenso e sia quindi suscettibile di decadenza ai sensi dell'art. 12, n. 2, lett. *b)*, nelle seguenti circostanze:

*a)* il marchio d'impresa registrato e l'avviamento ad esso connesso sono stati ceduti unitamente all'impresa la cui attività consista nella realizzazione di prodotti contraddistinti dal suddetto marchio;

*b)* prima della cessione il marchio, per una significativa parte del pubblico interessato, indicava che una particolare persona partecipava alla creazione o alla realizzazione dei prodotti in relazione ai quali veniva usato;

*c)* dopo la cessione è stata presentata una domanda di decadenza del marchio d'impresa registrato; e

*d)* all'epoca della domanda una significativa parte del pubblico ha erroneamente ritenuto che l'uso del marchio d'impresa indicasse che quella particolare persona partecipava ancora alla creazione o alla realizzazione dei prodotti in relazione ai quali il marchio veniva usato, e tale convinzione ha potuto influire sulle scelte d'acquisto di tale parte del pubblico.

4. – Se la risposta alla questione n. 3 non fosse incondizionatamente affermativa quali altri aspetti debbano essere presi in considerazione per verificare se un marchio d'impresa registrato sia tale da indurre in inganno il pubblico in seguito all'uso che ne sia stato fatto dal titolare o con il suo consenso e se sia quindi suscettibile di decadenza ai sensi dell'art. 12, n. 2, lett. *b)*, e, in particolare, se sia rilevante che il rischio di inganno probabilmente diminuirà nel corso del tempo.



# IL CONTENZIOSO NAZIONALE

## **Ancora sul caso del Crocifisso**

*(Corte Costituzionale, ordinanza 15 dicembre 2004, n. 389)*

La Corte Costituzionale ha dichiarato inammissibile la proposta questione di legittimità costituzionale relativa all'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche, esattamente ritenendo che nessuna norma legislativa ordina tale esposizione. Per la verità simile ordine non si rinviene neppure nelle norme regolamentari indicate dal TAR remittente: il problema torna nella sua sede naturale della giurisdizione comune.

È bene ricordare che nella delicata materia in argomento un punto fermo può essere rinvenuto, dal giurista, nel «supremo principio di laicità» ben delineato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 203/1989: il principio di laicità è «supremo» nel senso che caratterizza il modo di essere della Repubblica, ed è conformato dal combinato disposto di sei norme, che la Corte puntualmente ed attentamente indica (articoli 2, 3,7,8, 19 e 20). Tra queste l'articolo 7 si riferisce espressamente alla Chiesa Cattolica quale soggetto di diritto internazionale legata a noi da uno specifico patto per cambiare il quale, in mancanza di accordo, lo Stato deve seguire il procedimento di revisione costituzionale. Dunque la Chiesa cattolica, che è l'unico soggetto di diritto internazionale nominato dalla Costituzione con il patto che ad essa ci lega, è uno speciale alleato quanto meno perché la revisione del patto, se non è consensuale, richiede il procedimento di revisione costituzionale.

Il Crocifisso è – per quanto interessa il giurista – l'emblema della Chiesa Cattolica e, dunque, il segno visibile di quell'alleanza per la promozione dell'uomo e il bene del Paese. Sarebbe quanto meno sconcertante che lo Stato, dopo aver dichiarato speciale quell'alleanza con l'art. 7 della Costituzione, quasi si vergognasse di esibirne l'emblema che, in questo senso, è segno di un'alleanza e non un segno di preferenza per una religione. In conclusione per togliere il Crocifisso dalle aule scolastiche occorrerebbe prima rifondare il principio supremo di laicità che l'art. 7 concorre a formare e che dà luogo al modo di essere della Repubblica.

*Avv. Antonio Palatiello*

**Corte Costituzionale – Udienza del 26 ottobre 2004 – Memoria del Presidente del Consiglio dei Ministri** in carica, intervenuto nel giudizio incidentale di costituzionalità relativo agli artt. 159, 190 e 676 d.l.gvo 16 aprile 1994, n. 297, promosso dal T.A.R. per il Veneto con ordinanza del 14 gennaio 2004 (Avv. dello Stato A. Palatiello, cont. 6253/04).

«Con ordinanza del 13 novembre 2003 – 14 gennaio 2004, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* 3 giugno 2004, il T.A.R. per il Veneto ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 159 e 190 d.l.gvo 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.l.gvo 16 aprile 1994, n. 297, nella parte in cui conferma la vigenza delle disposizioni di cui all'art. 119 del R.D. 26 aprile 1928, n. 1297 (tabella C) ed all'art. 118 del R.D. 30 aprile 1924, n. 965, in riferimento al principio della laicità dello Stato e, comunque, agli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione. È intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei Ministri con atto contenente deduzioni del 21 giugno 2004; sono intervenuti i Sigg.ri B. P. ed altri, parti in causa pretermesse nel giudizio *a quo*, con atto contenente deduzioni in data 18 giugno 2004; ha depositato atto di costituzione in data 27 aprile 2004 la parte ricorrente nel giudizio *a quo*.

Nell'atto di intervento del Presidente del Consiglio ed in quello delle parti private pretermesse si è eccepita l'inammissibilità della questione di costituzionalità in quanto riferita a norme regolamentari, quali indubbiamente sono l'art. 119 R.D. 26 aprile 1928, n. 1297 (tabella C) e l'art. 118 R.D. 30 aprile 1924, n. 965; nell'atto di intervento del Presidente del Consiglio si è inoltre eccepita l'inammissibilità della questione per difetto di rilevanza sotto vari profili, tra cui quello di carenza di giurisdizione del remittente.

Nel merito gli interventori hanno evidenziato gli argomenti che inducono a ritenere che l'obbligo legale di esposizione del crocifisso – quale categorica necessità che in ogni aula quel simbolo sia perennemente esibito – non si rinviene in alcun modo nelle norme denunciate mentre, per converso, la possibilità di detta esposizione, che nel concreto significa normalità e ordinarietà della presenza del crocifisso nelle aule scolastiche, non è affatto in contrasto con le norme costituzionali indicate dal T.A.R., o con il principio supremo della laicità dello Stato.

La presente memoria è dedicata all'approfondimento del tema della compatibilità, con le norme e i principi costituzionali, della presenza del crocifisso nelle aule quale evenienza normale nell'ordinario svolgimento della vita scolastica. Per le questioni pregiudiziali si fa richiamo alle precedenti deduzioni, dovendosi solo rammentare: *a*) per ciò che attiene al difetto di rilevanza per carenza di giurisdizione del T.A.R., che l'art. 33 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, per come risultante a seguito della sentenza di codesta Corte Ecc.ma in data 5-6 luglio 2004, n. 204, non concede più spazio, in materia, alla giurisdizione esclusiva; *b*) per quanto riguarda i precedenti invocati dal T.A.R. per l'ammissibilità della questione riferita a norme regolamentari, che nelle vicende esaminate nelle sentenze di codesta Corte Ecc.ma n. 1104/1988 e n. 456/1994 la norma regolamentare (nel primo caso l'art. 89 del R.D. 19 luglio 1941, n. 1198, nel secondo caso l'art. 25 del d.m. 11 novembre 1930) rendeva in concreto applicabile la norma primaria (l'art. 6 d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156, che stabiliva un regime di irresponsabilità dell'ente gestore del servizio postale «fuori dei casi e dei limiti espressamente stabiliti dalla legge») la quale del resto costituì l'unico oggetto dello scrutinio di legittimità costituzionale.

È pacifico, peraltro, che «il controllo di costituzionalità sulle fonti regolamentari può essere attivato o attraverso la deduzione della questione di costituzionalità sulla legge abilitante all'adozione del regolamento ove il vizio sia ad essa riconducibile (per aver dettato principi incostituzionali od omesso di porre principi in materie che costituzionalmente li richiedono), oppure attraverso l'impugnazione della fonte regolamentare nell'ambito dei poteri dei giudici ordinari o amministrativi, se il vizio sia proprio ed esclusivo del regolamento» (cfr. Corte Cost., 18 ottobre 2000, n. 427, con riferimento ai regolamenti di delegificazione).

Come è noto, le disposizioni riguardanti il crocifisso a scuola sono di origine preconcordanataria. Già l'art. 140 del R.D. 15 settembre 1860, n. 4336 (di attuazione della legge «Casati» 13 novembre 1859, n. 3725), disponeva che ogni scuola elementare «dovrà, senz'altro, essere fornita dei seguenti oggetti: .....7. un crocifisso; 8. un ritratto del Re».

La disposizione sul crocifisso e sul ritratto del Re è confermata nel regolamento generale della scuola elementare emanato con R.D. 6 febbraio 1908, n. 150 (all. D relativo



all'art. 112), quindi nelle norme regolamentari oggi richiamate dal T.A.R.; molte circolari trattano l'argomento anche per gli ambienti pubblici non scolastici, sia in epoca preconcordataria sia in periodo più recente, fino ai giorni nostri. Ma, mentre sotto la vigenza dello Statuto Albertino, il cui art. 1 disponeva che «la religione cattolica, apostolica e romana è la sola religione dello Stato», era spontaneo maturare il convincimento che l'esposizione del crocifisso fosse la naturale conseguenza di tale norma statutaria (così naturale che avrebbe fatto mera accademia il giurista che si fosse chiesto se il crocifisso fosse davvero un simbolo di esclusiva pertinenza della «religione cattolica apostolica e romana») il quadro di riferimento mutò radicalmente con l'avvento della Costituzione repubblicana; ed il problema si impose all'attenzione di tutti con l'Accordo del 18 febbraio 1984 di «modifica del concordato lateranense dell'11 febbraio 1929, tra la Repubblica italiana e la Santa Sede». Nella Costituzione repubblicana, come tutti sanno, non vi è più cenno alcuno alla religione dello Stato; vi è anzi aperto riferimento alla libertà di religione e di culto; ma si «costituzionalizza» il principio pattizio per i rapporti con la Chiesa cattolica; nel «nuovo concordato» ratificato con legge 25 marzo 1985, n. 121, si dichiara solennemente che «la Santa Sede e la Repubblica Italiana tenuto conto del processo di trasformazione politica e sociale verificatosi in Italia negli ultimi decenni e degli sviluppi promossi nella Chiesa dal Concilio Vaticano II, avendo presenti, da parte della Repubblica italiana, i principi sanciti dalla sua Costituzione e, da parte della Santa Sede, le dichiarazioni del Concilio Ecumenico Vaticano Secondo circa la libertà religiosa e i rapporti tra la Chiesa e la comunità politica nonché la nuova codificazione del diritto canonico», addiventano ad alcune modificazioni consensuali del Concordato, che superano del tutto, per quanto ora interessa, eventuali relitti della religione di Stato e che sono precedute dall'affermazione di principio, di cui all'art. 1, giusta la quale «la Repubblica italiana e la Santa Sede riaffermano che lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani, impegnandosi al pieno rispetto di tale principio nei loro rapporti ed alla reciproca collaborazione per la promozione dell'uomo e il bene del Paese».

Il «nuovo Concordato» ebbe una lunga incubazione, ed ogni frase, ogni parola, ogni lettera, è stata attentamente misurata e calibrata: mai, forse, come in questo testo le parole corrispondono esattamente al pensiero che si vuole esprimere. È dunque interessante notare l'impegno reciproco al «pieno rispetto» della sovranità, di cui all'art. 7 Cost., e «alla reciproca collaborazione per la promozione dell'uomo e il bene del Paese»: la Chiesa e lo Stato hanno piena consapevolezza di un fine comune da raggiungere operando, per così dire, nel medesimo terreno e in contemporanea; la «promozione dell'uomo» e il bene della società nella quale l'uomo vive costituiscono esattamente sia il fine dello Stato (giacché qualunque ordinamento giuridico moderno è fatto per l'uomo e per il suo benessere) sia il fine (terreno, cioè strumentale alla *salus aeterna animarum*) della Chiesa; ed è superfluo, nella odierna sede, rammentare la «*Gaudium et spes*», che tratta specificamente l'argomento dei rapporti della Chiesa con gli Stati ai fini della promozione della «*humana dignitas*».

La cennata impostazione, di rinnovato impegno per il benessere degli uomini, contemporaneamente appartenenti alla Nazione e destinatari dell'interesse ecclesiastico alla «promozione», rende ancor più evidente il significato dell'alleanza tra lo Stato e la Chiesa per il perseguimento, *hic et nunc*, dei cennati fini comuni: giacché di una vera e propria alleanza si tratta, fondata su un patto di diritto internazionale e sulle conseguenti norme attuative, la cui specialità è attestata dal fatto che essa è *l'unica* espressamente richiamata dalla Costituzione e dunque di particolare rilevanza nella stessa conformazione della Repubblica: nessun altro ordinamento giuridico straniero, nessun'altra convenzione, patto o trattato di diritto internazionale sono infatti menzionati dalla Costituzione repubblicana, all'infuori della Chiesa Cattolica e del negozio con essa stipulato, che rende i due paciscenti sicuri e fermi alleati nel perseguimento del comune interesse alla promozione dell'uomo e al bene del Paese.

All'epoca del «nuovo Concordato», che espressamente indicava uno dei presupposti della promozione dell'uomo proprio nella libertà religiosa, principio riconosciuto dalla Repubblica tra quelli «sanciti dalla sua Costituzione» e dalla Santa Sede riconosciuto nelle «dichiarazioni del Concilio Ecumenico Vaticano Secondo», un altro importante documento vedeva la luce: con legge 27 maggio 1991, n. 176, era infatti ratificata la «convenzione dei diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989», nella quale si stabiliva, in particolare, il fondamentale diritto del «fanciullo» (per tale inteso nella Convenzione il soggetto infradiciottenne) a ricevere una adeguata educazione morale («...orientamento e consigli adeguati...» art. 5), ad avere libertà di pensiero e di espressione, ovviamente proporzionata

all'età e al grado di maturità (art. 12 e art. 14: «...rispettano il diritto del fanciullo alla libertà di pensiero, di coscienza, di religione»), nonché il dovere dei genitori di insegnare al fanciullo il rispetto per la libertà degli altri, per i diritti fondamentali dell'uomo, per la «moralità pubblica» (art. 14). Analoghe prescrizioni si troveranno, più tardi, nello «statuto delle studentesse e degli studenti delle scuole secondarie approvato con d.P.R. 24 giugno 1998, n. 249, nel cui art. 1 si dichiara che «la vita della comunità scolastica si basa sulla libertà di espressione, di pensiero, di coscienza e di religione, sul rispetto reciproco di tutte le persone che la compongono, quale che sia la loro età e condizione, nel ripudio di ogni barriera ideologica, sociale e culturale» e nel cui art. 2 è particolarmente valorizzato il principio di solidarietà, in una con il diritto degli studenti stranieri al «rispetto della vita culturale e religiosa della comunità alla quale appartengono».

Tali documenti in particolare richiamano l'attenzione su una verità indiscutibile, e cioè che anche lo Stato non confessionale ha imprescindibile bisogno di valori morali nella comunità amministrata: senza tali valori e dunque senza una «morale» (cioè un insieme di precetti avvertiti come necessari e cogenti nella disciplina dei rapporti interpersonali) ogni legge, ogni norma giuridica è avvertita come invasiva imposizione, o incomprensibile e violento limite ad una situazione naturale di libertà illimitata; una comunità senza valori e senza norme morali non è più una comunità: è un insieme di individui tenuti insieme con la forza da un sistema che non è più in grado di garantire la «media osservanza» dei precetti giuridici.

Si dice che la morale laica si differenzia dalla morale religiosa per il fatto che la prima abbandona e rifiuta qualsiasi sistema di valori precostituiti e dati dall'esterno; anche la morale laica tuttavia si attiene ai dettami della coscienza riconosciuta comune e retta, che pone comunque un insieme di regole sottratte al soggettivismo, non meno degne e severe e spesso coincidenti con quelle affermate da chi fonda l'etica sul trascendente.

Quello che è accaduto nell'esperienza storica del nostro Paese, nel momento della formazione e della stabilizzazione del sistema etico oggi avvertito come comune – e dunque rispettato quantomeno con media osservanza – è che i principi morali di fondo nelle relazioni interpersonali – e cioè la base «dura» della costruzione etica, sulla quale si innestano, poi, le più complesse relazioni giuridiche hanno finito con il coincidere con quelli della morale cattolica dalle cui fondamenta trassero origine: se non piace più il crociano «perché non possiamo non dirci cristiani» si può anche gridare «perché non possiamo non dirci laici»; resta il fatto che il catalogo fondamentale dei valori etici e dei principi morali per come riconosciuti nella nostra Costituzione sono quelli della tradizione cattolica. Lo sa bene la Conferenza Episcopale Italiana che, all'indomani della firma del nuovo Concordato, si affrettava a sottolineare che «questo cambiamento nulla toglie ai valori della religione cattolica. Essa appartiene da tempo al popolo italiano nel quale si è largamente radicata... fino ad essere fermento della sua storia, della sua civiltà, della sua cultura, dei suoi impegni per una ordinata convivenza civile...» (AA. VV., *Concordato 1984: premesse e prospettive*, Urbino 1985, 217), e lo sanno bene gli studiosi laici, quando valorizzando l'etica del dialogo (dell'apertura all'altro) ne indicano la matrice cristiana e, nel richiamare l'esigenza del fondamento morale della vita collettiva democratica, ammettono che molti valori laici esattamente coincidono con quelli provenienti dalla cultura religiosa cattolica. Al giurista laico peraltro l'indicazione di non dimenticare che «i valori etici fondamentali, in Italia, come normalmente avviene negli Stati democratici del nostro tempo, sono iscritti nella Costituzione e costituiscono la base civile e morale della convivenza organizzata» viene addirittura da Giovanni Paolo II, che pronunciò le trascritte espressioni nel discorso del 31 marzo 2000 ai partecipanti al congresso dell'Associazione Nazionale Magistrati.

Forse qualche clericale non condividerà quelle parole e qualche laicista dirà che la matrice cristiana della morale fondamentale della nostra gente non è esclusiva (c'è, infatti, chi preferisce sottolineare i valori della Rivoluzione Francese o dell'Illuminismo, quasi che non fossero essi stessi valori metafisici – non trascendenti, certo – di universalità, solidarietà, libertà propri della tradizione cristiana).

Ciò che ora interessa è rilevare che i principi morali della nostra Nazione, affermati e riconosciuti dalla Costituzione, sono quelli fondanti del primato della persona umana, della solidarietà e della libertà – che postula il rispetto della vita e delle scelte individuali – non certo lontani dal comandamento supremo dell'amore che i Vangeli tramandano e che trova nelle parole dell'Apostolo delle genti la più sublime delle descrizioni (1 Cor. 12, 31; 13, 1-8). E se il clericale e il laicista avessero la pazienza di scorrere la Costituzione nelle norme relative ai principi fondamentali e ai diritti e doveri dei cittadini, vedrebbero un continuo richiamo alle situazioni soggettive inviolabili, alla solidarietà politica, economica, sociale,

alla pari dignità, all'uguaglianza, alla libertà di associazione, ai diritti della famiglia etc. etc., che costituiscono la traduzione giuridica di precetti morali, come tali sentiti dalla nostra gente e perché tali universalmente accettati sul piano giuridico: e sono tutti principi etici e valori che si sono radicati nel comune modo di sentire attraverso una sedimentazione ed una stratificazione che ha quantomeno duemila anni di storia. «Enea e Paolo» operarono in sinergia: i principi cristiani, attraverso l'ordinamento giuridico di Roma, si diffusero nel mondo e mediante la formazione dell'etica collettiva contribuirono a costituire dapprima una *coìnè dialectos* e, poi, la coscienza delle Nazioni: ed ogni Nazione è tale perché possiede valori etici che ne costituiscono il «connettivo» e che permettono a tutti i suoi membri di riconoscersi in una comune appartenenza ed in una identità.

Lo Stato e la Chiesa, si accennava, non sono solo indipendenti e sovrani; sono anche «alleati» mediante un patto di diritto internazionale attraverso il quale, *viribus unitis*, perseguono il comune interesse della promozione dell'uomo e del bene del Paese. La collaborazione avviene mediante la predisposizione di mezzi dall'una e dall'altra parte; l'alleanza implica reciproco riconoscimento di esigenze da rispettare, magari attraverso mutue rinunce. I mezzi che la Chiesa impegna per il raggiungimento del fine comune sono nell'autorità morale e spirituale guadagnata in due millenni; la rinuncia che le si è chiesta consiste nell'abdicazione a mire temporali; la sua predicazione spirituale – libera e piena – mantiene e consolida i principi etici su cui si fonda lo Stato laico soprattutto nella materia dei diritti dell'uomo e dei rapporti civili etico-sociali ed economici. Lo Stato laico, dal proprio canto, rinuncia ad essere ateo od anticlericale o laicista e vede nel fenomeno religioso una componente molto importante della società; riceve dall'opera della Chiesa Cattolica un validissimo contributo alla consolidazione dei principi che lo caratterizzano, ricevendone l'apprezzamento: la Chiesa non solo non ha paura della laicità, ma, come ricordò Pio XII (in un noto discorso del 23 marzo 1958) «la legittima sana laicità dello Stato è uno dei principi della dottrina cattolica».

Il principio supremo di laicità del nostro ordinamento è stato ampiamente illustrato da codesta Corte Ecc.ma nella nota sentenza n. 203/1989, cui altre seguirono di concrete conferme e applicazioni. E probabile che il significato della laicità possa atteggiarsi con sfumature diverse a seconda che sia in discussione un profilo dello Stato-potere, oppure dello Stato-istituzione, o infine, dello Stato-comunità; e di tali diverse sfumature è traccia nelle concrete soluzioni adottate nelle numerose sentenze che hanno fatto seguito alla fondamentale pronuncia del 1989. E peraltro anche la dottrina pone in luce che l'autonomia e l'indipendenza, che caratterizzano il principio di laicità dello Stato-potere, non sono concetti coincidenti con l'aconfessionalità e la neutralità dello Stato-istituzione o con la «temporalità» degli interessi (pur se morali e spirituali) dello Stato-comunità; alcuni canonisti, poi, descrivono *in positivo* il valore della laicità nel momento della libertà religiosa, questa intesa come rivendicazione della Chiesa e verso la Chiesa, libertà che è uno dei diritti inviolabili, questi, a loro volta, corollario della «dignità umana».

La complessità della questione concernente l'esposizione del crocifisso nelle scuole è confermata dal suo carattere risalente nel tempo. Riferisce infatti A.C. Jemolo (in *Chiesa e Stato in Italia*, Einaudi, Torino, 1977, 154 ss. e spec. 157) che tra le molteplici battaglie anticlericali combattute all'inizio del ventesimo secolo vi erano quelle «...per impedire che preti e monache occupino cattedre di scuole elementari; per fare chiudere asili affidati alle suore; per eliminare il crocifisso nelle aule scolastiche; per sostituire negli ospedali le suore con personale laico...». Niente di nuovo, quindi, se non che è passato un secolo e che l'anticlericalismo è oggi un ricordo lontano. Il quesito se sia compatibile con la cennata laicità dello Stato l'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche continua però ad essere ampiamente trattato in dottrina, negli ultimi tempi con rinnovato interesse.

Alcune delle giustificazioni *a sostegno dell'attuale vigenza* delle norme regolamentari che dispongono l'esposizione del crocifisso nelle scuole come vicenda ordinaria e normale non sono del tutto convincenti spesso perché parziali e riduttive: così non è convincente il richiamo ai «valori che fondano l'identità dell'Italia, dell'Europa e dell'intero Occidente» (ad esempio, in *Risoluzione al governo* della VII Commissione della Camera del 27 ottobre 2003), perché quei valori non sono rappresentati necessariamente e soltanto da un simbolo religioso; non è convincente il richiamo alle radici o alla pace e alla fratellanza, tutti concetti che potrebbero essere rappresentati anche con altri emblemi; è insufficiente il richiamo alla tradizione e alla «rivoluzione cristiana» operata con toni letterariamente validi ed appassionati dalla Ginsburg in un articolo apparso sull'Unità il 25 marzo 1988, perché di per sé la tradizione vuole che si sia cauti nel cambiamento ma certo non lo impedisce ed il richiamo

alla «rivoluzione cristiana» di per sé non appare del tutto coerente con l'equidistanza che lo Stato laico deve mantenere rispetto ad ogni «rivoluzione» religiosa. Meno insoddisfacente è il richiamo al «dolore umano» e alla solidarietà che nel medesimo scritto è operato, ma non si supera il terreno della brillante sociologia. Dice la Ginsburg: «*A me dispiace che il Crocifisso scompaia per sempre da tutte le classi. Mi sembra una perdita. Tutte o quasi tutte le persone che conosco dicono che va tolto. A me dispiace che il Crocifisso scompaia. Se fossi un insegnante vorrei che nella mia classe non venisse toccato... Il Crocifisso non genera nessuna discriminazione. Tace. È l'immagine della rivoluzione cristiana, che ha sparso per il mondo l'idea dell'uguaglianza fra gli uomini fino allora assente... Il Crocifisso è segno del dolore umano. La corona di spine, i chiodi, evocano le sue sofferenze... Fa parte della storia del mondo... Prima di Cristo nessuno aveva mai detto che gli uomini sono uguali e fratelli tutti, ricchi e poveri, credenti e non credenti, ebrei e non ebrei e neri e bianchi, e nessuno prima di lui aveva detto che nel centro della nostra esistenza dobbiamo situare la solidarietà tra gli uomini... A me sembra bene che i ragazzi, i bambini, lo sappiano fin dai banchi della scuola. Gesù Cristo ha portato la croce. A tutti noi è accaduto o accade di portare sulle spalle il peso di una grande sventura. A questa sventura diamo il nome di croce, anche se non siamo cattolici perché troppo forte e da troppi secoli è impressa l'idea della croce nel nostro pensiero. Tutti, cattolici e laici portiamo o porteremo il peso d'una sventura, versando sangue e lacrime cercando di non crollare. Questo dice il Crocifisso. Lo dice a tutti, mica solo ai cattolici*». E neppure è del tutto appagante la pur autorevole interpretazione fornita dal Consiglio di Stato in sede consultiva con il parere del 27 aprile 1988, n. 63, che argomenta dal silenzio dei Patti Lateranensi in merito all'esposizione del crocifisso per sostenere l'insignificanza in materia delle modifiche del 1984, con la conseguente, piena vigenza dei regolamenti del 1924 e del 1928: l'abrogazione di una norma, infatti, può essere anche tacita, mentre l'osservazione secondo cui «la Costituzione non prescrive alcun divieto all'esposizione del Crocifisso (che) per i principi che evoca... fa parte del patrimonio storico» appare, nella sua stringatezza, piuttosto tautologica.

D'altro canto, anche la opposta *opinione di chi sostiene che oggi non vi sia spazio alcuno per l'esposizione del crocifisso* nelle aule scolastiche trova motivazioni e giustificazioni che lasciano insoddisfatto quanto meno il giurista laico. A volte l'equivoco di base, quello cioè di credere che il crocifisso sia «un simbolo il quale mantiene comunque un *univoco* significato confessionale» (equivoco nel quale cade anche l'ordinanza di rimessione oggi all'esame) è il presupposto logico per valutarne l'esposizione come fatto contrastante con la posizione di equidistanza che lo Stato laico deve mantenere nei riguardi del fenomeno religioso o confessionale: il «mantenimento» del significato religioso è indubbio, ma non è il solo; di più e ben oltre il crocifisso è il simbolo (la bandiera, si direbbe) della Chiesa cattolica, unico alleato dello Stato italiano che sia menzionato nella Costituzione; il significato confessionale del crocifisso è mediato dal significato di emblema del soggetto di diritto internazionale che ha stretto il patto con l'Italia.

Ancor meno significativi appaiono i frequenti richiami che i sostenitori dell'eliminazione del crocifisso operano per dire che la sua esposizione troverebbe impliciti divieti nelle regole fondamentali dello Stato laico: quell'esposizione sarebbe incompatibile, si dice, con l'art. 3 Cost., perché ogni simbolo instaurerebbe un meccanismo di identificazione e dunque lo studente sarebbe in qualche modo suggestionato a favore della religione cattolica. L'argomento non è affatto convincente, perché postula una surrettizia e diffusa propaganda che è sicuramente vietata, almeno da quando l'insegnamento della religione cattolica è diventato facoltativo; è una osservazione, quindi, che presuppone la violazione delle «regole del gioco»: rispettate queste, l'argomento non ha più spazio. Ancor peggiore è il rimedio che, in nome dell'art. 3 Cost., alcuni hanno immaginato, quello di esporre altri simboli religiosi accanto al crocifisso: a parte l'esito vagamente *kitsch* del suggerimento, anche tale soluzione dà per scontato che avvenga ciò che non può e non deve avvenire a scuola, quella specie, cioè, di propaganda o proselitismo, siano pure essi nel pieno... rispetto delle regole del libero mercato! La libertà di religione e di coscienza e la libertà di pensiero sono chiamate in causa con analoghi risultati: il crocifisso, «univoco» segno confessionale (dei cattolici, e comunque dei cristiani) sarebbe in grado di provocare suggestivi «input» specie negli alunni più giovani, si da condizionarne lo sviluppo. È un argomento spesso ricorrente anche nelle parallele esperienze di altri paesi; e gli psicologi e i sociologi si sono appassionatamente misurati sul tema dei «simboli passivi» o dei riflessi indotti dagli emblemi. È interessante in proposito ricordare che il Tribunale Costituzionale Federale della Germania, quando si trovò ad affrontare il tema del divieto del velo islamico per le insegnanti posto dal diritto del *Land Baden-Württemberg* (caso deciso con sentenza 24 settembre 2003 *favorevolmente* all'insegnante che

voleva indossare il velo islamico), si pose il problema del condizionamento che detto oggetto poteva avere sui giovanissimi alunni; e ha ammesso CTU (una delle pochissime che, a quanto risulta, sia stata disposta in argomento da una Corte); si legge nella sentenza, che è pubblicata in *Foro Italiano* 2004, IV, 214, che il CTU «prof. Bliesener ha sostenuto che dal punto di vista della psicologia dello sviluppo non sussistono attualmente cognizioni certe che possano attestare un'influenza sui bambini solo attraverso la frequentazione quotidiana con l'insegnante che indossa nella scuola e nell'insegnamento un copricapo. Solo con il verificarsi di conflitti fra genitori ed insegnanti in relazione all'uso del copricapo da parte dell'insegnante sono prevedibili effetti negativi, specialmente sulle allieve ed allievi più giovani. Gli altri due consulenti tecnici uditi dalla sezione della Corte... non hanno allegato convinzioni divergenti». Il richiamo ai conflitti fra *genitori e insegnanti* – sia detto per inciso – dovrebbe comunque far riflettere seriamente sull'opportunità di certi contrasti.

Altri invocano l'art. 97 Cost. e dunque il dovere di imparzialità, aspetto della laicità che richiede equidistanza. Si è già detto che, una volta visto il crocifisso come emblema e vessillo dell'unico nostro Alleato nominato nella Costituzione, il problema dell'equidistanza e dell'imparzialità non può più ragionevolmente porsi nei rapporti tra religioni, ma, ben diversamente, nei rapporti con i soggetti di diritto internazionale e con i loro vessilli: e codesta Corte Ecc.ma ha già avuto occasione di sottolineare che il principio supremo di laicità emerge, tra gli altri, proprio da quell'art. 7 che riconosce la Chiesa cattolica indipendente e sovrana e che fa del patto internazionale con essa stipulato un elemento costitutivo del modo di essere della Repubblica.

La libertà di coscienza, secondo alcuni, basterebbe per accertare l'illegittimità delle norme sull'esposizione del crocifisso. L'argomento è lo sviluppo di alcune affermazioni contenute nella sentenza della Corte di Cassazione 1 marzo 2000 (*Foro It.* 2000, II, 521) relativa al caso di cui ampiamente disse la cronaca e che è ricordato in quasi tutti gli scritti sul tema oggi all'esame di uno scrutatore di seggio elettorale che rifiutò di svolgere il suo lavoro perché nell'aula scolastica adibita a seggio c'era un crocifisso. Nel processo penale che seguì lo scrutatore fu assolto in ultima istanza perché il suo rifiuto fu considerato giustificato. Ma lo fu in una logica – l'unica, in quella sede, rilevante – del tutto penalistica: l'immediatezza e non strumentalità del rapporto tra il rifiuto motivato e il contenuto dell'ufficio furono sufficienti per l'assoluzione; quello scrutatore, insomma, veramente si sentiva condizionato e dunque il suo rifiuto non fu senza rilievo sul piano dell'elemento psicologico del reato. La Corte di Cassazione si lascia andare a molte affermazioni di principio che, forse, non competono alla magistratura penale e certo non servivano alla soluzione del caso di specie: e quando se ne rende conto, torna improvvisamente nei limiti delle proprie competenze e delle esigenze del processo osservando che «nel caso non si pongono problemi a livello costituzionale giacché il bilanciamento degli interessi è già assicurato nelle previsioni penali dalla clausola del giustificato motivo, (art. 108 d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361: n. d.a.) la cui nozione... è più ampia della generale causa di giustificazione». In tal modo le pur pregevoli considerazioni svolte sui principi supremi dell'ordinamento non costituiscono *giurisprudenza* in termini; né esiste sul tema – è appena il caso di ricordarlo – un diritto vivente (ad esempio Cass. 13 ottobre 1998, aveva annullato con rinvio l'assoluzione di quello scrutatore dubitando che non avesse davvero commesso reato).

A volte è richiamato il diritto inviolabile «alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione» di cui all'art. 9 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, firmata il 4 novembre 1950 e ratificata con legge 4 agosto 1955, n. 848: in relazione a tale diritto inviolabile ci sarebbe una sorta di facoltà di veto in ordine a qualunque atteggiamento pubblico in qualsiasi modo interferente. Forse il richiamo è fatto nel tentativo di aggirare l'ostacolo della sicura inesistenza nella Costituzione di una simile facoltà di veto; certo è che la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo non contesta né giustifica la cennata lettura dell'art. 9. Il principio fondamentale enunciato dalla CEDU è che anche i diritti fondamentali vanno considerati in un quadro di insieme, «in funzione dei bisogni... delle comunità» (dec. 23 luglio 1968, c.Belgio); si è ad esempio affermata la legittimità dell'obbligo di partecipazione ad una sfilata militare imposta ai testimoni di Geova in orario scolastico (Valsamis c. Grecia, 18 dicembre 1996), la legittimità dell'insegnamento obbligatorio dell'educazione sessuale (Kieldnsen ed altri c. Danimarca 7 dicembre 1976), del divieto di portare a scuola simboli religiosi come il velo islamico (Karaduman c. Turchia 3 maggio 1993) o di svolgere proselitismo religioso (Kokkinakis c. Grecia 25 maggio 1993): tutti esempi di inesistenza di una facoltà di veto di soluzioni non condivise pur in tema di diritti fondamentali. È spesso ricordata sul tema la sen-

tenza bavarese del 16 maggio 1995 che ritenne contraria alla Costituzione tedesca l'esposizione del crocifisso nei locali scolastici; e, negli scritti più recenti, si fa richiamo alla laicità francese, che ha portato alla legge del 15 marzo 2004, n. 228, sul divieto di simboli religiosi a scuola.

Si tratta di richiami impropri, perché queste due Nazioni non hanno, nella propria Costituzione, una norma del tipo del nostro art. 7; e di assonanze imprecise, perché la legge bavarese del 1° gennaio 1996 introduce un complesso meccanismo di valutazione di opportunità sull'esposizione dei simboli religiosi, mentre la legge francese vieta *soltanto* i segni che manifestino una appartenenza religiosa «*ostensiblement*», dove l'avverbio è volutamente ambiguo, indicando qualcosa di meno dell'ostentazione e qualcosa di più del «visibile».

Come si è accennato, l'ordinanza di rimessione oggi all'esame muove dal presupposto che il crocifisso abbia mantenuto comunque un «univoco significato confessionale»; si è pure accennato che la maggioranza della letteratura – sia quella che ritiene possibile l'esposizione del simbolo, sia quella che la ritiene illegittima – non condivide detta valutazione d'univocità. Non la condivide, in particolare, la prassi amministrativa in epoca repubblicana: nei provvedimenti relativi all'argomento è costante il richiamo al fatto che «l'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche... non configura violazione del pluralismo religioso e degli obiettivi di formazione multiculturale della Scuola né può considerarsi limitativa della libertà di coscienza garantita dalla Costituzione, non collegandosi ad una specifica Confessione, ma costituendo espressione della civiltà e della cultura cristiana e perciò patrimonio universale dell'umanità» (direttiva del Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca 3 ottobre 2002; analogamente, circolare esplicativa in pari data). Di simbolo dell'identità nazionale e del patrimonio tradizionale dell'Italia di cui il cattolicesimo è componente fondamentale parla il Ministro dell'Interno quando, in data 25 ottobre 1984, affronta il tema con riguardo alle aule giudiziarie, ritenendo ancora vigente la circolare del 29 maggio 1926.

Si è ricordato che qualunque comunità non può non avere principi etici nei quali si riconosce e che costituiscono il connettivo che rende popolo l'insieme dei singoli e che permette all'ordinamento di porre norme giuridiche coerenti con quei principi, e dunque avvertite come non estranee ed invasive imposizioni; si è anche detto che i principi etici della nostra Nazione hanno radici prevalentemente cristiane; e si è pure ricordato che l'art. 7 Cost., il quale contribuisce a conformare lo Stato laico, indica la Chiesa cattolica quale alleato mediante un patto di diritto internazionale; è infine noto che la Chiesa cattolica indica il crocifisso quale proprio emblema o vessillo (anche altre Chiese cristiane lo fanno, e la croce compare pure su alcune bandiere di Stati laici: ma ciò non toglie nulla al valore e al significato che la Chiesa cattolica assegna a quel simbolo, che ricorda la divinità del proprio fondatore e della propria costituzione). Sulla base di tali premesse si può affrontare il tema della verifica di compatibilità tra le due norme (regolamentari) all'esame e l'attuale assetto costituzionale, e si possono dissipare alcuni equivoci logici.

Come si è già notato, quelle norme, che sono preconcordatarie, trovarono, all'epoca, fondamento nell'art. 1 dello Statuto che permetteva allo Stato di «appropriarsi» di quel simbolo, e, contemporaneamente di tenersi a distanza dalla Chiesa cattolica e di svolgere una politica non certo filoclericale; anzi, a ben vedere è addirittura probabile che nelle disposizioni preconcordatarie sul crocifisso vi fosse una sottile vena polemica nei riguardi del mondo clericale, che non veniva riconosciuto come esclusivo titolare della facoltà di disporre dei simboli della religione cristiana.

Comunque, certo è che la data di nascita di quelle norme, promulgate in un ordinamento che aveva scelto la «religione cattolica apostolica romana» come religione di Stato, ha suscitato il legittimo dubbio circa la loro sopravvivenza al superamento di tale scelta. Ma le norme hanno oggettiva e propria esistenza anche oltre le ragioni che le determinano, e dunque anche le due disposizioni oggi allo scrutinio della Corte Costituzionale vanno lette per quello che dicono ed inserite nell'odierno contesto normativo. È innegabile che le due norme in esame pongono il crocifisso accanto e comunque insieme alla «bandiera nazionale» e al «ritratto del Re». È una triade ideale che collega, e in un unico insieme considera, la religione cattolica con i valori morali che essa esprime, l'ordinamento giuridico formale e la comunità nella sua unità di nazione. Nessuno potrebbe seriamente affermare che non sia più legittimo il riferimento alla bandiera solo perché oggi il nostro vessillo non presenta gli stessi disegni dell'epoca, o che non si possa esporre il ritratto del Presidente della Repubblica perché egli non è un «Re d'Italia». È chiaro che la bandiera nazionale è, oggi, quella di cui all'art. 12 Cost., e che il Capo dello Stato è quello di cui all'art. 83; d'altra parte

nessuno, neppure tra i più fantasiosi ed estremisti assertori delle libertà individuali, se la sentirebbe di sostenere che né bandiera né ritratto presidenziale possano essere legittimamente esposti, in quanto simboli, il primo di una visione nazionalistica che può liberamente non essere condivisa, ed il secondo di una metafisica dell'ordinamento che impone una certa adesione ai principi democratici e repubblicani. Analoghe osservazioni vanno fatte per il crocifisso la cui presenza simbolica fu, all'epoca, giustificata dall'art. 1 dello Statuto ed è oggi spiegata dall'art. 7 Cost.: il crocifisso è il vessillo della Chiesa cattolica, unico alleato di diritto internazionale nominato dalla Costituzione. Ed allora l'emblema del Cristo, sicuramente religioso per la Chiesa cattolica che da Lui si dichiara fondata, entra nella triade «crocifisso, bandiera, ritratto del Capo dello Stato» in quanto vessillo; un simbolo che non è più di «religione» in quanto tale ma di conformazione dell'ordinamento ad una laicità che non esclude la piena e leale collaborazione con la Chiesa cattolica, attraverso un patto anche giuridicamente privilegiato. D'altra parte i valori morali che la Chiesa cattolica esprime e che il crocifisso, simbolo della Chiesa, evoca sono del tutto coincidenti – nel nucleo essenziale e nella dimensione umana – con il modo di sentire della nostra gente; e sono, ciò che più conta, coincidenti con la stessa impostazione etica della Costituzione, nel momento di esaltazione della dignità dell'uomo, dei diritti inviolabili e delle libertà fondamentali; ed è proprio il comune modo di sentire, costituito a sistema morale, che è al contempo sostanziale fonte di produzione di quei precetti costituzionali e spiegazione della loro convinta accettazione da parte della collettività.

La triade «crocifisso, bandiera, ritratto del Capo dello Stato» non è altro che l'immagine visiva – una sorta di elementare *bibulum pauperum* – della Nazione nelle sue fondamentali componenti: la comunità con i suoi valori storici e morali riconfermati dalla speciale alleanza con la Chiesa cattolica, l'unità, l'ordinamento giuridico.

I simboli dello Stato non si discutono: possono essere condivisi o non condivisi dalla coscienza individuale ma vanno comunque rispettati: non c'è diritto individuale di veto per l'esposizione della bandiera o del ritratto del Presidente, simbolo dello Stato-ordinamento; ciascuno in cuor suo può non credere alla bandiera come emblema dell'unità nazionale, o ritenere un residuo dello Stato etico la proposizione dei valori democratici e repubblicani operata attraverso il richiamo al Capo dello Stato; e nessuno, certo, è obbligato a comportamenti che in positivo esternino una non sentita adesione. Allo stesso modo nessuno potrà mai essere costretto a qualsivoglia atto di omaggio – e tantomeno ad intime condivisioni – nei riguardi del crocifisso, emblema della Chiesa cattolica e dunque simbolo della fattiva e leale presenza della Chiesa, dei valori morali da essa esaltati e dell'opera di solidarietà in concreto svolta in Italia per la promozione dell'uomo e per il bene del Paese; correlativamente a nessuno è concesso il potere di vietare l'esposizione del crocifisso come non è dato con riguardo alla bandiera o all'effigie del Presidente.

In questa prospettiva perdono molto della loro utilità sia il pur interessante dibattito sulla «polivalenza significante» dei simboli, sia le riflessioni, in particolare, sulla contraddizione della forza emblematica del crocifisso, che in effetti, di per sé, può risultare carico di speranza o provocare sentimenti contrapposti; il crocifisso non è collocato accanto alla bandiera e all'effigie presidenziale in quanto diretto simbolo di una preferenza dello Stato per una determinata religione: è lì, accanto alla bandiera e al ritratto del Capo dello Stato, perché è il vessillo della Chiesa cattolica, che l'art. 7 Cost. riconosce indipendente e sovrana e che fattivamente opera, in virtù di speciale rapporto di natura internazionale, in collaborazione reciproca con la Repubblica «per la promozione dell'uomo e il bene del Paese», con tutta l'autorità spirituale e l'autorevolezza morale che le deriva da due millenni di storia. In tal modo la forza evocativa del simbolo di per sé religioso – la cui presenza peraltro andrebbe riconosciuta legittima per ciò solo che si abbia riguardo al modo di sentire della maggioranza del popolo italiano e all'esistenza di non divieti, per lo Stato laico, rispetto alle opzioni religiose della maggioranza o alla ricognizione dei valori del nostro patrimonio storico – diventa, per così dire, di secondo livello, mediato dal principale significato di emblema dello speciale Alleato operante all'interno delle comunità nazionali. Tale visione ricompona a sistema unitario la «polivalente significanza» del pur silente simbolo: attraverso il diretto richiamo alla Chiesa cattolica, di cui è emblema, comunica a chi voglia ascoltare il ricordo di due millenni di storia, attraverso i quali si è formata e consolidata la coscienza della dignità dell'uomo, valore di primo riferimento di qualunque sistema normativo, la consapevolezza dei suoi diritti inalienabili, delle sue libertà fondamentali, della sua dimensione sociale retta necessariamente da principi e valori morali (di solidarietà, di rispetto e di «accoglienza dell'altro»).

La cennata ricostruzione, che direttamente passa attraverso l'art. 7 Cost. e che riconosce al crocifisso il significato unitario e coerente di rappresentazione di una serie di valori morali e spirituali espressi dall'alleanza con la Chiesa cattolica, è in grado di offrire risposta definitiva alla domanda di chi, vedendo nel crocifisso un simbolo proprio e autonomo dello Stato (non religioso ma) espressivo delle nostre radici storiche e dei valori morali generalmente riconosciuti dalla nostra gente, si chiede perché sia stato scelto proprio il crocifisso a simboleggiare quei valori, quasi che l'Italia non disponesse di grandi uomini che hanno fatto la storia o hanno contribuito a gettare le basi della cultura etica o culturale o non si fosse comunque in grado di immaginare un altro «logo».

In tal modo il crocifisso è simbolo unitario ma non «univoco»: è tutto ciò che due millenni di attiva presenza dapprima romana e cristiana e poi cattolica hanno prodotto nella formazione della coscienza dei valori morali individuali e collettivi trasfusi nella stessa Costituzione; è simbolo di cultura etica nella sua radice storica; è il rinnovato impegno della Chiesa a perseguire con ogni tenacia la propria missione di promozione dell'uomo, d'accordo con lo Stato per il benessere spirituale del Paese. Il pluralismo culturale e religioso dunque, che richiama il rispetto delle diversità ma che non è diretto a privilegiare le culture minoritarie o a sacrificare quelle tradizionali e maggioritarie, si colloca su un piano del tutto diverso e non interferente con il significato che il crocifisso esprime, ricordando esso da un lato il connettivo della comunità nazionale, e dall'altro rappresentando la conferma visiva dello speciale patto con la Chiesa cattolica che sul piano dell'ordinamento internazionale e del diritto pubblico contribuisce a costituire la sostanza dello Stato laico.

Roma, 11 ottobre 2004

*Avvocati dello Stato: Antonio Palatiello, estensore  
Gabriella Palmieri – Piero Gallo».*

#### **Corte Costituzionale, ordinanza 15 dicembre 2004, n. 389 - Pres. Red. V. Onida.**

«(Omissis) nel giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 159 e 190 del decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297 (Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado), come specificati, rispettivamente, dall'art. 119 (e allegata tabella C) del regio decreto 26 aprile 1928, n. 1297 (Approvazione del regolamento generale sui servizi dell'istruzione elementare), e dall'art. 118 del regio decreto 30 aprile 1924, n. 965 (Ordinamento interno delle Giunte e dei Regi istituti di istruzione media), e dell'art. 676 del predetto decreto legislativo n. 297 del 1994, promosso con ordinanza del 14 gennaio 2004 dal TAR per il Veneto sul ricorso proposto da S.L. in proprio e nella qualità di esercente la potestà genitoriale contro il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, iscritta al n. 433 del registro ordinanze 2004 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica, edizione straordinaria, del 3 giugno 2004.

Visti l'atto di costituzione di S.L. nonché gli atti di intervento di P.B. ed altro e del Presidente del Consiglio dei ministri;

Udito nell'udienza pubblica del 26 ottobre 2004 il Giudice relatore Valerio Onida;

Uditi l'avvocato Massimo Luciani per S.L., l'avvocato Franco Gaetano Scoca per P.B. ed altro e l'avvocato dello Stato Antonio Palatiello per il Presidente del Consiglio dei ministri.

Ritenuto che, con ordinanza emessa il 14 gennaio 2004, pervenuta a questa Corte il 20 aprile 2004, il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, nel corso di un giudizio per l'impugnazione di una deliberazione del consiglio di istituto di una scuola, ha sollevato questione di legittimità costituzionale, in riferimento al principio di laicità dello Stato, e, «comunque», agli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione, degli artt. 159 e 190 del decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297 (Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado), «come specificati», rispettivamente, dall'art. 119 (e tabella C allegata) del regio decreto 26 aprile 1928, n. 1297 (Approvazione del regolamento generale sui servizi dell'istruzione elementare), e dall'art. 118 del r.d. 30 aprile 1924, n. 965 (Ordinamento interno delle Giunte e dei Regi istituti di istruzione media), «nella parte in cui includono il Crocifisso tra gli arredi delle aule scolastiche», nonché dell'art. 676 del medesimo d.lgs. n. 297 del 1994 «nella parte in cui conferma la vigenza delle disposizioni» di cui ai predetti art. 119 (e tabella C allegata) del r.d. n. 1297 del 1928 e art. 118 del r.d. n. 965 del 1924;



che l'impugnato art. 159 del d.lgs. n. 297 del 1994 stabilisce fra l'altro, al comma 1, che «spetta ai Comuni provvedere (...) alle spese necessarie per l'acquisto, la manutenzione, il rinnovamento (...) degli arredi scolastici» nelle scuole elementari, mentre l'art. 119 del r.d. n. 1297 del 1928 stabilisce che «gli arredi, il materiale didattico delle varie classi e la dotazione della scuola sono indicati nella tabella C allegata», la quale, nell'elencare gli arredi e il materiale occorrente nelle varie classi, include al n. 1, per ogni classe, il Crocifisso;

che, a sua volta, l'impugnato art. 190 del d.lgs. n. 297 del 1994 stabilisce fra l'altro, al comma 1, che «i Comuni sono tenuti a fornire (...) l'arredamento» dei locali delle scuole medie, mentre l'art. 118 del r.d. n. 965 del 1924 recita che «ogni istituto ha la bandiera nazionale; ogni aula, l'immagine del Crocifisso e il ritratto del Re»;

che l'impugnato art. 676 del d.lgs. n. 297 del 1994 stabilisce che le disposizioni non inserite nel testo unico «restano ferme ad eccezione delle disposizioni contrarie od incompatibili con il testo unico stesso, che sono abrogate»;

che il Tribunale remittente premette che le disposizioni citate del r.d. n. 1297 del 1928 e del r.d. n. 965 del 1924 costituirebbero adeguato fondamento giuridico del provvedimento impugnato nel giudizio *a quo*; sarebbero tuttora in vigore in quanto non abrogate per incompatibilità dalle disposizioni dei Patti Lateranensi cui si è data esecuzione con la legge 27 maggio 1929, n. 810, né da quelle dell'Accordo di modifica di detti Patti reso esecutivo con la legge 25 marzo 1985, n. 121; non sarebbero incompatibili infine con il testo unico approvato con il d.lgs. n. 297 del 1994, né sarebbero state abrogate per nuova disciplina dell'intera materia in quanto l'impugnato art. 676 del testo unico medesimo dispone che restino salve le norme preesistenti non inserite in esso e non incompatibili con le disposizioni del medesimo testo unico; che dette disposizioni sarebbero destinate ad introdurre norme attuative di dettaglio rispetto ad atti legislativi, e cioè, rispettivamente, il r.d. 5 febbraio 1928, n. 577, al cui art. 55 corrisponde oggi l'art. 159, comma 1, del d.lgs. n. 297 del 1994, e il r.d. 6 maggio 1923, n. 1054, al cui art. 103 corrisponde oggi l'art. 190 del d.lgs. n. 297 del 1994;

che il giudice *a quo* si pone il problema della costituzionalità delle disposizioni regolamentari citate, da cui discenderebbe l'obbligo di esposizione del Crocifisso nelle aule scolastiche, e ritiene che queste, pur non potendo essere oggetto diretto di controllo di costituzionalità, dato il loro rango regolamentare, sarebbero invece suscettibili di controllo indiretto, in quanto specificano e integrano i disposti legislativi impugnati dagli artt. 159 e 190 del d.lgs. n. 297 del 1994, il cui art. 676 a sua volta costituirebbe una norma primaria «attraverso la quale l'obbligo di esposizione del Crocifisso conserva vigenza nell'ordinamento positivo»;

che, in punto di non manifesta infondatezza della questione, il Tribunale remittente sostiene che il Crocifisso è essenzialmente un simbolo religioso cristiano, di univoco significato confessionale; e che l'imposizione della sua affissione nelle aule scolastiche non sarebbe compatibile con il principio supremo di laicità dello Stato, desunto da questa Corte dagli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione, e con la conseguente posizione di equidistanza e di imparzialità fra le diverse confessioni che lo Stato deve mantenere; e che la presenza del Crocifisso, che verrebbe obbligatoriamente imposta ad alunni, genitori e insegnanti, delinerebbe una disciplina di favore per la religione cristiana rispetto alle altre confessioni, attribuendo ad essa una ingiustificata posizione di privilegio;

che si è costituita la parte privata ricorrente nel giudizio *a quo*, concludendo per l'accoglimento della questione;

che, secondo la parte, l'obbligatoria esposizione del Crocifisso nelle aule violerebbe il dovere di equidistanza dello Stato rispetto alle varie confessioni e contraddirebbe l'esigenza di uno «spazio pubblico neutrale» in cui non potrebbe trovare posto un simbolo religioso; non si potrebbe attribuire al Crocifisso il carattere di un simbolo genericamente civile e culturale, essendo innegabile la sua valenza religiosa, e mancando del resto ogni base costituzionale per poter fare del Crocifisso un simbolo dell'unità della nazione al pari della bandiera; non sarebbe praticabile, infine, nemmeno una soluzione che postuli la permanenza dell'esposizione del Crocifisso salvo che qualcuno degli alunni ritenga di esserne leso nella propria libertà religiosa, poiché sarebbe violato comunque il principio oggettivo di laicità, né si potrebbe costringere il singolo a opporsi apertamente alla eventuale volontà maggioritaria del gruppo sociale di appartenenza;

che sono intervenuti altresì, con unico atto, il sig. P.B., in proprio e quale genitore di un'alunna della stessa scuola, e il sig. L.B., in qualità di presidente dell'associazione italiana genitori di Padova, concludendo per la inammissibilità e comunque per la infondatezza della questione;

che gli intervenienti, affermata la propria legittimazione ad essere presenti nel giudizio in quanto controinteressati nel giudizio *a quo*, pur se non evocati in esso, nonché in quanto titolari di un interesse direttamente inerente al rapporto sostanziale dedotto nel giudizio medesimo, negano che l'esposizione del Crocifisso nelle aule leda il principio di laicità, il quale non implicherebbe indifferenza dello Stato rispetto alle religioni, e non impedirebbe l'esposizione di un simbolo che rappresenta una parte integrante dell'identità culturale e storica del popolo italiano;

che è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, concludendo per l'inammissibilità e comunque per l'infondatezza della questione;

che l'Avvocatura erariale eccepisce anzitutto il difetto di rilevanza della questione, in quanto, alternativamente, il giudizio davanti al TAR non sarebbe stato proponibile per difetto di contraddittorio e di legittimazione del ricorrente, ovvero il TAR sarebbe carente di giurisdizione;

che, nel merito, la difesa del Presidente del Consiglio sostiene che le norme legislative impugnate e le norme regolamentari richiamate dal remittente non stabiliscono alcun obbligo di esposizione del Crocifisso, e che, in assenza di un obbligo legale di esposizione, il problema sarebbe quello di verificare se le norme costituzionali consentano l'esposizione di quel simbolo del cattolicesimo: esposizione che non sarebbe in contrasto con la laicità dello Stato e sarebbe coerente sia con l'art. 7 della Costituzione, sia con il riconoscimento, contenuto nell'art. 9 dell'accordo di revisione del concordato reso esecutivo con la legge n. 121 del 1985, secondo cui i principi del cattolicesimo fanno parte del patrimonio storico del popolo italiano;

che nella memoria presentata in vista dell'udienza l'Avvocatura erariale argomenta nel senso della legittimità costituzionale della presenza del Crocifisso nelle aule, quale «evenienza naturale» nell'ordinario svolgimento della vita scolastica: il Crocifisso sarebbe bensì anche un simbolo religioso, ma sarebbe «il vessillo della Chiesa cattolica, unico alleato di diritto internazionale» dello Stato nominato dalla Costituzione all'art. 7, e dunque sarebbe da considerarsi alla stregua di un simbolo dello Stato di cui non si potrebbe vietare l'esposizione, al pari della bandiera e del ritratto del Capo dello Stato.

Considerato che l'intervento spiegato nel giudizio è stato ammesso dalla Corte con ordinanza pronunciata in udienza, in quanto la posizione sostanziale fatta valere dal sig. P.B., in proprio e in qualità di genitore di un'alunna, è qualificata in rapporto alla questione oggetto del giudizio di costituzionalità, dovendosi in questa sede precisare che la legittimazione ad intervenire non si estende all'altro firmatario dell'unico atto di intervento, sig. L.B., in quanto presidente dell'associazione italiana genitori di Padova;

che il remittente impugna gli articoli 159 e 190 del d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297, sul presupposto che essi, «come specificati», rispettivamente, dall'art. 119 (e allegata tabella C) del r.d. 26 aprile 1928, n. 1297, e dall'art. 118 del r.d. 30 aprile 1924, n. 965, forniscano fondamento legislativo ad un obbligo — contestato dal ricorrente per contrasto con il principio di laicità dello Stato — di esposizione del Crocifisso in ogni aula scolastica delle scuole elementari e medie; e impugna altresì l'art. 676 del medesimo d.lgs. n. 297 del 1994 sul presupposto che a tale disposizione — che sancisce l'abrogazione delle sole disposizioni non incluse nel testo unico che risultino incompatibili con esso — debba farsi risalire la permanente vigenza delle due norme regolamentari citate, dopo l'emanazione dello stesso testo unico;

che tali presupposti sono però erronei;

che, infatti, gli articoli 159 e 190 del testo unico si limitano a disporre l'obbligo a carico dei Comuni di fornire gli arredi scolastici, rispettivamente per le scuole elementari e per quelle medie, attenendo dunque il loro oggetto e il loro contenuto solo all'onere della spesa per gli arredi;

che, pertanto, non sussiste fra le due menzionate disposizioni legislative, da un lato, e le disposizioni regolamentari richiamate dal remittente, dall'altro lato, quel rapporto di integrazione e specificazione, ai fini dell'oggetto del quesito di costituzionalità proposto, che avrebbe consentito, a suo giudizio, l'impugnazione delle disposizioni legislative «come specificate» dalle norme regolamentari;

che, a differenza di quanto rilevato da questa Corte nelle sentenze n. 1104 del 1988 e n. 456 del 1994 (richiamate dal remittente) a proposito dell'ammissibilità di censure mosse nei confronti di disposizioni legislative come specificate da norme regolamentari previgenti, fatte salve dalla legge fino all'emanazione di nuovi regolamenti, nella specie il precetto che il remittente ricava dalle norme regolamentari non si desume nemmeno in via di principio dalle disposizioni impugnate degli artt. 159 e 190 del testo unico;

che, infatti, per quanto riguarda la tabella C allegata al r.d. n. 1297 del 1928, e richiamata nell'art. 119 dello stesso, essa contiene soltanto elenchi di arredi previsti per le varie classi, elenchi peraltro in parte non attuali e superati, come ha riconosciuto la stessa amministrazione;

che l'assenza del preteso rapporto di specificazione è ancor più evidente per quanto riguarda l'art. 118 del r.d. n. 965 del 1924, che si riferisce bensì alla presenza nelle aule del Crocifisso e del ritratto del Re, ma non si occupa dell'arredamento delle aule, e dunque non può trovare fondamento legislativo nella — né costituire specificazione della — disposizione censurata dell'art. 190 del testo unico, volta anch'essa, come si è detto, a disciplinare solo l'onere finanziario per la fornitura di tale arredamento;

che, per quanto riguarda l'art. 676 del d.lgs. n. 297 del 1994, non può ricondursi ad esso l'affermata perdurante vigenza delle norme regolamentari richiamate, poiché la eventuale salvezza, ivi prevista, di norme non incluse nel testo unico, e non incompatibili con esso, può concernere solo disposizioni legislative, e non disposizioni regolamentari, essendo solo le prime riunite e coordinate nel testo unico medesimo, in conformità alla delega di cui all'art. 1 della legge 10 aprile 1991, n. 121, come sostituito dall'art. 1 della legge 26 aprile 1993, n. 126;

che l'impugnazione delle indicate disposizioni del testo unico si appalesa dunque il frutto di un improprio trasferimento su disposizioni di rango legislativo di una questione di legittimità concernente le norme regolamentari richiamate: norme prive di forza di legge, sulle quali non può essere invocato un sindacato di legittimità costituzionale, né, conseguentemente, un intervento interpretativo di questa Corte;

che, pertanto, la questione proposta è, sotto ogni profilo, manifestamente inammissibile.

*Per questi motivi la Corte Costituzionale* dichiara la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale degli artt. 159 e 190 del d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297 (Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado), come specificati, rispettivamente, dall'art. 119 (e allegata tabella C) del r.d. 26 aprile 1928, n. 1297 (Approvazione del regolamento generale sui servizi dell'istruzione elementare), e dall'art. 118 del r.d. 30 aprile 1924, n. 965 (Ordinamento interno delle Giunte e dei Regi istituti di istruzione media), e dell'art. 676 del predetto d.lgs. n. 297 del 1994, sollevata, in riferimento al principio di laicità dello Stato e, comunque, agli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione, dal Tribunale amministrativo regionale per il Veneto con l'ordinanza in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 13 dicembre 2004.».

**Allegato**

**Ordinanza letta all'udienza del 26 ottobre 2004**

«ORDINANZA

Visto l'intervento spiegato in giudizio, in termini, dal Sig. P.B. e dal Sig. L.B.;

Considerato che la posizione sostanziale fatta valere nel presente giudizio dal Sig. P.B. in proprio e quale genitore dalla minore L.B. appare qualificata in rapporto alla questione oggetto del giudizio di costituzionalità.

*Per questi motivi* ammette l'intervento di cui in premessa.

*F.to:* Valerio ONIDA, Presidente».

## **Fermo amministrativo: è sufficiente il *fumus boni iuris* del credito vantato dalla P.A.**

(Corte di Cassazione, sezione tributaria, sentenza 2 marzo 2004 n. 4219)

1. *Quadro di riferimento.* Nella fattispecie in questione era stata inoltrata istanza di pagamento degli interessi maturati sulla somma liquidata a titolo di rimborso IVA per l'anno 1973 e corrisposta nel maggio 1986. La richiesta, purtuttavia, era stata negata (per meglio dire, si era formato il silenzio rifiuto) e veniva adottato dall'Amministrazione Finanziaria il provvedimento di sospensione del pagamento (cd. «fermo amministrativo») in relazione al suddetto credito della società a garanzia di altro credito vantato dall'Amministrazione in virtù di avvisi di accertamento notificati relativamente agli anni 1982 e 1983.

Con successivo ricorso il Sig. A. D'A., nella qualità di liquidatore della S.n.c., impugnava il provvedimento di sospensione, deducendo in particolare l'inapplicabilità dell'istituto del fermo amministrativo al caso di specie; l'obbligatorietà del pagamento richiesto, a norma dell'art. 38 *bis* d.P.R. n. 633/1972; l'insussistenza del credito che l'Amministrazione Finanziaria avrebbe inteso garantire, essendo stati annullati gli avvisi di accertamento relativi alle due annualità specificate.

Il giudice adito accoglieva l'istanza, condannando l'Amministrazione al pagamento delle somme richieste e rilevando, tra le altre cose, che i due avvisi di accertamento posti dall'Ufficio a fondamento del credito garantito, risultavano annullati dalla Commissione Tributaria di secondo grado.

Avverso la sentenza proponeva gravame l'Ufficio IVA *de quo* insistendo a difesa della legittimità del proprio operato e deducendo la non definitività delle decisioni di annullamento degli avvisi di accertamento notificati per gli anni 1982 e 1983.

La Commissione Tributaria Regionale competente accoglieva l'appello e, in riforma della sentenza di primo grado, rigettava l'istanza di rimborso evidenziando che la mancata prestazione da parte del contribuente delle garanzie specifiche previste dall'art. 38 *bis* per un eventuale recupero di tutto quanto fosse risultato indebitamente rimborsato, rendeva legittimo il ricorso dell'Amministrazione alla generale misura cautelare prevista dall'art. 69 R.D. n. 2440/1923, la cui efficacia nel caso concreto non poteva ritenersi né caducata né resa illegittima in virtù della non ancora definitiva sentenza di appello intervenuta ad annullare gli atti di accertamento relativi agli anni 1982 e 1983.

Avverso la decisione del giudice di seconda istanza, il Sig. A. D'A. proponeva ricorso innanzi alla Corte Suprema di Cassazione che lo ha ritenuto infondato.

Il Supremo Collegio, invero, dopo avere escluso che nella specie venisse in rilievo l'art. 38 *bis* più volte richiamato, ha affermato la legittimità del provvedimento cautelare impugnato di cui all'art. 69 R.D. 2240/1923, il

quale discende solo ed esclusivamente dalla pretesa creditoria che al momento della sua adozione la Amministrazione Finanziaria rivendicava per gli anni 1982 e 1983 (1).

2. *Osservazioni.* Il provvedimento di fermo amministrativo, la cui natura è molto discussa in dottrina (2) ed in giurisprudenza, è un istituto che consente, *ex art.* 69 decreto rettorale n. 2240 del novembre 1923, ad una Amministrazione dello Stato che abbia o pretenda di avere, a qualsiasi titolo, una ragione di credito verso aventi diritto a somme dovute dalla stessa Amministrazione o da altre Amministrazioni, di sospendere, temporaneamente, il pagamento, in attesa del provvedimento definitivo.

Tale facoltà viene riconosciuta a salvaguardia dell'eventuale compensazione legale tra i reciproci crediti ed è connessa alle esigenze finanziarie dello Stato.

Si tratta, pertanto, di una tipica misura di autotutela della Amministrazione statale ad evidente funzione cautelare, giacché essa assicura e garantisce la tutela e la conservazione dei crediti vantati dallo Stato, sia pure né liquidi né esigibili nei confronti del suo creditore.

---

(1) Per gli argomenti della decisione, v. *infra*.

Nello stesso senso, cfr. Cass., Sezione quinta civile, sentenza 15 ottobre 2003 – 5 marzo 2004 (dep.), n. 4567. In tale fattispecie, era stata inoltrata istanza di rimborso IVA versata in eccedenza; la richiesta era stata negata, attesa la pendenza di controversie su rettifiche IVA notificate dall'Ufficio, con riferimento a diversi e precedenti periodi di imposta. A ciò ha fatto seguito l'adozione, da parte dell'Amministrazione Finanziaria, del fermo amministrativo del credito del contribuente nei limiti di quello vantato dall'Ufficio nei confronti del medesimo soggetto. Anche in tale situazione, analoga a quella della sentenza in commento, la Cassazione ha stabilito che l'Amministrazione Finanziaria può legittimamente negare un rimborso IVA quando sia stato adottato un provvedimento di fermo amministrativo delle somme pretese in restituzione per il solo fatto che vi siano controversie tra le parti su rettifiche relative ad *altre* annualità. La Suprema Corte ha motivato tale decisione spiegando che per l'adozione del fermo amministrativo è sufficiente un *fumus boni iuris* del credito e non è invece richiesto un *periculum in mora*, affermando altresì che tale istituto «non configura un irragionevole privilegio ma uno strumento necessario alla protezione del pubblico interesse connesso alle esigenze dello Stato».

Circa la competenza del giudice tributario a conoscere la controversia in materia di fermo amministrativo, il Supremo Collegio, richiamandosi al principio di autonomia e separazione dei giudizi amministrativo e tributario, ha riconosciuto al giudice del rapporto tributario di conoscere *incidenter tantum*, ed al sol fine della disapplicazione, della legittimità del provvedimento amministrativo, anche quando esso sia divenuto inoppugnabile dinanzi al giudice amministrativo per inutile decorso dei termini di impugnazione.

Per vero, la questione era stata già decisa dalle Sezioni Unite della Cassazione, con sentenza n. 1733 del 7 febbraio 2002. In quella sede, si era affermato che la domanda di rimborso IVA che il contribuente proponga in sede giudiziale, impugnando l'atto di rifiuto del rimborso stesso reso in dipendenza di un provvedimento di fermo amministrativo *ex art.* 69 del R.D. 18 novembre 1923, n. 2240, non si sottrae alla giurisdizione delle Commissioni Tributarie, abilitate a disapplicare il provvedimento di fermo del rimborso, allorché risulti non assistito dal relativo potere.

(2) In particolare, cfr. S. CAMPANI, *La tutela del contribuente nei confronti del fermo amministrativo*, in *Il fisco* n. 35/1991, 5715; F. M. AURELI, *Ribadita l'illegittimità del fermo amministrativo in tema di rimborsi accelerati IVA*, in *Il fisco*, n. 28/1993, 7891; da ultimo M. ILLIANO, *Applicabilità ai rimborsi IVA delle misure cautelari e del fermo amministrativo*, in *Corr. Trib.* n. 42/2000, 3062.

È dunque sufficiente per l'adozione *secundum legem* del fermo amministrativo che la P.A. vanti una ragione di credito che, tuttavia, non si identifica né in una mera pretesa creditoria (che potrebbe condurre all'arbitrio) né in un credito certo liquido ed esigibile, ma in una posizione caratterizzata dal *fumus boni iuris* (il convincimento, cioè, di una ragionevole fondatezza del suo diritto di credito).

Il ricorso a questa misura cautelare, in passato, è stato oggetto di valutazione anche da parte della Corte Costituzionale, che ha avuto modo di chiarire che il fermo amministrativo, benché esercizio di un potere discrezionale della Pubblica Amministrazione, tuttavia non è esentato dal sindacato in sede giurisdizionale e, pertanto, deve essere sorretto da una adeguata motivazione circa la sussistenza del presupposto legale della ragionevole apparenza di fondatezza della pretesa creditoria (3).

È evidente, dunque, che la prospettata analogia tra la misura cautelare del fermo amministrativo ed il sequestro conservativo sia solo di facciata, considerato che la previsione normativa dettata dall'art. 69 del R.D. n. 2240 del 1923 prescinde dalla sussistenza del *periculum in mora* e, cioè, da una qualsiasi considerazione in merito al pericolo per la realizzazione del credito.

Ai fini dell'inquadramento dell'istituto in esame occorrerà, da un lato, avere riguardo alle misure cautelari a garanzia e conservazione del credito; dall'altro, considerare che il provvedimento di sospensione del pagamento si colloca sul piano del rapporto obbligatorio tra la Pubblica Amministrazione ed il terzo. La sospensione, infatti, vale ad impedire la mora del debitore Pubblica Amministrazione nei confronti del terzo creditore e ad anticipare, sostanzialmente, gli effetti definitivi di una futura estinzione delle reciproche obbligazioni attraverso il meccanismo, di diritto comune, della compensazione, pur in mancanza di un credito certo liquido ed esigibile.

*Dott.ssa Ilaria Sanasi*

**Corte di Cassazione, Sezione Tributaria, sentenza 30 ottobre 2003 (Camera di consiglio) – 2 marzo 2004 (dep.), n. 4219 – Pres. U. Favara – Rel. Cons. E. Ferrara – F.lli N. e A. D'A. S.n.c. c/ Ministero dell'Economia e delle Finanze.**

*Qualora un'amministrazione dello Stato, che abbia – a qualsiasi titolo – ragione di credito verso aventi diritto a somme dovute da altre amministrazioni, richieda la sospensione del pagamento, questa deve essere eseguita in attesa del provvedimento definitivo.*

*La sospensione del pagamento previsto dall'art. 69 R.D. n. 2240/1923 (detta comunemente «fermo amministrativo») richiede esclusivamente l'esistenza di una ragione di credito a qualsiasi titolo vantata da un'amministrazione dello Stato nei confronti di un creditore di altra amministrazione dello Stato.*

*Il provvedimento di sospensione di pagamento di cui alla norma richiamata è una misura cautelare rivolta a sospendere, in presenza di una ragione di credito della P.A., eventuali pagamenti dovuti al contribuente al fine di salvaguardare l'eventuale compensazione legale degli stessi con un credito attualmente né liquido né esigibile, che la P.A. abbia o pretenda di avere nei confronti del suo creditore.*

---

(3) Corte Costituzionale, sentenza 19 aprile 1972, n. 67.

«(Omissis). Il rimborso originariamente richiesto dal contribuente si fondava sulla previsione dell'art. 38 *bis* d.P.R. n. 633/1972, e pertanto era soggetto alle garanzie da quella norma specificamente previste a tutela, però, solo ed esclusivamente dell'eventuale credito dell'Amministrazione conseguente alla necessità di recuperare le somme erroneamente rimborsate.

Il provvedimento di fermo oggetto del presente giudizio risulta invece, come univocamente si ricava dalla sentenza impugnata, adottato a garanzia di altro e diverso credito rivendicato dall'Amministrazione Finanziaria a seguito di accertamento notificato relativamente all'IVA dovuta per gli anni 1982 e 1983. L'esistenza di questa pretesa creditoria dell'Amministrazione, all'atto dell'adozione del provvedimento di sospensione dei pagamenti, benché contestata dal debitore, in quanto non ancora esclusa da un provvedimento giudiziario definitivo, legittimava essa, ed essa sola, l'Ufficio all'adozione del provvedimento cautelare ai sensi dell'art. 69 u.c. R.D. n. 2440/1923, non essendovi, sotto altro profilo, motivo alcuno per dubitare del fatto che il fermo amministrativo possa intervenire a sospendere qualsiasi pagamento dell'Amministrazione, e, quindi, anche il rimborso dell'IVA eventualmente dovuto al contribuente.

Ha ragione pertanto il ricorrente quando censura la decisione dei giudici di appello per aver individuato nella mancata prestazione delle garanzie previste dall'art. 38 *bis* il presupposto del provvedimento di fermo. E, però, la verità è che l'art. 38 *bis* nella fattispecie non rileva, non essendo in nessun modo in contestazione il diritto del contribuente al rimborso da quella norma previsto, con la conseguenza che neanche rilevano tutte le circostanze esposte in ricorso in ordine alla acquisita definitività di quel credito. (Omissis)».

*P.Q.M.* La Corte rigetta il ricorso. (Omissis)».

## Sulle agenzie di disbrigo pratiche per gli stranieri

(Tribunale Civile di Torino, sezione prima, ordinanza 6 luglio 2004 – dep. 7 luglio 2004)

L'ordinanza sopra riportata si segnala per la rispondenza formale e sostanziale al modello di un provvedimento giurisdizionale cautelare.

Nonostante le forti peculiarità di ogni ordinanza di urgenza, quella in esame affronta e risolve tutti i problemi desumibili dal ricorso con uno sviluppo armonico ed ordinato delle argomentazioni, esposte con uno stile piano e di immediata comprensione.

Nel lodevole intento di semplificare le procedure burocratiche per i permessi di soggiorno, la Questura di Cuneo e la Provincia (attraverso il consorzio socio assistenziale del Comune) hanno riorganizzato il relativo servizio che alcune (non poche in verità) agenzie private svolgevano dietro corrispettivo.

La complessa riorganizzazione effettuata comporta, tra l'altro, che le agenzie dovevano limitare il numero delle pratiche da presentare agli uffici questorili. Mosse da intenti non certo altruistici le agenzie operanti nella provincia proponevano ricorso al Tribunale *ex* 700 c.p.c. al fine di ottenere, in via di urgenza, un provvedimento inibitorio nei confronti del Questore.

Tralasciando gli esatti rilievi sulla nullità del ricorso a causa della estrema genericità del *petitum* (la *causa petendi* è difficilmente individuabile) resta il punto centrale dell'inammissibilità delle domande attoree e del difetto di giurisdizione.

Le agenzie, infatti, non sono titolari di posizioni soggettive – diritti od interessi legittimi – tutelabili in via giurisdizionale (possono, infatti, vantare solo interessi economici di fatto). D'altro canto è pacifico che l'A.G.O. compirebbe un vero e proprio straripamento di potere qualora si inferisse sull'organizzazione degli uffici amministrativi, tanto più in un settore particolarmente delicato come quello dei permessi di soggiorno e del controllo sugli immigrati extracomunitari.

Opportunamente il Tribunale puntualizza che se anche dovesse seguirsi (l'inaccettabile) teoria della prospettazione, le agenzie non hanno fornito la minima prova sull'esistenza di un loro diritto ad istruire le pratiche per gli stranieri. Certamente le agenzie non sono né possono essere dei sostituti processuali e non hanno alcuna legittimazione ad agire in giudizio per conto dei clienti.

Come accennato, il solo pregiudizio che subiscono è quello meramente economico della situazione delle retribuzioni per il minor numero di pratiche svolte. Mero interesse economico, dunque, privo di qualsiasi consistenza giuridicamente protetta.

*Avv. Gianni Carlo Ferrero*

**Tribunale Civile di Torino – Ricorso *ex* art. 700 c.p.c. – Agenzie disbrigo pratiche stranieri c/ Ministero dell'Interno (Avvocatura distrettuale dello Stato di Torino).**

« (Omissis) Premesso:

— che i ricorrenti sono legali rappresentanti di Agenzie d'affari per il disbrigo di pratiche amministrative in favore di cittadini stranieri, in ciò regolarmente autorizzate dagli Enti pubblici territoriali (Comuni) ai sensi dell'art. 115 TULPS e della normativa di riferimento;



— che inequivocabilmente legittima è l'attività svolta da dette Agenzie le quali, nello specifico, si occupano dell'assistenza e consulenza ai cittadini stranieri per le pratiche aventi ad oggetto rinnovi e aggiornamenti permessi di soggiorno, carte di soggiorno, ricongiungimenti familiari, richieste nulla osta al lavoro;

— che per il disbrigo di tale attività, svolta con riconosciuta professionalità, le Agenzie ricorrenti intrattengono costanti contatti con l'Ufficio Stranieri della Questura di Cuneo;

— che recentemente il Questore della Provincia di Cuneo, ove operano le Agenzie ricorrenti, ha ridotto – senza alcun provvedimento scritto – a quindici il numero delle nuove pratiche che le Agenzie possono depositare per ciascuna settimana per conto della clientela;

— che tale restrizione, *non consacrata in alcun atto formale*, ha determinato e determina allo stato una situazione di gravissima difficoltà organizzativa in capo alle predette Agenzie le quali sono quindi impossibilitate a presentare in termini le domande, per lo più, di soggiorno e/o di rinnovo permessi soggiorno dei loro clienti extracomunitari;

— che, inoltre, il Questore, senza l'adozione di alcun atto, ha imposto che le Agenzie, nella fase di deposito delle pratiche, siano accompagnate dai rispettivi interessati per permettere la loro preventiva identificazione in tal modo determinandosi un aumento abnorme dei tempi di trattazione delle singole posizioni per le quali vengono esaminati seduta stante, ad uno ad uno i documenti allegati, in spregio ad ogni regola di razionalizzazione del sistema;

— che, in conseguenza di tutto ciò, le Agenzie ricorrenti non sono materialmente in grado di dare adempimento agli incarichi conferiti dalla loro clientela la quale corre il rischio più che concreto di subire pregiudizi irreversibili al diritto di soggiornare sul territorio nazionale pur in possesso dei requisiti soggettivi ed oggettivi previsti dalla legge, dal momento che – a causa dell'abuso di potere posto in essere dalla locale Autorità di Polizia – molte pratiche riguardanti i permessi di soggiorno non possono essere depositate nei termini di legge;

— che, nella fattispecie, la semplice attività materiale compiuta dall'Amministrazione di Polizia di Cuneo, sopra specificamente descritta, lede diritti soggettivi propri delle Agenzie ricorrenti e dei loro clienti cittadini stranieri;

— che, in mancanza di provvedimento amministrativo ablatorio il comportamento della P.A. che abbia determinato la rimozione o l'alterazione di una posizione del privato avente consistenza di diritto soggettivo si risolve in un'attività materiale assoggettata alle norme di diritto comune, con la conseguenza che la tutela di tale posizione soggettiva spetta all'autorità giudiziaria ordinaria, anche in sede cautelare (Cass., Sez. Un., 28 gennaio 1993, n. 1151);

— che l'ammissibilità di provvedimenti cautelari *ex art. 700 c.p.c.* nei confronti della P.A. sussiste allorché il provvedimento, che il giudice ordinario sospende *ex art. 700 c.p.c.*, sia una mera parvenza di atto (Pret. Cosenza, 12 marzo 1992);

— che nel caso di specie, la competenza dell'A.G.O. in materia cautelare non sembra esser venuta meno anche nel vigore della legge n. 205/2000 – Disposizioni in materia di giustizia amministrativa la quale (artt. 1-2-3) attribuisce al TAR l'emanazione di misure cautelari soltanto in ipotesi di allegato pregiudizio grave ed irreparabile derivante dall'esecuzione di un atto impugnato ovvero dal comportamento inerte dell'Amministrazione. Né trattasi, per quanto riguarda le doglianze dei ricorrenti, di controversie comunque devolute alla giurisdizione esclusiva della G.A. *ex art. 8 legge cit.*;

— che i ricorrenti, atteso il pericolo incombente di lesione del diritto riconosciuto di soggiornare sul territorio nazionale per motivi di lavoro, studio, nonché di famiglia, nei confronti dei loro clienti cittadini stranieri e la conseguente possibilità di condanna dell'Amministrazione ad un *facere* costituito dalla disapplicazione delle disposizioni verbali impartite, sono legittimati ad investire *ex art. 700 c.p.c.* il Giudice Ordinario della questione;

— che i ricorrenti hanno pertanto fondato motivo di temere che, durante il tempo per far valere in via ordinaria il diritto proprio e dei propri rappresentati, questo sia minacciato da un pregiudizio grave, imminente ed irreparabile;

— che nelle cause contro le amministrazioni dello Stato introdotte dinanzi al tribunale in composizione monocratica successivamente all'entrata in vigore del d.lg. n. 51/1998 riceve ancora applicazione la regola del c.d. foro erariale *ex art. 25 c.p.c.*;

Ciò premesso, ricorrono nei confronti del Questore della Provincia di Cuneo, in persona del Questore in carica, affinché codesto Giudice voglia adottare i provvedimenti d'urgenza

nei confronti del Questore di Cuneo più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione nel merito, in particolare inibendo a detto Questore di limitare indiscriminatamente il numero delle pratiche presentate ciascuna settimana dalle Agenzie ricorrenti per conto di cittadini stranieri presso il competente Ufficio (*omissis*).

Cuneo-Torino, 18 maggio 2004».

**Tribunale di Torino, udienza del 5 luglio 2004 – Comparsa di costituzione** per il Ministero dell'Interno (Avvocatura Distrettuale dello Stato di Torino – cont. 2642/04, Proc. dott. D. Pardi) – *Giud. P. Ferrero*.

«(*Omissis*) *Diritto* – In via preliminare si fa rilevare che il presente ricorso è stato fatto notificare dalle ricorrenti nella persona del Questore di Cuneo, cioè ad un organo periferico dell'Amministrazione statale, non legittimato a stare in giudizio (cfr. art. 11, R.D. n. 1611/33).

L'unica Amministrazione realmente legittimata *ad processum* non può che essere invero, nel caso di specie, che il Ministero dell'Interno.

Detta irregolarità viene, tuttavia, sanata dall'esponente Avvocatura che provvede a costituirsi ritualmente per il Ministero dell'Interno.

A) *In via pregiudiziale: difetto di giurisdizione del Giudice ordinario.*

Le ricorrenti hanno chiesto a questo Tribunale, con il proposto ricorso, l'adozione “di provvedimenti d'urgenza nei confronti del Questore di Cuneo... in particolare inibendo a detto Questore di limitare indiscriminatamente il numero delle pratiche presentate ciascuna settimana dalle Agenzie ricorrenti per conto di cittadini stranieri presso il competente Ufficio”.

Le stesse si dolgono, in particolare, del fatto che il Questore avrebbe, come già detto, “ridotto - senza alcun provvedimento scritto - a quindici il numero delle nuove pratiche che le Agenzie possono depositare per ciascuna settimana per conto della clientela”.

Si rileva, a tal riguardo, che le decisioni relative all'organizzazione degli uffici ed alle modalità di accesso ai medesimi rientrano nel più generale potestà di auto-organizzazione della Pubblica Amministrazione.

È evidente, quindi, che in presenza di una potestà discrezionale dell'Amministrazione, a prescindere dall'emanazione di un concreto provvedimento amministrativo, non può configurarsi in capo agli interessati alcuna posizione di diritto soggettivo.

Le rispettive pretese assurgono, quindi, tutt'al più, al rango di interessi legittimi.

Si precisa, peraltro, che, contrariamente a quanto sostenuto dalle controparti, nella fattispecie la Questura di Cuneo ha disciplinato le modalità di accesso all'Ufficio Immigrazione, per il deposito delle pratiche relative ai cittadini extracomunitari, con apposito “*Protocollo d'intesa per una rete territoriale di supporto ai servizi per stranieri erogati dalla Questura di Cuneo*”, approvato peraltro dalla Giunta della Provincia di Cuneo con delibera del 31 marzo 2004, ed entrato in vigore a partire dal 14 giugno 2004.

Tale “*Protocollo*” è stato, inoltre, presentato al Consiglio territoriale per l'immigrazione nella riunione del 31 maggio 2004 ed è stato reso pubblico con apposito comunicato stampa.

È evidente, quindi, che la regolamentazione degli accessi agli Uffici della Questura non è avvenuta “senza l'adozione di alcun atto”, bensì attraverso l'adozione un formale provvedimento da parte dell'Amministrazione.

Ne consegue che non è ammissibile, in questa sede, una domanda volta ad ottenere “provvedimenti d'urgenza nei confronti del Questore” in quanto gli stessi, in buona sostanza, andrebbero ad incidere sugli effetti di un provvedimento amministrativo.

La relativa domanda cautelare andava, quindi, tutt'al più, proposta dinanzi al Giudice amministrativo (cfr., sul punto, Corte Costituzionale, Ordinanza n. 179 del 6 maggio/10 maggio 2002), il quale è l'unico Giudice che può conoscere della eventuale illegittimità del “protocollo” adottato dall'Amministrazione.

Trattandosi di “protocollo” adottato “d'intesa” con l'Amministrazione provinciale, il contraddittorio andrebbe poi esteso, in quella sede, anche eventualmente nei confronti di quest'ultima Amministrazione.

Si rileva, per tali motivi, il difetto di giurisdizione del Giudice ordinario.

B) *Sempre in via pregiudiziale: inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione attiva.*

Non si comprende, in ogni caso, quale sia la posizione giuridica soggettiva di cui le ricorrenti Agenzie sarebbero titolari e di cui si richiede la tutela, in via d'urgenza, in questa sede.

Dalla lettura del ricorso parrebbe, invero, che le predette abbiano agito in giudizio per tutelare i propri clienti dal rischio «di subire pregiudizi irreversibili al diritto di soggiornare sul territorio nazionale pur in possesso dei requisiti soggettivi ed oggettivi previsti dalla legge».

Sostengono, infatti, le controparti che, in mancanza di provvedimenti adottati in via d'urgenza da questo Tribunale, i cittadini extracomunitari, “a causa dell'abuso di potere posto in essere dalla locale Autorità di Polizia”, sarebbero impossibilitati “a presentare in termini le domande, per lo più di soggiorno e/o di rinnovo permessi di soggiorno”.

Ritengono, quindi, le predette Agenzie che sussista nella fattispecie “un pericolo imminente di lesione del diritto riconosciuto di soggiornare sul territorio nazionale per motivi di lavoro, studio, nonché di famiglia, nei confronti dei loro clienti cittadini stranieri”.

Essendo questi i termini della domanda è evidente, quindi, che “il diritto affermato nella domanda non è affermato come diritto di colui che la propone” (cfr. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Giappichelli, Torino, 2002).

È del resto pacifico che le ricorrenti Agenzie, perseguendo finalità di carattere meramente economico, non possono in nessun caso considerarsi enti rappresentativi degli interessi dei propri clienti.

Da ciò consegue che il proposto ricorso deve essere, in ogni caso, dichiarato inammissibile per difetto di legittimazione attiva.

Nessuno, infatti, “fuori dei casi previsti dalla legge,... può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui” (art. 81 c.p.c.).

C) *Nel merito: insussistenza del fumus boni iuris.*

Per l'ipotesi estrema di accesso al merito si rileva come, in ogni caso, i contrari assunti siano del tutto erronei e non possano, affatto, essere condivisi.

Per una più corretta ricostruzione dei fatti è opportuno, in primo luogo precisare che, prima della definizione dell'attuale assetto organizzativo (di cui si dirà in prosieguo), l'ufficio Immigrazioni della Questura di Cuneo era aperto al pubblico dal lunedì al venerdì dalle ore 9 alle 14, con due aperture pomeridiane il martedì e giovedì dalle ore 15,30 alle ore 17,30.

In particolare, il lunedì mattina, il mercoledì pomeriggio ed il giovedì pomeriggio, erano destinati al ritiro da parte dei cittadini extracomunitari dei richiesti permessi di soggiorno, mentre i rimanenti giorni della settimana erano riservati esclusivamente alla ricezione delle nuove pratiche da istruire.

L'accesso agli uffici avveniva, peraltro, senza necessità di alcuna prenotazione.

Già da alcuni anni, inoltre, operano nel territorio di Cuneo alcune Agenzie d'affari le quali si occupano del disbrigo delle pratiche inerenti ai cittadini extracomunitari.

La Questura, a titolo meramente collaborativo, aveva inizialmente permesso alle predette Agenzie di produrre la documentazione relativa ai propri clienti il lunedì mattina di ogni settimana, previa esibizione di una delega redatta dagli interessati.

Questi ultimi potevano poi recarsi in Questura, unitamente ai rappresentanti delle Agenzie, il mercoledì pomeriggio per il ritiro dei permessi di soggiorno.

Poiché il numero delle Agenzie non superava, al momento, le dieci unità la Questura aveva, inoltre, consentito alle stesse di presentare le pratiche in argomento senza alcun limite numerico e senza richiedere la presenza fisica dello straniero, la cui identificazione, con una evidente forzatura della normativa, veniva effettuata soltanto successivamente, al momento del ritiro dei provvedimenti richiesti.

In buona sostanza mentre i cittadini extracomunitari che non si avvalevano dell'assistenza delle Agenzie potevano accedere agli uffici della Questura facendo una regolare fila agli sportelli, negli orari di normale apertura degli uffici, gli stranieri che si rivolgevano alle predette potevano, invece, delegare a queste ultime il deposito delle loro istanze.

Le Agenzie provvedevano, quindi, al successivo deposito (senza la presenza degli interessati) nel giorno loro riservato dalla Questura (lunedì mattina).

Tale corsia privilegiata, invero, più che un diritto delle Agenzie ha costituito, per lungo tempo, un privilegio concesso dall'Amministrazione.

Successivamente, a seguito del notevole aumento delle richieste di emersione e regolarizzazione, Passetto organizzativo dell'Ufficio Stranieri si è rivelato non più adeguato a fare fronte all'aumentato bacino d'utenza ed a evitare le lunghe file agli sportelli che davano luogo, peraltro, a numerose rimostranze da parte degli interessati, talvolta riportate anche dagli organi di stampa.

Nel frattempo le Agenzie d'affari erano aumentate di numero, passando dalle iniziali poche unità alle attuali 28.

Di conseguenza la Questura di Cuneo è stata costretta a rivedere la precedente organizzazione dell'Ufficio Immigrazione ed a comunicare a tutte le Agenzie presenti sul territorio di non poter continuare a garantire alle stesse, il lunedì mattina, il deposito di nuove istanze senza limitazioni di sorta.

L'Ufficio aveva rappresentato, infatti, che per una più corretta applicazione della legge non sarebbe stato più possibile il deposito di istanze da parte delle Agenzie senza la contestuale presenza degli interessati.

Proprio in ragione della necessaria presenza di questi ultimi al momento del deposito delle istanze, l'Amministrazione aveva invitato ciascuna Agenzia, al fine di non congestionare gli uffici, a depositare, ogni lunedì, non più di 15 nuove istanze.

In buona sostanza la Questura, pur conservando alle predette Agenzie un accesso privilegiato agli uffici (il lunedì mattina) era stata costretta, per i motivi suesposti, a porre una limitazione numerica al deposito delle nuove istanze.

È, ovvio che, in ogni caso, tale limitazione era riferita esclusivamente alle domande che le singole Agenzie potevano presentare direttamente in Questura nel giorno a loro riservato (lunedì mattina).

Gli uffici della Questura rimanevano, per il resto, aperti al pubblico, in tutti gli altri giorni della settimana, per la ricezione delle istanze degli interessati (anche, ovviamente, degli stranieri che si erano rivolti alle Agenzie).

I rappresentanti delle Agenzie avrebbero, quindi, ben potuto provvedere al deposito delle istanze dei propri clienti anche negli altri giorni della settimana, senza incorrere in limitazioni di sorta.

Bastava, appunto, fare la normale fila agli sportelli, proprio come tutti gli altri stranieri non assistiti da alcuna Agenzia.

La descritta regolamentazione dell'accesso all'Ufficio Immigrazione della Questura di Cuneo è stato, peraltro, come già detto, recentemente radicalmente modificata.

A partire dal 14 giugno 2004 è, infatti, divenuto operativo un nuovo assetto organizzativo, disciplinato con il più volte citato "*Protocollo d'intesa per una rete territoriale di supporto ai servizi per stranieri erogati dalla Questura di Cuneo*", approvato dalla Giunta della Provincia di Cuneo con delibera del 31 marzo 2004.

L'accesso agli uffici è regolato quindi, a partire dal 14 giugno 2004, esclusivamente da un sistema di prenotazione a cui gli interessati possono accedere tramite gli "*Sportelli a gestione pubblica*" istituiti sul territorio provinciale oppure tramite il *call center* gestito direttamente dalla Questura.

Nessuna diversità di trattamento è quindi riconosciuta, nel nuovo sistema di prenotazioni, ai cittadini extracomunitari che decidono di rivolgersi alle agenzie d'affari per l'istruzione delle pratiche da depositare successivamente in Questura.

È evidente che "la prenotazione è la chiave di volta del sistema" (cfr. intervento del Questore di Cuneo alla riunione del Consiglio territoriale per l'immigrazione del 31 maggio 2004) e che l'accesso agli uffici, da parte di tutti gli utenti, non può che avvenire previo appuntamento.

Nessuno spazio residua, quindi, per eventuali inammissibili corsie preferenziali né tanto meno per eventuali forme di discriminazione.

Il "*Protocollo d'intesa*" ha previsto, in particolare, come già accennato, il coinvolgimento di "*Sportelli a gestione pubblica*", cui fanno capo Amministrazioni comunali. Associazioni sindacali e di categoria, ripartite per aree territoriali, ed a cui è stato affidato il compito di prestare assistenza ai cittadini extracomunitari nell'attività di predisposizione della documentazione da presentare successivamente agli uffici della Questura.

Gli extracomunitari potranno, quindi, recarsi in Questura esclusivamente utilizzando un sistema di prenotazione settimanale attivato presso gli sportelli medesimi.

Per tutti coloro che invece a vario titolo, non possono fruire del servizio in argomento, la Questura di Cuneo ha istituito un numero telefonico (0171443592), disponibile il mercoledì dalle ore 9 alle ore 13, tramite il quale gli interessati possono provvedere a prenotare un appuntamento presso l'Ufficio Immigrazione.

Da quanto esposto emerge quindi chiaramente come le domande *ex adverso* proposte siano destituite di ogni concreto fondamento.

È evidente, in primo luogo, come non sia configurabile in capo alle ricorrenti un diritto di accedere, senza limitazioni, agli uffici della Questura di Cuneo per il deposito delle istanze della propria clientela.

Del tutto legittima è, infatti, la decisione della Questura di riorganizzare le modalità di accesso all'Ufficio Immigrazione, da ultimo, attraverso l'adozione di uno specifico "protocollo".

È evidente, peraltro, che ogni Amministrazione ha il potere di stabilire gli orari e le modalità di accesso ai propri uffici, potendo eventualmente istituire, come nel caso di specie (cfr. il suddetto "protocollo") un "sistema di prenotazione degli appuntamenti".

Il diritto dei singoli ad accedere ai pubblici Servizi deve, infatti, essere contemperato con gli uguali diritti degli altri cittadini, oltre che con l'esigenza di garantire l'interesse superiore al "buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione".

È chiaro, inoltre, che non vi è mai stata da parte dell'Amministrazione alcuna lesione ai diritti delle controparti.

La stessa decisione della Questura di riservare alle nuove Agenzie d'affari un apposito giorno della settimana per il ricevimento delle pratiche dalle stesse istruite è avvenuta, in passato, al di fuori di ogni obbligo di legge.

La successiva limitazione di un tale privilegio, non avrebbe potuto, quindi, verosimilmente ledere alcun diritto.

In ogni caso è evidente che del tutto prive di fondamento sono le doglianze avversarie dopo che, con l'entrata in vigore del nuovo assetto organizzativo, la "prenotazione" costituisce l'unica modalità di accesso agli uffici della Questura.

Le doglianze avversarie risultano, per altro verso, pretestuose. Si evidenzia, infatti, che le stesse Agenzie oggi ricorrenti, con il "Codice di autoregolamentazione" sottoscritto in data 2 aprile 2004 si erano, spontaneamente, impegnate "a facilitare il disbrigo delle pratiche relative a cittadini stranieri, svolgendo la propria attività in modo coordinato e professionale, evitando quindi... l'affollamento degli uffici" nonché "a rispettare le esigenze, le richieste e gli orari che saranno indicati dall'Autorità di Pubblica Sicurezza oltre che, evidentemente, le rispettive previsioni normative".

Sotto quest'ultimo profilo le stesse si erano impegnate, inoltre, "ad assicurare la presenza fisica del cliente richiedente al fine di rispettare eventuali esigenze di fotosegnalazione nonché al materiale ritiro della pratica completata" ed "a concordare con l'Autorità di Pubblica Sicurezza tempi e modi di disbrigo delle varie pratiche nel rispetto reciproco e nel riconoscimento delle rispettive esigenze di buon funzionamento".

D) *Sempre nel merito: insussistenza del periculum in mora.*

Da quanto esposto emerge chiaramente come non possa sussistere, nella fattispecie, alcun "pericolo incombente di lesione del diritto riconosciuto di soggiornare sul territorio nazionale per motivi di lavoro, studio, nonché di famiglia, nei confronti dei... cittadini stranieri".

Del resto nessuna lamentela è mai giunta all'Amministrazione da parte dei diretti interessati.

È evidente, per contro, che il nuovo modello organizzativo adottato dalla Questura con succitato "Protocollo d'intesa" ha di fatto migliorato la fruizione dei Servizi da parte degli stranieri.

Gli stessi rappresentanti dei cittadini extracomunitari, peraltro, durante la presentazione del "Protocollo" al Consiglio territoriale per l'immigrazione, in data 31 maggio 2004, hanno plaudito "all'iniziativa, da tempo auspicata dagli immigrati, e manifestato la massima collaborazione per il buon esito del progetto" ritenendo il "progetto significativo ed importante non solo per i cittadini stranieri ma anche per le categorie economiche dei datori di lavoro".

Gli stessi hanno chiesto, inoltre, “al Prefetto di farsi portavoce presso il Governo centrale affinché soluzioni, quali quella oggi presentata, possano essere istituzionalizzate e, pertanto, si possa addivenire ad una migliore gestione, integrata tra i vari enti competenti, della problematica immigrazione”.

Poiché quindi contrariamente a quanto sostenuto da parte ricorrente, nessuna minaccia di lesione incombe sui diritti degli extracomunitari, non si comprende quali possano essere “*i provvedimenti d’urgenza nei confronti del Questore di Cuneo*” che questo Tribunale potrebbe mai essere chiamato ad adottare.

Ben diversamente è evidente che un grave ed irreparabile pregiudizio deriverebbe all’Amministrazione e agli stessi utenti proprio dall’adozione dei provvedimenti cautelari richiesti da controparte.

Il ricorso, per quanto sin qui detto, va respinto perché destituito di fondamento e le ricorrenti vanno conseguentemente condannate al pagamento delle spese di lite essendo evidente la mancanza, ad avviso dell’esponente Avvocatura, di ogni giusto motivo che possa determinare la compensazione delle stesse.

Si confida, dunque, nell’accoglimento delle seguenti conclusioni: dichiararsi inammissibile o respingersi perché infondato il ricorso e condannarsi i ricorrenti, in solido tra di loro, al pagamento delle spese di lite (*omissis*).

Torino, 5 luglio 2004 — Procuratore dello Stato Domenico Pardi».

**Tribunale Civile di Torino, prima sezione, ordinanza pronunciata fuori udienza in data 6 luglio 2004 – dep. 7 luglio 2004.**

«(*Omissis*) In via preliminare non può non rilevarsi come il ricorso cautelare, ex art. 669-bis c.p.c., debba essere redatto con le forme di cui all’art. 125 c.p.c. e debba pertanto contenere, oltre all’indicazione delle parti e del giudice, anche la specificazione del *petitum* e della *causa petendi*.

Ciò osservato – atteso il carattere strumentale del ricorso cautelare ed il particolare rapporto tra il tipo di provvedimento richiesto ed il successivo giudizio di merito (il quale fa sì che la prospettazione di una domanda diversa da quella enunciata in sede cautelare possa comportare la revoca o la modifica del provvedimento emesso in tale sede), in particolare quando proposto ex art. 700 c.p.c. (attesa la funzione strumentale e residuale della tutela prevista da tale norma) ed attesa la necessità che il provvedimento cautelare sia pronunciato dal giudice competente per tale successivo giudizio di merito – deve ritenersi che l’indicazione della domanda di merito sia requisito indefettibile al fine di ritenere specificato “l’oggetto” di cui al menzionato art. 125 c.p.c.. In difetto il ricorso deve ritenersi nullo.

Nel caso di specie, sussiste tale nullità non essendovi stata indicazione né del *petitum* né della *causa petendi* dell’instaurando giudizio di merito.

Anche volendosi diversamente opinare (e volendo quindi desumere, in via interpretativa, che oggetto del giudizio di merito siano l’accertamento e la declaratoria dell’illegittimità del “comportamento materiale” della Questura di Cuneo oltre alla conferma dei provvedimenti adottati in questa sede), il ricorso non potrebbe essere accolto per difetto di giurisdizione del giudice ordinario.

Le parti ricorrenti, invero, si dolgono dell’adozione, da parte della Questura di Cuneo, di modalità organizzative relative all’accesso all’Ufficio Stranieri per la presentazione delle istanze dei loro clienti, diverse da quelle precedentemente seguite ed asseritamente pregiudizievoli per il regolare svolgimento della loro attività.

Le scelte relative all’organizzazione degli uffici ed alle modalità di accesso ai medesimi rientrano, peraltro, nella potestà di auto-organizzazione spettante ad ogni pubblica amministrazione, potestà in relazione alla quale le attuali parti ricorrenti non possono vantare posizioni di diritto soggettivo (e ciò, tanto più se si considera che non esiste alcuna previsione normativa che riconosca alle “Agenzie” ricorrenti il diritto ad un particolare trattamento nei rapporti con l’Ufficio Stranieri della Questura di Cuneo in relazione a modalità e tempistiche di presentazione delle istanze dei rispettivi assistiti e di ritiro dei permessi).

*Ipotizzando, invece, che la giurisdizione possa ritenersi sussistente in base alla mera prospettazione della domanda*, che configura la lesione di diritti soggettivi ad opera di un comportamento materiale della Pubblica Amministrazione, il ricorso non sarebbe ugualmente fondato per le ragioni qui di seguito esposte.

1. — I ricorrenti agiscono nella veste di titolari di Agenzie d'affari (autorizzate ex art. 115 T.U.L.P.S.) per il disbrigo di pratiche amministrative per stranieri, ma solo [due di essi] hanno prodotto in giudizio le relative autorizzazioni. Le altre parti ricorrenti e tutte le intervenute, per contro, non hanno provato il presupposto fondante (secondo l'impostazione data al ricorso) della loro legittimazione ad agire.

2. — Le ricorrenti e intervenute, inoltre, non hanno chiarito esattamente a tutela di quale diritto si siano determinate ad agire in giudizio; il *periculum in mora*, peraltro, è stato motivato con la prospettazione della possibile lesione del diritto di soggiornare sul territorio nazionale per motivi di lavoro, studio, famiglia, *“nei confronti dei loro clienti cittadini stranieri”*.

Il contenuto dell'atto introduttivo, quindi, induce a ritenere che le Agenzie ricorrenti ed intervenienti abbiano inteso far valere in giudizio diritti soggettivi dei propri clienti; il che, stante il disposto dell'art. 81 c.p.c., induce ad escludere, anche sotto tale ulteriore profilo, il presupposto della legittimazione ad agire.

3. — Ipotizzando, in ultimo, che alla base del ricorso possa esservi la lamentata lesione del diritto all'esercizio di un'attività regolarmente autorizzata, deve osservarsi quanto segue.

Le attuali modalità di accesso all'Ufficio stranieri della Questura di Cuneo, come risultanti dal *“Protocollo”* prodotto *sub 1* dall'Avvocatura dello Stato e dalla deposizione dell'ispettore M., si limitano a non prevedere un diverso trattamento per gli Stranieri assistiti dalle *“Agenzie”*, ma non escludono in alcun modo che la *“prenotazione”* per la presentazione della pratica possa essere effettuata da queste ultime per conto dei loro clienti. Anzi, come dichiarato dall'ispettore M. *“con la nuova struttura organizzativa, e con riferimento alle prime due settimane di avvio del protocollo, il 75% delle prenotazioni è pervenuto dalle agenzie accreditate”*.

Quanto alla perdita di tempo per ottenere la linea e contattare il *“Call Center”*, alla necessità di fare distinte telefonate per ogni diversa pratica, all'impossibilità di accompagnare i clienti al momento del ritiro dei permessi in un giorno prestabilito e dedicato alle agenzie (come lamentati nel corso dell'esperito interrogatorio libero), a prescindere dalla mancata prova dell'esistenza di un diritto al diverso trattamento preteso (diverso rispetto a quello esistente e diverso rispetto a quello destinato al singolo straniero che non si avvalga di una *“Agenzia”*), si può ipotizzare, al più, una contrazione del numero di clienti e, quindi, dei conseguenti incassi, irrilevante, in quanto mero pregiudizio di natura economica, ai fini del necessario *periculum in mora*.

In considerazione di quanto sin qui detto il ricorso deve essere rigettato (*omissis*) Torino, 6 luglio 2004».

## **Giurisdizione in materia di pubblico impiego: inammissibile il ricorso al T.A.R. per l'annullamento delle procedure di riqualificazione del personale all'interno della stessa area funzionale**

*(Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Roma, sezione seconda ter,  
sentenza 4 maggio 2004, n. 3757)*

La sentenza in rassegna offre un ulteriore spunto di riflessione sulla materia, ora dai più certi confini, della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in tema di procedure selettive nel pubblico impiego.

Occorre innanzitutto prendere le mosse dal caso deciso, nel quale viene in questione l'assoggettabilità o meno al giudice amministrativo delle controversie relative all'indizione di procedure di selezione e riqualificazione per il personale del Ministero per i Beni e le Attività Culturali, per il passaggio dalle posizioni economiche B1 e B2 alla posizione B3 e dalle posizioni economiche C1 e C2 alle posizioni C2 e C3.

Per meglio comprendere l'effettiva natura della questione, è essenziale tenere presente la normativa che interessa la fattispecie in esame; innanzitutto l'art. 68 del D.Lgs. n. 29/1993 (come modificato dall'art. 29 del D.Lgs. n. 80/1998), secondo il quale «*sono devolute al giudice ordinario, in funzione del giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, ad eccezione di quelle relative ai rapporti di lavoro di cui al comma 4...*», mentre «*restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, nonché in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'art. 2, commi 4 e 5, ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi*».

Pertanto, in base alla nuova disciplina, vengono escluse dalla cognizione del giudice ordinario alcune categorie residuali ancora a regime di diritto pubblico e la materia dell'accesso al pubblico impiego, la quale presuppone a monte l'esercizio di pubblici poteri in ordine all'individuazione dell'effettivo fabbisogno, ai fini dell'indizione e dell'espletamento delle procedure di reclutamento di personale.

In definitiva può dirsi che la ripartizione della giurisdizione tra giudice ordinario ed amministrativo nella materia del pubblico impiego ruota ora intorno alla distinzione tra atto di organizzazione tendente alla costituzione del rapporto, espressione del potere autoritativo della P.A., ed atto di gestione, il quale, ponendosi in un momento successivo rispetto all'esercizio del potere, viene attratto nell'area civilistica, trattandosi in definitiva dello svolgimento del rapporto di lavoro di dipendenti precedentemente reclutati.

In tal senso si è espressa la Corte Costituzionale con la sentenza n. 1 del 4 gennaio 1999, la quale evidenzia il nesso imprescindibile tra gli artt. 97, 51 e 98 della Costituzione: infatti si è osservato come il reclutamento del personale attraverso pubblici concorsi resti ancora, in un ordinamento democratico, il mezzo migliore per garantire imparzialità ed assicurare la selezione dei più capaci e meritevoli.



Ma è importante sottolineare che il meccanismo del pubblico concorso non si pone come necessario solamente in caso di primo accesso alle funzioni pubbliche, ma lo è anche nel caso di passaggio da un'area funzionale ad un'altra, dal momento che ugualmente tale procedura ha ad oggetto il reclutamento di personale, previo accertamento tecnico delle capacità e delle attitudini dei soggetti partecipanti.

Ed infatti, ogni qualvolta la Pubblica Amministrazione indica una procedura selettiva, aperta ad una pluralità di soggetti, interni ed esterni, per il passaggio da un'area funzionale ad un'altra, le controversie eventualmente sorte saranno attratte nella cognizione del giudice amministrativo, poiché si tratta comunque della costituzione di un nuovo e diverso rapporto di lavoro, nascente dal relativo ordine di graduatoria.

Così anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella sentenza n. 15403 del 15 ottobre 2003, le quali hanno evidenziato che l'art. 63 del D.Lgs. n. 165/2001 nel devolvere al giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, fa riferimento non solo alle procedure dirette alla costituzione per la prima volta del rapporto di lavoro, ma anche alle prove successive dirette a valutare le cognizioni ed attitudini del personale di ruolo per il passaggio alle fasce funzionali superiori.

È importante però evidenziare che tale ultima interpretazione è destinata a superare un precedente orientamento, tendente ad ampliare, al contrario, l'area della cognizione del giudice ordinario: infatti le stesse Sezioni Unite avevano interpretato in modo restrittivo lo stesso art. 63 del D.Lgs. n. 165/2001 affermando che la *ratio* della riforma era proprio quella di devolvere tutte le controversie inerenti al rapporto di lavoro al giudice ordinario, dovendosi perciò considerare eccezionale e quindi da interpretare in modo restrittivo la disposizione con la quale si riservava al giudice amministrativo la cognizione delle controversie inerenti alle procedure concorsuali.

Pertanto anche le fasi intermedie e tutte le vicende modificative del rapporto di lavoro, pur se finalizzate ad un avanzamento di carriera e realizzate attraverso l'espletamento di procedure concorsuali, restavano attratte nella cognizione del giudice ordinario, rimanendo affidate alla giurisdizione del giudice amministrativo solamente le controversie aventi ad oggetto le procedure selettive di assunzione del personale.

Il mutamento di giurisprudenza sopra evidenziato si fonda, oltre che sugli accennati orientamenti della Corte Costituzionale, anche su una rilettura appunto costituzionalmente orientata del quadro normativo vigente; infatti sulla scorta dell'art. 52 del D.Lgs. n. 165/2001, il quale stabilisce che la qualifica superiore viene acquisita dal lavoratore *«per effetto dello sviluppo professionale o di procedure concorsuali o selettive»*, si è ritenuto che anche le procedure che consentono il passaggio da una fascia ad un'altra integrino un vero e proprio concorso, argomentando dall'art. 97 della Costituzione.

Così, in definitiva, il concorso è il mezzo maggiormente idoneo ad assicurare la neutralità e la scelta dei soggetti più capaci a garantire il buon andamento della Pubblica Amministrazione anche nell'ipotesi del passaggio ad un'area funzionale superiore: la conseguenza immediata e diretta di tale nuovo orientamento è quindi la giurisdizione del giudice amministrativo anche nelle controversie *de quibus*.

Al contrario, il caso posto all'attenzione della seconda sezione (*ter*) del TAR del Lazio, concerneva l'annullamento di atti amministrativi con i quali venivano indette delle procedure di riqualificazione del personale all'interno della stessa area funzionale; in tal caso, sulla scorta delle considerazioni appena svolte, il giudice ha ritenuto il ricorso inammissibile, ritenendosi carente di giurisdizione.

Ed infatti si tratterebbe di atti che, pur emanati dall'autorità amministrativa, si pongono nell'ambito dello svolgimento del rapporto di lavoro con i dipendenti pubblici: così è stato ritenuto opportuno, in ragione della fondamentale distinzione tra atti di amministrazione ed atti di gestione, considerare siffatte procedure attratte nell'area civilistica, dal momento che non viene in rilievo alcun atto che sia espressione del potere autoritativo della Pubblica Amministrazione.

In realtà in tali circostanze l'Amministrazione agisce come un datore di lavoro privato, soggetto alle norme civilistiche: di conseguenza tutti gli atti emanati durante la permanenza del rapporto di lavoro sono sottratti alla cognizione del giudice amministrativo per rientrare in quella del giudice ordinario.

Inoltre, v'è anche da considerare che tali procedure selettive dirette al passaggio da una posizione funzionale all'altra all'interno della stessa area, sono riservate solamente ai dipendenti interni: ciò è previsto dai contratti collettivi nazionali che regolano tali procedure, le quali non si configurano come vere e proprie selezioni concorsuali, che al contrario prevedono la partecipazione di soggetti esterni all'Amministrazione (come nel caso di passaggio da un'area funzionale ad un'altra).

Concludendo, è ovvio che non trattandosi di vere e proprie selezioni ma di percorsi interni regolati dai contratti collettivi nazionali il giudice amministrativo deve necessariamente dichiarare la carenza di giurisdizione, e di conseguenza l'inammissibilità del ricorso.

Questo lo stato della giurisprudenza sino ad oggi: rimane però la possibilità non remota che l'orientamento testè enunciato possa essere rivisto alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004.

*Dott.ssa Paola Ciriaco*

**Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Roma, sezione seconda ter, sentenza 4 maggio 2004 n. 3757 - Pres. R. Scognamiglio - Rel. A. Amicuzzi - F.S. c/ Ministero per i Beni e le Attività Culturali.**

*Non sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo nell'ipotesi di controversie relative all'indizione di procedure di selezione e riqualificazione del personale all'interno della stessa area funzionale, poiché gli atti in questione, da definirsi «di gestione», si collocano nell'ambito dello svolgimento del rapporto di lavoro, rimanendo perciò stesso attratti nell'area civilistica.*

«(omissis) - Per quanto, più in particolare, riguarda la fattispecie in esame deve tuttavia rilevare il Collegio che nel nuovo ordinamento professionale del pubblico impiego il sistema delle qualifiche è stato sostituito con quello delle aree (o categorie), nell'ambito delle quali sono previste differenti posizioni economiche, con possibilità di passaggi interni dall'una all'altra.

A tanto, in base alle considerazioni in precedenza svolte, non può che conseguire che, se non può esservi dubbio che le procedure selettive finalizzate al passaggio da un'area all'altra, mediante procedure concorsuali aperte ad una pluralità di soggetti esterni od interni, appartengano alla Giurisdizione del Giudice Amministrativo, i passaggi interni, nell'ambito di cia-

scuna di dette aree, da una posizione economica (funzionale) all'altra (se i contratti collettivi nazionali che li regolano non prevedono la possibilità della partecipazione di concorrenti esterni alle procedure selettive volte ad individuare il personale cui deve essere attribuita la posizione funzionale superiore) sono da ritenersi necessariamente attratti nell'ambito della giurisdizione del Giudice ordinario.

Ciò in quanto tali procedure interne vanno qualificate come atti privatistici di gestione del rapporto di lavoro – privi del carattere pubblicistico che connota i concorsi esterni di accesso – cioè come semplici strumenti diretti ad assicurare la normale progressione di soggetti già legati da un rapporto con l'amministrazione, non dissimili dalle omologhe procedure indette da un datore di lavoro privato.

La circostanza che l'art. 36 del D.Leg.vo n. 80 del 1998 prevede che le assunzioni nella pubblica amministrazione avvengano mediante selezioni o concorsi pubblici che garantiscano un adeguato accesso dall'esterno, non può, infatti, che indicare, per converso, che esistono percorsi interni che non si configurano come assunzione, legati alla progressione della «mansione» (come regolati dal CCNL), che, per essere inerenti allo sviluppo del rapporto individuale, non possono che essere di competenza del Giudice Ordinario.

7. – Nel caso che occupa il ricorrente premesso che, avendo esercitato mansioni superiori, era in attesa, *ex art.* 15 del CCNL per il personale dei Ministeri per il quadriennio 1998-2001, della indizione di corsi di selezione per il passaggio dall'area B all'area C, e dalla posizione economica B3 alla posizione economica C1), ha impugnato i decreti emessi dal Segretario generale il 28 novembre 2002, di indizione delle procedure di selezione e riqualificazione per il personale del Ministero per i Beni e le Attività Culturali per il passaggio dalle posizioni economiche B1 e B2 alla posizione B3 e dalle posizioni economiche C1 e C2 alle posizioni C2 e C3, nei limiti dell'interesse del ricorrente, nonché il provvedimento implicito con il quale i titolari della posizione economica B3, come il ricorrente, sono stati esclusi dalle suddette procedure di selezione e riqualificazione, la nota prot. n. 1381 del 15 gennaio 2003 del Dirigente del Servizio II, di negativo riscontro alla diffida formulata dal ricorrente e da altri dipendenti in identica posizione economica, il silenzio inadempimento della P.A. conseguito alla diffida del 7 gennaio 2003, reiterata il 22 gennaio 2003; infine gli atti presupposti, conseguenti e collegati. Inoltre ha chiesto la declaratoria dell'obbligo del Ministero di cui trattasi ad indire le procedure di selezione e riqualificazione anche per gli appartenenti alla posizione economica B3 con ordine di provvedere entro un dato termine.

Orbene, va premesso sia che può prescindersi dalle censure rivolte avverso l'atto del 15 gennaio 2003, sostanzialmente interlocutorio, e nei confronti di comportamenti privi di valenza giuridica, sia che deve ritenersi che il silenzio rifiuto in questa sede impugnato si è irritualmente formato (per non recare la relativa diffida indicazione del termine entro cui l'Amministrazione avrebbe dovuto provvedere), nonché che è inammissibile la richiesta di declaratoria dell'obbligo dell'Amministrazione di indire procedure di selezione (non configurando la pretesa un diritto soggettivo ma un interesse legittimo azionabile solo con l'impugnazione di un atto che ne disponga o con la procedura -rituale- del silenzio rifiuto).

Deve conseguentemente rilevare il Collegio che, per il resto, il ricorso è sostanzialmente diretto ad ottenere l'annullamento dei citati decreti del Segretario generale, di indizione, in base all'Accordo collettivo integrativo del Ministero per i Beni e le Attività Culturali del 24 ottobre 2002, delle procedure di selezione e riqualificazione per il personale del Ministero di cui trattasi per il passaggio dalle posizioni economiche B1 e B2 alla posizione B3 e dalle posizioni economiche C1 e C2 alle posizioni C2 e C3.

Detto Accordo collettivo integrativo del Ministero per i Beni e le Attività Culturali del 24 ottobre 2002 ha, sul punto, confermato il C.C.N.L.C.M. 1998-2001, che, all'art. 15, lettera B), ha previsto che i passaggi all'interno della stessa area da una posizione all'altra avvengono mediante percorsi di qualificazione ed aggiornamento professionale con esame finale, al termine dei quali viene definita una graduatoria, con possibilità di bandire concorsi pubblici o avviare gli iscritti nelle liste di collocamento solo se la selezione abbia avuto esito negativo o manchino del tutto all'interno le possibilità da selezionare.

Non vi è quindi alcun dubbio che la sostanziale pretesa fatta valere in giudizio attenga alla contestazione della mera previsione del passaggio, mediante procedura selettiva di fatto riservata ai soli dipendenti interni, da una posizione funzionale all'altra nell'ambito della medesima area (mentre parte ricorrente aspirerebbe alla previsione del passaggio anche

dalla posizione funzionale B3 alla posizione funzionale C1 in diversa area) che, poiché i contratti collettivi nazionali che li regolano non prevedono la possibilità della partecipazione di concorrenti esterni a dette procedure selettive, sono da ritenersi necessariamente attratti nell'ambito della giurisdizione del Giudice ordinario.

A tanto consegue, per quanto in precedenza osservato, la insussistenza della giurisdizione in materia del Giudice Amministrativo.

8. – Il ricorso deve essere, pertanto, dichiarato inammissibile, in particolare per insussistenza della giurisdizione del Giudice Amministrativo nella materia per cui è causa.

9. – Le spese del giudizio possono essere compensate tra le parti.

*P. Q. M.* Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio – Sezione seconda ter – *dichiara inammissibile* il ricorso in epigrafe indicato».

## **L'attività amministrativa di valutazione: punteggio numerico e obbligo di motivazione**

*(Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, sezione prima, sentenze 20 aprile 2004 n. 1214 e 19 luglio 2004 n. 2649; Consiglio di Stato, sezione quarta, sentenza 19 luglio 2004, n. 5175; Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana, sezione prima, ordinanza 9 settembre 2004, n. 924).*

*La motivazione espressa a mezzo di coefficienti numerici e il principio di economicità e di celerità.*

Con la pronuncia del luglio scorso il Consiglio di Stato ribadisce che, anche dopo l'entrata in vigore della legge 241/1990, l'onere di motivazione dei giudizi concernenti prove scritte ed orali di un concorso pubblico o di un esame, è sufficientemente adempiuto con l'attribuzione di un punteggio alfanumerico.

Il punteggio alfanumerico si configura come formula sintetica, ma eloquente, idonea ad esternare la valutazione tecnica compiuta dalla commissione.

Nel caso di specie l'appellato è stato escluso dalla graduatoria del concorso interno, per titoli ed esami, per la preposizione a n. 6 uffici dell'area economica della Provincia autonoma di Trento, per aver conseguito nella prova orale il punteggio di 20\40 inferiore al minimo richiesto dal bando (24\40).

La sentenza di primo grado annulla la graduatoria e gli atti connessi ravvisando l'insufficienza del mero voto numerico, anche in considerazione del buon esito delle prove scritte.

I vincitori del concorso propongono appello richiamando consolidati principi giurisprudenziali in ordine alla sufficienza del voto numerico quale motivazione di valutazioni concorsuali.

L'appello è dichiarato fondato sulla base della congruità del punteggio numerico ad esprimere le valutazioni tecniche dell'Amministrazione, ponendosi in linea con numerose pronunce (1).

Tale principio, oltre a rispondere ad evidenti finalità di economicità dell'attività amministrativa di valutazione, assicura la necessaria chiarezza dei giudizi di merito compiuti dalle commissioni nell'esercizio di insindacabili (perché opinabili) apprezzamenti tecnici, salvo i casi della manifesta abnormità.

Esso si fonda, inoltre, sul riconosciuto carattere non propriamente provvedimento del giudizio emesso in merito ad una prova di esame.

La sentenza precisa, inoltre, che «non può trovare ingresso la diversa tesi sostenuta dalla sesta sezione del Consiglio (cfr. sez. VI, 13 febbraio 2004, n. 558; 30 aprile 2003, n. 2331) in maniera per altro non univoca, essendo smentita da coeve decisioni della medesima sezione (cfr. sez. VI, 17 febbraio 2004, n. 659)».

---

(1) *Ex plurimis* e da ultimo, Cons. Stato, sez. IV, 7 maggio 2004, n. 2881; sez. IV, ord., 29 gennaio 2004, n. 397.

Nel caso della pronuncia del T.A.R. Toscana resa all'esito dell'udienza cautelare del 9 settembre 2004, il ricorrente chiede l'annullamento, previa sospensione, del provvedimento di non ammissione alla prova orale degli esami di avvocato, sessione 2003, e di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, prospettando, anche, la violazione di legge per non equa distribuzione del carico di lavoro tra le sottocommissioni.

L'ordinanza del T.A.R. respinge statuendo che «la Commissione appare aver assolto gli obblighi di motivazione attraverso l'espressione numerica del punteggio attribuito alle prove d'esame, avendo preventivamente predisposto criteri uniformi di valutazione».

Anche in questo caso si ritiene che il punteggio numerico non costituisca violazione o falsa applicazione dell'art. 3 della legge 241/1990.

Il T.A.R. Toscana aderisce all'indirizzo costante del Consiglio di Stato per il quale l'obbligo di motivazione imposto dalla suddetta norma deve ritenersi adeguatamente soddisfatto con l'attribuzione di un punteggio numerico ad una prova di concorso per esami o di abilitazione all'esercizio professionale, senza ed indipendentemente da qualsiasi altra esplicitazione della valutazione discrezionale compiuta dalla Commissione (2).

A maggior ragione nel caso di specie, ove la commissione aveva individuato dei criteri di valutazione.

È stato osservato che l'art. 3, comma 1, legge 241/1990, collega la valutazione circa la sufficienza della motivazione alle risultanze dell'istruttoria. Si tratta, pertanto, di un obbligo che sussiste per l'attività amministrativa di tipo più propriamente provvedimentale, e non anche per l'attività di giudizio conseguente ad una valutazione qual'è, appunto, quella relativa all'attribuzione di un punteggio sulla preparazione culturale o tecnica del candidato. Quanto appena detto è ancor più vero quando, come nel caso che ci occupa, non si tratta neppure di attività comparativa, ma di un esame di idoneità professionale (Cons. St. sez. IV, 727/1993, *cit.*).

I principi così enunciati (in particolare l'inapplicabilità dell'art. 3 della legge 241/1990), denotano lo sforzo della giurisprudenza di far coesistere esigenze di effettività della tutela individuale con le necessità pratiche di speditezza ed economicità dell'azione amministrativa, in un quadro ove occorre costantemente bilanciare l'immanenza di interessi generali e la concorrente espansibilità dei costi determinati dalla tutela individuale.

La suddetta conclusione non è stata posta in discussione neppure dai principi affermati dalla nota decisione del Consiglio di Stato, VI Sez., 30 aprile 2003 n. 2331.

Anche il T.A.R. Lazio, sez. 1<sup>a</sup>, sentenza del 28 maggio 2003, nell'esaminare la suddetta sentenza, osserva:

---

(2) Cfr. Cons. St., sez. IV, 13 ottobre 1993, n. 727; Cons. St. Sez. VI, 27 maggio 1996, n. 747.

«La sentenza invocata ha posto l'accento, in particolare, sulla necessità che la commissione giudicatrice accompagni la semplice espressione numerica del proprio giudizio con l'apposizione di correzioni, annotazioni, sottolineature o note sugli elaborati, che consentano al candidato di comprendere appieno le ragioni del giudizio formulato nei suoi confronti, attività che comporta un impegno minimo di attivazione dell'organo valutativo.

Oltre che essere, almeno per il momento, un isolato pronunciamento del Giudice di appello, che, per giunta, prende le distanze da un orientamento che, come si è detto in precedenza, risulta allo stato ancora consolidato, deve osservarsi che le prove di cui si tratta sono sottoposte dalla Commissione ad un esame che è finalizzato non solo, e non tanto, alla ricerca di eventuali «errori» (di logica giuridica o di sintassi), che effettivamente possono essere adeguatamente evidenziati con i suindicati segni grafici sugli elaborati stessi, quanto piuttosto a giungere ad un apprezzamento sul grado di organicità e sul livello di approfondimento raggiunti dal singolo candidato, indici della maturità di preparazione teorico-pratica da lui posseduta nella materia interessata, aspetti che sicuramente non possono che essere rappresentati con un'indicazione aritmetica, atteso che essi riguardano la sfera di discrezionalità valutativa di cui si connota l'attività dell'organo in questione.»

In termini le ultime pronunce rese dallo stesso T.A.R. Toscana in tema di abilitazione alla professione forense (cfr. T.A.R. Toscana, 1<sup>a</sup>, sent. 20 aprile 2004 n. 1214): «Per il vero il Collegio non ignora l'esistenza di una qualche pronuncia (vedi Cons. Stato, Sez. VI, del 18 febbraio 2003) di segno opposto a quello sopra evidenziato, ma è il caso di rilevare che trattasi di decisioni che riguardano prove di un concorso mentre nel caso che ci occupa, anche a non voler tener conto di tutte le altre decisioni, si tratta di un esame di abilitazione per il quale appare abbastanza plausibile un meccanismo di valutazione poco meno rigoroso.

E allora occorre, in particolare, convenire che se il giudizio di una Commissione d'esame è volto a fornire un apprezzamento sul grado di organicità e sul livello di approfondimento dimostrati dal candidato, gli indici di maturità di preparazione teorico-pratica ben sono messi in evidenza a mezzo di una espressione aritmetica esplicativa di per sé della discrezionalità valutativa di cui si connota l'Organo in questione (cfr. T.A.R. Lazio, Sez. I, 18 maggio 2003)».

Non è ravvisabile un vizio, sotto il profilo del difetto di motivazione, neppure nella circostanza che sugli elaborati non siano stati apposti «segni di correzione».

La funzione di tali segni, che solitamente vengono apposti nelle scuole, è di tipo eminentemente didattico. In un concorso o in un esame di abilitazione, invece, la Commissione ha la funzione di esprimere un giudizio, non quella di aiutare il candidato, che non è un suo allievo, ad apprendere come emendarsi per il futuro.

*L'orientamento oscillante della giurisprudenza e i segni grafici di correzione.*

Le due pronunce si pongono in linea con quell'orientamento della giurisprudenza del Consiglio di Stato che ritiene esaustivo, in materia di concorsi pubblici ed esami, il giudizio espresso con l'attribuzione di un punteggio numerico: questo non necessiterebbe di altra motivazione, trattandosi di una forma, sintetica ma eloquente, che esterna in pieno la valutazione compiuta dalla Commissione d'esame (3).

Con tale assunto si tende a trovare un temperamento alla rigidità formale qualora la motivazione venga espressa a mezzo di coefficienti numerici.

Come già si è osservato il principio non può neppure ritenersi superato dopo l'entrata in vigore dell'art. 3 della legge 241/1990, che prescrive l'obbligo di motivazione di ogni provvedimento amministrativo, ivi compreso quello attinente allo svolgimento di pubblici concorsi: il giudizio espresso con punteggio numerico non necessita di ulteriore motivazione, trattandosi di valutazione tecnica e non di natura provvedimentoale (4).

Lo sforzo della giurisprudenza di far coesistere esigenze di effettività della tutela individuale con le necessità pratiche di speditezza ed economicità dell'azione amministrativa, in un quadro ove occorre costantemente bilanciare l'immanenza di interessi generali e la concorrente espansibilità dei costi determinati dalla tutela individuale, emerge con riguardo al problema della motivazione in materia di concorsi ed esami.

Il Consiglio di Stato ha infatti più volte affermato che la valutazione tecnica compiuta dalle commissioni d'esame è sufficientemente esternata con l'attribuzione di un punteggio alfanumerico, trattandosi di una attività priva di valenza provvedimentoale, senza che sia necessario apporre segni grafici o glosse di commento a margine dell'elaborato di ogni candidato.

La valutazione del contenuto delle prove scritte di un pubblico concorso e l'attribuzione del relativo punteggio costituisce apprezzamento tecnico discrezionale riservato alla commissione esaminatrice, insindacabile da parte del giudice della legittimità (5).

L'attribuzione di un punteggio, anche se non accompagnato da motivazioni analitiche, sarebbe, dunque, sufficiente allo scopo.

D'altronde, anche se è stato riconosciuto, in via più generale, che l'obbligo di motivazione possa dirsi assolto anche quando l'amministrazione

---

(3) Cons. Stato, sez. V, 3 novembre 1989, n. 732, in *Cons. Stato*, 1989, I, 1378: «... nelle valutazioni concorsuali non si richiede motivazione nell'attribuzione dei voti, esternandosi compiutamente il giudizio della commissione nella graduazione del punteggio assegnato». Cons. Stato, sez. V, 19 luglio 1989, n. 431, in *Cons. Stato*, 1989, I, 927: «... la commissione giudicatrice di un concorso non è tenuta a fornire motivazione alcuna nell'attribuzione del punteggio in forma aritmetica ad una determinata prova di esame, in quanto il giudizio della commissione si esterna *ex se* nella graduazione del punteggio assegnato».

(4) T.A.R. Toscana, sez. II, 4 marzo 1999, 236, in *Ragiusan*, 2000, 362.

(5) Cons. Stato, sez. V, 19 luglio 1989, n. 431, in *Cons. Stato*, 1989, I, 927.



provveda ad indicare le ragioni su cui l'atto si fonda, utilizzando un modulo prestampato oppure mediante l'apposizione di un segno su una delle caselle che indicano una tra più ragioni possibili (6).

Non è ravvisabile un vizio, sempre secondo questa giurisprudenza, sotto il profilo del difetto di motivazione, neppure nella circostanza che sugli elaborati non siano stati apposti segni di correzione. La funzione di tali segni è di tipo eminentemente didattico.

In un concorso o in un esame di abilitazione, infatti, la commissione ha la funzione di esprimere un giudizio, non quella di aiutare il candidato ad apprendere come emendarsi per il futuro.

Ciò non toglie, comunque, che sia opportuno valutare l'adeguatezza della motivazione di un atto amministrativo caso per caso (7).

In merito ai segni grafici e alle correzioni di recente la sezione sesta del Consiglio di Stato (8) ha individuato una terza via intermedia tra i due opposti orientamenti.

La sentenza non giunge a ritenere insufficiente il solo punteggio numerico, ma ritiene necessario che a questo si accompagnino ulteriori elementi o segni idonei a fornire indicazioni al candidato circa la valutazione insufficiente della prova.

Non è tuttavia da sottacersi che la pronuncia si riferisce ad un concorso in particolare non automaticamente estensibile ad altri concorsi pubblici aventi diverse connotazioni (come ad esempio l'esame di avvocato) (9).

In particolare, l'orientamento espresso da ultimo dal Consiglio di Stato secondo il quale – in base al principio di trasparenza, cui l'intera attività amministrativa deve conformarsi – nel caso in cui in una procedura concorsuale non siano stati predeterminati rigidamente i criteri di valutazione delle prove, deve essere imposto alle commissioni esaminatrici, a pena di illegittimità, «di rendere percepibile l'iter logico seguito nell'attribuzione del punteggio, se non attraverso diffuse esternazioni verbali relative al contenuto delle prove, quanto meno mediante taluni elementi che concorrano ad integrare e chiarire la valenza del punteggio, esternando le ragioni dell'apprezzamento sinteticamente espresso con l'indicazione numerica.» (10).

Il T.A.R. Toscana con sentenza n. 2649 depositata il 19 luglio 2004 ha recentemente precisato che l'obbligo imposto alla commissione di concorso di stabilire i criteri di valutazione delle prove (obbligo scaturente dall'art. 12, comma 1°, del d.P.R. n. 487/1994 come modificato dall'art. 10 del d.P.R. n. 693/1996), così autolimitando il proprio potere di apprezzamento delle prove medesime, «non avrebbe ragion d'essere se non fosse parimenti e conseguentemente imposto di motivare, sia pure in modo sintetico, circa le modalità

---

(6) Cons. Stato, sez. IV, 16 settembre 1999, n. 1476, in *Foro Amm.*, 1999, 1712.

(7) Cons. St., sez. V, 6 dicembre 1999, n. 2065, in *Foro Amm.*, 1999, 2494.

(8) Sentenza n. 2331 del 4 aprile 2003.

(9) M. e F. MINNITI, *Valutazione dei candidati nei concorsi pubblici: obbligo di motivazione e insufficienza del punteggio numerico*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it)

(10) Cons. Stato, sez. VI, 30 aprile 2003, n. 2331.

*di concreta applicazione dei criteri stessi. Su altro versante, l'obbligo di far luogo alla motivazione delle valutazioni concorsuali è imposto dalla necessità di tener fede al principio, presidiato sul piano costituzionale, che vuole sempre garantita la possibilità di un sindacato della ragionevolezza, della coerenza e della logicità delle stesse valutazioni concorsuali: controllo difficile da assicurare in presenza del solo punteggio numerico e in assenza, quindi, di una pur sintetica o implicita esternazione delle ragioni che hanno indotto la commissione alla formulazione di un giudizio di segno negativo».*

Esternazioni sintetiche o implicite che ben possono consistere – sempre secondo il ricordato indirizzo giurisprudenziale – nell'apposizione di note a margine dell'elaborato, o, comunque nell'uso di segni grafici che consentano di individuare gli aspetti della prova non valutati positivamente dalla commissione.

*L'organizzazione del lavoro della commissione esaminatrice e i tempi di correzione.*

È riconosciuto alla Commissione un ampio ambito di discrezionalità (Cons. Stato, sez. VI, 8 febbraio 2000 n. 679) non solo nell'attribuzione dei punteggi, ma anche nell'organizzazione interna del lavoro.

La presenza di sottocommissioni è determinata proprio dall'esigenza di dividere l'ingente lavoro, ma secondo criteri che appartengono alla discrezionalità della commissione.

Infatti il comma 8 dell'art. 22 del Regio decreto-legge 27 novembre 1933, n. 1578 (in *Gazz. Uff.*, 5 dicembre, n. 281) – decreto convertito in legge 22 gennaio 1934, n. 36 (in *Gazz. Uff.*, 30 gennaio 1934, n. 24), contenente disposizioni inerenti l'Ordinamento delle professioni di avvocato e procuratore, recita: «a ciascuna sottocommissione non può essere assegnato un numero di candidati superiore a trecento».

Le singole sottocommissioni dell'esame di abilitazione alla professione di avvocato sono state create da una normativa che va interpretata in un'ottica funzionalistica, ispirata alla «ratio» della norma che facoltizza la suddivisione della commissione principale in sottocommissioni allorché il numero dei candidati superi le 300 unità, e ciò per evidenti ragioni di semplificazione e di velocizzazione del lavoro di correzione degli elaborati (11).

Negli esami d'abilitazione per la professione d'avvocato, in base all'art. 22 r.d.l. 27 novembre 1933 n. 1578, la creazione di sottocommissioni è subordinata alla presenza di un numero cospicuo di candidati.

Ai sensi dell'art. 22, 6° comma, r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578 come modificato dalla legge 27 giugno 1988, n. 242 – secondo cui le commissioni giudicatrici degli esami a procuratore legale possono essere integrate, con decreto ministeriale, da un numero di membri supplenti, tale da permettere, unico restando il presidente, la suddivisione in sottocommissioni – non è configurabile una fissazione rigidamente precostituita delle sottocommissioni medesime (12).

---

(11) T.A.R. Veneto, sez. I, 17 luglio 2002, n. 3489, in *Foro Amm. TAR*, 2002, 2384.

(12) T.A.R. Lazio, sez. I, 14 luglio 1992, n. 1027, in *Trib. Amm. Reg.*, 1992, I, 3080.

La brevità del tempo di correzione da parte della Commissione, non è prova, dunque, di incompiuta o insufficiente valutazione degli elaborati stessi.

Non è infatti individuabile un «tempo medio» necessario alla Commissione per la valutazione di ciascun elaborato.

L'art. 23, R.D.37/34, come sostituito dall'art. 6, legge 242/1988 prevede che la Commissione, anche nei casi di suddivisione in sottocommissioni, compie la revisione dei lavori scritti nel più breve tempo, e comunque non più tardi di sei mesi dalla conclusione delle prove, termine prorogabile solo per motivi eccezionali e debitamente accertati.

È costante orientamento del Consiglio di Stato che il controllo dei tempi medi di correzione sia sottratto al sindacato di legittimità del giudice amministrativo.

Il suddetto orientamento è in linea con il principio di economicità e celebrità dell'azione amministrativa valutativa.

*Avv. Maria Vittoria Lumetti*

**Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, sezione prima, sentenza del 20 aprile 2004, n. 1214** – Pres. G. Vacirca – Est. A. Migliozi – F.G. (Avv. G. Iacopetti) c/ Ministero della Giustizia; Commissione per gli esami di avvocato per l'anno 2002 presso la Corte di Appello di Firenze (Avvocatura Distrettuale dello Stato di Firenze).

*Considerato che il giudizio di una Commissione d'esame è volto a fornire un apprezzamento sul grado di organicità e sul livello di approfondimento dimostrati dal candidato, gli indici di maturità di preparazione teorico-pratica ben sono messi in evidenza a mezzo di una espressione aritmetica esplicativa di per sé della discrezionalità valutativa di cui si connota l'Organo in questione.*

«(Omissis) – Fatto. Il ricorrente riferisce di aver sostenuto in data 17, 18 e 19 dicembre 2002 le tre prove scritte dell'esame di abilitazione alla professione forense presso la Corte di Appello di Firenze.

In data 10 giugno 1993 l'interessato ha avuto conoscenza dell'esito negativo di tali prove ed ha impugnato il verbale della Commissione esaminatrice recante, appunto, la valutazione in questione.

A sostegno del proposto ricorso è stato dedotto, con un unico motivo, il vizio di violazione di legge (art. 3 legge 241/1990) per difetto ed insufficienza della motivazione.

Secondo parte ricorrente, il solo punteggio numerico espresso dalla Commissione non è idoneo a costituire adempimento dell'onere motivazione imposto dalla normativa indicata in rubrica, tanto più che nella specie al coefficiente numerico non si accompagnano note, segni grafici o altri elementi esplicativi delle ragioni sulla scorta delle quali la Commissione ha reso il giudizio *de quo*.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione intimata che ha contestato la fondatezza del ricorso, chiedendone la reiezione.

*Diritto.* Il ricorso si appalesa infondato.

Parte ricorrente sostiene in concreto che il giudizio di inidoneità a sostenere la prova orale espresso unicamente tramite voto numerico è illegittimo in quanto difetta di una sua motivazione e impedisce la ricostruzione dell'iter seguito dalla stessa Commissione per addvenire ad una valutazione negativa.

La tesi non appare condivisibile.

La Sezione ha già avuto modo di occuparsi specificatamente della questione giuridica qui sollevata proprio con riferimento alle prove di esame per abilitazione alla professione forense risolvendola nei sensi difformi da quelli propugnati dal ricorrente (vedi sentenza n. 5187 del 29 settembre 2003) e, allo stato, non ha motivo di discostarsi dalle già prese conclusioni.

Vale qui ribadire come sia condivisibile l'orientamento giurisprudenziale secondo cui anche dopo l'entrata in vigore della legge n. 241 del 1990 l'onere di motivazione della valutazione delle prove scritte e orali è sufficientemente adempiuto con l'attribuzione di un punteggio numerico, configurandosi quest'ultimo come formula sintetica, ma eloquente che vale ad esternare adeguatamente il giudizio tecnico della Commissione (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 13 ottobre 2002; *idem* 20 novembre 2000 n. 6160, recentemente Sez. VI, 3 aprile 2003 n. 1719).

Per il vero il Collegio non ignora l'esistenza di una qualche pronuncia (vedi Cons. Stato, Sez. VI, del 18 febbraio 2003) di segno opposto a quello sopra evidenziato, ma è il caso di rilevare che trattasi di decisioni che riguardano prove di un concorso mentre nel caso che ci occupa, anche a non voler tener conto di tutte le altre decisioni, si tratta di un esame di abilitazione per il quale appare abbastanza plausibile un meccanismo di valutazione poco meno rigoroso.

E allora occorre, in particolare, convenire che se il giudizio di una Commissione d'esame è volto a fornire un apprezzamento sul grado di organicità e sul livello di approfondimento dimostrati dal candidato, gli indici di maturità di preparazione teorico-pratica ben sono messi in evidenza a mezzo di una espressione aritmetica esplicativa di per sé della discrezionalità valutativa di cui si connota l'Organo in questione (cfr. T.A.R. Lazio, Sez. I, 18 maggio 2003).

Conclusivamente, il dedotto profilo di illegittimità su cui si fonda il proposto gravame è destituito di giuridico fondamento, con conseguente reiezione del ricorso stesso.

Sussistono, peraltro, giusti motivi per compensare tra le parti le spese e competenze del giudizio.

*P. Q. M.* Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione prima, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo rigetta.

Compensa le spese e competenze del giudizio tra le parti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Firenze, il 21 gennaio 2004 (*omissis*)».

**Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, sezione prima, sentenza del 19 luglio 2004, n. 2649** – Pres. G. Vacirca – Est. E. Di Santo – N.R. (Avv. G. Fanfani) c/ Scuola Normale Superiore di Pisa (Avvocatura Distrettuale dello Stato di Firenze).

*Per garantire il sindacato della ragionevolezza, della coerenza e della logicità delle valutazioni concorsuali è necessaria una pur sintetica o implicita esternazione delle ragioni che hanno indotto la Commissione alla formulazione di un giudizio di segno negativo.*

«(*omissis*) Fatto e Diritto. Con il ricorso in esame il ricorrente ha impugnato gli atti indicati in epigrafe deducendo:

1. – violazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990, nonché eccesso di potere per difetto di motivazione, in quanto la valutazione delle prove scritte sarebbe avvenuta mediante l'attribuzione di un semplice voto numerico, senza alcuna indicazione delle motivazioni sottostanti a ciascuna votazione;

2. – violazione dell'art. 9 del d.P.R. n. 487/1994 e dell'art. 13 del decreto ministeriale n. 534/1988, stante la scelta dell'Amministrazione di nominare una commissione giudicatrice priva del membro interno;

3. – eccesso di potere per difetto di motivazione, in quanto la valutazione di inconferenza di alcuni titoli presentati dal ricorrente non sarebbe supportata da una motivazione congrua.

Il ricorso è fondato nei termini di cui *infra*.

Con il primo motivo di ricorso si propone il problema, particolarmente ricorrente in sede giurisprudenziale, e da tempo al centro di un vivace dibattito, relativo alla idoneità del solo punteggio numerico a costituire adempimento dell'obbligo motivazionale imposto all'Amministrazione dall'art. 3 della legge n. 241/1990.

A riguardo il Collegio ritiene di dover aderire all'orientamento espresso da ultimo dal Consiglio di Stato (cfr., Cons. Stato, Sez. VI, 30 aprile 2003 n. 2331; Sez. V, 6 ottobre 2003 n. 5899) secondo il quale – in base al principio di trasparenza, cui l'intera attività ammini-

strativa deve conformarsi – nel caso in cui in una procedura concorsuale non siano stati predeterminati rigidamente i criteri di valutazione delle prove, deve essere imposto alle commissioni esaminatrici, a pena di illegittimità, «di rendere percepibile l'iter logico seguito nell'attribuzione del punteggio, se non attraverso diffuse esternazioni verbali relative al contenuto delle prove, quanto meno mediante taluni elementi che concorrano ad integrare e chiarire la valenza del punteggio, esternando le ragioni dell'apprezzamento sinteticamente espresso con l'indicazione numerica.» (Cons. Stato, Sez. VI, 30 aprile 2003 n. 2331). Invero, l'obbligo imposto alla commissione di concorso di stabilire i criteri di valutazione delle prove (obbligo scaturente dall'art. 12, comma 1, del d.P.R. n. 487/1994 come modificato dall'art. 10 del d.P.R. n. 693/1996), così autolimitando il proprio potere di apprezzamento delle prove medesime, «non avrebbe ragion d'essere se non fosse parimenti e conseguentemente imposto di motivare, sia pure in modo sintetico, circa le modalità di concreta applicazione dei criteri stessi. Su altro versante, l'obbligo di far luogo alla motivazione delle valutazioni concorsuali è imposto dalla necessità di tener fede al principio, presidiato sul piano costituzionale, che vuole sempre garantita la possibilità di un sindacato della ragionevolezza, della coerenza e della logicità delle stesse valutazioni concorsuali: controllo difficile da assicurare in presenza del solo punteggio numerico e in assenza, quindi, di una pur sintetica o implicita esternazione delle ragioni che hanno indotto la commissione alla formulazione di un giudizio di segno negativo».

Esternazioni sintetiche o implicite che ben possono consistere – sempre secondo il ricordato indirizzo giurisprudenziale – nell'apposizione di note a margine dell'elaborato, o, comunque nell'uso di segni grafici che consentano di individuare gli aspetti della prova non valutati positivamente dalla commissione.

Elementi questi totalmente assenti negli elaborati del ricorrente.

Né sussistono criteri prefissati di valutazione estremamente dettagliati che consentano di ritenere che il punteggio numerico sia di per sé motivazione sufficiente.

Nel caso di specie, infatti – così come correttamente rilevato dal ricorrente nella propria memoria difensiva – la predeterminazione si è limitata ad una mera elencazione dei criteri di massima (grado di conoscenza della materia, capacità di esposizione, capacità di sintesi ecc.) senza che a ciascuno di essi venisse attribuito (in termini numerici) uno specifico peso all'interno della valutazione complessiva, ovvero senza che il punteggio massimo previsto per la singola prova scritta e orale (punti 20) venisse «ripartito» tra i vari elementi valutativi.

Non rendendo così possibile una chiara individuazione delle specifiche lacune e/o insufficienze riscontrate nei confronti del singolo candidato (es. carenza nella capacità espositiva piuttosto che nella capacità di sintesi), né di ripercorrere l'iter logico seguito dalla commissione per pervenire a quel determinato punteggio.

Pertanto, nella fattispecie per cui è causa l'adempimento dell'obbligo motivazionale non può ritenersi assolto con il mero punteggio numerico.

Con riferimento al secondo profilo di doglianza, va rilevato che la normativa invocata dal ricorrente prevede la presenza in seno alla Commissione giudicatrice di un membro interno della Scuola nella veste di Segretario.

Pertanto, tenuto conto che il Segretario è un componente della commissione sprovvisto di voto deliberativo, l'inosservanza della disciplina in questione determina una mera irregolarità e non già l'invalidità dell'attività compiuta dall'organo la cui composizione risulta viziata.

Con riferimento, infine, all'ultimo profilo di doglianza, va rilevato che nella procedura concorsuale per cui è causa la valutazione dei titoli incide sull'ammissione alla prova scritta (art. 5 del bando: «Alle prove scritte saranno ammessi i candidati che nella valutazione dei titoli abbiano riportato un punteggio non inferiore a 20/40») e sul punteggio complessivo riportato in esito al concorso ai fini della collocazione in graduatoria.

Peraltro, sotto il primo profilo la doglianza è inconferente, dal momento che il ricorrente non si duole della mancata ammissione alle prove scritte, e, sotto il secondo profilo, è inammissibile per carenza di interesse, non sussistendo allo stato alcuna lesione considerato che il ricorrente non ha ancora superato le prove orali.

Il ricorso va, pertanto, accolto nei termini suindicati.

Sussistono, tuttavia, equi motivi per disporre la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

*P.Q.M.* il Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana – Sezione prima, accoglie, nei termini di cui in motivazione, il ricorso n. 1488/1999 indicato in epigrafe e, per l'effetto, annulla il provvedimento con lo stesso impugnato con cui il ricorrente non è stato ammesso alle prove orali del concorso interno nazionale per titoli ed esami a n. 1 posto di coordinatore di biblioteca presso la Scuola Normale Superiore di Pisa di cui al D.D.A. n. 492/1998.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Firenze, in data 6 aprile 2004 (*omissis*)».

**Consiglio di Stato, sezione quarta, sentenza del 19 luglio 2004, n. 5175** – Pres. P. Salvatore – *Est.* V. Poli – F.T.d.F. e altri (Avv.ti D.De Petris e E. Romanelli) c/ R.D.B.; e provincia Autonoma di Trento (Avvocatura Generale dello Stato).

*L'onere di motivazione dei giudizi concernenti prove scritte ed orali di un concorso pubblico o di un esame è sufficientemente adempiuto con l'attribuzione di un punteggio alfanumerico.*

«*Fatto e Diritto.* 1. – Il dr. R. D. B. è stato escluso (cfr. verbale del 25 novembre 1994, n. 9), dalla graduatoria del concorso interno, per titoli ed esami, per la preposizione a n. 6 uffici dell'area economica della Provincia autonoma di Trento, per aver conseguito nella prova orale il punteggio di 20\40 inferiore al minimo richiesto dal bando (24\40).

2. – L'impugnata sentenza ha annullato la graduatoria e gli atti connessi ravvisando l'insufficienza del mero voto numerico anche in considerazione del buon esito delle prove scritte.

3. – Con ricorso notificato il 28 marzo 1996, F.T.d.F. [*ed altri*] tutti vincitori del concorso in esame, proponevano appello avverso la su menzionata sentenza, richiamando consolidati principi giurisprudenziali in ordine alla sufficienza del voto numerico quale motivazione di valutazioni concorsuali.

4. – Si costituiva la Provincia autonoma di Trento a sostegno del gravame.

5. – Con ordinanza collegiale n. 775 del 1996 veniva accolta la domanda di sospensione dell'esecuzione della impugnata sentenza.

6. – La causa è passata in decisione all'udienza pubblica del 15 giugno 2004.

7. – L'appello è fondato e deve essere accolto.

Sul punto di diritto specifico la sezione non intende discostarsi dai propri univoci precedenti secondo cui, anche dopo l'entrata in vigore della legge n. 241 del 1990, l'onere di motivazione dei giudizi concernenti prove scritte ed orali di un concorso pubblico o di un esame è sufficientemente adempiuto con l'attribuzione di un punteggio alfanumerico, configurandosi quest'ultimo come formula sintetica, ma eloquente, che esterna la valutazione tecnica compiuta dalla commissione (cfr. *ex plurimis* e da ultimo, Cons. Stato, sez. IV, 7 maggio 2004, n. 2881; sez. IV, ord. 29 gennaio 2004, n. 397).

Tale principio, oltre a rispondere ad evidenti finalità di economicità dell'attività amministrativa di valutazione, assicura la necessaria chiarezza dei giudizi di merito compiuti dalle commissioni nell'esercizio di insindacabili (perché opinabili) apprezzamenti tecnici, salvo i casi della manifesta abnormalità.

Esso si fonda, inoltre, sul riconosciuto carattere non propriamente provvedimentoale del giudizio emesso sopra una prova di esame.

Non può trovare ingresso, pertanto, la diversa tesi sostenuta dalla sesta sezione del Consiglio (cfr. sez. VI, 13 febbraio 2004, n. 558; 30 aprile 2003, n. 2331) in maniera per altro non univoca, essendo smentita da coeve decisioni della medesima sezione (cfr. sez. VI, 17 febbraio 2004, n. 659).

8. – L'appello deve essere pertanto accolto.

Il collegio ravvisa giusti motivi (nelle oscillazioni giurisprudenziali) per compensare integralmente fra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

*P.Q.M.* Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione quarta):

– accoglie l'appello proposto, e per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza respinge il ricorso di primo grado;

– dichiara integralmente compensate fra le parti le spese di ambedue i gradi di giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 15 giugno 2004 (*omissis*)».

**Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Firenze, sezione prima, ordinanza del 9 settembre 2004, n. 924** – D. G. M. (Avv. S. Scuglia, V. Giomi) c/ Ministero della Giustizia, Commissione esame avvocato presso la Corte d'appello di Firenze (Avv. dello Stato di Firenze M.V.Lumetti) – Pres. G. Vacirca – Est. G. Del Guzzo.

*Affinché la Commissione esaminatrice assolvere agli obblighi di motivazione è sufficiente l'utilizzo dell'espressione numerica del punteggio attribuito alle prove d'esame, avendo preventivamente predisposto criteri uniformi di valutazione.*

«Ordinanza (*omissis*) per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione,

– del provvedimento adottato dalla Commissione per gli esami di avvocato sessione 2003 di non positiva valutazione degli elaborati scritti della ricorrente;

– del provvedimento di non ammissione alla prova orale degli esami di avvocato – sessione 2003, del cui contenuto la ricorrente è venuta a conoscenza mediante la consultazione dell'elenco degli ammessi affisso presso la Cancelleria della Corte d'Appello di Firenze e pubblicato l'8 giugno 2004;

– nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, anche se non conosciuto, e in particolare:

– del verbale della Commissione per gli esami di avvocato presso la corte d'Appello di Firenze del 13 gennaio 2004 *in parte qua* e limitatamente all'erronea e/o cattiva applicazione dei criteri di correzione e valutazione degli elaborati della ricorrente;

– del verbale della prima Sottocommissione per gli esami di avvocato presso la Corte d'Appello di Firenze relativo alla valutazione degli elaborati della ricorrente del 24 febbraio 2004.

Visti gli atti e i documenti depositati con il ricorso;

Vista la domanda di sospensione della esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dal ricorrente;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di: Commissione Esame Avvocato presso Corte d'appello di Firenze, Ministero della Giustizia;

Udito il Relatore Cons. Giacinta Del Guzzo e uditi, altresì, per le parti gli avv.ti M.Di Muro per S.Scuglia e M.V.Lumetti (avv. dello Stato);

Considerato che ad un primo, sommario esame il provvedimento impugnato si palesa immune dai vizi denunciati;

Considerato, in particolare, che la Commissione appare aver assolto gli obblighi di motivazione attraverso l'espressione numerica del punteggio attribuito alle prove d'esame, avendo preventivamente predisposto criteri uniformi di valutazione;

Considerato pertanto che, in relazione agli elementi di causa, non sussistono i presupposti per l'accoglimento della domanda incidentale in esame, ai sensi dell'art. 21, della legge 6 dicembre 1971 n. 1034, come modificato dall'art. 3 della legge 205/2000 coordinato con l'art. 1 della legge stessa;

*P. Q. M.* respinge la suindicata domanda incidentale di sospensione.

Firenze, 8 settembre 2004 (*omissis*)».

## La discrezionalità tecnica dell'amministrazione e il controllo del giudice amministrativo

(Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Firenze, sezione prima, ordinanza 14 luglio 2004, n. 798)

*Le cause di inidoneità al servizio di polizia.*

Il ricorrente impugna il giudizio di non idoneità fisica al servizio di Polizia di Stato, propedeutico all'esclusione dal concorso pubblico di allievo agente di Polizia di Stato.

Com'è noto l'arruolamento nella Polizia di Stato comporta l'espletamento di attività delicatissime, che richiedono una ottima condizione psico-fisica.

Il Consiglio di Stato ha precisato, già in riferimento al vecchio d.P.R. del 1983, ora abrogato e sostituito dal decreto ministeriale n. 198 del 30 giugno 2003, che «L'art. 2 d.P.R. 23 dicembre 1983 n. 904 annovera quali cause di inidoneità al servizio di polizia le infermità ed imperfezioni dell'apparato osteo – articolare e tutte le alterazioni dello scheletro consecutive a fatti congeniti e le malattie ostacolanti la funzionalità organica o alteranti l'euritmia corporea».

Detta norma, stante il carattere onnicomprensivo, ricomprende anche la scoliosi, congenita o sopravvenuta, in quanto alterazione della normale conformazione della struttura ossea» (1).

L'art. 2, comma 10 prevedeva come causa di esclusione: «le infermità ed imperfezioni dell'apparato osteo-articolare e muscolare: tutte le alterazioni dello scheletro consecutive a fatti congeniti; rachitismo, malattie o traumi, deturpanti od ostacolanti la funzionalità organica o alteranti l'euritmia corporea; malattie ossee o articolari in atto; limitazione della funzionalità articolare; malattie delle aponeurosi, dei muscoli e dei tendini, tali da ostacolarne la funzione».

La legittimità dell'esclusione operata dal Ministero dell'Interno risulta confermata dal decreto del ministero dell'interno 30 giugno 2003, n. 198 (in Gazz. Uff., 1° agosto, n. 177), recante il «Regolamento concernente i requisiti di idoneità fisica, psichica e attitudinale di cui devono essere in possesso i candidati ai concorsi per l'accesso ai ruoli del personale della Polizia di Stato e gli appartenenti ai predetti ruoli», il cui art. 8 ha abrogato il d.P.R. del 1983.

In particolare l'Allegato unico, Tabella (ai sensi degli articoli 3 e 6) prevede tra le cause di non idoneità per l'ammissione ai concorsi pubblici per l'accesso ai ruoli del personale della Polizia di Stato: 7. *Le infermità ed imper-*

(1) Cons. Stato, Sez. IV, 25 settembre 2002, n. 4911, in *Foro Amm. C.D.S.*, 2002.



*fezioni dell'apparato osteo-articolare e muscolare: le patologie ed i loro esiti, anche di natura traumatica, dell'apparato scheletrico, dei muscoli, delle strutture capsulo-legamentose, tendinee, aponeurotiche e delle borse sinoviali causa di dismorfismi o alterazioni della meccanica articolare.*

Non v'è dubbio, quindi, che l'Amministrazione si sia attenuta al dato normativo che ricomprende inequivocabilmente anche le patologie di natura traumatica.

All'organo medico è rimesso, infatti, il potere di valutare, alla stregua delle conoscenze e delle regole della medicina, le condizioni psico-fisiche del dipendente pubblico, e accertare, in particolare, la reale sussistenza di quell'idoneità fisica che è dalla legge assunta a necessario presupposto per la permanenza in servizio (2).

Nel ricorso introduttivo ci si duole del fatto che l'amministrazione dell'Interno non abbia accettato l'istanza di rinvio della visita medica presentata dal ricorrente.

Com'è noto gli accertamenti medici nei confronti di chi aspira ad entrare nelle forze di Polizia o nella difesa non costituiscono una mera formalità e neppure ricoprono una scarsa rilevanza.

Essi si configurano come una prova rilevantissima nell'economia del concorso, che non può essere sminuita da continui rinvii per malattia.

Anzi, questi ultimi già depongono a sfavore del richiedente e della sua idoneità fisica: si osserva che le condizioni fisiche richieste in tali casi devono essere «perfette» e che anche una sia pur non grave frattura, soprattutto riportata in età adulta, può comprometterle, soprattutto se si considerano gli inevitabili postumi.

Questi ultimi potranno risultare ininfluenti per l'impiegato pubblico in generale, non preposto ad attività operative, ma non per un aspirante appartenente alle forze di polizia.

Oltretutto si rileva che nel caso *de quo* si tratta di una frattura trattata chirurgicamente e riportata alla caviglia: sono di per sé evidenti sia la gravità sia le ripercussioni sull'attività locomotoria.

Non vi è dubbio che la discrezionalità espressa dall'Amministrazione, in sede di accertamento sanitario, attenga al merito dell'azione amministrativa e che gli atti che ne costituiscono espressione restano insindacabili da parte del giudice amministrativo, se non per i profili che concernono la reale sussistenza di presupposti, la logicità del giudizio e la congruenza delle conclusioni che ne sono scaturite (3).

In sede di accertamento dell'idoneità fisica di un pubblico dipendente all'impiego o di un aspirante tale, gli organi sanitari non sono di per sé

---

(2) Cons. Stato, Sez. IV, 30 giugno 2003, n. 3880, in *Foro Amm. C.D.S.*, 2003, 1869.

(3) Cons. Stato, Sez. IV, 30 giugno 2003, n. 3880, in *Foro Amm. C.D.S.*, 2003, 1869.

tenuti ad esternare esplicitamente il procedimento tecnico-logico attraverso cui pervengono alle proprie valutazioni che risultano dalla diagnosi formulata (4).

Tale giudizio di inidoneità fisica, non è possibile sindacare: secondo principi consolidati, infatti, la valutazione espressa dalle Commissioni mediche in ordine all'idoneità fisica o attitudinale alla prestazione non è in generale censurabile davanti al giudice amministrativo nella sede della giurisdizione di legittimità se non nel caso di manifesta contraddittorietà o di irrazionalità, adeguatamente prospettata e documentata dall'interessato.

#### *Accertamenti sanitari e discrezionalità tecnica.*

Il personale di Polizia, proprio in ragione delle particolari funzioni e mansioni alle quali è adibito, deve possedere l'idoneità fisica al servizio incondizionato per essere impiegato dovunque in ragione delle esigenze dell'amministrazione.

Si osserva, al riguardo, che le visite mediche sono previste dal bando di concorso.

L'amministrazione dell' Interno in questo caso, è deputata alla scelta di personale operativo cui vengono attribuiti compiti di alto livello.

L'esclusione del ricorrente persegue l'interesse pubblico a che: venga selezionato il personale di polizia migliore; ad egli venga preferito altro soggetto che presenti doti fisiche più confacenti all'attività da espletare; e, non da ultimo, venga combattuto l'odioso fenomeno dell'assenteismo per malattia nel pubblico impiego, che determina gravi danni organizzativi ed economici in capo allo Stato, penalizzandone altresì l'efficienza e l'immagine.

Nel caso *de quo* rileva solo ed esclusivamente la discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, trattandosi di un' accertamento sanitario.

Le valutazioni tecnico-discrezionali degli organi sanitari non sono sindacabili in sede di giudizio di legittimità, salvo il limite del palese difetto di motivazione o dei macroscopici vizi logici (5).

Ne consegue che, se si accoglie la tesi che non ascrive la discrezionalità tecnica al merito e che la considera svincolata anche dai supposti ristretti ambiti dell'eccesso di potere, ma riconducibile al vizio di violazione di legge, rimane ben poca cosa il segmento valutativo espresso dall'amministrazione che il giudice non possa sindacare.

Il problema si sposta sul piano probatorio, laddove il giudice amministrativo ha la possibilità di verificare la correttezza delle valutazioni tecnico-scientifiche espresse dalla P.A.

---

(4) Cons. Stato, Sez.V, 12 ottobre 1995, n. 1402, in *Foro Amm.*, 1995, 2186.

(5) Cons. Stato, Sez. VI, 26 giugno 2003, n. 3836, in *Foro Amm. C.D.S.*, 2003, 1978.

Tant'è che in dottrina si è formata la tesi che ascrive la discrezionalità tecnica al merito amministrativo e che il sindacato relativo al suo corretto esercizio resti ammissibile, al pari di quanto accade per la discrezionalità amministrativa, esclusivamente attraverso il vizio dell'eccesso di potere, ossia solo nei casi di macroscopica o manifesta illogicità, o di travisamento palese dei fatti in cui emerga in modo eclatante l'errore commesso in sede valutativa.

Quest'ultimo, peraltro, è da ritenersi circoscritto a poche figure sintomatiche, in quanto la stragrande maggioranza presuppone l'esistenza di un momento di scelta.

Seguendo tale tesi, infatti, si perviene alla conclusione della sostanziale insindacabilità di tutti gli atti adottati nell'esercizio della discrezionalità tecnica.

Nell'ambito di tale attività comparativa accade di sovente che la PA debba acquisire dati ed informazioni di carattere tecnico, indispensabili per la verifica dell'efficacia di un determinato intervento amministrativo.

In questo caso la discrezionalità cambia nome e viene definita discrezionalità tecnica.

Nella discrezionalità *tout court* la P.A. nel suo esame comparativo degli interessi non è ancorata all'osservanza di nozioni aventi carattere tecnico.

#### *Discrezionalità tecnica e insindacabilità del giudice amministrativo.*

Una delle problematiche affrontate dai T.A.R. nelle controversie in cui rilevano notazioni di carattere tecnico riguarda innanzi tutto il potere del giudice amministrativo ed i suoi limiti.

Il giudice amministrativo, infatti, non può sostituirsi alla P.A., esercitare il potere di determinazione di cui essa è titolare e, conseguentemente, non può modificare gli atti da questa posti in essere o eseguire compiti spettanti alla medesima: il suo ruolo consiste in un controllo di legittimità e solo talvolta di merito sugli atti.

Il giudice non potrebbe giudicare la scelta fatta nel merito, in quanto con ciò eserciterebbe una funzione amministrativa: può solo rilevare se le scelte sono state fatte con ragionevolezza.

Il controllo del rispetto delle norme istruttorie offre occasione al giudice di verificare se effettivamente sono stati presi in considerazione tutti gli aspetti.

Giova in particolare osservare che il potenziamento dei mezzi istruttori utilizzabili dal giudice amministrativo ai fini del sindacato sulle valutazioni di stampo tecnico-specialistico, sancito dall'innesto della consulenza tecnica ai sensi dell'art. 16 legge n. 205/2000, consente certo il pieno e diretto accertamento dei fatti presi in esame dall'amministrazione, ma non la sostituzione del giudice amministrativo, per il tramite del consulente tecnico, ai giudizi di tipo tecnico formulati dall'Amministrazione.

Il controllo del giudice amministrativo sul giudizio tecnico dell'organo amministrativo è rimasto un controllo debole, nel rammentato senso dell'i-

nammissibilità di una logica sostitutiva che consenta al giudice di sostituire la sua opinione all'opinione, non condivisa, ma non risultante erronea, della P.A. (6).

In base a tali considerazioni, la consulenza tecnica d'ufficio potrebbe determinare che i quesiti proposti non mirano ad accertare l'erronea applicazione dei criteri tecnici ma, piuttosto, a fondare in via di fatto i presupposti su cui poi arbitrariamente proporre una logica di valutazione sostitutiva di quella adottata dalla Commissione.

È, però, insito nel nuovo sistema il pericolo di ridurre a meri giudizi tecnici, verificabili in tutti i loro aspetti dal giudice con l'ausilio di consulenti, anche le valutazioni che il legislatore ha inteso riservare ad organi amministrativi.

---

(6) Cons. Stato Sez. IV, 4 novembre 2002 n. 6004; Cons. Stato, Sez. VI, 23 aprile 2002 n. 2199. Cons. Stato, Sez. VI, 5 dicembre 2002, n. 6652, in *Foro Amm. CDS*, 2002, 3242. «Il potere di annullamento del nullaosta paesaggistico attribuito al Ministero per i beni culturali dall'art. 82 d.P.R. n. 616 non comporta un riesame complessivo delle valutazioni tecnico-discrezionali compiute dalla Regione, tale da consentire la sovrapposizione o sostituzione di una propria valutazione di merito a quella compiuta in sede di rilascio del titolo autorizzativo, ma si estrinseca in un controllo di mera legittimità che peraltro può riguardare tutti i possibili vizi dell'eccesso di potere. Cons. Stato, Sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5156, in *Diritto e Giustizia*, 2002, f. 36, 49: le deliberazioni dell'Autorità per la concorrenza e il mercato attengono a valutazioni complesse che rinviano a scienze inesatte ed opinabili, di carattere prevalentemente economico, con cui si perviene alla definizione di concetti giuridici indeterminati (mercato rilevante, dominanza, intesa restrittiva della concorrenza, ecc.). Tali deliberazioni possono essere sindacate solo per vizi di legittimità, e non di merito attraverso il cd. «sindacato di tipo debole», che non consente un potere sostitutivo del giudice». I provvedimenti dell'autorità garante della concorrenza e del mercato sono sindacabili in giudizio per vizi di legittimità e non di merito (si precisa altresì che il sindacato del giudice amministrativo sull'attività discrezionale di natura tecnica esercitata dall'autorità antitrust è un sindacato di tipo debole, che non consente un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile, il proprio modello logico di attuazione del «concetto indeterminato», all'operato dell'autorità; pertanto nell'esercizio di un tale sindacato è inammissibile far «ripercorrere» al consulente tecnico d'ufficio le complesse valutazioni rimesse in prima battuta all'amministrazione e sottoposte poi, con gli anzidetti limiti, al sindacato giurisdizionale, poiché a questo spetta solo il compito di verificare la legittimità dell'impostazione generale seguita dall'autorità nello svolgere una determinata indagine e nient'altro, e ciò con la sola eccezione del sindacato sulle sanzioni pecuniarie irrogate dall'autorità, poiché in quel caso è consentito invece al giudice amministrativo un controllo più penetrante, che si spinge fino alla sostituzione della sanzione irrogata dall'autorità). «Purché si rimanga nell'ambito dei vizi di legittimità, il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato non incontra limiti, potendo essere esercitato, oltre che in relazione ai vizi di incompetenza e violazione di legge, anche in relazione a quello di eccesso di potere in tutte le sue forme. Allorché, peraltro, viene dedotto, avverso provvedimenti dell'Autorità, il vizio di eccesso di potere, il giudice, nell'ambito del suo sindacato, circoscritto alla sola legittimità dell'atto, e non esteso al merito delle scelte amministrative, può solo verificare se il provvedimento impugnato appaia logico, congruo, ragionevole, correttamente motivato e istruito, ma non può anche sostituire proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dall'Autorità e a queste riservate. Cons. Stato, Sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, in *Giur. It.*, 2002, 1957. «È inammissibile la censura dedotta avverso la valutazione che la Commissione giudicatrice ha fatto dei titoli presentati dal candidato, trattandosi di valutazione di merito sulla quale il giudice della legittimità può esercitare il proprio sindacato solo in

È questo il vero limite del sindacato di legittimità, che postula un'attenta discriminazione fra fattispecie apparentemente assai simili e una responsabile autolimitazione del giudice (7).

Se si pensa, poi, a quella giurisprudenza che ritiene che il riesame degli elaborati di un concorso non implica la riformulazione di una scelta di merito, ma solo un accertamento di fatto o che assimila la discrezionalità all'accertamento tecnico, pervenendo anche alla conseguenza di un mancato affievolimento del diritto soggettivo e alla competenza del giudice ordinario a giudicare (8), è agevole notare come l'invasione del giudice nel merito e nell'attività dell'amministrazione sia da considerarsi sempre più pregnante ed incisiva.

Con dei riflessi, tuttavia, non incoraggianti sulla garanzia e l'equilibrio tra i poteri dello Stato e sugli stessi principi costituzionali.

---

presenza di vizi (che il ricorrente ha l'onere d'individuare e documentare) di palese travisamento dei fatti ovvero di illogicità manifesta. T.A.R. Puglia Bari, Sez. I, 1 ottobre 2002, n. 4176, in *Foro Amm. TAR*, 2002, f. 10. «Risultato immune dai vizi prospettati il giudizio negativo formulato dalla commissione nei confronti del candidato ricorrente, sono inammissibili le doglianze dallo stesso mosse in merito alle valutazioni concernenti i candidati risultati vincitori, atteso che dall'eventuale accoglimento delle stesse non deriverebbe, comunque, nessun beneficio, Cons. Stato, Sez. VI, 14 febbraio 2002, n. 849, in *Foro Amm. CDS*, 2002, 466. Rientra nei compiti del giudice di merito il giudizio circa la idoneità degli elementi presuntivi a consentire illazioni che ne discendano secondo il criterio dell'*id quod plerumque accidit*, essendo il relativo apprezzamento sottratto al controllo in sede di legittimità se sorretto da motivazione immune da vizi logici o giuridici ed in particolare ispirato al principio secondo il quale i requisiti della gravità, della precisione e della concordanza, richiesti dalla legge, devono essere ricavati in relazione al complesso degli indizi, soggetti ad una valutazione globale, e non con riferimento singolare a ciascuno di questi, pur senza omettere un apprezzamento così frazionato, al fine di vagliare preventivamente la rilevanza dei vari indizi e di individuare quelli ritenuti significativi e perciò da ricomprendere nel suddetto contesto articolato e globale, Cass. civ., Sez. III, 4 novembre 2002, n. 15399, in *Diritto e Giustizia*, 2002, f. 42, 50. Nell'ambito dei poteri di governo dei vincoli paesaggistici il merito, che non può essere oggetto di sostituzione, è un giudizio estetico di natura tecnico-discrezionale, demandato alle regioni ed agli altri enti sub-regionali. Ciò, tuttavia, non comporta alcuna insindacabilità delle valutazioni operate dalle autorità locali, essendo l'annullamento per vizi di legittimità comprensivo di tutti i profili dell'eccesso di potere; non v'è dubbio, poi, sulla circostanza della riconduzione all'area della legittimità del vizio d'omessa acquisizione di parere obbligatorio e vincolante o dell'insufficienza della motivazione, Cons. Stato, Sez. VI, 6 settembre 2002, n. 4561, in *Foro Amm. CDS*, 2002, f. 9. In sede di pianificazione urbanistica, le scelte dell'Amministrazione concernenti la destinazione di singole zone costituiscono apprezzamento di merito e per ciò sono sottratte al sindaco di legittimità, salvo che la nuova destinazione sia inficiata da errori di fatto o vizi di illogicità e contraddittorietà, Cons. Stato, Sez. IV, 9 luglio 2002, n. 3817, in *Foro Amm. CDS*, 2002, f. 7. In sede di pianificazione urbanistica, le scelte dell'amministrazione concernenti la destinazione di singole zone costituiscono apprezzamento di merito e per ciò sono sottratte al sindaco di legittimità, salvo che la nuova destinazione sia inficiata da errori di fatto o vizi di illogicità e contraddittorietà, Cons. Stato, Sez. IV, 9 luglio 2002, n. 3817, in *Foro Amm. CDS*, 2002, f. 7-8.

(7) G. VACIRCA, *Prime riflessioni sul nuovo regime delle prove nelle controversie in materia di pubblico impiego*, in *Foro amm.*, 1987, 1346.

(8) V. la problematica inerente l'iscrizione all'albo degli psicologi e le differenti posizioni della Cassazione e di una parte della giurisprudenza amministrativa da un lato e del Consiglio di Stato dall'altro (Cass., Sez. Un., 25 maggio 1995, n. 5803, Cons. St., sez. IV, 12 dicembre 1996, n. 1299). Il Consiglio di Stato ha ribadito, infatti, che nella discrezionalità tecnica permane, pur

Per lo stesso motivo è irrilevante la dichiarazione medica prodotta dalla controparte alla richiesta del ricorrente di nominare un c.t.u.

Si constata, tuttora, un settore in cui le operazioni di discrezionalità tecnica rilevano nel merito e l'insindacabilità non sembra suggerita da prerogative riservate alla P.A., quanto dalla carenza del minimo di obiettività, normalmente richiesto per l'esplicarsi della funzione terziaria del giudice, della materia sulla quale egli debba pronunciarsi (9).

La motivazione dell'ordinanza, dunque, sulla base di tali assunti, rigetta l'istanza in quanto «le certificazioni prodotte dalla parte ricorrente non possono smentire l'apprezzamento espresso dalla Commissione per l'accertamento dei requisiti psico fisici di cui al provvedimento impugnato».

*Avv. Maria Vittoria Lumetti*

**Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Firenze, sezione prima, ordinanza del 14 luglio 2004, n. 798** – Pres. G. Vacirca – Est. A. Migliozi M.S. (avv. P.L.Frisani) c/ Ministero dell'Interno (avv. dello Stato M.V.Lumetti)

*In caso di impugnazione del giudizio di non idoneità fisica al servizio di polizia di Stato, propedeutico all'esclusione dal concorso pubblico di allievo agente di polizia di Stato, le certificazioni prodotte dalla parte ricorrente non possono smentire l'apprezzamento espresso dalla Commissione per l'accertamento dei requisiti psicofisici di cui al provvedimento impugnato.*

«Ordinanza (*omissis*) per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, del provvedimento del Ministero dell'Interno, Dipartimento di P.S. del 27 aprile 2004, con il quale è stato notificato al ricorrente il giudizio di non idoneità fisica al servizio di polizia di Stato, propedeutico all'esclusione dal concorso pubblico di allievo agente di polizia di Stato; nonché di ogni altro atto presupposto, connesso o conseguente a quelli di cui sopra ancorché incogniti al ricorrente ivi incluso l'eventuale formale provvedimento di esclusione definitiva dall'arruolamento, ad oggi ancora non notificato.

Visti gli atti e i documenti depositati con il ricorso;

Vista la domanda di sospensione della esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dal ricorrente;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di: Ministero dell'Interno;

Udito il relatore Cons. Andrea Migliozi e uditi, altresì, per le parti gli avv.ti P.L.Frisani e M.V.Lumetti (Avv. St.);

Considerato che le prospettive, allo stato, di un esito positivo della decisione di merito del proposto gravame non sono tali da giustificare la chiesta misura cautelare, tenuto conto, in fattispecie, del fatto che le certificazioni prodotte dalla parte ricorrente non possono smentire l'apprezzamento espresso dalla Commissione per l'accertamento dei requisiti psico-fisici di cui al provvedimento impugnato;

Considerato pertanto che, in relazione agli elementi di causa, non sussistono i presupposti per l'accoglimento della domanda incidentale in esame, ai sensi dell'art. 21, della legge 6 dicembre 1971 n. 1034, come modificato dall'art. 3 della legge 205/2000 coordinato con l'art. 1 della legge stessa;

*P.Q.M.* Rigetta la suindicata domanda incidentale di sospensione

Firenze, 14 luglio 2004 (*omissis*).

---

a seguito dell'accertamento dei fatti, un momento di giudizio connotato da un margine di opinabilità e di elasticità, di fronte al quale il privato è titolare di una mera posizione di interesse legittimo.

(9) G.VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità...*, 1589; P.G.PONTICELLI, *Merito amministrativo (e giurisdizione di merito)*, voce, in *Enc. giur.*, 3.

## Ancora sull'ICI nella concessione di arenili

(Commissione Tributaria Regionale di Firenze, sezione 16<sup>a</sup>,  
sentenza 7 settembre 2004 n. 9)

Con la decisione della Commissione Tributaria Regionale di Firenze qui pubblicata – che riguarda l'appello del Comune di Viareggio – risulta confermata la precedente giurisprudenza in materia (1).

**Commissione Tributaria Regionale di Firenze, Sezione 16<sup>o</sup>, sentenza 7 settembre 2004 n. 9** – Pres. P. Bocelli – Rel. R. Buonomo – Giud. R. Gentili – Agenzia del Demanio, filiale di Firenze, sez. staccata di Lucca (cont. 381/01, avv. dello Stato G. Cortigiani) c/ Comune di Viareggio

«(omissis) Conclusioni:

– per L.G.: voglia codesta eccellentissima Commissione Tributaria Regionale, previa riforma della sentenza resa dalla Commissione Tributaria Provinciale di Lucca, sez. I, n. 46/01/02, pronunciata il 9 maggio 2002, depositata il 18 luglio 2002 accogliere il predetto appello e, per l'effetto, accertare e dichiarare la nullità degli avvisi di accertamento I.C.I., relativi alle annualità di imposta 1993, 1994, di cui all'oggetto. Spese di entrambi i gradi del giudizio.

– per il Comune di Viareggio: voglia l'On.le Commissione Tributaria Regionale di Firenze, respinta ogni contraria istanza, eccezione e difesa,

1) confermare la sentenza *ex adverso* appellata e, conseguentemente, la legittimità della pretesa tributaria di cui all'avviso di accertamento impugnato in primo grado

2) condannare il sig. L.G. alla rifusione in favore dell'appellante delle spese, anche di primo grado, nella misura equitativa che codesta On.le Commissione vorrà liquidare

– per l'Agenzia del Demanio – filiale di Firenze, sez. staccata di Lucca: voglia l'On.le Commissione Tributaria Regionale, nel denegato caso in cui il ricorso venga ritenuto ammissibile nonostante le modalità viziate ed erronee della sua formulazione, in principalità confermare integralmente la decisione n. 56 gennaio 2002 della C.T.P. di Lucca e in subordine annullare comunque gli avvisi impugnati originariamente per i motivi di gravame ritenuti assorbiti dalla Commissione Provinciale. In ogni caso, spese a carico del Comune.

*Svolgimento del processo.* Il Comune di Viareggio pretendeva dallo Stato, agenzia del Demanio di Lucca, il pagamento dell'I.C.I. relativamente agli anni 1993 e 1994 quanto a 184 stabilimenti balneari.

L'agenzia del Demanio ricorreva contro gli avvisi di accertamento relativi ai detti anni e sosteneva che: 1) gli stabilimenti erano di proprietà dei singoli concessionari soggetti passivi dell'imposta; 2) tutti gli immobili costituenti il demanio erano esenti dall'imposta, ferma rimanendo anche nel caso di concessione la destinazione pubblica; 3) era intervenuta decadenza quinquennale quanto alla pretesa afferente all'anno 1993; 4) in ipotesi era applicabile, quanto alle sanzioni irrogate, il principio della continuazione di cui all'art. 12 del decreto legislativo n. 472 del 1997.

Il Comune di Viareggio si costituiva e sosteneva che fino al 31 dicembre 2000, in applicazione del disposto dell'art. 18 della legge 388 del 2000, soggetto passivo dell'imposta doveva essere ritenuto il Demanio; sosteneva, inoltre, che nel caso di concessione di area a terzi non era mantenuto il fine istituzionale del bene pubblico; negava, poi, l'applicabilità del detto art. 12 del d.lgs. n. 472 del 1997, perché nel caso in oggetto le violazioni avevano carattere sostanziale e non formale; chiedeva riunirsi i ricorsi a quelli presentati dai concessionari nei confronti degli avvisi di accertamento loro notificati.

La Commissione tributaria provinciale di Lucca sezione n. 1, con sentenza in data 9 maggio 2002 mentre riuniva soltanto i ricorsi presentati dall'agenzia del Demanio, riteneva

---

(1) Si fa riferimento alla decisione C.T.P. di Lucca del 25 luglio 2002, n. 56, pubblicata in questa *Rassegna*, aprile-giugno 2002, 179.

che la costruzione di un fabbricato ad opera del concessionario di un'area oggetto di concessione demaniale marittima desse luogo ad un diritto di proprietà superficaria a titolo originario, della durata temporanea uguale a quella della concessione; dunque riteneva che soggetto passivo dell'imposta era il proprietario della costruzione in quanto tale, ed accoglieva i ricorsi.

Proponeva appello il Comune di Viareggio, il quale contestava che: 1) il giudice di primo grado non aveva provveduto a riunire ricorsi *de quibus* con quelli presentati dai singoli concessionari di area demaniale, così contraddicendo i principi di economia processuale e uniformità di giudicati; 2) la concessione demaniale non determinava in favore del titolare l'insorgenza di un diritto reale, ma, piuttosto, un diritto di natura obbligatoria, assimilabile al diritto di godere di un bene a seguito del pagamento di un canone; 3) fino al 31 dicembre 2000 il soggetto passivo dell'imposta era il concedente.

Si costituivano il Ministero delle Finanze e l'Agenzia del Demanio, filiale di Firenze, i quali sostenevano: 1) il gravame era inammissibile perché proposto e notificato nei confronti dell'Avvocatura dello Stato, e non nei confronti del Ministero delle Finanze e dell'Agenzia del Demanio e loro notificato presso l'Avvocatura, difensore costituito e domiciliatario; 2) la riunione ai sensi dell'art. 29 del decreto legislativo n. 546 del 1992 costituiva una facoltà del presidente della Commissione; 3) correttamente il giudice di primo grado aveva operato la distinzione tra proprietà dell'area e proprietà superficaria dell'immobile sulla stessa insistente e, conseguentemente, aveva individuato nel titolare di quest'ultima il soggetto passivo dell'imposta; 4) l'entrata in vigore dell'art. 18 della legge n. 388/2000 comportava soltanto che nell'epoca precedente l'imposta doveva essere corrisposta dai proprietari degli stabilimenti balneari in quanto tali, e non in quanto titolari di diritto di superficie sull'area; 5) l'esenzione di cui all'art. 7 del decreto legislativo n. 504 del 1992 competeva ugualmente anche se gli immobili demaniali non venivano utilizzati direttamente ma erano affidati in concessione, stante il perseguimento, nel caso di concessione in uso (discrezionale e non sindacabile), di una funzione pubblica; 6) relativamente all'anno 1993 sicuramente il Comune è decaduto dalla pretesa, il termine quinquennale essendosi compiuto in data 31 dicembre 1998 e la proroga di cui all'art. 3 comma 59 della legge n. 662/1996 concernendo soltanto il tributo afferente all'anno 1994.

L.G. presentava ricorsi nei confronti del Comune di Viareggio relativamente agli avvisi di accertamento per I.C.I. notificatigli quanto agli anni 1993, 1994, 1995.

La pretesa del Comune scaturiva dal fatto che per tre immobili la rendita era superiore a quella dichiarata. L.G. sosteneva che: 1) la rendita individuata dal Comune era frutto di errore materiale; la rendita catastale, infatti, non era mai stata notificata; 2) non potevano essere richiesti interessi, né potevano essere applicate sanzioni; 3) era applicabile l'art. 11 comma 6 del decreto legislativo n. 472 del 1997, ed era applicabile, altresì il beneficio della continuazione di cui all'art. 12 del medesimo decreto legislativo.

Si costituiva il Comune di Viareggio, il quale replicava che gli avvisi di accertamento si basavano sulle rendite catastali, e che fino al 31 dicembre 1999 non sussisteva alcun obbligo di notifica delle rendite attribuite; infatti l'art. 74 della legge 342/2000 aveva riconosciuto la legittimità delle notifiche a mezzo albo pretorio fino a quella data; inoltre, aveva consentito fino alla data dell'8 febbraio 2001 la impugnazione del classamento attuato con atti non divenuti definitivi.

La commissione provinciale di Lucca, sez. n. 1, con sentenza in data 9 maggio 2002 rilevava che la pretesa del Comune scaturiva dalle rendite catastali, e che, quanto a queste ultime l'obbligo della notifica, in caso di attribuzione, vigeva soltanto a far data dal 1° gennaio 2000, in applicazione delle leggi n. 488/1999 e n. 342/2000; pertanto confermava la pretesa impositiva, accogliendo i ricorsi riuniti quanto agli interessi ed alle sanzioni.

Proponeva appello L.G., il quale sosteneva che: 1) il concessionario di beni demaniali era da considerarsi soggetto passivo della I.C.I. solo dal 1° gennaio 2001 e nulla doveva per l'epoca anteriore, come risultava dalla modifica approvata all'art. 3 della legge in materia di I.C.I. dalla legge n. 388/2000; l'attribuzione della rendita ad opera dell'U.T.E. di Lucca aveva avuto luogo nei confronti di C.L. con atto in data 25 novembre 1997, ma C.L. era deceduta il 26 febbraio 1991; dunque la notificazione effettuata a persona non più in vita doveva essere ritenuta inesistente; l'atto di attribuzione delle rendite non era mai stato notificato agli eredi della C.L. relativamente ai quali, per conseguenza, gli avvisi di accertamento in oggetto erano da considerare illegittimi.



Si costituiva il Comune di Viareggio, il quale contestava che: 1) già in forza dell'art. 3 decreto legislativo n. 504 del 1992 nel caso di concessioni su aree demaniali soggetto passivo dell'imposta era il concessionario; 2) anche l'art. 18 della legge 23 dicembre 2000 n. 388 aveva stabilito che nel caso di concessione sull'area demaniale soggetto passivo dell'imposta era il concessionario; 3) mentre L.G. non aveva provato il difetto di legittimazione passiva, il Comune aveva dimostrato quanto a quell'aspetto, a mezzo di atti quali la successione a C.L., la compravendita di manufatti afferenti al bagno M.C., l'autorizzazione a costituire ipoteca afferente al bagno M.C., la concessione edilizia in sanatoria n. 20 del 1994, la titolarità del diritto reale per L.G. in ordine allo stabilimento M.C.; 4) l'obbligo di notifica dell'atto attributivo di rendita era stato introdotto solamente a far data dal 1° gennaio 2000.

La controversia conseguente all'appello proposto da L.G. (n. 2910/02 R.G.A.) veniva riunita a quella conseguente all'appello del Comune di Viareggio (n. 1945/03 R.G.A.).

*Motivi della decisione.* La Commissione non condivide il dedotto profilo dell'inammissibilità dell'appello del Comune di Viareggio; il Ministero delle Finanze e l'Agenzia del Demanio hanno affermato che l'appello doveva essere proposto nei loro confronti e notificato presso l'Avvocatura dello Stato.

Ebbene: l'appello è stato proposto nei confronti della sentenza pronunciata dalla Commissione Tributaria di Lucca in data 9 maggio 2002 ed è stato notificato all'Avvocatura dello Stato. Pur nella indubbia improprietà della formulazione della individuazione della parte destinataria del gravame, la Commissione ritiene equivalente alla notificazione alla parte presso il procuratore la notificazione dell'impugnazione fatta al procuratore nel domicilio eletto dalla parte stessa.

Tanto più siffatta conclusione risulta adottabile in un caso come quello in oggetto nel quale la rappresentanza in giudizio di un organo dello Stato è affidato all'Avvocatura dello Stato dalla legge.

Quanto al motivo di doglianza costituito dall'omessa adozione del provvedimento di riunione dei ricorsi in oggetto con quelli proposti dai concessionari di aree demaniali la Commissione osserva che il provvedimento di riunione dei procedimenti relativi a cause connesse è rimesso all'apprezzamento del giudice ed è discrezionale, facoltativo e insindacabile. Osserva, anche, che il procedimento di riunione ha natura meramente ordinatoria, e, come tale, non è suscettibile di impugnazione; per conseguenza anche la sua omissione non può costituire motivo condivisibile di impugnazione.

In ordine al merito della controversia di cui al n. 1945/03 R.G.A. la Commissione fa propria integralmente la distinzione operata dal giudice di primo grado tra proprietà dell'area e proprietà superficiaria dell'immobile costituito da stabilimento balneare.

La distinzione poggia solidamente sul disposto degli articoli 41, 46 e 49 del codice della navigazione i quali prevedano un'autonoma titolarità e disponibilità quanto alle opere realizzate su area demaniale in concessione per il concessionario, stabilendo che solo al termine della concessione l'opera realizzata diviene di proprietà dello Stato.

Pertanto quanto ad essa titolarità non può configurarsi un rapporto soltanto obbligatorio, od assimilabile ad un rapporto di tale natura, ma è maggiormente conforme a diritto – in questo caso: il Codice della navigazione – qualificare la relazione che s'instaura come di natura reale, sia pure temporanea (come del resto, può atteggiarsi il medesimo diritto di proprietà).

La Commissione sottolinea il fatto che i beni demaniali possono essere, talora, oggetti di negozi giuridici di diritto pubblico, cioè di atti amministrativi, diretti a costituire su di essi diritti reali a favore di privati: cfr. il disposto dell'art. 823 C.C.; l'uso eccezionale del bene demaniale, al quale dà luogo l'atto amministrativo di costituzione, pone in essere a favore del privato medesimo diritti di carattere privato, che appartengono alla categoria dei diritti reali su cose altrui, e come tali sono sempre stati riconosciuti, pur nella oscillazione della definizione giuridica, dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Quanto, poi, all'argomento *a contrario*, integrato dalla introduzione nell'ordinamento dell'art. 18 della legge n. 388/2000, la Commissione condivide pienamente, e fa propria, l'argomentazione svolta sul punto dal giudice di primo grado; aggiunge che il detto articolo ha inteso dirimere dubbi interpretativi, e, nella scia della soluzione alla questione sempre fornita dalla dottrina e dalla giurisprudenza, non può aver avuto, per contro, la finalità di maggiormente radicare dubbi.

In realtà sia prima del 1° gennaio 2001, sia dopo, la posizione di riferimento dante luogo alla soggettività passiva all'imposta deve essere individuata nella persona titolare con consistenza reale dell'immobile realizzato sull'area demaniale concessa.

Da siffatta soluzione scaturisce il rigetto dell'appello promosso dal Comune di Viareggio. Scaturisce, logicamente, anche la superfluità dell'analisi di ogni altra problematica, introdotta, sia pur per tuzionismo, dalle parti appellate: non senza rilevare, in proposito, che anche l'argomento secondo il quale la concessione in uso del bene demaniale a privato rientra nella valutazione discrezionale della Amministrazione e non contraddice alla destinazione pubblica del bene, ha un suo fondamento innegabile, poggiato sulla considerazione che non è sindacabile la via scelta dall'Amministrazione medesima per soddisfare correttamente il pubblico interesse.

Stante la natura indubbiamente interpretativa della decisione, le spese processuali vengono interamente compensate nel procedimento n. 1945/03 R.G.A.

Relativamente all'appello di L.G. la Commissione rileva che in ordine al problema dell'individuazione del soggetto dell'imposta, risultano estensibili ed applicabili le considerazioni sopra svolte sul punto relativamente al rapporto Comune-Amministrazione dello Stato.

Si aggiunge che la configurazione, quanto al concessionario su area demaniale marittima, del diritto conseguente come diritto reale su bene altrui non solo ha trovato accoglimento costante nel tempo ad opera della dottrina e della giurisprudenza ma è stata ribadita più recentemente dalla Corte di Cassazione (nn. 4962 del 1993 e 4402 del 1998) ed anche dalla Commissione Tributaria Centrale (n. 1527 del 1988), secondo quanto riportato anche dalla menzionata sentenza in data 9 maggio 2002 della Commissione Tributaria Provinciale di Lucca (sez. n. 1).

Relativamente alle problematiche scaturenti dall'introduzione nell'ordinamento dell'art. 18 della legge 23 dicembre 2000, n. 388 poi la Commissione ha già argomentato trattando dell'appello del Comune di Viareggio.

Venendo a trattare, poi, della ipotizzata nullità assoluta dell'atto in data 25 novembre 1997, la Commissione rileva che all'epoca del decesso di C.L. realmente il provvedimento di attribuzione di rendita non doveva essere affatto notificato al proprietario dell'immobile.

Le considerazioni svolte dal giudice di primo grado sono interamente da condividere; le norme citate da esso non sono successive al decesso e, quindi, ininfluenti ai fini del decidere la controversia, ma sono quelle che hanno stabilito a carico dell'Amministrazione l'onere di portare a conoscenza del destinatario il provvedimento attributivo; è proprio dal 1° gennaio 2000, in forza delle leggi menzionate dal giudice di primo grado, che vige siffatto obbligo.

Dunque non si pone alcun problema di nullità quanto all'attribuzione della rendita, e, conseguentemente, quanto a tutti gli atti successivi, ivi compresi gli avvisi di accertamento.

V'è da rilevare, inoltre, che la prospettazione di siffatta nullità nel giudizio di secondo grado integra, ai fini di cui all'art. 57 del d.lgs. n. 546 del 1992, mutamento della *causa petendi*, non ammissibile.

Infatti, parte appellante sollevando per la prima volta soltanto nel giudizio di primo grado la detta eccezione di nullità, ha inteso porre a fondamento della propria domanda un fatto precedentemente non evidenziato, integrando un'eccezione nei confronti degli avvisi di accertamento non dedotta nel precedente giudizio (né rilevabile d'ufficio).

Pertanto anche sotto questo profilo l'appello di L.G. non merita accoglimento.

V'è da aggiungere, anche, che L.G. nell'atto di appello formula un riferimento ad un non precisato litisconsorzio necessario: la Commissione prende atto dell'affermazione, ma non può tenerne conto, in considerazione delle carenze degli elementi di fatto adottati in proposito e dovendo riferirsi alla titolarità della concessione su area demaniale.

Non sussiste, infine, alcuna ipotesi di sviamento di potere a carico dell'Amministrazione comunale.

In conclusione l'appello viene rigettato.

L'analogia con quanto affermato in ordine al procedimento n. 1945/03 R.G.A. in punto di spese processuali impone anche relativamente al procedimento n. 2910/02 integrale compensazione delle spese.

*P.Q.M.* La Commissione Tributaria Regionale di Firenze rigetta l'appello del Comune di Viareggio; conferma la sentenza di primo grado; dichiara compensate tra le parti le spese processuali.

Rigetta l'appello di L.G.; conferma la sentenza di primo grado; dichiara compensate tra le parti le spese processuali (*omissis*)».

# I PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO

## **A.G.S. – Comunicazione di servizio n. 115, prot. n. 101275, del 20 luglio 2004.**

*Contenzioso in materia di beni culturali.*

«Si trasmette l'allegata circolare, prot. SG/106/20281 del 9 giugno 2004, diramata dal Ministero per i Beni e le Attività Culturali a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. 22 gennaio 2004 n. 42 recante "Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002 n. 137".

*L'Avvocato Generale Aggiunto Giuseppe Stipo».*

## **Circolare del Ministero per i Beni e le Attività culturali – Direzione Generale per i beni architettonici ed il paesaggio – Prot. SG/106/20281 del 9 giugno 2004.**

*«Parte terza del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 recante "Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137".*

«Come è noto sul *Supplemento ordinario* alla *Gazzetta Ufficiale* n. 45 del 24 febbraio 2004 è stato pubblicato il decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 recante "Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137".

In merito è bene preliminarmente sottolineare come nelle more dell'adeguamento dei piani paesaggistici già approvati alle disposizioni contenute nel Codice (cfr. articolo 156), ovvero dell'approvazione *ex novo* di piani paesaggistici (cfr. articolo 143) non può entrare in vigore la nuova procedura di autorizzazione regolata dall'articolo 146. Pertanto le competenze delle SS.LL. in materia di autorizzazione paesaggistica sono ora rinvenibili nell'articolo 159 che regola appunto *in via transitoria* la procedura del rilascio dell'autorizzazione paesaggistica e dell'eventuale annullamento della stessa da parte delle Soprintendenze. La stessa procedura si applica ai pareri favorevoli rilasciati per la sanatoria o per il condono.

Ciò premesso si forniscono di seguito indicazioni in merito alle procedure di competenza delle SS.LL.

Per quanto attiene gli atti a contenuto provvedimento emanati dalle SS.LL. nell'esercizio delle competenze in materia di tutela del paesaggio, nelle premesse, la citazione del decreto legislativo n. 490/1999 dovrà essere sostituita dal seguente capoverso:

*“Vista la Parte terza del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 recante ‘Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137’”.*

### **ANNULLAMENTI E AUTORIZZAZIONI O DINIEGHI**

Nei provvedimenti, qualsiasi citazione dell'articolo 151 del predetto Testo Unico, *dovrà essere sostituita dalla citazione dell'articolo 159 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 recante "Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137".*

Nei provvedimenti, qualsiasi citazione dell'articolo 164 del predetto Testo Unico *dovrà essere sostituita dalla citazione dell'articolo 167 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 recante "Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137".*

Nei provvedimenti, qualsiasi citazione dell'articolo 146 del predetto Testo Unico *dovrà essere sostituita dalla citazione dell'articolo 142 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 recante "Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137"*.

Per quanto attiene alla citazione nei provvedimenti dell'articolo 145 del Testo Unico, considerato che il Codice non contiene una previsione esplicita in materia di modifica dei provvedimenti ministeriali di dichiarazione di notevole interesse pubblico e/o di inclusione di aree fra le zone di interesse archeologico, le SS.LL. avranno cura di indicare a carico del provvedimento in esame quale violazione la deroga al vincolo imposto, citando gli estremi del decreto di tutela.

Infine si rammenta che il d.P.R. n. 441/2000 ha attribuito alle SS.LL. il potere di annullamento, pertanto nei provvedimenti che annullano le autorizzazioni paesaggistiche ovvero i pareri favorevoli alla sanatoria, *non deve più essere citato il decreto del 18 dicembre 1996 con il quale l'allora Direttore generale dell'Ufficio centrale per i beni architettonici ed il paesaggio delegava tale competenza.*

#### INIBIZIONI O SOSPENSIONI LAVORI

Negli schemi di provvedimenti relativi a proposte di inibizione o sospensione di lavori, la citazione dell'articolo 153 del Testo Unico dovrà essere sostituita dalla citazione *dell'articolo 150 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 recante "Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137"*.

#### PROVVEDIMENTI DI VINCOLO

Per quanto attiene agli schemi di provvedimenti relativi alle proposte già in itinere per la dichiarazione di notevole interesse pubblico e/o di inclusione di aree fra le zone di interesse archeologico di vincolo, questa Direzione provvederà a modificare opportunamente gli schemi di provvedimento. A riguardo si evidenzia il dettato del *comma 2 dell'articolo 157* che attribuisce efficacia a tutti gli effetti alle proposte già formulate all'entrata in vigore del Codice.

Rimangono invece invariate le citazioni relative ad altre norme di competenza non incise dal Codice, quali, ad esempio, la legge n. 47/1985, la legge n. 68/1988, la legge n. 724/1994, la legge n. 13/1989, la legge n. 349/1986, la legge n. 443/2001, il decreto legislativo n. 190/2002, il decreto legge n. 7/2002 convertito in legge n. 55/2002, ecc.

Infine si evidenzia che fino all'emanazione del nuovo regolamento di organizzazione del Ministero restano invariate le competenze delle SS.LL. indicate nella circolare SG/101/1P del 14 maggio 2001.

*Si invitano le SS.LL. a provvedere alla puntuale applicazione della presente circolare, curandone la massima diffusione fra il personale interessato.*

Considerata la portata generale la presente è estesa ai Soprintendenti regionali ed ai Soprintendenti per i beni archeologici. Tanto si comunica ad opportuna conoscenza agli organi ministeriali ed alle Avvocature in indirizzo.

Il Direttore Generale (Architetto Roberto Cecchi)».

#### **A.G.S. – Parere del 15 novembre 2003, n. 127581.**

*Confisca di bene immobiliare ex art. 2-ter legge 31 maggio 1965, n. 575. Natura (originaria o derivativa) del trasferimento a seguito della confisca - Conseguente sorte di diritti reali di garanzia sul bene* (consultivo 9831/02, avvocato A. Linguiti).

«Con nota part. 6929 del 28 maggio 2002 l'Avvocatura Distrettuale di Brescia, richiesta dalla Filiale di Bergamo dell'Agenzia del Demanio di un parere in ordine alle pretese avanzate dalla I. s.p.a., cessionaria di un credito della Banca di Roma nei confronti del sig. S.F., già assistito da garanzia ipotecaria su un immobile di proprietà di quest'ultimo e successivamente confiscato *ex art. 2-ter* legge 31 maggio 1965, n. 575, rilevando l'insussistenza di un orientamento giurisprudenziale univoco sulla natura del trasferimento di beni allo Stato a seguito di confisca, rimetteva l'affare alla Scrivente, trattandosi di questione di massima.

In punto di fatto, riferiva che nel luglio 1987 la Banca di Roma aveva concesso al sig. S.F. un mutuo garantito da ipoteca convenzionale e, a seguito del mancato pagamento di alcune rate, aveva pignorato l'immobile, per poi rinunciare al pignoramento a seguito di una formale comunicazione dell'Avvocatura Distrettuale di Brescia; successivamente, la società I., cessionaria di quel credito, ne aveva richiesto il pagamento all'Amministrazione.

Con successiva nota part. 2691 del 25 febbraio 2003 l'Avvocatura Distrettuale precisava alla Scrivente che, in realtà, il creditore procedente non aveva rinunciato alla esecuzione, la cui prossima udienza era fissata per il giorno 26 settembre 2003.

Con nota prot. 1338/20037BEC A/1-MI 88 del 31 marzo 2003 della Agenzia del Demanio – Direzione Centrale Beni Confiscati – Direzione gestione beni confiscati era trasmessa alla Avvocatura Distrettuale dello Stato di Brescia copia della nota della Scrivente (part. 22414 del 1° marzo 2000 ct. 25746/97) di trasmissione della sent. Cass. 12535/99, nonché copia del parere della Avvocatura Distrettuale dello Stato di Catanzaro reso con nota part. 5818 del 5 marzo 2003, ove si afferma essere il provvedimento di confisca atto di acquisto a titolo originario, con *conseguente estinzione di eventuali diritti dei terzi* sui beni confiscati; copia di quest'ultimo parere è stato poi trasmesso alla Scrivente in allegato alla nota prot. 4484 del 14 maggio 2003 della Filiale di Bergamo dell'Agenzia del Demanio.

La questione portata all'attenzione della Scrivente concerne la natura del trasferimento di beni allo Stato a seguito di confisca, attesa la difformità di orientamenti in giurisprudenza a proposito del carattere originario o derivativo dell'acquisto dei beni confiscati.

L'esame della giurisprudenza di legittimità evidenzia l'esistenza di decisioni difformi sul carattere originario o derivativo dell'acquisto effettuato dallo Stato a seguito di confisca.

Limitandosi alla giurisprudenza penale più recente, sostengono la tesi dell'acquisto a titolo derivativo, con varietà di accenti, Cass. SS.UU., 28 aprile 1999, Bacherotti, *Foro it.*, 1999, II, 571 (in relazione all'art. 644, ult. co., c.p.); Cass. sez. IV, 26 novembre 1996; Cass. sez. I, 10 giugno 1994, (in relazione all'art. 12-*sexies* d.l. 22 aprile 1994, n. 246); Cass. sez. I, 21 gennaio 1992, Sanseverino, *Riv. pen. econ.*, 1992, 159 (in relazione all'art. 2-*ter* legge 576/1965).

La tesi dell'acquisto a titolo originario è, invece, sostenuta da Cass. SS.UU., 28 gennaio 1998, Maiolo, *Foro it.* 1998, II, 462; Cass. Sez. II, 4 dicembre 1998; Cass. sez. VI, 3 aprile 1995 (in relazione all'art. 2-*ter* l. 576/1965); Cass. 7 dicembre 1983.

Anche nella giurisprudenza civile di legittimità si rinviene divergenza di vedute in argomento: si veda infatti, in senso opposto, Cass. sez. I, 3 luglio 1997, n. 5988, *Giust. civ.*, 1997, I, 2733 (a favore della tesi dell'acquisto derivativo) e Cass., sez. I, 5 marzo 1999, n. 1868 (m.) (che sostiene trattarsi di acquisto a titolo originario).

L'asserzione del carattere derivativo dell'acquisto di beni confiscati che è contenuta nel parere del C.d.S., sez. III, 16 settembre 1997, n. 1141/97, Cons. Stato, 1998, I, 2054, è fondata non su un'autonoma disamina della questione, ma sul richiamo al precedente di Cass. civ., sez. I, 5988/1997 *cit.*

Non meraviglia, pertanto, che anche le più recenti pronunzie di giudici di merito edite in argomento si attestino su posizioni contrastanti (cfr. Trib. Palermo, 23 giugno 2001, Fall., 2002, 659; Trib. Bari, ord., 16 ottobre 2002, *Foro it.*, 2002, I, 291).

La problematica applicativa sottesa al quesito è quella concernente *la sorte dei diritti reali, ed in particolare dei diritti reali di garanzia, vantati dai terzi sui beni oggetto di confisca, che è stata talora risolta, appunto, in base al carattere derivativo o meno dell'acquisto.*

Sebbene il tema sia stato già affrontato dal Comitato Consultivo di questa Avvocatura (parere n. 010923 del 24 gennaio 1997, cs. 11520/89), la Scrivente ritiene di dover riesaminare la questione alla luce degli sviluppi legislativi e giurisprudenziali intervenuti in argomento.

Sul problema viene in considerazione la legge 31 maggio 1965, n. 575, che, al comma 3 dell'art. 2-ter, detta che *“con l'applicazione della misura di prevenzione il tribunale dispone la confisca dei beni sequestrati dei quali non sia stata dimostrata la legittima provenienza...”* e al comma 5 soggiunge che *“se risulta che i beni sequestrati appartengono a terzi, questi sono chiamati dal tribunale ... ad intervenire nel procedimento e possono ... svolgere in camera di consiglio le loro deduzioni e chiedere l'acquisizione di ogni elemento utile ai fini della decisione sulla confisca”*; a sua volta l'art. 2-nonies stabilisce semplicemente che *“i beni confiscati sono devoluti allo Stato”* per quanto riguarda, in particolare, i beni immobili – devoluti allo Stato in forza del provvedimento di confisca (art. 2-nonies, co. 1) – viene in considerazione l'art. 2-undecies, co. 2, legge 575/65 introdotto con la legge 109/96, secondo il quale essi possono essere, alternativamente, soltanto *“mantenuti al patrimonio dello Stato per finalità di giustizia, di ordine pubblico e di protezione civile, salvo che si debba procedere alla vendita degli stessi finalizzata al risarcimento delle vittime dei reati di tipo mafioso”* ovvero *“trasferiti al patrimonio del comune ove l'immobile è sito, per finalità istituzionali o sociali”* (nel qual caso il bene o è amministrato direttamente dall'ente locale, o è dato in concessione gratuita a comunità, enti, organizzazioni di volontariato, cooperative sociali, comunità terapeutiche e centri di recupero e cura di tossicodipendenti). In entrambi i casi il bene è destinato a finalità di pubblico interesse e, prima ancora che vi sia impressa la destinazione con provvedimento dell'Amministrazione demaniale (art. 2-decies, co. 1) *“per la tutela dei beni confiscati si applica il secondo comma dell'articolo 823 del codice civile”* (art. 2-decies, co. 3, legge 575/65).

Emergerebbe, in tal modo, l'assimilazione del regime giuridico dei beni confiscati ex l. 575/65 a quello del demanio pubblico. I beni immobili devoluti allo Stato, quando non sono trasferiti ai comuni per essere dagli stessi enti locali destinati a *“finalità istituzionali o sociali”* (direttamente o mediante concessione gratuita a determinate categorie di soggetti aventi scopi sociali) sono mantenuti nel patrimonio statale *“per finalità di giustizia, di ordine pubblico e di protezione civile”* e non possono essere alienati, se non nell'ipotesi contemplata dalla salvezza posta in chiusura dell'art. 2 undecies, co. 2, lettera a) (vendita finalizzata al risarcimento delle vittime dei reati di tipo mafioso).

In conformità all'opinione espressa in Cass. SS.UU. penali 28 aprile 1999 deve però affermarsi che quand'anche la confisca comportasse l'acquisto a titolo originario del bene confiscato, ciò comunque non importerebbe l'estinzione degli *iura in re aliena* sulla cosa confiscata, in quanto "*la fattispecie traslativa si connota nel senso della originarietà per l'unica ragione che il trasferimento del diritto si realizza autoritativamente, indipendentemente dalla volontà del precedente titolare e su basi esclusivamente legali*", il che non implica affatto che tale trasferimento possa avere ad oggetto un diritto diverso e più ampio di quello del precedente titolare. In altri termini, "la confisca investe il diritto sulla cosa nella esatta conformazione derivante dalla peculiare situazione di fatto e di diritto esistente al momento del provvedimento, con l'ovvia conseguenza che lo Stato, quale nuovo titolare di esso, non può legittimamente acquisire facoltà di cui il soggetto passivo della confisca aveva già perduto la titolarità" (v. Cass. SS.UU. *cit.*): conformemente alla finalità della confisca, che non è quella dell'acquisizione allo Stato del bene, bensì quella della privazione del reo dei diritti che egli ha sulla cosa.

A queste considerazioni, essenzialmente sistematiche, circa gli effetti dell'acquisizione del bene allo Stato a seguito di confisca, va aggiunto che la facoltà, riconosciuta ai terzi cui i beni sequestrati appartengono, di intervenire nel procedimento, svolgere le proprie deduzioni e chiedere l'acquisizione di ogni elemento utile ai fini della decisione sulla confisca (art. 2-ter, co. 5, legge 575/1965) va ricollegata alla previsione dell'art. 240, co.3, c.p. (articolo cui è stata riconosciuta dalle SS.UU. portata generale), nel senso che *l'appartenenza dei beni a soggetti estranei al reato costituisce limite alla confisca*.

In proposito, la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha in più occasioni affermato che "*il concetto di appartenenza, di cui al comma terzo dell'art. 240 cod. pen., non può ridursi alla sola proprietà della cosa suscettibile di confisca, ma deve estendersi ai diritti reali di garanzia, e ciò perché il diritto reale di garanzia determina un'indisponibilità del bene da parte del proprietario e il suo diretto assoggettamento alla disponibilità del titolare della garanzia per il soddisfacimento delle sue ragioni creditorie*" (così la massima di Cass., Sez. I, 25 luglio 1991 (ud. 8 luglio 1991), n. 3117).

Conseguentemente, Cass. SS.UU. pen. 28 aprile 1999 *cit.* ha rimarcato che il concetto di appartenenza ai terzi si estende ai diritti reali di godimento e di garanzia, *che perciò sopravvivono alla misura di sicurezza patrimoniale*, considerato altresì che "*qualora il diritto "del criminale" sia ridotto o compreso dai diritti che terzi possono vantare sulla cosa, per realizzare il fine specifico della misura di sicurezza è sufficiente privarlo dei residui diritti che egli ha sul bene confiscato, senza necessità di sacrificare anche i diritti che sulla cosa hanno i terzi, la cui tutela, oltre che in un generale precetto dell'ordinamento giuridico, trova, dunque, una particolare giustificazione nella inutilità del sacrificio dei loro diritti per il perseguimento dei fini propri della confisca* (Cass. sez. I, 16 novembre 1962, Stringari, *id.*, Rep. 1963, voce *Contrabbando*, nn.33-35)".

D'altronde, nessun vantaggio (connesso ai proventi della attività illecita) deriverebbe al confiscato dalla permanenza della garanzia reale del suo creditore e dunque dalla possibilità per quest'ultimo di soddisfarsi sulla stessa

con estinzione del suo debito, poiché nel caso di confisca penale di un immobile gravato da ipoteca, a seguito del soddisfacimento del creditore garantito lo Stato si surroga a quest'ultimo nel credito verso il reo-confiscato, ex art. 1203 c.c. (Cass. sez. III, 20 febbraio 1978, n. 811).

*Resta salva, naturalmente, la necessità della prova e dell'accertamento della situazione di effettiva terzietà di chi assuma avere diritti sul bene oggetto di confisca (rammentando che, in relazione al concetto di "persona estranea al reato" di cui all'art. 240 c.p., la ricordata sentenza del 1999 delle SS.UU. ha ritenuto che non può considerarsi estraneo al reato il soggetto che ne abbia ricavato vantaggi e utilità, purché non si sia trovato in buona fede ed in stato di affidamento incolpevole).*

Al riguardo è opportuno richiamare quanto affermato da Cass. sez. I civ. 12535/99: "l'esigenza di non vanificare l'intervento sanzionatorio dello Stato induce a dubitare e quindi ad escludere che l'accertamento della legittimità del diritto di sequela vantato dal terzo creditore privilegiato possa consistere nel mero controllo della data di iscrizione della formalità ipotecaria e nell'astratta verifica dell'esistenza di un credito, peraltro agevolmente documentabile nell'ipotesi di illecito accordo. L'accertamento del diritto del terzo impone un'indagine più estesa ed approfondita che, per intuibili ragioni, può essere svolta solo dal giudice penale, con garanzia del contraddittorio, in sede di procedimento di esecuzione".

Alla stregua di quanto sin qui esposto può quindi affermarsi:

a) che i diritti ipotecari dei terzi sui beni confiscati non vengono pregiudicati quando non emerga in sede penale la certezza di una situazione di non estraneità al reato del terzo o di mala fede o di colpevole affidamento nell'acquisto del credito ipotecario;

b) che tali diritti non consentono comunque al terzo di agire *in executivis* sul bene confiscato, potendosi altrimenti compromettere la finalità perseguita dall'art. 2-undecies, co. 2, legge 575/1965 introdotto dalla legge 109/1996;

c) che ove il bene confiscato venga venduto il creditore ipotecario (la cui estraneità al reato sia stata accertata) ha diritto di ottenere la soddisfazione del suo credito fino a concorrenza del ricavato e col rispetto dell'ordine delle prelazioni;

d) che, ove invece al bene confiscato sia data una destinazione pubblica conforme alle previsioni dell'art. 2-undecies, co.2, legge 575/1965 introdotto dalla legge 109/1996, il creditore ipotecario potrà ottenere dallo Stato (divenuto titolare del bene a seguito della confisca) soddisfazione in danaro del proprio credito entro i limiti di valore del bene confiscato quale emergente dalla stima fattane o in sede di acquisizione da parte dello Stato o, in caso di contestazione, col ricorso a rimedi di tipo giurisdizionale volti a determinare la misura del credito soddisfattibile sul valore equivalente al bene confiscato.

Per le ragioni sopra illustrate, si esprime l'avviso che sussistano fondati motivi per proporre opposizione all'esecuzione promossa dalla I. s.p.a.».



**A.G.S. – Parere del 5 maggio 2004, n. 66043.**

*Interpretazione delle disposizioni contenute nell'art. 9-bis della legge 27 dicembre 2002, n. 289, in materia di condono fiscale (consultivo 20133/04, avvocato G. De Bellis).*

«Con la nota in riferimento e la successiva n. 2004/71712 pervenuta il 24 aprile 2004, codesta Agenzia ha chiesto il parere della Scrivente in ordine alla esatta portata applicativa dell'art. 9-bis della legge n. 289/2002 recante «Definizione dei ritardati od omessi versamenti».

Tale disposizione (introdotta dal 23 febbraio 2003 con la legge n. 27/2003 di conversione del D.L. n. 282/2002), nel testo attuale ai commi 1 e 2, dispone:

«1. – Le sanzioni previste dall'articolo 13 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471, non si applicano ai contribuenti e ai sostituti d'imposta che alla data del 16 aprile 2003 provvedono ai pagamenti delle imposte o delle ritenute risultanti dalle dichiarazioni annuali presentate entro il 31 ottobre 2002, per le quali il termine di versamento è scaduto anteriormente a tale data. Se gli importi da versare per ciascun periodo di imposta eccedono, per le persone fisiche, la somma di 3.000 euro e, per gli altri soggetti, la somma di 6.000 euro, gli importi eccedenti, maggiorati degli interessi legali a decorrere dal 17 aprile 2003, possono essere versati in tre rate, di pari importo, entro il 30 novembre 2003, il 30 giugno 2004 e il 30 novembre 2004.

2. – Se le imposte e le ritenute non versate e le relative sanzioni sono state iscritte in ruoli già emessi, le sanzioni di cui al comma 1 non sono dovute limitatamente alle rate non ancora scadute alla data del 16 aprile 2003, a condizione che le imposte e le ritenute non versate iscritte a ruolo siano state pagate o vengano pagate alle relative scadenze del ruolo; le sanzioni di cui al comma 1 non sono dovute anche relativamente alle rate scadute alla predetta data se i soggetti interessati dimostrano che il versamento non è stato eseguito per fatto doloso di terzi denunciato, anteriormente alla data del 31 dicembre 2002, all'autorità giudiziaria».

Successivamente l'art. 2 comma 45 della legge n. 350/2003 ha stabilito che:

«Le disposizioni dell'articolo 9-bis, commi 1 e 2, della legge 27 dicembre 2002, n. 289, si applicano ai pagamenti delle imposte e delle ritenute dovute alla data di entrata in vigore della presente legge, ed il relativo versamento è effettuato entro il 16 aprile 2004, ovvero, per i ruoli emessi, alla scadenza prevista per legge. Qualora gli importi da versare ai sensi del presente comma, in applicazione del comma 1 del citato articolo 9-bis, eccedano, per le persone fisiche, la somma di 3.000 euro e, per gli altri soggetti, la somma di 6.000 euro, gli importi eccedenti possono essere versati in tre rate con le modalità stabilite con il decreto del Ministero dell'economia e delle finanze, di cui all'articolo 1, comma 2, ultimo periodo, del decreto-legge 24 giugno 2003, n. 143, convertito, con modificazioni, dalla legge 1 agosto 2003, n. 212, come modificato dall'articolo 34, comma 1, lettera b), del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326»

Dall'esame delle citate disposizioni si evince pertanto:

1) che i commi 1 e 2 dell'art. 9 bis prevedono due diverse modalità di definizione in caso di omessi pagamenti di imposte o ritenute risultanti dalle dichiarazioni annuali ivi indicate.

In entrambi i casi si evita il pagamento delle sanzioni. Nella definizione ai sensi del comma 1 è inoltre consentito il pagamento in tre rate (se la somma da versare è superiore a € 3.000 per le persone fisiche ovvero a € 6.000 per gli altri soggetti), oltre interessi.

2) Nella definizione ai sensi del comma 2 l'esonero dalle sanzioni è invece subordinato al pagamento delle imposte e delle ritenute non versate «alle relative scadenze del ruolo».

Il discrimine tra le due definizioni risulta dal comma 2, destinato ad applicarsi nei casi in cui «le imposte e le ritenute non versate e le relative sanzioni sono state iscritte in ruoli già emessi».

Nella Circolare n. 7/E del 18 febbraio 2004 è stato precisato che la data di emissione dei ruoli a cui occorre fare riferimento (dopo l'entrata in vigore dell'art. 2 comma 45 della legge n. 350/2003) è il 1 gennaio 2004.

A tale riguardo codesta Agenzia evidenzia come alcuni contribuenti hanno ritenuto di individuare la data di *emissione* del ruolo in quella di *notifica* della cartella di pagamento; conseguentemente hanno ritenuto che la definizione ai sensi del comma 1 sia consentita anche in presenza di iscrizioni a ruolo già eseguite alla data del 23 febbraio 2003 (ovvero del 1° gennaio 2004) allorché le notificazioni delle relative cartelle siano state effettuate dopo l'entrata in vigore dell'art. 9-bis (23 febbraio 2003) ovvero dopo il 1 gennaio 2004 a seguito dell'ampliamento dell'ambito di applicazione del medesimo art. 9-bis disposto dal citato art. 2 comma 45 della legge n. 350/2003.

Questa Avvocatura osserva in primo luogo che la formulazione letterale della norma («le imposte e le ritenute non versate e le relative sanzioni sono state iscritte in ruoli già emessi») non è di per sé di inequivoco significato, avendo il legislatore fatto riferimento al termine «emissione» (dei ruoli), anziché a quello più puntuale di «formazione» degli stessi, quale indicato e regolato nel vigente art. 12 del d.P.R. n. 602/1973 (come sostituito dall'art. 4 del D.Lgs. n. 46/1999), formazione che si realizza con la sottoscrizione del titolare dell'ufficio cui consegue anche la esecutività (comma 4 del medesimo art. 12).

Ai fini della corretta interpretazione del comma 2, occorre peraltro considerare che il comma 3 dell'art. 9-bis dispone: «Per avvalersi delle disposizioni dei commi 1 e 2 i soggetti interessati sono tenuti a presentare una dichiarazione integrativa, ... indicando in apposito prospetto le imposte o le ritenute dovute per ciascun periodo di imposta e i dati del versamento effettuato, nonché gli estremi della cartella di pagamento nei casi di cui al comma 2».

Tale ultima previsione sembra porsi in contrasto con quanto previsto nel precedente comma 2, se esso venga inteso nel senso di attribuire rilievo decisivo alla sola data di formazione del ruolo.

È evidente infatti che se per avvalersi del beneficio di cui al comma 2 fosse sufficiente l'intervenuta formazione del ruolo, sarebbe impossibile indicare nella dichiarazione integrativa «gli estremi della cartella di pagamento» in tutti i casi in cui questa non sia stata notificata.

L'espressa previsione contenuta al riguardo nel comma 3 porta pertanto a ritenere che il legislatore con il riferimento ai «*ruoli già emessi*», abbia inteso imporre la «*meno favorevole*» definizione ai sensi del comma 2 ai contribuenti già iscritti nei ruoli ai quali fosse anche già notificata alla data di riferimento la cartella esattoriale, i cui estremi il contribuente avrebbe dovuto pertanto necessariamente conoscere e quindi indicare nella dichiarazione integrativa (come previsto nel comma 3 e ribadito nelle istruzioni al relativo modello – quadro E, Sez. II – approvato dal Direttore dell'Agenzia, in cui si stabilisce che deve essere indicato «*il numero identificativo del ruolo desunto dalla cartella di pagamento notificata*»).

Tale interpretazione appare del resto anche la più aderente ai principi contenuti nello Statuto dei diritti del contribuente (approvato con legge n. 212/2000), in tema di tutela dell'affidamento, buona fede ed effettiva conoscenza degli atti, non apparendo coerente con gli stessi – che costituiscono attuazione degli articoli 3, 23, 53 e 97 della *Costituzione* – ancorare l'opzione definitoria del contribuente ad una circostanza di fatto al medesimo non nota (formazione o meno del ruolo), tenuto conto altresì della difficoltà oggettiva per i contribuenti di accertare l'esistenza di un presupposto, frutto di una mera attività interna degli uffici per la quale non sono ora previste ulteriori forme di pubblicità (anteriormente alla notifica della cartella).

In considerazione di ciò la Scrivente concorda con codesta Agenzia nel ritenere valida la definizione ai sensi del comma 1 *anche* per i contribuenti nei cui confronti, alla data di entrata in vigore delle richiamate disposizioni, non era ancora stata notificata la cartella di pagamento, ancorché alla stessa data il ruolo fosse già stato formato».

#### **A.G.S. – Parere del 23 giugno 2004, n. 90482.**

*Se l'art. 18 D.L. 25 marzo 1997, convertito in legge 3 maggio 1997, n. 135, in materia di rimborso delle spese di patrocinio legale da parte dell'amministrazione, sia applicabile anche in caso di condanna della controparte alla rifusione delle spese in favore del dipendente. (cs. 10040/03, avvocato W. Ferrante).*

«In relazione alla richiesta di rimborso di spese legali avanzata dal dipendente Sig. C. S., codesta amministrazione ha chiesto il parere della Scrivente in ordine alla sussumibilità della fattispecie tra quelle previste dall'art. 18 D.L. 25 marzo 1997 n. 67, convertito in legge 3 maggio 1997 n. 135, avendo il Tribunale di L. condannato la parte soccombente alla rifusione delle spese legali in favore del predetto dipendente.

Tale norma è volta a sollevare i dipendenti statali dall'onere di esborsare le spese legali sostenute nell'ambito di giudizi per responsabilità civile, penale e amministrativa «*in conseguenza di fatti ed atti connessi con l'espletamento del servizio o con l'assolvimento di obblighi istituzionali*» qualora il processo si concluda con «*provvedimento che escluda la loro responsabilità*».

Per quanto concerne in particolare i giudizi civili e amministrativi – e, per il processo penale, nel caso di condanna alle spese relative all'azione civile *ex art. 541 c.p.p.* – tale disposizione non può tradursi però, com'è ovvio, in un indebito arricchimento per il dipendente, nel caso in cui il prov-

vedimento giurisdizionale abbia espressamente riconosciuto in suo favore la rifusione delle spese a carico della controparte soccombente. In tale eventualità, il dipendente verrebbe infatti a percepire due volte la stessa somma: dalla controparte e dallo Stato.

La *ratio* della disposizione è di tenere indenne il dipendente da un costo che il legislatore ritiene non giustificato – stante la connessione dei fatti oggetto della vicenda giudiziaria con l'attività di servizio svolta e l'esclusione di ogni responsabilità a carico del dipendente medesimo – e certamente non quella di attribuire allo stesso un vantaggio patrimoniale, come si evince chiaramente dalla rubrica della norma *de quo* che si riferisce al “rimborso” delle spese di patrocinio legale. Né possono rilevare le difficoltà incontrate in concreto nel recupero delle spese dalla controparte, nella specie nemmeno provate.

L'art. 18 legge n. 135/1997, peraltro, non prevede una ipotesi di surrogazione legale, ulteriore rispetto a quelle tassativamente previste dall'art. 1203 c.c., che legittimerebbe l'amministrazione che ha rimborsato le spese al dipendente a surrogarsi nei diritti di quest'ultimo nei confronti della controparte soccombente condannata alla rifusione delle spese in suo favore. La surrogazione volontaria *ex art. 1201 c.c.* richiederebbe invece, di volta in volta, un accordo espresso tra dipendente e amministrazione – esulante comunque dalla disciplina dell'art. 18 citato – e comporterebbe per l'amministrazione l'onere di instaurare un nuovo giudizio (sia pure *ex art. 633 c.p.c.*), nei confronti della controparte processuale del dipendente, ai fini di costituire un titolo esecutivo a proprio favore.

Diverso profilo è quello attinente alla vincolatività della liquidazione delle spese, effettuata dal giudice, per l'Avvocatura dello Stato chiamata a rendere il parere di congruità *ex art. 18 citato*. In proposito, si ritiene che, pur costituendo la liquidazione giudiziale un parametro di riferimento nella valutazione di congruità, l'Avvocatura dello Stato, in quanto direttamente investita dal legislatore di tale potere tecnico – discrezionale, possa anche discostarsene nel *quantum*, riconoscendo il rimborso di una somma diversa, sempre nel rispetto dei minimi e dei massimi tariffari. Inoltre, come rilevato anche con la Circolare dell'Avvocato Generale n. 31/2004, a differenza del parere del Consiglio dell'Ordine, che ha ad oggetto il rapporto avvocato-cliente, il parere dell'Avvocatura dello Stato deve esprimersi sul rapporto amministrazione-dipendente, accertando quanto oggettivamente la prima – non legata da alcun rapporto con l'avvocato – deve rimborsare al secondo.

Nella fattispecie, a fronte di una liquidazione da parte del Tribunale di L. di € 5000,00 oltre IVA e CPA (6100,00) e una parcella del difensore del Sig. C.S. di € 9.579,00, non si ritiene peraltro di dover riconoscere il rimborso della differenza tra quanto liquidato dal giudice a carico della controparte e quanto corrisposto dal dipendente al proprio legale, atteso che la domanda riconvenzionale proposta dal Sig. C.S., il cui importo ha reso applicabile uno scaglione superiore, è stata rigettata dal Tribunale, con conseguente soccombenza parziale del dipendente».

**A.G.S. – Parere del 30 giugno 2004, n. 93030.**

*Gara a procedura ristretta per lo svolgimento di servizi di sviluppo e gestione del Sistema Informativo dell'Istruzione.* (Contenziosi nn. 13160/03 e 12629/03, avvocato V. Nunziata).

«Con riferimento a quanto richiesto con nota in data 7 giugno 2004 si osserva quanto segue.

Codesta Amministrazione, che sta provvedendo a prestare esecuzione alle note decisioni del Consiglio di Stato relative alla gara in oggetto, riferisce di talune perplessità manifestate dalla Commissione che è stata a tal fine riconvocata.

La Commissione giudicatrice sostanzialmente dubita, in relazione ai contenuti di una diffida proposta dalla società I., della legittimità della disposizione della lettera di invito che consentiva la valutazione delle precedenti esperienze delle società partecipanti alla gara, nonostante tali elementi assumessero già autonoma rilevanza nella fase di prequalifica.

Anche la società E. ha posto la specifica questione e codesta Amministrazione ha qui inviato copia della denuncia alla Corte di Giustizia proposta in data 14 giugno 2004 dalla medesima società per asserita violazione degli articoli 31, 32 e 36 della direttiva 92/50/CEE.

Al riguardo si osserva che, in astratto, l'eccezione sollevata ha una sua rilevanza, posto che anche nell'ordinamento interno (cfr. Cons. Stato, V, 16 aprile 2003, n. 1993, in *Cons. Stato* 2003, I, 955) si è affermata la necessità della distinzione tra criteri soggettivi di verifica della capacità dei partecipanti alla gara nella fase di preselezione e criteri oggettivi attinenti all'aggiudicazione vera e propria e dunque alla valutazione delle offerte.

In punto di fatto, peraltro, sembrano preliminarmente necessarie alcune precisazioni.

Risulta infatti dalla documentazione qui trasmessa per le vie brevi che il bando di gara disponeva (punto 13) che costituissero condizioni minime per la partecipazione alla gara determinati livelli di fatturato, sia complessivo che riferito a servizi informatici. La lettera di invito (punto 3.7) prevedeva poi, con riguardo alla valutazione delle offerte, che si tenesse conto di vari elementi quale, tra l'altro, «l'esperienza del fornitore». La Commissione di gara ha quindi ulteriormente precisato in sede di valutazione tale aspetto, individuando analiticamente varie sottovoci ritenute significative, finalizzate ad un approfondimento qualitativo delle capacità dei soggetti partecipanti (ad esempio, «centri servizi già attivi», «gestione di grandi realizzazioni, «ruolo di *partner* mediante attività di *project financing*», ecc).

Non vi è dunque reale sovrapposizione tra tale valutazione e quella relativa alle condizioni minime di ammissione previste dal bando. Appare cioè logico ritenere che ai soli fini della partecipazione alla gara si sia tenuto conto delle dimensioni delle aziende e della loro specifica competenza in materia informatica. La maggiore analiticità dei criteri predisposti dalla Commissione appare invece più direttamente finalizzata a valutare nel dettaglio la specifica tipologia delle esperienze maturate dalle aziende.

Se la *ratio* della giurisprudenza citata è quella di vietare che i medesimi requisiti siano oggetto di doppia valutazione, si può dunque affermare che la situazione di fatto non corrisponde a quella che si assume non consentita.

Ma, soprattutto, occorre tenere conto della particolare situazione procedimentale nella quale codesta Amministrazione si trova ad operare, che è naturalmente condizionata dall'esigenza di dare esecuzione alle decisioni del Consiglio di Stato.

Nella fase contenziosa, la società E. propose in effetti tale specifico motivo di censura, ma esso fu dichiarato inammissibile dal T.A.R. Lazio con la decisione n. 7684/03 (pagina 9), in quanto, secondo quel giudice, la relativa censura avrebbe dovuto essere tempestivamente proposta avverso la lettera di invito.

Nè la questione è stata espressamente esaminata in appello, nonostante il gravame proposto, in quanto presumibilmente ritenuta assorbita dal Consiglio di Stato.

Conclusivamente, la specifica questione è al di fuori delle decisioni cui si deve prestare esecuzione.

Nè l'Amministrazione potrebbe ora procedere, così sostituendosi al giudice, alla disapplicazione della lettera di invito, ancorché in ipotesi illegittima per violazione del diritto interno o del diritto comunitario. L'atto in questione è infatti efficace e vincolante, essendo sopravvissuto al sindacato giurisdizionale (cfr., per il divieto di disapplicazione del bando di gara, *ex plurimis*, Cons. di Stato, V, 3 ottobre 2002, n. 5212). Ad esso quindi codesta Amministrazione, allo stato del procedimento, deve dare applicazione, dando esecuzione alle decisioni del Consiglio di Stato, nei limiti in cui esse hanno ritenuto la illegittimità di specifici ed individuati atti di gara.

Con riguardo al ricorso proposto da E., tali atti sono individuati dalla decisione del Consiglio di Stato n. 1458/04 nelle operazioni della Commissione di gara che ha valutato l'offerta E.

È noto tra l'altro che E. ha proposto ricorso per ottemperanza, e in tale sede il Consiglio di Stato valuterà la correttezza delle modalità con cui l'Amministrazione sta procedendo all'esecuzione.

Con l'occasione si trasmette copia dei motivi aggiunti qui notificati ad istanza di I.».

#### **A.G.S. – Parere del 23 luglio 2004, n. 102371.**

*Contratti di fornitura assistenza sistemica per uffici giudiziari. Cessione dei contratti. Applicabilità dell'art. 35 della legge n. 109/94. (Consultivo n. 27972/04, avvocato C. Sica).*

«Con la nota indicata in epigrafe, codesta Amministrazione chiede di acquisire il parere di questa Avvocatura Generale sull'opportunità di autorizzare il subentro della T. s.p.a. nei contratti dalla I. s.p.a. stipulati con codesta Amministrazione.

Trattasi di due contratti (*omissis*) in corso di esecuzione, stipulati dalla I. s.p.a. rispettivamente quale mandataria e quale mandante di un Raggruppamento Temporaneo di Imprese.

Codesta Amministrazione riferisce che la T. s.p.a. ha preso in affitto l'azienda costituita dalle attività industriali della I. s.p.a, postasi in liquida-

zione volontaria, ed ha espressamente richiesto di subentrare nei contratti *de quibus*, essendo la stessa in possesso dei requisiti oggettivi e soggettivi previsti dai bandi di gara.

Ciò premesso in linea di fatto, si osserva quanto segue.

In linea generale, la previsione normativa di cui all'art. 18, comma 2, della legge n. 55 del 1990, e s.m.i., obbligando all'esecuzione in proprio delle opere e dei lavori e comminando espressamente la nullità della cessione del contratto, sembra ostare all'esercizio del potere autorizzatorio richiesto.

Rispetto a tale previsione normativa, diretta a contrastare l'infiltrazione dei metodi mafiosi nei pubblici appalti, gli artt. 35 e 36 della legge n. 109 del 1994 (trascurato, per irrilevanza, il problema della loro applicabilità – pur riconosciuta dalla giurisprudenza – ai servizi ed alle forniture) hanno evidentemente natura derogatoria.

Trattasi, quindi, di disposizioni di stretta interpretazione, come tali non suscettibili di interpretazione estensiva.

E siccome i citati artt. 35 e 36 non contemplano l'affitto d'azienda «*tout court*», appare evidente che siffatta forma di modificazione di una parte contraente non risulta consentita negli appalti banditi dalle pubbliche amministrazioni.

Del resto, è di tutta evidenza la differenza dell'affitto (che mantiene nel mondo giuridico e fattuale sia l'azienda aggiudicataria che l'azienda affittuaria) da tutte le altre forme di trasferimento dell'azienda (ove da due aziende ne residua una), con ogni conseguente legittimità di diversità di regolamentazione».

#### **A.G.S. – Parere del 24 luglio 2004, n. 102962.**

*Cessione di ramo d'azienda: efficacia ex art. 35 legge n. 109/94. Responsabilità del cessionario per debiti del cedente: condizioni. Legittimità di fermo amministrativo di crediti vantati dal cessionario verso la P.A. (Consultivo n. 17285/03, avvocato M. Corsini).*

«Esaminata la complessa vicenda, alla luce sia dei provvedimenti di fermo amministrativo disposti nei confronti della s.p.a. I. e della s.p.a. F. (già ritenuti legittimi dal giudice amministrativo con pronunce divenute definitive ed attualmente oggetto d'esame da parte del Tribunale di Roma) sia delle intervenute cessioni di ramo d'azienda da quelle ad altre imprese, questa Avvocatura osserva quanto segue.

Codesto Ministero, riferito che con atto del 21 luglio 1999 la s.p.a. F. ha ceduto alla s.p.a. C. il ramo d'azienda cui appartiene il rapporto controverso, e che con atto del 27 aprile 2000 (poi sostituito con altro atto) analogamente ha provveduto s.p.a. I. in favore di s.p.a. P., chiede quali effetti derivano dalle intervenute cessioni al credito erariale attualmente garantito dal fermo amministrativo.

Dopo una nota interlocutoria volta ad acquisire migliori elementi, con nota del 10 febbraio 2004 n. 20634 la Scrivente prospettava l'azionabilità del principio generale secondo cui ai sensi dell'art. 2560 cod. civ. dovrebbero

ritenersi ceduti unitamente al ramo d'azienda anche i debiti relativi a questo, con contestuale solidarietà tra cedente e cessionario nei confronti del debitore ceduto.

A tale nota ha replicato l'amministrazione facendo presente che in altra occasione da altra Direzione Generale (transazione di competenza dell'ex Agensud) sarebbe stato acquisito parere del Consulente Giuridico avvocato dello Stato, in virtù del quale la cessione di ramo d'azienda intervenuta tra F. e C. non potrebbe avere l'effetto traslativo del debito, in quanto quest'ultimo non risulterebbe dalle scritture contabili ed inoltre l'amministrazione si sarebbe opposta alla cessione del contratto d'appalto impedendo così che esso transitasse unitamente al ramo.

Ora, con riferimento alla cessione del contratto, sembra potersi precisare che non si è avuto alcun rifiuto di accettazione da parte dell'amministrazione.

Come è noto, l'art. 35 della legge 11 febbraio 1994 n. 109 (che detta una deroga qualificata al principio della incedibilità del contratto di appalto di lavori pubblici) dispone che le cessioni di ramo d'azienda non siano efficaci nei confronti della committente pubblica fino a che il cessionario non comunichi la propria composizione societaria ai fini del controllo *ex D.P.C.M.* 187/1991, e non dimostri il possesso dei requisiti necessari ad eseguire il contratto ceduto; una volta effettuate tali comunicazione e dimostrazione, si ritiene che l'amministrazione non possa opporsi alla cessione anche se le è concesso uno *spatium deliberandi* di sessanta giorni.

La documentazione trasmessa riguarda invero solo l'ipotesi della cessione F.-C., e da essa è dato desumere che: l'impresa ha reso nota l'intervenuta cessione e l'amministrazione si è limitata ad opporre l'inefficacia di legge per difetto delle necessarie comunicazioni e dimostrazioni. Nelle more, e sempre in regime di inefficacia, è intervenuta la rescissione del contratto *ex art. 340 L.F.*, cosicché il Ministero ha fatto presente che il contratto d'appalto non poteva trasferirsi unitamente al ramo d'azienda (non per rifiuto, ma) perché non più esistente.

Nulla risulta invece con riguardo al rapporto I.-P., ma si può affermare che nell'un caso e ancor di più nell'altro (di molto posteriore) non si è avuta alcuna cessione di contratto, ed alcuna ricusazione della cessione da parte dell'amministrazione. Indipendentemente dalle sorti del contratto, tuttavia, appare difficile contestare che le cessioni di ramo d'azienda abbiano avuto effetto anche nei confronti del Ministero committente e tale considerazione non può non ripercuotersi sulla sorte del debito che le cedenti hanno nei suoi confronti.

Secondo l'interpretazione della fattispecie data dal Consiglio di Stato in esito la noto contenzioso, trattasi per entrambe le imprese di obbligazione passiva da ripetizione di indebito, cui tutte e due sono tenute in virtù della solidarietà propria delle componenti dell'ATI.

I debiti sono dunque da ritenere anteriori al trasferimento del ramo d'azienda, dovendosi dare rilievo non tanto al momento della risoluzione del



contratto, quanto piuttosto a quello della materiale effettuazione del pagamento non dovuto, restando invece irrilevanti gli atti dell'amministrazione che hanno accertato e quantificato le somme.

Ciò detto, appare certo che la fattispecie debba ricadere sotto la previsione dell'art. 2560 del codice civile, e di conseguenza è inevitabile che operi la regola che vuole la responsabilità del cessionario subordinata alla condizione che il debito – ancorché anteriore alla cessione - risulti dalle scritture contabili obbligatorie dell'azienda: in questo senso è la assolutamente costante giurisprudenza, che non offre margini di utile ulteriore esplorazione.

E d'altra parte, poiché la giurisprudenza afferma la natura inderogabile della pubblicità derivante dalle scritture contabili ai fini della prova dell'esistenza dei debiti, nessuna rilevanza può assumere l'eventuale conoscenza che le cessionarie possano avere avuto della situazione debitoria generale. Ora, salvo il migliore e definitivo accertamento contabile da demandarsi necessariamente a codesta amministrazione (in atti v'è la cessione I.-P., con il relativo elenco di posizioni debitorie, ma nulla a corredo della cessione F.-C.), qualora le scritture contabili non evidenzino alcunché, pare debba prendersi atto che il credito erariale non può essere soddisfatto nei confronti delle imprese cessionarie dei rami d'azienda delle debentrici, contro le quali pertanto non può essere disposto nuovo e distinto fermo amministrativo né può essere intrapresa alcuna azione recuperatoria.

Nella verifica contabile di cui sopra codesta amministrazione vorrà tener conto del fatto che, anche ad ammettere che la quantificazione del debito da restituzione sia avvenuta molto dopo le cessioni, ad opera delle verifiche contabili proprie del collaudo, potrebbe esistere – quanto meno con riguardo alla cessione I.-P., che sembrerebbe di molto posteriore a quella F.-C. – una qualche forma di risultanza contabile utilmente opponibile, derivante dalla conclamata esistenza del decreto di rescissione che disponeva per la restituzione dell'anticipazione.

In definitiva, e salvi gli approfondimenti del caso come evidenziato:

a) in linea di principio, ove dalle scritture contabili obbligatorie di entrambe le cedenti non risulti alcunché in merito alla esistenza dei debiti che hanno dato luogo al fermo amministrativo, non può utilmente invocarsi la solidarietà di cui all'art. 2560 del cod. civ. e quindi non v'è possibilità di far valere il credito erariale nei confronti delle cessionarie;

b) di conseguenza, allo stato, non v'è ragione per rifiutare o ritardare eventuali pagamenti dovuti in favore di queste ultime;

c) codesta Amministrazione vorrà comunque coltivare la procedura di insinuazione nel passivo della mandataria S.;

d) la Scrivente, dal canto suo, provvederà ad azionare il credito con autonome domande giurisdizionali nei confronti delle imprese cedenti, ed a tal fine si rinnova la richiesta di cui all'ultimo capoverso della nota 10 febbraio 2004 n. 20634 di questa Avvocatura (*omissis*)».

**A.G.S. – Parere del 30 luglio 2004, n. 105616.**

*Fermo dei beni mobili registrati ex art. 86 d.P.R. n. 602/73 come sostituito dall'art. 1, comma 1, lettera q), del d.lgs. n. 193/2001. Effetti della ordinanza n. 3402/2004 del 23 giugno 2004 dal T.A.R. Lazio (confermata dal Consiglio di Stato), che ha sospeso l'efficacia della Circolare Ministeriale 24 novembre 1999, n. 221, della Risoluzione dell'Agenzia delle entrate n. 64/2002, della nota dell'Agenzia delle entrate protocollo 66384/2004 e della nota 22 marzo 2004 del Concessionario del Servizio Nazionale per la Riscossione dei Tributi della Provincia di Roma, aventi ad oggetto la disciplina della procedura per l'adozione del fermo amministrativo. Limitazione di detti effetti al solo rapporto dedotto in giudizio, atteso che anche gli atti generali impugnati sono soltanto circolari aventi mero valore interpretativo che il giudice amministrativo non ha ritenuto di condividere. Opportunità di evitare, fino all'adozione del regolamento attuativo dell'art. 86 del d.P.R. n. 602/73 come sostituito dall'art. 1 comma 1, lettera q) del d.lgs. n. 193/2001, l'emissione di provvedimenti di fermo amministrativo di veicoli per i ruoli delle entrate tributarie da parte dei concessionari delle riscossioni delle entrate. (Contenzioso n. 27998/04, avvocato G. Fiengo).*

«Si riscontra la nota indicata a margine con la quale codesta Agenzia ha domandato l'avviso della Scrivente in merito agli effetti dell'ordinanza del T.A.R. Lazio n. 3402/2004, confermata dal Consiglio di Stato, che ha accolto la richiesta di sospensione degli atti impugnati da parte del Codacons.

A tale riguardo, nel portare a conoscenza di codesta Agenzia che la Scrivente, al fine chiarire ogni dubbio sull'autorità giudiziaria competente a conoscere delle controversie che nascono dall'iniziativa dei concessionari di dar corso al fermo di autoveicoli registrati ha intenzione di proporre dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, istanza di regolamento preventivo di giurisdizione, si osserva che gli effetti dell'ordinanza del giudice amministrativo non possono che essere circoscritti alle parti in causa.

Il nostro ordinamento, infatti, pur riconoscendo la legittimazione ad agire delle associazioni rappresentative degli interessi diffusi (art. 3 della legge 30 luglio 1998 n. 281) non ha ancora istituito l'azione di gruppo (*class action*) di matrice anglosassone, sicché gli effetti delle pronunce giurisdizionali sono ancora circoscritti, in base al parametro delineato dall'art. 2909 del codice civile, alle parti del giudizio nonché ai loro eredi ed aventi causa.

Effetti *ultra partes* delle ordinanze in argomento non possono derivare inoltre dalla circostanza che fra gli atti impugnati figurano circolari ministeriali di carattere generale, trattandosi di note meramente interpretative, con le quali codesta Agenzia ha manifestato il proprio avviso circa la perdurante vigenza del D.M. 7 settembre 1998 n. 503, nelle parti non incompatibili con la nuova disciplina del fermo amministrativo delineata dal D.Lgs. n. 193/2001, la cui sospensione da parte del giudice amministrativo si risolve nel disattendere l'interpretazione seguita dall'amministrazione finanziaria, ma pur sempre con efficacia limitata al rapporto dedotto in giudizio.

La portata delle ordinanze cautelari appare, dunque, quella di un precedente giurisprudenziale sfavorevole, da tenere in considerazione per il principio di diritto in esse affermato, sia pure ad una cognizione sommaria propria della fase cautelare, con effetti tuttavia circoscritti alle parti del rapporto processuale.

Considerato inoltre che il Codacons ha esercitato un'ordinaria azione di annullamento con richiesta di sospensione degli atti impugnati e non l'azione inibitoria contemplata dall'art. 3 comma 1 lett. a) della legge n. 281/1998, sembra doversi escludere che dalle ordinanze cautelari emesse dal T.A.R. Lazio e dal Consiglio di Stato possano derivare effetti preclusivi sul potere del Concessionario di disporre in futuro il fermo amministrativo degli autoveicoli.

Ciò nonostante, l'orientamento già assunto da codesta Agenzia, con la risoluzione n. 92/E del 22 luglio 2004, indirizzata ai Concessionari, di astenersi dal disporre, per il futuro, i fermi amministrativi su autoveicoli per i propri ruoli, può apparire una scelta opportuna, almeno fino all'emanazione del regolamento attuativo dell'art. 86 del d.P.R. n. 603/1979, la cui adozione appare urgente e necessaria sia al fine di superare l'orientamento contrario di tutte le autorità giurisdizionali che si sono pronunciate, a torto o a ragione, nel merito della controversia, sia in considerazione della obiettiva difficoltà del debitore di opporsi, davanti a giurisdizioni a volte diverse, a ruoli contenenti una eterogeneità di titoli (*omissis*).

#### **A.G.S. – Parere del 2 agosto 2004, n. 106210.**

*D.L. n. 269/03, art. 38: «Norme di semplificazione in materia di sequestro, fermo, confisca e alienazione dei veicoli».* (consultivo n. 16756/04, avvocato P. Palmieri).

«Con la nota che si riscontra, codesta Amministrazione ha chiesto parere in ordine all'interpretazione del comma 10 dell'art. 38 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito con modificazioni con legge 24 novembre 2003, n. 326.

In particolare e nel momento in cui sta dando attuazione al decreto prefettizio prot. 34/2000 U.O. Depositi con cui venne disposta una procedura straordinaria di rottamazione, codesta Amministrazione chiede di conoscere se «...per procedure non ancora concluse debbano intendersi i casi in cui quest'ufficio, alla data di entrata in vigore del decreto in argomento, non ha ancora provveduto alla liquidazione del saldo, anche se il titolare della depositaria, alla stessa data, ha adempiuto alle prescrizioni inerenti alla radiazione, oppure solo i casi in cui alla ripetuta data non sia stata conclusa la radiazione e dimostrato l'avvenuto adempimento».

Così riportato il quesito posto, va premesso che – ai sensi dell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale e secondo consolidata giurisprudenza – l'interpretazione di una disposizione normativa deve avvenire secondo il criterio letterale, potendosi ricorrere ai criteri sussidiari solo in caso di disposizione letteralmente non chiara o non univoca (Cass. Civ., Sez. I, n. 3359 del 16 ottobre 1975; *ibid.*, n. 5128 del 6 aprile 2001).

Ciò premesso, il già citato comma 10 prevede – per quanto rileva al fine del parere richiesto – che «le procedure di... rottamazione straordinaria... qualora non ancora concluse, sono disciplinate dalle disposizioni del presente articolo. In questo caso i compensi dovuti ai custodi e non ancora liquidati sono determinati ai sensi del comma 6...».

Dalla lettera della disposizione discendono due considerazioni interpretative: *a)* non conclusa deve essere la procedura di rottamazione straordinaria; *b)* i compensi da determinare ai sensi del comma 6 si riferiscono (per dettato di tale comma 6) espressamente e inequivocabilmente alla custodia dei veicoli.

Da queste due considerazioni, discendono a loro volta due conclusioni interpretative:

*a)* la procedura di rottamazione straordinaria si conclude (appunto) con la rottamazione del veicolo, risultando la procedura di liquidazione del compenso al custode successiva e (secondo i casi) eventuale (si pensi all'intervenuta prescrizione del credito); *b)* il compenso previsto dal ripetuto comma 6 si riferisce espressamente e inequivocabilmente alla custodia, onde non può essere riconosciuto una volta che si sia conclusa, secondo buona fede, l'attività di custode sia per fatto giuridico sia per fatto di realtà (quale, a titolo d'esempio, la distruzione del veicolo).

Si rimane disponibili in caso di necessità di chiarimenti (*omissis*)».

#### **A.G.S. – Parere del 5 agosto 2004, n. 108043.**

*Quesito dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Ancona. Trattamento dei praticanti all'Avvocatura dello Stato.* (consultivo n. 28275/04).

«Con la nota in oggetto codesta Avvocatura Distrettuale chiede il parere della Scrivente sulla possibilità per il praticante avvocato presso l'Avvocatura dello Stato di «sostituire il *dominus* della causa, come sua *longa manus*». Espone al riguardo che il locale Consiglio dell'Ordine degli avvocati ha protestato per il fatto che i giovani che svolgono la pratica forense presso codesta Sede vengono incaricati di partecipare alle udienze (davanti, pare, al giudice unico) al posto dell'avvocato dello Stato senza avere ottenuto la previa autorizzazione dell'Ordine all'esercizio in proprio dell'attività professionale.

La cennata opinione dell'Ordine è stata avallata dalla Commissione Consultiva del Consiglio Nazionale Forense; dissente codesto Ufficio, il quale osserva che l'«autorizzazione dell'Avvocato Generale all'esercizio della pratica, comunicata al Consiglio dell'Ordine, è sostitutiva» dell'autorizzazione dell'Ordine: in conclusione, i praticanti potrebbero rappresentare lo Stato in giudizio (davanti, pare, al Giudice di Pace e al Giudice unico monocratico).

Ritiene la Scrivente che la disciplina dell'Ordine non è operante nei confronti dell'Avvocatura dello Stato, la quale dell'Ordine non fa parte; essa riguarda, invece, i praticanti nei soli limiti in cui l'attività che essi svolgono è propedeutica all'esame professionale, che permetterà loro di iscriversi all'Albo.

Riconosciuta in tali sensi la legittimazione del Consiglio Nazionale Forense ad occuparsi dei praticanti dell'Avvocatura dello Stato, non può assolutamente essere condivisa la tesi della necessità dell'autorizzazione al patrocinio *ex art. 8 R. decreto legge n. 1578/1933 e d.P.R. 10 aprile 1990, n. 101*, previo giuramento, perché quelli possano rappresentare direttamente, in assenza degli avvocati dello Stato, l'Amministrazione in giudizio, nelle udienze avanti al Tribunale: il praticante dell'Avvocatura è fuori, come tale,

dalla disciplina dell'Ordine per quanto riguarda l'attività che svolge, né potrebbe, per suo conto, svolgere un autonomo patrocinio minore in favore di una propria clientela (come i praticanti presso gli Studi professionali privati) per incompatibilità, né, infine, il sistema legale della rappresentanza in giudizio dell'Amministrazione statale può essere derogato da una "autorizzazione" amministrativa.

Né compete al Consiglio dell'Ordine o al CNF dolersi di un'eventuale eccedenza del praticante dell'Avvocatura dello Stato dalle attribuzioni sue proprie, sotto il profilo della non corretta concorrenza nei confronti dei praticanti degli studi privati, perché nessun praticante privato potrebbe svolgere i compiti in ipotesi indebitamente arrogati dal primo, mentre eventuali pericoli di nullità processuali possono essere misurati ed apprezzati *solo* dall'Avvocatura dello Stato responsabile, in vista delle valutazioni del Giudice.

Per concludere sul punto, né può accettarsi – se non nei limiti predetti – la legittimazione dell'Ordine ad interloquire in materia, né può condividersi nel merito l'opinione espressa dal CNF circa la possibilità per i praticanti dell'Avvocatura dello Stato di svolgere, previa la prescritta autorizzazione, un'autonoma attività professionale ed una diretta rappresentanza dell'Amministrazione in giudizio.

Diverso è il discorso *interno all'Istituto* della gestione della pratica forense, oltre quei limiti di legge che ne rappresentano il "*minimum*" (questo "*minimum*" ben può essere considerato *ab extrinseco* dall'Ordine nel momento dell'ammissione agli esami di Stato; come è noto la prassi consolidata prevede il c.d. libretto, con le annotazioni dell'attività svolta, da sottoporre a valutazione di congruità dell'Ordine).

Nel nostro Istituto la pratica ha anche il fine di facilitare la preparazione al concorso per procuratore (art. 7 legge 20 giugno 1955, n. 519: cfr. DAG 5 novembre 1990, n. 5619) fermo restando che deve comunque avere i requisiti prescritti dal d.P.R. 10 aprile 1990, n. 101 (cfr. circolari AGS 11 marzo 1992, n. 7 e 6 novembre 1992, n. 38): è dunque stabilito dalle nostre circolari in argomento che deve essere curata "l'assiduità e la diligenza ... (con) effettività dell'indirizzo e del controllo da parte degli avvocati e procuratori dello Stato sullo svolgimento del tirocinio" (circ. n. 38/92); presso l'Avvocatura Generale, ad esempio, è richiesto al praticante, in particolare, di "collaborare alla trattazione degli affari ... nonché al servizio di udienza" (comunicazione di servizio n. 138/02), ed è raccomandato che "il tirocinio svolto presso l'Avvocatura abbia il più possibile carattere di generalità e completezza ... (sicché) l'ammissione ... in relazione alle specifiche esigenze dell'attività di un determinato ufficio non appare un criterio ragionevole ..." (parere 21 gennaio 1994, n. 1194 Amm., diretto all'Avvocatura Distrettuale di Torino).

Va escluso, in tale prospettiva, che il praticante possa essere incaricato di autonoma trattazione di affari o di diretta ed esclusiva partecipazione alla udienza: la rappresentanza e la difesa dell'Amministrazione sono infatti attribuite dalla legge all'Avvocatura dello Stato e, per essa, agli avvocati e ai procuratori dello Stato, e non ai praticanti. Ma è ovvio che la pratica in udienza non ha un solo possibile modulo organizzatorio, né necessariamente postula la «contiguità fisica» del praticante con l'avvocato dello Stato: peraltro è la

stessa posizione istituzionale dell'Avvocatura dello Stato la quale "trascende la dimensione civilistico-processualistica per appartenere all'ambito pubblicistico-organizzativo ... non permeabile alla disciplina codicistica della procura ... (o del) contratto di patrocinio" (da ult., Cass. S.U. 29 aprile 2004, n. 8211) in una con la piena fungibilità di tutti gli avvocati in quanto appartenenti all'istituto – *esso* titolare della rappresentanza, patrocinio ed assistenza delle Amministrazioni – a permettere ampia scelta di moduli operativi per lo svolgimento della pratica (e non dell'autonomo esercizio professionale) in udienza (*omissis*)».

### **A.G.S. – Parere del 12 agosto 2004, n. 110067.**

*Legge n. 575/1965 – Se l'amministratore di patrimoni sottoposti a provvedimento cautelare di sequestro ovvero a provvedimento di confisca non ancora divenuto definitivo (ai sensi dell'art. 2 ter, commi 2 e 3 della legge n. 575/65) possa fruire del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato.* (consultivo n. 5011/03, avvocato M. Mari).

«Con la nota in epigrafe indicata, codesta Avvocatura distrettuale richiede l'avviso della Scrivente in ordine a talune problematiche ermeneutiche relative allo stratificato plesso normativo costituito dalla legge 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni, recante "*Disposizioni contro la mafia*". In particolare, codesta Avvocatura solleva il dubbio che l'amministratore di patrimoni sottoposti a provvedimento cautelare di sequestro ovvero a provvedimento di confisca non ancora divenuto definitivo, ai sensi dell'art. 2-ter, commi 2 e 3, legge *cit.*, possa fruire del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato.

Giova premettere all'esame della prospettata questione una sia pur sintetica ricostruzione del quadro normativo di riferimento, solo all'esito del quale risulta possibile stabilire *se* la rappresentanza e la difesa in giudizio dei predetti amministratori debba essere assunta dall'Avvocatura dello Stato in via organica ed esclusiva.

La legge 575/65, in ragione della pericolosità dei soggetti indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso, alla camorra o ad altri sodalizi criminali, comunque localmente denominati, che perseguono finalità o agiscono con metodi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso (art. 1, legge *cit.*), ha esteso ad essi l'applicabilità del regime delle misure di prevenzione previsto, per le persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità, dalla legge 27 dicembre 1956, n. 1423, attribuendo anche al procuratore nazionale antimafia e al procuratore della Repubblica presso il Tribunale nel cui circondario dimora il proposto, la facoltà – già stabilita per il questore – di avanzare la proposta di sottoposizione alle misure di prevenzione della sorveglianza speciale di p.s. e dell'obbligo di soggiorno nel comune di residenza o di dimora abituale (art. 2, legge *cit.*).

Le integrazioni apportate dalla legge 13 settembre 1982, n. 646 (cd. legge Rognoni-La Torre), recante "*Disposizioni in materia di misure di prevenzione di carattere patrimoniale*", hanno marcatamente incrementato l'efficacia inter-

dittiva della legge 575/65. La legge 646/82, infatti, oltre ad aver tipizzato la figura criminosa dell'associazione di tipo mafioso (art. 416-*bis* c.p.), ha altresì introdotto particolari poteri d'indagine per il procuratore della Repubblica ed il questore territorialmente competenti, nonché severe misure di prevenzione a carattere patrimoniale.

Attualmente, il Tribunale, anche d'ufficio, può ordinare, con decreto motivato, il sequestro preventivo dei beni dei quali il proposto per la misura risulta poter disporre, direttamente od indirettamente, quando il valore di tali beni risulta sproporzionato al reddito dichiarato o all'attività economica svolta ovvero quando, sulla base di sufficienti indizi, si ha motivo di ritenere che gli stessi siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego.

Al termine del procedimento con il quale viene applicata la misura di prevenzione personale, il Tribunale dispone la confisca dei beni precedentemente sottoposti a sequestro dei quali non sia stata dimostrata la legittima provenienza.

In caso di indagini complesse, il provvedimento può essere emanato anche successivamente, entro un anno dalla data dell'avvenuto sequestro. Tale termine può essere prorogato di un anno con provvedimento motivato del Tribunale.

Il sequestro è revocato dal Tribunale quando è respinta la proposta di applicazione della misura di prevenzione o quando risulta che esso ha per oggetto beni di legittima provenienza o dei quali l'indiziato non poteva disporre direttamente o indirettamente.

Se risulta che i beni sequestrati appartengono a terzi, questi sono chiamati dal Tribunale, con decreto motivato, ad intervenire nel procedimento e possono, anche con l'assistenza di un difensore, nel termine stabilito dal Tribunale, svolgere in camera di consiglio le loro deduzioni e chiedere l'acquisizione di ogni elemento utile ai fini della decisione sulla confisca (art. 2-*ter*, legge 575/65.).

Quando vi sia concreto pericolo che i beni di cui si prevede debba essere disposta la confisca vengano dispersi, sottratti od alienati, il procuratore della Repubblica o il questore possono, con la relativa proposta, richiedere al presidente del Tribunale competente di disporre anticipatamente il sequestro dei beni prima della fissazione dell'udienza (art. 2-*bis*, comma 4, legge *cit.*).

Con il provvedimento con il quale dispone il sequestro, il Tribunale nomina il giudice delegato alla procedura ed un amministratore, scelto tra gli iscritti negli albi degli avvocati, dei dottori commercialisti e dei ragionieri del distretto, nonché tra persone che, pur non munite delle suddette qualifiche professionali, abbiano comprovata competenza nell'amministrazione di beni del genere di quelli sequestrati. Quando oggetto del sequestro sono beni costituiti in azienda, l'amministratore può essere scelto anche tra soggetti che hanno svolto o svolgono funzioni di commissario per l'amministrazione delle grandi imprese in crisi ai sensi della legge 3 aprile 1979, n. 95.

L'amministratore deve presentare, entro un mese dalla sua nomina, una relazione particolareggiata sullo stato e sulla consistenza dei beni sequestrati e, successivamente, con la frequenza stabilita dal giudice delegato, una relazione periodica sull'amministrazione.

La legge 7 marzo 1996, n. 109, ha poi disposto che i beni *confiscati* siano devoluti allo Stato (art. 2-*nonies*, legge 575/65).

Il provvedimento definitivo di confisca è comunicato dalla cancelleria dell'ufficio giudiziario che ha emesso il provvedimento all'agenzia del territorio che ha sede nella provincia ove si trovano i beni o ha sede l'azienda confiscata, nonché al prefetto ed al dipartimento della p.s. del Ministero dell'Interno.

Dopo la confisca, l'amministratore svolge le proprie funzioni sotto il controllo della competente agenzia del territorio (art. 2-*nonies*, legge *cit.*).

La destinazione dei beni immobili e dei beni aziendali confiscati è effettuata con provvedimento del direttore centrale beni confiscati dell'agenzia del demanio, su proposta non vincolante del dirigente della competente agenzia del Territorio, sulla base della stima del valore dei beni effettuata dal medesimo ufficio, acquisiti i pareri del prefetto e del sindaco del Comune interessato e sentito l'amministratore dei beni (art. 2-*decies*, legge *cit.*).

L'art. 3-*ter*, legge *cit.*, prevede che il provvedimento con il quale il tribunale, a norma dell'art. 2-*ter*, dispone la confisca dei beni sequestrati è comunicato senza indugio al procuratore generale presso la Corte di Appello, al procuratore della Repubblica e agli interessati.

Dal generale ordito normativo sommariamente illustrato, tra le misure di prevenzione patrimoniale volte a contrastare particolari fenomeni di associazione criminale, emerge la figura del cd. "*sequestro patrimoniale anti-mafia*" il quale comporta, nei confronti del soggetto indiziato di appartenere ad una associazione di stampo mafioso o assimilata, lo spossessamento dei beni di provenienza illecita che rientrino nella sua disponibilità diretta o indiretta. Il prevenuto è, quindi, temporaneamente privato della disponibilità dei suddetti beni, in attesa che il procedimento si concluda con la definitiva confisca degli stessi o, al contrario, con la restituzione.

La *ratio* sottesa a siffatti provvedimenti *praeter delictum* (*cfr.* Cass. Penale SS.UU. n. 18/1996 e Cass. Pen. 5092/1999) è quella di colpire con la misura ablativa beni e proventi di natura presuntivamente illecita, onde escluderli dal circuito economico collegato ad attività e soggetti criminosi, neutralizzando in tal modo la situazione di pericolosità insita nel permanere della ricchezza nelle mani di chi ne preordina l'impiego per ulteriori attività delinquenziali. La limitazione o la perdita del diritto di proprietà sono, pertanto, ampiamente giustificate dall'esigenza della società di difendere i cittadini da soggetti particolarmente pericolosi, i quali potrebbero utilizzare i beni accumulati per comportamenti malavitosi e per rafforzare maggiormente i propri poteri.

Orbene, come chiarito, l'amministrazione dei beni sequestrati, a norma degli artt. 2-*sexies* e ss., legge *cit.*, è affidata ad un amministratore giudiziario, nominato, con il decreto di sequestro, dal Tribunale competente. Con lo



stesso decreto è nominato anche il giudice delegato, cui sono attribuiti poteri di indirizzo e di controllo sull'amministrazione dei beni sequestrati, tra cui l'autorizzazione al compimento degli atti di straordinaria amministrazione.

In particolare, per effetto del comma 1 dell'art. 2-*sexies*, legge *cit.*, dal momento del sequestro e fino a quello della confisca o della revoca del sequestro stesso, l'amministratore, sotto la direzione del giudice delegato, ha il compito di provvedere alla custodia, alla conservazione e all'amministrazione dei beni sequestrati, anche al fine di incrementarne, ove possibile, la redditività.

La legge impone all'amministratore di adempiere con diligenza i compiti rientranti nel suo ufficio e prevede, per il caso di inosservanza dei suoi doveri o di incapacità, che egli possa, previa audizione, essere revocato dal Tribunale, su proposta del giudice delegato o *ex officio*.

A norma dell'art. 2-*septies*, poi, l'amministratore non può stare in giudizio, né contrarre mutui, concludere transazioni, compromessi, fidejussioni, concedere ipoteche, alienare diritti immobiliari e compiere altri atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, anche a tutela dei diritti dei terzi, senza autorizzazione scritta del giudice delegato. Quest'ultimo può altresì autorizzare l'amministratore a farsi coadiuvare, sotto la sua responsabilità, da tecnici o da altre persone retribuite.

L'art. 2-*octies* prevede, infine, che le spese necessarie o utili per la conservazione e l'amministrazione dei beni siano sostenute dall'amministratore mediante prelevamento dalle somme da lui riscosse a qualunque titolo. Qualora dalla gestione dei beni sequestrati non sia ricavabile denaro a sufficienza per il pagamento di tali spese, le stesse sono anticipate dallo Stato, salvo il diritto al recupero nei confronti del titolare del bene nell'ipotesi di revoca del sequestro. Il legislatore fa in tal modo applicazione del principio secondo cui i costi di gestione seguono il bene stesso e, con esso, il suo titolare, trattandosi, d'altronde, di costi che su di lui ricadrebbero anche ove il bene non fosse uscito dalla sua sfera di disponibilità.

Quanto al pagamento dell'amministratore, la legge attua il parallelo principio, di portata generale, in base al quale le spese giudiziali debbono essere imputate secondo i criteri della soccombenza e della causalità; nel caso sia disposta la confisca dei beni, le somme per il pagamento del compenso all'amministratore e per il rimborso delle spese da lui sostenute per i suoi coadiutori vanno inserite nel conto della gestione o, se questo si rivela incapiente, vanno anticipate dallo Stato, senza diritto a recupero. Se il sequestro è revocato, le somme suddette sono in ogni caso poste a carico dello Stato.

Venendo ora ai beni colpiti dalla misura, essi – *nelle more tra il provvedimento che dispone il sequestro e quello che dispone la confisca (o l'eventuale restituzione al prevenuto)* – sembrano configurare un *patrimonio separato*, assimilabile, in via analogica, all'eredità giacente, disciplinata dagli artt. 528 e ss. C.C.

Invero, con l'assoggettamento a sequestro muta il regime giuridico dei beni, senza che ciò comporti, *ex se*, alcuna attribuzione patrimoniale degli

stessi ad altro titolare: il compendio dei beni sottoposti a sequestro si distacca, pertanto, dal resto del patrimonio del prevenuto, pur continuando ad appartenere alla stessa persona.

Diversamente dal patrimonio autonomo, nella specie non viene creato nessun nuovo soggetto giuridico dotato di autonomia patrimoniale (perfetta o imperfetta che sia), ma si dà vita ad un centro giuridico indipendente, in grado di utilmente operare l'unificazione e la conseguente imputazione di un complesso di rapporti giuridici attivi e passivi rispetto ad una serie di precetti normativi.

L'amministratore, dunque, esercita – *in via affatto provvisoria* la gestione di un patrimonio *per conto di chi spetta, nell'attesa che lo stesso sia devoluto ad un soggetto che, attualmente, non è individuato a titolo definitivo* e che, pertanto, non ne ha la disponibilità.

A conforto di siffatta ricostruzione, mette conto evidenziare che, ai fini fiscali, la Circ. 7 agosto 2000, n. 156/E, emanata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, ha affermato che, nella specie, la veste di soggetto passivo d'imposta spetta a colui il quale assumerà, con effetto retroattivo, la titolarità dei beni sequestrati.

E così, se, nel caso dell'eredità giacente, è considerato soggetto passivo il chiamato che accetti, con effetto retroattivo, l'asse ereditario; nel caso di sequestro, il soggetto passivo d'imposta sarà individuato solo *a posteriori* (seppure con effetto *ex tunc*, in virtù d'una *fictio juris*) nello Stato o nel prevenuto, a seconda che il procedimento si concluda con la confisca oppure con la restituzione dei beni.

Ne consegue, ai fini che qui interessano, che l'amministratore giudiziario – *in pendenza del sequestro cautelare e fintanto che la confisca non attinga il carattere della definitività* - opera nella veste di rappresentante *in incertam personam*, curando la gestione del patrimonio per conto di un soggetto non ancora individuato *in modo definitivo*.

Dalla *dictio legis* è, infatti, dato inferire in maniera chiara ed univoca che il subingresso dello Stato nella effettiva titolarità dei beni colpiti dalle misure in parola si verifica *solo con l'acquisita esecutività ed inoppugnabilità del provvedimento di confisca*: costituisce dato di sicuro rilievo in tal senso la norma del comma 2 dell'art. 3-ter, legge *cit.*, a tenore della quale i provvedimenti che dispongono la confisca dei beni sequestrati diventano esecutivi unicamente con la definitività delle relative pronunce.

Non merita, pertanto, accoglimento, in quanto priva di addentellato legislativo, la pretesa di quegli amministratori che, *prima di tale momento*, si rivolgano all'Avvocatura erariale per essere dalla stessa rappresentati e difesi nei giudizi afferenti l'espletamento degli specifici compiti di ufficio (si pensi al multiforme contenzioso avente ad oggetto diritti patrimoniali connessi ai beni amministrati).

Conclusivamente, sulla scorta dell'*iter* argomentativo sin qui lumeggiato, l'avviso della Scrivente in ordine al proposto quesito è il seguente: non si ravvisano i presupposti necessari affinché l'amministratore di cui all'art. 2-sexies, legge 575/1965, nel lasso temporale intercedente tra l'adozione del provvedimento di sequestro preventivo e l'intervenuta definitività del provve-

*dimento di confisca*, sia ammesso ad avvalersi del regime processuale di assistenza e patrocinio legale previsto *ex lege* per le Amministrazioni statali. Ne discende che gli amministratori *de quibus*, per la rappresentanza e la difesa in giudizio nelle controversie che dovessero insorgere nel ridetto pericolo, dovranno fare ricorso ai privati professionisti del libero foro, imputando a costi di gestione gli importi corrisposti a titolo di spese, diritti e onorari professionali.

All'opposto, *una volta che il provvedimento che dispone la confisca sia divenuto definitivo* (dopo l'esaurimento dei mezzi di gravame avverso esso esperibili o per essere inutilmente decorso il termine per interporli), l'Avvocatura dello Stato sarà tenuta ad accordare l'assistenza legale eventualmente richiesta dai detti amministratori, essendo venuto ad esistenza il criterio di collegamento giustificativo del suo intervento (cioè a dire il definitivo passaggio della proprietà dei beni in favore dello Stato)».

**A.G.S. – Parere del 25 giugno 2004, n. 91868. (\*)**

*Addebito dell'Imposta sul Valore Aggiunto (I.V.A.) sugli importi dovuti dal Ministero Affari Esteri – D.G.C.S. alle controparti a titolo di rimborso pro quota degli onorari degli arbitri e delle spese di funzionamento dei Collegi arbitrali.* (consultivo 29845/04, avvocato A. Palatiello).

«Con la nota in riscontro codesto Ministero riferisce che alcune Ditte, titolari del diritto al rimborso di una quota parte degli onorari pagati per il funzionamento del collegio arbitrale, hanno chiesto il riesame del fermo e risalente orientamento di questa Avvocatura Generale, la quale si è espressa nel senso che il rimborso di detta quota parte comprende anche la corrispondente IVA solo quando il creditore non abbia avuto la possibilità di detrarre, a sua volta, il tributo pagato: in concreto, nei casi in cui la parte che abbia anticipato il compenso agli arbitri, pagando ovviamente l'IVA da questi fatturata, sia un soggetto IVA, il rimborso della somma pagata a titolo di tributo non compete, perché già portata in detrazione dall'IVA a debito. Alcuni degli interessati contestano tale principio, sostenendo che anche in questi casi il rimborso IVA spetterebbe perché anche il soggetto che non l'ha anticipata è "committente" degli arbitri e perché nella sua struttura fisiologica l'onere dell'imposta deve incidere sul consumatore finale, il quale, nei casi in esame, se non rimborsasse il tributo, sarebbe sollevato da tale onere. Gli interessati, infine, insistono in concrete esemplificazioni, rivolte a dar prova che la situazione economica di chi ha anticipato gli onorari degli arbitri, pagando per intero l'IVA in rivalsa, resta esattamente la stessa tanto se l'IVA è portata in detrazione per intero, quanto se è in parte recuperata e dunque è detratta solo per quanto rimasto a carico: dunque nessun arricchimento ingiusto vi sarebbe ove il Ministero rimborsasse, alle Ditte, oltre la quota di onorari anticipata, anche la relativa imposta.

---

(\*) Parere di rilievo, reso dall'Avvocatura Generale in via ordinaria.

Questa Avvocatura Generale osserva che il risalente proprio orientamento non merita di essere modificato. Vero è che la situazione descritta non è espressamente considerata dalla vigente normativa; tuttavia dal complessivo sistema dell'IVA, e segnatamente dal combinato disposto degli artt. 5, 6, 18, 19, 26 d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, e successive modifiche, si trae conferma che il problema all'esame non diverge sostanzialmente da quello che si pose per il rimborso delle spese di causa in ipotesi di condanna giudiziale, vicenda che ha trovato consolidata risposta nella giurisprudenza e nella prassi operativa nel senso che il soccombente è tenuto a rimborsare l'IVA pagata dal vincitore al proprio avvocato solo se esso vincitore non sia un soggetto IVA, cui compete la detrazione dell'imposta (giurisprudenza consolidata dopo Cass. S.U. 12 giugno 1982, n. 3544; tra le più recenti, Cass. 1° aprile 1995, n. 3848, *ex multis*; la prassi operativa è pacificamente in questo senso: ad es., Ris. Min. 24 luglio 1998, n. 9/E); e già questo basterebbe per confermare il cennato risalente orientamento, posto che anche gli onorari degli arbitri sono un costo del processo.

È noto, peraltro, che il professionista – tale è l'arbitro delle cui prestazioni si tratta – è soggetto all'IVA (art. 5 d.P.R. n. 633/72) e dunque è tenuto ad emettere fattura, ad applicare su questa il tributo e ad esercitare la rivalsa obbligatoria nei confronti del committente (art. 18 d.P.R. *cit.*); è altresì noto che le prestazioni dei servizi “si considerano effettuate all'atto del pagamento del corrispettivo” (art. 6, comma 3, d.P.R. *cit.*): dunque, nel momento in cui uno dei committenti, pur obbligato in solido con altri (art. 814 c.p.c.) paga il compenso all'arbitro, questi, se soggetto IVA, deve emettere fattura, gravata dal tributo, e *deve* esercitare la rivalsa nei confronti del committente pagatore. Avvenuto il pagamento, il committente che dispone della fattura a suo nome ha il diritto di operare la detrazione dell'imposta assolta dall'ammontare del tributo relativo alle operazioni effettuate (art. 19 d.P.R. *cit.*) sicché l'intero onere è da lui recuperato, eventualmente mediante anche un *credito* d'imposta; ed è allora evidente che, *non* restando a carico del committente pagatore *neppure in parte* il tributo pagato al professionista per il servizio “acquistato”, il rimborso a tale titolo che fosse operato dal coobbligato solidale (in rivalsa civilistica *ex* art. 814 c.p.c.), darebbe luogo ad una locupletazione del committente pagatore. Per evitare la locupletazione quest'ultimo dovrebbe adoperarsi in positivo, affrontando ulteriori oneri e incumbenti: dovrebbe provvedere alle variazioni *ex* art. 26, oppure ad ulteriore fatturazione, quasi che il rimborso operato dal coobbligato fosse una sorta di servizio da gravare di IVA. Non è chiaro l'interesse di chi auspica tale soluzione ad affrontare costi e spese ulteriori, quando il comportamento finora seguito sicuramente realizza per lui lo stesso risultato economico (quello del sollievo dal peso dell'intero tributo pagato). Ma neppure sul piano, per così dire, “ideale” la tesi ora sostenuta dagli interessati è convincente: non è vero infatti che il committente – ogni committente – debba necessariamente essere “contribuente inciso” quando non sia soggetto IVA: è vero che nel sistema complessivo del tributo la neutralità dell'imposta – tra imprenditori – è finalizzata a scaricare il peso del tributo sul consumatore finale, ma non è vero che il fenomeno *economico* del contribuente inciso

costituisca regola *giuridica* del necessario pagamento anche oltre la rivalsa tecnica: se così fosse, il consumatore finale non sarebbe solo destinatario della rivalsa obbligatoria, ma assumerebbe la veste del soggetto passivo: l'obbligo del consumatore finale, insomma, non è quello di corrispondere un'IVA purché sia, ma di pagare ciò che nel sistema della rivalsa tecnica (quella, cioè, dell'art. 18) gli viene richiesto; e tale osservazione assume una particolare colorazione nella fattispecie all'esame, dove la ditta, che ha pagato in rivalsa il tributo e che ne chiede parte dell'equivalente economico *allo Stato*, dichiara che prenderà quella somma solo per riaccreditarla *allo Stato*.

In conclusione, se si pensa che ai tre rapporti tradizionalmente considerati non interferenti e del tutto indipendenti dalla Corte di Cassazione (ad es. Cass. S.U. 13 dicembre 1991, n. 13446; *id.* 22 aprile 2003, n. 6419; *id.* 5 maggio 2003, n. 6778), il primo tra l'Amministrazione e il cedente, il secondo tra l'Amministrazione e il cessionario, e il terzo tra il cedente e il cessionario, nella vicenda all'esame se ne aggiunge un quarto, che è il mero diritto civile (rivalsa *ex art.* 814 cod. civ.), si ha conferma che pretendere il rimborso di una quota di IVA già fatturata e dunque annotata in discarico significa voler trascinare un elemento del *terzo* di questi rapporti *nel quarto* con diretta conseguenza sul *secondo*: si provocherebbe, cioè, proprio quella trascinazione di effetti giuridici dall'uno all'altro rapporto che, nella lettura giurisprudenziale consolidata, il sistema normativo non consente».

**A.G.S. – Parere del 20 settembre 2004 n. 122169. (\*)**

*Affidamento di attività di progettazione a professori (docenti a tempo pieno – tempo parziale).* (consultivo 35683/04, avvocato M. Corsini).

«Nell'anno 2002 l'Università degli Studi de L'Aquila chiese a codesta Avvocatura se un professore di ruolo possa in base alla vigente normativa partecipare a gare per l'affidamento di incarichi di progettazione banditi dalla stessa Università, e se lo stesso professore possa rendersi affidatario in via fiduciaria di studi o consulenze.

Codesta Avvocatura rendeva il richiesto parere pronunciandosi negativamente sul primo quesito ed invece positivamente sul secondo, purché lo studio o la consulenza affidate non comportino duplicazione di retribuzione per attività che invece devono essere ritenute istituzionali.

Riferisce codesta Avvocatura che nel corso del presente anno l'Università avrebbe reiterato la richiesta, formulando quesito in certo modo più articolato e cioè chiedendo se i propri professori (sia a tempo pieno che parziale) possano partecipare a gare per l'affidamento di servizi di progettazione bandite – questa volta parrebbe anche da soggetti terzi – ai sensi della vigente normativa sui lavori pubblici.

---

(\*) Parere di rilievo su questione di carattere generale, reso dall'Avvocatura Generale in via ordinaria.

Attesa la portata di massima del quesito, si chiede l'avviso di questa Avvocatura Generale in proposito.

Il precedente parere di codesta Avvocatura, come s'è detto reso solo in relazione all'ipotesi di gare bandite dall'Università al cui ruolo appartengono i docenti, era motivato esclusivamente alla stregua delle norme che regolano il pubblico impiego in generale, dell'impiego universitario in particolare e con specifico ed ulteriore riferimento alla disciplina dettata per i docenti universitari di cui al noto decreto del Presidente della Repubblica 382/1980; in tale contesto codesta Avvocatura giungeva a negativa conclusione sulla base essenzialmente di considerazioni di opportunità legate ad esigenza di trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa, stante che taluna giurisprudenza non aveva ravvisato nelle disposizioni in esame alcun esplicito divieto per negare la possibilità di partecipare alle gare in questione.

Tutta la materia degli incarichi di progettazione, tuttavia, deve oggi essere riguardata alla luce delle specifiche disposizioni che regolano i lavori pubblici, ossia dalla legge 11 febbraio 1994, n. 109 e dal suo regolamento di attuazione – d.P.R. 554/1999 – il cui carattere di specialità le rende prevalenti sulle altre eventuali fonti normative.

Orbene, tale normativa esclude espressamente che le attività di progettazione, come quelle di direzione lavori e tutti gli altri servizi di ingegneria ed architettura, possano essere svolte professionalmente da dipendenti pubblici, quali indubbiamente sono da ritenersi i professori universitari di ruolo, al di fuori delle assai limitate previsioni della stessa legge.

In particolare, trova evidente ed assorbente rilievo la previsione dell'art. 17 della legge 109/1994, che espressamente prevede che le attività in parola possono essere espletate dagli uffici tecnici delle stazioni appaltanti (ovviamente in favore delle stesse, come prestazioni interne non professionali), dagli uffici consortili di progettazione costituiti fra comuni e dagli altri soggetti abilitati (ovviamente, in favore degli enti consorziati), dagli organismi di altre amministrazioni di cui le singole amministrazioni possono avvalersi e dai liberi professionisti in tutte le forme individuali o associate di cui alle lettere *d)*, *e)*, *f)*, e *g)* della norma.

Non vi è dunque alcuna possibilità per il dipendente pubblico di svolgere attività di ingegneria e architettura di contenuto professionale in materia di lavori pubblici a favore di soggetti terzi rispetto all'ente di appartenenza; e rispetto all'ente di appartenenza la sola possibilità è all'interno del rapporto di lavoro, come progettazione e direzione lavori «interna», non retribuibile con parametri professionali.

Se dunque l'Università richiedente bandisce gare per l'affidamento di incarichi di progettazione e/o direzione lavori, palesa l'intenzione di attribuire detti incarichi all'esterno, rivolgendosi al mercato professionale, ed in tal caso i propri professori non possono partecipare a dette procedure. Gli stessi professori, per le ragioni dette, non possono partecipare a gare bandite da soggetti terzi.

Per completezza, va precisato che il divieto si riferisce tanto agli incarichi di progettazione propriamente detti quanto ai concorsi di progettazione, mentre non si riferisce ai concorsi di idee che – per specifica disposizione di legge che rende ragione del generale divieto residuale – è aperto anche ai dipendenti (art. 57 del decreto del Presidente della Repubblica 554/1999).

Il principio era già stato affermato in via generale dall'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici con l'atto di regolazione 12 ottobre 1999 n. 6/1999 pubblicato in *Gazzetta Ufficiale Suppl. Ord.* n. 71 del 10 maggio 2000.

Di recente, come nota la stessa Università richiedente, l'Autorità è tornata sull'argomento con deliberazione 25 giugno 2002, n. 179 (pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale* del 24 luglio successivo), ribadendo che anche alla luce delle norme che regolano la docenza universitaria, il personale docente di ruolo a tempo pieno non può svolgere attività professionale di progettazione e direzione lavori, e precisando che il divieto non vale per il personale docente di ruolo a tempo definito.

Tale avviso è stato condiviso dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per la Funzione Pubblica – Ufficio per il personale delle pubbliche amministrazioni, Servizio per il trattamento normativo, con nota del 27 gennaio 2003 n. 252/11 indirizzata all'Università degli Studi Federico II di Napoli che aveva posto analogo quesito.

Per quanto occorrer possa, lo stesso avviso risulta condiviso dalla giurisprudenza amministrativa sinora pronunciatasi in termini (v. TAR Campania, Napoli, sez. II, 29 ottobre 2003, n. 13155, mentre si attende il pronunciamento del TAR Lazio sulla medesima questione).

In definitiva la questione posta con la nota in riferimento può così riassumersi:

a) i docenti universitari di ruolo a tempo pieno non possono svolgere attività professionale di ingegneria e architettura, essenzialmente coincidente con progettazione e direzione lavori, comunque affidata (a seguito di gara o in via fiduciaria) sia dalla propria università che da soggetti terzi;

b) i docenti universitari di ruolo a tempo parziale non sono inibiti allo svolgimento dell'attività professionale in parola, nei limiti e con i modi consentiti dalla propria normativa di settore, fermo rimanendo che per gli incarichi conferiti con procedura concorsuale dall'Università di appartenenza non possono non richiamarsi le motivazioni che già ebbe a ritenere codesta Avvocatura nel proprio precedente parere (*omissis*)».





# DOTTRINA

## **Il divieto di arbitrato nelle controversie relative ad opere pubbliche di ricostruzione in territori colpiti da calamità naturali, tra presunta abrogazione ed interpretazione autentica.**

*di Giuseppe Arpaia*

L'art. 3, comma 2, della legge 3 agosto 1998, n. 267 (conversione in legge, con modificazioni del decreto legge 11 giugno 1998, n. 180, recante misure urgenti per la prevenzione del rischio idrogeologico ed a favore delle zone colpite da disastri franosi nella Regione Campania), in deroga alla regola della facoltatività del ricorso all'arbitrato(1), ha introdotto il divieto del giudizio arbitrale per «*le controversie relative ad opere pubbliche comprese in programmi di ricostruzione in territori colpiti da calamità naturali*».

Tale speciale disposizione normativa è stata ritenuta conforme alla Costituzione dalla Corte Costituzionale con la sentenza del 28 novembre 2001, n. 376(2), che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale del predetto divieto, in quanto frutto di una scelta discrezionale del legislatore, non irragionevole, «*considerato il rilevante interesse pubblico di cui risulta permeata la materia relativa alle opere di ricostruzione dei territori colpiti da calamità naturali, anche in ragione dell'elevato valore delle relative controversie e della conseguente entità dei costi che il ricorso ad arbitrato comporterebbe per le pubbliche amministrazioni interessate*»: nella motivazione della pronuncia il Giudice delle Leggi ha affermato poi essere indubitabile, contrariamente a quanto riteneva il Collegio Arbitrale remittente,

---

(1) cfr. Corte Costituzionale, sentenza del 9 maggio 1996, n. 152 e art. 32 della legge 11 febbraio 1994, n. 104, anche nel testo allora vigente, di cui alla legge n. 216/1998.

(2) In *Foro Italiano*, 2002, pt.I, col.1648.

che tra i predetti programmi di ricostruzione rientri anche quello straordinario di edilizia residenziale per l'area metropolitana di Napoli di cui al titolo VIII della legge n. 219 del 1981.

Successivamente, a seguito della emanazione della legge 1° agosto 2002, n. 166 (cd. Collegato Infrastrutture) e, in particolare, dell'art. 7, espressamente rivolto a modificare e ad integrare numerose disposizioni della legge n. 109/1994 (tanto da essere stato ribattezzato come legge Merloni *quater* (3): si è ritenuto da parte di alcuni operatori del diritto che il legislatore abbia abrogato il predetto divieto, per cui sono state attivate alcune procedure arbitrali, relative ad opere pubbliche di cui alla legge 219/1981.

L'articolo in parola ha novellato, tra gli altri, l'art. 32 della legge n. 109/1994, che, come è noto, riguarda la definizione delle controversie, introducendo al 4° comma una disposizione transitoria ed aggiungendo un comma 4 *bis*: quest'ultimo è stato invocato al fine di sostenere la abrogazione del divieto di arbitrato in tema di arbitrato per le opere pubbliche di ricostruzione. Infatti nella disposizione contenuta al comma 4-*bis*, aggiunto all'art. 32 («*Sono abrogate tutte le disposizioni che, in contrasto con i precedenti commi, prevedono limitazioni ai mezzi di risoluzione delle controversie nella materia dei lavori pubblici come definita dall'art. 2*») è stata ravvisata da parte di alcuni concessionari di opere pubbliche l'abrogazione del predetto divieto di arbitrato.

Successivamente, il legislatore è intervenuto con l'art. 1, comma 2 *quater*, della legge 8 aprile 2003, n. 62 di conversione al d.l. 7 febbraio 2003, n. 15 prevedendo esplicitamente che «*alle controversie derivanti dall'esecuzione di opere pubbliche inerenti programmi di ricostruzione dei territori colpiti da calamità naturali, ivi compresi gli interventi derivanti dall'applicazione della legge n. 219/1981 e successive modificazioni continua ad applicarsi il disposto di cui all'art. 3, comma 2 del d.l. n. 180/1998 convertito con modificazioni nella legge n. 267/1998*».

Senonché, tale disposizione di legge, se certamente ha precluso la proposizione di nuove domande arbitrali a far tempo dalla sua entrata in vigore (10 aprile 2003), non è valsa, tuttavia, ad impedire la prosecuzione dei giudizi arbitrali già pendenti ovvero a costituire successivamente i Collegi arbitrali per le domande notificate anteriormente alla entrata in vigore della legge ultima citata, in conformità alla consolidata giurisprudenza di legittimità che ricollega l'inizio del giudizio arbitrale al momento della notificazione della domanda e non già a quello dalla costituzione del collegio (4), nell'implicito presupposto che trattasi di norma di legge innovativa, che ha ripristinato un divieto e non già di interpretazione autentica, la cui caratteristica, come è noto, è quella di imporre una determinata interpretazione con efficacia retroattiva, con riferimento anche a rapporti posti in essere precedentemente.

La identificazione di una legge meramente interpretativa costituisce un delicato problema giuridico, in quanto tale specie di legge realizza una deroga all'art. 11 delle disposizioni preliminari al codice civile (cd. pre-leggi),

---

(3) M. CLARICH, *La legge Merloni quater tra instabilità e flessibilità* in *Corriere Giuridico* n. 11/2002, 1401.

(4) cfr. Corte di Cassazione 28 maggio 2003, n. 8532 ; 25 luglio 2002, n. 10922.

che sancisce il principio di irretroattività delle leggi («*la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo*»), principio avente copertura costituzionale, tuttavia, solo per le norme penali incriminatrici (art. 25, comma 2 della Costituzione).

Preliminare risulta una osservazione: così come ritiene la costante giurisprudenza costituzionale in materia, ai fini del carattere interpretativo o meno di una legge non assume carattere determinante l'autoqualificazione che la legge fa di se stessa. (cfr. Corte Costituzionale sentenze n. 233/1988; n. 155/1990; n. 454/1992 (5)).

Pertanto, al fine di accertare se la legge n. 62/03 sia interpretativa o meno occorre verificare in primo luogo se l'art. 32, ultimo comma, legge n. 109/1994, nel testo risultante a seguito dell'intervento della legge n. 166/2002, offriva oggettivamente incertezza interpretativa tale da giustificare la opportunità di una interpretazione autentica che chiarisse il senso delle norme: in mancanza di incertezza, infatti, è indiscutibile che la successiva legge, al di là di ogni formula usata, dovrebbe considerarsi innovativa e, come tale non retroattiva, in mancanza di una diversa volontà del legislatore.

Ad avviso di chi scrive, tale incertezza sussisteva per l'interprete alla stregua delle regole ermeneutiche che disciplinano la interpretazione della legge, contenute nelle cd. Preleggi. Queste norme, che servono all'interprete ad individuare la disciplina giuridica applicabile, come è noto, sono in una posizione non solo topografica, ma soprattutto logica, di priorità rispetto a tutte le altre norme aventi forza di legge ordinaria, in quanto hanno per oggetto non già rapporti, bensì altre norme e ciò ben giustifica la loro posizione sovraordinata a tutte le altre disposizioni di legge ordinaria (6). Nella specie, la norma di cui occorre tenere necessariamente considerazione è l'art. 15 «Abrogazione delle leggi», che recita: «*Le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore, o per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore*».

In primo luogo si osserva che il comma 4-*bis* dell'art. 32 non abroga esplicitamente la legge n. 267/1998 e tale circostanza appare, *ictu oculi*, pacifica.

Anche il secondo modo di abrogazione tacita o implicita della legge, previsto dall'art. 15 citato (che si verifica allorché la nuova legge regola la intera materia già regolata dalla legge anteriore) è da escludere che ricorra nella fattispecie, in quanto risulta evidente che l'art. 3 della legge n. 267/1998 non regolava *l'intera materia* del contenzioso arbitrale in materia di opere pubbliche, atteso la sua indiscutibile natura *speciale*, la cui sfera di applicazione era ristretta esclusivamente al contenzioso relativo ad opere pubbliche comprese in programmi di ricostruzione, realizzate su territori colpiti da calamità naturali.

Resta, pertanto, da esaminare l'ultima ipotesi di abrogazione implicita, vale a dire quella per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti.

---

(5) In *Foro It.*, 1989, pt. I, col. 1052 ; 1990, pt. I, col. 3072 ; 1993, pt. I, col. 673.

(6) F. SANTORO PASSARELLI, *Le norme di determinazione della legge*, in *Libertà e autorità nel diritto civile*, pag. 33 e segg., CEDAM, 1977.

A ben vedere la disposizione in parola dell'art. 15 delle preleggi rinvia all'interprete la formulazione del giudizio di incompatibilità: tuttavia, anche in tal caso il legislatore ha fissato delle regole per la formazione di tale giudizio. Infatti, ai fini ermeneutici, non può prescindersi dall'art. 12 delle preleggi, che sancisce la prevalenza del dato testuale e della lettera della legge (contrariamente alla regola valevole nella interpretazione dei contratti, nella quale prevale la ricerca della comune intenzione delle parti, rispetto al senso letterale delle parole: *cf.* art. 1362 c.c.).

Come si può constatare dalla mera lettura, il comma 4-*bis* dell'art. 32 della legge 109/1994 non abroga alcun precedente divieto di arbitrato, ma rimuove le limitazioni ai mezzi di risoluzione delle controversie, nell'ambito della normativa che disciplina i lavori pubblici, senza incidere sulle norme di carattere speciale, quale è l'art. 3,co.2 legge n. 267/1998. In sintesi, il comma 4-*bis* riguarda la materia dei lavori pubblici, in quanto regolata dalla legge «Merloni» e dalle relative disposizioni di attuazione e regolamentari: pertanto, in mancanza di un esplicito riferimento, non può essere interpretato nel senso di estendere la sua sfera di efficacia abrogativa anche su una norma speciale.

Invero, le disposizioni abrogate dal comma 4 *bis* sono quelle (e solo quelle) in contrasto con i precedenti commi, in quanto limitano i mezzi di risoluzione delle controversie nella materia dei lavori pubblici ed esse vanno ricercate esclusivamente nel *corpus* delle norme di legge, regolamentari ed amministrative a carattere generale.

A mero titolo esemplificativo, ad avviso di chi scrive, una disposizione incompatibile che può ritenersi abrogata dal comma 4-*bis* è l'art. 33, comma 2, del Regolamento del 19 aprile 2000, recante il Capitolato Generale di appalto dei lavori pubblici, che pone la regola della pregiudizialità della risoluzione in via amministrativa ai fini dell'accesso alla tutela arbitrale, sia pure con riferimento alle riserve di cui all'art. 32 del medesimo Capitolato (riserve di minore valore economico o insorte successivamente alla conclusione dei lavori). (7)

Per quanto innanzi esposto può ritenersi che il comma 4-*bis*, aggiunto all'art. 32 della legge 109/1994, non può avere abrogato il divieto di arbitrato sancito dall'art. 3, co. 2 della legge n. 267/1998.

La interpretazione sopra esposta si contrappone all'altra che ritiene, invece, che il comma 4-*bis* abbia, nell'abrogare tutte le limitazioni ai mezzi di risoluzione delle controversie, inteso eliminare proprio il divieto di arbitrato *de quo*, in quanto, a volere ritenere diversamente l'interprete non saprebbe individuare quali siano le altre disposizioni che devono ritenersi abrogate.

Ma c'è un'ulteriore argomentazione, a livello di sistema, che depone a favore della natura non abrogativa dell'art. 32, comma 4-*bis*, del divieto di arbitrato previsto dal cd. decreto Sarno, fondata sulla ordinanza della Corte Costituzionale 15 gennaio 2003, n. 11. I Giudici della Consulta, nel pronun-

---

(7) Cfr. R. VILLATA, *L'appalto di opere pubbliche*, 2001, 865 ss.

ciarsi nuovamente, sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 2, del d.l. n. 180/1998, hanno dichiarato la stessa manifestamente infondata, ritenendo in tal modo, implicitamente, vigente il divieto di devoluzione ad arbitri delle controversie relative alla esecuzione di opere pubbliche comprese in programmi di ricostruzione di territori colpiti da calamità naturali.

In sintesi, l'art. 1, co. 2 *quater*, della legge 8 aprile 2003, n. 62 ha inteso dipanare ogni dubbio in ordine alla persistenza del divieto di arbitrato in ordine alle controversie derivanti dall'esecuzione di opere pubbliche.

Anzi, in via legislativa, si è inteso rendere esplicito quanto già la Corte Costituzionale aveva affermato in ordine alle controversie relative ad interventi derivanti dalla applicazione della legge n. 219/1981, non menzionati nel decreto Sarno, ma, come aveva già chiarito il Giudice delle Leggi con la citata sentenza n. 376/2001, da intendersi anch'essi compresi nella sfera di applicazione del divieto.

Infine, a sostegno della natura interpretativa della norma di legge n. 62/2003 possono valere anche le seguenti considerazioni:

1) l'espressione utilizzata dal legislatore «*continua*», fa ritenere che non vi sia stata soluzione di continuità nella vigenza del divieto;

2) l'abrogazione di una norma di legge si ritiene generalmente abbia carattere definitivo, mentre tale definitività sarebbe stata esclusa immediatamente dalla successiva legge n. 62/03;

3) ritenere che l'art. 1, co. 2 *quater* in parola abbia ripristinato il divieto di arbitrato comporta una forzatura del testo di legge, in quanto nella sua formulazione letterale esso senz'altro non costituisce una abrogazione di una norma che, a sua volta possa definirsi abrogatrice.

## La *Public Governance* in Europa

di *Federico Basilica*

Il paradigma della *governance* pubblica nasce in anni recenti nell'ambito del più ampio dibattito sul nuovo ruolo dello Stato e delle amministrazioni pubbliche territoriali nelle società avanzate e globalizzate.

Molti fenomeni hanno contribuito a far emergere questo nuovo paradigma. La crescente apertura dei mercati e la fiducia nella capacità incentivante della concorrenza, il conseguente declino della figura dello «Stato imprenditore», la «crisi fiscale» dello Stato, la nuova centralità del cittadino, come soggetto portatore di interessi, partecipe e non mero destinatario delle politiche pubbliche, la richiesta di una maggiore prossimità del potere pubblico alla dimensione territoriale infrastatale, la crescita quantitativa e qualitativa del cosiddetto «terzo settore», l'intreccio sempre più complesso tra funzioni pubbliche e servizi privati. Questi fenomeni, comuni a tutti i Paesi più avanzati, hanno portato ad una radicale rivisitazione e riconfigurazione del modo di operare dei poteri pubblici, tuttora in fase di evoluzione.

Il termine *governance*, come è noto, è stato adoperato dapprima in ambito privato. Si parla infatti ormai da decenni di *corporate governance*, per indicare le strategie e gli strumenti di controllo e direzione dei grandi gruppi industriali: realtà sempre più raramente organizzate secondo la modalità compatta e gerarchica dell'impresa monoprodotto dell'età delle fabbricazioni di massa e sempre più articolate, al contrario, in configurazioni «ad arcipelago», segnate dalla disarticolazione organizzativa, specchio della diversificazione di merci e servizi.

Nell'età della «*organizzazione scientifica del lavoro*» di Taylor e del modello produttivo fordista la metafora dell'industria divisionale era stata la piramide, a sintetizzare grandi dimensioni, gerarchia verticistica, solidità organizzativa, rigida ripartizione delle competenze. Gli anni più recenti, viceversa, hanno visto la sua sostituzione con quella della rete, che rappresenta in maniera più convincente le condizioni essenziali al migliore sviluppo dell'impresa nel contesto del nuovo «modello toyota» della *lean organization*: pluralizzazione di snelli centri produttivi, flessibilità organizzativa, integrazione tra attività e linee di prodotto, minore gerarchia ed organizzazioni più «piatte».

Questa trasformazione organizzativa ha dapprima segnato dall'interno l'universo del privato *profit*, ma poi ha influenzato anche l'ambito esterno in cui esso opera. Oggi, sempre più il successo di una impresa è legato ad una serie di condizioni relazionali con il contesto sociale e con gli attori pubblici, in quelli che Manuel Castells chiama i «*milieux* di innovazione» (1). La rete,

---

(1) M. CASTELLS, *La nascita della società in rete*, Milano 2002.

appunto, interna ed esterna, in luogo della catena di montaggio del Charlie Chaplin di «Tempi moderni». La *corporate governance* in luogo della vecchia logica direzionale meccanica *top-down*.

Parallelamente a queste trasformazioni della società e del mercato, anche i poteri pubblici sono stati investiti da processi che ne hanno sensibilmente modificato la ragion d'essere e gli obiettivi, fissati dalla domanda dei cittadini ed hanno, come conseguenza, dovuto adottare modalità operative e strumenti gestionali totalmente diversi rispetto al passato. In particolare, la trasformazione nell'ambito pubblico si è intensificata nell'ultimo ventennio, all'insegna di parole d'ordine nuove, a definire nuove realtà.

In questo contesto, l'introduzione del termine *governance* in ambito pubblico, con la carica evocativa che porta con sé, è servita a definire alcune delle caratteristiche di ordine più generale che vanno assumendo gli assetti istituzionali, i ruoli e le modalità di azione dei poteri pubblici (più in particolare, delle pubbliche amministrazioni), sulla scia di quei profondi processi di riforma che hanno segnato, con connotati ed intensità diverse, ma anche con ampia somiglianza di strumenti, tutti i Paesi dell'area occidentale.

Quasi sempre il termine *governance* è contrapposto al concetto di *government*, in cui si compendia il tradizionale modello di esercizio dell'autorità pubblica. Un modello che era basato, quanto alle funzioni, sulla produzione diretta di un numero crescente nel tempo di beni e servizi a fruizione collettiva; ed ispirato, quanto alle logiche operative, al principio di legalità, alla ripartizione rigida, formale e gerarchica dei poteri e delle competenze in capo a determinati centri di imputazione, la cui legittimazione derivava formalmente dalla legge.

Al suo posto, emerge un modello nuovo. Come l'impresa, anche l'amministrazione nel nuovo clima impara a «fare sistema», ad operare in modo condiviso in contesti di incertezza e scarsità di risorse, a relazionarsi piuttosto che a dare ordini, a far fare piuttosto che a fare. Sono proprio questi i macrofenomeni che con il termine *governance* si intende, in genere, riassumere.

L'espressione, peraltro, è stata, come detto, diversamente intesa, ed ha trovato definizioni e concettualizzazioni diverse nei diversi contesti in cui ha dato luogo alla riflessione. In particolare, diverse e di diversa portata sono state le definizioni della *governance* formulate dai vari organismi internazionali che per primi vi hanno fatto riferimento.

Vi è un'accezione restrittiva della Banca Mondiale, che si sofferma quasi esclusivamente sull'efficienza e l'efficacia del *management* pubblico, sui controlli dei meccanismi di spesa e sulla riduzione della corruzione nelle pubbliche amministrazioni (2). Sulla medesima linea il Fondo Monetario Internazionale, che pone l'accento soprattutto sull'efficacia dei sistemi di gestione e regolazione dei diversi Paesi (3). Vi è poi un'altra ben più estensiva defini-

---

(2) World Bank, *website*, 2002.

(3) FMI, *Guidance Note on Governance*, 1997.

zione, usata dalla *Commission on Global Governance* delle Nazioni Unite (4), secondo cui il modello è «*la somma dei diversi modi in cui gli individui e le istituzioni, pubbliche e private, gestiscono i loro affari comuni ... un processo continuo attraverso il quale interessi differenziati o tra loro in conflitto possono essere composti e che permette di intraprendere forme di azione cooperativa*». Vi è, infine, la formula mediana usata dalla Commissione europea, che pone l'accento sui propri consolidati meccanismi di sussidiarietà e proporzionalità (5).

In generale, dunque, due profili si stagliano più netti quando si parla di *governance*: si intende, da un lato, sottolineare il processo di superamento della ripartizione formale di poteri e competenze, a beneficio di una nuova attenzione sul risultato dell'attività pubblica, sottintendendo, dall'altro, la profonda trasformazione qualitativa delle funzioni amministrative e del ruolo dei poteri pubblici. L'orizzonte, in entrambi i sensi, è quello di una ricerca di modalità operative diverse dal passato, meno costose e più efficienti, maggiormente orientate alla soddisfazione dell'utenza, che prevedano forme di cooperazione fra attori pubblici e privati, integrazione e accordo con altri soggetti istituzionali in vista della realizzazione di fini condivisi, partecipazione più immediata e diretta dei cittadini e della società civile alle scelte collettive ed alla loro implementazione amministrativa.

Questa trasformazione ha implicato, dal punto di vista istituzionale, la valorizzazione del principio di sussidiarietà tanto verticale che orizzontale.

Il nuovo paradigma ha portato alla rivalutazione di questa antica categoria giuridica, derivata dal diritto canonico e passata per varie interpretazioni culturali, ma in una declinazione che, non a caso, non molti anni fa è stata brillantemente definita «*dei moderni*» (6). Declinazione che si basa, in un primo senso, sul principio secondo il quale le competenze sono allocate nel livello territoriale in cui possono essere esercitate in maniera più efficiente, efficace ed adeguato alle attese ed alle domande dei cittadini; con la preferenza per il livello più «prossimo» al territorio ed alle comunità amministrative. In questo senso, il principio prevede, quindi, una ripartizione flessibile delle competenze, non definitiva, perché suscettibile di cambiamento al mutare delle condizioni economiche e sociali o delle priorità nell'agenda politica, in luogo di una distribuzione rigida ed univoca dei poteri, definita *ex ante* una volta per tutte attraverso uno strumento rigido di natura legale.

La flessibilità e l'elasticità, però, non riguardano solamente i rapporti tra diversi livelli di governo all'interno della sfera del pubblico, ma anche, in un secondo senso, le relazioni tra questi ed i soggetti privati. Da quest'ultimo punto di vista, emergono in tutto il mondo avanzato fenomeni comuni, accomunati dalla caratteristica di attenuare quella separazione tra sfera del pub-

---

(4) ONU, Commission on Global Governance, *Our Global Neighbourhood*, 1992.

(5) Commissione europea, *Libro bianco sulla governance europea*, 2001.

(6) P. RIDOLA, *Il principio di sussidiarietà e la forma di Stato di democrazia pluralistica*, in AA.VV., *Studi sulla riforma costituzionale*, Torino 2001, p. 219.



blico e sfera del privato che Norberto Bobbio definì la «grande dicotomia» su cui si basavano fino alla seconda metà del '900 tutti i sistemi giuridici dell'area occidentale (7). Si tratta di fenomeni quali la tendenza ad esternalizzare attività e servizi pubblici (e spesso perfino tradizionali funzioni amministrative), quella a ricorrere al partenariato pubblico-privato nell'espletamento delle attività di rilevanza sociale, la privatizzazione delle imprese pubbliche, con l'ingresso di azionisti privati nella gestione di grandi servizi di interesse collettivo, ma soprattutto, in linea generale, l'arricchimento del processo decisionale burocratico, mediante la partecipazione dei soggetti destinatari delle politiche pubbliche e delle attività amministrative a tutto l'iter istruttorio come alla fase di gestione, secondo le modalità radicalmente nuove di quella che è stata definita «amministrazione condivisa» (8).

Ne emerge, quindi, un nuovo sistema dei poteri pubblici e delle loro relazioni, molto complesso ed articolato in competenze formali ed «informali», che prevede la presenza di una pluralità di livelli di governo e di soggetti portatori di interessi coinvolti nella determinazione, nello sviluppo e nell'implementazione delle singole politiche pubbliche. Un sistema multilivello (*multi-level governance*), in cui diviene necessaria la ricerca di coerenza tra le diverse parti del sistema e tra le diverse azioni da esse poste in essere (9).

Nel mutato scenario i poteri pubblici non possono più invocare esclusivamente una legittimazione formale derivante dalla legge, né operare attraverso azioni orientate al mero assolvimento dei compiti espliciti, ma sono chiamati a guadagnare una legittimazione «sostanziale» sul campo, in ragione del raggiungimento degli obiettivi, sempre più condivisi e partecipati, e quindi dell'efficacia e dell'efficienza della propria azione. La «legittimazione» non è più determinata solo dalle norme, ma viene a dipendere in larga parte dalla capacità di fissare obiettivi condivisi di politiche pubbliche, di assicurarne l'implementazione amministrativa, di mediare, in vista della concreta decisione, tra una vasta gamma di interessi pubblici e privati, di adempiere i nuovi compiti con competenza tecnica e con cognizioni scientifiche appropriate.

La trasformazione è già avvertita con grande chiarezza dagli operatori che sono in prima linea nelle amministrazioni. Una ricerca della Funzione Pubblica, effettuata su un campione amplissimo di dirigenti delle amministrazioni di tutti i livelli di governo, e da poco pubblicata in volume, ha dimostrato che in media essi percepiscono già oggi il loro come un ruolo di decisione e di relazione piuttosto che di gestione diretta nel vecchio senso (10).

---

(7) N. BOBBIO, *La grande dicotomia: pubblico/privato*, in Id., *Stato, governo, società*, Torino 1985.

(8) G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1997, n. 117-118.

(9) A. BAGNASCO, *Tracce di comunità*, Bologna 1999.

(10) Dipartimento della Funzione Pubblica, *La dirigenza pubblica: il mercato e le competenze dei ruoli manageriali*, Soneria Mannelli 2003.

È di tutta evidenza come queste evoluzioni, comuni a tutto il mondo sviluppato, il cui carattere non è certamente contingente, comportino quello spostamento dei criteri di legittimazione, dal piano formale a quello sostanziale, cui si accennava poc'anzi. Il nuovo paradigma viene a poggiare su due pilastri, che sono fra i principi ispiratori del *reinventing government* intorno a cui si sono composti i processi di riforma amministrativa di tutti Paesi dell'area OCSE: il principio di responsabilità e quello di *accountability*.

Secondo i nuovi criteri di gestione, largamente basati sulla fissazione di chiari obiettivi e sulla valutazione (qualitativa oltre che quantitativa) dei risultati, ciascun attore amministrativo è responsabile, nell'ambito delle proprie attribuzioni, dei risultati che deve produrre ed è chiamato a rispondere del suo operato ai suoi diretti interlocutori: il politico all'elettorato, il *manager* pubblico ai politici, le pubbliche amministrazioni ai cittadini e ai contribuenti. Si innesca, così, un circuito virtuoso, orientato alla creazione di *value for money*. Ed i risultati, si badi, non sono più solo e tanto quelli del «prodotto amministrativo» diretto, ma anche e soprattutto quelli «di sistema», ottenuti mettendo «in rete» tutti gli attori, pubblici e privati, impegnati nella soddisfazione di un bisogno collettivo.

Le nuove pubbliche amministrazioni devono essere, quindi, socialmente responsabili e dimostrare le proprie *performances*, valutabili secondo determinati criteri (efficienza, efficacia, economicità), che diano conto della realizzazione di un programma prestabilito, presentato pubblicamente e moralmente impegnativo. Devono, per usare l'espressione che ha ispirato una recente iniziativa sul bilancio sociale, «rendere conto ai cittadini» (11).

*Apertura, partecipazione, responsabilità, efficacia e coerenza, insieme a proporzionalità e sussidiarietà*: sono questi i nuovi principi su cui rimodellare l'azione collettiva che stanno alla base della *buona governance* e delle innovazioni proposte dalla Commissione UE nel suo già menzionato Libro bianco, che in un passo breve ma significativo icasticamente osserva: «Ciascuno di essi è essenziale al fine di instaurare una governance più democratica ... costituiscono il fondamento della democrazia e del principio di legalità negli Stati membri, ma si applicano a tutti i livelli di governo: globale, europeo, nazionale, regionale e locale» (12).

Questi cinque principi possono, dunque, essere assunti come coordinate interpretative condivise, in ambito europeo, del concetto di *governance* pubblica; essi possono diventare valori di riferimento su cui sviluppare le diverse azioni per l'implementazione dei nuovi strumenti e per la promozione delle nuove modalità d'azione pubblica sottese alla riforma amministrativa.

A tali principi si ispira il Dipartimento della Funzione Pubblica, che sta sviluppando specifiche azioni di promozione degli strumenti innovativi di

---

(11) Il riferimento è al volume dedicato all'introduzione, in ambito pubblico, dello strumento del bilancio sociale: Dipartimento della Funzione Pubblica, *Rendere conto ai cittadini*, Napoli 2004.

(12) Commissione europea, *Libro bianco sulla governance europea*, 2001.

*governance* nelle pubbliche amministrazioni italiane: si pensi, oltre al già citato volume sulla rendicontazione sociale in ambito pubblico, ai manuali prodotti di recente sulla consultazione nei processi decisionali inclusivi e sulla definizione dei piani di comunicazione (13).

È un impegno portato avanti con convinzione, nella consapevolezza che, a dispetto dell'evoluzione della riflessione culturale (di cui, seppure sinteticamente, si è cercato in queste righe di dar conto), si rischia il permanere di un concetto troppo vago e polisenso di *governance*, ove non si forniscano alle amministrazioni elementi di consapevolezza e strumenti operativi qualificanti.

Di questo impegno è ulteriore testimonianza la recente indagine su «*La public governance in Europa*», realizzata dal Formez; un'indagine che può essere di grande utilità per quanti, studiosi, politici, amministratori, dirigenti pubblici vogliono confrontarsi con questo tema. L'indagine, infatti, attraverso una lettura critica, individua alcuni degli istituti e degli strumenti più diffusi e funzionali della *governance* in diversi Stati dell'Unione Europea, sviluppando, inoltre, un'analisi comparativa su due classici processi di *governance*, quali quelli della pianificazione strategica e della programmazione negoziata.

I *report* nazionali, senza voler essere esaustivi, considerato il tempo di realizzazione dell'indagine e la finalità di presentazione di buone pratiche, propongono un inquadramento degli assetti istituzionali, degli strumenti e degli istituti «peculiari» della *public governance*, così come declinata nei singoli Stati, seguendo l'approccio dei *case study* per la trattazione di diverse esperienze di interesse.

Vengono esaminate alcune esperienze di buona *governance* nei processi di pianificazione, programmazione e controllo, con la messa in opera di alcuni tipici strumenti del *new public management*; nelle modalità di gestione e regolazione dei servizi pubblici e nelle forme di contrattualizzazione delle attività amministrative; ed, infine, nella cooperazione fra diversi livelli di governo e diverse strutture amministrative.

Per ciascuno dei macroambiti appena indicati sono stati sviluppati due casi di studio per ogni Paese, di cui uno riferito al livello centrale di governo e l'altro a quello locale, mirando all'individuazione, per ciascuno di essi, dei punti di forza e di debolezza delle soluzioni adottate, alla loro sostenibilità, al confronto con analoghe esperienze della realtà italiana e alla proposizione di eventuali elementi di trasferibilità.

Ne emerge un quadro estremamente interessante e variegato, in cui, pur scontando la diversità degli scenari storici ed istituzionali dei diversi sistemi amministrativi, si scorgono alcuni elementi di affinità nel processo di evoluzione delle filosofie e delle tecniche di amministrazione nei diversi contesti.

---

(13) Dipartimento della Funzione Pubblica, *Il piano di comunicazione nelle amministrazioni pubbliche*, Napoli 2004; Id., *A più voci*, Napoli 2004.

È il caso, solo per fare gli esempi più rilevanti, dell'introduzione di strumenti incentivanti le *performance* pubbliche, dell'esternalizzazione di servizi e funzioni, della contrattualizzazione dei rapporti, del decentramento amministrativo, della cooperazione interistituzionale.

Tutti elementi che, seppur declinati in forme e modalità diverse sulla base delle specificità delle singole realtà, forniscono proficui spunti di riflessione anche per l'amministrazione italiana, nell'ottica di un confronto allargato; confronto oggi sempre più necessario per una pubblica amministrazione che è chiamata a modificare il proprio ruolo ed a far crescere i suoi rendimenti, per farsi promotrice e del benessere collettivo in questo difficile momento di transizione.

## Autorità indipendenti e tutela giurisdizionale

di *Valentina Di Vincenzo*

**SOMMARIO:** 1. *Natura delle Autorità indipendenti* – 1.1. *Le autorità e il nuovo modello di amministrazione* – 2. *Identificazione del Giudice delle autorità indipendenti* – 2.1. *La giurisdizione ante D.Lgs. 80/1998* – 2.2. *Giurisdizione post D.Lgs 80/98 e L. 205/2000* – 3. *Limiti del sindacato giurisdizionale* – 3.1. *Discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica: sindacato giurisdizionale* – 3.2. *Forme di sindacato sull'attività discrezionale tecnica* – 3.3. *Forme di sindacato esercitabili sui provvedimenti delle autorità indipendenti* – *Conclusioni*.

### 1. — *Natura delle Autorità indipendenti.*

Le autorità amministrative indipendenti rappresentano un modello organizzativo non omogeneo cui il legislatore ha, negli ultimi anni, fatto frequentemente ricorso per la regolazione e la vigilanza di particolari settori ordinamentali, caratterizzati dalla presenza di diritti fondamentali dei cittadini meritevoli di tutela contro eventuali abusi provenienti sia dal potere esecutivo che dal mercato. La mancanza di omogeneità delle stesse ha portato a considerarle non un istituto, ma un fenomeno giuridico (1) nato e ampliatosi sotto la spinta dell'esigenza di autonomia e neutralità diversamente configurata secondo le necessità operative e il momento politico. A conferma di quanto detto basti rilevare che non esiste una legge che ne disciplini gli aspetti comuni e che gli unici referenti normativi, legge 59/1997 e, più di recente, legge 205/2000 (2), che in termini generali si occupano delle Autorità indipendenti sono privi di qualsiasi addentellato idoneo ad agevolare la definizione dei connotati comuni degli organismi *de quibus*.

A fondamento della nascita e dello sviluppo del fenomeno delle Autorità indipendenti vi è da un lato l'incapacità dell'organizzazione amministrativa tradizionale a provvedere e gestire settori c. d. sensibili, coinvolgenti la tutela di interessi di particolare rilevanza costituzionale (3), dall'altro la necessità

---

(1) L'eterogeneità del fenomeno è evidenziata da G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 645 ss.

(2) Art. 2, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59 (la c.d. *legge Bassanini Uno*), attuata con il D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 112, ha escluso dal conferimento di funzioni e compiti dallo stato alle regioni e agli Enti locali «i compiti di regolazione e controllo già attribuiti con legge statale ad apposite autorità indipendenti» e l'art. 4 della legge 21 luglio 2000, n. 205, ha reso applicabile il modello accelerato di processo amministrativo, tra l'altro, alle controversie sui «provvedimenti adottati dalle autorità amministrative indipendenti»

(3) Per interessi di particolare rilevanza costituzionale si intendono, ad esempio, pluralismo nella stampa (Garante dell'editoria, l. 416/1981); la concorrenza nel mercato (Autorità garante della concorrenza e del mercato, l. 287/1990); la difesa dei risparmiatori nel mercato mobiliare (Consob, d.l. 95/1974, conv. in l. 216/1974, l. 281/1985).

di intervenire già in fase preventivo-fisiologica (non soltanto successivo-patologica, mediante l'intervento dell'autorità giudiziaria) in settori nevralgici, quali quelli interessati dall'attività delle *Authorities*.

Si è resa necessaria, quindi, la creazione di organismi dotati di un alto grado di specializzazione tecnica e indipendenti, muniti, cioè, di una posizione di terzietà, di neutralità e di indifferenza rispetto agli interessi dagli stessi curati a cui all'uopo attribuire poteri normativi, amministrativi e paragiurisdizionali (4). Tale esigenza è risultata ancora più forte nel momento in cui si è assistito, per opera del processo di privatizzazione, all'arretramento dello Stato dal mercato e al tramonto del modello pubblico dirigitico: il rischio della nascita di monopoli privati, più aggressivi e spregiudicati di quelli pubblici, ha reso indispensabile la creazione di organismi «neutrali» di regolazione e garanzia dei settori abdicati dallo Stato.

La neutralità dell'agire e la conseguente indipendenza dal potere politico delle autorità, caratteri che più o meno accentuatamente sono propri di tutte le Autorità, conducono a riflettere sulla loro natura e collocazione istituzionale.

Va, in primo luogo, chiarito che la nozione di neutralità si distingue da quella di imparzialità (5).

L'imparzialità, propria dell'agire dell'amministrazione in senso classico, *ex art. 97 Cost.*, esprime la posizione di un soggetto pubblico che nel perseguimento dell'interesse pubblico primario, dato teleologico, mantiene un atteggiamento di equidistanza e non discriminatorio rispetto agli interessi pubblici secondari o privati coinvolti nel suo agire; la neutralità, invece, contraddistingue la posizione del soggetto che agisce in una situazione di indifferenza rispetto a tutti gli interessi, pubblici o privati, in gioco. Il soggetto neutrale, quindi, non risulta assegnatario di un interesse pubblico da perseguire, le sua azione del tutto «disinteressata» è quella di garantire la realizzazione del più generale e superiore interesse alla applicazione della legge.

In forza della diversa prospettiva teleologica emerge come il soggetto pubblico imparziale e quello neutrale presentino diversità strutturali di notevole rilievo. L'organo imparziale si colloca fisiologicamente nell'apparato amministrativo classico, condividendone il necessario raccordo con il vertice politico, a cui si riconduce la responsabilità politica dell'azione amministrativa verso il governo, *ex art. 95 Cost.*, di contro, l'organo neutrale, non dovendo realizzare un interesse pubblico, ma essendo il suo agire disinteressato, è sottratto dal controllo dei vertici amministrativi e alla conseguente responsabilità del Governo verso il Parlamento.

---

(4) Cfr., F. LONGO, *Ragioni e modalità dell'istituzione delle Autorità indipendenti*, in CASSESE-FRANCHINI, Bologna, 1996, 13; F. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, in *Diritto Amministrativo*, 1996, 4.

(5) Cfr. F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 786 ss.; V. CAIANELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società*, in *Foro amm.*, 1997.

### 1.1. *Le Autorità e il nuovo modello di amministrazione.*

Una volta chiarito che le *Authorities* sono indipendenti dal potere politico, bisogna domandarsi, ai fini della determinazione della natura giuridica delle stesse, se vi sia inconciliabilità tra nozione di amministrazione e indipendenza e, più in particolare, se le funzioni di volta in volta svolte dalle stesse siano caratterizzate da una neutralità e terzietà tale da escluderne l'ascrivibilità al novero delle amministrazioni per assimilarle alla figura dell'organo giurisdizionale. Ci si interroga, in altri termini, se ad un'indipendenza di tipo ordinamentale si affianchi anche quella di tipo funzionale.

La problematica su esposta non ha un valore puramente dogmatico in quanto dalla diversa soluzione discendono conseguenze in ordine all'applicabilità della legge sul procedimento amministrativo, legge 241/1990, all'ammissibilità di poteri governativi di direttiva e di annullamento, *ex art. 2, comma 3, lett. p)*, legge 400/1988 (ora D.Lgs. 267/2000), all'estensività del rimedio giustiziale del ricorso straordinario al Capo di Stato, *ex art. 14 del d.P.R. 1199 del 1971 (6)*.

Per quanto riguarda il primo quesito (coniugabilità dell'indipendenza con la nozione di amministrazione) la risposta non può che essere positiva tanto se si esamina da un punto di vista solamente teorico, senza riferirsi ad un ordinamento determinato, tanto se si abbia riguardo all'ordinamento italiano. Non vi è, infatti, una astratta e aprioristica inconciliabilità tra amministrazione e il carattere di indipendenza e, in particolare, l'ordinamento italiano riconosce accanto ad una amministrazione dipendente dal potere del Governo, c.d. amministrazione «servente», desumibile dal principio di responsabilità politica dei Ministri per gli atti dei rispettivi dicasteri, *ex art. 95 Cost.*, un'amministrazione come apparato direttamente regolato dalla legge e sottratto al potere di controllo del Governo. Alla base di quest'ultima concezione di amministrazione vi sono i principi costituzionali della riserva di legge in materia di organizzazione dei pubblici uffici, dell'imparzialità e buon andamento, *ex art. 97*, della necessaria osservanza delle procedure concorsuali per l'accesso ai pubblici impieghi, *ex art. 97, 3° comma*, nonché, del principio per cui i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della nazione, *ex art. 98*.

---

(6) Dal riconoscimento della natura amministrativa discende, infatti, l'applicabilità della legge 241/1990. Più problematico, invece, risulta, nonostante la natura amministrativa degli organi *de quibus*, ammettere la possibilità del ricorso straordinario al Capo dello Stato. Il rimedio è, infatti, caratterizzato da un incisivo potere di intervento del Ministro proponente e del Consiglio dei Ministri, che con la sua deliberazione, legittima il discostamento del primo dal parere del Consiglio di Stato. Ciò comporta il rischio di una pesante interferenza politica nell'agire neutrale delle autorità ed è per questo che alcuni autori hanno negato l'esperibilità del ricorso straordinario avverso gli atti delle autorità indipendenti. Altri, più opportunamente, hanno distinto un modello forte di autorità indipendenti, operanti in settori tutelati a livello costituzionale (libertà del mercato) che non tollerano ingerenze politiche e avverso i cui atti non è esperibile il ricorso al Capo dello Stato, dal modello debole che sarebbe sottratto al potere di indirizzo politico, ma non a quelli speciali, tra cui il ricorso *de quo*. Lo stesso discorso vale per altri poteri eccezionali attribuiti al governo, quale quello di annullamento degli atti amministrativi. Vedi L. MAZZAROLI, *Ricorso straordinario e amministrazioni indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, 3, 393.

Più problematico risulta esaminare la natura delle funzioni svolte dagli organismi *de quibus* per valutare se gli stessi rientrano nella nozione di amministrazione (nell'accezione ampia considerata), stante la disomogeneità del fenomeno e l'impossibilità di una *reductio ad unitatem*.

Non vi è dubbio, infatti, che in alcuni casi le funzioni svolte dalle autorità indipendenti siano marcatamente amministrative. In tali casi, quindi, la peculiarità dell'agire delle Autorità non risiede nella natura dell'attività, quanto piuttosto dall'elevato tasso di indipendenza valutativa di cui godono e dalle particolari competenze tecniche di cui sono dotate (7).

In altri casi, invece, le funzioni svolte sono giurisdicenti (8) riconducibili al potere normativo (adozione di veri e propri regolamenti ad efficacia esterna in attuazione di una norma primaria), regolatore (adozione di prescrizioni, prive di natura regolamentare, disciplinanti il settore di riferimento) ovvero di controllo e monitoraggio, di accertamento, di risoluzione di conflitti e sanzionatori.

Si può giungere, quindi, alla conclusione che la sottrazione al principio di soggezione e di responsabilità politica, *ex art. 95 Cost.*, è possibile solo ove le Autorità svolgano attività giurisdicenti; di contro, allorché pongano in essere attività di discrezionalità pura, sostanzandosi nella comparazione imparziale degli interessi in rapporto all'interesse pubblico ultimo da perseguire, opererà il meccanismo di responsabilità, *ex art. 95 Cost.* L'art. 95, in altri termini, non scolpisce una inderogabile regola di dipendenza dell'amministrazione al governo, con la conseguente responsabilità di quest'ultimo, ma prevede che nel solo caso in cui sia ravvisabile tale dipendenza amministrazione-governo, i membri di quest'ultimo, individualmente o collegialmente, siano chiamati a risponderne.

In ultima analisi, fino a quando non interverrà una modifica costituzionale nel senso di prevedere le Autorità come potere a sé stante, le Autorità, sebbene munite nello svolgimento di alcune loro funzioni della «perfetta» neutralità e terzietà, devono considerarsi rientranti nella nozione ampliata e non servente di amministrazione.

---

(7) Basti pensare all'Autorità di regolazione di servizi di pubblica utilità, istituita con legge 14 novembre 1995, n. 485, cui sono attribuite potestà tariffarie, di indirizzo, di determinazione dei livelli generali e specifici di qualità di servizi. In questo caso seppur l'indipendenza è enunciata, *ex art. 2, comma 5°*, a norma del quale «le autorità operano in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione», risulta attenuata dal relativo procedimento di nomina nel cui ambito la determinazione finale è rimessa alla deliberazione del Consiglio dei Ministri, *ex art. 2 comma 7°*, e dalla prevista necessità che le Autorità tengano conto degli indirizzi di politica generali formulati dal Governo, *ex art. 1*.

(8) Si pensi all'Autorità antitrust, istituita con legge 10 ottobre 1990, n. 287, che si contraddistingue per il fatto di essere titolare di tipiche funzioni contenziose, nel cui espletamento assume la veste di arbitro, chiamato a verificare mediante un percorso sillogistico condotto in conformità a parametri dell'analisi economica, oltre che giuridica, la riconducibilità dei casi concreti alle ipotesi previste dal legislatore (abuso di posizione dominante, pubblicità ingannevole).



Pertanto, nonostante non sia mancato chi in dottrina abbia sostenuto che le autorità sarebbero dotate di funzioni giurisdizionali e in quanto tali sottratte al sindacato giurisdizionale proprio degli organi giurisdizionali, la dottrina maggioritaria afferma la natura amministrativa delle stesse.

Le argomentazioni sono state le più varie: c'è chi (9) ha sostenuto che non esiste un quarto potere dello Stato, oltre quello legislativo, giurisdizionale e amministrativo e che inevitabilmente, a costituzione invariata, gli organismi devono essere ricondotti alla amministrazione; chi (10), invece, ha ritenuto che l'attività amministrativa possa essere definita solo mediante criterio residuale per cui tutto ciò che non è di competenza dei giudici né delle camere non può che essere attività amministrativa anche se consistente in atti normativi o in attività decisorie.

Dello stesso avviso è anche la giurisprudenza tanto del Supremo organo amministrativo (11), quanto del Giudice di legittimità (12).

Il primo, dopo aver rilevato che le Autorità sono chiamate ad operare in piena autonomia rispetto agli apparati dell'esecutivo e ad ogni organo dell'amministrazione, afferma che «nell'attuale assetto costituzionale, la funzione di garanzia delle Autorità indipendenti è incardinata nella funzione amministrativa», ciò sulla base del fatto che si collocano al di fuori dell'ambito dell'art. 102 della Costituzione e che le norme ne conformano l'attività secondo i criteri propri dell'attività amministrata (concretezza, spontaneità e discrezionalità).

La Corte di Cassazione riconosce, nella specie al garante della *privacy*, la legittimazione passiva processuale, esclusa dal Tribunale di Roma stante l'attribuzione della natura di giudice allo stesso.

La Corte precisa, infatti, che, sebbene le autorità indipendenti possano adottare provvedimenti decisori, non sono dei giudici, ma fanno parte della pubblica amministrazione; ciò comporta che possano partecipare come parti ai processi promossi da chi impugna le loro decisioni. Si aggiunge che la natura paragiurisdizionale attribuita alle *Authorities* ha solo valore descrittivo, serve, cioè, ad esprimere l'indipendenza di cui sono dotate, ma assolutamente non rappresenta un quarto potere diverso da quello amministrativo.

Si prende atto da quanto emerge sia in dottrina che in giurisprudenza che vi è una differenza sostanziale e insuperabile tra organo giudiziario e organo amministrativo, differenza che si riverbera sugli atti dagli stessi adottati. Il giudice è quel soggetto pubblico che, esercitando quel tipico procedimento che è il processo giudiziario, dà luogo ad una decisione su diritti suscettibile di assurgere alla definitività del giudicato, al di fuori di qualunque altro controllo da parte di altro e diverso organo o potere dello Stato,

---

(9) G. GUARINO, *Le autorità garanti nel sistema giuridico*, in *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, I, Firenze, 1997, 36.

(10) G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, I, Firenze, 1997, 150-153.

(11) Cons. Stato, Comm. Speciale 29 maggio 1998, in *Foro amm.*, 1999, 415.

(12) Cass., Sez. I Civ., 20 maggio 2002, n. 7341.

di contro, sebbene sia vero che anche alle pubbliche amministrazioni è dato di provvedere su diritti in forme che la dottrina definisce giustiziali, i loro provvedimenti non hanno mai natura giurisdizionale in quanto avverso essi vi è sempre la possibilità di una sottoposizione al vaglio di un giudice e ciò fa desumere che il potere di attuare la legge, affidato a tali organi, non è comunque definitivo.

## 2. *Identificazione del Giudice delle autorità indipendenti.*

Dalla natura amministrativa delle autorità indipendenti e dalla conseguente natura amministrativa degli atti dalle stesse adottate si desume l'ammissibilità del controllo giurisdizionale su quest'ultimi, *ex art.* 113 Cost..

A fondamento del controllo giurisdizionale sui provvedimenti adottati dalle autorità indipendenti risiede anche una ragione di ordine sostanziale. Non vi è chi non veda che gli organismi in questione, soprattutto, quando, per l'assoluta indipendenza loro garantita, oltre che per le oggettive caratteristiche delle funzioni espletate, non siano ascrivibili al novero delle pubbliche amministrazioni in senso classico, pongono in termini gravissimi il problema del controllo (tanto più se si tien conto dello spessore e dell'entità degli interessi sulla cui sfera incide la loro attività). Pertanto, in assenza di forme di sindacato in qualche modo raccordabili al circuito politico parlamentare, *ex art.* 95 Cost., quell'esigenza non può che essere soddisfatta imponendo che l'esercizio di tale funzione «giusdicente» (da intendersi nei termini suddetti), in via preventivo-fisiologica, abbia luogo nel rispetto dei principi del contraddittorio, della trasparenza e della motivazione e che, in via successivo-patologica, sia ammesso sul risultato dell'attività espletata un sindacato giurisdizionale.

In altri termini, si sostiene che l'indipendenza «guadagnata» nello svolgimento di alcune funzioni (paragiurisdizionali o giusdicenti) non può che riverberarsi in un controllo addirittura più pregnante dell'usuale sugli atti, risultato finale dell'attività svolta. Le autorità indipendenti sono organismi eccentrici rispetto all'amministrazione intesa in senso classico e, quindi, essendo estranei al meccanismo amministrazione-Governo-Parlamento (per il quale l'amministrazione, attraverso il governo finisce per rispondere del suo operato davanti al Parlamento e, in ultima analisi, davanti al corpo elettorale), agiscono liberamente nel senso che il loro operato non è inquinato dalla tendenza del gioco parlamentare a veder tutelati gli interessi della maggioranza per assicurarsi l'«impunità»: ciò comporta che soprattutto per dette funzioni il sindacato giurisdizionale debba essere rafforzato più che eliminato.

### 2.1. *La giurisdizione ante D.Lgs. 80/1998.*

Bisogna chiarire, una volta appurata l'ammissibilità del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti delle autorità indipendenti, quali sia il giudice legittimato ad esercitarlo, ordinario ovvero amministrativo, e quale siano i limiti di tale sindacato.

L'analisi, punto centrale della trattazione, va condotta tenendo ben distinte due fasi che vedono come spartiacque il D.Lgs. 31 marzo 1998,

n. 80(13): quella *ante* D.Lgs. 80/1998, e quella *post* D.Lgs. 80/1998, in quest'ultima, si prenderanno in considerazione le modifiche apportate allo stesso dalla legge 21 luglio 2000, n. 205 (14).

Il sistema del riparto di giurisdizione *ante* D.Lgs. 80/1998 era abbastanza articolato in quanto nelle leggi istitutive delle singole autorità indipendenti si prevedeva o la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ovvero quella del Giudice ordinario ovvero, nel silenzio della legge, il riparto si fondava sul normale criterio della *causa petendi*.

Per la Banca d'Italia (15) – ma è controversa questa natura (16) – la competenza sui suoi atti spettava al giudice amministrativo come giudice generale sulla tutela degli interessi legittimi, mentre per le sanzioni in materia bancaria (formalmente irrogate dal Ministro del Tesoro – ora dell'Economia) dovrebbe essere competente in un unico grado la Corte di Appello di Roma e la Banca d'Italia sostiene decisamente questo riparto.

Per la CONSOB (17) e l'ISVAP (18) era competente il giudice amministrativo in base alle consuete regole di riparto della giurisdizione, poiché nelle varie leggi che li hanno conformati come ora essi sono, non vi è alcuna norma specifica sulla giurisdizione.

Per l'Autorità per la concorrenza ed il mercato (19) invece si è attribuita al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva, salvo che per l'azione di nullità e di risarcimento del danno conseguente in caso di accordi anticoncorrenziali, che devono essere proposte davanti alla Corte di appello competente per territorio (20).

---

(13) Il D.Lgs. 80/1998 «Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'art. 11, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59» è pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* 8 aprile 1998, n. 82, s.o. n. 65/L. Le disposizioni che qui interessano sono quelle inerenti al riparto di giurisdizione di cui agli art. 33, 34 e 35 del decreto legislativo e, in particolare, l'art. 33.

(14) La legge 205/2000 «Disposizioni in materia di giustizia amministrativa» è pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* 26 luglio 2000, s.o. La disposizione che qui interessa è l'art. 7 della legge stessa riguardante le modifiche agli art. 33, 34 e 35 del D. lgs. 80/1998.

(15) Cfr. R.D. 11 giugno 1936, n. 1067 «approvazione dello statuto della Banca d'Italia»

(16) Si è discusso sulla natura della Banca d'Italia proprio per la sua origine storica, antecedente al fenomeno della proliferazione delle autorità indipendenti. Dai più in dottrina e oramai all'unanimità in giurisprudenza si ammette la natura di autorità indipendente, stante la neutralità del suo agire e la conseguente indipendenza dal potere politico.

(17) Cfr. l. 7 giugno 1974, n. 216 che ha dettato le regole e disposizioni inerenti al mercato mobiliare ed al trattamento fiscale dei titoli; da ultimo il D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, integrante il testo unico delle disposizioni in materia finanziaria.

(18) Istituita con L. 12 agosto 1982, n. 576. Recentemente con il D.Lgs. 13 ottobre 1998, n. 373, sono state introdotte norme di razionalizzazione dell'Istituto.

(19) Istituita con legge 10 Ottobre 1990, n. 287.

(20) Naturalmente questo giudizio risarcitorio non va confuso con quello del risarcimento del danno eventualmente proposto nei confronti dell'Autorità che ha posto in essere il provvedi-

Per l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni(21) e per l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas(22), con le relative leggi istitutive, è stata stabilita la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; viceversa, pur essendo incontestata la sua natura di autorità indipendente, per gli atti dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali(23) è competente il giudice ordinario, anche se il giudice amministrativo ha ritenuto che resta ferma la sua giurisdizione esclusiva, laddove si verte in tema di accesso alla documentazione amministrativa concernente i dati predetti, ai sensi della legge sulla *privacy*, in base all'art. 25 della legge n. 241 del 1990.

Vi è inoltre la Commissione di garanzia per l'attuazione delle leggi sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali(24), che pur potendo essere ascrivibile nel novero delle autorità indipendenti, specie per effetto della recente legge 11 aprile 2000, n. 83, non viene comunemente considerata tale. Comunque, per quanto qui interessa, l'art. 15 di detta legge ha attribuito, per l'impugnazione delle sanzioni irrogabili, la giurisdizione al giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro e così dovrebbe essere, secondo la dottrina, anche per gli altri atti della commissione previsti dalla stessa legge.

Vi sono poi una serie di organi, di agenzie, spesso denominate commissioni, che sicuramente non sono in senso tecnico autorità indipendenti(25).

---

mento dichiarato illegittimo, giudizio che dopo la legge 205 del 2000 è attribuito alla giurisdizione amministrativa a completamento della tutela di legittimità e, a maggior ragione, alla giurisdizione esclusiva. Si tenga presente, inoltre, un'ulteriore particolarità. La legge richiama in materia sanzionatoria la l. 689/ 1981, che prevede la giurisdizione del giudice ordinario. Nonostante la dottrina sia divisa, la giurisprudenza, dopo prime oscillazioni, è concorde nell'affermare che il rinvio sia procedurale, e non fonda la giurisdizione. La giurisdizione è quella esclusiva del G.A. il rito che si seguirà è quello stabilito dalla legge richiamata. Si giustifica ciò ponendo l'accento sul fatto che la sanzione non è altro che l'espressione ultima e più concreta dell'attività posta in essere dall'Antitrust.

(21) La precedente struttura del garante per l'editoria, istituito dall'art. 6 della l. 5 agosto 1981, è stata sostituita con l'istituzione dall'autorità per le telecomunicazioni, ex art. 2 della l. 481/ 1995, che ha trovato regolamentazione definitiva con la l. n. 249 del 1997 e con il successivo d.P.R. n. 318 del 1997.

(22) Istituita con l. 14 novembre 1995, n. 481.

(23) Istituita con legge 31 dicembre 1996, n. 675, oramai sostituita dal c.d. codice della *privacy*, D. lgs. 30 giugno 2003, n. 196, entrato in vigore il 1° gennaio 2004.

(24) Istituita con legge 12 giugno 1990, n. 146.

(25) Ad esempio non si tratta di autorità indipendenti, ma di uffici organizzativi nel caso dell'A.I.P.A., autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione, che, nonostante il nome, riveste soltanto funzione di programmazione e di organizzazione. Lo stesso discorso vale per l'Agenzia per i servizi sanitari nazionali regionali, che costituisce uno strumento organizzativo del Ministero della Sanità con compiti di supporto delle attività regionali. Ancora non sono considerate autorità indipendenti le diverse Agenzie: A.N.P.A.: agenzia nazionale per la protezione ambientale; Agenzia per la protezione civile; L'A.R.A.N.: agenzia per la rappresentanza sindacale delle pubbliche amministrazioni. Si escludono dal novero delle autorità anche le Commissioni di vigilanza, quale la Commissione di vigilanza sui fondi pensione. Per un maggior approfondimento si guardi P. SANDULLI, *Autorità indipendenti e controllo giurisdizionale*, in *Giusto processo civile e procedimenti decisorii sommari*, a cura di Lanfranchi, Torino, 2001, 223 ss.

E tra questi viene annoverata anche l'Autorità di vigilanza per i lavori pubblici (26) da parte della dottrina, mentre la giurisprudenza del giudice amministrativo, con il conforto implicito della Corte Costituzionale, la considera autorità amministrativa indipendente.

È facile notare dalla rassegna, certo non esaustiva e completa, in tema di giurisdizione sui provvedimenti delle *Authorities* che già prima del D.Lgs. 80/1998, il legislatore, nelle specifiche leggi istitutive delle autorità, avesse optato per la giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo. Diverse sono le ragioni a fondamento di tale scelta.

In primo luogo, si è riscontrata la difficoltà di applicazione del normale criterio di ripartizione basato sulla dicotomia carenza-assenza di potere, in quanto le valutazioni espresse dagli organismi in questione sono connotate da discrezionalità tecnica implicante il problema della degradabilità o meno del diritto in interesse legittimo. Si deve innanzitutto precisare che il problema è mal posto perché non si tratta di valutare la capacità della discrezionalità tecnica di sortire o meno l'affievolimento di un diritto in interesse legittimo, quanto di valutare la natura del potere, degradatorio o meno del diritto, che viene esercitato sulla scorta delle valutazioni tecniche acquisite. La discrezionalità tecnica è un'attività neutra, quindi se il potere esercitato sulla scorta e dopo le acquisizioni tecniche è connotato da discrezionalità amministrativa pura si avrà sicuramente affievolimento, se è, per contro, un potere vincolato, si dovrà distinguere a seconda che venga esercitato a favore del privato ovvero a favore della collettività per il perseguimento di un interesse pubblico: nel primo caso si vanterà una posizione di diritto soggettivo, nel secondo di interesse legittimo (27).

In secondo luogo è rinvenibile una seconda difficoltà derivante dal fatto che i provvedimenti delle autorità indipendenti intervengono nei rapporti tra privati. Da ciò consegue che due potrebbero essere i possibili oggetti del giudizio: il provvedimento (la legittimità dello stesso) con conseguente giurisdizione del G.A. ovvero il rapporto sottostante (la liceità dello stesso) con seguente giurisdizione del G.O. Ulteriore problema nasce dal fatto che le stesse funzioni svolte dalle autorità coinvolgono diritti primari che, in quanto tali, vengono definiti indegradabili.

---

(26) Istituita con legge n. 109/ 1994 (legge Merloni), successivamente modificata dalle leggi n. 216/1995 e 415/1998.

(27) Si tenga conto che in dottrina c'è chi sostiene che avverso i provvedimenti delle autorità indipendenti l'unica posizione vantabile sarebbe quella di interesse legittimo con conseguente giurisdizione, nonostante la lettera della legge, di legittimità. Vedi sul punto P. SANDULLI, *op. cit.*, 240. Di contro, c'è chi sostiene che l'attività discrezionale tecnica delle autorità indipendenti, caratterizzata dalla mancanza della comparazione degli interessi in gioco al fine della realizzazione dell'interesse pubblico primario, spingerebbe a rappresentare le situazioni giuridiche nei confronti delle determinazioni delle autorità *de quibus* come diritti soggettivi. Vedi A. TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive e decisioni delle amministrazioni indipendenti*, in *Dir. Amm.*, 2002, 3, 459.

In ultimo si è voluto consentire un sindacato più pieno rispetto a quello esercitato dal giudice amministrativo in sede di legittimità, in quanto limitato al solo annullamento dell'atto illegittimo (28).

## 2. 2. *Giurisdizione post D.Lgs 80/98 e legge 205/2000.*

Così stavano le cose anteriormente all'entrata in vigore dell'articolo 33 del D.Lgs. n. 80 del 1998 e soprattutto sino all'avvento della legge n. 205 del 2000, che ha dissipato molti dubbi. In primo luogo va messo in evidenza che l'art. 4 lett. *d* della predetta legge ha definito, o meglio ha qualificato come autorità amministrative le autorità indipendenti, laddove nella varia legislazione non appariva mai detta qualificazione, che così ha una indubbia ricaduta positiva sulla giurisdizione del giudice amministrativo. Per altro questa norma ha previsto, per i giudizi aventi ad oggetto i provvedimenti adottati appunto dalle autorità amministrative indipendenti, un rito abbreviato-acceleratorio.

Tale norma è stata interpretata da parte della dottrina, seppur minoritaria, come fondante la giurisdizione del giudice amministrativo ogni qual volta il giudizio avesse ad oggetto un provvedimento di un autorità indipendente (29).

Si è sostenuto infatti che, essendo la legge 205 una legge generale di riforma della giustizia amministrativa, risulterebbero abrogate (per incompatibilità, mancando una previsione espressa di abrogazione) tutte le disposizioni particolari precedenti che si sono succedute in materia di amministrazioni che rientrano nella categoria delle autorità indipendenti, con la conseguenza che sarebbero sottoposte alla giurisdizione del giudice amministrativo, salvo la difficoltà per detto giudice di qualificare una determinata entità come autorità amministrativa indipendente, trattandosi di settore caratterizzato da rilevanti profili di disomogeneità e di mutevolezza. Pertanto si dovrebbe pervenire alla conclusione che, essendo sicuramente da qualificare come autorità indipendente l'Autorità garante per la tutela dei dati personali, gli atti e provvedimenti emanati dalla stessa non potrebbero più essere impugnati davanti al giudice ordinario, come pure previsto dalla anteriore legge istitutiva, ma dovrebbero esserlo davanti al giudice amministrativo.

Non risulta che il giudice amministrativo, o quello ordinario, abbiano emanato qualche pronuncia in tal senso.

Però l'anzidetta interpretazione non sembra condivisibile.

---

(28) Si deve far presente, ad onor di cronaca, che prima del D.Lgs. 80/1998 il sindacato svolto dal giudice amministrativo, sebbene in sede di giurisdizione esclusiva, era meno pieno rispetto a quello attribuito al giudice ordinario: gli era precluso infatti l'utilizzo della consulenza tecnica di ufficio (mezzo introdotto nel processo amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva con il D.Lgs.80/1998 nel processo e in sede di giurisdizione di legittimità con l'art. 16 della legge 205/2000). Si voleva, in altri termini, rendere meno penetrante il controllo sui provvedimenti delle autorità indipendenti.

(29) MERUSI, *Giustizia amministrativa*, cit.

La norma dell'art. 4 della legge n. 205 citato, come ha osservato altra dottrina più convincente sul punto, si preoccupa invero di disciplinare il processo amministrativo e non il riparto di giurisdizione; essa presuppone, sulla base di norme stabilite «*aliunde*», la giurisdizione, ma non la fonda.<sup>(30)</sup> Con la conseguenza che la disciplina dell'art. 4 non opera per le autorità i cui atti e comportamenti siano soggetti alla giurisdizione del giudice ordinario per effetto di norme speciali, ovvero siano attribuiti alla giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo in base ai criteri generali del riparto di giurisdizione.

In definitiva, ritornando al tema di fondo sull'ambito della giurisdizione esclusiva delle autorità amministrative indipendenti, l'art. 4 della legge 205, pur avendo il grande merito di avere qualificato le dette autorità come amministrative, chiarendo così ogni dubbio sulla loro natura e sulla impugnabilità dei loro provvedimenti, avrebbe lasciato le cose come stanno sul tipo di giurisdizione cui sono sottoposti i loro atti, non facendo sul punto quella necessaria chiarezza, per cui è auspicabile l'intervento del legislatore.

In tema di giurisdizione la grande novità introdotta dopo il 1998 è costituita dall'articolo 33 del D.Lgs. n. 80, novellato dall'art. 7 della legge 205, che ha attribuito al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva su tutte le controversie sui pubblici servizi, ivi compresi quelli afferenti, tra gli altri, anche alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, attività riconducibile alle funzioni svolte dalla Banca d'Italia, dall'Isvap e dalla Consob. Si può, quindi, affermare che l'art. 33 opera in funzione ricognitiva della giurisdizione per quanto riguarda le autorità operanti nel settore delle telecomunicazioni e nel settore dei servizi di pubblica utilità e, precisamente, nei settori dell'energia e del gas (legge 481/1995), stante l'attribuzione già ante d.lgs. 80/1998 della giurisdizione esclusiva del G.A.; di contro, la sua funzione è innovativa-costitutiva per quanto attiene alle tre autorità su menzionate (Banca d'Italia, Isvap e Consob), la cui giurisdizione veniva determinata secondo il normale criterio della *causa petendi*.

Va, altresì, rammentato, come detto, che l'art. 33 D.Lgs. 80/1998 è stato modificato dall'art. 7 della legge 205/2000. In precedenza erano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie per i pubblici servizi ivi comprese quelle afferenti «al credito, alla vigilanza sulle assicurazioni, al mercato immobiliare», la legge 205/2000, *ex art. 7*, al fine di sanare l'eccesso di delega prospettato dalla Corte Costituzionale<sup>(31)</sup>, fa riferimento solo ed esclusivamente all'attività di vigilanza e precisamente «alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni- settore già in precedenza così determinato- sul mercato mobiliare». In altri termini si afferma che l'attività di vigilanza rientra nel concetto di servizio pubblico, mentre l'attività vigilata (attività economica delle banche, delle assicurazioni, delle società quotate in borsa che operano nel mercato mobiliare) non è *tout court* servizio pubblico. Da quanto detto

---

(30) F. CARINGELLA, *op. cit.*, 880.

(31) Corte Cost., 17 luglio 2000, n. 292.

discende che: *a*) si hanno due diverse accezioni di servizio pubblico, finale e strumentale (32); *b*) la distinzione tra attività di vigilanza e attività vigilata comporta l'operare dei due diversi giudici, amministrativo o ordinario, a seconda dell'oggetto del giudizio (attività di vigilanza è oggetto della giurisdizione esclusiva del G.A., attività vigilata, invece, della giurisdizione del G.O.); *c*) che non si esclude aprioristicamente, stante il carattere soltanto esemplificativo dell'art. 33 D.Lgs. 80/1998, che anche l'attività vigilata possa avere carattere di servizio pubblico e, quindi, rientrare nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (33).

In conclusione, per quanto riguarda il riparto di giurisdizione, rimangono in vigore le norme in tema di giurisdizione previste dalle leggi speciali (es., le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti del Garante della *privacy* rimangono alla giurisdizione esclusiva del giudice ordinario) e il D.Lgs. 80/1998, così come modificato con legge 205/2000, innova il riparto di giurisdizione solo per quanto riguarda le tre Autorità esaminate.

Giova infine rammentare che recentemente la Corte Costituzionale ha pronunciato una sentenza additiva-manipolativa con cui ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 33 e 34 del D.Lgs. 80/98, così come modificati dall'art. 7 della legge 205/2000, ritenendoli contrastanti con gli artt. 103, 25 e 102 Cost (34).

---

(32) Per servizio pubblico finale si intende l'attività che si concreta nell'erogazione di beni e servizi, per servizio pubblico strumentale si intende l'attività di controllo della correttezza dell'operato dei soggetti di un determinato settore, nel momento in cui concepisce il controllo come prestazione effettuata a favore della collettività.

(33) Si pensi all'attività di gestione dei crediti di scopo sociale (crediti speciali o agevolati) che impone il rispetto di una seria di obblighi sia nella fase di gestione che di erogazione.

(34) Corte Cost., 5 giugno 2004, n. 204. La Corte ha dichiarato, per quanto in questa sede importa, l'illegittimità costituzionale dell'art. 33, comma 1, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, come sostituito dall'art. 7, lettera *a*, della legge 21 luglio 2000, n. 205, nella parte in cui prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli» anziché «le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché»; ha dichiarato, inoltre, l'illegittimità costituzionale dell'art. 33, comma 2, del medesimo decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, come sostituito dall'art. 7, lettera *a*, della legge 21 luglio 2000, n. 205. La motivazione adottata dalla Corte si snoda su più punti. Si è infatti ritenuto violato l'art. 103 Cost., laddove considera la giurisdizione esclusiva del G.A. come ipotesi da adottare nel caso in cui vi sia in una particolare materia un inestricabile intreccio di diritti e interessi legittimi: l'ipotesi della giurisdizione esclusiva del G.A. è residuale rispetto a quella ordinaria. Si è detto, quindi, che il legislatore ordinario ben può ampliare l'area della giurisdizione esclusiva purché lo faccia con riguardo a materie (in tal senso, particolari) che, in assenza di tale previsione, contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità: con il che, da un lato, è escluso che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo (il quale davvero assumerebbe le sembianze di giudice «della» pubblica amministrazione: con violazione degli artt. 25 e 102,



La sentenza elimina la parte dell'art. 33 in cui si faceva riferimento all'attività di vigilanza, sul credito, sui mercati mobiliari, sulle assicurazione. Sembra, quindi, almeno ad una prima lettura, che tale attività delle tre Autorità prese in considerazione (Consob, Isvap, Banca D'Italia), per quanto qui interessa, sia devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario ovvero a quella generale di legittimità del giudice amministrativo a seconda della posizione giuridica fatta valere: si ritornerebbe al riparto ante D.Lgs. 80/98 fondato sulla *causa petendi*. Il Giudice delle leggi, infatti, ritiene incostituzionale ammettere la giurisdizione esclusiva del G.A. per «blocchi di materie» (come avveniva per i servizi pubblici e per l'urbanistica) contrastando con l'art. 103 Cost., che espressamente considera la giurisdizione esclusiva del G.A. possibile solo «in particolari materie».

La sentenza citata ha sicuramente accolto le critiche mosse dalla dottrina e ha tentato di ristabilire il rapporto tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa. Per ora non ci resta che attendere le autorevoli interpretazioni di dottrina e giurisprudenza e capire se rappresenta un'effettiva novità o un mero ritorno al passato.

### 3. *Limiti del sindacato giurisdizionale.*

Una volta chiarito come si atteggia la giurisdizione per le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti delle diverse autorità indipendenti, si può passare ad esaminare i limiti del sindacato giurisdizionale.

Va detto che vi è stata una evoluzione giurisprudenziale di non poco rilievo. Più precisamente la giurisprudenza ha mutato opinione circa l'oggetto e l'intensità del sindacato che il giudice amministrativo può svolgere sulle determinazioni delle *Authorities*.

Il problema va correttamente inquadrato tenendo conto della *ratio* alla base della necessità di imporre dei limiti al sindacato del giudice amministrativo: si vuole evitare che quest'ultimo entri nel merito amministrativo, sfera da sempre riservata alla pubblica amministrazione.

Urge, quindi, definire il concetto di merito amministrativo, c.d. discrezionalità amministrativa, e differenziarlo dal concetto di discrezionalità tecnica, caratterizzante l'attività delle *authorities*.

Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti delle autorità indipendenti è, infatti, una variabile del problema più generale e complesso del sindacato del G.A. sulla attività discrezionale tecnica. Peraltro è una variabile particolarmente importante, nel senso che la discrezionalità tecnica è accentuata proprio con riguardo alle determinazioni delle autorità indipendenti

#### 3.1. *Discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica: sindacato giurisdizionale.*

La discrezionalità amministrativa va definita come scelta fra più soluzioni possibili e, tra queste, la più opportuna. Più precisamente, essa altro

---

secondo comma, Cost.) e, dall'altro lato, è escluso che sia sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo.

non è che la ponderazione comparativa di più interessi secondari, pubblici o privati, in ordine ad un interesse primario pubblico (dato teleologico dell'agire dell'amministrazione) di cui l'amministrazione risulta portatrice (35).

Nelle ipotesi di esercizio di potere discrezionale la libertà dell'amministrazione di determinarsi non è tuttavia senza limiti. La giurisprudenza amministrativa ha, infatti, superato il dogma dell'insindacabilità degli atti discrezionali tramite l'esame del vizio di eccesso di potere.

Attraverso delle figure sintomatiche di creazione pretoria riconducibili al vizio di eccesso di potere, quali il difetto o l'insufficienza della motivazione, l'illogicità della stessa, l'incompletezza dell'istruttoria, si è reso possibile un controllo, seppur estrinseco, sull'azione dell'amministrazione.

Dalla discrezionalità amministrativa (che si è soliti definire con l'aggettivo puro) va distinta la discrezionalità tecnica.

La discrezionalità tecnica indica la facoltà di scelta della pubblica amministrazione fra più possibili soluzioni tecniche prospettabili in relazione all'adozione di un determinato provvedimento (36). Si caratterizza, quindi, per essere una scelta di tipo tecnico, cioè effettuata sulla base di cognizioni tecnico-scientifiche. Pertanto, si può affermare che la discrezionalità tecnica si compone di una fase istruttoria, attraverso la quale si procede all'analisi dei fatti sviluppata mediante una conoscenza tecnico specialistica alla quale non si affianca il momento della volontà, ossia della scelta della soluzione più opportuna in relazione all'interesse primario da perseguire (discrezionalità pura). Volendo semplificare al massimo la differenza tra le due tipologie di discrezionalità, amministrativa e tecnica, si potrebbe sostenere che mentre la discrezionalità pura attiene all'opportunità della scelta, la discrezionalità tecnica all'opinabilità della stessa (37).

Secondo l'impostazione tradizionale dottrinale e giurisprudenziale, nonostante le evidenti differenze ontologiche tra le due tipologie di discrezionalità, non sussisterebbe nessuna differenza in ordine ai poteri del giudice. Al pari di quella amministrativa la discrezionalità tecnica afferirebbe al merito dell'azione amministrativa con la conseguenza che sarebbe sindacabile

---

(35) Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1989, 486; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 593.

(36) Si pensi a titolo esemplificativo alle norme che contengono espressioni quali «cosa avente cospicuo carattere di singolarità geologica», contemplata nell'originario testo unico 1497/1939 sulle bellezze naturali oramai abrogato, ovvero al concetto di «esalazione insalubre», nel testo unico 1265/1934.

(37) A questo punto è opportuno procedere ad un'ulteriore precisazione: si deve distinguere tra accertamento di mero fatto e giudizio tecnico-discrezionale: solo in relazione a quest'ultimo si parla di opinabilità. L'accertamento tecnico si risolve in un acclaramento di eventi accaduti nel mondo reale mediante un criterio tecnico univoco, o perché la legge impone l'adozione di quel criterio o perché dal punto di vista tecnico è l'unico adottabile, con la conseguenza che l'attività amministrativa non presenta margini di opinabilità. Il giudizio tecnico discrezionale, invece, consiste nella valutazione dei fatti, posti dalla legge a presupposto dell'agire della pubblica amministrazione, sulla base di conoscenze tecniche scientifiche, che in quanto inesatte, sono opinabili.

dal G.A. *ab extrinseco* secondo i criteri di logica formale (riscontrando, ad esempio, l'errore di fatto, l'illogicità manifesta, la motivazione incongrua e contraddittoria) (38).

Successivamente con una pronuncia che può definirsi epocale, il Consiglio di Stato (39) si è indotto a riconsiderare la questione circa la sindacabilità giurisdizionale dell'attività discrezionale tecnica. La premessa è quella secondo cui la valutazione tecnica va distinta dal merito amministrativo (riservato alla P.A.), in quanto l'amministrazione non effettua una scelta in senso stretto, ma valuta, mediante conoscenze tecnico specialistiche, elementi di fatto attinenti, quindi, alla legittimità del provvedimento. Da ciò si giunge ad affermare che il sindacato giurisdizionale può svolgersi non in base al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dalla P.A., bensì in base alla verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della correttezza sia del criterio tecnico utilizzato sia del procedimento seguito.

Una volta ammesso il sindacato sull'attività discrezionale tecnica si possono analizzare i limiti del sindacato.

### 3.2. *Forme di sindacato sull'attività discrezionale tecnica.*

In primo luogo va distinto tra le diverse forme di sindacato, estrinseco/intrinseco, diretto/indiretto e debole/forte, per poi valutare quale forma sia ammissibile nei confronti delle determinazioni delle autorità indipendenti.

Si è visto che il sindacato estrinseco è quello che si svolge all'esterno della determinazione amministrativa, avente ad oggetto l'iter logico seguito dalla amministrazione nell'effettuare la scelta tecnica; quello intrinseco, di contro, ha ad oggetto la valutazione tecnica effettuata dalla P.A. da apprezzare in termini di condivisibilità, adeguatezza attendibilità.

La differenza tra sindacato diretto e indiretto attiene all'oggetto dello stesso, in quanto il sindacato diretto è il sindacato sul giudizio tecnico finale, quello indiretto è sul *modus procedendi* (si valuta se la P.A. abbia o meno applicato tutte le regole tecniche utili per formulare il giudizio tecnico finale, che non sarà oggetto del sindacato).

La diversità, in ultimo, tra sindacato debole e forte riguarda l'intensità dello stesso. Il dato di partenza per entrambe le tipologie di sindacato è l'accertamento da parte del G.A. di un errore tecnico nella valutazione, ma mentre il sindacato debole implica che il G.A. si limiti ad esercitare il potere di annullamento, il sindacato forte comporterebbe il potere sostitutivo del G.A. alla P.A. nel senso che il giudice, dopo aver annullato il provvedimento, potrebbe effettuare in prima persona il giudizio tecnico considerato errato.

### 3.3. *Forme di sindacato esercitabili sui provvedimenti delle autorità indipendenti.*

Per quanto attiene, più precipuamente, al sindacato sulle determinazioni delle autorità indipendenti, si può affermare che nessun dubbio sorge circa

---

(38) Vedi Cons. Stato, sez. VI, 21 settembre 1999, n. 1243; Cons. Stato, Ad plen., 3 luglio 1997, n. 12.

(39) Cons. Stato, sez. VI, 11 gennaio 1990, n. 73; Cons. Stato, sez. IV, 4 settembre 1992.

l'ammissibilità di un sindacato intrinseco (40). Bisogna osservare come l'inversione di tendenza (da sindacato solo estrinseco a quello intrinseco) riguardo ai limiti del sindacato del G.A. sulle valutazioni tecniche sia stata resa possibile dall'entrata in vigore della legge 205/2000 (41). Per la precisione, l'art. 16 di tale legge sancisce che il G.A., anche nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità, può disporre della consulenza tecnica; in questo modo si è fornito al giudice lo strumento per effettuare un sindacato intrinseco.

È appena il caso di osservare, in questa sede, che l'introduzione di quest'ultimo ausilio ha sancito, se non l'eliminazione della discrezionalità tecnica come potere insindacabile del giudice, una limitazione della sua insindacabilità spostando su una linea più avanzata il sindacato del giudice e quindi restringendo l'ambito del merito insindacabile, riservato in generale all'amministrazione.

Per quanto concerne il sindacato diretto e indiretto la giurisprudenza si divide, in quanto c'è chi ritiene possibile solo il sindacato sull'istruttoria seguita dalla P.A. e chi, invece, ammette anche il sindacato sul giudizio finale. La tesi intermedia è quella di chi, invece, esclude la valutazione sul giudizio finale allorché quest'ultimo riguardi settori sensibili.

Nessun contrasto in giurisprudenza si registra in ordine all'intensità del sindacato: si ammette solo ed esclusivamente il sindacato debole.

La giurisprudenza amministrativa più recente ha statuito, con decisioni che ormai segnano una costante della sua linea, che, pur saldo il principio sopra affermato sulla pienezza dell'accesso al fatto da parte del giudice, il sindacato di legittimità, proprio con riferimento a fattispecie concernenti alcuni provvedimenti dell'Antitrust di vasta risonanza, non consente l'esercizio di un potere sostitutivo del giudice tale da fare sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile o il proprio modello logico di attuazione del «concetto indeterminato» all'operato dell'autorità, parimenti opinabile. In tal caso, si è detto, il giudice può solo censurare le valutazioni tecniche (ed in tale ambito è utilizzabile, se rilevante, anche la consulenza tecnica, compreso il giudizio tecnico finale), che attraverso un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza tecnica appaiono inattendibili. Detto in altri termini, secondo la stessa giurisprudenza, che ha elaborato un modello di sindacato c.d. debole o forte, vanno distinte ai fini del diritto di accesso al fatto, le valutazioni tecniche in senso stretto, in genere frutto dell'applica-

---

(40) Cons., Stato, Sez. VI, 9 aprile 1999, n. 601, in *Foro italiano*, 2001, 9. La fattispecie attecchiva al riconoscimento della dipendenza di malattia di pubblico dipendente da causa di servizio.

(41) In un primo momento con sentenza della Corte Costituzionale, n. 146/1987, si era ammesso l'esplicitamento della consulenza tecnica per le sole cause relative alle controversie di pubblico impiego (successivamente «privatizzato») riservate alla giurisdizione esclusiva. Successivamente le uniche rilevanti modifiche legislative sono date dall'art. 35, comma 3, del D. lgs. 80/1998 che introduceva lo strumento *de quo* nell'ambito della giurisdizione esclusiva del G.A. e l'art. 16 della legge 205/2000 che ha esteso la sua applicabilità alla giurisdizione generale di legittimità.

zione di scienze c.d. esatte, dalle valutazioni complesse risultanti dall'applicazione di concetti giuridici indeterminati che richiedono, ai fini della valutazione del caso concreto, l'applicazione di regole derivanti da scienze c.d. inesatte, quali sono quelle derivanti dalle scienze economiche, che appunto presentano un tasso più o meno alto di opinabilità.

E tale ultimo carattere rivestono, per stare ai provvedimenti dell'Antitrust, le valutazioni per individuare nel caso concreto il mercato rilevante, la dominanza, l'intesa restrittiva della concorrenza e via di seguito, sottoposte pertanto ad un controllo di ragionevolezza e congruità, che per altro non esclude, su alcuni elementi di quella valutazione, il ricorso alla consulenza tecnica d'ufficio, che con sintesi verbale si è inteso indicare come controllo debole.

Controllo cioè, secondo i concetti espressi dalla stessa giurisprudenza (42) nelle decisioni relative all'Antitrust, che «non consente un potere sostitutivo del giudice tale da poter sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile o il proprio modello logico di attuazione di un concetto indeterminato all'operato dell'Autorità. Nei confronti di questa il giudice deve, infatti, verificare i fatti posti a fondamento dei provvedimenti ed esercitare un sindacato di legittimità sull'individuazione del parametro normativo e sul raffronto con i fatti accertati. In tale ambito il giudice può, come è stato precisato, censurare le valutazioni tecniche (compreso il giudizio finale) che attraverso un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza appaiono inattendibili».

Laddove, quando si tratta di controllo c.d. forte, che si basa cioè sull'applicazione di regole poste da scienze c.d. esatte, per lo più relative a determinazioni quantitative, il giudice amministrativo può direttamente sostituire la propria valutazione a quella adottata dall'amministrazione (43).

---

(42) Cons. d. Stato, Sez. VI, n. 2199 e 5156 del 2002, n. 926 del 2004, *op. cit.*

Ad esempio, nella citata decisione Enel/Wind-Infostrada (n. 5156/2000), il Consiglio di Stato ha esaminato l'analisi economica compiuta dall'Autorità, annullando le misure correttive degli effetti anticoncorrenziali di una determinata operazione di concentrazione sulla base di un «penetrante» sindacato sulla assenza di proporzionalità ed adeguatezza delle misure rispetto all'esigenza di evitare le conseguenze negative sul piano concorrenziale dell'operazione. Nella fattispecie in esame, il giudice ha in concreto dimostrato di non incontrare alcun limite nell'esercizio del proprio sindacato giurisdizionale e l'assenza di poteri sostitutivi ha comportato solamente che non fosse il giudice a rideterminare le prescrizioni cui condizionare l'assenso all'operazione di concentrazione, ma che la definizione della fattispecie sostanziale oggetto del provvedimento impugnato spettasse, in sede di riesercizio del potere e con i vincoli derivanti dal giudicato, all'Autorità, cui il legislatore ha demandato l'esercizio di tali delicati poteri (all'interno di un procedimento amministrativo, caratterizzato da particolari *garanzie* di contraddittorio).

(43) Questa configurazione del sindacato sugli atti dell'Antitrust e sulle valutazioni complesse, di cui si è detto ampiamente, è stata per altro ritenuta coerente se non addirittura più avanzata rispetto all'orientamento della Corte di giustizia C.E., secondo cui, appunto, il sindacato del giudice sulle valutazioni economiche complesse della Commissione appare limitato alla verifica dell'osservanza delle norme di procedura e di motivazione, dell'esattezza materiale dei fatti, dell'insussistenza di errore manifesto di valutazione e dello sviamento di potere (da ultimo 28 maggio 1998, causa 7/1995, John Deere).

Va altresì rammentato che nella sentenza n. 926/2004, il Consiglio di Stato ribadisce quanto detto nelle sentenze del 2002 (un sindacato intrinseco, ma debole) e si sofferma sul potere sanzionatorio dell'antitrust.

Va, infatti, ribadito che il sindacato sulle sanzioni pecuniarie irrogate dall'Autorità si atteggia in modo diverso, potendo spingersi fino alla sostituzione della sanzione irrogata dall'Autorità anche attraverso un accertamento della congruità della sanzione.

La diversità del sindacato sulle sanzioni pecuniarie si giustifica sia in base alla compatibilità con i principi della legge n. 287/1990 dell'art. 23 della legge n. 689/1981, sia tenuto conto della diversità del potere esercitato dall'Autorità per l'applicazione di una sanzione amministrativa tipicamente punitiva, quale quella pecuniaria (44).

Un accenno va fatto alle azioni esperibili nei confronti delle autorità indipendenti e alle norme processuali da applicarsi.

Per quanto riguarda quest'ultimo aspetto è sufficiente osservare che l'art. 4, lett. *d*), della legge 205/2000, inserendo l'art. 23 *bis* nella legge 1034/1971, ha introdotto un rito accelerato per le controversie aventi ad oggetto le determinazioni delle autorità indipendenti. Rito applicabile solo allorquando sussista la giurisdizione del giudice amministrativo perché, come già in precedenza detto, la norma non fonda la giurisdizione ma detta le norme processuali sul presupposto dell'esistenza della stessa (45).

Anche in ordine alle azioni esperibili avverso i provvedimenti delle autorità indipendenti è riscontrabile una evoluzione che vede, ancora una volta, le sue tappe fondamentali nel D.Lgs. 80/1998 e la legge 205/2000. Prima di tali date, infatti, il giudice amministrativo, in sede generale di legittimità, aveva poteri molto ridotti, si limitava ad annullare il provvedimento illegittimo, non potendosi esercitare al suo cospetto né l'azione di accertamento, né di condanna. Azioni, quest'ultime, esercitabili solo in sede di giurisdizione esclusiva nel caso in cui il privato faceva valere la posizione di diritto soggettivo. Le cose cambiano per la giurisdizione esclusiva con l'art. 35 del D.Lgs. 80/1998 che ha introdotto l'azione risarcitoria estesa, grazie all'interpreta-

---

(44) Anche in questo caso il riconoscimento di tale tipo di sindacato giurisdizionale è coerente con i principi affermati in materia dalla giurisprudenza comunitaria, che ha sempre ritenuto la sussistenza di una competenza di merito del giudice, che consenta anche la modifica delle sanzioni irrogate dalla Commissione (v. Trib. Ce, 11 marzo 1999, T-141/1994, Thyssen Stahl AG, par. 646 e 674 e Corte Giust. CE, 16 novembre 2000, C-291/1998, Sarriò – Cartoncino, par. 70-71); ed è anche coerente con le prospettive di armonizzazione del diritto della concorrenza, citate in precedenza, tenuto conto che l'art. 31 del reg. CE n. 1/2003 prevede che la Corte di Giustizia possa estinguere, ridurre o aumentare le ammende irrogate dalla Commissione, qualificando tale competenza giurisdizionale «di merito».

(45) Il rito prevede la riduzione a metà dei termini processuali, la fissazione rapida dal merito allorquando il giudice si convinca della fondatezza dell'istanza cautelare, i termini ridotti per la pubblicazione della sentenza di primo grado e per l'impugnazione della stessa. La normativa prevede l'abrogazione del rito speciale previsto per l'autorità delle telecomunicazioni (l. n. 249/1997) e per gli appalti di opere pubbliche (decreto legge n. 67/1997).

zione della Cassazione (46), agli interessi legittimi e soprattutto con l'art. 7 della legge 205/2000, che risolvendo qualsiasi dubbio, ha attribuito una cognizione piena (comprensiva del potere risarcitorio) al G.A. anche in sede generale di legittimità.

In particolare, per l'attività di vigilanza, si è posto in discussione se, con riferimento all'attività svolta dalla CONSOB nel mercato dei valori mobiliari, la stessa possa essere chiamata a risarcire i danni subiti dagli investitori causati da carenze nell'espletamento dei compiti istituzionali di vigilanza.

Anche su questo argomento la Corte di Cassazione (Sez. I, 3 marzo 2001, n. 3132) ha pronunciato una sentenza che segna, secondo la dottrina, una svolta storica nei rapporti tra tale autorità ed il pubblico dei risparmiatori-investitori (47): ha riconosciuto proprio nei riguardi della Consob, la responsabilità civile, *ex art. 2043 cod.civ.*, per omessa vigilanza.

### Conclusioni

Tenendo conto dell'eterogeneità del fenomeno delle autorità indipendenti e del costante interessamento del legislatore alla materia si è cercato di tracciare una linea comune al fine di evidenziare il rapporto sussistente tra determinazioni adottate dalle stesse e controllo giurisdizionale.

Nella riflessione svolta sono tre i punti fondamentali e necessariamente collegati messi in luce: la natura amministrativa delle *Authorities*, la necessità di un controllo giurisdizionale sugli atti adottati e, infine, gli inevitabili limiti a cui quest'ultimo è sottoposto.

Si è visto che, quanto alle norme applicabili, non esiste un regime unitario delle autorità, essendo ciascuna di esse disciplinata da specifica normativa, seppure connotato fondamentale e unificante di tutte le *Authorities* è sicuramente, in maniera più o meno accentuata, l'indipendenza in senso ampio e funzionale: indipendenza dalla politica, dal governo e dai ministeri.

---

(46) Cfr. Cass, Sez. un., n. 500/1999. Questa sentenza che a ragione può essere definita storica ha riconosciuto la diretta risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi (senza più ricorrere alla *factio iuris* della teoria dell'affievolimento). Il potere risarcitorio era attribuito, prima della legge 205/2000, nelle materie non rientranti nella giurisdizione esclusiva del G.A al G.O.

(47) Premesso che la controversia era relativa ad una vicenda anteriore alla data di entrata in vigore degli articoli 33 del D.Lgs. n. 80 del 1998 – la Cassazione ha ritenuto che la CONSOB, attesi i poteri attribuiti dalla legge all'epoca dei fatti di causa in tema di vigilanza, era tenuta a svolgere una verifica della veridicità dei dati contenuti nella comunicazione concernente un'operazione lanciata da una società per la pubblica sottoscrizione di titoli atipici e del relativo prospetto informativo e che, essendosi rivelati tali dati completamente falsi, sussisteva un nesso di causalità tra l'omessa vigilanza della CONSOB e gli ingenti danni dei sottoscrittori così tratti in inganno, dovendosi qualificare la situazione di questi ultimi come di diritto soggettivo. Anche successivamente all'entrata in vigore dell'art. 33 del D.Lgs. 80/1998, così come modificato dall'art. 7 legge 205/2000, la Cassazione (sez. un, ordinanza n. 6719/2003) ritiene che la posizione vantata dai risparmiatori sia di diritto soggettivo tanto da ritenere che la controversia attenga a quelle meramente risarcitorie che riguardano il danno alle persone o alle cose, escluse appunto dalla lett. *f.* comma 2 del novellato articolo 7 sopracitato e devolute alla giurisdizione del G.O.

Le autorità sono comunque riconducibili alla pubblica amministrazione ed è da ritenere che, ove le norme istitutive non dispongano in modo derogatorio, valgano i principi sull'azione amministrativa e sull'organizzazione, oltre alle norme generali, ad esempio sui procedimenti amministrativi, integrative delle normative speciali.

Corollario della natura di amministrazione delle autorità indipendenti, seppur di amministrazione sottratta al controllo politico *ex art. 95*, è la possibilità del sindacato giurisdizionale sulle determinazioni adottate dalle stesse.

Si è riflettuto sui limiti di tale sindacato derivanti dalla particolarità dell'agire delle autorità indipendenti, le quali in settori sensibili esercitano, tra gli altri, anche poteri di discrezionalità tecnica

Si è affermato, da ultimo, che, mentre il merito amministrativo – sfera riservata alla pubblica amministrazione – è per sua natura insindacabile, la discrezionalità tecnica, di contro, è sindacabile non solo dall'esterno, ma anche dall'interno. Il giudice amministrativo valuta la correttezza dell'*iter* logico seguito (sindacato esterno), e l'attendibilità dell'istruttoria e del giudizio tecnico finale (sindacato interno). Si è evidenziata, quindi, l'impossibilità per il giudice, nella valutazione del potere discrezionale tecnico della P.A., di sostituirsi all'amministrazione, effettuando in prima persona giudizi tecnici.



## Dismissione del patrimonio pubblico: l'interpretazione autentica(mente ingiusta)

di Maurizio Iacono Quarantino

### 1. *L'interpretazione autentica dell'art. 1 D.lgs. 104/1996.*

Nel momento in cui si scrive è in corso di approvazione alla Camera il disegno di legge n. 2058 in materia pensionistica contenente deleghe al Governo nel settore della previdenza pubblica, per il sostegno alla previdenza complementare e all'occupazione stabile e per il riordino degli enti di previdenza e assistenza obbligatoria.

Tale disegno di legge è stato, invero, già approvato una prima volta alla Camera dei Deputati il 27 febbraio 2003 ma, nel passaggio all'altro ramo del Parlamento, vi sono stati apportati alcuni emendamenti che hanno richiesto l'ulteriore esame della Camera. (1)

Il disegno contiene, in particolare, una norma, l'art. 6, comma 2, con la quale si vorrebbe stabilire l'ambito di applicazione soggettivo del decreto legislativo 104/1996 recante norme per la dismissione del patrimonio immobiliare pubblico.

Più specificamente la norma stabilisce che *«l'articolo 1 comma 1 del decreto legislativo 16 febbraio 1996 n. 104 si interpreta nel senso che la disciplina afferente alla gestione dei beni, alle forme di trasferimento della proprietà degli stessi e alle forme di realizzazione dei nuovi investimenti immobiliari contenuta nel medesimo decreto legislativo non si applica agli enti privatizzati ai sensi del d.lgs 30 giugno 1994, 509, ancorché la trasformazione in persona giuridica di diritto privato sia intervenuta successivamente alla data di entrata in vigore del medesimo d.lgs. 104 del 1996».*

Tale norma, che non è stata oggetto di modifiche nel passaggio da un ramo all'altro del Parlamento, non sembra aver suscitato l'interesse dei primi commentatori dell'emanando disegno di legge.

Eppure essa costituisce una disposizione di evidente iniquità, incoerenza, e secondo chi scrive, di palese illegittimità.

Per comprenderne la portata, occorre allora fare un passo indietro e ripercorrere l'*iter* con cui si è progettata, negli ultimi anni, la tanto evocata dismissione del patrimonio immobiliare pubblico, in particolare quella relativa agli immobili degli enti pubblici previdenziali.

L'operazione di dismissione trova scaturigine nell'art. 3, comma 27, della legge 8 agosto 1995, n. 395, disposizione con la quale si delegava il Governo ad emanare, entro 6 mesi, decreti per la dismissione del patrimonio degli enti previdenziali.

La delega aveva precipuamente due finalità.

Da una parte, quella di risanare l'onnipresente debito pubblico.

---

(1) Il Parlamento (Seduta del 28 luglio 2004), ha approvato definitivamente la riforma delle pensioni «Norme in materia pensionistica e deleghe al Governo nel settore della previdenza pubblica, per il sostegno alla previdenza complementare e all'occupazione stabile e per il riordino degli enti di previdenza e assistenza obbligatoria» (A.C. 2145B).

Dall'altra, quella di ricondurre gli enti previdenziali alla loro vocazione naturale e cioè quella di tutelare i diritti previdenziali dei cittadini, privando invece tali enti della gestione antieconomica e snaturante di un vasto patrimonio immobiliare.

In adempimento di tale delega, il Governo ha dunque provveduto ad emanare la normativa organica della dismissione che si è concretizzata nel d.lgs. 104/1996.

Tale normativa prevede, nello specifico, a seguito di una ricognizione del patrimonio, la cessione totale degli immobili degli enti previdenziali pubblici nell'arco di 5 anni, con eccezione degli immobili aventi natura strumentale rispetto all'attività dell'ente stesso.

A tutela dei diritti degli inquilini degli appartamenti di proprietà dell'ente, l'art. 6, comma 5 di tale decreto, ha sancito il diritto di prelazione nell'acquisto degli immobili da dismettere, anche se il Ministero del Lavoro, con circolare 7 aprile 2000, ha precisato trattarsi più propriamente di un'opzione legale a favore del conduttore da perfezionare con l'accettazione scritta da parte del conduttore. (2)

Ai fini del miglior controllo e indirizzo dell'attività immobiliare e per l'attuazione dei programmi di cessione in 5 anni, l'art. 10 del medesimo decreto ha inoltre istituito l'Osservatorio sul patrimonio immobiliare degli enti.

Con un successivo intervento legislativo (legge 140/1997), al fine di dare una sferzata al lento processo di dismissione dell'ingente patrimonio immobiliare pubblico, si è previsto un programma straordinario di dismissione a mezzo di asta pubblica, stabilendo da una parte termini perentori per la stipulazione del contratto con i conduttori e, dall'altra, prevedendo la nomina di un commissario speciale in sostituzione degli organi dell'ente inerti nel rispetto dei suddetti termini.

Con decreti del 16 marzo 2000 e del 27 settembre 2000, il Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale ha, quindi, individuato gli immobili da sottoporre a dismissione ordinaria ai sensi dell'art. 7 legge 140/1997 ed ha fissato nel 1 marzo 2001 la data, entro e non oltre la quale, procedere alla alienazione.

Nel 2001, il legislatore italiano ha, infine, provveduto a fissare nuove modalità (c.d. cartolarizzazione) per la cessione degli immobili degli enti obbligati alla dismissione e non ancora alienati alla data del 31 ottobre 2001.

Più specificamente, l'art. 3 comma 20 della legge 410/2001 ha mantenuto fermo l'obbligo, contenuto nella precedente normativa, di alienazione degli immobili in favore dei soggetti che, in mancanza dell'offerta in opzione, avevano manifestato volontà di acquisto entro il 31 ottobre 2001 alle condizioni determinate in base alla normativa vigente alla data della suddetta manifestazione di volontà.

---

(2) L'art. 6 ha suscitato varie perplessità per la sua ambigua formulazione dal momento che al comma 5 riconosce agli inquilini un diritto di «prelazione» mentre, al successivo comma 6, qualifica il medesimo diritto come una «opzione».

In tale complesso e articolato sistema normativo si inserisce, da ultimo, l'art. 6, comma 2 del disegno di legge sopra richiamato.

Tale norma affronta il tema della dismissione in relazione all'avvenuta privatizzazione dell'ente obbligato alla dismissione medesima e, più in particolare, tenta di dare una risposta al problema se i conduttori di abitazioni di tipo residenziale comune di proprietà di un ente privatizzatosi *medio tempore* (cioè dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 104/1996 ma prima della legge 410/2001) abbiano ancora titolo all'acquisto a seguito dell'avvenuta privatizzazione, avendo essi manifestato la loro volontà di acquisto entro il 31 ottobre 2001.

La soluzione di tale quesito, applicando l'art. 6, comma 2 del Disegno di legge richiamato, sarebbe certamente negativa: infatti la nuova normativa espressamente dichiara non applicabile agli enti privatizzati la disciplina sulla dismissione del patrimonio pubblico *anche allorché la privatizzazione sia intervenuta dopo l'entrata in vigore del d.lgs 104/96*.

Ora, tale soluzione è configurata dal legislatore come interpretazione autentica dell'art. 1 del d.lgs. 104/1996 ma, invero, di tale natura ermeneutica si può ampiamente dubitare.

Infatti, l'art. 1 richiamato prevede l'applicazione delle norme sulla dismissione del patrimonio immobiliare solo agli «enti previdenziali di natura pubblica elencati al numero 1 della tabella allegata alla legge 20 marzo 1975 n. 70, ed altresì a quelli di cui al decreto legislativo 30 giugno 1994 n. 479 e a quegli enti previdenziali pubblici successivamente istituiti» mentre non contempla affatto né fa riferimento alcuno all'ipotesi dell'intervenuta privatizzazione dell'ente dopo l'entrata in vigore del D.Lgs 104/1996 (17 marzo 1996).

Invero, l'unico mutamento giuridico che essa prende in considerazione è la trasformazione dell'ente in soggetto pubblico, e non anche in soggetto privato (3).

Pertanto, il dato letterale induce a ritenere che una soluzione interpretativa come quella prevista nell'emananda legge non sia affatto contenuta nella norma richiamata né da essa sia in alcun modo desumibile.

È per tale ragione che quella di cui all'art. 6 del disegno di legge non può essere considerata interpretazione autentica dell'art. 1 D.lgs 104/1996 quanto piuttosto un'innovazione legislativa.

D'altronde, una norma può qualificarsi come interpretativa solo se intervenga a risolvere i dubbi che comporta la formulazione di una norma precedente e non anche quando, come nel nostro caso, la norma da interpretare sia chiara e la norma interpretativa serva solo per aggiungere qualcosa di nuovo ad una precedente disposizione.

Perché allora il legislatore nazionale ha configurato l'art. 6 come «interpretazione autentica»?

---

(3) Ciò è, d'altronde, coerente con la *ratio* di tale disciplina che, essendo finalizzata al risanamento della finanza pubblica, ammette solo la possibilità di ampliare, e non anche di ridurre, il numero dei soggetti obbligati a dismettere il proprio patrimonio.

La ragione di tale scelta risulta evidente se si considera la regola civilistica generale sull'applicazione delle leggi nel tempo, che si esprime chiaramente nel brocardo latino «*tempus regit actum*» e che trova un suo corollario nel principio di irretroattività della legge civile.

Tra le norme che eccezionalmente possono derogare a tali principi, vi sono appunto le disposizioni interpretative, le quali non hanno una funzione retroattivamente innovativa ma solo quella di chiarire l'applicazione di norme preesistenti.

Ora, l'introduzione di una norma di interpretazione autentica, in quanto eccezione a un regola generale, costituisce uno squarcio all'interno dell'ordinamento giuridico che non può essere ammesso se non negli angusti limiti in cui la norma rispetta la funzione per cui è stata creata (cioè quella ermeneutica).

Quando invece tale funzione viene a mancare e la norma si presenta piuttosto con un contenuto innovativo, si assiste ad una lesione ingiustificata di quelle situazione giuridiche, definite tradizionalmente di aspettativa, tutelate dal principio di irretroattività e consistenti nell'affidamento basato sulla precedente normativa.

Ma che fare allora quando il principio di irretroattività viene in tal modo violato?

Di fronte a un siffatto comportamento del legislatore nazionale, l'unico strenuo difensore dei diritti dei singoli, a parere di chi scrive, sembra essere solo l'interprete al quale va riconosciuta la somma qualifica di «controllore istituzionale» dell'attività legislativa.

È infatti a questo soggetto che spetta il compito di discernere la reale natura della norma presentata come «interpretativa» di modo che, ove rilevasse la natura innovativa della disposizione, essa andrebbe soggetta alla regola generale della irretroattività degli atti legislativi.

Questo è quanto si rende necessario rispetto alla norma di cui all'art. 6, che invece di «chiarire» sembra «aggiungere» qualcosa al precedente dettato legislativo, introducendo un'interpretazione che mai si sarebbe potuta ragionevolmente desumere dall'esegesi del d.lgs 104/1996.

## 2. *L'incidenza sulle situazioni pregresse.*

Il problema della retroattività della norma in questione ha, d'altronde, risvolti pratici notevoli.

Infatti, se la norma venisse effettivamente introdotta, essa andrebbe ad incidere su situazioni pregresse non ancora definite e, in particolare, su indubbe posizioni di aspettativa dei conduttori.

Difatti, prima, il d.lgs 104/1996 ha sancito l'obbligo di dismissione a loro favore (4), prevedendo a maggior protezione un apposito diritto di prelazione.

---

(4) Tale obbligo, tra l'altro, non è mai venuto meno neanche a seguito dell'emanazione di tutte le leggi successive tant'è che nell'ultima legge 140/2001 si è mantenuto fermo tale vincolo per gli inquilini che avessero manifestato volontà di acquisto entro il 31 ottobre 2001 alle condizioni fissate dalla legge vigente al tempo di tale manifestazione (art. 3 comma 20).

Poi, il d.lgs 509/1994, recante norme in materia di privatizzazione degli enti, ha stabilito che gli ex soggetti pubblici «rimangono titolari di tutti i rapporti attivi e passivi dei corrispondenti enti previdenziali e dei rispettivi patrimoni» il che significa che, una volta sorto l'obbligo di dismettere, si radica una destinazione patrimoniale che resiste alla successiva privatizzazione.

Infine, con la finanziaria del 2000 (legge 23 dicembre 1999 n. 488), il legislatore ha apportato anche modifiche ai piani ordinari e straordinari di cessione prevedendo l'aggiunta di 7 commi al d.l. 79/1997, convertito in legge 140/1997, tra cui il comma 2-*quater* in cui si stabilisce che con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri vengono individuati gli immobili da alienare rimanendo «in ogni caso fatti salvi i diritti attribuiti ai conduttori dalle norme vigenti».

Pertanto gli inquilini, per quasi dieci anni, hanno fatto affidamento su una normativa che sembrava proteggerli dai mutamenti giuridici successivi all'intervenuto obbligo di dismissione e su di essa hanno fondato legittime aspettative che ora vengono poste irrimediabilmente nel nulla dall'art. 6(5).

Ma è da precisare che, in questa materia, non si sono create solo situazioni di aspettativa, ma si è dato vita a veri e propri rapporti giuridici, mediante le reciproche volontà dell'ente alienante e dell'inquilino acquirente ed aventi ad oggetto beni individuati ad un prezzo prefissato.

In ordine alle manifestazioni di volontà, infatti, si può ritenere che ci sia stato comunque uno scambio di proposta e accettazione sia che si aderisca alla tesi che configura il diritto di cui al comma 5 dell'art. 6 d.lgs 104/1996 come una prelazione sia che si propenda per la tesi che riconosce il diritto degli inquilini come un'opzione legale di acquisto (6).

---

(5) È da sottolineare, a tal rilievo, che l'emanazione della norma interpretativa, che dovrebbe avere di per sé una funzione chiarificatoria, in questo caso, invece, non fa che creare una serie di dubbi interpretativi rappresentati dalla incompatibilità con precedenti norme che non hanno attribuito rilevanza al mutamento giuridico dell'ente pubblico.

Anche per tale ragione, non può ritenersi pertanto che la norma in argomento possa essere ricompresa tra quelle di interpretazione autentica.

(6) A favore della prima tesi si è espresso il Consiglio di Stato in sede consultiva n. 3217/2002 ritenendo, ai fini dell'esercizio della prelazione, che la proposta di vendita irrevocabile sia contenuta nella legge stessa.

D'altronde tale interpretazione del dato legislativo si rende necessaria per adattare l'istituto della prelazione, che tradizionalmente prevede in capo al venditore un diritto di scelta sulla volontà di vendere e sulla persona del contraente, alla fattispecie di cui al d.lgs 104/96 che invece obbliga l'ente a vendere a soggetti determinati.

Ha ritenuto trattarsi invece di un'opzione legale di acquisto, il Ministro del lavoro nella circolare interpretativa n. IV/PS/30800 del 7 aprile 2000 secondo cui «Il D. Lgs. n. 104/1996, all'art. 6, commi 5 e 6, definisce il diritto spettante ai conduttori delle unità immobiliari ad uso residenziale degli Enti previdenziali pubblici sia come prelazione (comma 5) e sia come opzione (comma 6). Trattandosi di istituti giuridici formalmente e sostanzialmente diversi, si precisa che il diritto spettante ai conduttori nei piani di dismissione ordinaria è da definirsi più propriamente come opzione legale, condizionata all'inserimento della unità immobiliare nei suddetti piani e alla puntuale definizione delle principali clausole contrattuali da comunicare ai conduttori per l'esercizio dell'opzione stessa, e da perfezionare con l'accettazione scritta da parte del conduttore».

Si deve ritenere, infatti, che in entrambi i casi un rapporto giuridico sia nato per il fatto che comunque, con le plurime raccomandate degli inquilini intenzionati a comprare, si è perfezionata, secondo lo schema della prelazione o dell'opzione legale, la fattispecie contrattuale.

In ordine all'oggetto di tali rapporti, poi, il bene da alienare è stato individuato espressamente: infatti, in alcune fattispecie, l'immobile è stato inserito nella percentuale del patrimonio da alienare, altre volte, esso è stato compreso nei programmi di dismissione operata con i decreti ministeriali del 2000 e, comunque, esso può dirsi individuato per il tramite della destinazione d'uso residenziale di cui al D.M. 27 settembre 2000 (7).

Allo stesso modo, il prezzo di vendita di tali beni risulta determinato con i criteri dell'art. 6 comma 2 lett. a) d.lgs 104/96 (8) ed è comunque determinabile ad opera del giudice.

Il mancato rispetto delle aspettative e dei rapporti giuridici così formati contrasta, allora, inevitabilmente, con i principi costituzionali di correttezza e buon andamento della Pubblica Amministrazione (art. 97 Cost.) oltre che con gli obblighi di buona fede in materia contrattuale.

Tali obblighi impongono alla P.A. di comportarsi con lealtà, rispettando le norme di relazione in modo da non pregiudicare gli interessi dei privati con cui l'amministrazione venga a contatto.

E dunque non v'è chi non rilevi l'illegittimità dei comportamenti di quegli enti previdenziali che hanno agito con esasperante lentezza nell'intento preciso di sottrarsi agli obblighi di dismissione.

La emananda norma si porrebbe proprio rispetto a tali comportamenti in posizione legittimante e scriminante, autorizzando *ex post* situazioni di evidente iniquità: se infatti un ente pubblico potesse liberamente scegliere di modificare la propria natura giuridica per sottrarsi agli obblighi di dismissione, gli si attribuirebbe un potere discrezionale così elevato da incidere, senza possibilità di opporvisi, su interessi fondamentali degli inquilini quali il diritto alla casa (9).

Ma vi è di più.

Perché, oltre a incidere sul diritto di abitazione, la emananda norma produrrebbe gravi conseguenze anche sotto l'aspetto risarcitorio.

Infatti, legittimando i comportamenti di quegli enti che si sono privatizzati per sottrarsi agli obblighi di dismissione, indubbiamente andrebbe a

---

(7) In tale decreto il Ministro del Lavoro ha infatti suddiviso gli immobili in:

a) beni commerciali e residenziali di pregio (rientranti nel programma straordinario di dismissione);

b) beni di residenza comune (da cedere agli inquilini in base al programma ordinario).

(8) La determinazione del prezzo di cui al decreto 104/96 è stata sostituita dal legislatore fin dal 1996 dal momento che essa determinava un'eccessiva svalutazione degli immobili: con l'art. 3, comma 109, lett. d), legge 23 dicembre 1996 n. 662 si è scelto allora di prendere in considerazione il prezzo di mercato degli alloggi liberi diminuito del trenta per cento.

(9) Non varrebbe obiettare, d'altro canto, che l'ente che si privatizzasse perderebbe i contributi statali perché non può in ogni caso ammettersi che la scelta di un ente di mutare la propria natura giuridica possa avere ripercussioni così devastanti sul fondamentale diritto alla casa.

incidere, negandole, anche sulle pretese degli inquilini al risarcimento dei danni patiti durante tutti questi anni: dal rischio di essere sfrattati in caso di mancata adesione alla triplicazione del canone locativo ai danni per aver richiesto anticipate liquidazioni per far fronte all'impegno economico dell'acquisto, dai danni per non aver potuto valutare proposte di vendita alternative ai danni per non aver potuto fruire mutui a tassi agevolati del d.lgs del 1996.

Vi è da aggiungere, inoltre, che non può non essere oggetto di critica il comportamento di quegli enti che hanno agito con esasperante lentezza solo nel preordinato intento di non dismettere.

E, se tale comportamento non è censurabile sul piano oggettivo in quanto l'art. 6 sembra legittimare tale *modus agendi*, esso dovrebbe rilevare quanto meno sotto il profilo del «danno da ritardo» in considerazione del fatto che, se l'ente obbligato avesse tempestivamente rispettato le norme sulla dismissione, non sarebbe derivato alcun pregiudizio agli inquilini.

### 3. Conclusioni

Il maggior rimprovero che si può muovere al legislatore, in questa materia, è sicuramente quello di non aver saputo (o voluto) rispettare il reale funzionamento del meccanismo dismissorio.

Con la norma dell'art. 6, il Parlamento ha, infatti, incentrato tutto il problema sulla natura dell'ente obbligato

Al contrario l'angolo prospettico doveva invece essere quello dei beni oggetto della dismissione.

Si vuole cioè dire che, più che la natura di ente pubblico o privato, quel che rileva, in questa materia, è la acquisita destinazione d'uso degli immobili a seguito dell'entrata in vigore dell'obbligo dismissorio.

Infatti, per mezzo dei provvedimenti individuativi dei beni, si è sostanzialmente creato un vincolo su di essi che priva di rilevanza qualsiasi trasformazione dell'ente.

Né, parimenti, potrebbe valere, di fronte al vincolo creatosi, il cambiamento di volontà dell'inquilino che per ipotesi decidesse di non acquistare più l'appartamento.

D'altronde, tale interpretazione è stata espressa più volte nelle aule giudiziarie ma di essa il legislatore non ha mostrato di tener conto.

In tale materia si sono già pronunciati infatti giudici ordinari, T.A.R. e Consiglio di Stato anche in sede consultiva, rigettando costantemente l'eccezione dell'ente che si riteneva sottratto agli obblighi dismissori per l'intervenuta privatizzazione (10).

Discostandosi dalla costante interpretazione giurisprudenziale, il legislatore rischia a questo punto di minare pesantemente il già fragile principio della certezza del diritto.

---

(10) Cfr. ad esempio Trib. Civ. Roma 1663/04, Pres. Tarantino, Cons. Stato n. 3268/2003, Cons. Stato 3217/2002 (parere nel ricorso straordinario al Capo dello Stato), Trib. Civ. di Roma n. 27132/02, T.A.R. Lazio n. 2527/2001.

Quale certezza può aversi, infatti, in un ordinamento dove le norme vengono prima interpretate e poi, quando tale interpretazione raggiunge quasi il consolidamento, essa viene smentita autoritativamente dal Parlamento?

C'è da chiedersi allora se la stessa soluzione che avevamo trovato più sopra nel testo, e cioè quella di affidare all'interprete il compito di controllore dell'attività legislativa, sia sufficiente per arginare lo sconfinamento da qualsiasi afflato di certezza giuridica.

Forse, in tale materia in cui sembrano essere stati accantonati da parte del legislatore ordinario i canoni della ragionevolezza, ciò non basta più e occorre piuttosto l'intervento incisivo del Supremo Giudice delle Leggi per dirimere i dubbi di incostituzionalità dell'emananda norma.



## I mobili confini tra vizio di merito ed eccesso di potere.

di Maria Vittoria Lumetti

**SOMMARIO:** 1. – *Premessa.* 2. – *I moderni principi dell'amministrare: la rivincita del buon andamento.* 3. – *La funzione ed evoluzione dell'atto amministrativo: i diversi equilibri del rapporto tra amministrazione e amministrato.* 4. – *I principi di legalità e di separazione dei poteri.* 5. – *I vizi di merito e la discrezionalità, ovvero l'opportunità (convenienza) e la legittimità dell'agire amministrativo.* 6. – *L'inopportunità come vizio dell'atto?* 7. – *Atto vincolato e atto discrezionale: ciò che rimane della sfera libera dell'attività amministrativa.* 8. – *Pronuncia del giudice amministrativo (e ordinario) e invasione del merito.* 9. – *La discrezionalità tecnica tra merito e violazione di legge.* 10. – *Il vizio di merito alla luce delle innovazioni legislative: una nuova (e antica) interpretazione.* 11. – *La tesi dell'abrogazione tacita delle norme che vietano il sindacato sul merito da parte del giudice.* 12. – *I tentativi di erosione del potere esecutivo da parte del potere giudiziario e legislativo: una interpretazione anticostituzionale del principio di separazione dei poteri.* 13. – *La singolare ed incisiva tutela del privato rispetto a quella degli altri ordinamenti europei: ampiezza del sindacato del giudice amministrativo e cognizione del giudice ordinario dei diritti soggettivi nei confronti della P.A.* 14. – *Processo amministrativo e civile a confronto: le nuove tesi volte a concentrare in un unico giudice (quello ordinario) la tutela giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione.* 15. – *La privatizzazione del pubblico impiego e l'unificazione del processo del lavoro: conquista o fallimento?* 16. – *Conclusioni.*

### 1. – *Premessa.*

Spesso il *discrimen* tra vizio di eccesso di potere e vizio di merito non è sufficientemente ben delineato e richiede un'analisi ed una attenzione maggiori.

È possibile, ormai, conseguire risultati pratici almeno analoghi mediante il giudizio di legittimità: l'influenza primaria della giurisdizione di merito si avverte oggi paradossalmente laddove non esiste un giudizio esteso al merito, che si pone come limite almeno teorico al sindacato globale sull'attività funzionalizzata della P.A.

La sua assenza, infatti, ha contribuito allo sviluppo della giurisdizione generale di legittimità in virtù dell'incessante tentativo giurisprudenziale di allargarne i confini.

Il merito, che si contrappone al concetto di legittimità, esprime la conformità della scelta discrezionale alle regole non giuridiche di buona amministrazione: convenienza, opportunità ed equità, intese ad assicurare l'efficienza e l'economicità dell'azione della P.A. nonché il perseguimento dell'interesse pubblico (1).

---

(1) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 19 febbraio 1996, n. 220, in *Foro Amm.*, 1996, 553: in virtù del combinato disposto dell'art. 7, legge Tar (legge 6 dicembre 1971 n. 1034), degli art. 27 e 29 n. 2, 5 e 8, t.u. Cons. St. (r.d. 26 giugno 1924 n. 1054) e dell'art. 1 r.d. 26 giugno 1924 n. 1058, sussiste

La legittimità, dunque, attiene alla rispondenza dell'atto alla norme giuridiche che disciplinano l'esercizio del potere, senza alcuna considerazione dei risultati conseguiti.

Il merito, invece, è la parte libera della discrezionalità (2), anche alla luce del principio della separazione dei poteri.

È vero che l'impostazione procedimentale dell'atto, da inquadrarsi nel più complesso ambito dei procedimenti, i cui effetti si determinano con l'atto stesso, ha consentito di verificare la scelta discrezionale secondo parametri non più formalistici.

L'eccesso di potere, infatti, è un vizio della scelta discrezionale che, nella sua importanza e globalità, investe interamente la funzione amministrativa, soprattutto nel momento dinamico del «divenire» dell'atto amministrativo.

Oggi, l'eccesso di potere è considerato, tendenzialmente, come il vizio globale che attiene all'esercizio della funzione amministrativa.

Per questo si rende opportuna una riflessione volta a delineare in maniera più precisa i confini con il merito, soprattutto al fine di evitare interferenze con il principio della separazione dei poteri.

Ciò anche e soprattutto alla luce del mutamento del concetto dell'amministrare: l'avvento del modello aziendalistico della P.A., l'affermarsi del principio dell'autoamministrazione, dell'*e-government* e dei nuovi modelli di coesistenza tra pubblico e privato, ha pressoché stravolto l'assetto tradizionale del diritto amministrativo.

## 2. – *I moderni principi dell'amministrare: la rivincita del buon andamento.*

L'attività della pubblica amministrazione è istituzionalmente finalizzata a garantire l'ordinato assetto dell'andamento della cosa pubblica, in un'ottica di perseguimento dei fini determinati dalla Costituzione e dalla legge.

La Pubblica Amministrazione, la cui organizzazione si presenta molto complessa, si configura come strumento destinato al perseguimento di interessi che mutano insieme alle situazioni della realtà.

La sua fisionomia è sottoposta a continue modificazioni proprio perché, se si vuole soddisfare un interesse, la prima misura da adottare è la istituzione di un apparato che di esso si occupi.

Ne consegue che tale complessità, da un lato, e l'esigenza di continuo adeguamento alla realtà, dall'altro, hanno contribuito ad appesantire la macchina burocratica.

---

la giurisdizione del giudice amministrativo estesa al merito sui ricorsi avverso le ordinanze contingibili e urgenti di sicurezza pubblica, emanati dal sindaco nelle materie di edilizia, polizia locale e igiene pubblica... anche ai sensi dell'art. 38, comma 2, legge 8 giugno 1990 n. 142, atti, questi, che possono perciò essere sindacati con riguardo non solo a tutti i profili di legittimità, ma pure a quelli di sufficienza e attendibilità della disposta istruttoria, nonché a quelli di convenienza, opportunità ed equità delle determinazioni adottate.

(2) G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario amministrativo*, a cura di Guarino, I, Milano, 1983, 200 ss.

Recenti interventi legislativi hanno valorizzato il ruolo della P.A. come istituzione al servizio del cittadino, conferendo particolare importanza e pratica attuazione all'art. 98 della Costituzione «i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della nazione».

Oltre che dei cittadini la P.A. è al servizio della politica e del Governo (art. 95, Cost.), nonché della legge (art. 97 Cost.).

In questa ottica si colloca la legge 241 del 1990 sul procedimento amministrativo, da tempo auspicata in dottrina e contenente fondamentali principi relativi alla trasparenza, efficacia, economicità, celerità e pubblicità dell'attività amministrativa.

Essa è finalizzata proprio a cristallizzare i principi dell'amministrare e a garantire una disciplina omogenea, con conseguente maggiore tutela delle posizioni giuridiche dei destinatari.

Ed è in questo contesto che si colloca il concetto di moderno provvedimento amministrativo, le cui caratteristiche sono tratteggiate dalle recenti riforme legislative nonché dall'evoluzione giurisprudenziale.

I mutamenti intervenuti negli anni novanta, che hanno trasformato le strutture organizzative e le procedure, sono scaturiti dall'esigenza di un cambiamento culturale nell'ambito dell'Amministrazione e della sua concezione.

Da un modello burocratico ed accentrato, di stampo weberiano, basato sulla gerarchia e sull'atto autoritativo, si è passati ad un modello privatistico e aziendalistico: l'atto amministrativo tradizionale è ora affiancato da strumenti di natura pattizia, come accordi, contratti, convenzioni.

L'atto amministrativo di oggi e l'intera azione amministrativa risultano improntati ai principi di efficacia, efficienza, economicità e, soprattutto, al risultato: è la *rivincita* del buon andamento.

In precedenza, invece, il potere rimaneva strettamente ancorato all'elemento soggettivo, all'organo-persona fisica cui era affidata la cura dell'interesse pubblico da realizzare attraverso gli atti amministrativi (3).

«L'attenzione si sposta dallo svolgimento legittimo dell'azione allo svolgimento utile dell'azione, allo svolgimento proficuo, in termini di economicità, efficienza, nel senso di un risultato ottimale rispetto alle esigenze da soddisfare» (4).

Vedremo quali sono le conseguenze di questa evoluzione e sviluppo del moderno atto amministrativo o, ciò che è ormai lo stesso, dell'operare amministrativo, sul sindacato di legittimità e di merito.

### 3.- *La funzione ed evoluzione dell'atto amministrativo: i diversi equilibri del rapporto tra amministrazione e amministrato.*

Esistono, nel mondo occidentale, due diversi modi di concepire la disciplina giuridica della P.A.

---

(3) R. PUPILELLA, *Dall'atto amministrativo all'e-government: un nuovo modello di amministrazione?* In [www.diritto.it](http://www.diritto.it), 3.

(4) A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Diritto amm.*, 4/2003, 772.

Lo Stato a diritto amministrativo, in cui all'Amministrazione sono riconosciuti poteri peculiari, è modello tipico dei paesi di *civil law*.

Nei Paesi di *common law* la P.A., invece, non ha poteri peculiari ed i fini pubblici vengono perseguiti da complessi organizzativi cui viene imposto un vincolo pubblico e che si avvalgono di poteri comuni agli altri soggetti dell'ordinamento (5).

L'atto amministrativo costituisce lo strumento tipico utilizzato dal modello di *civil law*: la sua finalità precipua è quella di applicare le leggi alla vita concreta dell'ordinamento giuridico.

In assenza di tale applicazione le leggi rimangono astratte, senza entrare nella realtà giuridica.

Decidere, applicare le leggi è una funzione propria dell'atto amministrativo.

Sua caratteristica è quella di incidere sulla situazione giuridica soggettiva di una persona singola (soggetto passivo) o di più persone, ma non sulla generalità dei consociati.

In ogni caso, deve incidere su un caso concreto.

Il provvedimento, dunque, applica la legge al caso concreto esercitando le sue funzioni principali: la decisione e la esecuzione.

La decisione ed applicazione della legge nell'ambito amministrativo sono funzioni specifiche dell'autorità che deve agire di propria iniziativa o su richiesta del cittadino: come già detto, caratteristica fondamentale degli atti amministrativi è quella di essere posti in essere nell'esercizio di funzioni amministrative (6).

Il provvedimento, pertanto, è lo strumento tecnico del quale si serve l'autorità nell'adempimento della propria funzione: esso, tuttavia, deve essere legittimo, non arbitrario, deve rispettare le condizioni e le modalità prescritte dalla legge e non deve risultare contrario alla legge stessa.

I pubblici poteri esplicano essenzialmente due tipi di attività: giuridica, in cui l'amministrazione interviene unilateralmente nella sfera del privato e sociale, in cui è l'amministrazione che rende prestazioni al privato.

Dunque, *un'amministrazione che prende e un'amministrazione che dà*, formalizzata nella distinzione della dottrina tedesca degli anni trenta: *Eingriffsverwaltung* e *Leistungsverwaltung*, ripresa poi dalla dottrina italiana della fine del XIX secolo.

È soprattutto la prima che si esprime mediante l'adozione di provvedimenti: ordini, espropriazioni, occupazioni, esazioni, ma anche autorizzazioni

---

(5) A. AZZENA, *L'atto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di Mazarrolli, Pericu, Romano, Roversi Monaco, Scoca, II, Monduzzi, 1993, 1186; M. S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, voce *Enc. Dir.*, IV Milano 1959, 157; S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1989, 222 e 240. Cfr. anche P. CARETTI e U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 2002, 13.

(6) «Tali atti debbono essere posti in essere nell'esercizio di funzioni amministrative e non, ad esempio, legislative (si pensi all'esercizio di potestà legislative delegata da parte del governo, che non si esprime con atti amministrativi, quale è viceversa un regolamento)...», F. SATTA, *Atto amministrativo*, voce *Enc. Giur.*, 1.

concessioni, licenze, in quanto il solo fatto che per l'esercizio di una determinata attività sia necessario un permesso dall'amministrazione, implica che quella determinata attività non sia libera e si sostanzia, dunque, in una restrizione.

In relazione ad essa in Italia è stata elaborata la nozione di interesse legittimo e studiato il concetto di potere amministrativo, procedimento amministrativo e provvedimento amministrativo.

L'attività sociale, invece, o *Leistungsverwaltung*, consiste in una attività di prestazione che configura il cittadino come utente o consumatore (sanità, trasporti, erogazione di gas, energia elettrica, poste, telefoni).

L'attività di prestazione era un tempo ritenuta compito esclusivo dei pubblici poteri, ma ora tale modello sta mutando e, dietro la spinta del diritto europeo, tale importante settore tende ad aprirsi alla concorrenza (7).

#### 4. – I principi di legalità e di separazione dei poteri.

L'atto amministrativo, dunque, come mezzo proprio della potestà esecutiva o amministrativa che, in quanto tale, presuppone la legge e la applica.

Gli atti amministrativi sono atti giuridici di diritto pubblico compiuti dai soggetti attivi della pubblica amministrazione nell'esercizio di una potestà amministrativa: costituiscono la realizzazione di un potere giuridico (8).

Per questo motivo sono da considerarsi manifestazioni di volontà, di giudizio, di scienza dell'Amministrazione nel momento in cui assumono rilevanza verso l'esterno, con forma, ma non necessariamente sostanza, di manifestazione autoritaria (9).

I contenuti concreti sono infiniti, proprio perché sono atti mediante i quali l'Autorità amministrativa dispone in ordine all'interesse pubblico di cui è attributaria, esercitando la propria potestà ed incidendo sulle situazioni soggettive del privato (10).

Pur non sussistendo una compiuta definizione normativa di provvedimento amministrativo nella legislazione primigenia, tale termine appare già nei testi normativi di fine ottocento (artt. 4 e 5, legge 20 marzo 1865, n. 2248 all. E, legge abolitrice del contenzioso amministrativo) e dei primi anni del secolo scorso (T.U. 26 giugno 1924, n. 1054, sul Consiglio di Stato).

La nozione, dunque, è frutto della elaborazione dottrinarie italiana e tedesca, nonché della giurisprudenza francese (11).

(7) G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2003, 139, 140 e 207.

(8) V. ITALIA, G. LANDI, G. POTENZA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2002, Giuffrè, 177; G. B. GARRONE, voce *Provvedimento amministrativo impugnabile*, (ricorso giurisdizionale amministrativo), in *Dig. Disc. pubbl.*, 248: tra il provvedimento e il potere giuridico «esiste una stretta correlazione dovuta al fatto che la forza in cui il potere consiste si ritrova intatta in quella volontà che dal provvedimento promana per il principio della conservazione della energia».

(9) F. SATTA, *op. cit.*, I.

(10) M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 245.

(11) La nozione di diritto amministrativo è stata introdotta dal Merlin nel «*Repertorio di giurisprudenza*» Guyot, all'inizio del secolo scorso, con la seguente definizione «*un arrêté, une décision de l'autorité administrative, ou une action, un fait de l'administration qui a rapport a ses fonctions*». In sede normativa la legge francese del 24 agosto 1790 aveva stabilito che i giudici non

Fu la dottrina giuspubblicistica ottocentesca che si occupò delle amministrazioni pubbliche ad individuare la figura a sé stante dell'atto amministrativo, diversa dagli altri atti giuridici finora conosciuti (leggi, sentenze, contratti).

Il provvedimento amministrativo, in quanto autoritativo, costituisce l'espressione tipica del potere amministrativo: sul piano della «dignità costituzionale, si pone sullo stesso livello di quello giurisdizionale, ed è comunque adottato nell'interesse generale della collettività, sia pure in relazione alla cura concreta di un interesse» (12).

Caratteristica di tutti gli atti della Amministrazione è quello di essere sempre posti in essere in ossequio al principio di legalità, che è strettamente connesso a quello di separazione dei poteri: sia il potere giudiziario sia l'esecutivo devono rispettare i dettami imposti dal legislatore.

Gli spazi di scelta dell'Amministrazione sono quelli specificamente configurati dalla norme: non solo devono essere rispettati i limiti normativamente imposti ma, a differenza di quanto accade nel diritto privato, ove vige il principio dell'autonomia negoziale, devono essere attuati solo i comportamenti da questa ipotizzati e più o meno compiutamente definiti (13).

L'esigenza dello strumento dell'atto amministrativo scaturisce essenzialmente dal principio della separazione dei poteri, congiunto al principio di legalità dell'azione amministrativa e al principio di azionabilità delle pretese dei cittadini nei confronti dell'Amministrazione (14).

La Costituzione non contiene una espressa enunciazione di tale importante principio, così come non contiene una espressa enunciazione del principio di legalità.

Tuttavia, l'enunciazione del principio della separazione dei poteri si evince dalla Costituzione stessa la quale delinea i contorni del potere legisla-

potessero intervenire in nessun modo nelle «operazioni dei corpi amministrativi»; nella legge 16 fruttidoro II (3 settembre 1795), la scrittura testuale viene così mutata: è proibito ai tribunali «conoscere degli atti dell'amministrazione» (riportato a M.S. GIANNINI, voce *Atto... cit.*).

(12) G. P. CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio*, Padova, 277.

(13) A. AZZENA, *op. cit.*...1186, A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 1989, 568.

(14) M.S. Giannini, *Atto amministrativo*, voce *Enc. Dir.*, 157: «Questi tre principi ...non avrebbero, da soli, aperto la problematica dell'atto amministrativo, se le norme regolative dell'azione dell'amministrazione, innestandosi ai precedenti ordinamenti generali positivi ...(atto del principe), non avessero introdotto la nuova figura reale, sostanziale dell'atto amministrativo». Per Giannini, l'atto amministrativo, così come l'atto normativo, non è un istituto corrispondente a categorie necessarie di ogni ordinamento giuridico generale, come il negozio privato e la sentenza. Anche perché l'esistenza di un apparato amministrativo non comporta necessariamente che l'azione si esprima giuridicamente in atti amministrativi. Cfr. anche, dello stesso autore, *Diritto amministrativo*, vol. II, 1993, 235 ss. e R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1953, P. GASPARRI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1956. Per la dottrina tedesca cfr. KORMANN K., *System der rechtsgeschäftlichen Srtaatsakte*, Berlin, 1910 e per quella francese M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, 1910.

tivo (art. 70, 117, 121, 134, 97, 113, 101) e del potere giudiziario (102, 103, 100 ult. co., 125, 102, 103) in termini nettissimi, come poteri dai quali è distinto il potere esecutivo-amministrativo.

Inoltre si rinviene nelle sentenze della Corte costituzionale (sent. n. 1 del 1977) (15).

Dal punto di vista dei soggetti, l'amministrazione è nettamente separata dagli altri due poteri, legislativo e giudiziario, anche se non è chiaro se risulti separata dal Governo (16), ma in ogni caso è da ritenersi incorporata nel potere esecutivo.

Da ciò deriva il divieto per il legislatore e per il giudice di emettere provvedimenti amministrativi e di sostituirsi, dunque, all'amministrazione.

Inoltre, la mancanza di un'area costituzionalmente riservata all'amministrazione, consente al legislatore di disciplinare, anche con un elevato grado di analiticità e vincolatezza (salvo i limiti derivanti dal principio di eguaglianza), le funzioni dell'amministrazione: in tal modo si conferisce un «contenuto provvedimentale» alla legge (17).

Infatti, soprattutto nella legislazione di tipo organizzativo ed in quella di spesa e di bilancio, si rinvengono vincoli rilevanti per l'azione della P.A.

Tuttavia, nonostante sin dallo stesso sistema costituzionale l'attività degli organi amministrativi appaia sottoposta sotto molteplici aspetti alla legge, non sembra corretto considerarla come meramente esecutiva della legge: «semmai essa può essere più realisticamente descritta come l'attività volta a conseguire i fini determinati dalle prescrizioni costituzionali e legislative» (18).

In dottrina c'è chi mette in dubbio che la divisione dei poteri sia ancora un principio italiano, in quanto non vi sarebbe alcun limite alla funzione amministrativa, nessun campo è riservato all'amministrazione, una funzione importante come quella governativa o d'indirizzo politico è divenuta dominante, non vi è corrispondenza tra funzioni e apparati (vi sono funzioni amministrative svolte dai giudici come dal pubblico ministero, funzioni normative attribuite alla P.A., come i regolamenti, funzioni amministrative svolte dal parlamento, come l'organizzazione degli uffici serventi) e il Parlamento, infine, può svolgere funzioni amministrative, non esistendo, come in Francia, una riserva di regolamento all'esecutivo (19).

(15) Nella Costituzione italiana manca, infatti, una espressa enunciazione del principio di legalità, come invece nella Costituzione austriaca del 1920 (art. 18) o in quella tedesca del 1949 (art. 20, comma 3). Tuttavia, si ritiene che esso si trova pienamente positivizzato nella regola secondo cui non solo i limiti, ma lo stesso fondamento del potere amministrativo sono da rinvenirsi nella legge, così G. CORSO, voce *Validità*, in *Enc. dir.*, XLVI, 1993, 89.

(16) Cfr. G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2003, 216, il quale ritiene che «a giudicare dal titolo III e dalla relativa sistemática sembra di no, anzi sembra il contrario: dal momento che alla P.A. è dedicata una sezione (la II) nell'ambito del titolo dedicato al Governo. Il Consiglio dei Ministri è tenuto separato dalla pubblica amministrazione (sez. I del titolo III)».

(17) P.CARETTI, U. DI SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Giappichelli, 2002, 290.

(18) P.CARETTI, U. DI SIERVO, *Istituzioni...op. cit.*, 290.

(19) S.CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 2000, 42-43, il quale precisa che la divisione dei poteri, nata per evitare gli abusi del potere pubblico, è stata intesa in funzioni

Si parte, dunque, dal presupposto che è dubbio che la definizione di amministrazione come esecuzione abbia una corrispondenza nel diritto positivo.

In realtà, nonostante le indubbe interferenze tra i tre poteri, non sembra che queste siano così determinanti da sconvolgere l'assetto originario che è alla base di ogni ordinamento moderno.

5. – *I vizi di merito e la discrezionalità, ovvero l'opportunità (convenienza) e la legittimità dell'agire amministrativo.*

Fatte queste precisazioni preliminari, è opportuno ora soffermarsi sui concetti di discrezionalità e merito.

Le premesse teoriche della discrezionalità sono state individuate sin dall'antichità in sede di analisi della struttura della legge (20).

Se la legge avesse la pretesa di regolare in anticipo tutto, verrebbe pregiudicata quella esigenza di flessibilità e di aderenza alle circostanze che oggi è recepita nel principio di buon andamento della Amministrazione (art. 97 Cost.) (21).

Per questo motivo la discrezionalità è il perno attorno al quale ruota tutto il diritto amministrativo: rileva ai fini del riparto della giurisdizione, del procedimento amministrativo, dell'eccesso di potere, degli interessi legittimi, dei diritti soggettivi, della motivazione.

Quello discrezionale costituisce uno dei momenti più delicati dell'esercizio della cosa pubblica in quanto, non potendo la legge rigidamente vincolare e predeterminare l'attività della P.A. entro schematismi e regole inflessibili, con evidente pregiudizio dell'efficacia del suo operare, è attribuito alla P.A. un margine di apprezzamento più o meno ampio, a seconda delle circostanze e dell'interesse pubblico concreto.

L'uso della potestà discrezionale, dunque, permette alla P.A. di decidere al meglio in merito all'opportunità di agire e al contenuto dell'attività pubblica.

A fronte dell'esigenza di eliminare una situazione giuridica incerta, l'esame contestuale dei vari interessi pubblici e privati coinvolti in un procedimento amministrativo permette un incisivo ed efficace perseguimento dei fini pubblici.

---

diverse. Per Montesquieu i poteri, divisi, dovevano controllarsi, mentre i rivoluzionari francesi stabilirono che ai giudici era fatto divieto «*de troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations de corps administratifs*», ossia di turbare in alcuna maniera l'attività dei corpi amministrativi.

(20) G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2003, 146 il quale riporta Platone (nel *Politico*): «Le differenze, sia tra gli uomini sia tra le azioni e il fatto che nessuna cosa umana rimane mai, per così dire statica, impediscono a qualsiasi tecnica, quale che sia, di affermare, in un qualunque settore, qualcosa di semplice, valido per tutti i casi e per tutto il corso del tempo» (294 b e 295 e-d) e Aristotele: «l'errore non sta nella legge né nel legislatore, ma nella natura della cosa, giacché la materia delle azioni ha proprio questa intrinseca caratteristica...Ed è questa la natura dell'equo: un correttivo della legge, laddove è difettosa a causa della sua universalità» (ARISTOTELE, *Eth. Nic.*, 1137 b).

(21) G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2003, 147.



Discrezionalità, tuttavia, non significa operare *legibus soluti*, ma esprimere una valutazione comparativa, una scelta dei vari interessi in gioco, pubblici e privati.

Il procedimento amministrativo è la sede ideale della discrezionalità e in esso trova la sua ideale collocazione, risultando questo finalizzato proprio a consentire un esercizio ordinato, efficiente ed imparziale del potere pubblico.

L'unico vizio dell'attività discrezionale sindacabile in sede giurisdizionale è costituito dall'eccesso di potere.

Rilevante si configura la legge n. 241 del 1990, con la quale il legislatore ha inteso fornire una compiuta regolamentazione e disciplina di uno degli aspetti più importanti dell'attività amministrativa quale è la discrezionalità.

La novità più interessante introdotta dalla legge sul procedimento è costituita dal principio della necessaria partecipazione di tutti i soggetti interessati ed esprime il momento pluralistico discrezionale.

Il procedimento rappresenta lo strumento ed il luogo più idoneo per assicurare un raffronto tra gli interessi coinvolti e per accogliere una struttura dialettica che precedentemente si rinveniva solo in sede processuale e che, in certo qual modo, la anticipa o la previene.

La dottrina già nel passato aveva ritenuto che, a fronte di un potere discrezionale, il diritto soggettivo si affievolisce o degrada ad interesse legittimo: la giurisdizione del giudice ordinario viene meno a favore di quella del giudice amministrativo in tutti i casi in cui la P.A. goda di margini di discrezionalità (22).

Generalmente, la discrezionalità è intesa in senso molto ampio, in quanto in essa si ricomprendono anche le valutazioni di natura tecnica che implicano un minimo margine di apprezzamento (c.d. discrezionalità tecnica) (23).

La differenza tra discrezionalità e merito investe l'angolo prospettivo della verifica, in quanto la prima si incentra sul momento dinamico della traduzione del potere in atto, l'altra su quello statico del risultato che ne è seguito, e che si è ormai realizzato.

Il merito amministrativo attiene al risultato dell'attività discrezionale di scelta della P.A., ad un momento susseguente ad essa e, per una parte della dottrina, costituisce il *genus* entro cui anche la discrezionalità stessa rientrerebbe: come tale non sarebbe sindacabile da parte del giudice amministrativo (24).

---

(22) R. CARANTA, *Variazioni sull'inesistenza dell'atto amministrativo adottato in situazioni di carenza di potere*, in *Giust. Civ.*, 1999, 216 ss.

(23) L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, 28.

(24) «La distinzione tra giudizio di legittimità e giudizio di merito passa all'interno della giurisdizione, riguarda l'oggetto della giurisdizione ed il contenuto della tutela: da un lato, un giudizio che si arresta di fronte al potere dell'amministrazione di disposizione degli effetti (che la norma ricollega all'atto), che non tocca la discrezionalità altro che per i profili connessi alla normativa generale dell'attività (principio della parità di trattamento, di logicità, di sufficienza della motivazione); dall'altro, un giudice che conosce anche di questi effetti, che può sostituirsi all'am-

La legittimità viene intesa come il momento culminante della valorizzazione della norma d'azione e dell'attività amministrativa, mentre il merito equivale ad opportunità, ed il relativo vizio implica l'accertamento della violazione di norme non giuridiche.

Il merito, dunque, è la parte insindacabile, in sede giurisdizionale amministrativa di legittimità, del potere discrezionale della P.A., mentre l'eccesso di potere ne delinea l'ambito soggetto al sindacato (25).

La legittimità e l'opportunità costituiscono, dunque, le due categorie della validità dell'atto amministrativo (26).

La legittimità riguarda la conformità della fattispecie concreta all'ipotesi normativa astratta, mentre l'opportunità la conformità ai canoni astratti del buon andamento dell'attività amministrativa (27).

ministrazione per regolare direttamente e nella sua interezza il rapporto controverso», M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, voce *Enc. Dir.*, 1970, XIX, 262.

(25) A. CERRETO, *Potere discrezionale e merito nell'attività della P.A.*, 1959, cit. da P.M. VIPIANA PERPETUA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003, 362. Cfr. sul punto T.A.R. Toscana, n. 710 del 2004, in materia di avanzamento degli ufficiali dell'arma dei Carabinieri: in questo caso il giudizio è caratterizzato da una amplissima discrezionalità, essendo riferite ad ufficiali dotati di ottimi profili di carriera, le cui qualità sono definibili solo attraverso sfumate analisi di merito che non sono la mera risultanza aritmetica dei titoli dei requisiti degli scrutinandi, ma implicano una complessiva ponderazione delle loro qualità (cfr. C.d.S., IV, 27 novembre 1997, n. 256; 26 novembre 1998, n. 78; 8 luglio 1999, n. 1196, n. 3267/2000). Conseguenza costante di tale orientamento è che il Giudice Amministrativo può sindacare, a parte le violazioni del procedimento, solo macroscopiche incongruenze dei giudizi, evidentemente non sussumibili nell'ambito della discrezionalità della Amministrazione. Il Giudice, invece, non può giudicare su comparazioni di merito tra candidati. Non avendo il ricorrente fornito la prova delle suddette manifeste incongruenze, i relativi profili di illegittimità devono essere disattesi».

(26) M.S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. del dir.*, 182.

(27) Cfr. G. CORAGGIO, *Merito amministrativo*, voce in *Enc. dir.*, XXVI, 1970, 138 e 143 ove precisa: «Tra giudice e norma non vi può essere rottura logica poiché sono entrambi parti di un unico processo che dalla loro simbiosi trae vitalità»; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, voce in *Enc. dir.*, XII, 1970, 77, il quale specifica che nessuno «ha mai dubitato dell'esigenza di riconoscere nella discrezionalità i caratteri di una sfera di disposizione propria di quel genere di funzioni che, con una certa imprecisione, si son dette libere. Le perlessità hanno, se mai, riguardato l'individuazione del significato da attribuire al termine di funzione o la definizione del margine libero dell'attribuzione nelle attività di genere diverso dalla giurisdizione. La maggioranza della dottrina ha intuito la difficoltà del problema e la necessità di una revisione critica delle idee più comuni, ricevute dalla tradizione». Così si esprime la giurisprudenza sulla tematica: «Il sindacato giurisdizionale di legittimità avente ad oggetto un provvedimento amministrativo (nella specie, l'atto ministeriale di diniego della "presa d'atto" della cessione azionaria intervenuta tra la Rai e la CCR s.r.l.), connotato da sicuri elementi di ampia discrezionalità, cui sono commisti anche profili valutativi che impingono al merito dell'operazione di cessione azionaria, deve mirare a saggiare se, attraverso la motivazione dell'atto, le scelte valutative discrezionali operate dall'amministrazione presentino profili o, comunque, sintomi di incongruità. Pertanto, è legittimo, in quanto immune da vizi logici, il procedimento valutativo posto alla base del diniego ministeriale all'invocata presa d'atto dell'operazione commerciale di cessione, da parte della Rai, della partecipazione di minoranza in Raiway a CCR s.r.l., adottato in ragione del fatto che i patti parasociali

Ed invero, la suddetta distinzione riflette la lunga e tormentata elaborazione giurisprudenziale sull'eccesso di potere: il provvedimento può essere legittimo ed inopportuno oppure illegittimo e opportuno (28).

Se il merito esprime il concetto di convenienza dell'azione amministrativa, non è per nulla precluso il sindacato sui vizi di legittimità delle scelte discrezionali, e ciò anche per quanto riguarda i vizi di legittimità sostanziale (29).

Il vizio di merito, infatti, rileva solo nei casi in cui la legge lo prevede, a differenza del vizio di legittimità, che in invece ha una portata generale.

#### 6.- *L'inopportunità come vizio dell'atto?*

Si discute, pertanto, se l'inopportunità possa essere considerata come un vero e proprio vizio, nei casi in cui sia concesso il ricorso giurisdizionale in sede di merito.

Il dibattito si fonda sulla possibilità di ipotizzare il vizio di merito come incidente sulla validità dell'atto.

Le difficoltà sorgono proprio dalla difficoltà di riscontrare obiettivamente il contrasto con una norma giuridica, visto che questa non sussiste (30).

In realtà si tratta di un mero problema terminologico.

Ricomprendere nella nozione di invalidità anche il vizio di merito e ricondurvi tutti i casi di patologia dell'atto per contrasto con qualsiasi regola giuridica o non giuridica, non conduce a conseguenze pratiche, ma meramente teoriche (31).

Come già esposto, il punto più delicato della discrezionalità è costituito dal rapporto con il giudizio di opportunità e con il giudizio di merito: dove non c'è giudizio di opportunità non c'è discrezionalità.

Il merito può essere inteso in due modi: il primo fa coincidere il merito con l'opportunità, il secondo corrisponde al contenuto sostanziale del provvedimento (ricomprensivo dell'opportunità ma anche le valutazioni tecniche e le qualificazioni giuridiche applicate).

In questo secondo caso, dunque, il merito non comprende solo la ponderazione comparativa degli interessi nel momento che precede la decisione amministrativa, ma tutto il percorso che va dal momento in cui si pone

annessi al contratto di cessione impedivano, di fatto, il controllo della società Raiway da parte della società pubblica concessionaria, conferendo al partner un potere di indirizzo strategico dell'attività della società controllata superiore a quello di maggioranza» (T.A.R. Lazio, Sez. II, 12 marzo 2002, n. 1897, in *Foro Amm.* T.A.R., 2002, 938, 525, nota di Gigante, e in *Foro It.*, 2002, III, 636, nota di Tropea).

(28) B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, Padova, 1993, 331: «l'esercizio discrezionale del potere non si sublima nella soluzione più opportuna, ma in quella ponderazione che, seppur congrua, potrebbe risultare nella specie inopportuna...né la discrezionalità può essere vista in chiave di sola opportunità, come rinvio a regole non giuridiche, le quali del resto potrebbero essere anche tipizzate a livello normativo».

(29) T.A.R. Campania Napoli, Sez. III, 12 ottobre 2001, n. 4553, in *Foro Amm.*, 2001.

(30) R. CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Milano, 1990, 133, e la bibliografia ivi citata; E. CASSETTA, *Atto e attività*, 329.

(31) R. CARANTA, *op. cit.*, 143.

un'istanza a provvedere sino al momento finale dell'emissione del provvedimento, che è l'espressione della cura concreta dell'interesse pubblico dato in attribuzione.

La discrezionalità attiene all'agire libero dell'amministrazione quando opera come autorità: quando non agisce come autorità esercita autonomia privata e non discrezionalità.

L'agire libero dell'amministrazione quando opera come autorità coincide con quella parte dell'attività che è funzione: la funzione pubblica consiste in quella attività rilevante nell'ambito definito dalla norma.

In questo rileva non solo l'atto fissato dalla norma, ma tutta l'attività che lo ha preceduto e quella successiva.

Non opportunità del provvedimento significa cattivo esercizio della discrezionalità amministrativa, in quanto l'opportunità comprende anche la valutazione comparativa degli interessi (32).

Provvedimento non opportuno significa che non è il più conveniente all'occasione, al luogo, al tempo e alla circostanza, che non vi è stata da parte del soggetto pubblico l'osservanza delle regole di buona amministrazione, di prudenza, di accortezza finanziaria.

Per una tesi l'inopportunità non costituisce vizio del provvedimento: è inammissibile un secondo giudizio di ponderazione comparativa degli interessi.

La dottrina è andata alla ricerca del significato di opportunità che da semplice attributo di un atto, può assumere rilevanza come vizio sanzionabile.

È difficilmente ipotizzabile il vizio sanzionabile per una presunta inopportunità vista come violazione del dovere di curare l'interesse pubblico al grado ottimale, ovvero come vizio attinente all'obbligo di rendere il provvedimento il più conforme possibile alle regole che presiedono alla cura degli interessi pubblici.

Il problema è che nessuno ha mai saputo con precisione quali fossero queste regole meta giuridiche, o almeno non si è andati oltre l'affermazione che tali regole corrispondono ad equità, imparzialità o di buona amministrazione, ora sintetizzate nei principi di cui alla legge n. 241 del 1990.

Difficile è individuarle.

I principi della 241 costituiscono il precipitato logico e l'esplicitazione dei principi del buon andamento della Pubblica amministrazione di cui all'art. 97, se non lo vogliamo intendere come mera regola di organizzazione del pubblico impiego.

Non è consentito nel nostro ordinamento allargare al massimo grado l'area di controllo di legittimità sino ad arrivare al puro merito.

E questo soprattutto ora che il bilancio della giurisprudenza volge inequivocabilmente nel senso che molte di suddette regole sono spesso rimaste attratte nell'area del giudizio di legittimità, senza un sicuro criterio discrezionale con il giudizio di merito.

---

(32) G.P. CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio*, Padova, 2003, 113.

Se l'azione amministrativa viene disciplinata da norme legislative, da regole non scritte e da criteri generali di opportunità, solamente la violazione delle prime determina l'illegittimità del provvedimento.

Alla seconda categoria viene ricondotto il principio del massimo risultato con il minimo mezzo o quello del buon andamento formalizzato nell'art. 97, cui deve uniformarsi l'azione amministrativa.

7. – *Atto vincolato e atto discrezionale: quello che rimane della sfera libera dell'attività amministrativa.*

Com'è noto, i vizi della violazione di legge e dell'incompetenza riguardano l'attività vincolata della P.A.

Al fine, invece, di sindacare la correttezza delle scelte discrezionali della P.A. viene in rilievo l'eccesso di potere o sviamento di potere.

Nel caso in cui il provvedimento abbia natura vincolata, non vi sono margini di apprezzamento discrezionale in capo alla Amministrazione.

L'Amministrazione ha, anzi, l'obbligo di intervenire con un atto di diniego, dovuto nell'«*an*» e vincolato nel suo contenuto, senza che su di esso possa essere effettuata, alcuna comparazione tra interessi pubblici ed interessi privati (33).

La distinzione tra atti discrezionali e vincolati è stata dogmaticamente utilizzata per affermare che i provvedimenti discrezionali sono impugnabili innanzi al giudice amministrativo anche quando incidono su prelievi posizioni di diritto (34).

---

(33) L'affermazione è sostenuta dalla dottrina quasi unanime e da una consolidata giurisprudenza: P.M. VIPIANA PERPETUA, *op. cit.*, 243, S. CASSESE, *Casi e materiali di diritto amministrativo*, Bologna, 1993, 230 ss. Sulla natura di atto vincolato cfr. T.A.R. Toscana, Sez. III, 30 gennaio 2002, n. 90: «Ne consegue che, in materia di immigrazione, è irrilevante l'entità del reato commesso o la supposta poca gravità dello stesso ai fini dell'applicazione del dato normativo posto che l'Amministrazione non ha alcun potere in ordine alla scelta dei reati che potrebbero apparire più o meno significativi dal punto di vista della pericolosità sociale. Dalla natura vincolata dell'atto da assumere ai sensi dell'art. 31 legge 11 giugno 1971, n. 426, deriva che l'onere di motivare il provvedimento si esaurisce nell'enunciazione dei presupposti dell'azione amministrativa posta in essere». Cfr. anche T.A.R. Lombardia Milano, Sez. III, 5 dicembre 2002, n. 4730, in *Foro Amm.* T.A.R., 2002, f. 12: l'ipotesi normativa contemplata nell'art. 31 legge 11 giugno 1971, n. 426, impropriamente qualificata «revoca» dell'autorizzazione, ha, in realtà, natura decadenziale, trattandosi di atto amministrativo vincolato di accertamento delle ipotesi che la norma ritiene incompatibili con la prosecuzione dell'attività; infatti, si tratta di provvedimento sanzionatorio che la P.A. è tenuta ad adottare nei confronti del privato inadempiente agli obblighi assunti in dipendenza dell'autorizzazione o a seguito della perdita dei requisiti soggettivi richiesti per il rilascio. Cfr. anche Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2002, n. 1894, in *Foro Amm.* C.D.S., 2002, 960: «Il provvedimento di inquadramento che riconosca contestualmente i servizi pre-ruolo ha natura di atto vincolato e autoritativo (riguardante l'organizzazione degli uffici ed attributivo di uno «*status*» al pubblico dipendente), sicché esso, come avviene in generale per gli atti di inquadramento, è impugnabile entro l'ordinario termine di decadenza anche per la parte in cui disponga la mancata valutazione di servizi pregressi».

(34) L. MARUOTTI, *La giustizia amministrativa e le riforme costituzionali*, in *Foro amministrativo*, 1992, 2876.

La mancanza della possibilità di apprezzamento discrezionale, peraltro, involge anche altri fondamentali aspetti, come la comunicazione di avvio del procedimento ai sensi dell'art. 7, legge n. 241 del 1990 (essa non è necessaria nel caso di procedimento vincolato) (35), oppure la motivazione stessa dell'atto (36) (proprio dalla natura vincolata dell'atto deriva che l'onere di motivare il provvedimento si esaurisce nell'enunciazione dei presupposti dell'azione amministrativa posta in essere).

Ai fini della giurisdizione è irrilevante il *quantum* di discrezionalità di cui sia titolare l'amministrazione in sede di emanazione del provvedimento di diniego, in quanto è sempre quantomeno configurabile la discrezionalità tecnica: quando vi è il potere di accogliere o meno una istanza del privato che ha dato luogo all'apertura di un procedimento amministrativo, *in re ipsa* sussistono posizioni di interessi legittimi (37).

In realtà non esistono due poli completamente contrapposti ove da un lato, vi è un atto interamente discrezionale e, dall'altro, un atto completamente vincolato.

Il concetto di discrezionalità e di vincolatività risale alla norma attributiva del potere, ossia alla norma che conferisce alla P.A. il potere di curare gli interessi pubblici: in questa norma sono tracciati anche i limiti all'esercizio del potere, come il «se» emanare l'atto (*an*), il contenuto da conferirgli (*quid*), le modalità da inserire nel contesto dell'atto (*quomodo*), quando emanare l'atto (art. 1 legge n. 241/1990).

Risulta ben difficile che la norma attributiva del potere limiti l'esercizio del potere a tutti questi aspetti: l'ipotesi dell'atto interamente vincolato è meramente nominale.

Qualore l'atto sia interamente vincolato, in casi limitatissimi, esso deve presentarsi come atto che dia la massima garanzia degli interessi individuali coinvolti proprio per il principio della riserva di legge assoluta.

Ne consegue che molte figure di eccesso di potere, come ad esempio la disparità di trattamento, non sono concepibili rispetto ad attività vincolate (38).

Anche nei casi di uso discrezionale del potere, l'ordinamento richiede che tale potere venga utilizzato per il perseguimento di una ben precisa finalità.

Infatti, l'ordinamento giuridico non attribuisce all'Amministrazione un indifferenziato potere di cura dell'interesse pubblico, bensì tanti poteri, ciascuno dei quali deve essere impiegato per il conseguimento di specifici obiettivi.

---

(35) Giurisprudenza costante della giurisprudenza amministrativa in generale, T.A.R. Piemonte, Sez. I, 15 gennaio 2003, n. 29, in *Foro Amm.* T.A.R., 2003.

(36) Cfr. T.A.R. Lombardia Milano, Sez. III, 5 dicembre 2002, n. 4730, in *Foro Amm.* T.A.R., 2002, f. 12.

(37) L. MARUOTTI, *La giustizia amministrativa...*, 2876.

(38) Così G. VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, 1583 «Il principio del carattere generale dei vizi implica soltanto che ciascun vizio debba essere deducibile in relazione a tutti gli atti ai quali sia potenzialmente riferibile».

L'eccesso di potere si concretizza, infatti, quando la P.A. esercita il potere che le è stato attribuito per perseguire un fine diverso da quello tipico (39).

Attraverso il vizio dell'eccesso di potere il giudice amministrativo controlla il modo (legittimo o meno) in cui la P.A. ha esercitato la discrezionalità, ossia il modo in cui sono stati ponderati gli interessi coinvolti.

Ciò non significa, tuttavia, valutare la bontà del risultato conseguito, in quanto significherebbe entrare nel merito del fatto, che è consentito solo nei casi determinati dalla legge.

Vizio di merito significa, infatti, violazione delle regole di opportunità, convenienza e buona amministrazione, di equità, di norme non giuridiche (40).

Il merito rappresenta la sfera libera dell'azione amministrativa discrezionale, ossia l'ambito in cui essa, rispettati i limiti stabiliti dalle norme, può svolgersi senza essere soggetta ad un sindacato giurisdizionale.

Tale distinzione si riscontra anche negli aspetti processuali.

La giurisdizione di merito si contraddistingue non solo per i maggiori poteri istruttori e decisori rispetto a quelli del giudice di legittimità, ma anche per una maggiore estensione dell'oggetto del giudizio: è infatti possibile verificare la conformità dell'atto amministrativo alle regole di ordine extra-giuridico (economico, tecnico, sociale, equitativo) (41).

Altra tesi, invece, ritiene che la giurisdizione di merito sarebbe caratterizzata solo da maggiori poteri cognitori, ma che non sia comunque consentito al giudice la sostituzione al giudice amministrativo.

Risulta evidente che, il suddetto orientamento, dal punto di vista dogmatico, è ancora più coerente e rispettoso del principio della separazione dei poteri (42).

---

(39) La giurisprudenza, com'è noto, ha elaborato le c.d. figure sintomatiche dell'eccesso di potere, che segnalano una probabile sussistenza di sviamento di potere: disparità di trattamento; travisamento (qualora la P.A. assuma come presupposto di un provvedimento una situazione fattuale difforme da quella reale; difetto di istruttoria, perplessità, se non appare chiaro quale sia il potere esercitato dalla P.A., violazioni di circolari, illogicità, manifesta ingiustizia, violazione del principio di proporzionalità, in quanto la P.A. deve conseguire lo scopo prefissato con il minor sacrificio degli altri interessi in gioco).

(40) Circa il dibattito che si è sviluppato sulla natura giuridica o non giuridica delle regole tecniche o sociali utilizzate (MORTATI, voce *Discrezionalità*, in *Nss.D.I.*, vol. V, Torino, 1105 e M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 83), osserva G. VACIRCA, *Riflessioni...op. cit.*, 1580: «Non sembra avere rilevanza, ai fini del problema in esame, la questione, a lungo dibattuta, della natura giuridica o non giuridica delle regole tecniche o sociali a tal fine utilizzate. È sufficiente rilevare che l'utilizzazione di regole atecniche o sociali è indispensabile, nell'applicazione di norme giuridiche, quante volte queste ultime facciano riferimento a concetti individuabili soltanto in base a quelle regole».

(41) G. VACIRCA, *op. cit.*, 1574; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2000, 230.

(42) A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, 117. Altra tesi, ancora, identifica il merito con il contenuto dell'atto amministrativo, da determinare discrezionalmente, V. OTTAVIANO, *Merito (Diritto amministrativo)*, voce *Noviss.Dig.It.*, Torino, 1964, 578, anche se in seguito la tesi risulta leggermente modificata, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, 1947, come osservato da P.M. VIPIANA PERPETUA, *op. cit.*, 348, n. 12.

Per quanto riguarda l'esercizio vincolato del potere, si osserva che l'amministrazione, in questo caso, non ha la possibilità di ricercare l'opportunità, in quanto quest'ultima risulta *ex lege* assorbita nello schema legale prediposto dalla norma per l'attività amministrativa (43).

8. – *La discrezionalità tecnica tra merito e violazione di legge.*

Nell'ambito di tale attività comparativa accade di sovente che la P.A. debba acquisire dati ed informazioni di carattere tecnico, indispensabili per la verifica dell'efficacia di un determinato intervento amministrativo.

In questo caso la discrezionalità cambia nome e viene definita discrezionalità tecnica (44).

Nella discrezionalità *tout court* la P.A., nel suo esame comparativo degli interessi, non è ancorata all'osservanza di nozioni avanti carattere tecnico.

Una delle problematiche affrontate dai T.A.R. nelle controversie in cui rilevano notazioni di carattere tecnico riguarda, innanzitutto, il potere del giudice amministrativo ed i suoi limiti.

Il giudice amministrativo, infatti, come già detto, non può sostituirsi alla P.A., esercitare il potere di determinazione di cui essa è titolare e, conseguentemente, non può modificare gli atti da questa posti in essere o eseguire compiti spettanti alla medesima: il suo ruolo consiste in un controllo di legittimità e solo talvolta di merito sugli atti.

Il giudice non può giudicare la scelta fatta nel merito, in quanto con ciò eserciterebbe una funzione amministrativa (45): può solo rilevare se le scelte sono state fatte con ragionevolezza.

---

(43) Un certificato, infatti, sarà esatto o inesatto, mai inopportuno, B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, Padova, 1993, 329.

(44) Si possono ricordare, a titolo esemplificativo, i provvedimenti di inquadramento nel pubblico impiego che hanno natura vincolata anche se l'Amministrazione ha poteri valutativi, in quanto sono espressione di una discrezionalità tecnica realtiva alla sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge Cfr. L. MARUOTTI, *La giustizia amministrativa e le riforme costituzionali*, in *Foro amministrativo*, 1992, 2876. In tal caso il Consiglio di Stato non ha mai dubitato che il dipendente vanti posizioni di interesse legittimo, dovendo agire a tutela di questo nel prescritto termine di decadenza. Come ricorda Giannini, la nozione di discrezionalità tecnica è sorta soprattutto per ragioni processuali: si volle che il giudice ordinario, tramite la consulenza tecnica potesse sindacare quelle zone dell'attività amministrativa dominate da giudizi scientifici e non da giudizi di opportunità (*Diritto amministrativo*, 489, 1970, I, Milano). Sulla distinzione tra discrezionalità tecnica e merito v. Cons. Stato, Sez. IV, 29 ottobre 2002, n. 5941, in *Foro Amm. C.D.S.*, 2002, 2394 «La P.A., nella predisposizione del bando, esercita un potere attinente al merito amministrativo e non una semplice valutazione tecnica laddove inserisce disposizioni ulteriori rispetto al contenuto minimo "ex lege" previsto; queste ultime, quindi, saranno censurabili in sede giurisdizionale soltanto all'orché appaiano viziate da eccesso di potere per illogicità o per incongruenza rispetto al fine pubblico della gara».

(45) Sintomatica la sentenza del T.A.R. Veneto, 18 maggio 1994, n. 550, in *Rass. Giur. dell'En. Elettrica*, 1995, 245: la soluzione del tracciato prescelta dall'ENEL non può formare oggetto di censura, dato che una tale scelta si rapporta all'esplicazione di potestà tecnico amministrativa, sindacabile dal giudice amministrativo solo in ipotesi di manifesta irrazionalità. Stessa argomentazione è adottata dal T.A.R. Lombardia, 14 maggio 1994, n. 302, in *Rass. giur. dell'En. Elettrica*,



Altra ipotesi in cui il giudice amministrativo può intervenire, oltre che nei casi di eccesso di potere e di incompetenza, è la violazione di legge: nei procedimenti scadenzati e complessi, come quelli caratterizzati dall'utilizzo di regole tecniche, non è difficile rinvenire ipotesi che integrano tale vizio.

Il controllo del rispetto delle norme istruttorie offre occasione al giudice di verificare se effettivamente sono stati presi in considerazione tutti gli aspetti (46).

Ad esempio, anche i giudizi delle commissioni giudicatrici dei pubblici concorsi, quando non sono affetti da errata percezione della realtà ovvero da vizi logici tali da far ritenere di trovarsi di fronte ad errori *ictu oculi*

---

1994, 247. La giurisprudenza in relazione a questo profili e agli elettrodotti è stata ferma nello specificare che il potere del giudice non potrà mai essere quello di stabilire la validità del tracciato. Le scelte progettuali sono esplicitazione di potestà tecnico-amministrativa-discrezionale, non censurabile in sede di giudizio di legittimità, se non per illogicità e manifesta irrazionalità delle scelte. F. PATRONO, *Considerazioni sull'inquinamento elettromagnetico e sulla recente legge-quadro*, in *Giur. di Merito*, 2001, III, 749; T.A.R. Veneto, Sez. II, 13 febbraio 2001, n. 236, in *Riv. Giur. ambiente*, 2000, 119 ss, con nota di CERUTI, *Inquinamento elettromagnetico e salute umana: il problema della sindacabilità giudiziale delle norme tecniche sulla base del principio precauzionale avalato da Cons. St., ord. 28 settembre 1999, n. 1737*.

Cfr. anche Cons. Stato, Sez.VI, 29 novembre 2002, n. 6575, in *Foro Amm. C.D.S.*, 2002, f. 11: «La discrezionalità tecnica – diversa dal merito amministrativo – ricorre quando la pubblica amministrazione, per provvedere su un determinato oggetto, deve applicare una norma tecnica cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta e tale discrezionalità, qualora si sia manifestata attraverso apprezzamenti tecnici, è sindacabile in sede giurisdizionale in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'“*iter*” logico seguito dall'autorità amministrativa, ma alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo».

(46) Il momento istruttorio, nella procedura ricopre una rilevanza particolare, in tutte le questioni relative alla costruzione dell'impianto, all'impatto sull'ambiente e sul territorio, e alla sua collocazione urbanistica: attraverso il controllo della motivazione ed il suo eventuale vizio il giudice ha la facoltà di valutare se l'Amministrazione nel decidere abbia tenuto conto della reale necessità di costruire un elettrodotto in quella zona, se erano presenti i presupposti richiesti dalla normativa vigente, se la scelta è stata coerente con le risultanze istruttorie. A ciò si aggiunga che la tutela della salute, oltre ad essere prevista a livello costituzionale, è parte integrante dell'ordinamento giuridico, basti pensare alla legge 23 dicembre 1978, n. 833 che prevede tra i fini dello Stato quello di garantire condizioni uniformi di salute su tutto il territorio nazionale. La salute, dunque, è non solo un diritto garantito, ma anche un interesse che l'ordinamento ha il dovere di perseguire: ciò consente che possa essere parametro di valutazione e di giudizio anche nel procedimento amministrativo e successivamente in sede processuale. Cfr. anche T.A.R. Lombardia, 3 novembre 1994, n. 618, in *Rass. Giur. En. Elettrica*: “la salute costituisce un diritto inviolabile dei cittadini direttamente ed un interesse fondamentale della collettività come sancito dall'art. 32 della Costituzione e dalla legge 833 del 1978, pertanto, ne è indispensabile assicurare la tutela anche in sede di realizzazioni degli impianti elettrici”. L'aspetto salute è venuto in rilievo in modo esplicito nella normativa sugli elettrodotti con il d.p.c.m. del 23 aprile 1992: da allora è opinione giurisprudenziale che tale normativa rientri tra quella che deve essere rispettata nella procedura di autorizzazione alla costruzione degli impianti. Tra gli elementi di legittimità dell'atto autorizzatorio è necessario, pertanto, verificare anche il rispetto della normativa apposita dettata in materia di

riscontrabili, risultano del tutto incensurabili a pena di invadere la sfera di valutazione discrezionale ascrivibile al merito amministrativo (47).

Poiché la pronuncia di rigetto del giudice amministrativo si esaurisce nella conferma del provvedimento impugnato e non si sostituisce all'atto amministrativo – conservando l'autorità che lo ha emesso tutti i poteri che avrebbe avuto se l'atto non fosse stato impugnato, eccetto la possibilità di ravvisarvi i vizi di legittimità ritenuti insussistenti dal giudice – non è ipotizzabile in tale tipo di pronuncia uno sconfinamento nella sfera del merito e, quindi, della discrezionalità e opportunità dell'azione amministrativa.

E ciò neppure nel caso in cui sia attribuita ad essa efficacia retroattiva, rientrando pienamente l'individuazione degli effetti nel tempo delle norme giuridiche nell'attività interpretativa delle stesse (48).

Quanto, poi, all'invasione della sfera di discrezionalità tecnica della P.A., è sufficiente qui riportarsi a quanto di recente osservato dal Consiglio di Stato: «il giudizio tecnico cui è chiamata la Commissione giudicatrice sfugge, in base a costante giurisprudenza, al sindacato del giudice amministrativo in sede di legittimità, laddove non vengano in rilievo indici sintomatici del non corretto esercizio del potere» (49).

Giova, in particolare, osservare che il potenziamento dei mezzi istruttori utilizzabili dal giudice amministrativo ai fini del sindacato sulle valutazioni di stampo tecnico-specialistico, sancito dall'innesto della consulenza tecnica ai sensi dell'art. 16, legge n. 205/2000, consente certo il pieno e diretto accertamento dei fatti presi in esame dall'amministrazione, ma non la sostituzione del giudice amministrativo, per il tramite del consulente tecnico, ai giudizi di tipo tecnico formulati dall'Amministrazione.

Il controllo del giudice amministrativo sul giudizio tecnico dell'organo amministrativo è rimasto un controllo debole, nel rammentato senso del-

---

esposizioni alle radiazioni non ionizzanti, vale a dire il d.p.c.m. 23 aprile 1992 e il d.p.c.m. 1995 per le azioni di risanamento e, naturalmente, la recente legge quadro. C'è, tuttavia, perplessità in dottrina circa il ricorso smodato al giudice: «...il giudice finirà per operare più come fattore di compensazione di incertezze sociali e culturali, che come organo di composizione di liti e delle relative incertezze giuridiche, facendosi così carico di una non meglio definita funzione di supervisione tecnica degli approdi teorici della comunità scientifica e della funzione di valutazione e selezione degli interessi meritevoli di tutela, che sono estranee al proprio bagaglio culturale ed al proprio mandato»...«In definitiva, se i giudici rivendicano un ruolo forte di mediatori e garanti di ultima istanza dei valori in gioco, ed operano così quali moltiplicatori del contenzioso, le amministrazioni tendono a rinunciare alle proprie prerogative e contribuiscono a loro volta alla inflazione delle regole e dei vincoli esistenti, ingenerando così ulteriore incertezza e contenzioso», G.D. COMPORTI, *Amministrazioni e giudici sull'onda dell'elettrosmog*, in *Foro Amm.*, 2001, IX, 2455. Cfr. anche A. CONTALDO, *Ancora in tema di elettrosmog da antenne per la telefonia mobile* (nota a T.A.R. Toscana, sez. I, 15 gennaio 2001), in *Dir. Informazione e informatica*, 2001, 249.

(47) T.A.R. Campania Napoli, Sez. II, 19 giugno 2001, n. 2821, in *Foro Amm.*, 2001.

(48) Cass. civ., Sez. un., 9 novembre 2001, n. 13927, in *Mass. Giur. It.*, 2001.

(49) Cons. Stato Sez. IV, 4 novembre 2002, n. 6004; Cons. Stato, Sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199.

l'inammissibilità di una logica sostitutiva che consenta al giudice di sostituire la sua opinione all'opinione, non condivisa, ma non risultante erronea, della P.A.» (50).

In base a tali considerazioni, la consulenza tecnica d'ufficio potrebbe determinare che i quesiti proposti non mirano ad accertare l'erronea applicazione dei criteri tecnici ma, piuttosto, a fondare in via di fatto i presupposti su cui poi arbitrariamente proporre una logica di valutazione sostitutiva di quella adottata dall'Amministrazione.

La problematica, peraltro, era già stata affrontata da tempo, all'indomani della sentenza della Corte costituzionale del 23 aprile 1987, n. 352, che aveva dichiarato costituzionalmente illegittimi, con riferimento agli artt. 3 e

---

(50) Cons. Stato Sez. IV, 4 novembre 2002, n. 6004; Cons. Stato, Sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199. Cons. Stato, Sez. VI, 5 dicembre 2002, n. 6652, in *Foro Amm. C.D.S.*, 2002, 3242. «Il potere di annullamento del nullaosta paesaggistico attribuito al Ministero per i beni culturali dall'art. 82 d.P.R. n. 616 non comporta un riesame complessivo delle valutazioni tecnico-discrezionali compiute dalla Regione, tale da consentire la sovrapposizione o sostituzione di una propria valutazione di merito a quella compiuta in sede di rilascio del titolo autorizzativo, ma si estrinseca in un controllo di mera legittimità che peraltro può riguardare tutti i possibili vizi dell'eccesso di potere. Cons. Stato, Sez. VI, 1° ottobre 2002, n. 5156, in *Diritto e Giustizia*, 2002, f. 36, 49: le deliberazioni dell'Autorità per la concorrenza e il mercato attengono a valutazioni complesse che rinviano a scienze inesatte ed opinabili, di carattere prevalentemente economico, con cui si perviene alla definizione di concetti giuridici indeterminati (mercato rilevante, dominanza, intesa restrittiva della concorrenza, ecc.). Tali deliberazioni possono essere sindacate solo per vizi di legittimità, e non di merito attraverso il cd. "sindacato di tipo debole", che non consente un potere sostitutivo del giudice». I provvedimenti dell'autorità garante della concorrenza e del mercato sono sindacabili in giudizio per vizi di legittimità e non di merito (si precisa, altresì, che il sindacato del giudice amministrativo sull'attività discrezionale di natura tecnica esercitata dall'autorità *antitrust* è un sindacato di tipo debole, che non consente un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile, il proprio modello logico di attuazione del «concetto indeterminato», all'operato dell'autorità; pertanto, nell'esercizio di un tale sindacato è inammissibile far «ripercorrere» al consulente tecnico d'ufficio le complesse valutazioni rimesse in prima battuta all'amministrazione e sottoposte poi, con gli anzidetti limiti, al sindacato giurisdizionale, poiché a questo spetta solo il compito di verificare la legittimità dell'impostazione generale seguita dall'autorità nello svolgere una determinata indagine e nient'altro, e ciò con la sola eccezione del sindacato sulle sanzioni pecuniarie irrogate dall'autorità, poiché in quel caso è consentito invece al giudice amministrativo un controllo più penetrante, che si spinge fino alla sostituzione della sanzione irrogata dall'autorità). «Purché si rimanga nell'ambito dei vizi di legittimità, il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato non incontra limiti, potendo essere esercitato, oltre che in relazione ai vizi di incompetenza e violazione di legge, anche in relazione a quello di eccesso di potere in tutte le sue forme. Allorché, peraltro, viene dedotto, avverso provvedimenti dell'Autorità, il vizio di eccesso di potere, il giudice, nell'ambito del suo sindacato, circoscritto alla sola legittimità dell'atto, e non esteso al merito delle scelte amministrative, può solo verificare se il provvedimento impugnato appaia logico, congruo, ragionevole, correttamente motivato e istruito, ma non può anche sostituire proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dall'Autorità e a queste riservate Cons. Stato, Sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, in *Giur. It.*, 2002, 1957.» È inammissibile la censura dedotta avverso la valutazione che la Commissione giudicatrice ha fatto dei titoli presentati dal candidato, trattandosi di valutazione di merito sulla quale il giudice della legittimità può esercitare il proprio sindacato solo in presenza di vizi (che il ricorrente ha l'onere d'individuare e documentare) di palese travisamento dei fatti ovvero

24 cost., gli art. 44, co. 1 r.d. 1924 n. 1054, 26 r.d. 642 del 1907, 7 comma 1, legge 1034 del 1971, in merito ai limiti dei mezzi istruttori del giudice amministrativo nelle controversie di pubblico impiego.

Si erano, infatti, mostrate perplessità e timori circa il rispetto della discrezionalità amministrativa.

«È, però, insito nel nuovo sistema il pericolo di ridurre a meri giudizi tecnici, verificabili in tutti i loro aspetti dal giudice con l'ausilio di consulenti, anche le valutazioni che il legislatore ha inteso riservare ad organi amministrativi. È questo il vero limite del sindacato di legittimità, che postula un'attenta discriminazione fra fattispecie apparentemente assai simili e una responsabile autolimitazione del giudice. A titolo di esempio, sembra da escludere una integrale revisione, sotto il profilo tecnico, di giudizi pronunciati da commissioni di esami o di concorso o da organi chiamati a provvedere in ordine a promozioni. Può soccorrere il criterio, desumibile dalla stessa sentenza della parità di trattamento fra lavoro subordinato privato e pubblico impiego: occorre evitare, nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme, che l'amministrazione subisca un integrale riesame delle sue valutazioni in casi nei quali il datore di lavoro privato compie scelte del tutto insindacabili» (51).

---

di illogicità manifesta. T.A.R. Puglia Bari, Sez. I, 1 ottobre 2002, n. 4176, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2002, f. 10. «Risultato immune dai vizi prospettati il giudizio negativo formulato dalla commissione nei confronti del candidato ricorrente, sono inammissibili le doglianze dallo stesso mosse in merito alle valutazioni concernenti i candidati risultati vincitori, atteso che dall'eventuale accoglimento delle stesse non deriverebbe, comunque, nessun beneficio, Cons. Stato, Sez. VI, 14 febbraio 2002, n. 849, in *Foro Amm. C.D.S.*, 2002, 466. Rientra nei compiti del giudice di merito il giudizio circa la idoneità degli elementi presuntivi a consentire illazioni che ne discendano secondo il criterio dell'*id quod plerumque accidit*, essendo il relativo apprezzamento sottratto al controllo in sede di legittimità se sorretto da motivazione immune da vizi logici o giuridici ed in particolare ispirato al principio secondo il quale i requisiti della gravità, della precisione e della concordanza, richiesti dalla legge, devono essere ricavati in relazione al complesso degli indizi, soggetti ad una valutazione globale, e non con riferimento singolare a ciascuno di questi, pur senza omettere un apprezzamento così frazionato, al fine di vagliare preventivamente la rilevanza dei vari indizi e di individuare quelli ritenuti significativi e perciò da ricomprendere nel suddetto contesto articolato e globale, Cass. civ., Sez. III, 4 novembre 2002, n. 15399, in *Diritto e Giustizia*, 2002, f. 42, 50. Nell'ambito dei poteri di governo dei vincoli paesaggistici il merito, che non può essere oggetto di sostituzione, è un giudizio estetico di natura tecnico-discrezionale, demandato alle regioni ed agli altri enti sub-regionali. Ciò, tuttavia, non comporta alcuna insindacabilità delle valutazioni operate dalle autorità locali, essendo l'annullamento per vizi di legittimità comprensivo di tutti i profili dell'eccesso di potere; non v'è dubbio, poi, sulla circostanza della riconduzione all'area della legittimità del vizio d'omessa acquisizione di parere obbligatorio e vincolante o dell'insufficienza della motivazione, Cons. Stato, Sez. VI, 6 settembre 2002, n. 4561, in *Foro Amm. C.D.S.*, 2002, f. 9. In sede di pianificazione urbanistica, le scelte dell'Amministrazione concernenti la destinazione di singole zone costituiscono apprezzamento di merito e per ciò sono sottratte al sindacato di legittimità, salvo che la nuova destinazione sia inficiata da errori di fatto o vizi di illogicità e contraddittorietà, Cons. Stato, Sez. IV, 9 luglio 2002, n. 3817, in *Foro Amm. C.D.S.*, 2002, f. 7. In sede di pianificazione urbanistica, le scelte dell'amministrazione concernenti la destinazione di singole zone costituiscono apprezzamento di merito e per ciò sono sottratte al sindacato di legittimità, salvo che la nuova destinazione sia inficiata da errori di fatto o vizi di illogicità e contraddittorietà, Cons. Stato, Sez. IV, 9 luglio 2002, n. 3817, in *Foro Amm. C.D.S.*, 2002, f. 7-8.

(51) G. VACIRCA, Prime riflessioni sul nuovo regime delle prove nelle controversie in materia di pubblico impiego, in *Foro amm.*, 1987, 1346.

Peraltro, si sono registrati tentativi in passato di estendere la giurisdizione di merito alla tutela cautelare, con ciò ipotizzando una ulteriore indebita ingerenza nell'attività amministrativa da parte del giudice amministrativo (52).

Si constata, tuttora, un settore in cui le operazioni di discrezionalità tecnica rilevano nel merito e l'insindacabilità non sembra suggerita da prerogative riservate alla P.A., quanto dalla carenza del minimo di obiettività, normalmente richiesto per l'esplicarsi della funzione terziaria del giudice, della materia sulla quale egli debba pronunciarsi (53).

9. – *Pronuncia del giudice amministrativo (e ordinario) e invasione del merito.*

Di recente, si assiste al tentativo di indebita sostituzione all'attività amministrativa del giudice ordinario: tale ingerenza è ancor più grave a causa della natura del giudice ordinario, ben diversa da quella del giudice amministrativo.

Infatti, la sentenza n. 500 del 1999 della Cassazione ha suscitato non poche perplessità, in quanto ipotizza la sostituzione del giudice ordinario all'attività della P.A., in caso di valutazione del probabile esito del corretto esercizio del potere discrezionale, al fine di esprimere un giudizio sulla spettanza del bene della vita per lesione da parte di un provvedimento illegittimo lesivo di un interesse legittimo pretensivo.

Si è prima accennato all'evoluzione del sistema del giudizio di legittimità che, sotto la spinta di esigenze di giustizia sostanziale, si è trasformato in un giudizio completo esteso al fatto, sia pure con incertezze e limitazioni (54).

La conseguenza è che ciò ha posto in termini ancora più nebulosi la differenziazione con il merito: l'ultimo baluardo rimasto a frenare il sindacato del giudice amministrativo è il divieto di valutare l'opportunità dell'atto.

Peraltro, se si esaminano tutte le varie ipotesi di giurisdizione estese al merito, si riscontra che solo in pochi casi sono configurabili, in tali materie, accanto ad apprezzamenti tecnici e accertamenti di fatto, anche valutazioni di mera opportunità (55).

Ne consegue che, se accogliamo la tesi che non ascrive la discrezionalità tecnica al merito e che la considera svincolata anche dai supposti ristretti ambiti dell'eccesso di potere, ma riconducibile al vizio di violazione di legge (56), rimane ben poca cosa il segmento valutativo espresso dalla amministrazione che il giudice non possa sindacare.

(52) V. A. ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro It.*, 1985, 2500.

(53) G. VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità...*, 1589; P.G. PONTICELLI, *Merito amministrativo (e giurisdizione di merito)*, voce in *Enc. giur.*, 3.

(54) G. VACIRCA, *Riflessioni...*, *op. cit.*, 1611 e 1627.

(55) G. VACIRCA, *Riflessioni...*, *op. cit.*, 1611.

(56) G. VACIRCA, *op. cit.*, 1590: «L'errore commesso dall'amministrazione nella valutazione tecnica di un presupposto legalmente necessario dell'atto dovrebbe, dunque, essere ricondotto al vizio di violazione di legge. Invero, tutte le volte in cui la norma giuridica recepisce norme tecniche o ad esse rinvii, l'inosservanza dei criteri tecnici assunti nella norma o da essa richiamati si risolve in una deviazione dal modello normativo».

Il problema si sposta sul piano probatorio, laddove il giudice amministrativo, ma anche quello ordinario, ha la possibilità di verificare la correttezza delle valutazioni tecnico-scientifiche espresse dalla P.A.

Tant'è che in dottrina si è formata la tesi che ascrive la discrezionalità tecnica al merito amministrativo e che il sindacato relativo al suo corretto esercizio resti ammissibile, al pari di quanto accade per la discrezionalità amministrativa, esclusivamente attraverso il vizio dell'eccesso di potere, ossia solo nei casi di macroscopica o manifesta illogicità, o di travisamento palese dei fatti in cui emerga in modo eclatante l'errore commesso in sede valutativa.

Quest'ultimo, peraltro, è da ritenersi circoscritto a poche figure sintomatiche, in quanto la stragrande maggioranza presuppone l'esistenza di un momento di scelta.

Seguendo tale tesi, infatti, si perviene alla conclusione della sostanziale insindacabilità di tutti gli atti adottati nell'esercizio della discrezionalità tecnica.

Alla conclusione contraria perviene invece l'altra tesi, come già accennato.

Se si pensa, poi, a quella giurisprudenza che ritiene che il riesame degli elaborati di un concorso non implica la riformulazione di una scelta di merito, ma solo un accertamento di fatto o che assimila la discrezionalità all'accertamento tecnico, pervenendo alla conseguenza di un mancato affievolimento del diritto soggettivo e alla competenza del giudice ordinario a giudicare (57), è agevole notare come l'invasione del giudice nel merito e nell'attività dell'amministrazione sia da considerarsi sempre più pregante ed incisiva.

Con dei riflessi, tuttavia, non incoraggianti sulla garanzia e l'equilibrio tra i poteri dello Stato e sugli stessi principi costituzionali.

*10. – Il vizio di merito alla luce delle innovazioni legislative: una nuova (e antica) interpretazione.*

Secondo alcuni orientamenti dottrinari, e giurisprudenziali, la legge n. 241 del 1990 avrebbe circoscritto i confini del merito amministrativo, in quanto, tipizzando i doveri amministrativi di economicità ed efficacia, li avrebbe trasferiti dall'ambito delle regole metagiuridiche e, dunque, del merito, a quello delle norme espresse di legge, la cui violazione comporta l'illegittimità dell'atto (58).

La previsione legislativa dovrebbe comportare, pertanto, una riduzione dell'area di discrezionalità insita nell'atto amministrativo.

---

(57) V. la problematica inerente l'iscrizione all'albo degli psicologi e le differenti posizioni della Cassazione e di una parte della giurisprudenza amministrativa da un lato e del Consiglio di Stato dall'altro (Cass., Sez. Un., 25 maggio 1995, n. 5803, Cons. St., sez. IV, 12 dicembre 1996, n. 1299). Il Consiglio di Stato ha ribadito, infatti, che nella discrezionalità tecnica permane, pur a seguito dell'accertamento dei fatti, un momento di giudizio connotato da un margine di opinabilità e di elasticità, di fronte al quale il privato è titolare di una mera posizione di interesse legittimo.

(58) Corte conti, sez. Controllo Stato, sent. n 21 del 1992.

Si ritiene che tali canoni derivino dall'esplicitazione normativa del precetto costituzionale del buon andamento e che ora, alla stregua di tale normativa, ogni provvedimento amministrativo dovrebbe essere non un regolamento di interessi opportuno, ma il più opportuno, in quanto coincidente con l'opzione ottimale (59).

Secondo i suddetti orientamenti dottrinari la legge n. 241 del 1990 avrebbe «trasformato i vizi di merito in violazione di legge... e avrebbe fatto pure venir meno il presupposto fondamentale della dicotomia tra giurisdizione di merito e giurisdizione di mera legittimità...se i vizi di merito sono riconducibili a vizi di legittimità ..non ha ragion d'essere il confine tra vizi di legittimità e vizi di merito, viene a cadere la premessa indispensabile della dicotomia tra giurisdizione di mera legittimità e giurisdizione estesa al merito del giudice amministrativo» (60).

Si giunge ad affermare, così, l'unicità della giurisdizione del giudice amministrativo, con abrogazione implicita ad opera dell'art. 1 della legge n. 241, delle disposizioni che prevedono come speciale la giurisdizione estesa al merito (61).

Si trascura, tuttavia, di considerare che i canoni dell'agire amministrativo, ora espressi nei precetti dell'economicità e dell'efficienza, e prima sintetizzati nel principio del buon andamento (peraltro circoscritto solo ed esclusivamente, dall'art. 97, all'organizzazione degli uffici pubblici), si presentano un pò vaghi ed astratti se calati nel contesto concreto.

In realtà, la suddetta ricostruzione potrebbe contrastare con il principio della separazione dei poteri che, come abbiamo visto, è da ritenersi principio costituzionale.

Estendere il sindacato anche al merito significherebbe avallare, infatti, una illegittima sostituzione del giudice all'attività amministrativa, e legittimare una ingerenza del potere giudiziario in quello esecutivo, con la conseguenza di creare una figura ibrida, quale è quella del giudice-amministratore, assente nel nostro ordinamento.

È vero che tramite una eccessiva dilatazione dell'eccesso di potere certa giurisprudenza, si è spinta oltre il tracciato garantista della distinzione tra i due poteri, ma questo non giustifica una ulteriore intromissione del giudice nell'amministrazione, stavolta attraverso il vizio della violazione di legge.

È ormai riconosciuto, infatti, che «...le maglie della normativa consentono al giudice amministrativo di tradurre i vizi di merito in vizi di legittimità e ...tale giudice sovente si è avvalso di tale possibilità» (62).

A ben vedere, i concetti di efficienza ed economicità, contengono importanti enunciazioni di principio che, in realtà, poco aggiungono al precetto costituzionale del buon andamento.

---

(59) B. CAVALLO, *op. cit.*, 332.

(60) P.M. VIPIANA, *op. cit.*, 376.

(61) Così P.M. VIPIANA PERPETUA, *op. cit.*

(62) P.M. VIPIANA, *op. cit.*, 359.

I principi di efficienza ed economicità sono *concetti valvola o clausole generali*, rinvenibili anche in altri rami dell'ordinamento, che inevitabilmente contengono una funzione descrittiva della fattispecie e che possono anche indicare un fine da perseguire, ma solo in senso lato.

Infatti, tali norme necessitano diversi mezzi di completamento: non è un caso che di volta in volta sono state definite imprecise, elastiche, flessibili, completabili, non rigide ecc. (63).

Peraltro, buon parte della dottrina circoscrive la suddetta norma costituzionale nell'ambito di una regola sull'organizzazione, così come, peraltro, si evince da una interpretazione meramente letterale della norma (64).

Non sempre è, infatti, possibile superare le difficoltà di obiettiva individuazione di tali indeterminati concetti: spesso si interpretano tali norme come attributive di un potere discrezionale all'amministrazione (65).

Dal modo di essere, da tutti auspicabile, della P.A., non è così automatico trarre come conseguenza sicura un'analoga regola del suo operare (66).

Inoltre, tali concetti dovrebbero essere utilizzati anche *a contrario*, ossia, non solo per valutare negativamente l'atto, ma anche per valutarlo positivamente: come dire, se un atto appare viziato per contrasto con una norma, potrebbe, invece, essere considerato valido per aver osservato i principi di efficienza ed economicità.

Peraltro, potrebbe apparire eccessivo riassumere il concetto di merito solo ed esclusivamente all'efficienza ed economicità, che indicano la capacità di raggiungere un dato risultato, ma che potrebbero avere l'effetto di circoscriverlo o di limitarlo, ma non di esaurirlo o di renderlo esaustivo.

I canoni dell'opportunità, infatti, esprimono e sintetizzano anche altri valori che l'amministrazione deve osservare, come regole tecniche o precetti non giuridici individuabili, di volta in volta, in base al caso concreto, oppure norme di equità o di convenienza che non necessariamente vengono ricomprese nei termini di efficienza o economicità e che, spesso, vengono usati in accezioni ampie e poco definite nei dettagli.

---

(63) G. VACIRCA, *op. cit.*, 1588: «Tali mezzi sono variamente classificabili, anche in relazione al criterio adottato. In particolare, alcune operazioni, come l'interpretazione delle norme e l'integrazione della disciplina mediante il procedimento analogico, possono essere considerate meramente intellettive da chi si ponga nella prospettiva dello stesso ordinamento e accetti il postulato della sua completezza, mentre sono di frequente ritenute creative (specie se effettuate da organi giurisdizionali) da chi esamini realisticamente l'ordinamento nella sua effettività».

(64) G. VACIRCA, *op. cit.*, 1601. R. MARRAMA, *Organizzazione amministrativa* (a cura di F.G. Scoca), in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, I, Bologna, 1993, 380 ss., dove si affronta il problema del buon andamento come criterio metagiuridico o come parametro di efficienza organizzatoria.

(65) G. VACIRCA, *op. cit.*, 1595.

(66) Così G. VACIRCA, *op. cit.*, 1601.



Potrebbe apparire utile ai fini della chiarezza espositiva ma un pò generico identificare i vizi di merito con l'inopportunità, laddove «l'inopportunità riassume ogni possibile stato invalidante il merito, non esistendo altri vizi di merito» (67).

Ci sono profili che rimangono opinabili per l'elasticità della disciplina o per la soggettività dei criteri applicati (68).

Ma anche accogliendo il concetto di opportunità come esaustivo del merito, non sembrano invece esaurirlo i concetti di efficienza ed economicità.

Se, infatti, intendiamo l'opportunità, secondo l'accezione linguistica che più combacia con quella giuridica, come appropriatezza, convenienza, adattabilità ad una determinata circostanza, rinveniamo una serie infinita di gradazioni, che vanno dalla necessità attenuata alla notevole convenienza.

Tutta una gamma, insomma, di ambiti più o meno essenziali, di parziali possibilità, circoscrivibili all'interno dei limiti ideali del concretarsi dell'azione amministrativa.

L'efficienza e l'economicità ben possono rientrare nell'opportunità, ma non è detto che l'esauriscano, considerato che altri fattori sono stati individuati all'interno dell'opportunità stessa dalla dottrina e dalla giurisprudenza, come l'affidamento, la proporzionalità, l'efficacia intesa come principio di praticità dell'azione amministrativa., ecc.

E non potrebbe essere diversamente, in quanto, in caso contrario, verrebbe meno la *ratio* sottesa alla discrezionalità attribuita all'amministrazione ed alla consapevolezza che il buon amministrare non possa essere vincolato rigidamente a delle norme di legge che, per loro definizione, regolano casi astratti e generali e non possono adattarsi al singolo dato concreto.

Né, tuttavia, può pervenirsi all'eccesso opposto, che vede l'amministrazione imbrigliata da una legislazione di principi che, come tale, per la sua vaghezza, determina incertezza e offre il pretesto per un eccessivo quanto, talora, pretestuoso ricorso al giudice (69).

Inoltre, se fosse stata questa la vera intenzione del legislatore, non si spiegherebbe la necessità di prevedere norme *ad hoc* per riconoscere l'eccezionale estensione al merito della giurisdizione amministrativa, o di precisare che nei ricorsi amministrativi è possibile eccepire vizi di merito, come ad esempio accade nel recente codice di beni culturali.

Si registrano vari tentativi, sia ad opera della giurisprudenza sia della dottrina, volti a tradurre i vizi di merito in vizi di legittimità e a rendere sindacabili i vizi di merito da parte del giudice amministrativo.

Si determina, così, l'ambiguità di delegittimare il principio della separazione dei poteri, o di creare confusione tra potere esecutivo e giurisdizionale, con la conseguenza di incoraggiare una inammissibile invasione di campo

---

(67) B. CAVALLO, *op.cit.*, 332.

(68) Così A. PUBUSA, voce *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. Disc. pubbl.*, 416.

(69) «..A gravi inconvenienti può dar luogo anche una legislazione per principi, che determini incertezza e riversi sugli organi giurisdizionali una mole eccessiva di lavoro, con conseguente rallentamento dell'attività amministrativa», G. VACIRCA, *Riflessioni...op. cit.*, 1602.

del potere giudiziario in quello esecutivo e legislativo, determinando uno strapotere dei giudici a discapito dell'equilibrio che invece deve essere garantito tra tutti e tre i poteri dello Stato.

La fissità della legge è stata rimpiazzata da una elasticità che consente di determinare le regole a seconda delle esigenze del contesto, l'esercizio del potere discrezionale si traduce nella ricerca delle possibili convergenze fra gli interessi: tale ricerca può solo essere orientata dai principi e dalla disciplina legislativa e dai criteri da essa desumibili.

Si può dire, forse, che muta rispetto al passato la sindacabilità dell'atto, nel senso che non è più intesa come semplice confronto formale di esso con la fattispecie normativa, ma si estende all'obiettività delle valutazioni degli interessi (70), ma questo consegue all'evoluzione della giurisprudenza come sindacato sul fatto.

Si può concedere anche che l'area della insindacabilità della discrezionalità si ritrae, che i principi assumono funzione di orientamento, che da essi si desumono i valori e i criteri che guidano la funzione discrezionale (71), ma appare, forse, un pò eccessivo ritenere che ormai il sindacato del giudice in sede di legittimità si estenda anche al merito.

I suddetti principi dovrebbero, infatti, essere considerate clausole elastiche, aperte, adattabili al caso concreto, onde enucleare la cosiddetta regola di compatibilità degli interessi in conflitto.

Peraltro, a ben vedere, sindacare la ragionevolezza e razionalità delle scelte compiute non significa sindacare nel merito, ma valutare che la scelta discrezionale non sia in maniera macroscopica incongruente ed illogica, senza nulla aggiungere rispetto all'analisi che da sempre il giudice amministrativo di legittimità ha svolto, o avrebbe dovuto svolgere, senza trascendere nel merito.

«Permane pur sempre un ambito rappresentato da una serie di decisioni non disciplinate da regole obiettive, il quale, obbedisce a canoni di ragionevolezza. Le regole non coprono quindi l'intera fattispecie del potere discrezionale» (72).

#### *11. – La tesi dell'abrogazione tacita delle norme che vietano il sindacato sul merito da parte del giudice.*

La tesi estrema che considera ormai estesa al sindacato generalizzato del giudice la valutazione del merito supera l'ostacolo costituito dalla presenza di norme che attribuiscono, in via eccezionale, la giurisdizione di merito al giudice amministrativo, mediante il ricorso all'abrogazione tacita (73).

---

(70) A. PUBUSA, *op. cit.*, 418.

(71) Così A. PUBUSA, *op. cit.*, 418.

(72) A. PUBUSA, *op. cit.*, 416; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 490.

(73) P.M. VIPIANA PERPETUA, *op. cit.*, 375-376: ...«fra i corollari discendenti dall'art. 1 della legge n. 241, nell'interpretazione che si è sostenuta in queste pagine, dovrebbe annoverarsi anche l'affermazione dell'unicità della giurisdizione del giudice amministrativo, con abrogazione implicita, ad opera appunto di quell'articolo, delle disposizioni che prevedono come speciale la giurisdizione

La violazione delle regole di opportunità in cui si sostanzia il merito non è per legge sindacabile dal giudice, salvi i casi eccezionali di giurisdizione di merito e ferma restando l'esperibilità del ricorso gerarchico, e ne è riprova il fatto che il legislatore, lungi dal ravvisare una «abrogazione implicita» nelle norme della 241 del 1990, prevede e regola tutt'oggi i casi di giurisdizione estesa al merito e lo specifica anche con riguardo ai ricorsi amministrativi, con ciò confermando la *ratio* e lo spirito della volontà legislativa.

Il legislatore, infatti, qualora intenda conferire al giudice poteri estesi al merito lo dice chiaramente, come di recente è avvenuto nel decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 41 recante il «Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137, ove all'art. 16 si prevede che avverso la dichiarazione di cui all'art. 13 (dichiarazione dell'interesse culturale) è ammesso ricorso al Ministero, per motivi di legittimità e di merito, entro trenta giorni dalla notifica della dichiarazione». L'abrogazione tacita, infatti, sarebbe originata dalla «incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia regolata dalla legge anteriore» (art. 15 disp. prel.).

Orbene, allo stato attuale non sembrano ravvisarsi incompatibilità, né che nuove leggi regolino la materia relativa alla giurisdizione di merito.

Inoltre, la tecnica legislativa introdotta dalle riforme Bassanini prevede ora l'obbligatorietà, a carico del legislatore, o del legislatore delegato ovvero in sede di regolamentazione, di indicare specificamente le disposizioni legislative o regolamentari abrogate.

Oltretutto, l'abrogazione tacita porterebbe ad un vuoto normativo e non rispetterebbe il principio espresso dall'antico brocardo latino *lex posterior generalis non derogat priori speciali* (74).

12. – *I tentativi di erosione del potere esecutivo da parte del potere giudiziario e legislativo: una interpretazione anticostituzionale del principio di separazione dei poteri.*

Gli orientamenti dottrinali di cui si è fatto cenno potrebbero offrire una lettura non conforme alle norme costituzionali.

Non è una novità che la previsione di una giurisdizione di merito, intesa come giurisdizione estesa al sindacato sull'opportunità dell'atto, sia stata ritenuta incompatibile con la posizione che la Costituzione riserva al giudice, concepito come organo immediato e imparziale dell'ordinamento generale (75).

---

zione estesa al merito. Quindi la giurisdizione di merito non esisterebbe più: a tale risultato la giurisprudenza amministrativa potrebbe pervenire in via ermeneutica, grazie ad un'attenta e non miope lettura della legge n. 241».

(74) S. PUGLIATTI, voce *Abrogazione* (*Teoria generale*, in *Enc.dir.*), 142.

(75) G. VACIRCA, *Riflessioni*, ...*op. cit.*, 1604.

Il sindacato sull'opportunità dell'atto potrebbe determinare l'amministrativizzazione della giustizia e la giurisdizionalizzazione dell'amministrazione, con il rischio di sottrarla all'indirizzo politico amministrativo che la costituzione stessa le conferisce (76).

In particolare, posizione determinante assumerebbe l'art. 95 della Cost., che attribuisce solo ed esclusivamente all'amministrazione il potere di indirizzo politico e amministrativo: «Il Presidente del Consiglio dei ministri dirige la politica generale del Governo e ne è responsabile. Mantiene l'unità di indirizzo politico ed amministrativo, promuovendo e coordinando l'attività dei ministri».

Precipitato logico di tale norma è costituito dalla legge 24 dicembre 1925, recante norme sulle attribuzioni e prerogative del Capo del Governo, e dalla più recente disciplina dell'attività di governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio (art. 5 legge 1988, n. 400).

L'art. 95 Cost., peraltro, è ispirato ad una concezione dell'amministrazione che, ben lungi da rispecchiare il modello ideale dello stato liberale puro di mera esecutrice delle leggi, si caratterizza come una forza «largamente autonoma nel complessivo sistema istituzionale» (77)

Ne consegue l'impossibilità, pena l'incostituzionalità, di eventuali interventi legislativi volti ad eliminare totalmente gli spazi di discrezionalità dell'amministrazione.

Lo stesso vale, naturalmente, anche per le interpretazioni estensive che al riguardo vengono fornite dei dati normativi, non da ultimo dell'art. 1 della legge n. 241 del 1990.

L'invasione del «nocciolo dei poteri dell'esecutivo» (78), dunque, si potrebbe configurare non solo da parte del giudice, ma anche del legislatore: eliminare legislativamente gli spazi di discrezionalità dell'amministrazione colmandoli del tutto con una disciplina rigidamente vincolante significherebbe interferire illegittimamente con quel nucleo incompressibile dei poteri dell'esecutivo (79), che si sintetizza nei poteri di indirizzo, e porsi in contrasto con l'art. 95 della costituzione che tali poteri conferisce.

Infatti, se «con una norma generale o con la somma di più disposizioni particolari la legge togliesse all'amministrazione ogni sfera di discrezionalità

(76) Sul punto G. VACIRCA, *op. cit.*, 1605 e M. NIGRO, *La giurisdizione amministrativa di merito*, in *Foro it.*, 1969, V, col. 63.

(77) G. VACIRCA, 1605, e la bibliografia ivi citata.

(78) G. VACIRCA, *op. cit.*, 1606. F.G. SCOCA, A. ROMANO, *Teoria dell'organizzazione amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, I, Bologna, 1993, 411-412: il bilanciamento tra i poteri dello Stato determina inevitabilmente la consapevolezza della importanza centrale della funzione amministrativa.

(79) G. VACIRCA, *op. cit.*, 1606: «...Il risultato concreto di un simile metodo imposto all'amministrazione può anche risultare deludente, quando le norme imposte all'amministrazione siano troppe ed eccessivamente minuziose (e, di conseguenza, difficilmente conoscibili), sì da complicare l'attività amministrativa...». Ritiene, invece, che non sia ravvisabile un «nucleo insopprimibile soggetto alla variabili dell'indirizzo politico e della direttiva politico-amministrativa», in quanto la discrezionalità politica si colloca al di fuori del provvedimento, B. CAVALLA, *op. cit.*, 333.

oppure devolvesse, in modo generale, ad una autorità giurisdizionale il completo riesame di tutte le scelte possibili, il potere di indirizzo amministrativo non avrebbe più alcuno spazio per essere esercitato» (80).

Ciò vale anche nei confronti della possibile invasione del potere giudiziario nel potere legislativo: è significativo che lo stesso giudizio di Cassazione abbia avuto, in origine, più la funzione di difendere il legislatore dagli arbitri del giudice (nomofilachia) che non quella di assicurare una tutela in terza istanza delle parti (81).

Si è ritenuto, anche, che configurare una amministrazione automatica o automatizzata il cui comportamento sia totalmente preordinato dal programma legislativo si pone in contrasto con il principio del buon andamento.

Esigenze, infatti, di buon governo spingono nella direzione di una devoluzione alla pubbliche amministrazioni dei compiti (82).

La remissione di potestà della legge all'amministrazione trova infatti valide giustificazioni sia in esigenze di giustizia del caso concreto (es. sanzione del manufatto abusivo o demolizione), sia per garantire uniformità di trattamento a soggetti diversi (commissione di concorsi), sia ancora per esprimere valutazioni di giudizio o per adeguare la misura amministrativa alla peculiarità della fattispecie (principio di proporzionalità) (83).

L'ordinamento, quindi, pur ammettendo deroghe ed eccezioni (come nel caso del Governo che emette decreti legge, ecc), tutela e preserva il principio della separazione dei poteri, che non è da intendersi come una sterile esercitazione teorica, pur costituzionalmente sancita, ma come un cardine fondamentale del sistema cui dare pratica attuazione che trova la propria *ratio* del controllo reciproco di organizzazione e nell'esigenza che non vengano concentrati troppi poteri in capo ad uno di essi (84).

Al riguardo sono sempre illuminanti le parole di M. S. Giannini: «Vigendo la medesima norma, ciò che è opportuno con un indirizzo politico di un certo tipo può divenire inopportuno con un altro indirizzo politico; ciò che è opportuno al nord può essere inopportuno al sud; ciò che è opportuno per una collettività urbana può essere inopportuno per una collettività rurale. Questo suo nucleo che è strettamente politico, ed è quindi soggetto alla variabili dell'indirizzo politico e della direttiva politico-amministrativa» (85).

(80) G. VACIRCA, *op. cit.*, 1606. G. CORSO, *Lattività amministrativa*, Torino, 1999, 126.

(81) Sul punto G. VACIRCA, *Riflessioni...op. cit.*, 1580; P. CALAMANDREI, FURNO, *voce Cassazione civile*, in *Nss.D.I.*, vol. II, Torino, 1061.

(82) G. CORSO, *Lattività amministrativa*, Torino, 1999, 126.

(83) G. CORSO, *op. cit.*, 127 ss.

(84) La forma attuale in cui si sostanzia il diritto amministrativo deriva dal confluire delle tre maggiori esperienze politico giuridiche europee dell'epoca (inglese, francese, austriaca) e dà vita ad una esperienza nuova, fondata sul concetto dell'autorità dello Stato e che sintetizza dal principio costituzionale inglese la necessaria separazione dei poteri, generalmente attribuita a Montesquieu, ma di più remota origine, v. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 28-29 e A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 8.

(85) M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 637, 1970.

Le conclusioni che possono trarsi, dunque, da un'attenta disamina dei principi costituzionali inducono a ritenere che una giurisdizione sull'opportunità dell'attività amministrativa non sia possibile nel vigente ordinamento italiano, né il sistema di giustizia amministrativa prevede una giurisdizione sull'opportunità degli atti amministrativi, conformemente ai principi costituzionali (86).

Ciò non significa che il sistema non garantisca adeguatamente le posizioni dei privati, anzi: non consentire al giudice un completo riesame della ponderazione comparativa degli interessi attribuita all'amministrazione, garantisce l'osservanza dell'art. 107 cost., che qualifica il giudice inamovibile.

L'interferenza con le scelte politiche della P.A. comprometterebbe l'imparzialità del giudice e il prestigio della giustizia, determinate dalla difficoltà di evitare l'influenza delle convinzioni personali del giudice sulle decisioni fondate su ragioni di opportunità (87).

Il cittadino non sarebbe tutelato di fronte a poteri del giudice cui non corrisponde alcuna responsabilità, né ne trarrebbe giovamento il buon andamento dell'attività amministrativa.

Non si comprende, infatti, quali maggiori garanzie potrebbero derivare da una indebita quanto atipica sostituzione di una determinazione discrezionale della pubblica amministrazione, che almeno è sottoposta ad una verifica di coerenza e di razionalità da parte del giudice con un'altra determinazione del giudice sottratta ad ogni sindacato, oltretutto non tempestiva come la prima.

Significherebbe stravolgere l'assetto costituzionale della separazione dei poteri, conferendo al potere giudiziario una prevalenza su quello esecutivo.

Così come una lettura eccessivamente estensiva delle norme attribuirebbe sempre al giudice una indebita prevalenza sul potere legislativo, *facendo dire cose che il legislatore non ha mai detto*.

Peraltro, come esattamente è stato osservato, esistono nell'ordinamento vari strumenti rimediali nei confronti del vizio di merito o di opportunità dell'atto amministrativo, come i ricorsi amministrativi o gli interventi in autotutela dell'amministrazione mediante la revoca (88), tali da non far passare certo in secondo piano il giudizio sull'opportunità dell'atto rispetto a quello di legittimità operato dal giudice.

Orbene, a maggior ragione, alla luce di un sistema che si può definire come vicino alla completezza, non si giustificano i tentativi di attribuire al giudice un potere generalizzato di sindacato sul merito: sia perché, da un lato, non mancano gli strumenti di tutela per il cittadino, sia perché dall'altro, si solleverebbero insanabili contrasti con i precetti costituzionali ed insolubili problemi di compatibilità costituzionale con il principio della separazione dei poteri.

---

(86) G. VACIRCA, *op. cit.*, 1606.

(87) Così G. VACIRCA, *op. cit.*, 1604; NIGRO, *La giurisdizione ...op. cit.*, in *Foro it.*, 1969, V, col. 63.

(88) B. CAVALLO, *op. cit.*, 329.

13. – *La singolare ed incisiva tutela del privato rispetto a quella degli altri ordinamenti europei: ampiezza del sindacato del giudice amministrativo e cognizione del giudice ordinario dei diritti soggettivi nei confronti della P.A.*

Quello che si auspica è lo studio di un diritto amministrativo più attento al funzionamento reale dell'amministrazione.

E, nello stesso tempo, uno studio che, realisticamente e scevro da particolarismi corporativi, sottolinei con accentuazione maggiore la pregnante tutela che il nostro ordinamento appresta nei confronti del cittadino.

Non deve sfuggire che l'assimilazione sostanziale dei diritti dei soggetti privati verso l'amministrazione a quella dei diritti che essi hanno nei loro rapporti reciproci, determina che la tutela giurisdizionale sia affidata al medesimo giudice: l'uguaglianza di tutela giurisdizionale completa l'omogeneità sostanziale (89).

L'ordinamento italiano giunge a tutelare sul piano sostanziale interessi individuali, come diritti soggettivi pieni, anche rispetto all'amministrazione come soggetto di diritto pubblico, nonché nei confronti dei suoi provvedimenti: e questo già a partire dalla metà dell'ottocento, quando ancora negli ordinamenti continentali, in particolare di Francia e Germania prussiana, tale ipotesi era inconcepibile.

Com'è noto, il sistema delle tutele è stato poi completato nel 1889 con la istituzione della quarta sezione del Consiglio di Stato, che aggiungeva al controllo del giudice ordinario dell'osservanza delle norme sui confini esterni dell'autonomia dell'amministrazione, il sindacato sui provvedimenti amministrativi e sugli eventuali vizi di legittimità.

Ne consegue che «tale nostro vero giudice amministrativo, su tali provvedimenti, può svolgere un sindacato di una ampiezza e di una penetrazione irraggiungibili dai sistemi, come quelli anglosassoni, i quali ...conoscono, nei confronti dell'amministrazione, la sola giurisdizione del giudice ordinario. E un sindacato di ampiezza altrettanto comparabile ai sistemi come quello francese o tedesco...In tal modo il nostro ordinamento ha raggiunto il risultato positivo, di conservare ai diritti individuali una rilevanza concettuale superiore a quella che essi hanno, nei sistemi nei quali nei confronti dell'amministrazione e dei suoi provvedimenti ha giurisdizione il solo giudice amministrativo; e comparabile a quella che i medesimi hanno, nei sistemi nei quali nei confronti dell'amministrazione e dei suoi provvedimenti ha giurisdizione il solo giudice ordinario» (90).

Occorre sottolineare che, proprio per questi motivi, è opportuno mantenere un'approccio equilibrato al fine di non rendere sbilanciato a favore del privato il rapporto con l'amministrazione.

Infatti, in materia risarcitoria, è opportuno evidenziare che i principi sottesi al concetto di invalidità e annullabilità degli atti giuridici sono diversi

---

(89) Sul punto A. ROMANO, *Introduzione, in Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzarollo, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, I, Bologna, 1993, 69-70.

(90) A. ROMANO, *Introduzione, op. cit.*, 71.

ed autonomi rispetto a quelli che regolano i fatti illeciti: «nessuna sovrapposizione é possibile fra il concetto di illegittimità, riferito all'atto, e quello di illiceità, riferito alla condotta che é eventualmente alla base della formazione dell'atto» (91).

Ai fini della responsabilità, ad esempio, non é sufficiente la pronuncia di illegittimità del provvedimento, ma é necessario accertare la violazione di una delle regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione.

La generalizzazione della tutela aquiliana, infatti, non può trasformare «il privilegio tradizionale in privilegio odioso, costruendo una responsabilità dell'Amministrazione per comportamenti (soprattutto omissivi) che non sarebbero neppure configurabili nei rapporti tra privati, perché attinenti alla loro sfera interna... L'orientamento che limita la rilevanza di taluni vizi di legittimità del provvedimento trova riscontro nella giurisprudenza comunitaria, la quale, in presenza di ampi poteri discrezionali, limita la responsabilità delle istituzioni comunitarie al caso di violazione manifesta e grave di una norma preordinata a garantire dei diritti ai singoli. Vero é che l'orientamento comunitario non é fondato sui presupposti della colpa, ma ciò che occorre rilevare é che un'indiscriminata dilatazione della responsabilità della pubblica amministrazione farebbe passare il sistema italiano da un eccesso all'altro rispetto ai parametri comunitari» (92).

Con la legge sul Consiglio di Stato del 1889 si assume come punto di riferimento proprio l'atto amministrativo e si ammette la tutela anche degli interessi, ossia delle posizioni che attendono soddisfazione da parte dell'amministrazione.

La tutela viene, così, accordata non nei confronti dell'amministrazione e dei suoi soggetti, ma nei confronti dei suoi atti.

Si é riusciti, così, nell'intento di evitare la scelta di soluzioni estreme cui il conflitto tra diritto ed autorità poteva portare, secondo la tradizione romanistica: soggezione totale dell'autorità al diritto e al giudice o con la esclusione completa da essi.

Si é trovata una soluzione che, senza bloccare la pubblica amministrazione colpendo i soggetti, mira a rimuovere gli atti illegittimi e a correggerla senza paralizzarla (93).

In tale maniera «l'autorità...viene... a convivere con il diritto... e si può parlare di atti amministrativi autoritari e paritetici, come di fenomeni ontologicamente diversi, pur facendo capo allo stesso soggetto» (94).

Lo scontro tra autorità e libertà, nella sua fase patologica, si sostanzia nelle controversie processuali tra Amministrazione e privato (95).

---

(91) G. VACIRCA, *Appunti sul risarcimento del danno nella giurisdizione amministrativa di legittimità*, in *Giust. Civ.*, 2001, 356.

(92) G. VACIRCA, *Appunti sul risarcimento...op. cit.*, in *Giust. Civ.*, 2001, 358.

(93) G. VACIRCA, *Note sull'evoluzione della giurisprudenza in materia di silenzio della Pubblica Amministrazione*, in *Foro Amm.*, 1989, 440.

(94) F. SATTA, *op. cit.*, 5.

(95) R. e D. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 730.



14. – *Processo amministrativo e civile a confronto: le nuove tesi volte a concentrare in un unico giudice (quello ordinario) la tutela giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione.*

La differenza visuale, tuttavia, con cui i due giudici operano il sindacato nei confronti dell'amministrazione, con una maggiore attenzione per l'aspetto funzionale del perseguimento dell'interesse pubblico il giudice amministrativo e con un approccio tendente a valorizzare le norme che proteggono i diritti individuali il giudice ordinario, dovrebbe condurre a una attenta ponderazione anche delle istanze dottrinali (96) volte a concentrare in un unico giudice (quello ordinario) la tutela giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione.

Soprattutto ora che la tendenza è quella di valorizzare un riparto delle competenze per materia e ad attribuire particolare pregnanza alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e che la legge 21 luglio 2000, n. 205, recante disposizioni in materia di giustizia amministrativa, rappresenta, dopo la legge n. 1034/1971, istitutiva dei T.A.R., che aveva reso operativo l'art. 125. Cost., il primo tentativo di disciplinare in maniera organica la disciplina del processo amministrativo.

Il comune denominatore della riforma si rinviene, infatti, nell'esigenza di accelerazione del processo, che si sostanzia nella individuazione di istituti di semplificazione processuale e in corsie acceleratorie (97).

Il nuovo processo cautelare contempla, inoltre, la possibilità di intervento, anche immediato, del giudice con misure cautelari provvisorie, determinando un ampliamento di tipologia delle misure di urgenza (98): relativamente alla genesi, l'art. 3 parte dal presupposto della generale applicabilità al processo cautelare amministrativo del modello di cui agli artt. 669, *bis* e ss. c.p.c. e 669 *quaterdecies* c.p.c., riguardanti i processi cautelari in generale.

I procedimenti cautelari sono regolati, infatti, dal codice tra i procedimenti sommari: la loro funzione è la conservazione o tutela di situazioni giuridiche, assicurando la cd. *res adhuc integra*.

Tuttavia, anche i modelli degli ordinamenti stranieri, spesso citati solo per valorizzare gli aspetti che riguardano gli interessi dei privati, confermano, invece, la stessa visione e la stessa esigenza di garantire e preservare la particolarità dell'azione amministrativa finalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico.

*L'arrêt Blanco del Tribunal des Conflits* del 1873, cui si è uniformata tutta la giurisprudenza successiva, ha stabilito che la responsabilità dell'Ammini-

---

(96) L. QUERZOLA, *L'atteso responso della Consulta: lascio ogni speranza i sostenitori della tutela cautelare amministrativa «ante causam»?*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2002, 1444.

(97) Cfr. per un rapido *excursus* F. PATRONI GRIFFI, *Istituti di semplificazione nel nuovo processo amministrativo*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it)

(98) Una di queste novità è rappresentata dal decreto monocratico *inaudita altera parte* emesso dal Presidente del T.A.R. o dai Presidenti di Sezione del Consiglio di Stato, su istanza della parte ricorrente. Sulle perplessità circa la configurazione di una nuova fase cautelare anticipata che reca un arretramento ingiusto ed eccessivo della soglia di tutelabilità delle pretese del ricorrente, cfr. I cap.

strazione non ha una regola generale e assoluta, ma regole speciali che variano in base ai bisogni dei servizi e la necessità di conciliare i diritti dello Stato con i diritti privati (99).

Sarà pure fisiologico il travaso di istituti del processo comune nell'ambito della giustizia amministrativa, ma resta il dato inconfutabile della differenza del processo amministrativo, soprattutto laddove prevede una delle due parti come pubblica e, in ogni caso, si deve trattare di un «travaso» che rispetti i diritti della P.A. e non la penalizzi.

È, invece, opportuno, evidenziare e valorizzare la specialità del diritto amministrativo: non come estraneità all'ordinamento come alcuni vorrebbero far credere, ma come riconducibilità a regole in parte diverse da quelle del diritto privato, proprio in ragione della sua peculiarità, e questo anche se le parole d'ordine delle più recenti riforme legislative sono improntate ai principi di negoziabilità, compartecipazione del potere, effettività della tutela giurisdizionale.

Non è un caso che l'aggettivo pubblico, scoperto dalla Francia e sintetizzato attraverso le esperienze rivoluzionarie del settecento dalla giurisprudenza del *Conseil d'Etat*, sia stato utilizzato in tutta l'Europa continentale per definire la contrapposizione tra potere e diritto.

E non è un caso che alcuni istituti del processo amministrativo, come il rito del silenzio così come disciplinato dalla legge 205 del 2000, offrano ai processualcivilti un modello interessante (100).

«Il processo amministrativo, invece, aderisce, per così dire, in una logica di *common law*: la mancanza quasi assoluta di regole minuziose non voleva assicurare ingiusti privilegi alla P.A., ma solo evitava di ingabbiare il giudice in modelli predefiniti, così consentendo la massima *vis* espansiva ai suoi poteri finalizzati a garantire la giustizia nell'Amministrazione ed il riconoscimento delle posizioni giuridiche dei singoli eventualmente pretermessi» (101).

(99) T.C. 8 févr. 1873, Blanco, in M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS, *Les grand arrêts de la jurisprudence administrative*, ed. Sirey 1993, 1: «...*Que cette reponsabilité n'est ni générale, ni absolue; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés...*».

(100) Nella letteratura processualciviltistica (L. QUERZOLA, *L'atteso responso della Consulta: lascio ogni speranza i sostenitori della tutela cautelare amministrativa «ante causam»?*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2002, 1444) ci si duole del fatto che il confronto tra processo amministrativo e civile sia destinato a protrarsi nel tempo, cfr. per uno sviluppo della tematica M.V. LUMETTI, *Il decreto inaudita altera parte e il diritto di difesa dell'amministrazione*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it) e in *Rass. Adv. St.*, n. 1/2004 in corso di pubblicazione. Anche la letteratura giuridica d'oltralpe sul punto è ricca di studi sul punto, cfr. F. Melleray, *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, in *AJDA*, n. 37 del 3 novembre 2003, 1963 e J-B. AUBY, *La bataille de san Romano, réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif*, in *AJDA*, n. 1, 1° novembre 2001, 925.

(101) A. MONACILIUNI, *Il procedimento monitorio e dintorni nel processo amministrativo*, in *Giust. it.*, 10.

Non ci sono i presupposti affinché il processo amministrativo venga legittimamente annichilito e ricompreso nel grande ambito del processo civile, a meno che non si voglia cambiare l'attuale assetto dell'ordinamento nonché di quello costituzionale.

È vero che esistono ordinamenti giuridici che realizzano una giurisdizione unica, concentrando la funzione giurisdizionale globalmente intesa in un unico ordine, inteso come complesso di uffici tra loro collegati e retto da un sistema organizzativo unitario (102).

Tali ordinamenti sottopongono al sindacato di un unico giudice non solo l'attività dei privati, ma anche l'attività amministrativa.

La costituzione italiana, invece, ripartisce la funzione giurisdizionale in più ordini tra loro distinti: il sistema della giurisdizione ordinaria, civile e penale, (art. 102, comma 1 in relazione agli artt. 106, 107 e 108 Cost.) e il sistema delle giurisdizioni speciali, che si occupano di particolari controversie tra le quali quelle amministrative (art. 102, comma 2) (103).

Ne consegue che, come avviene in quasi tutti i Paesi d'Europa e in America latina, nel nostro sistema vige il principio per cui le cause che hanno ad oggetto un diritto soggettivo del cittadino spettano alla giurisdizione ordinaria in virtù dell'art. 2 della legge 20 marzo 1865, allegato E, mentre ai T.A.R. e Consiglio di Stato spetta provvedere alla tutela degli interessi legittimi.

Pertanto, anche l'unificazione della giurisdizione, seppure limitata a quella tra processo civile e amministrativo, si configurerebbe non in linea con i dettami della Costituzione.

#### 15. – *La privatizzazione del pubblico impiego e l'unificazione del processo del lavoro: conquista o fallimento?*

Ne è riprova quanto sta accadendo nel processo del lavoro a seguito della privatizzazione del rapporto di lavoro presso le amministrazioni.

Com'è noto, nel perseguimento degli obiettivi di efficienza e flessibilità dell'amministrazione il D.l.g. n. 29 del 1993 ha privatizzato il rapporto tra datore di lavoro pubblico e dipendente: entrambi sono divenuti titolari di diritti e doveri inerenti a posizioni contrattuali di pari grado, in quanto tale rapporto sarebbe da intendersi in termini paritetici e non più autoritativi (104).

---

(102) È questo il sistema caratteristico dei paesi anglosassoni (Inghilterra e Stati Uniti d'America) seguito anche in altri Paesi, come Norvegia, Israele, Romania e Bulgaria.

(103) Sull'analisi tra il processo civile e penale V. P. GIANNITI, *Processo civile e penale a confronto*, Padova, 2003, 2ss.: «La giurisdizione è indubbiamente un concetto unitario nei vari rami del diritto processuale (civile, penale e amministrativo), in quanto essa consiste sostanzialmente nella risoluzione di un conflitto di interessi, compiuta da un terzo imparziale, quale è appunto il giudice; e rappresenta sempre una funzione di garanzia, diretta ad accertare una determinata situazione giuridica in modo definitivo e obbligatorio. Ma se unitario è il concetto di giurisdizione, indubbia è la diversità di funzioni che distingue la giurisdizione civile (e ancora di più la giurisdizione amministrativa) dalla giurisdizione penale e che determina una profonda diversità di disciplina dei relativi processi».

(104) M. ROSSETTI, *Pubblico impiego e giurisdizione del giudice ordinario: il regime transitorio, in Il lavoro nella giurisprudenza*, 2001, 623.

A distanza di qualche anno sono stati varati i dd.lgs. n. 396/1997, 387/1998 e 80/1998, che hanno dato luogo alla c.d. seconda privatizzazione.

L'acquisizione della fondamentale risorsa che è, per qualsiasi organizzazione, la forza lavoro, viene ricondotta nell'ambito del diritto privato e del potere contrattuale e viene sottratto alla regolamentazione pubblicistica tramite atti amministrativi (nomina, atto costitutivo del rapporto, gestione del rapporto, promozioni, trasferimenti, collocamento in aspettativa o in posizione di comando, collocamento a riposo per limiti di età, destituzione disciplinare, dispensa per scarso rendimento).

Il comma 1 dell'art. 2 prevede che le amministrazioni adottino atti amministrativi di organizzazione in base ai principi stabiliti dalle leggi, in quanto in capo ad esse permane il potere organizzativo fondamentale, in virtù dell'art. 97 cost. di regolamentazione transitoria da parte d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, per quanto attiene al riparto di giurisdizione.

In particolare, l'art. 45, comma 17, del d.lgs. n. 80 del 1998, disciplina la devoluzione della materia di cui trattasi al giudice ordinario, competente in forza dell'avvenuta privatizzazione del pubblico impiego, od a quella amministrativa, in sede di giurisdizione esclusiva, assumendosi quale criterio di discriminare il riferimento temporale del 30 giugno 1998.

Le questioni relative al rapporto di pubblico impiego riferite al periodo anteriore a tale data sono invece devolute *expressis verbis* alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (105).

Il rapporto di lavoro nell'ambito della pubblica amministrazione, soprattutto a seguito della privatizzazione operata con il d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 e d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, ed a meno che a tale intervenuta privatizzazione non si desideri sottrarre ogni significato, dovrebbe delinearci come un rapporto a prestazioni corrispettive.

---

(105) Sin dalla prima fase di applicazione del d.lgs. n. 80 del 1998 i giudici ordinari hanno affermato il proprio difetto di giurisdizione adottando alternativamente, ai fini dell'individuazione del periodo di riferimento al rapporto di pubblico impiego: i criteri della data di pubblicazione del bando di concorso (Pret. Ancona, ord. 27 luglio 1998); del momento dell'adozione dell'atto lesivo (Pret. Roma, ord., 22 settembre 1998); del periodo lavorativo di cui si controverte (Pret. Catanzaro, ord., 27 agosto 1998); del momento costitutivo del diritto azionato (Pret. Cosenza, ord., 18 settembre 1998) ovvero della situazione storico-fattuale alla base della rivendicazione giudiziale (Trib. Roma, ord., 15 aprile 1999). Allo stesso modo, la Suprema Corte (Cass., sez. un., 26 agosto 1998, n. 8451) ha accolto il criterio della attinenza della controversia ad una fase del rapporto svoltasi anteriormente alla data del 30 giugno 1998. In tempi ancora più recenti, il giudice di legittimità si è pronunciato nel senso della attribuzione al giudice ordinario di tutte le questioni aderenti i rapporti di lavoro dei dipendenti dello Stato attinenti al periodo di rapporto successivo alla stessa data, restando al contrario devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le questioni anteriori al 30 giugno 1998 (così Cass., 30 dicembre 1999, n. 947; Cass., sez. un., 5 febbraio 1999, n. 35). Inoltre l'art. 35, d.lgs. n. 80/1998, con riferimento alle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, sancisce che questi conosca in tale sede per quanto transitoriamente ancora ad esso attribuito, del «risarcimento del danno ingiusto».

Rimangono nell'ambito della giurisdizione esclusiva del G.A. il personale appartenente ad amministrazioni che esercitano poteri spiccatamente autoritativi, come la polizia, la difesa, la magistratura, il corpo diplomatico.

Il restante personale è ora, invece, regolato dai contratti collettivi, dal codice civile, dalle leggi sul lavoro, dai contratti individuali di lavoro: il rapporto di lavoro viene creato da un contratto e gli atti di gestione del rapporto costituiscono espressione del datore di lavoro che, tuttavia, mantiene la particolarità pregnante di essere una pubblica amministrazione.

Sussistono controversie circa la natura da attribuire agli atti gestionali: in particolare, si discute se gli atti di conferimento e di revoca di incarichi attributivi di nuove mansioni o funzioni, e gli atti di mobilità del personale, rientrano ancora nella giurisdizione amministrativa, a causa della natura giuridica che li pone a metà strada tra l'organizzazione degli uffici pubblici e la gestione del personale (106).

È bene precisare che il ricorso allo strumento privatistico o allo strumento pubblicistico da parte della P.A. dipende anche dalle circostanze, dal clima culturale, dalle tendenze prevalenti nell'ordinamento.

Per quanto riguarda i riflessi sul contenzioso, si è sostenuto che sotto il profilo qualitativo il giudice del lavoro abbia fornito una cattiva prova, tutelando l'imparzialità meno di quanto facesse il giudice amministrativo, senza dare grandi contributi alla soluzione dei conflitti in vista del buon andamento delle amministrazioni (107).

Infatti, se già da tempo si registrava la tendenza ad imprimere alla materia del pubblico impiego caratteristiche sempre più privatistiche, sia a livello normativo sia a livello giurisdizionale, sarebbe opportuno non perdere ora di vista il fine pubblicistico perseguito dall'Amministrazione e il principio del buon andamento della P.A. (art. 97 Cost.), di efficienza e di economicità (art. 1 legge n. 241/1990) che essa è obbligata a perseguire.

Lo stretto rapporto che lega o dovrebbe legare la responsabilità del pubblico dipendente con quella del lavoratore privato dovrebbe esaltare la configurazione di una responsabilità contrattuale per inadempimento o inesatto adempimento della prestazione dovuta, con la diligenza richiesta dalla natura della prestazione stessa (108).

Non solo, ma dal principio della parità di trattamento fra lavoro subordinato privato e pubblico impiego è necessario evitare che, «nell'interpreta-

---

(106) Cons. Stato, Commissione Speciale del pubblico impiego, 5 febbraio 2001, n. 471, in *Giust. Amm.*, 2001, 6, 619; L. ZOPPOLI, *Dieci anni di riforma del lavoro pubblico (1993-2003)*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, n. 5, 2003, 764; MEZZACAPO, *Profili problematici della flessibilità nel lavoro pubblico: il contratto a tempo determinato*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni* 2003, 508.

(107) Sul punto G. CORSO, *Manuale...op. cit.*, 269-270; A. ROMANO, *Un (eterodosso) auspicio di una almeno parziale controriforma*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, n. 5, 2003, 265; S. CASSESE, *Corriere della sera*, agosto 2003, *cit.* da L. ZOPPOLI, *Dieci anni di riforma del lavoro pubblico (1993-2003)*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 764, n. 5, 2003.

(108) Così L. SCHIAVELLO, *La nuova conformazione della responsabilità amministrativa*, Milano, 2003, 3 ss.

zione e nell'applicazione delle norme l'amministrazione subisca un integrale riesame delle sue valutazioni in casi nei quali il datore di lavoro privato compie scelte del tutto insindacabili» (109).

Da tale innegabile natura discende, dunque, la necessità di eliminare ogni dubbio sulla possibilità che il posto di lavoro presso una pubblica amministrazione sia da considerarsi come quello che assicura solo vantaggi, a scapito della produttività ed efficienza.

Il che significa che, trattandosi di attività professionale, la diligenza comprende anche la perizia e che tutto il rapporto va informato alla buona fede (110).

Si definì, *illo tempore*, «discutibile» l'interpretazione conferita alla giurisdizione esclusiva in materia di pubblico impiego come strumento di garanzia dell'amministrazione nei confronti dei diritti soggettivi dell'impiegato, anziché come mezzo per semplificare e rendere più agevole la tutela di quest'ultimo nei confronti dell'amministrazione (111).

Allo stato attuale sembrerebbe, invece, che i termini del problema si siano ribaltati e sarebbe opportuno che il giudice del lavoro recuperasse (o facesse propri) i concetti di fine pubblico ed interesse pubblico, affinché egli non venga colto impreparato di fronte alla trattazione di una per lui nuova e delicata materia quale è quella del pubblico impiego.

E perché non vengano obliate e illegittimamente pretermesse le differenze strutturali che, anche a livello di garanzie, contraddistinguono il pubblico impiego, in modo talora netto, dall'impiego privato.

L'unica nota positiva della la cosiddetta privatizzazione del rapporto di pubblico impiego sarebbe il fatto che, con il trasferimento della cognizione al giudice ordinario gli organi di giustizia amministrativa sono stati ricondotti alla loro originaria funzione di giudici delle controversie sull'esercizio del potere delle pubbliche amministrazioni, quale era stata configurata dal legislatore del 1889 con l'istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato (112).

Già negli anni sessanta M. S. Giannini, quale anticipatore dei tempi, scriveva, a proposito della elaborazione dottrinale della nozione di «atto

---

(109) G. VACIRCA, *Prime riflessioni sul nuovo regime delle prove nelle controversie in materia di pubblico impiego*, in *Foro amm.*, 1987, 1346.

(110) Cfr. sul punto L. SCHIAVELLO, *La nuova conformazione*, op. cit., 3 ss.

(111) Sulla discussione in merito cfr. G. VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, 1576.

(112) G. VACIRCA, *Relazione Tar Toscana*, in [http://www.giustiziaamministrativa.it/documentazione/studi\\_contributi/inaugurazione\\_toscana\\_04.htm](http://www.giustiziaamministrativa.it/documentazione/studi_contributi/inaugurazione_toscana_04.htm), 6: «Mi sembra che non siano pregnanti le osservazioni circa l'attuale crisi dell'azione di annullamento nel processo amministrativo di legittimità, in quanto la giurisdizione esclusiva costituisce solo una piccola parte del processo amministrativo, e l'azione di annullamento ne è tuttora al centro, nonostante i ripetuti tentativi di arricchirla di contenuti e di scioglierla dagli ambiti della funzione solo eliminatória. Oggi, a maggior ragione dopo la cosiddetta privatizzazione del rapporto di pubblico impiego, che ne ha trasferito al giudice ordinario la cognizione con la conseguenza di ricondurre «gli organi di giustizia amministrativa alla loro originaria funzione di giudici delle controversie sull'esercizio

amministrativo inesistente», che esso «come tipo di atto dell'amministrazione... sarebbe privo di imperatività, e quindi ricadrebbe interamente sotto il controllo e i poteri, per così dire repressivi, dal giudice ordinario», individuando la *ratio* di tale scelta nell'esigenza di sottoporre l'amministrazione al controllo, considerato più repressivo, del giudice ordinario (113).

Mai previsione fu più veritiera.

#### 16. – Conclusioni.

Il rischio cui si va incontro è costituito da una indebita ingerenza del potere giudiziario nella sfera dell'esecutivo.

Tale indebita ingerenza può derivare dal giudice amministrativo, dal giudice civile e dal giudice del lavoro e può essere non poco incoraggiata dalla dottrina.

Le conseguenze che possono determinarsi si concretizzerebbero in una *amministrativizzazione della giustizia* o, il che è lo stesso, nella creazione di una figura ibrida, non tollerata nel nostro ordinamento, che è quella del *giudice-amministratore*.

Forse, amministrare è il segreto recondito e mai confessato di alcuni nostri giudici, ma certamente non costituisce una velleità giuridicamente giustificabile.

L'invasione di campo da parte del potere giudiziario è ancor meno tollerata di quella del potere legislativo. Il giudice, infatti, proprio come l'amministrazione, è sottoposto alla legge e come tale la deve rispettare: il principio di legalità riguarda, infatti, sia il potere esecutivo sia il potere giudiziario.

Il punto essenziale è di non esaminare tale vitalità giuridica coagulando iniziazioni giuridiche e particolarismi, con il rischio di valutazioni unilaterali.

L'universo giuridico, anche se *dominato dall'ombra ingombrante dello Stato*, va guardato pluralisticamente, dall'interno dei suoi confini.

Se il vecchio legalismo è in crisi, non tutti i canali di impulso che scorrono autonomi e che fissano le proprie regole possono tranquillizzare la linea storica che stiamo vivendo.

E questo perché l'ordinamento ha come referente la società ed essa si rispecchia in esso, compresi tutti gli accenni precedenti.

La mitizzazione (e quindi la assolutizzazione) di alcune soluzioni storico-giuridiche, non deve rinserrarsi in un testo cartaceo, inappagato e inappagante: lungi dal cogliere il nascere del diritto da segni sensibili, si trasforma, invece, in una monotona liturgia precocemente invecchiata.

---

del potere delle pubbliche amministrazioni, quale era stata configurata dal legislatore del 1889 con l'istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato: una funzione, che, indipendentemente dalla questione sulla natura giuridica dell'organo, era stata pensata come un correttivo destinato ad assicurare giustizia nell'amministrazione operando al suo interno con uno strumento che soddisfa l'interesse del privato colpendo l'atto e non il suo autore, ossia con la rimozione dell'atto illegittimo».

(113) M.S. GIANNINI, *Il provvedimento amministrativo*, in *Enc. del dir.*, 192.

## Accertamento della mancanza dello stato di insolvenza nel giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento

di *Claudio Paris*

### 1. Premessa: l'oggetto di tutela nella disciplina del fallimento.

Lo stato di insolvenza rappresenta il presupposto oggettivo del fallimento. Non può, invero, aversi dichiarazione di fallimento senza passare per il positivo accertamento di tale stato.

Prima di interrogarci sulla migliore definizione che si può fornire di esso (e sulle modalità del relativo accertamento), è bene porsi una domanda di carattere pregiudiziale, rispondendo correttamente alla quale aumentano le probabilità di approdare, nella presente ricerca, a risultati il più possibile veritieri.

In altri termini, prima ancora di analizzare la bontà delle varie teorie sullo stato di insolvenza, bisogna chiedersi perché ad esso il legislatore (si potrebbe dire, in una prospettiva storica, ogni legislatore) abbia ritenuto necessario far seguire automaticamente la conseguenza giuridica del fallimento, con tutti gli effetti che vi si ricollegano. In una parola, accertare l'oggetto di tutela nella normativa sul fallimento, individuandone così la *ratio*.

Secondo alcune voci dottrinali, con il fallimento si attuerebbe pur sempre l'espropriazione forzata del debitore, con l'unica particolarità del suo carattere universale e non individuale; una differenza peraltro marginale che non ne farebbe smarrire la natura di rimedio volto all'attuazione della responsabilità del debitore insolvente.

Oggetto di tutela, secondo questa opzione, sarebbe dunque la soddisfazione delle ragioni dei creditori, ancorché la stessa debba avvenire in maniera ordinata e razionale, comportando, se del caso, sacrifici per il singolo in vista della miglior tutela di tutti.

A ben vedere, però, non può esser questa la reale *ratio* dell'istituto del fallimento, sol che si consideri come esso possa originare da un'istanza dello stesso debitore, come pure da un'iniziativa officiosa del Tribunale (art. 6 legge fall.). E qualora ciò avvenga, non è detto che gli appartenenti al ceto creditorio debbano necessariamente riconoscersi in queste iniziative ed accordarsi alla vicenda fallimentare. È ben possibile, invero, che tutti o alcuni di essi non abbiano interesse a far valere le proprie pretese nel fallimento, ritenendo più conveniente aspettare la conclusione della procedura per poi aggredire in maniera individuale il proprio debitore (ad es. si può essere in possesso di un titolo di prelazione, il cui valore nella procedura degrada). Se ciò è vero, si deve concludere che il fallimento non rappresenta altro che una *occasione* per poter soddisfare (concorsualmente) i propri crediti, ma non l'unica possibilità di realizzarli. Il che è sufficiente per escludere che *ratio* dell'istituto sia pur sempre l'attuazione concreta della responsabilità del debitore, come nell'espropriazione forzata individuale.



In realtà, alla dichiarazione di fallimento soggiace un interesse pubblico: in particolare, il superiore interesse dell'economia generale, del credito e del commercio(1), in vista del quale un imprenditore incapace di continuare a tener fede alle proprie obbligazioni deve esser rimosso dal mercato per impedirgli di nuocere agli altri ed anche a se stesso.

In primo luogo sono i cittadini tutti, o meglio, gli appartenenti alla collettività in seno alla quale opera l'imprenditore in crisi (vedremo in seguito *quanto* in crisi, oppure se rilevi il *perché* della crisi), che corrono il rischio, venendo in contatto con quell'imprenditore, di imbattersi in operazioni altamente rischiose; perché magari se dovessero concedergli credito potrebbero ricevere in futuro un pagamento non proprio *regolare* (anche su questo si ritornerà); ovvero è possibile che soltanto alcuni di essi vedranno soddisfatti i propri crediti, e con la remuneratività pattuita, mentre altri sono destinati a vedere del tutto frustrate analoghe aspettative.

In secondo luogo, alla dichiarazione di fallimento può avere interesse lo stesso debitore, il quale non riesce più ad adempiere alle proprie obbligazioni se non con mezzi rovinosi oppure illeciti (con il rischio, in quest'ultimo caso, di incappare in qualche reato, con conseguenze di gran lunga peggiori); ovvero, si è già abbandonato ad uno stato di generale inadempimento, ma vuole comunque evitare espropriazioni di carattere particolare con il rischio di vendite ancora una volta rovinose, oppure, ancora, spera di conservare l'integrità del suo patrimonio in vista di un possibile concordato e così via.

In definitiva non soltanto i singoli creditori ma l'intero consorzio in cui quell'imprenditore ha operato ha interesse a che costui perda quel ruolo che non riesce più a rivestire con affidabilità. Ragion per cui il rimedio non può essere di natura individuale, ma deve cercare di risolvere alla radice questa fonte di rischio (2).

Orbene, queste premesse permettono poi di spiegare agevolmente alcuni caratteri sostanziali e processuali della vicenda fallimentare.

Sul versante sostanziale, se tale fonte di pericolo effettivamente ricorre, allora va rimossa con decisione, senza esitazione, ed in una logica generale, ordinamentale (non individuale, se davvero si vuole eliminarla una volta per tutte); e si deve procedere risoluti ancorché gli effetti di tale rimozione potranno mortificare le aspettative di alcune categorie di soggetti portatori dell'interesse opposto (i quali peraltro non vengono lasciati privi di ogni tutela, poiché possono opporsi, come vedremo, alla dichiarazione di fallimento); di qui l'efficacia *erga omnes* di tale dichiarazione (il rimedio ordinamentale di cui si discorre).

---

(1) D'AVACK, *La natura giuridica del fallimento*, Padova, 1940, 211; CARNELUTTI, *Natura del processo di fallimento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, 214.

(2) Della bontà di queste affermazioni costituisce conferma la Relazione ministeriale che ha accompagnato l'entrata in vigore della legge 267, dove può leggersi «che la legge fallimentare del 1942 intende assicurare una più energica tutela degli interessi generali rispetto a quelli individuali dei creditori e del debitore».

Le stesse premesse si apprezzano, poi, anche sul versante processuale, allorché prim'ancora di rimuovere quel fattore di rischio bisogna evidentemente accertarne la ricorrenza.

Si assiste pertanto ad una procedura (tanto quella prefallimentare quanto quella successiva alla dichiarazione di fallimento, come si vedrà) che non è volta a dirimere una controversia fra due privati che si contendono una *res litigiosa*, non è volta ad attribuire un torto e ad affermare una ragione; bensì, esclusivamente, ad accertare la presenza di quel pericolo ed a rimuoverlo per ripristinare la certezza dei traffici e dei rapporti giuridici.

Alla stessa stregua di una sentenza di interdizione, che viene pronunciata nei confronti di chi non sia capace di provvedere ai propri interessi, la dichiarazione di fallimento presuppone l'incapacità dell'imprenditore di svolgere adeguatamente la funzione che il sistema gli affida (3).

Ancora, il fallimento viene promosso da molteplici legittimati, compresi lo stesso fallendo ed il pubblico ministero, e può essere dichiarato d'ufficio, alla stessa stregua della sentenza di interdizione. In entrambi i casi la sentenza spiega effetto dal momento della pubblicazione, ne è prevista la revoca, competente a pronunciarla è il tribunale del luogo dove l'interessato ha la residenza. Tutto il procedimento, nell'uno e nell'altro caso, è basato sull'esigenza di impedire ad un soggetto di continuare ad operare, perché incapace di provvedere a se stesso senza ingenerare pericoli per sé e per gli altri; onde la creazione giuridica di altro soggetto, questa volta pubblico, al quale viene attribuito il potere di disposizione che il primo non è più in grado di esercitare (4).

Orbene, il fatto che la procedura fallimentare non sia volta a dirimere una controversia (così come avviene nel processo giurisdizionale contenzioso), ma tenda unicamente a costituire un nuovo stato giuridico (*status* di fallito), legittima la conclusione circa la sua appartenenza alla giurisdizione volontaria, avvalorata dalla considerazione che si svolge sempre nelle forme dei procedimenti in camera di consiglio (5). Il che non può non riflettersi, come si dirà, anche sulla natura giuridica del giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento, introdotto a norma dell'art. 18 legge fall..

---

(3) BONGIORNO, *La dichiarazione di fallimento*, in RAGUSA MAGGIORE – COSTA, *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, Torino, 1997, 267 ss.. Del resto, anche nella relazione ministeriale già citata si invoca quale termine di paragone per la normativa in parola proprio la dichiarazione di interdizione: «prima del fallimento, e cioè della sentenza che lo dichiara, non c'è uno stato di fallimento, ma un fatto o uno stato economico, quale l'insolvenza; così come prima dell'interdizione non c'è uno stato di interdizione, ma un fatto naturale quale l'infermità di mente».

(4) Tutti questi rilievi in BONGIORNO, *cit.*, 268.

(5) PICARDI, *La dichiarazione di fallimento dal procedimento al processo*, Milano, 1974, 192 e ss.; DENTI, *Il giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento*, in *RDP*, 1951, 996; BONGIORNO, *cit.*, 271.

2. *Il precedente normativo dello stato di insolvenza: la cessazione dei pagamenti di cui all'art. 683 dell'abrogato codice di commercio.*

Come detto, lo stato di insolvenza rappresenta il presupposto oggettivo della dichiarazione di fallimento.

Storicamente, però, non c'è mai stata uniformità di vedute, soprattutto in dottrina, circa la sua definizione; e neppure risulta agevole una pur sommaria classificazione del pensiero dei vari autori che su di esso hanno scritto, pena le approssimative e ricorrenti schematizzazioni che ne hanno distorto la reale portata (6).

Già sotto il vigore dell'abrogato codice di commercio, l'interpretazione dell'art. 683, secondo cui «*il commerciante che cessa di fare i suoi pagamenti per le obbligazioni commerciali è in stato di fallimento*», era tutt'altro che pacifica.

Risulta evidente, nell'economia della disposizione appena citata, la centralità del concetto di *cessazione dei pagamenti*. Su di esso, dunque, si è concentrata da subito l'attenzione di tutta la dottrina fallimentaristica italiana.

Secondo alcuni (7), l'art. 683 avrebbe fatto riferimento ad un *comportamento* dell'imprenditore, ad una sua *condotta* (da cui il nome di teorie personalistiche), consistente nell'*inadempimento* delle proprie obbligazioni commerciali; senza che sia dato distinguere fra impossibilità di tenervi fede ovvero inadempimento volontario di esse (c.d. *cessazione materiale* dei pagamenti).

Altra dottrina (8), viceversa, valorizzando in uno all'art. 683 altri referenti normativi dell'abrogato cd. comm., ritenne di poter interpretare la condizione in parola come una situazione di *impossibilità* di rispettare le proprie obbligazioni. La cessazione sarebbe consistita, dunque, non tanto nel *non adempiere*, quanto, piuttosto, nel *non poter adempiere*.

Ed invero, a termini del successivo art. 705, «*il solo rifiuto di alcuni pagamenti, per eccezioni che il debitore in buona fede possa ritenere fondate, non è prova della cessazione dei pagamenti, ed il fatto materiale della continuazione dei pagamenti, con mezzi rovinosamente o fraudolentemente procurati, non impedisce la dichiarazione che il commerciante fosse realmente in istato di fallimento*».

---

(6) V. in particolare TERRANOVA, *Lo stato di insolvenza*, in RAGUSA MAGGIORE – COSTA, *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, cit., 243 ss., dove si esaminano più da vicino alcuni snodi critici del pensiero del Bonelli (considerato da sempre il padre di tutte le teorie cd. patrimonialistiche), al punto da mettere in discussione la legittimità di un tale assunto, per il riaffiorare in tali snodi di valutazioni che in buona sostanza riconducono al *comportamento* del debitore, più che allo *stato* del suo patrimonio. Identico sforzo critico è apprezzabile in CHIOZZI-CENZONI, *Il presupposto oggettivo del fallimento. Lo stato di insolvenza*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, a cura di CENDON, diretto da PANZANI, Torino, 2000, 83 ss..

(7) BOLAFFIO, in BOLAFFIO – MASÈ DARI, *Del fallimento, dell'esercizio delle azioni commerciali e della loro durata*, I, Torino, 1982, 169 ss.

(8) BONELLI, *Del Fallimento*, in *Commentario c. comm.*, Milano, 3 ss.

Da un'interpretazione sistematica di tali norme, dunque, non poteva che inferirsi il rigetto delle ipotesi ricostruttive che facevano coincidere la cessazione dei pagamenti con il mero inadempimento delle obbligazioni commerciali, comunque motivato. L'accertamento di uno o più inadempimenti, infatti, non necessariamente avrebbe dovuto condurre alla dichiarazione di fallimento (senz'altro preclusa se tali inadempimenti fossero giustificati da eccezioni che il debitore in buona fede poteva ritenere fondate); come pure, riuscire ad adempiere alle proprie obbligazioni avrebbe potuto non esser sufficiente a scongiurare all'imprenditore il fallimento, se costui era in grado di procurarsi le risorse all'uopo necessarie unicamente con operazioni rovinose o fraudolente (9). L'identità *cessazione dei pagamenti/inadempimento mero e continuato delle proprie obbligazioni commerciali*, da un'analisi di tutti i referenti normativi da prendere in considerazione, veniva quindi palesemente smentita.

La cessazione dei pagamenti, in definitiva, più che un *fatto* del debitore, doveva ritenersi uno *stato*, una sua condizione, consistente appunto nell'impossibilità di adempiere alle proprie obbligazioni commerciali, impossibilità che necessariamente derivava – si disse – dallo stato del suo patrimonio, in quanto il passivo superava l'attivo (da qui l'appellativo di teorie patrimonialistiche) (10). Una condizione o uno stato che, successivamente, il legislatore avrebbe fissato con una norma più precisa rispetto al fenomeno che voleva descrivere, quale l'art. 5 della legge fallimentare del '42.

### 3. *L'art. 5 della legge n. 267/42 e la nozione di stato di insolvenza come presupposto oggettivo per la dichiarazione di fallimento.*

Effettivamente la ricostruzione da ultimo riferita ebbe notevole influenza allorquando, abrogato il codice di commercio, si pervenne ad una legge organica sul fallimento e sulle altre procedure concorsuali.

---

(9) E per tale ipotesi fu coniata l'espressione di cessazione *virtuale* dei pagamenti, a sottolineare la irrilevanza del fatto materiale dell'adempimento – situazione virtualmente identica a quella di un obiettivo inadempimento – attesi i mezzi patologici con cui lo si era garantito.

(10) Per vero, questa situazione di incapienza patrimoniale non necessariamente doveva condurre alla dichiarazione di fallimento. Ed infatti, rilevante a tal fine parve pure il cd. credito commerciale, ossia l'apprezzamento generale di cui l'imprenditore godeva presso i suoi interlocutori commerciali quanto a qualità personali, facoltà, attitudini, idonee ad ingenerare un positivo affidamento sulle attività future del proprio patrimonio. Quasi una provvista, quindi, apprezzabile in termini di consolidata idea di ricchezza di cui l'imprenditore godeva presso gli altri; meglio, un'anticipata capitalizzazione della redditività dell'impresa. Ditalché, un'insufficienza dell'attivo rispetto al passivo poteva divenire irrilevante ai fini della dichiarazione di fallimento, quante volte fosse adeguatamente compensata da un poderoso credito commerciale tributato all'individuo sulla piazza commerciale in cui operasse. Ad una concezione *statica* dello stato in cui versa l'impresa, se ne contrappose quindi una *dinamica*. Principale assertore di questo giudizio incrociato fu il BONELLI (*Del Fallimento, cit.*, 48 ss.); successivamente, il FERRARA (*Il fallimento, 4° edizione, a cura di Borgioli, Milano 1989, 135 ss.*). Per un esame critico, tanto della accezione *sociologica*, quanto di quella *economica* del cd. credito commerciale v. TERRANOVA, *Lo stato di insolvenza, cit.*, 243 ss..

L'art. 5 della legge 267/42, intitolata *Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa*, oggi dispone:

«L'imprenditore che si trovi in stato di insolvenza, è dichiarato fallito» (co. 1).

«Lo stato di insolvenza si manifesta con inadempimenti o con altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni» (co. 2)(11).

Orbene, a tutta prima, sembra la definitiva affermazione delle ricostruzioni che avevano individuato il presupposto oggettivo del fallimento nell'impossibilità di far fronte alle proprie obbligazioni. Soltanto una situazione di incapacità dell'imprenditore di far fronte alle proprie obbligazioni legittimerebbe quindi, a norma dell'art. 5, la dichiarazione di fallimento. In breve, il non poter adempiere, piuttosto che il non adempiere.

La bontà di questa interpretazione emergerebbe con ogni evidenza da quella locuzione che descrive lo stato di insolvenza come la situazione di colui che «non è più in grado di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni». Torneremo sull'avverbio «regolarmente», come pure sulle vicende che «dimostrano», come si esprime la norma, la perdita capacità di soddisfare le proprie obbligazioni. In questa sede, ed in via di prima approssimazione, si può però senz'altro affermare che *non essere più in grado* di adempiere alle proprie obbligazioni significa evidentemente *non poter più pagare* i propri creditori; se ciò è vero, diviene irrilevante all'accertamento dello stato di insolvenza (se non addirittura fuorviante) il mero dato di uno o più inadempimenti; ché, ad esempio, gli stessi potrebbero essere giustificati da eccezioni che il creditore in buona fede possa ritenere fondate; per cui tale *comportamento*, come l'indagine che lo appurasse, nulla ha a che vedere con l'accertamento rilevante ai sensi dell'art 5. Tale verifica ha ad oggetto uno *stato*,

---

(11) Non possono non scorgersi le profonde differenze, sul piano della tecnica legislativa, della nuova disposizione rispetto a quella che ha sostituito. Gli inadempimenti e gli altri fatti esteriori non sono l'insolvenza, e nemmeno la sua causa, ma soltanto fatti sintomatici che inducono a ritenerla sussistente, e dunque prove di natura *indiziaria* di essa. Si tratta all'evidenza di norma senz'altro più precisa rispetto all'art. 683 del c. comm.. «Il commerciante che cessa di fare i suoi pagamenti per obbligazioni commerciali è in stato di fallimento», recitava l'abrogato articolo, disposizione che già sul piano letterale si dimostrava non autosufficiente se non proprio errata, legittimando persino il dubbio che il fallimento coincidesse in tutto e per tutto con la cessazione dei pagamenti. E per restituirle il significato che dalla *mens* del legislatore non si era coerentemente trasfuso nelle sue parole, era necessaria la lettura combinata con il successivo art. 686, che alla cessazione dei pagamenti riconnetteva l'obbligo di chiedere entro tre giorni la dichiarazione del proprio fallimento; rassicurando in tal modo che la cessazione dei pagamenti, lungi dal coincidere con lo stato di fallimento, ne rappresentava la causa, e previo il passaggio intermedio da una dichiarazione giudiziale. Di questo inconveniente prendeva atto anche la relazione ministeriale, la quale attribuiva al nuovo art. 5 il pregio di eliminare il dubbio che uno stato di fallimento potesse sussistere prima e indipendentemente dalla sentenza che lo dichiarava (v. CHIOZZI-CENZONI, *Il presupposto oggettivo del fallimento. Lo stato di insolvenza, cit.*, 84).

e deve rispondere al quesito se l'imprenditore è o non è ancora in grado di adempiere alle proprie obbligazioni, ce la fa a tener fede agli impegni con i propri creditori (e con mezzi leciti e non autolesivi ovviamente)... ovvero si trova nell'impossibilità di attendervi, quand'anche lo voglia, atteso lo stato di crisi in cui è venuto a trovarsi. In caso di risposta affermativa, avremo accertato lo stato di insolvenza, condizione necessaria e sufficiente perché il giudice ne dichiari il fallimento.

In questo senso si è appunto orientata la prevalente dottrina.

Non sono tuttavia mancate voci che hanno contestato queste conclusioni, convinte che anche dopo l'introduzione dell'art 5 della legge fallimentare fosse preferibile il canone ermeneutico della condotta del debitore piuttosto che quello delle sue condizioni economiche.

Ed invero, la nuova legge parla di stato di *insolvenza*, che è cosa ben diversa, secondo questo orientamento, dalla *insolubilità* (questa sì da intendersi come situazione di impotenza economica, laddove la prima espressione sarebbe del tutto neutra quanto alle cause che la generano).

In particolare, molti Autori (12) hanno ritenuto di distinguere tra insolvenza *materiale*, conseguente alla mera determinazione del debitore di non adempiere, malgrado la consapevolezza dell'obbligo, e insolvenza *virtuale*, consistente nella situazione in cui viene a trovarsi chi, pur volendo tener fede ai propri impegni, vi risulta impossibilitato in relazione alla situazione del suo patrimonio: solo nel primo caso si avrebbe vera e propria insolvenza nel senso etimologico del termine (che in nulla differirebbe quindi dalla «cessazione dei pagamenti» di cui parlava l'abrogato codice di commercio); a tale fattispecie, tutt'ora rilevante ai sensi dell'art. 5 della 267 /42, questa disposizione avrebbe aggiunto quella (diversa) costituita dalla insolubilità, indipendente dal volere del debitore e implicante, essa soltanto, un processo di valutazione del patrimonio di costui.

La dichiarazione di fallimento, quindi, non avrebbe come unico presupposto una condizione patrimoniale (deficitaria) del debitore, perché potrebbe derivare, altresì, da una serie di inadempimenti, comunque causati o motivati (salvo ovviamente la possibilità di eccepire in buona fede fatti che facciano ritenere *sine titulo* le pretese creditorie); inadempimenti che devono indurre ad affermare che l'imprenditore è insolvente (cioè non assolve alle proprie obbligazioni).

A tali conclusioni indurrebbero non solo la relazione ministeriale, che a proposito dello stato di insolvenza del debitore parla di un «fatto» ovvero di uno «stato» del debitore; ma anche una corretta esegesi dell'art. 5, il quale indicherebbe, quali fatti rilevanti all'accertamento dello stato di insolvenza,

---

(12) PROVINCIALI, *Stato di insolvenza*, in *Studi in onore di A. Cicu*, Milano, 1951, II, 127; AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, I, Torino, 1961, 269 ss.; ROSSI, *Equivoci sul concetto di insolvenza*, *DF.*, 1954, I, 175 ss., DI LAURO, *Insolvenza e temporanea difficoltà*, *DF.*, 1965, I, 117.

da un lato gli inadempimenti, e, dall'altro, quei fatti esteriori che dimostrino che l'imprenditore non è più in grado di adempiere alle proprie obbligazioni (13).

La dottrina dominante (14), come detto, è oggi orientata in un altro senso ed ha ribattuto a ciascuna di queste argomentazioni (15).

Già sul piano esegetico si può muovere un'obiezione dirimente perché la legge, in realtà, non dice che l'insolvenza consiste in inadempimenti o in altri fattori esteriori, ma dice che essa *si manifesta* con essi, operando un rinvio da una sembianza esterna (gli inadempimenti e gli altri fatti esteriori) ad una realtà sottostante (il non esser più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni). Una cosa è lo stato di insolvenza, quindi, altra le sue manifestazioni. E, fra esse, inequivocabilmente la norma inserisce gli inadempimenti, che rilevano quindi come sintomo, come indicatori di una realtà differente, non come oggetto ultimo dell'indagine. Per cui, sarebbe un grave errore scambiare il sintomo per la malattia (16).

Altra dottrina, ha osservato che non è tanto questo tipo di esegesi ricavabile dalla norma a destare scandalo, attesa l'assoluta neutralità delle proposizioni di cui si compone (17), per ammettere od escludere che gli inadempimenti rilevino di per sé ovvero solo in quanto *dimostrino*, come senz'altro deve ritenersi per gli altri fatti esteriori, che l'imprenditore non è più in grado di adem-

(13) Ancora, vi sarebbero numerose ragioni di opportunità pratica che raccomanderebbero di valorizzare il comportamento del debitore a scapito delle sue condizioni patrimoniali. Queste sono quasi sempre di difficile accertamento, con il pericolo di introdurre nel relativo giudizio ampi margini di discrezionalità nell'apertura del concorso. Peraltro, un giudizio penetrante su di una realtà ostica da provare non potrebbe che incidere anche sulla speditezza dell'accertamento, con il rischio di rendere tardiva ed evanescente la tutela dei creditori. Sul piano storico, inoltre si è fatto riferimento alla natura da sempre *indiziaria* di tale accertamento, con il quale si tendeva ad apprezzare fatti sintomatici del dissesto (fatti di bancarotta, suicidio dell'imprenditore, chiusura dei locali commerciali), senza scendere ad un esame più approfondito delle reali condizioni patrimoniali che avevano determinato quelle condotte. Per questi rilievi, v. TERRANOVA, *cit.*, 223.

(14) SATTA, *Diritto Fallimentare*, Padova, 1996, 47; FERRARA, *Il Fallimento*, Milano, 1996, 140; BIONE, *Della dichiarazione di fallimento*, in *Commentario Scialoja-Branca alla legge fallimentare*, Bologna-Roma, 1974, 185 ss.; TERRANOVA, *Lo stato di insolvenza*, *cit.*, 225 ss..

(15) Classico l'argomento secondo cui per addivenire ad un'interpretazione siffatta, sarebbe necessario violentare la lettera della norma, facendo arretrare la virgola posta dopo le parole «altri fatti esteriori» per inserirla subito dopo la parola «inadempimenti», cioè come se la norma dicesse «...con inadempimenti, o altri fatti esteriori i quali dimostrino che l'imprenditore non è più in grado di adempiere...»; solo con questo artificio, ermeneuticamente illegittimo, si potrebbe sostenere che gli adempimenti rilevano di per sé, mentre gli altri fatti esteriori solo in quanto dimostrino ciò che richiede la norma.

(16) L'acuta riflessione è di TERRANOVA, *Lo stato di insolvenza*, *cit.*, 225 ss..

(17) «Per ciò che riguarda la scomposizione del secondo comma dell'art. 5 della legge fall., sotto il profilo sintattico, il pronome che lega la proposizione relativa alla reggente («i quali») potrebbe indifferentemente riferirsi (con la virgola così dov'è) tanto ai fatti esteriori, come indurrebbe a ritenere l'uso della disgiuntiva («od») fra questi e gli inadempimenti, quanto ai fatti esteriori e agli inadempimenti insieme». Così, CHIOZZI-CENZONI, *Il presupposto oggettivo del fallimento. Lo stato di insolvenza*, *cit.*, 86.

piere; quanto, piuttosto, la considerazione che se gli inadempimenti ingiustificati costituissero ancora oggi prova legale dell'insolvenza, non residuerebbe alcun margine per l'esperibilità delle azioni esecutive ordinarie, ancorché si possiedano i necessari titoli: invero, il successivo art. 8 obbligherebbe comunque il giudice dell'esecuzione a trasmettere la *notitia decoctionis* al tribunale fallimentare competente per la dichiarazione di fallimento. Così ammettendo, in definitiva, si costringerebbe il creditore a chiedere il fallimento del proprio debitore, privandolo del potere di agire individualmente nei suoi confronti.

*Segue: valenza indiziaria degli inadempimenti e degli altri fatti esteriori. Atipicità di questi ultimi. Natura prognostica del relativo accertamento.*

La reale valenza degli accadimenti (inadempimenti ed altri fatti esteriori) attraverso cui si manifesta lo stato di insolvenza merita ancora qualche riflessione. In particolare, e ribadendo quanto detto poc'anzi circa la loro natura di semplici indici dell'insolvenza, se ne deve conseguentemente affermare l'assoluta fungibilità.

In particolare, gli inadempimenti, se pur dotati sul piano statistico di una maggiore frequenza sintomatologica, hanno solo un valore presuntivo dello stato d'insolvenza, al pari di una serie di altri indizi (altri fatti esteriori come genericamente si esprime l'art. 5, ovvero la fuga o la latitanza dell'imprenditore, la chiusura dei locali dell'impresa, il trafugamento, la sostituzione o diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore, cui fa riferimento l'art. 7); ed invero, non solo si può escludere la dichiarazione di fallimento pur in presenza di una serie massiccia di inadempimenti (quando appunto non siano sintomi di uno di stato di incapacità di adempiere da parte dell'imprenditore) (18); ma si può anche ritenere sussistente lo stato di insolvenza prescindendo da uno o più inadempimenti (19). E se gli inadempimenti possono addirittura mancare, *a fortiori* ne diviene irrilevante la consistenza numerica. Ed invero, è del tutto pacifico che anche un solo inadempimento può avere valore sintomatico dell'insolvenza (20). In definitiva, l'analisi dovrà essere qualitativa, non quantitativa. Ossia, bisognerà valutare se l'inadempimento (o gli inadempimenti) risulti (o risultino) qualificato(i) da un preciso valore indiziaro rispetto all'impossibilità di adempiere. Qualora tale stato non si rinvenga, non potrà farsi luogo a dichiarazione di fallimento, quand'anche gli inadempimenti fossero numerosissimi.

Neppure risulta rilevante la reale fondatezza della pretesa del creditore istante, potendosi dichiarare il fallimento anche in caso di inesistenza del credito dell'unico ricorrente (21).

(18) Trib. Torino, 20 giugno 1980, *Fa*, 1981.

(19) PAJARDI, *Della dichiarazione di fallimento*, in *Codice del Fallimento*, sub art. 5, III ed. a cura di COLESANTI, Milano, 1997, 36, e dottrina ivi citata. Conf. App. Milano, 27 dicembre 1985, *Fa*, 1986, 456.

(20) Cfr., *ex plurimis*, Trib. Roma, 6 dicembre 2000, in *Il Fall.*, 2001, 833; Trib. Roma, 16 gennaio 1999, *ivi*, 1999, 571; Trib. Milano 3 dicembre 1993, *Gius.*, 1994, 95. Conforme anche la maggioranza della dottrina.

(21) Trib. Roma, 1° febbraio 1988, in *Dir. Fall.*, 1989, II, 206. Nello stesso senso la recentissima S.U. 11 febbraio 2003, n. 1997.



Ciò posto, analoghe conclusioni, con riferimento all'altro indice cui la norma fa riferimento, non paiono però legittime. In altri termini, si può prescindere dagli inadempimenti, ma una qualche forma di esteriorizzazione del fenomeno su cui si indaga non deve mai difettare. Vero è che la legge attribuisce all'autorità giudiziaria il potere di procedere d'ufficio (art. 6). Ma è altrettanto vero che la norma non sembra autorizzare indagini esplorative prim'ancora che siano emersi fatti esteriori tali da generare quanto meno il sospetto di uno stato di insolvenza; ché, altrimenti, si rischierebbe di estendere oltremodo la natura inquisitoria dell'istruttoria prefallimentare. Ed anche se innegabilmente l'ordinamento si sta evolvendo verso forme sempre più incisive di controllo dell'attività economica delle imprese attraverso la creazione di varie autorità di settore, per certi versi relegando in secondo piano le istanze di riservatezza delle imprese medesime, non è tuttavia l'art. 5 che può giustificare l'attribuzione all'autorità giudiziaria del ruolo di guardiano della loro stabilità (22).

Conclusivamente, possiamo affermare:

a) la valenza meramente *indiziaria* degli accadimenti cui fa riferimento l'art. 5, negandone quindi la natura di elementi costitutivi dello stato di insolvenza (sebbene non manchino autorevoli voci contrarie); e ciò vale anche con riferimento ai fatti esteriori diversi dagli inadempimenti. Quanto detto poc'anzi non deve infatti ingannare. La ricorrenza quanto meno di altri fatti esteriori, come rilevato, non può mai difettare; ma si tratterà pur sempre di indici rivelatori di un fenomeno (insolvenza) che non coincide mai con essi, e della cui presenza essi forniscono unicamente la prova, secondo lo schema di cui all'art. 2727 c.c.;

b) ancora, che la ricostruita valenza di tali accadimenti induce ad affermarne l'assoluta *atipicità*, quando non si tratti di inadempimenti. Qualsiasi circostanza idonea a palesare all'esterno che l'imprenditore «non è più in grado di adempiere alle proprie obbligazioni» diviene rilevante per ammettere lo stato di insolvenza, e deve farlo ritenere accertato. La casistica sarà delle più varie: in primo luogo, come detto, potrà trattarsi delle ipotesi elencate nell'art. 7 (fuga, latitanza, trafugamento ecc.). Potrà trattarsi, ancora, del suicidio dell'imprenditore, del compimento di reati contro il patrimonio, del ripetuto trasferimento della sede dell'impresa, della cessione dei beni ai creditori (art. 1977 c.c.), dell'istanza di fallimento presentata dallo stesso debitore e così via.

In definitiva, per quanto riguarda i fatti esteriori che manifestino lo stato di insolvenza, si può senz'altro ammetterne un'assoluta atipicità. A bene vedere però, anche con riferimento agli inadempimenti la tipicità che pure li caratterizza (per il semplice fatto di rientrare nell'ampio *genus* costituito dal concetto di inadempimento), inevitabilmente scolora, potendo trattarsi di fattispecie estremamente eterogenee tra loro data la genericità dell'e-

---

(22) L'efficace richiamo è di CHIOZZI-CENZONI, *Il presupposto oggettivo del fallimento. Lo stato di insolvenza*, cit., 98.

spressione. Di tali inadempimenti, qualsiasi obbligazione potrà costituire oggetto. Potrà trattarsi di obbligazioni di *dare* (denaro o anche cose diverse dal denaro, se si considera che al termine «pagamenti» contenuto nell'art. 683 cod. comm. è stato sostituito il termine «obbligazioni»); potrà trattarsi di obbligazioni di *fare*, o di *praestare*; ovvero ancora, ed eccezionalmente, di *non fare* (23).

Ancora, irrilevante risulterà la natura civile o commerciale dell'obbligazione inadempita (anche nella relazione ministeriale di accompagnamento alla legge fall. si pone in risalto l'abbandono del riferimento alle obbligazioni *commerciali*) (24). Del resto, il nostro ordinamento non garantisce autonomia patrimoniale all'impresa individuale per cui la stessa non può che risentire delle fortune o delle sfortune di carattere personale dell'imprenditore (25).

c) ed infine, la natura eminentemente presuntiva dell'accertamento dello stato di insolvenza. Se il dato positivo non si preoccupa di fornire una definizione di tale stato, ma indica unicamente gli accadimenti che abbiamo detto essere indici rivelatori del fenomeno (e non il fenomeno stesso), a rigore, l'accertamento di esso non potrà che essere di natura squisitamente presuntiva. Ovviamente si tratterà di presunzioni caratterizzate dai requisiti della gravità, precisione e concordanza, i quali evidenzino uno stato di insolvenza di pubblico dominio (26), come tale oggettivamente conoscibile da un soggetto di ordinaria prudenza e avvedutezza (27).

Per quanto riguarda i singoli mezzi istruttori, molto si è discusso circa l'ammissibilità di prove di lunga durata. Tuttavia, argomentando dall'interesse sotteso alla procedura fallimentare e dalla natura inquisitoria che ne consegue in ordine a tutti gli accertamenti che nella sua vigenza vanno espletati, molti hanno dato al quesito risposta affermativa (28).

Quanto poi alle prove legali (giuramento e confessione), la prevalente dottrina è incline a negarne l'ammissibilità, sul rilievo che esse mal si sposano con la natura indisponibile dell'oggetto dell'accertamento. A ben vedere, però, sebbene sia da escludere che il giudice debba ritenersi vincolato alla confessione dell'imprenditore, può comunque valutarne in senso indiziario tale comportamento processuale. E non si tratta di un'eccezione all'art. 2733, co. 2, c.c., quanto piuttosto di una sua puntuale applicazione, visto che la stessa norma preclude alla confessione il valore di prova piena contro colui che l'ha resa, se ha riguardato diritti indisponibili.

Ma il significato del termine «presumere» è ancora troppo neutro per soddisfare la nostra ricerca. Perché si potrebbe parimenti presumere l'esistenza di una situazione pregressa, di uno stato attuale, ovvero l'attenzione potrebbe essere rivolta al futuro. Ritornando al dato positivo, bisogna accer-

---

(23) PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2002, 79.

(24) V. CHIOZZI-CENZONI, *cit.*, 99.

(25) Così TERRANOVA, *cit.*, 261; PAJARDI, *op. ult. cit.*, 78.

(26) Cass., 14 aprile 1983, n. 2607, in *Mass. Giur. Comm.*, 1983, 1291.

(27) Cass. 6 gennaio 1978, n. 8234, in *Fall.*, 1988, 196.

(28) GRASSO, *L'istruzione per la dichiarazione di fallimento*, *DF*, 1972, I, 172.

tare che l'imprenditore *non è più in grado di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni*. Ancora una volta, l'unico rilievo veramente decisivo può scorgersi nella *ratio* sottesa alla normativa in questione, la quale si preoccupa di rimuovere dal mercato dei traffici quelle imprese che possano nuocere alla certezza e alla correttezza di quei traffici: non tanto una affermazione di responsabilità per l'avvenuta gestione irregolare della propria attività e per i danni che conseguentemente ne sono derivati (ché a ciò basterebbero le azioni individuali), ma piuttosto la prevenzione di ulteriori danni a quella collettività che ha già cominciato a subirne. Al termine *presumere* deve quindi attribuirsi il significato di *prevedere*, e al giudizio di tipo presuntivo dobbiamo aggiungere l'ulteriore requisito costituito dall'essere un giudizio di natura *prognostica*, cioè rivolto verso il futuro (29).

*Segue: la regolarità degli adempimenti.*

Qualche precisazione merita l'avverbio *regolarmente* contenuto nella seconda parte dell'art. 5.

La dottrina al riguardo è divisa: alcuni autori ritengono che i pagamenti, per essere *regolari*, debbano valutarsi in base ai canoni di cui agli artt. 1218 e ss. c.c., che regolano le conseguenze dell'inadempimento (*rectius*, dell'adempimento inesatto) nelle obbligazioni civili. L'adempimento *regolare* coinciderebbe con l'esatto adempimento di cui alla norma civilistica. In altri termini, adempiere regolarmente vorrebbe dire prestare la *res debita* al tempo debito (30).

Altri autori invece sostengono che la norma faccia riferimento alla normalità degli strumenti solutori, valutata alla stregua delle disposizioni dettate dalla stessa legge per l'esercizio delle revocatorie fallimentari. Sarebbe regolare, secondo questa diversa opzione, quell'adempimento non suscettibile di essere revocato in futuro a norma degli artt. 67 e ss. legge fall..

Ancora, altra dottrina ha ritenuto che né l'una né l'altra soluzione possano soddisfare. La norma, a bene vedere, si accontenterebbe di una più generica regolarità dell'attività solutoria, valutata nel suo complesso e in un arco temporale di medio periodo (31).

La tesi da ultimo riferita sembra, a bene vedere, quella preferibile.

---

(29) Cfr. Cass. 28 marzo 2001, 4455, secondo cui l'insolvenza deve intendersi come una situazione (in prognosi) irreversibile, non come una impossibilità meramente temporanea di regolare adempimento delle obbligazioni assunte, situazione desumibile dalla molteplicità e dall'entità complessiva delle obbligazioni che non hanno ricevuto adempimento alle rispettive scadenze con mezzi normali di pagamento, quando non sia allegata alcuna ragione idonea a dimostrare la mera accidentalità di tale situazione rispetto al fisiologico andamento dell'impresa.

(30) FERRARA, *cit.*, 139; CHIOZZI-CENZONI, *cit.*, 96.

(31) «Singoli ritardi, singole anomalie nell'adempimento, sarebbero tollerate, purché il quadro d'insieme appaia rassicurante, e purché, soprattutto, appaia imminente il ritorno ad una situazione di tranquillità; se tutto ciò è vero, se ne deve dedurre che l'avverbio *regolarmente*, denota un sostanziale rispetto dei termini di scadenza delle obbligazioni, da valutare, tuttavia, con riferimento ad un arco temporale di medio periodo: una temporanea impossibilità di adempiere

Ed invero, *in primis* non pare accettabile quella che fa coincidere la regolarità con la non revocabilità (fallimentare) degli atti solutori, perché foriera di ingenerare un circolo vizioso fra accertamento dell'insolvenza e revocatoria fallimentare. Quest'ultima segue l'accertamento dell'insolvenza, lo presuppone, non può esistere prima di esso, per cui l'insolvenza non può consistere nell'incapacità di adempiere se non con atti che sarebbero soggetti a quell'azione (32).

Neppure la tesi che rifugge nell'esatto adempimento delle obbligazioni civili pare peraltro coerente con le premesse pure sposate da alcuni degli autori che la sostengono; una volta ritenuto che anche gli inadempimenti rappresentino meri rivelatori esterni dello stato di insolvenza, e non elementi costitutivi dello stesso, per cui pur in presenza dei primi quest'ultimo può non ricorrere; e una volta ammesso che anche massicci inadempimenti, ovvero una serie numericamente consistente di essi, non necessariamente conduce al fallimento; orbene, non si può al contempo sostenere che gli adempimenti debbano essere irreprensibili in termini di scadenze e che non si possa soprassedere neppure su marginali inesattezze della prestazione. Ovviamente, fin quando il dato *quantitativo* non si trasformi in *qualitativo*, denudando una situazione di oggettiva inidoneità dell'imprenditore a governare il carico delle proprie obbligazioni. Il che, inevitabilmente, non può che apprezzarsi attraverso un'analisi globale che abbia ad oggetto un arco temporale di medio periodo.

*Segue: insolvenza e temporanea difficoltà di adempiere.*

Volendo a questo punto ripercorrere brevemente il dibattito circa la distinzione tra stato di insolvenza, presupposto del fallimento, e *temporanea difficoltà di adempiere*, che rappresenta invece il presupposto dell'amministrazione controllata (art. 187 l. fall.), alcuni autori hanno ritenuto sussistere un rapporto di reciproca esclusione fra i due presupposti, essendo caratterizzato il primo da una situazione di *irreversibilità* della crisi; risolvendosi invece il secondo in un momentaneo imbarazzo nei pagamenti, ma non per questo tale da incidere sulla struttura economica dell'impresa.

Altra parte della dottrina, ed un orientamento giurisprudenziale costante, ritengono invece che lo stato d'insolvenza non è escluso dalla possibilità di risolvere la crisi economica, considerata l'ontologica identità tra insolvenza e momentanea difficoltà dell'impresa: i due fenomeni si differenziano soltanto in relazione alla possibilità di una prognosi, positiva o negativa, circa lo sviluppo della crisi ove al debitore venga concessa una moratoria (33).

---

sarebbe del tutto irrilevante ai fini della apertura del concorso, come, per converso, del pari irrilevante sarebbe – al fine di evitare il fallimento – la constatazione dell'integrale soddisfo dei debiti scaduti, qualora le prospettive per il futuro dovessero risultare infauste» (TERRANOVA, *cit.*, 232).

(32) CHIOZZI-CENZONI, *cit.*, 64.

(33) Cass., 28 febbraio 2000, n. 2211, in *Il Fall.*, 2001, 255. PAJARDI, *Manuale*, *cit.*, 75, nt. 13. Secondo TERRANOVA (*Lo stato di insolvenza*, *cit.*, 260), vero è che l'ordinamento preclude l'accesso all'amministrazione controllata quando la crisi risulti così grave da far ritenere inutile ogni tentativo di risanamento; per cui deve comunque intravedersi una qualche via d'uscita per l'imprendi-

4. *L'impugnazione della sentenza dichiarativa di fallimento ex art. 18 legge fall. Legittimazione, termini, intervento, e competenza.*

La sentenza dichiarativa di fallimento può essere impugnata con lo strumento dell'opposizione di cui all'art. 18 legge fall. dal debitore e da qualsiasi interessato.

Si tratta di un giudizio di merito a cognizione piena con il quale si ricompono il *vulnus* alle regole di sistema ingenerato da una sentenza (quella dichiarativa del fallimento) da cui derivano effetti particolarmente incisivi nella sfera giuridica di chi ne è diretto destinatario (e non soltanto), e nondimeno emessa all'esito di un procedimento a cognizione sommaria (34).

L'art. 18 è particolarmente generoso nell'indicare i soggetti che possono opporsi alla sentenza di fallimento: come detto, il debitore e qualunque interessato. È stato efficacemente notato che non si sarebbe potuta immaginare formula più ampia senza evocare un'azione popolare (35).

In primo luogo *il fallito*, dunque, il quale quasi sempre avrà tutto l'interesse alla revoca della sentenza di fallimento per vedere cessati i numerosi effetti pregiudizievoli di carattere personale e patrimoniale che essa comporta (36).

Oltre al debitore, legittimato attivo è chiunque abbia interesse ad opporsi alla sentenza dichiarativa di fallimento. L'ampiezza dell'art 18 si spiega age-

tore. Ma non è necessario che al superamento della crisi si debba pervenire per il tramite delle sue sole forze, a prescindere dalla dilazione accordata dai propri creditori. In definitiva, la temporanea difficoltà di adempiere non potrebbe né sovrapporsi né contrapporsi allo stato di insolvenza. In tali casi, ripercorrendo una efficace metafora mutuata dalla dottrina qui riferita, la prognosi non è né fausta né infausta, ma semplicemente riservata, ossia non è dato sapere in difetto di quell'intervento, cosa sarebbe accaduto. Queste precisazioni, secondo l' a., avrebbero il pregio quanto meno di chiarire una volta per tutte che i problemi concernenti la consecuzione delle procedure concorsuali non possono essere risolti giocando all'alternativa identità-contrapposizione tra insolvenza e temporanea difficoltà.

(34) Questa considerazione è particolarmente importante, e permette di spiegare alcuni temperamenti agli effetti pregiudizievoli dello *status* di fallito, qualora il rimedio *de quo* non si sperimenti. Ed invero, l'imprenditore non dovrà subire, una volta tornato *in bonis*, le conseguenze degli accertamenti compiuti in un processo dove non ha avuto i poteri della «parte» dell'ordinario processo di cognizione. Per questa semplice ragione, la sentenza che dichiara il fallimento non acquisterà mai efficacia di cosa giudicata, fenomeno che richiederebbe, appunto, un'attività di giudizio con la partecipazione in qualità di «parte processuale» dell'imprenditore insolvente (allo stato, invece, dopo la sentenza della Corte Cost. n. 141/1971, ne è prescritta unicamente l'audizione); il mancato esperimento del rimedio in esame avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, dunque, determinerà unicamente la sua *immutabilità*, che è cosa ben diversa dal giudicato. In questo senso v. BONGIORNO, *La dichiarazione di fallimento*, cit., 325 ss; v. anche BONGIORNO, *La prova dei crediti per l'ammissione al concorso*, in *RDPr.*, 1995, 351.

(35) PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 132.

(36) Ovviamente non può escludersi un interesse contrario nel fallito, il quale ad esempio vorrà mantenere tale *status* per evitare la vendita rovinosa dei propri beni a seguito di esecuzioni individuali. Del resto potrebbe esser stato proprio lui a richiedere il fallimento. Ciò che preme in ogni caso sottolineare, è che una verifica dell'interesse del debitore (e lo stesso vale peraltro per i creditori o i terzi) al mantenimento ovvero alla revoca del fallimento non può che effettuarsi *in*

volmente considerando l'efficacia *erga omnes* di tale dichiarazione. Il fallimento può invero aver frustato le aspettative del creditore privilegiato che aveva tutto l'interesse ad esperire la procedura esecutiva individuale, ovvero a non vedere paralizzata quella che volgeva al termine (art. 52); dei creditori che godevano di tassi di interesse particolarmente vantaggiosi, attesa la sospensione automatica del loro corso dopo il fallimento (art. 55); dei terzi che in buona fede hanno contratto con il fallito, e le cui posizioni rischiano di dissolversi senza alcun diritto al risarcimento (artt. 72 e ss.); ovvero di quelli soggetti alla mannaia delle revocatorie fallimentari (artt. 64 e ss.).

Ancora, si è sempre ritenuto tutelabile anche un interesse di tipo *morale* alla rimozione del fallimento, e dunque è stato ammesso ad opporvisi il padre, il fratello, il coniuge del fallito.

Il rimedio in parola è stato riconosciuto, altresì, per l'*ex* amministratore di società dichiarata fallita, non senza aver accertato che da tale dichiarazione possa derivargli un qualche pregiudizio, anche soltanto di tipo morale, per aver rivestito la carica suddetta (37).

Ovviamente, è appena il caso di ricordarlo, non può opporsi al fallimento chi ha chiesto il fallimento medesimo (art. 18, co. 2), norma che risponde al principio secondo cui non si può *venire contra factum proprium*.

L'opposizione non può inoltre essere proposta dal curatore, il quale rappresenta il fallimento che con l'opposizione si mira invece a rimuovere (e per tale ragione rivestirà sempre il ruolo di contraddittore dell'opponente); e neppure può impugnare il pubblico ministero, che non può ricomprendersi fra gli interessati.

Per quanto riguarda il termine per proporre l'impugnazione, l'art. 18 lo indica in quindici giorni dalla affissione della sentenza ad opera del cancelliere a norma dell'art. 17, co. 1. Sulla statuizione si sono da subito levate molte critiche, in quanto irrispettosa delle garanzie di difesa del debitore; invero, la mera affissione alla porta del tribunale difficilmente ne avrebbe consentito l'effettiva conoscenza, tanto più in un termine così breve.

Con sentenza del 27 novembre 1980, n. 151 (38), la Corte Cost. ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 24, co. 2, cost., senza peraltro indicare il *dies a quo* dal quale il suddetto termine dovesse decorrere. Le S.U. lo hanno infine indicato nella comunicazione per estratto della sentenza (39).

Per quanto riguarda la legittimazione passiva, l'opposizione va notificata (nelle forme dell'atto di citazione) al curatore e al creditore istante.

---

*concreto*. Se così non fosse, e si potesse in astratto sempre affermare l'interesse del debitore alla revoca della sentenza di fallimento, allora avrebbe ben poco senso avere attribuito anche al debitore medesimo (art. 6) la possibilità di richiedere il proprio fallimento.

(37) Cass., 25 agosto 1997, n. 7943, *Fa*, 1998, 185.

(38) In *Gazzetta Ufficiale* 3 dicembre 1980, n. 332.

(39) Cass., S.U., 3 giugno 96, n. 5104, *Fa*, 1996, 1205. Nella pronuncia in questione non si ritiene peraltro necessaria, anche dopo l'intervento della Corte Cost., «la notificazione del testo integrale, in quanto, per consentire al predetto di avere notizia dell'avvenuta dichiarazione del

La norma, a bene vedere, non può che rivelarsi incompleta nella misura in cui sembra riferirsi all'ipotesi statisticamente più frequente, e cioè quella di sentenza dichiarativa emessa su istanza di un creditore. Ma la stessa sentenza, ai sensi dell'art. 6, può essere anche emessa d'ufficio (ed in tal caso unico soggetto a dover essere citato è il curatore fallimentare); ovvero, può aver risposto all'istanza di fallimento dello stesso debitore, nel qual caso non gli si può precludere la qualità di parte, atteso il suo interesse al mantenimento del fallimento medesimo (autonomo rispetto a quello del curatore, che cura gli interessi della massa creditoria). *Ergo*, anch'egli dev'essere citato dall'opponente, ad onta del silenzio serbato dalla norma.

Non è necessario invece citare il Pubblico Ministero poiché tale organo, anche quando è istante, esercita un mero potere di segnalazione (40).

Per quanto riguarda l'intervento, ovviamente non è ammissibile quello principale: non si può infatti portare in giudizio un diritto che sia ad un tempo contrapposto tanto a quello della parte opponente quanto a quello della parte resistente, per la semplice ragione che in questo giudizio non si controverte su *diritti*. Cosicché, come diremo in seguito, all'esito di esso il fallimento o viene revocato o viene confermato; non esistono terze vie.

Risulta viceversa possibile, data l'ampiezza della norma del codice di rito (art. 105, co. 2, c.p.c.), l'intervento adesivo dipendente per tutti i legittimati ad impugnare ai sensi dell'art. 18 che abbiano fatto decorrere il relativo termine (41).

Anche il pubblico ministero potrà esercitare il proprio potere di intervento aderendo alle ragioni della parte resistente.

Funzionalmente competente è lo stesso tribunale che ha dichiarato il fallimento.

Dopo la novella del codice di rito del 1990 si è posto il problema della composizione (collegiale o monocratica) del giudice adito ai sensi dell'art. 18. Ed invero, questo tipo di giudizio non è ricompreso tra quelli elencati nel

proprio fallimento è sufficiente la pubblicazione per estratto ai sensi dell'art. 17 legge fallimentare, con la quale il cancelliere, come gli dà notizia di fatti e di atti processualmente rilevanti che lo riguardano, lo mette a conoscenza dell'accertata insolvenza e dell'apertura del fallimento, ponendolo in grado di acquisire presso la cancelleria ogni altro elemento per l'esercizio del diritto di difesa». V. DIMUNDO, *L'impugnazione della sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, a cura di CENDON, diretto da PANZANI, *cit.*, 252 ss.

(40) Cfr. BONGIORNO, *L'impugnazione...*, *cit.*, 327.

(41) «Vero è che, ai sensi dell'art. 18, l'opposizione può essere proposta non solo dal fallito, ma anche da qualunque altro interessato. Di modo che potrebbe sostenersi che, proprio in virtù dell'ampio spettro di legittimazione eccezionalmente ipotizzato dalla citata norma, il terzo il quale abbia interesse alla revoca del fallimento, intervenga perciò a sostegno delle ragioni già prospettate in giudizio dal fallito, non fa che esercitare, in forma di intervento, quel medesimo potere di azione che gli consentirebbe di proporre autonomamente l'opposizione. Tuttavia l'obiezione potrebbe avere fondamento solo a condizione che l'intervento di cui si discute fosse stato spiegato quando ancora, effettivamente, il terzo era titolare di un potere di azione suo proprio: cioè entro i limiti temporali fissati dal citato articolo 18». Così, Cass. 27 maggio 1997, n. 468, *Fa*, 1998, 151. Nello stesso senso, BONGIORNO, *cit.*, 327; DIMUNDO, *cit.*, 251 ss..

co. 2 dell'art. 48 Ord. Giud., con la conseguenza che, a rigore, il tribunale dovrebbe decidere in persona del giudice istruttore in funzione di giudice unico. Tale soluzione non pare però accettabile, perché in contrasto con il principio generale secondo cui i rimedi oppositori vanno decisi dallo stesso organo che ha emanato il provvedimento opposto; del resto, davvero dirimente pare il rilievo circa la natura di giudizio reso nelle forme della cognizione piena su di una sentenza emessa all'esito di un giudizio a cognizione sommaria. E sarebbe ben strano che l'esame sommario venga affidato al collegio, mentre il successivo controllo – deputato a verificare *funditus* la bontà di quella prima verifica – lo si attribuisca ad un giudice unico (42).

*Segue: motivi, trattazione e istruzione.*

Con l'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento si può far valere la nullità della stessa (43). In particolare si può contestare il vizio di incompetenza nell'organo che l'ha pronunciata, assumendo la nullità della sentenza per violazione di norme processuali (art. 360, n. 4 c.p.c.) (44).

Nella maggior parte dei casi, però, si ricorrerà al gravame *de quo* per denunciare la non ricorrenza dei presupposti necessari per dichiarare il fallimento, ed in particolare quello oggettivo, costituito dallo stato di insolvenza, su cui ci si è lungamente soffermati nella prima sezione.

In questi casi, quindi, oggetto di accertamento sarà l'effettiva sussistenza, al tempo in cui la dichiarazione è intervenuta, dello stato di insolvenza, ossia della incapacità dell'imprenditore poi dichiarato fallito di adempiere (soprattutto in futuro) le proprie obbligazioni.

Si badi, però: oggetto di accertamento non è la correttezza dell'*iter* logico seguito dal primo giudice, ossia l'esattezza delle conclusioni che lo hanno portato a desumere (*rectius*: a ritenere dimostrato) lo stato di insolvenza da alcune sue verosimili manifestazioni esteriori. Al contrario, il giudizio che ci occupa è volto a ricercare la verità reale circa la sussistenza del presupposto dello stato di insolvenza, atteso il coinvolgimento di interessi superindividuali nella vicenda che conduce a dichiarare il fallimento (45). In

(42) DIMUNDO, *cit.*, 254.

(43) Determinano la nullità della sentenza dichiarativa di fallimento, oltre all'incompetenza del giudice che l'ha emessa, ad esempio il difetto di giurisdizione, la violazione del principio di immutabilità del giudice, il difetto di sottoscrizione del giudice.

(44) E qualora si dovesse effettivamente accertare l'incompetenza del tribunale che ha pronunciato la sentenza di fallimento non potrà che esserci l'inesorabile conseguenza della *revoca* di tale pronuncia. Non pare invece percorribile la strada della *translatio iudicii* (ancorché dettata dall'esigenza di evitare ai creditori il naufragio di una procedura concorsuale per motivi non attinenti al merito, *contra* PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, 4 ed., 123 nt. 40). La competenza territoriale per la dichiarazione di fallimento è, invero, esclusiva ed inderogabile, ricorrendo la *ratio* dell'attribuzione della cognizione di un determinato processo al giudice del territorio dove sarà più agevole ed efficace la sua funzione (nel nostro caso del territorio dove si trova lo stabilimento commerciale dell'imprenditore e dunque i suoi beni). Inoltre ricorrono speciali ragioni di ordine pubblico, considerato l'interesse della collettività (quella particolare collettività in seno alla quale l'imprenditore non riusciva più a svolgere con affidabilità la propria attività commerciale) alla rimozione di questa fonte di pericolo per i propri traffici. In questo senso v. BONGIORNO, *cit.*, 305 ss..

(45) DIMUNDO, *cit.*, 255.



definitiva, quindi, non rileva l'*iter* logico che ha portato a quella conclusione (affermazione della ricorrenza dello stato di insolvenza), quanto piuttosto la bontà della conclusione medesima, la sua *oggettiva veridicità*. Se tale stato effettivamente ricorre (o meglio, ricorreva al tempo in cui fu dichiarato), ancorché *aliunde* desumibile, il fallimento resta in piedi.

Per queste ragioni dottrina e giurisprudenza sono concordi nell'ammettere la possibilità che il giudice dell'opposizione possa fondare il proprio convincimento anche su fatti *diversi* da quelli presi in considerazione nella fase prefallimentare. Con la precisazione, però, che deve trattarsi di fatti *anteriori* (46) alla dichiarazione di fallimento, oppure di accadimenti anche successivi a tale dichiarazione, ma che dimostrino, illuminando di miglior luce il passato, che a quel tempo l'imprenditore era effettivamente insolvente (47).

E questa puntualizzazione relativa al *quid* dell'accertamento in questione permette poi di valutare in maniera conseguente il *quomodo* di tale accertamento.

Quanto precisato, invero, spiega agevolmente il carattere *inquisitorio* del giudizio in questione, per il quale dunque è fortemente attenuato il principio secondo cui *iudex secundum alligata et probata iudicare debet*.

Il tribunale, così come avviene nella fase prefallimentare (ancorché in tale fase l'accertamento debba essere sommario) deve poter effettivamente indagare per ricercare la realtà sostanziale che sta dietro alle manifestazioni esteriori che fanno presumere l'insolvenza. E per far ciò, non può che spingersi *oltre* l'attività delle parti, rimediandovi qualora questa sia mancante o insufficiente (48).

---

(46) Cfr. Cass. 26 novembre 2002, n. 16658, secondo cui nell'opposizione hanno rilievo solo i fatti esistenti al momento della dichiarazione di fallimento poiché la pronuncia di revoca, cui l'opposizione tende, presuppone l'acquisizione della prova che non sussistevano i presupposti alla stregua della situazione di fatto esistente al momento della apertura della procedura. Ne consegue che l'estinzione delle passività ad opera di terzi, sopraggiunta nel corso della procedura, rileva ai fini della chiusura ma non della revoca del fallimento.

(47) Al limite si potrebbe dimostrare che lo stato di *attuale* insolvenza dell'imprenditore fallito sia in realtà la conseguenza e non la causa della dichiarazione di fallimento; ché solo successivamente ad essa egli è venuto a trovarsi nell'impossibilità di adempiere, a causa dell'allarmismo ingenerato dalla medesima nei suoi interlocutori commerciali, che *a partire da tale momento* lo hanno isolato ritenendolo (indebitamente) non più affidabile e rendendolo così incapace di far fronte alle proprie obbligazioni. In tal caso, secondo alcuni, per imprescindibili esigenze di giustizia, la sentenza di fallimento andrebbe revocata, salvo la possibilità di una successiva dichiarazione di fallimento (PAJARDI, *cit.*, 135), secondo altri viceversa andrebbe mantenuta ferma (SATTA, *Diritto Fallimentare, cit.*, 83).

(48) «A differenza del procedimento prodromico alla pronuncia della sentenza dichiarativa di fallimento, il procedimento di opposizione non può essere iniziato d'ufficio; ma una volta che esso sia iniziato ad istanza di soggetto legittimato, e sia dunque necessario scendere all'esame del merito, questo merito è ancora quello posto ad oggetto della sentenza dichiarativa di fallimento; non avrebbe alcun senso sottrarre al monopolio delle parti il formarsi del materiale di cognizione in qualunque fase del processo, se poi la medesima regola non dovesse valere nell'ambito di un riesame caratterizzato dalla piena devoluzione di problemi al giudice *ad quem*. Proprio dall'esame

Tali conclusioni circa la natura officiosa del giudizio di opposizione, e, conseguentemente, circa l'estrema varietà dei fatti (anche nuovi e diversi) su cui il giudice può fondare il suo convincimento, risultano nettamente prevalenti, come detto, in dottrina e rappresentano, altresì, consolidato orientamento giurisprudenziale (49).

Con riferimento ai singoli mezzi di prova si è a lungo discusso circa l'ammissibilità (anche e soprattutto nella fase dell'opposizione) di prove di lunga indagine (ad esempio certe perizie).

Alcuni hanno sostenuto che se fosse necessario dover ricorrere ad indagini particolarmente complesse, vorrebbe dire che dell'insolvenza, *allo stato*, non vi sono prove sufficienti; e la sentenza dichiarativa di fallimento, a questo punto, andrebbe senz'altro revocata perché non è possibile prima pronunciare e successivamente ricercare la prova su cui quella pronuncia va fondata. Ma si tratta di opinione non condivisibile e comunque minoritaria, attesa la necessità di esaminare *funditus* la situazione in cui si trovava l'imprenditore al tempo della dichiarazione di fallimento. Quello che si apre con l'opposizione di cui all'art. 18 è un normale giudizio di cognizione, anzi un giudizio che deve sopperire al carattere sommario dell'accertamento che l'ha preceduto; in seno al quale, dunque, sono ammissibili anche testimonianze e perizie, ancorché se ne allunghino i tempi. Per non dire dei numerosi autori che le ritengono ammissibili addirittura nella fase prefallimentare.

Una volta ammessa la testimonianza, si è poi discusso sulla capacità o meno di testimoniare dei creditori rimasti fuori dal giudizio (in quanto non siano resistenti, né opposenti, né intervenienti). La prevalente dottrina e la giurisprudenza tutta (50) optano per la tesi favorevole, prevalendo l'interesse

---

del giudice *ad quem* dipende la soluzione definitiva, più che dall'esame del giudice *a quo*; né si può ammettere che il giudice del riesame abbia poteri inferiori a quelli propri del giudice che lo ha preceduto (RICCI, *Lezioni sul fallimento*, I, Milano, 1992, 200).

(49) Cfr. Cass. 26 luglio 1994, n. 6953, *Fa*, 1995, 266: «Nel giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento, il carattere officioso del processo importa che il giudice può prendere in esame, ai fini della prova relativa ai presupposti la dichiarazione di fallimento, tutte le risultanze processuali senza distinzioni tra oneri spettanti all'attore ed onere spettante al convenuto». V., ancora, Cass. 12 gennaio 1999 n. 225, dove si afferma che al carattere officioso ed inquisitorio del giudizio di opposizione si riconnette il potere-dovere di verificare l'esistenza dei presupposti anche sulla sola base degli atti del fascicolo fallimentare, con riguardo alla situazione obiettiva dell'impresa sotto il profilo dello *status decoctionis*, ed a prescindere, dunque, dalla legittimazione ad agire del creditore istante, con la conseguenza che, pur nella conclamata assenza di quest'ultima, il giudice è tenuto a respingere l'opposizione se risulti *aliunde* accertato lo stato d'insolvenza dell'imprenditore, e purché riferibile ad un momento anteriore alla dichiarazione di fallimento. V. ancora Cass. 26 marzo 2003, n. 4476, per la quale nell'opposizione il carattere officioso e inquisitorio del giudizio abilita il giudice ad attingere la conoscenza di profili di fatto rilevanti per la decisione degli atti del fascicolo fallimentare, indipendentemente dalla costituzione del curatore e dalle sue produzioni.

(50) «L'incapacità a testimoniare prevista dall'articolo 246 c.p.c., la quale è sancita solo per le persone aventi nella causa un interesse che potrebbe legittimare la loro partecipazione al giudizio, non è configurabile nel processo di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento, nei

pubblico alla ricerca della verità a tal punto da consentire l'audizione di un testimone verosimilmente influenzato dall'interesse personale (51).

Ancora una volta, diverse dovranno essere le conclusioni per le prove legali (confessione e giuramento); la loro inammissibilità è variamente motivata dalla dottrina prevalente, ma va ribadito che davvero decisivo appare il rilievo circa la indisponibilità per le parti degli interessi in gioco, per cui in alcun modo il giudice deve sentirsi vincolato, nella ricerca dei fatti (*rectius*, degli *stati*, che non sono fatti), al loro comportamento processuale (52). Nello stesso anche la giurisprudenza pressoché costante (53).

*Segue: la decisione, i suoi effetti e gli ulteriori mezzi di gravame.*

Qualora il tribunale si sia convinto della correttezza delle conclusioni circa la ricorrenza dello stato di insolvenza, rigetta con sentenza l'opposizione. Tale sentenza è notificata all'opponente (art. 19, co. 2).

In caso contrario, la sentenza revoca quella dichiarativa di fallimento ed è notificata al curatore, al creditore che ha chiesto il fallimento e al debitore, se questi non è opponente; deve inoltre essere pubblicata, comunicata, affissa ed iscritta a norma dell'art. 17 (art. 19, co. 1).

L'appello, ai sensi del co. 3 dell'art. 19, va proposto nel più breve termine di quindici giorni, mentre nulla è detto circa il termine per ricorrere in cassazione, valendo quindi per esso la regola generale (sessanta giorni).

La sentenza di revoca non è provvisoriamente esecutiva, per cui inizierà a produrre i propri effetti solo con il passaggio in giudicato; invero, non si tratta di una sentenza di condanna, limitandosi a rimuovere uno stato ed i relativi effetti. Pertanto, fin quando non interviene il giudicato, il fallimento resta in piedi ed il curatore continua ad esserne il rappresentante.

Come per la sentenza dichiarativa di fallimento, anche gli effetti della sentenza emessa a conclusione del giudizio di opposizione hanno (una volta consolidatisi con il passaggio in giudicato) efficacia *erga omnes*; quindi, varranno anche nei confronti degli interessati che non abbiano partecipato al giudizio. La sentenza di fallimento, invero, non può che permanere o essere revocata per tutti (54).

L'art. 21 precisa che anche quando la sentenza dichiarativa di fallimento venga revocata, restano salvi gli effetti degli atti legalmente compiuti dagli organi del fallimento. La *ratio* di tale disposizione è facilmente evincibile sol

---

confronti dei creditori del fallito che non siano creditori istanti, in quanto le loro ragioni (che di regola si assommano nella massa) vengono fatte valere dal curatore» (Cass. 30 marzo 1994, n. 3157, *Fa*, 1994, 1128).

(51) BONGIORNO, *cit.*, 329; DIMUNDO, *cit.*, 260.

(52) BONGIORNO, *cit.*, 329; DIMUNDO, *cit.*, 260.

(53) V. ad esempio Cass. 19 marzo 1980, 1820, dove si ribadisce che nel giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento, che è volto non già a dirimere un contrasto tra due privati, bensì a ricercare la verità reale circa la sussistenza dei presupposti della dichiarazione di fallimento, è inammissibile il giuramento.

(54) DIMUNDO, *cit.*, 263.

che si considerino le esigenze di tutela dell'affidamento ingenerato nei terzi che siano venuti in contatto con l'amministrazione finanziaria (con alienazioni di beni, obbligazioni, transazioni e così via).

Molto ci si è interrogati sull'esatta interpretazione dell'avverbio *legalmente*.

Gli atti illegittimi non sono in ogni caso quelli affetti da nullità insanabili o caratterizzati da eccesso o sviamento di potere degli organi della procedura (si pensi ad una donazione effettuata dal curatore fallimentare), come tali inefficaci anche nei confronti del fallimento. Poiché vale il principio secondo cui la sentenza dichiarativa di fallimento non costituisce presupposto dell'attività degli organi fallimentari, la legittimità degli atti da essi posti in essere va verificata indipendentemente dai vizi che, inficiando il provvedimento di apertura, ne hanno provocato la caducazione (55).

In caso di revoca del proprio fallimento, il debitore ha diritto al risarcimento dei danni (da richiedersi unicamente nell'atto di citazione) da parte del creditore istante che abbia agito con colpa. Ed in caso di condanna, saranno a carico di costui anche le spese di procedura e il compenso al curatore (art. 21, co. 3). Altrimenti tali spese graveranno sui beni acquistati al fallimento, ovvero, in caso di incapacienza, direttamente sul fallito ritornato *in bonis*, il quale si rivarrà sull'erario per l'errore giudiziario (56).

Circa il fondamento del diritto al risarcimento alcuni autori fanno riferimento al generale principio del *neminem laedere* (art. 2043 c.c.), inferendone dunque la natura extracontrattuale della responsabilità del creditore istante; lo stesso dicasi nel caso in cui voglia farsi riferimento a quella tipicamente processuale *ex art. 96, co. 2, c.p.c.*, che di quella aquiliana rappresenta una *species*.

Altri, viceversa, chiamano in causa la diversa disciplina di cui al comma primo dell'art. 96, co. 1, c.p.c., con la conseguenza che diverrebbe elemento costitutivo del diritto al risarcimento la colpa grave.

L'art. 21 legge fall., però, non distingue affatto tra *culpa grave* e *levis*, per cui se ne può affermare l'assoluta autonomia rispetto all'art. 96, co. 2, c.p.c. Non sembra quindi corretto aggiungere al testo della disposizione – che si esprime in termini di *colpa* – il requisito della *gravità*, sì da ritenerla norma eccentrica rispetto alle regole generali in tema di responsabilità aquiliana.

Al risarcimento dei danni avranno anche diritto eventuali opposenti diversi dal fallito che dimostrino di aver subito un pregiudizio dall'apertura del procedimento concorsuale.

---

(55) BONGIORNO, *cit.*, 331 e ss..

(56) La Corte Cost., con sentenza n. 46 del 6 marzo 1975, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di questo comma nella parte in cui, nel caso di sentenza di revoca della dichiarazione di fallimento, pone a carico di chi l'abbia subita, senza che ne ricorressero i presupposti e senza che vi avesse dato causa col suo comportamento, le spese della procedura ed il compenso al curatore.

E non può escludersi neppure che chiamato a rispondere dei danni cagionati sia il curatore fallimentare, per essersi ad esempio avvalso del potere di richiedere la dichiarazione di fallimento *ex art.* 147 (57).

Per ciò che riguarda gli ulteriori mezzi di impugnazione, come visto si può appellare e ricorrere in cassazione.

Non risulta invece percorribile il rimedio dell'opposizione di terzo per il semplice fatto che la sentenza che dichiara il fallimento può essere impugnata con l'opposizione *ex art.* 18 da ogni interessato.

È invece ammesso il rimedio della revocazione cd. straordinaria fondata sui motivi di cui ai nn. 1, 2, 3 e 6 dell'art. 395 c.p.c.; gli altri due motivi di cui all'art. 395 (nn. 4 e 5, revocazione ordinaria), rimangono infatti assorbiti dall'opposizione attesa la loro riconoscibilità (58).

##### 5. Conclusioni: la natura del giudizio di opposizione introdotto a norma dell'art. 18.

Volendo conclusivamente interrogarsi sulla la natura giuridica dell'opposizione di cui all'art. 18, si deve rilevare che alcuni autori l'hanno ricondotta all'opposizione all'esecuzione di cui all'art. 615, c.p.c., in particolare coloro i quali scorgono nel fallimento uno strumento per l'attuazione (concorsuale) della responsabilità del debitore insolvente.

Altri, ancora, l'hanno ricondotta all'opposizione di cui all'art. 617 c.p.c., con la quale il debitore esecutato può chiedere la dichiarazione di nullità degli atti esecutivi illegittimi.

Ulteriore orientamento ne ha scorto una fortissima affinità con le opposizioni ai provvedimenti monitori, ed in particolare con l'opposizione a decreto ingiuntivo, essendo diretta a contestare la validità del titolo.

In realtà, per individuare la natura del giudizio instaurato a norma dell'art. 18 non possono che richiamarsi le considerazioni svolte in precedenza circa il carattere pubblicistico che pervade tutta la normativa sul fallimento, introdotta dal legislatore a tutela della certezza dei traffici commerciali e dei rapporti giuridici.

In quella sede si è chiarito che se lo stato d'insolvenza sussiste, l'imprenditore va rimosso dal mercato. Ora, nella fase dichiarativa l'accertamento è di carattere sommario; in quella che si apre con l'opposizione invece la cognizione è piena, ed il contraddittorio non più attenuato, come nei normali processi contenziosi. Ma questa precisazione non infirma affatto le conclusioni circa il carattere *volontario* della procura fallimentare, ivi compresa la fase dell'opposizione alla sentenza dichiarativa. Ché tale fase è appunto deputata all'accertamento (stavolta ad un più attento accertamento) circa la ricorrenza

---

(57) Per tutti questi rilievi v. BONGIORNO, *cit.*, 335; l'a. precisa inoltre che anche in caso di rigetto dell'istanza di fallimento per l'imprenditore rimasto *in bonis* residua la possibilità di chiedere il risarcimento dei danni, atteso l'indiscutibile danno all'immagine subito per effetto di quell'istanza. Ancora, sempre secondo l'a., nulla osta a che il risarcimento dei danni, sia liquidato d'ufficio e secondo equità dallo stesso tribunale.

(58) Sempre BONGIORNO, *cit.*, 337.

dei presupposti che il giudice prefallimentare ha ritenuto sussistere; orbene, tale verifica sarà certamente di natura giurisdizionale (stavolta in un senso più pieno del termine), ma in ogni caso non si tratterà di giurisdizione contenziosa, per il semplice fatto che non c'è nulla di cui le parti possano disporre. Lo stato di insolvenza non rappresenta un *diritto* per il soggetto cui eventualmente giovi, ma è uno *stato giuridico*, una situazione del tutto indisponibile, dunque, per la parte su cui ricade, come pure per la parte interessata alla sua dichiarazione. E questo non può non incidere in ogni verifica giurisdizionale che si prefigga di accertare un tale stato. Si spiega, così, il carattere inquisitorio del giudizio, perché ciò che conta è la ricerca della verità, o quanto meno di una verità che sia il più possibile corrispondente a quella reale, e non di una realtà meramente processuale su cui le parti abbiano potuto eventualmente concordare; si spiega, ancora, la non ammissibilità di alcuni mezzi di prova (le prove legali, come visto). Ed ancora, si spiegano le ulteriori caratteristiche del giudizio in parola ed i suoi possibili esiti. Con esso si tende all'accertamento dell'insolvenza, partendo dal presupposto che c'è stata già una prima pronuncia positiva al riguardo. Bene, non esistendo altre alternative tra la ricorrenza e la non ricorrenza di essa, la sentenza non potrà che essere di revoca o di conferma della dichiarazione di fallimento. L'opposizione è dunque un'impugnazione con carattere *rescindente* e non sostitutivo, proprio perché non mira a sostituire la sentenza impugnata con una diversa decisione sul medesimo oggetto (come ad esempio l'appello, quand'anche conduca ad una decisione di tenore esattamente contrario a quello della sentenza impugnata); mira, invece, ad una pronuncia che elimini puramente e semplicemente quella precedente; la sentenza dichiarativa di fallimento, dunque, viene caducata con una decisione di revoca, in caso di accoglimento, mentre viene lasciata sussistere come è (e non sostituita con una decisione di identico contenuto) in caso di rigetto.

## **Il trattamento dei dati personali alla luce del d.lgs. n. 196/03 («Codice in materia di protezione dei dati personali»), in particolare le regole specifiche per i soggetti pubblici**

*di Emanuela Rosanò*

*SOMMARIO: Premessa 1. – Principi generali e definizioni 2. – I diritti dell'interessato e l'obbligo di informativa 3. – Regole specifiche per i soggetti pubblici 4. – I soggetti che effettuano il trattamento 5. – Gli adempimenti 5.1. – La notificazione 5.2. – Gli obblighi di comunicazione 5.3. – Le autorizzazioni 6. – Trattamenti in ambito pubblico 6.1. – Attività di rilevante interesse pubblico 6.2. – Contenuto dei regolamenti 7. – Misure minime di sicurezza e Disciplinare tecnico 8. – Privacy e accesso ai documenti amministrativi. Conclusioni.*

*Premessa.*

Il «Codice in materia di protezione dei dati personali» (cd. Codice sulla *privacy*) è stato approvato con D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (pubblicato nella *G.U.* n. 174 del 29 luglio 2003) ed è entrato in vigore il 1° gennaio 2004.

Si divide in tre parti. La prima (artt. 1-45) contiene le norme di carattere generale, valevoli per chiunque ponga in essere attività di trattamento dati dei terzi. La seconda (artt. 36-140), disciplina le disposizioni relative a specifici settori, in particolare, quello amministrativo, giudiziario e sanitario. La terza parte (artt. 141-186), infine, disciplina il sistema sanzionatorio, i rapporti col Garante e contiene, altresì, norme abrogative, modificative, transitorie e finali.

Il codice è composto inoltre di tre allegati così denominati: «Codice di deontologia relativo al trattamento dei dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica» (All. A), «Disciplinare tecnico in materia di misure minime di sicurezza» (All. B), «Trattamenti non occasionali effettuati in ambito giudiziario o per fini di polizia» (All. C).

*1. – Principi generali e definizioni*

L'art. 1 del codice riproduce il primo comma dell'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: «Chiunque ha diritto alla protezione dei dati personali che lo riguardano». La disposizione introduce il riconoscimento del diritto alla protezione dei dati personali attribuendo ad esso valenza autonoma rispetto al diritto alla riservatezza.

Il successivo art. 2 sulle «Finalità» del codice, si richiama ai principi di dignità, riservatezza, identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali, al cui rispetto dev'essere improntato il trattamento dei dati personali.

L'art. 3 introduce il «principio di necessità» nel trattamento dei dati personali, in base al quale, sin dalla loro configurazione, i sistemi informativi e i programmi informatici devono essere predisposti in modo da assicurare che i dati personali o identificativi siano utilizzati solo se indispensabili per

il raggiungimento delle finalità consentite, e non anche quando i medesimi obiettivi possano essere raggiunti mediante l'uso di dati anonimi o con modalità non invasive della sfera privata dell'interessato.

L'art. 4 contiene le definizioni. Tra le più importanti sin da ora si evidenzia che:

– per trattamento, si intende «qualunque operazione o complesso di operazioni, effettuati anche senza l'ausilio di strumenti elettronici, concernenti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, la consultazione, l'elaborazione, la modificazione, la selezione, l'estrazione, il raffronto, l'utilizzo, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distruzione di dati, anche se non registrati in una banca dati» (art. 4, 1 comma, lett. *a*);

– per dato personale, «qualunque informazione relativa a persona fisica, persona giuridica, ente o associazione, identificato o identificabili, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale» (art. 4, 1 comma, lett. *b*);

– per dati identificativi, «i dati personali che permettono l'identificazione diretta dell'interessato» (art. 4, 1° comma, lett. *c*);

– per dati sensibili, «i dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazione a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale» (art. 4, 1 comma, lett. *d*);

– per dati giudiziari, «i dati personali idonei a rivelare provvedimenti di cui all'art. 3, comma 1, lettere da *a*) a *o*) e da *r*) a *u*) del d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti, o la qualità di imputato o di indagato ai sensi degli articoli 60 e 61 del codice di procedura penale» (art. 4, 1° comma, lett. *e*).

Una categoria di dati – non meglio definita – è quella riguardante i dati di cui all'art 17 del codice, e cioè, i dati diversi da quelli sensibili e giudiziari (cd. semisensibili) il cui trattamento presenta rischi specifici per i diritti e le libertà fondamentali, nonché per la dignità dell'interessato, in relazione alla natura dei dati o alle modalità del trattamento o agli effetti che può determinare. In questi casi, il trattamento è ammesso solo previa verifica, a cura del Garante, che siano state rispettate le misure e gli accorgimenti prescritti a garanzia dell'interessato.

Alcuni esempi di dati «semisensibili» sono quelli che ledono il diritto all'immagine, i nominativi presenti nelle centrali rischi utilizzate nel settore creditizio, le liste dei sospettati, i provvedimenti disciplinari, i dati raccolti per assistenza sociale e per effettuare sondaggi di opinione, alcuni dati biometrici.

Si definisce, infine:

– titolare, «la persona fisica, la persona giuridica, la pubblica amministrazione e qualsiasi altro ente, associazione od organismo cui competono,



anche unitamente ad altro titolare, le decisioni in ordine alle finalità, alle modalità del trattamento di dati personali e agli strumenti utilizzati, ivi compreso il profilo della sicurezza» (art. 4, 1 comma, lett. *f*));

– responsabile, «la persona fisica, la persona giuridica, la pubblica amministrazione e qualsiasi altro ente, associazione od organismo preposti dal titolare al trattamento dei dati personali» (art. 4, 1 comma lett. *g*));

– incaricati, «le persone fisiche autorizzate a compiere operazioni di trattamento dal titolare o dal responsabile» (art. 4, 1 comma, lett. *h*)).

## 2. – *I diritti dell'interessato e l'obbligo di informativa*

Gli artt. 7-10 disciplinano i diritti dell'interessato senza tuttavia discostarsi in maniera significativa dal sistema delineato dal legislatore del 1996. Tali diritti (di cui l'interessato dev'essere previamente informato oralmente o per iscritto ai sensi del successivo art. 13, 1° comma, lett. *e*)) possono essere classificati in tre categorie principali: 1) il diritto a conoscere se un trattamento è stato iniziato; 2) l'esercizio di un controllo sulla qualità dei dati personali con correlata possibilità di chiederne e ottenerne la cancellazione, la trasformazione in forma anonima, la rettificazione, l'aggiornamento, il blocco e l'integrazione; 3) il diritto di opposizione per motivi legittimi, anche qualora il trattamento sia pertinente allo scopo per cui i dati erano stati raccolti.

Gli articoli contenuti nel Capo I del Titolo III (artt. 11-17) contengono regole generali valide per tutti trattamenti. In particolare, l'art. 11 sancisce alcuni principi fondamentali in ordine alle modalità del trattamento e ai requisiti dei dati personali. Questi ultimi devono essere: a) trattati in modo lecito e secondo correttezza; b) raccolti e registrati per scopi determinati, espliciti e legittimi, ed utilizzati in altre operazioni del trattamento in termini compatibili con tali scopi; c) esatti e, se necessario, aggiornati; d) pertinenti, completi, e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali sono raccolti o successivamente trattati; e) conservati in una forma che consenta l'identificazione dell'interessato per un periodo di tempo non superiore a quello necessario agli scopi per i quali essi sono stati raccolti o successivamente trattati.

I dati trattati in maniera illegittima sono inutilizzabili e comportano un obbligo di risarcimento del danno non patrimoniale a carico del titolare ai sensi dell'art. 15, 2 comma, del codice (1).

L'art. 13 sancisce l'obbligo – a carico dei soggetti pubblici o privati che effettuano il trattamento – di fornire all'interessato, oralmente o per iscritto,

---

(1) La risarcibilità del danno non patrimoniale è affermata in generale dall'art. 2059 del codice civile, il quale, tuttavia, ne limita l'applicazione ai soli casi determinati dalla legge. La previsione del secondo comma dell'art. 15, soddisfa il requisito dell'espressa menzione legislativa della risarcibilità del danno non patrimoniale ed inoltre, in considerazione del fatto che il trattamento illecito possa costituire reato ai sensi dell'art. 167 del codice, consente al danneggiato di chiedere ed ottenere anche il risarcimento del danno morale eventualmente patito. Il Garante, tuttavia, nella Relazione al Parlamento per l'anno 1997, ha evidenziato come il risarcimento del danno morale può essere disposto anche in assenza di una condotta penalmente rilevante, ma che comporti ugualmente un pregiudizio alla persona, come nel caso, ad esempio, di mancato aggiornamento dell'informazione.

un'informativa completa circa le finalità e modalità del trattamento, la natura obbligatoria o facoltativa del conferimento dei dati, l'ambito di diffusione dei medesimi, le conseguenze di un eventuale rifiuto di rispondere, i soggetti o categorie di soggetti a cui i dati possono essere comunicati o che possono venirne a conoscenza in qualità di responsabili o incaricati, i diritti di cui all'art. 7, gli estremi identificativi del titolare e, se designato, del responsabile.

A tale proposito – e con specifico riferimento alle amministrazioni – si osserva che, l'informativa di cui all'art. 13 del codice deve essere inserita nei moduli per la presentazione delle dichiarazioni sostitutive secondo il testo unico sulla documentazione amministrativa (art. 48, comma 2, decreto del Presidente della Repubblica 445/2000).

L'art. 15, 1° comma, prevede che il danno cagionato ad altri per effetto del trattamento dei dati personali sia da risarcire ai sensi dell'art. 2050 del codice civile che, come è noto, disciplina la responsabilità per esercizio di attività pericolose.

### 3. – *Regole specifiche per i soggetti pubblici*

Il capo II, titolo III del codice (artt. 18-22), regola in modo specifico il trattamento dei dati personali effettuato dai soggetti pubblici.

L'art. 18 disciplina i principi applicabili a tutti i trattamenti effettuati da soggetti pubblici, con esclusione degli enti pubblici economici, equiparati – ai fini della disciplina in esame – ai soggetti privati.

Si afferma che, qualunque trattamento di dati personali da parte dei soggetti pubblici (2) è consentito soltanto per lo svolgimento di funzioni istituzionali e nel rispetto dei presupposti e dei limiti stabiliti dal codice, anche in relazione alla diversa natura dei dati, nonché dalla legge e dai regolamenti (art. 18, 2° e 3° comma).

È altresì previsto che i soggetti pubblici sono esentati, diversamente dai privati e dagli enti pubblici economici, dall'onere di preventiva richiesta del consenso dell'interessato, salvo comunque le disposizioni riguardanti gli esercenti le professioni sanitarie e gli organismi sanitari pubblici.

---

(2) Il codice non offre una definizione di «soggetto pubblico», pertanto, è opportuno richiamarsi alla normativa previgente, in particolare all'art. 1, 2° comma, d.lgs. n. 165/01 (che ha sostituito il d.lgs. 29/93), il quale definisce «amministrazioni pubbliche» «tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le regioni, le province, i comuni, le comunità montane e loro consorzi ed associazioni, le istituzioni universitarie, gli istituti autonomi case popolari, le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, e le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale».

Il Garante ha costantemente interpretato la nozione di «soggetto pubblico» in modo restrittivo. Si vedano, in tal senso, i pareri del 31 dicembre 1996 e del 29 maggio 1998 nei quali viene affermata la natura privata, rispettivamente, della TIM S.p.A e delle Ferrovie dello Stato S.p.A.

Anche le aziende speciali, istituite ai sensi dell' art. 23 della legge 142/1990, sono state ritenute dal Garante enti pubblici economici, equiparate – come tali – ai soggetti privati ai fini dell'applicazione della normativa in materia di trattamento dei dati personali.

Le regole applicabili al trattamento dei dati personali da parte dei soggetti pubblici si distinguono sulla base della natura dei dati trattati, «comuni» o «ordinari» e «sensibili e giudiziari».

Per quanto riguarda i primi (dati comuni), l'art. 19 dispone che il trattamento da parte di un soggetto pubblico è consentito anche in mancanza di una norma di legge o di regolamento che lo preveda espressamente, ma solo nell'ambito delle proprie funzioni istituzionali.

La comunicazione (3) da parte di un soggetto pubblico ad altri soggetti pubblici è, viceversa, ammessa quando è prevista da una norma di legge o di regolamento (4). In mancanza di tale norma la comunicazione è ammessa quando è comunque necessaria per lo svolgimento di funzioni istituzionali. Di tale comunicazione il Garante dev'essere previamente informato a cura del titolare del trattamento e il trattamento può essere iniziato solo decorsi 45 giorni dal ricevimento della comunicazione salvo diversa determinazione del Garante.

La comunicazione da parte di un soggetto pubblico a privati o ad enti pubblici economici e la diffusione (5) sono ammesse unicamente quando sono previste da una norma di legge o di regolamento.

Gli artt. 20-22 disciplinano i principi applicabili al trattamento dei dati sensibili e giudiziari da parte dei soggetti pubblici.

Secondo l'art. 20, 1° comma, il trattamento di dati sensibili da parte di soggetti pubblici è consentito solo se autorizzato da parte di espressa disposizione di legge nella quale sono specificati i tipi di dati che possono essere trattati e di operazioni eseguibili e le finalità di rilevante interesse pubblico perseguite.

Nei casi in cui la disposizione di legge specifica le finalità di rilevante interesse pubblico, ma non i tipi di dati sensibili e di operazioni eseguibili, questi sono individuati e resi pubblici dalle amministrazioni con regolamento da adottare in conformità al parere espresso dal Garante anche su schemi tipo (art. 20, 2° comma).

Se il trattamento non è espressamente previsto da alcuna disposizioni di legge, i soggetti pubblici possono richiedere al Garante l'individuazione delle attività – tra quelle ad essi istituzionalmente demandate – che perseguono

---

(3) Secondo la definizione del codice: «il dare conoscenza dei dati personali ad uno o più soggetti determinati diversi dall'interessato, dal rappresentante del titolare nel territorio dello Stato, dal responsabile e dagli incaricati in qualunque forma, anche mediante la loro messa a disposizione e consultazione» ( art. 4, 1° comma, lett. l)).

(4) In ordine alla individuazione dei regolamenti idonei a consentire la comunicazione e la diffusione dei dati personali ai sensi del 2° e 3° comma dell'art. 19, è da ritenere che in tale nozione rientrano, oltre ai regolamenti governativi e ministeriali, anche i regolamenti emanati da enti pubblici aventi autonomia statutaria. In tal senso si è più volte espresso il Garante che ha riconosciuto la legittimità di comunicazioni previste da statuti comunali (parere dell'8 gennaio 1998).

(5) Secondo la definizione del codice: «il dare conoscenza dei dati personali a soggetti indeterminati, in qualunque forma anche mediante la loro messa a disposizione o consultazione» (art. 4, 1° comma, lett. m)).

finalità di rilevante interesse pubblico. In questo caso, il soggetto pubblico provvede con regolamento ad identificare e rendere pubblici i tipi di dati e di operazioni (art. 20, 3° comma)

Per i trattamenti di dati personali iniziati prima del 1 gennaio 2004, l'identificazione con atto di natura regolamentare dei tipi di dati e di operazioni ai sensi degli artt. 20, 2° e 3 comma, e 21, 2 comma, è effettuata, ove mancante, entro il 30 settembre 2004 (6) (art. 181, 1 comma, lett. a)).

La regolamentazione del trattamento dei dati giudiziari è equiparata, quanto a disciplina, a quella riguardante i dati sensibili, a cui, infatti, l'art. 21, 2° comma rinvia.

L'art. 22 enuncia, infine, una serie di regole applicabili al trattamento dei dati sensibili e giudiziari ribadendo e specificando alcuni dei principi (semplificazione, armonizzazione, necessità e indispensabilità) contenuti nella prima parte del codice.

In particolare, il primo comma della disposizione in esame, prevedendo che i soggetti pubblici conformano il trattamento dei dati sensibili secondo modalità volte a prevenire violazioni dei diritti, delle libertà fondamentali e della dignità dell'interessato, specifica i principi sanciti dall'art. 2 del codice.

Al secondo comma è previsto che, nel fornire l'informativa di cui all'art. 13, i soggetti pubblici fanno espresso riferimento alla normativa in base alla quale è effettuato il trattamento dei dati sensibili o giudiziari.

È altresì confermato il principio di necessità di cui all'art. 3 del codice secondo il quale i soggetti pubblici possono trattare solo i dati sensibili e giudiziari indispensabili per svolgere attività istituzionali che non possono essere adempiute, caso per caso, mediante il trattamento di dati anonimi o di dati personali di natura diversa (e ciò anche quando i dati sono raccolti nello svolgimento di compiti di vigilanza, di controllo o ispettivi – art. 22, 10° comma).

I dati sensibili e giudiziari sono raccolti, di regola, presso l'interessato.

A conferma di quanto già visto all'art. 11, i soggetti pubblici verificano periodicamente l'esattezza e l'aggiornamento dei dati sensibili, nonché la loro pertinenza, completezza, non eccedenza e indispensabilità rispetto alle finalità perseguite nei singoli casi, anche con riferimento ai dati che l'interessato fornisce di propria iniziativa. Al fine di assicurare che i dati sensibili siano indispensabili rispetto agli obblighi e ai compiti loro attribuiti, i soggetti pubblici valutano specificamente il rapporto tra i dati e gli adempimenti. I dati che, anche a seguito delle verifiche, risultano eccedenti o non pertinenti o non indispensabili non possono essere utilizzati, salvo che per l'eventuale conservazione, a norma di legge dell'atto o del documento che li contiene (art. 22, 5° comma).

---

(6) Termine prorogato al 31 dicembre 2005 per effetto del D.L. D.L. 24 giugno 2004, n. 158, pubblicato sulla *G.U.* n. 147 del 25 giugno 2004 (sul punto v. *infra*).

I dati sensibili contenuti in elenchi, registri o banche dati, tenuti con l'ausilio di strumenti elettronici, sono trattati con tecniche di cifratura o mediante l'utilizzazione di codici identificativi o di altre soluzioni che, considerato il numero e la natura dei dati trattati, li rendono temporaneamente inintelligibili anche a chi è autorizzato ad accedervi e permettono di identificare gli interessati solo in caso di necessità (art. 22, 6° comma).

I dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale sono conservati separatamente da altri dati personali trattati per finalità che non richiedono il loro utilizzo. I medesimi dati sono trattati con le modalità di cui sopra anche quando sono tenuti in elenchi, registri, banche dati senza l'ausilio di strumenti elettronici.

I dati idonei a rivelare lo stato di salute non possono essere diffusi (art. 22, 7 e 8° comma).

I dati sensibili non possono essere trattati nell'ambito di test psico-attitudinali volti a definire il profilo o la personalità dell'interessato.

La diffusione dei dati sensibili e giudiziari è ammessa solo se prevista da un'espressa disposizione di legge.

#### 4. – *I soggetti che effettuano il trattamento*

Il titolo IV del codice (artt. 28-30) è intitolato ai soggetti che effettuano il trattamento, individuati nel titolare, responsabile, incaricati.

Ai sensi dell'art. 28, quando il trattamento è effettuato da una persona giuridica, da una pubblica amministrazione o da un qualsiasi altro ente, associazione od organismo, titolare del trattamento è l'entità nel suo complesso o l'unità od organismo periferico che esercita un potere decisionale del tutto autonomo sulle finalità e sulle modalità del trattamento, ivi compreso il profilo della sicurezza.

In questi casi, quindi, il titolare del trattamento è la struttura nel suo complesso e cioè il soggetto al quale competono le scelte di fondo sulla raccolta e sull'utilizzazione dei dati e non, invece, le singole persone fisiche che l'amministrano o che la rappresentano, quali ad esempio il ministro, l'amministratore delegato, il direttore generale, il presidente, il legale rappresentante (parere del Garante dell'11 dicembre 1997).

Nello svolgimento dei propri compiti istituzionali, i soggetti pubblici possono ricorrere alla collaborazione di privati, cui affidare determinate attività anche attraverso concessioni, appalti o convenzioni. In tali ipotesi, il privato può assumere la veste di collaboratore esterno del soggetto pubblico, che coadiuva l'amministrazione trattando i dati anche al di fuori della relativa struttura, ma pur sempre nell'ambito di un'attività che ricade nella sfera di titolarità e responsabilità dell'amministrazione la quale conserva, pertanto, la qualità di titolare del trattamento; oppure può assumere la veste di titolare del trattamento e decidere autonomamente in ordine al trattamento delle informazioni assumendosi le relative responsabilità. Nel primo caso, il privato è parte sostanziale della struttura pubblica e rimane quindi soggetto alla

disciplina legislativa prevista per i soggetti pubblici, nel secondo caso è invece soggetto autonomo che tratta i dati secondo le regole previste dalla normativa per i privati (7).

L'art. 29 tratta del responsabile del trattamento.

La sua preposizione da parte del titolare è facoltativa (nel senso che, ove mancante, il responsabile può anche identificarsi con il titolare). Essa presuppone che i compiti affidati al responsabile siano specificati analiticamente e per iscritto. La designazione può riguardare l'insieme delle operazioni di trattamento o alcune di esse, e può incardinare più persone, cumulativamente o per compiti separati. Il responsabile – persona fisica o giuridica – può essere individuato nel dirigente del settore dell'amministrazione che effettua il trattamento. Il titolare esercita un potere di controllo sul suo operato.

L'art. 30 riguarda, infine, gli incaricati del trattamento.

Rivestano tale qualifica i privati (ma solo ed esclusivamente persone fisiche) che ricevono da un soggetto pubblico (attraverso un provvedimento amministrativo o una convenzione) l'incarico del trattamento di dati personali, con limitati margini di autonomia in ordine al concreto svolgimento del servizio ed a scelte tecnico-operative.

Tale attività è svolta, invero, sotto la diretta sorveglianza e secondo le istruzioni dell'amministrazione che conserva la qualità di titolare del trattamento, con poteri decisionali in ordine alle finalità e alle modalità di utilizzazione dei dati.

Solitamente gli incaricati sono individuati dal responsabile nell'ambito della sua struttura di settore.

La designazione è effettuata per iscritto e individua puntualmente l'ambito del trattamento consentito. Si considera tale anche la documentata preposizione della persona fisica ad un'unità per la quale è individuato, per iscritto, l'ambito del trattamento consentito agli addetti dell'unità medesima.

## 5. – *Gli adempimenti*

### 5.1. – *La notificazione*

Il titolo VII del codice (artt. 37-41) riguarda gli «adempimenti» posti a carico del titolare del trattamento.

Gli artt. art. 37 e 38 disciplinano l'obbligo di notifica.

La notificazione è una dichiarazione con la quale un soggetto pubblico o privato rende nota al Garante per la protezione dei dati personali l'esistenza di un'attività di raccolta e di utilizzazione dei dati personali. In un'ottica di semplificazione e razionalizzazione, il codice elenca solo i casi in cui

---

(7) Parere del Garante del 29 luglio 1998 in fattispecie attinente al trattamento dei dati personali svolto da società incaricate da amministrazioni comunali di effettuare misurazioni presso abitazioni private al fine dell'accertamento della tassa di smaltimento dei rifiuti solidi urbani.

è necessaria la notificazione, in tutti gli altri casi vale la regola dell'esenzione. Viene poi lasciata al Garante la possibilità di individuare con proprio provvedimento altri trattamenti soggetti a notificazione in quanto suscettibili di recare pregiudizio ai diritti e alle libertà dell'interessato; inoltre, con analogo provvedimento, il Garante può anche individuare, nell'ambito dei trattamenti individuati dalla norma in esame, quelli non suscettibili, in concreto, di recare pregiudizio agli interessati e quindi sottratti all'obbligo di notificazione (8).

L'art. 38 disciplina le modalità di notificazione e prevede che la notificazione del trattamento è presentata al Garante prima dell'inizio del trattamento ed una sola volta, a prescindere dal numero delle operazioni e dalla durata del trattamento da effettuare. Ulteriori eventuali notificazioni costituiscono «modifiche del trattamento» oppure cessazione del trattamento (nel caso in cui l'intero trattamento precedentemente notificato venga a cessare definitivamente). In caso di contitolarità del trattamento, ciascun titolare è tenuto ad effettuare un'autonoma notificazione, nella quale indicherà tutti gli altri contitolari. Ciascun titolare sottoscriverà solo la propria notificazione. La notificazione è validamente effettuata solo se è trasmessa per via telematica utilizzando il modello predisposto dal Garante e osservando le prescrizioni da questo impartite, anche per quanto riguarda le modalità di sottoscrizione con firma digitale e di conferma del ricevimento della notificazione (allo stato non sono previste e ammesse altre modalità: non è quindi possibile utilizzare modelli cartacei o dischetti, né per la compilazione né per l'invio).

In base all'art. 181, 1° comma, lett. c) del codice, per i trattamenti dei dati personali iniziati prima del 1° gennaio 2004, le notificazioni previste dall'art. 37 sono effettuate entro il 30 aprile 2004 (anche se il trattamento era stato già notificato in passato). Chi esegue la notificazione secondo la nuova procedura deve dichiarare che effettua una «una nuova notificazione», anche se in passato abbia già presentato una notificazione in base alla legge 675/1996. Le notificazioni sono inserite in un registro pubblico che sarà consultabile gratuitamente da tutti on-line. Nel registro dei trattamenti non figurano i nomi delle persone cui si riferiscono i dati, tuttavia, le notizie accessibili mediante la consultazione del registro permettono di capire che tipo di dati sono trattati.

Il titolare del trattamento che non è tenuto alla notificazione ai sensi dell'art. 37 deve comunque fornire le notizie contenute nel modello di notificazione predisposto dal Garante a chi ne fa richiesta (nell'esercizio del diritto

---

(8) Cfr., da ultimo, la deliberazione del 31 aprile 4 n. 1, pubblicata sulla G.U. 6 aprile 2004, n. 81 e reperibile sul sito web [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it).

di accesso e degli altri diritti riconosciuti all'interessato), a meno che il trattamento riguardi pubblici registri, elenchi, atti o documenti conoscibili da chiunque (9).

La violazione dell'obbligo di notificazione è sanzionata tanto sul piano amministrativo, quanto su quello penale.

Ai sensi dell'art. 163 del codice, chiunque, essendovi tenuto, non provvede tempestivamente alla notificazione ai sensi degli artt. 37 e 38, ovvero indica in esse notizie incomplete, è punito con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da diecimila euro a sessantamila euro e con la sanzione amministrativa accessoria della pubblicazione dell'ordinanza-ingiunzione in uno o più giornali indicati nel provvedimento che la applica.

La falsa notificazione è invece punita con la reclusione da sei mesi a tre anni salvo che il fatto costituisca più grave reato (art. 168).

### 5.2. – *Gli obblighi di comunicazione*

L'art. 39 tratta dell'obbligo di comunicazione.

Il titolare del trattamento è tenuto a comunicare previamente al Garante:

1) la comunicazione di dati personali da parte di un soggetto pubblico ad altro soggetto pubblico non prevista da una norma di legge o di regolamento (v. art. 19, 2° comma);

2) il trattamento di dati idonei a rivelare lo stato di salute previsto dal programma di ricerca biomedica o sanitaria di cui all'art. 110, 1° comma, primo periodo.

I trattamenti oggetto di comunicazione possono essere iniziati decorsi quarantacinque giorni dal ricevimento della comunicazione, salvo diversa determinazione, anche successiva, del Garante.

La comunicazione è inviata utilizzando il modello predisposto e reso disponibile dal Garante e trasmessa a quest'ultimo per via telematica con firma digitale e conferma del ricevimento, oppure mediante telefax o lettera raccomandata.

Ai sensi dell'art. 181, 1° comma, lett. d) del codice per i trattamenti di dati personali iniziati prima del 1° gennaio 2004, le comunicazioni previste dall'art. 39 sono effettuate entro il 30 giugno 2004.

### 5.3. – *Le autorizzazioni*

Gli artt. 40 e 41 riguardano le autorizzazioni.

L'autorizzazione costituisce una condizione di liceità del trattamento dei dati sensibili e, talvolta, dei dati giudiziari. Si tratta di un provvedimento con cui il Garante, dopo aver esaminato che il trattamento in questione non comporta particolari «rischi di danno o di pericolo per i diritti, le libertà fondamentali e la dignità delle persone», lo acconsente. L'autorizzazione (unita-

---

(9) Nella scheda informativa dell'1° gennaio 4 reperibile sul sito web [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it) ci sono le istruzioni relative alle modalità di compilazione della notificazione, i diritti di segreteria, la firma digitale, le anomalie e le regolarizzazioni.



mente al consenso per iscritto dell'interessato) rappresenta, invero, una condizione di legittimità del trattamento dei dati sensibili da parte dei soggetti privati e degli enti pubblici economici (art. 26, 1° comma).

Per quanto riguarda invece l'uso dei dati giudiziari, l'autorizzazione del Garante è prevista come condizione di legittimità del trattamento dei dati in alternativa all'autorizzazione contenuta in un'espressa previsione normativa (art. 27).

I soggetti pubblici, a differenza dei privati e degli enti pubblici economici, non devono richiedere il consenso degli interessati e l'autorizzazione del Garante per il trattamento dei dati sensibili.

## 6. – Trattamenti in ambito pubblico

### 6.1. – Attività di rilevante interesse pubblico

Agli artt. 62 e ss. il codice qualifica di rilevante interesse pubblico alcune attività istituzionalmente demandate ai soggetti pubblici. Tra queste sono ricomprese anche quelle concernenti il rilascio dei documenti di riconoscimento e il cambiamento delle generalità.

Tale individuazione assume rilevanza ai sensi dell'art. 20, 2° comma: i soggetti pubblici che effettuano il trattamento di dati sensibili dovranno adottare, conseguentemente, regolamenti nei quali identificare i tipi di dati personali trattati e le operazioni su di essi eseguibili strettamente pertinenti e necessarie in relazione alle finalità perseguite nei singoli casi.

Si rinvia alla lettura degli artt. 62-74 della fonte legislativa, nonché all'art. 177 di modifica delle norme in materia di adozione (10), servizio elettorale (11), stato

---

(10) L'art. 177, 2° comma del codice modifica l'art. 28, 7° comma legge 184/83, disponendo che l'adottato non può accedere alle informazioni relative alla madre naturale che abbia chiesto di non essere nominata nella dichiarazione di nascita. In tutti gli altri casi, l'adottato ventiquenne ha diritto di conoscere l'identità dei propri genitori biologici.

(11) Con provvedimento del 15 febbraio 2004 l'Autorità garante ha individuato i casi in cui i dati personali dei cittadini possono essere utilizzati per la propaganda elettorale previa informativa degli interessati, ma senza necessità di richiedere il loro consenso e i casi, invece, in cui il consenso è necessario. Si può prescindere dal consenso degli interessati solo se i dati sono estratti da fonti cd. «pubbliche», ovvero conoscibili da chiunque senza limitazioni in base ad un'espressa disposizione di legge o di regolamento. Sono, pertanto, utilizzabili le liste elettorali detenute presso i comuni, gli elenchi di iscritti ad albi e collegi professionali e i dati contenuti in taluni registri detenuti dalle camere di commercio, l'elenco degli elettori italiani residenti all'estero per le elezioni del Parlamento europeo, l'elenco aggiornato dei cittadini italiani residenti all'estero finalizzato alla predisposizione delle liste elettorali, gli elenchi della telefonia fissa, ma soltanto per l'invio di posta ordinaria o chiamate telefoniche effettuate da un operatore e salvo opposizione degli interessati. Fuori da questi casi, in particolare quando si ricorre all'uso di fax, telefono cellulare, e-mail, è necessario il consenso preventivo e specifico dell'interessato, basato su un'informativa che evidenzii chiaramente l'utilizzo dei dati a fine di propaganda elettorale. Il consenso è altresì necessario e dev'essere manifestato per iscritto nel caso di utilizzazione da parte di partiti o asso-

civile e diffusione dei dati demografici (12) e 174 modifica di norme in materia di notificazioni.

Sono, altresì, considerate di rilevante interesse pubblico ai sensi degli artt. 20 e 21 del codice, le finalità concernenti i trattamenti effettuati dai soggetti pubblici per scopi storici, statistici e scientifici (art. 98). Nell'ambito del trattamento per scopi scientifici o statistici assume particolare rilievo l'art. 105 del codice che individua forme semplificate in relazione all'obbligo di informativa dell'interessato, prevedendo che esso si intende assolto anche se l'informativa è resa ad un soggetto legittimato a rispondere in nome e per conto dell'interessato, perché familiare o convivente, nelle specifiche circostanze individuate dai relativi codici deontologici (la cui adozione è prevista come obbligatoria per i soggetti pubblici e privati, ivi comprese le società scientifiche e le associazioni professionali, interessati al trattamento dei dati per scopi storici, statistici o scientifici – artt. 102 e 106). Tale semplificazione opera, per esempio, nell'ambito delle procedure di rilevamento di dati statistici in occasione del censimento della popolazione.

#### 6.2. – *Contenuto dei regolamenti*

Per quanto attiene al contenuto dei regolamenti di cui agli artt. 20, 2° e 3° comma e 21, 2° comma del codice, appare utile il richiamo alla segnalazione del Garante al Governo del 17 gennaio 2002 in cui si ravvisa la necessità che i provvedimenti di individuazione dei tipi di dati e di operazioni eseguibili:

1) contengano una scrupolosa ricognizione di tutte le attività materiali che il soggetto pubblico intende perseguire con strumenti automatizzati e non automatizzati in relazione alle finalità di rilevante interesse pubblico;

---

ciazioni politiche e non dei dati relativi ai loro iscritti, anche per sostenere candidati interni. Non sono, infine, in nessun caso utilizzabili a fini di propaganda elettorale gli atti anagrafici e dello stato civile, le liste elettorali di sezione già utilizzate nei seggi, i dati annotati da scrutatori e rappresentanti di lista. Un'ulteriore garanzia per i cittadini risiede nella possibilità loro accordata di opporsi all'ulteriore invio di materiale elettorale nonostante il consenso precedentemente manifestato. Si ricordi, infine, che ai sensi dell'art. 177, 4° comma del codice (che interviene sull'art. 5 del d.P.R. 223/1967), a partire dall'1 gennaio 2004 (entrata in vigore del codice), nelle liste elettorali non dovranno più essere indicati il titolo di studio, la professione o il mestiere dell'elettore.

(12) La materia dello stato civile è disciplinata agli artt. 63 e 177, comma 3 del codice. La prima norma stabilisce che gli atti dello stato civile conservati negli archivi di Stato sono consultabili nei limiti previsti dall'art. 197 D.lgs. n. 490/1999 (e, quindi, decorsi settanta anni dalla formazione dell'atto). Il secondo articolo precisa che il rilascio degli estratti degli atti dello stato civile è consentito solo ai soggetti cui l'atto si riferisce, oppure su istanza motivata di chi abbia un interesse personale e concreto per la tutela di una situazione giuridicamente rilevante.

In materia di diffusione dei dati demografici, l'art. 177, al comma 1, precisa che il comune può utilizzare gli elenchi degli iscritti nell'anagrafe della popolazione residente (Apr) per esclusivo uso di pubblica utilità anche in caso di applicazione della disciplina in materia di comunicazione istituzionale (tali dati non possono, quindi, essere utilizzati per la propaganda elettorale o per pubbliche relazioni di carattere personale).

2) effettuino una previa valutazione della stretta pertinenza e della stretta necessità (ora indispensabilità *ex art. 22, 3° comma del codice*);

3) non si riducano ad una mera riproduzione del contenuto di disposizioni di atti normativi unita ad una indicazione solo di macro-tipologie di dati e di descrizioni del tutto generiche del loro impiego;

4) prevedano forme di pubblicità tali da porre il cittadino in condizioni di conoscere, con un apprezzabile grado di chiarezza, con quali modalità sono utilizzate delicate informazioni che secondo la direttiva comunitaria 95/46 CE (13) non potrebbero altrimenti essere trattate; a tal fine possono essere utilizzati prospetti schematici che possono facilitare il collegamento tra le tipologie di informazioni e di operazioni e le finalità di interesse pubblico specificamente individuate;

5) indichino per categorie i dati personali trattati senza entrare in ulteriori specifici dettagli, quali ad esempio dati sulla salute e/o sulla vita sessuale;

6) suddividano la parte di provvedimento che attiene alle operazioni di trattamento, indicando un primo gruppo di disposizioni standard, che può essere comune a più tipologie di dati, ponendo altresì in maggiore evidenza le operazioni che possono spiegare effetti più significativi per l'interessato (es. elaborazione, selezione, raffronto), aggiungendo una descrizione sintetica dei flussi di dati (specificando ad es. dove sono raccolti di regola i dati, le eventuali interconnessioni o consultazioni da parte di altre amministrazioni).

### 7. – *Misure minime di sicurezza e Disciplinare tecnico*

Il titolo V del codice (artt. 31-36) tratta della sicurezza dei dati e dei sistemi. Ad esso fa da supporto e completamento il Disciplinare tecnico in materia di misure minime di sicurezza di cui all'Allegato B al codice.

L'art. 31 enuncia gli obblighi di sicurezza cui sono tenuti il titolare e il responsabile del trattamento che hanno l'obbligo di adottare misure di sicurezza idonee a ridurre al minimo i rischi di distruzione o perdita dei dati stessi, di accesso non autorizzato o di trattamento non consentito o non conforme alle finalità della raccolta.

L'art. 32 disciplina le particolari modalità di applicazione delle misure di sicurezza da parte di fornitori di servizi di comunicazioni elettronica accessibili al pubblico.

---

(13) La direttiva 94/46 CE non prevede una disciplina specifica per il trattamento dei dati sensibili da parte dei soggetti pubblici. L'art. 8 della direttiva, infatti, dopo aver sancito in via generale nel par. 1 il divieto del trattamento di tali tipi di dati, indica nei par. 2 e 3 i casi in cui il divieto stesso non si applica, alcuni dei quali rilevano anche per l'attività dei soggetti pubblici. Più specificamente riferibile all'attività dei soggetti pubblici è, tuttavia, il par. 4 dell'art. 8. il quale dispone che «purché siano previste le opportune garanzie, gli Stati membri possono, per motivi di interesse pubblico rilevante, stabilire ulteriori deroghe sulla base della legislazione nazionale o di una decisione dell'autorità di controllo» Tali deroghe, ai sensi del par. 6, devono essere notificate alla Commissione.

L'art. 33 sancisce l'obbligo per i titolari del trattamento di adottare le misure minime di sicurezza volte ad assicurare, per l'appunto, un livello minimo di protezione dei dati personali.

Gli artt. 34 e 35 disciplinano, rispettivamente, il trattamento dei dati personali effettuato con strumenti elettronici e quello effettuato senza l'ausilio di strumenti elettronici, rinviando – per le relative modalità tecnico-operative – al Disciplinare tecnico di cui all'Allegato B al codice.

L'art. 36, infine, prevede espressamente l'aggiornamento periodico delle misure minime di sicurezza alla luce delle innovazioni tecnologiche sopravvenute e all'esperienza maturata nel settore.

Nel Disciplinare tecnico il legislatore distingue le misure di sicurezza da adottare a seconda che il trattamento dei dati venga attuato con strumenti elettronici, o comunque automatizzati, ovvero senza l'ausilio di strumenti elettronici o comunque automatizzati (archivio cartaceo).

Al comma 19 del Disciplinare è sancito, a carico del titolare del trattamento di dati sensibili o di dati giudiziari effettuato con strumenti elettronici, l'obbligo di redigere – entro il 31 marzo di ogni anno – il documento programmatico sulla sicurezza contenente informazioni circa: l'elenco dei trattamenti di dati personali, la distribuzione dei compiti e delle responsabilità, l'analisi dei rischi, le misure da adottare per garantire l'integrità e la disponibilità dei dati nonché la protezione delle aree e dei locali, i criteri da adottare per distinguere e separare i dati relativi allo stato di salute e alla vita sessuale dagli altri dati personali dell'interessato.

Con parere del 22 marzo 2004 il Garante ha precisato che benché non si tratti a rigore di una misura nuova, è comunque sostenibile che il DPS da redigere quest'anno per la prima volta, o da aggiornare, possa essere predisposto al più tardi entro il 30 giugno 2004 (14), anziché necessariamente entro il 31 marzo, data che è invece prevista a regime per i prossimi anni, a partire dal 2005.

Si perviene a questa conclusione sia per coloro che devono redigere tale documento per la prima volta nel 2004 sia per chi, già dotato di un DPS redatto o aggiornato nel 2003, ritenga necessario utilizzare un trimestre in più, rispetto al 31 marzo, per curare la stesura di un testo significativo e più impegnativo nella ricognizione dei rischi e degli interventi previsti.

L'art. 180 del codice fissa il termine del 30 giugno 2004 (15) per l'adozione delle misure minime di sicurezza di cui agli articoli da 33 a 35 e all'allegato B) che non erano previste dal decreto del Presidente della Repubblica 28 luglio 1999, n. 318. Nel caso di obiettive difficoltà tecniche che non consentano al titolare di adottare le nuove misure di sicurezza e – limitatamente

---

(14) Termine prorogato al 31 dicembre 2004 per effetto del decreto legge 24 giugno 2004 *cit.* (sul punto v. *infra*).

(15) Termine prorogato al 31 dicembre 2004 per effetto del D.L. 24 giugno 2004 *cit.* (sul punto v. *infra*).

ai trattamenti effettuati con strumenti elettronici – tale data è spostata al 1° gennaio 2005, previa motivazione scritta da parte del titolare e l'adozione di idonee misure di carattere organizzativo, logistico o procedurale.

#### 8. – *Privacy e accesso ai documenti amministrativi*

Gli artt. 59 e 60 operano un raccordo tra la normativa in materia di trattamento dei dati personali e la normativa in materia di accesso.

L'art. 59 sull'accesso ai documenti amministrativi richiama la legge n. 241/90 e successive modificazioni e i relativi regolamenti di attuazione ribadendone la vigenza in materia di disciplina dei presupposti, modalità, limiti per l'esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi concernenti dati personali e relativa tutela giurisdizionale. Precisa la norma in esame che le attività finalizzate all'applicazione di tale disciplina si considerano di rilevante interesse pubblico.

In buona sostanza, l'entrata in vigore del codice non ha abrogato la normativa in materia di accesso, rimettendo all'interprete il compito di valutare, caso per caso i termini del bilanciamento tra il diritto alla circolazione delle informazioni posto a presidio della trasparenza dell'azione amministrativa rispetto al diritto alla riservatezza (16).

Quando tuttavia il trattamento concerne dati idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale, esso è consentito solo se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti

---

(16) Sui difficili rapporti tra accesso e *privacy* si è pronunciata l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato con l'importante sentenza del 4 febbraio 1997, n. 5 (in *Riv. Amm.*, 1997, p. 253) quando ancora mancava una disciplina *ad hoc* per il trattamento dei dati sensibili. Dopo aver evidenziato il cambiamento di prospettiva introdotto nell'ordinamento dalla legge n. 241/1990, nel senso di riconoscere la pubblicità come regola dell'azione amministrativa e il segreto, viceversa, come eccezione, l'adunanza plenaria ha ritenuto che l'accesso, qualora venga in rilievo per la cura o la difesa di propri interessi giuridici, debba prevalere rispetto alle esigenze di difesa del terzo. Nel medesimo senso si è espresso il Garante puntualizzando che tra la normativa in tema di trattamento dei dati personali e quella sulla trasparenza dell'attività della P.A. non esiste alcuna incompatibilità di fondo, in quanto la legge sul trattamento dei dati personali non ha introdotto un regime di assoluta riservatezza dei dati personali, dovendosi verificare di volta in volta se sussistono altrui diritti o interessi meritevoli di tutela equivalente o superiore. In particolare, con nota del 30 giugno 97 in risposta ai quesiti in materia di pubblicità di albi di medici chirurghi, il Garante ha distinto tra:

1) documenti da ritenere pienamente pubblici, in forza di espressa disposizione di legge o di regolamento e, in quanto tali, conoscibili da parte di chiunque;

2) documenti a pubblicità limitata, la cui conoscibilità è cioè circoscritta ad alcune categorie di soggetti pubblici o privati;

3) documenti amministrativi accessibili ai portatori di un interesse personale e concreto e per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti. In questi casi, spetta alle singole amministrazioni individuare particolari modalità di accesso nonché i documenti sottratti all'accesso laddove ricorra l'esigenza di salvaguardare la riservatezza di terzi e salva, comunque, la visione di tali atti da parte degli interessati quando ciò risulti funzionale alla cura o alla difesa dei propri interessi giuridici;

4) documenti soggetti alla regola del segreto d'ufficio e accessibili alla sola amministrazione che li detiene.

amministrativi è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consista in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile (art. 60) (17).

Sempre in materia di accesso ai documenti amministrativi, l'art. 176, 1 comma del codice ha modificato il testo dell'art. 24, 3° comma legge 241/90, precisando che le eventuali limitazioni o esclusioni del diritto di accesso ai dati raccolti mediante strumenti informatici stabilite con decreto governativo per la salvaguardia della sicurezza, difesa nazionale e relazioni internazionali, politica monetaria e valutaria, ordine pubblico, prevenzione e repressione della criminalità, non si applicano all'accesso ai dati personali da parte della persona cui i dati si riferiscono.

### *Conclusioni*

I principi generali introdotti dal codice sulla protezione dei dati personali sono destinati ad incidere, inevitabilmente, sull'attività amministrativa rivolta alla gestione delle informazioni.

Nella consapevolezza di ciò il legislatore delegato ha stabilito anche i termini per consentire il necessario adeguamento alle prescrizioni del codice. L'art. 180 indicava nel 30 giugno 2004, salve obiettive ragioni tecniche impeditive, il termine ultimo entro il quale adottare le nuove misure minime di sicurezza (artt. 33-35) nonché il documento programmatico sulla sicurezza (DPS) nel caso di trattamento di dati sensibili o giudiziari effettuato con strumenti elettronici.

L'art 181, lett. a) individuava il termine del 30 settembre 2004 per l'adozione dei regolamenti previsti dagli artt. 20, 2° e 3° comma e 21, 2° comma del codice (per la trattazione di tali articoli v. *supra* pp. 7-8).

Da ultimo, con D.L. 24 giugno 2004, n. 158 (pubblicato sulla *G.U.* n. 147 del 25 giugno 2004), tali termini sono stati prorogati al 31 dicembre 2004 (per l'adozione delle misure minime di sicurezza e la redazione del DPS) e al 31 dicembre 2005 (per l'adozione da parte dell'amministrazione dei regolamenti identificativi delle tipologie dei dati sensibili e giudiziari). Tali proroghe sono state rese necessarie dall'estrema difficoltà manifestata al Garante da privati e soggetti pubblici di adeguarsi nei tempi prescritti alle nuove e complesse disposizioni in materia di protezione dei dati personali.

---

(17) Il Garante ha precisato che per valutare il rango del diritto del terzo occorre utilizzare quale parametro di raffronto non il diritto di azione o di difesa, quanto il diritto sottostante che il terzo intende far valere sulla base del materiale documentale che chiede di conoscere. A tal proposito, un diritto può essere ritenuto di pari rango rispetto a quello dell'interessato, solo se appartiene alla categoria dei diritti della personalità o è compreso tra altri diritti o libertà fondamentali e inviolabili. Il riferimento normativo a tali ultimi diritti è, in particolare, collegato ad un «elenco aperto» di posizioni soggettive individuabile in chiave storico-evolutiva. Ad avviso della giurisprudenza ricade sul richiedente l'accesso la prova del rango dell'interesse sotteso alla sua istanza oltre alla prova dell'attualità dell'interesse (C.d.S., n. 2542/02).

# SERVIZI INFORMATICI E STATISTICI

## Valore legale dell'archivio digitale (\*)

di Barbara Bombaci

Alla luce della normativa vigente in Italia, l'archiviazione digitale è ritenuta valida e sostitutiva del documento cartaceo.

Le questioni qui di seguito affrontate riguarderanno le regole ed i principi tecnico-giuridici che consentono l'archiviazione della notevole mole di informazioni prodotte in un moderno reparto di radiologia mediante supporti informatici.

A tal fine, è necessario anticipare che il Ministro per l'Innovazione e le Tecnologie Lucio Stanca ha approvato, con *decreto del 14 ottobre 2003*, le linee guida per l'attivazione dei sistemi di protocollo informatico.

Dal 1° gennaio 2004 tutte le Amministrazioni Pubbliche dovranno adottare il Protocollo Informatico e gestire i procedimenti amministrativi in modo elettronico con notevoli vantaggi in termini di efficienza interna, ma anche esterna, delle amministrazioni verso i cittadini, le imprese e le altre amministrazioni.

Vecchi faldoni addio, quindi!

D'ora in poi, infatti, le pubbliche amministrazioni dovranno chiudere in un cassetto i vecchi protocolli cartacei, ricordo di una burocrazia autoreferenziale e farraginoso.

Per poter realizzare la «riforma elettronica» della pubblica amministrazione senza carta, è necessario consentire il trasferimento degli archivi cartacei su supporti informatici, garantendo l'efficacia legale sia dei documenti originali che degli archivi digitali.

### CONTESTO NORMATIVO.

Prima di procedere all'esame dei requisiti imposti dalla normativa vigente in materia di archiviazione di documenti su supporto ottico è necessario definire con chiarezza il concetto di documento informatico alla luce dell'evoluzione normativa che lo ha interessato.

---

(\*) Intervento al Congresso tenuto dall'A.I.O.P. (Associazione Italiana Ospedalità Privata) di Palermo il 26 maggio 2004.

### 1. *Il documento informatico.*

L'introduzione nel nostro ordinamento di una prima definizione di «documento informatico», la si deve all'art. 3 della legge 1993, n. 547, con la quale il legislatore ha introdotto l'art. 491-bis del codice penale che testualmente recita: «... per documento informatico si intende qualunque supporto informatico contenente dati o informazioni».

Sottolineiamo come, alla luce della citata normativa, il concetto di documento informatico si identifichi con quello di supporto informatico.

L'ordinamento giuridico era, fino a quel momento, strutturato sul presupposto che il documento per poter produrre effetti *giuridicamente rilevanti* dovesse essere, se non esclusivamente cartaceo, per lo meno rappresentato su supporto fisico.

Inoltre, ai fini dell'imputabilità delle dichiarazioni provenienti da una parte, il valore probatorio conferito ad alcuni documenti (per tutti la scrittura privata o l'atto pubblico), era legato alla sottoscrizione.

Il documento informatico trova la sua identificazione e riconoscimento ufficiale con l'emanazione della legge del 1997, n. 59, c.d. Bassanini-1.

L'art. 15, 2° comma, si compone di due periodi. Ecco il primo:

*«Gli atti, dati e documenti formati dalla pubblica amministrazione e dai privati con strumenti informatici o telematici, i contratti stipulati nelle medesime forme, nonché la loro archiviazione e trasmissione con strumenti informatici o telematici, sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge;[...].»*

Questa norma, che fa parte della riforma complessiva della P.A. disegnata dalle cd. Leggi Bassanini, presenta due aspetti molto importanti:

a) l'attribuzione esplicita di una rilevanza giuridica a procedure informatiche;

b) che questa rilevanza e queste procedure sono identiche sia per gli atti della P.A. che per quelli dei privati.

Il legislatore ha, in tal modo, sancito i presupposti normativi per la smaterializzazione del documento, non ritenendo più indispensabile il supporto fisico affinché lo stesso potesse essere considerato giuridicamente rilevante, in presenza sempre e comunque di strumenti di sicurezza idonei a garantirne la provenienza e quindi l'originalità.

La seconda parte del comma afferma:

*«I criteri di applicazione del presente comma sono stabiliti per la P.A. e per i privati, con specifici regolamenti da emanar...».*

Tale regolamento di attuazione della c.d. *Bassanini-uno* è contenuto nel d.P.R. 10 novembre 1997, n. 513, «Regolamento recante i criteri e modalità per la formazione, l'archiviazione e la trasmissione di documenti con strumenti informatici e telematici, a norma dell'art. 15, comma 2° della legge 1997 n. 59».

L'art. 1 di quest'ultimo affianca alla secolare definizione di documento cartaceo quella di «documento informatico» che viene definito come «*La rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti*».

Il documento informatico risulta costituito da una «rappresentazione informatica» indipendente dal supporto fisico.



Con il sopracitato regolamento viene, inoltre, introdotto il concetto di firma digitale che risulterà distinto dal concetto di firma elettronica introdotto dalla Direttiva 1999/1993/CE.

L'art. 10, comma 2°, d.P.R. 513/1997, sancisce il «*principio di equivalenza*» tra la sottoscrizione tradizionale su carta e la sottoscrizione digitale.

Pertanto, al documento informatico «rafforzato» dall'apposizione della firma digitale è attribuita l'efficacia probatoria della scrittura privata di cui all'art. 2702 cod. civ. (c.f.r. articolo 5, comma 1, d.P.R. 513/1997).

Il disegno complessivo perseguito dal legislatore era quello di far sì che la firma digitale rappresentasse il criterio di imputazione del documento informatico al suo autore e di consentire l'attribuzione al documento informatico della piena efficacia giuridica sostanziale e processuale.

*Con specifico riferimento al settore della radiologia:* colui che stende al P.C. un atto informatico (come il referto), affinché abbia valore di scrittura privata, deve firmarlo.

Il nostro codice civile non impone l'uso di particolari supporti o mezzi per scrivere, firmare e conservare i documenti. Impone, invece, che per qualificare un documento come scrittura privata esso deve essere sottoscritto da colui che ne vuole assumere la paternità. L'art. 2702 cod. civ., invero, statuisce che la scrittura privata fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta, se colui contro il quale la scrittura è prodotta ne riconosce la sottoscrizione, ovvero se questa è legalmente considerata come riconosciuta.

Alla stregua della citata normativa, quindi, il medico refertante, finalmente, potrà generare e visualizzare il referto al *computer*, «sigillare» il testo vidimandolo con la propria firma digitale e trattenere l'originale del referto sul RIS del servizio.

Il d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, recante il «Testo Unico delle disposizioni amministrative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa», riunisce e coordina le disposizioni in materia di documentazione amministrativa recate dai citati provvedimenti normativi.

L'art. 10 di detto d.P.R., nel regolare la forma e l'efficacia del documento informatico, stabilisce che il documento informatico sottoscritto con firma digitale, redatto in conformità alle regole tecniche, soddisfa il requisito legale della forma scritta ed ha efficacia probatoria ai sensi dell'art. 2712 c.c. e che il documento informatico sottoscritto con firma digitale ai sensi dell'art. 23 del T.U., ha efficacia di scrittura privata ai sensi dell'art. 2702 c.c.

La disciplina civilistica adottata in attuazione dell'art. 15 della legge Bassanini-1, 59/1997, inizialmente contenuta negli art. 4 e 5 del d.P.R. n. 513/1997, è progressivamente mutata, dapprima con l'originaria formulazione dell'art. 10 del testo unico ed ora con la novella introdotta dal decreto D.Lgs. n. 10/2002, in recepimento della direttiva sulle firme elettroniche.

Viene, in tal modo, data attuazione all'art. 5 della direttiva 1999/1993/CE che impone agli stati membri l'adozione di *standards* minimi in relazione al riconoscimento degli effetti giuridici delle firme elettroniche avanzate (che altro non sono che la nostra firma digitale *ex* decreto del Presidente della Repubblica 445/2000) e delle firme elettroniche in quanto tali.

È necessario, altresì, rilevare che mentre la versione originale dell'art. 10 del testo unico aveva valore di regolamento, il nuovo art. 10 ha rango di norma primaria.

Il D.Lgs n. 10/2002 ha introdotto le seguenti novità:

- a) molteplici tipologie di firme elettroniche aventi validità ed efficacia giuridiche diverse;
- b) Il divieto di autorizzazione preventiva per lo svolgimento dell'attività di certificazione;
- c) Un sistema di accreditamento facoltativo per i certificatori «qualificati».

In particolare, il suindicato D.Lgs. ha attribuito al documento sottoscritto con firma elettronica avanzata, c.d. forte (la firma digitale del d.P.R. 513/1997 è l'esempio principale), nei casi in cui la firma è basata su un certificato qualificato e creata con dispositivo sicuro, l'efficacia probatoria del documento sottoscritto e riconosciuto.

Il titolare, infatti, per disconoscere il documento redatto con tale strumento, dovrà attivare il complesso procedimento della querela di falso.

Sulla scia delle novità introdotte dal D.Lgs. 10/2002 e dalla direttiva 1999/1999/CE è stato emanato con il d.P.R. n. 137 del 7 aprile 2003, l'atteso regolamento recante «disposizioni di coordinamento in materia di firme elettroniche».

Quest'ultimo fu inizialmente tacciato di avere eliminato il «principio dell'equivalenza» tra firma digitale e sottoscrizione autografa già consacrato nell'art. 23, comma 2° del d.P.R. 445/2000 (e, prima ancora, nell'art. 10, comma 2°, del d.P.R. 513/1997).

Tuttavia, con il regolamento n. 137/2003 si attribuì semplicemente alla nozione di «firma digitale», di cui all'art. 10 del testo unico 445/2000, la denominazione di «firma elettronica qualificata» (c.f.r. art. 4).

## 2. La conservazione di documenti su supporto ottico.

Nel sistema della gestione dei flussi documentali, la conservazione e la classificazione del documento informatico diventano fondamentali per garantire nel tempo integrità, identità e provenienza, reperibilità, sia come unità singola che in relazione ad altri documenti e la normativa esistente è piuttosto ampia.

A conferma dell'importanza che riveste il fattore organizzativo in un sistema di gestione informatica di documenti, la *classificazione e fascicolazione* dei documenti è un fattore cruciale del sistema.

Osserviamo, preliminarmente, che già ai sensi e per gli effetti dell'art. 2220 del cod. civ. rubricato: *Conservazione delle scritture contabili: «Le scritture devono essere conservate per dieci anni dalla data dell'ultima registrazione. Per lo stesso periodo devono conservarsi le...copie delle fatture, delle lettere e dei telegrammi spediti...».*

La prima legge che prevede l'archiviazione ottica sostitutiva è quella del 24 dicembre 1993 n. 537 «Interventi correttivi di finanza pubblica», seppur ai soli limitati fini della *conservazione ed esibizione* dei documenti per finalità amministrative e probatorie. L'art. 2, comma 15 di detta legge considerava

valida l'archiviazione dei documenti su supporto ottico purché le procedure utilizzate fossero state conformi alle Regole Tecniche dettate dall'AIPA (Autorità per l'informatica nelle pubbliche amministrazioni).

Una prima versione completa di tali regole tecniche si è avuta con la deliberazione n. 15 del 1994 dell'AIPA. Tale delibera aveva come finalità primaria *la leggibilità universale del disco prodotto secondo le regole tecniche dettate*.

Consapevole delle necessità di garantire la sicurezza in termini di non manomissione di riservatezza, non alterabilità dei dati nel tempo, l'AIPA si riservava di provvedere ad aggiornare il provvedimento in materia di: archiviazione dei documenti redatti in forma elettronica crittografia, meccanismi di firma elettronica, trasmissione via rete del documento da esibire.

La versione definitiva delle citate regole tecniche si è avuta con la deliberazione n. 24 del 1998. Tale deliberazione, intitolata «*Regole tecniche per l'uso dei supporti ottici*», fu per alcuni anni la norma di riferimento in materia.

Successivamente, venne emanata la deliberazione AIPA n. 42/2001 intitolata «*Regole tecniche per la riproduzione e conservazione di documenti su supporto ottico idoneo a garantire la conformità dei documenti agli originali*».

In particolare, l'art. 6 del testo unico di cui al d.P.R. 445/2000 stabilisce che i privati hanno facoltà di sostituire a tutti gli effetti le scritture con la loro riproduzione su supporto ottico, fotografico o altro mezzo tecnico idoneo a garantire la conformità dei documenti agli originali. Al fine di considerare soddisfatti gli obblighi di conservazione, tanto ai fini amministrativi che probatori, occorre utilizzare procedure conformi alle regole tecniche dettate dall'AIPA.

Il sistema che risulta da questo quadro di regole tecniche può essere così sintetizzato.

Vengono definiti i seguenti concetti:

a) *Documento*: rappresentazione in formato analogico o digitale di atti, fatti e dati...;

b) *Documento analogico*: documento formato utilizzando una grandezza fisica che assume valori continui (tracce su carta, pellicole radiografiche, nastri magnetici,...);

c) *Documento digitale*: testi, immagini... formati tramite una grandezza fisica che assume valori binari, ottenuti tramite un processo di elaborazione elettronica, di cui sia identificabile l'origine;

d) *Documento informatico*: documento digitale sottoscritto con firma digitale *ex lege*;

Viene, altresì, distinta la *memorizzazione temporanea* dei dati, definita semplicemente «archiviazione», dalla *memorizzazione permanente*, definita «conservazione».

Vengono descritti i supporti di memorizzazione utilizzabili: «*qualsiasi mezzo fisico che consente la memorizzazione di documenti digitali mediante l'impiego della tecnologia laser (dischi ottici, magneto-ottici, DVD)*».

A tal proposito, un elemento innovativo veniva introdotto dall'art. 8 che specifica, che «*tenuto conto dell'innovazione tecnologica..... è data facoltà..... di utilizzare,..... nel processo di conservazione digitale dei dati, un qualsiasi supporto di memorizzazione, anche non ottico, comunque idoneo a garantire la conformità dei documenti agli originali...*» ed, ovviamente, la loro inalterabilità.

La recente deliberazione 19 febbraio 2004, n. 11, del centro nazionale per l'informatica nella pubblica amministrazione (CNIPA), reca «Le nuove regole tecniche per la riproduzione e la conservazione di documenti idoneo a garantire la conformità dei documenti all'originale» per l'archiviazione documentale che sostituiscono quelle contenute nella deliberazione AIPA n. 42 del 2001.

Quest'ultima presentava alcuni problemi:

a) la tecnologia suggerita per la firma del *file* da conservare era praticabile solo per *file* di dimensioni molto piccole;

b) le definizioni di «documento informatico» e di «firma digitale» non erano coerenti con quelle presenti nel testo unico 445/2000 dopo il recepimento della direttiva comunitaria sulla firma digitale.

Nella deliberazione n. 11/2004, pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 57 del 9 marzo 2004, sono illustrate le caratteristiche dei documenti e le formalità richieste per la loro presentazione che può essere di due tipi:

informatica;

analogica;

Il documento «informatico» dovrà, quindi, avere le caratteristiche descritte dall'art. 1 della deliberazione e dal testo unico sulla documentazione amministrativa (d.P.R.445/2000).

Il documento «analogico», che può essere in originale (distinto a sua volta in «unico» e «non unico») ed in copia, si distingue da quello informatico perché formato da una grandezza fisica che assume valori continui (come le tracce su carta, le immagini su film, ecc.).

La deliberazione mantiene sostanzialmente invariate le modalità di conservazione dei documenti, anche se, per grandi quantità, si potrà decidere di archiviare apponendo il riferimento temporale e la firma digitale.

Il documento distingue, inoltre, tra l'archiviazione elettronica e la conservazione sostitutiva.

L'archiviazione elettronica non prevede particolari modalità operative: l'adempimento viene lasciato all'iniziativa del soggetto interessato, il quale potrà utilizzare un qualsiasi tipo di supporto di memorizzazione per l'acquisizione del documento, la sua classificazione è l'attribuzione di un codice di identificazione univoco, in modo da consentirne un accesso facile e razionale.

Il processo di conservazione sostitutiva è, invece, finalizzato a rendere un documento non deteriorabile e, quindi, disponibile nel tempo in tutta la sua integrità ed autenticità.

Il processo di conservazione è, in generale, successivo all'eventuale archiviazione elettronica.

### 3. *La documentazione radiologica: aspetti legali.*

Il decreto ministeriale 14 febbraio 1997, quale norma di attuazione prevista dall'art. 111, comma 10 del D.Lgs n. 230 del 17 marzo 1995, all'art. 3 provvedeva ad individuare una chiara definizione della documentazione radiologica, differenziando nell'ambito di quest'ultima la documentazione iconografica dai resoconti radiologici.

Invero, la sopracitata disposizione normativa asseriva che *«i documenti radiologici e di medicina nucleare consistono nella documentazione iconografica prodotta a seguito dell'indagine diagnostica...»*.

Individuava, invece, nei *«resoconti radiologici e di medicina nucleare i referti stilati dal medico specialista radiologo o medico nucleare»*.

Il 26 maggio 2000 veniva emanato il D.Lgs n. 187 in attuazione della direttiva 97/43/EURATOM in maniera di protezione sanitaria delle persone contro i pericoli delle radiazioni ionizzanti connesse ad esposizioni mediche, col quale si provvedeva ad abrogare espressamente all'art. 15 gli artt. da 109 a 114 compresi nel D.Lgs 230/1995. Una volta eliminato radicalmente l'art. 111 del D.Lgs n. 230, quale sorte avrebbero dovuto avere le norme di attuazione del decreto ministeriale 14 febbraio 1997 da esso emanate? Dopo numerose e serrate richieste rivolte all'Ufficio Legislativo del Ministero della Salute Italiano, quest'ultimo asseriva, con riferimento al D.Lgs n. 230/1995 che: *«la ratio della disposizione normativa... era quella di evitare la ripetizione di esami superflui consentendo l'utilizzo di documenti radiologici già eseguiti. Ne discende, pertanto, a parere dello scrivente, che il D.M 14 febbraio 97 che ha stabilito le disposizioni idonee a consentire l'utilizzo di documenti radiologici già eseguiti, sia da considerarsi ancora valido, ancorché l'art. 111 del D.Lgs 230/1995, che ha previsto l'adozione del citato decreto ministeriale sia stato abrogato dall'art. 15 del D.Lgs 187/2000»*.

#### 4. *Acquisizione, conservazione, esibizione, consegna della documentazione radiologica.*

L'art. 4 del decreto ministeriale 14 febbraio 1997 si sofferma sulla trattazione delle vie di acquisizione, di archiviazione e degli obblighi di disponibilità ed esibizione della documentazione radiologica. Quest'ultimo testualmente recita:

1. - *«Ove la documentazione iconografica... non venga consegnata al paziente, questa deve essere custodita con le modalità di cui ai successivi commi»*.

2. - *«La documentazione iconografica... può essere acquisita mediante pellicole radiografiche, supporti cartacei, supporti elettronici»*.

3. - *«Qualora la documentazione iconografica non venga consegnata al paziente, deve essere custodita qualunque sia la forma di archivio prescelta, la documentazione deve poter essere disponibile a richiesta per successive esigenze mediche. Tale disponibilità deve essere mantenuta per un periodo non inferiore e dieci anni per la documentazione iconografica ed a tempo illimitato per i referti...»*.

Analizziamo ora le situazione che si realizzano nella pratica quotidiana, distinguendole in relazione alla provenienza del paziente interno o esterno, ed alla tipologia dei dati prodotti: a) referto radiologico; b) documentazione iconografica.

a) Il referto digitale del paziente interno, firmato digitalmente, deve essere conservato a tempo indeterminato e viene inserito nella cartella elettronica; se non esiste cartella elettronica, il referto viene stampato, sottoscritto ed inserito nella cartella cartacea.

Il referto digitale del paziente esterno, validato con firma digitale, viene consegnato al paziente in forma cartacea, con dichiarazione di conformità da parte di un pubblico ufficiale; in formato elettronico, su CD ROM o trasmesso via *e-mail* (c.f.r. Deliberazione AIPA n. 42/2001).

b) Le immagini prodotte in formato digitale, per un paziente interno, devono essere conservate per un periodo non inferiore a dieci anni, analogamente le immagini su pellicola. Il corretto processo di conservazione delle immagini radiologiche digitali prevede l'apposizione del riferimento temporale e della firma digitale del responsabile della conservazione sull'indice dei documenti contenuto nel supporto ottico, alla chiusura del processo.

Il paziente che richiede copia della documentazione iconografica, potrà scegliere il supporto su cui ricevere la copia medesima, elettronico o analogico.

Le immagini in formato digitale prodotte per un paziente esterno possono essere consegnate al paziente non sussistendo obbligo di conservazione per il servizio di Radiologia.

Tuttavia, la consegna della documentazione digitale al paziente esterno impone al servizio di Radiologia il dovere di informare il paziente sugli obblighi di conservazione *ex lege* della documentazione stessa: la tecnologia ci aiuta garantendo che con la firma digitale apposta dal radiologo refertante il documento sia divenuto imm modificabile e che eventuali successive manipolazioni siano immediatamente riscontrabili.

Le immagini ed i documenti analogici possono essere «conservati» in formato digitale, riversandoli, ad esempio, mediante *scanner* sui supporti ottici. Il responsabile della conservazione deve apporre, sull'insieme dei documenti, il riferimento temporale e la firma digitale per attestare il corretto svolgimento del processo. La distruzione di documenti analogici, di cui è obbligatoria la conservazione, è consentita soltanto dopo il completamento della procedura di conservazione digitale.

#### *Considerazioni finali.*

Il mondo radiologico è senza dubbio un mondo tecnologicamente avanzato al suo interno; ma, purtroppo, deve fare i conti con il mondo dei pazienti e con quello delle altre strutture sanitarie che non si stanno evolvendo alla medesima velocità.

È a tutti noi evidente che, sia da un punto di vista organizzativo che economico, la scelta tecnologica si è rivelata indispensabile.

Ormai la gestione dell'intera documentazione radiologica è divenuta talmente pesante da necessitare dell'ausilio elettronico; i costi, i luoghi e le risorse umane hanno fatto ancor più propendere per la moderna scelta.

Tuttavia, le norme non impongono ai fruitori dei moderni servizi radiologici di adeguarsi tecnologicamente.

Non vi è, invero, alcuna norma che impone al medico richiedente o al paziente di munirsi di *hardware* e *software* atti a leggere l'intera documentazione radiologica consegnatagli.

Ciò nondimeno, decidere per una svolta definitiva e radicale verso l'intera gestione elettronica interna ed esterna della documentazione radiologica potrebbe essere facilitata dall'orientamento nazionale nei confronti delle carte sanitarie elettroniche.

A tal fine, ognuno di noi dovrà entrare in possesso di una carta elettronica in grado di contenere molteplici dati ed informazioni su larga scala.

Ne consegue che, come in ogni situazione di passaggio dall'antico al moderno in evoluzione, si devono affrontare ponderate scelte...

*Riferimenti bibliografici*

SACCO P., *Valore legale dell'archivio digitale.*

BRANCHI M., *Integrazione dei servizi clinici di bioimmagini: aspetti economici e gestionali* – Tesi di specializzazione in Telematica ed Integrazione dei Servizi nella Sanità. AA 2000/2001.

MODENA D., *La disciplina per la formazione e la trasmissione dei documenti informatici.*

CAMMARATA M., MACCARONE E., *Teoria e Pratica del Diritto. La firma digitale sicura. Il documento informatico nell'ordinamento giuridico italiano.* Giuffrè Editore.

SCAGLIONE L., *Definizione di documento informatico.*

[www.palazzochigi.it](http://www.palazzochigi.it)

[www.interlex.it](http://www.interlex.it)

[www.innovazione.gov.it](http://www.innovazione.gov.it)

*La documentazione per il paziente. Aspetti legali.* [www.radinfo.org.it](http://www.radinfo.org.it)

[www.aipa.it](http://www.aipa.it)

# RECENSIONI

«*Il linguaggio delle istituzioni pubbliche nei discorsi di insediamento presso l'Avvocatura dello Stato, il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti*», a cura di FEDERICO BASILICA e STEFANO SEPE, Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione, Roma, 2004.

Nei rapporti fra amministrazione pubblica e cittadini, molto è cambiato: infatti, con una rivoluzione quasi copernicana il cittadino è divenuto, da suddito, protagonista e portatore di chiari diritti, oltre che di doveri.

Possiamo ben dire che di questa rivoluzione il linguaggio è stato ed è il tramite: un linguaggio non più oscuro, burocratico e farraginoso, quindi da decifrare, ma vivo e aderente alla realtà, per consentire una piena attuazione del principio di uguaglianza fra i cittadini, favorendo così il rispetto delle leggi.

Sono lontani i tempi in cui i bravi manzoniani ironizzavano sulle capacità del povero Don Abbondio, identificando il «sapere di latino» con la facoltà di sottrarsi ai propri doveri di parroco.

Eppure quando al latino così usato come lingua del potere, si è sostituito l'italiano, non si è adottato certo quello parlato, ma un burocratese complesso basato su formule consolidate, che per altro nessuno usava quotidianamente per esprimersi.

Nel 1993, con la pubblicazione del *Codice di stile delle comunicazioni scritte ad uso delle amministrazioni pubbliche*, a cura del Dipartimento della Funzione Pubblica, prendeva l'avvio un vero e proprio processo di riforma che, partendo dalla semplificazione del linguaggio amministrativo, andava ad inserirsi nell'attuazione stessa della legge 7 agosto 1990, n. 241, che sanciva la trasparenza del procedimento amministrativo, attraverso l'accesso ai suoi atti.

Il successivo «*Manuale di stile*» del 1997, curato da Alfredo Fioritto, è stato l'ideale prosecuzione del Codice, fornendo anche un glos-



sario di 500 termini ricorrenti nel linguaggio amministrativo, con relativa spiegazione. Con il progetto «*Chiaro*» poi si è dato il via alla creazione di uno staff, sempre presso il Dipartimento, dedicato alla semplificazione del «burocratese».

In questo ambito viene ad inserirsi il volume *Il linguaggio delle istituzioni pubbliche nei discorsi di insediamento presso l'Avvocatura dello Stato, il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti*, a cura di Federico Basilica e Stefano Sepe, edito dalla Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione.

Il testo è frutto di un progetto di ricerca dedicato ad una particolare forma di comunicazione, ovvero quella adottata dalle istituzioni pubbliche nelle cerimonie di insediamento dei vertici: nello specifico sono presi in esame i discorsi di insediamento.

*Dott.ssa Giuliana Costantini*



# INDICI SISTEMATICI

## 1 - ARTICOLI, NOTE, DOTTRINA, RECENSIONI

GIUSEPPE ARPAIA, <i>Il divieto di arbitrato nelle controversie relative ad opere pubbliche di ricostruzione dei territori colpiti da calamità naturali, tra presunta abrogazione ed interpretazione autentica.</i> . . . . .	pag.	905
FEDERICO BASILICA, <i>La Public Governance in Europa.</i> . . . . .	»	910
FEDERICO BASILICA, <i>La qualità della regolamentazione tra ordinamento internazionale e ordinamento nazionale.</i> . . . . .	»	786
BARBARA BOMBACI, <i>Valore legale dell'archivio digitale.</i> . . . . .	»	1023
IGNAZIO FRANCESCO CARAMAZZA, <i>Le nuove frontiere della giurisdizione amministrativa (dopo la sentenza della Corte Costituzionale 6 luglio 2004 n. 204).</i> »		741
PAOLA CIRIACO, <i>Giurisdizione in materia di pubblico impiego: inammissibile il ricorso al T.A.R. per l'annullamento delle procedure di riqualificazione del personale all'interno della stessa area funzionale.</i> . . . . .	»	848
GIANNI CORTIGIANI, <i>Ancora sull'ICI nella concessione di arenili.</i> . . . . .	»	871
GIULIANA COSTANTINI, <i>recensione a: Il linguaggio delle istituzioni pubbliche nei discorsi di insediamento presso l'Avvocatura dello Stato, il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti, a cura di Federico Basile e Stefano Sepe.</i> . . . . .	»	1032
VALENTINA DI VINCENZO, <i>Autorità indipendenti e tutela giurisdizionale.</i> . . . .	»	917
GIANNI CARLO FERRERO, <i>Sulle agenzie di disbrigo pratiche per gli stranieri.</i> . . . .	»	840
OSCAR FIUMARA, <i>Modifiche nel riparto di competenze fra Corte di Giustizia e Tribunale di primo grado delle Comunità europee.</i> . . . . .	»	783
MAURIZIO LACONO QUARANTINO, <i>Dismissione del patrimonio pubblico: l'interpretazione autentica (mente ingiusta).</i> . . . . .	»	937
MARIA VITTORIA LUMETTI, <i>L'attività amministrativa di valutazione: punteggio numerico e obbligo di motivazione.</i> . . . . .	»	853
MARIA VITTORIA LUMETTI, <i>La discrezionalità tecnica dell'amministrazione e il controllo del giudice amministrativo.</i> . . . . .	»	864
MARIA VITTORIA LUMETTI, <i>I mobili confini tra vizio di merito ed eccesso di potere.</i> . . . . .	»	945

ANTONIO PALATIELLO, <i>Ancora sul caso del Crocifisso</i> . . . . .	»	823
CLAUDIO PARIS, <i>Accertamento della mancanza dello stato di insolvenza nel giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento</i> . . . . .	»	984
VINCENZO RAGO, <i>Il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato a favore delle Regioni a statuto ordinario</i> . . . . .	»	775
VINCENZO RAGO, <i>Università degli studi: giudice amministrativo e ordinario sono d'accordo sul patrocinio esclusivo ed obbligatorio dell'Avvocatura dello Stato</i> . . . . .	»	769
EMANUELA ROSANÒ, <i>Il trattamento dei dati personali alla luce del d.lgs. 196/03 («Codice in materia di protezione dei dati personali»), in particolare le regole specifiche per i soggetti pubblici</i> . . . . .	»	1007
ILARIA SANASI, <i>Fermo amministrativo: è sufficiente il fumus boni iuris del credito vantato dalla P.A.</i> . . . . .	»	836

## 2 - INDICE DELLE SENTENZE

### CORTE COSTITUZIONALE

Ord.. 15 dicembre 2004, n. 389 . . . . .	»	832
--	---	-----

### CORTE DI CASSAZIONE

Sez. trib., sent. 2 marzo 2004, n. 4219 . . . . .	»	838
Sez. Un., sent. 29 aprile 2004, n. 8211 . . . . .	»	776

### TRIBUNALE CIVILE DI TORINO

Sez. 1°, ord. 7 luglio 2004 . . . . .	»	846
---------------------------------------	---	-----

### TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO

Roma, sez. 2° ter, sent. 4 maggio 2004, n. 3757 . . . . .	»	850
---	---	-----

### CONSIGLIO DI STATO

Sez. 4°, sent. 19 luglio 2004, n. 5175 . . . . .	»	862
--	---	-----

### TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DELLA TOSCANA

Sez. 1°, sent. 20 aprile 2004, n. 1214 . . . . .	»	859
Sez. 1°, sent. 19 luglio 2004, n. 2649 . . . . .	»	860
Sez. 1°, ord. 9 settembre 2004, n. 924 . . . . .	»	863
Sez. 1°, ord. 14 luglio 2004, n. 798 . . . . .	»	870

### COMMISSIONE TRIBUTARIA REGIONALE DI FIRENZE

Sez. 16°, sent. 7 settembre 2004, n. 9 . . . . .	»	871
--	---	-----

## 3 - INDICE DEGLI ARGOMENTI

AVVOCATURA DELLO STATO – Patrocinio – Regioni a statuto ordinario ( <i>Cassaz., S.U., sent. 29 aprile 2004 n. 8211</i> ) . . . . .	pag. 776
CONCORSO PUBBLICO O ESAME – Motivazione espressa a mezzo di coefficienti numerici – Discrezionalità tecnica – Attività di giudizio e non propriamente provvedimento – Punteggio numerico sufficiente – Finalità di economicità, celerità e chiarezza dell'attività amministrativa di valutazione ( <i>C.d.S., sez. 4°, sent. 19 luglio 2004 n. 5175; T.A.R. Toscana, sez.1°, sent. 20 aprile 2004 n. 1214; sez. 1°, sent. 19 luglio 2004 n. 2649; sez. 1°, ord. 9 settembre 2004 n. 924</i> ) »	859 ss.
CORTE COSTITUZIONALE - Istruzione pubblica – Arredi scolastici – Laicità dello Stato – Inammissibilità della questione di legittimità costituzionale ( <i>Corte Cost., ord. 15 dicembre 2004, n.389</i> ) . . . . .	» 832
DIRITTO TRIBUTARIO – Diritto di credito vantato da una P.A. avverso un creditore di altra P.A. – Provvedimento cautelare di sospensione del pagamento <i>ex art. 69 R.D. n.2240/1923</i> (c.d. «fermo amministrativo») – Sufficienza del <i>fumus oni iuris</i> della ragione di credito della P.A. ( <i>Cassaz., sez. trib., sent. 2 marzo 2004, n. 4219</i> ) . . . . .	» 838
DISCREZIONALITÀ TECNICA – Accertamenti sanitari – Controllo del G.A. – Insindacabilità (T.A.R. Toscana, sez. 1°, ord. 14 luglio 2004 n. 798). . . . .	» 870
EXTRACOMUNITARI – Agenzie disbrigo pratiche stranieri – Permessi di soggiorno – Difetto di giurisdizione del G.O. – Inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione attiva – Insussistenza del <i>fumus boni iuris</i> – Insussistenza del <i>periculum in mora</i> ( <i>Trib. Civ. di Torino, sez. 1°, ord. 7 luglio 2004</i> ) »	846
PUBBLICO IMPIEGO – Procedure di riqualificazione del personale – Giurisdizione del G.A. – Insussistenza ( <i>T.A.R. Lazio, Roma, sez. 2° ter, sent. 4 maggio 2004 n. 3757</i> ) . . . . .	» 850
TRIBUTI LOCALI – I.C.I. – Stabilimenti balneari – periodo anteriore al 2001 – Soggettività passiva – Demanio concedente – Esclusione – Concessionario – Sussistenza (Comm. Trib. Reg. di Firenze, sez.16°, sent. 7 settembre 2004 n. 9) »	871

## 4 - PARERI

<b>A.G.S. – Comunicazione di servizio n. 115, prot. n. 101275, del 20 luglio 2004.</b> Contenzioso in materia di beni culturali . . . . .	pag. 875
<b>A.G.S. – Parere del 15 novembre 2003, n. 127581.</b> Confisca di bene immobiliare <i>ex art. 2-ter</i> legge 31 maggio 1965, n. 575. Natura (originaria o derivativa) del trasferimento a seguito della confisca - Conseguente sorte di diritti reali di garanzia sul bene) ( <i>consultivo 9831/02, avvocato A. Linguiti</i> ) . . . . .	pag. 876
<b>A.G.S. – Parere del 5 maggio 2004, n. 66043.</b> Interpretazione delle disposizioni contenute nell'art. 9- <i>bis</i> della legge 27 dicembre 2002, n. 289, in materia di condono fiscale ( <i>consultivo 20133/04, avvocato G. De Bellis</i> ) . . . . .	pag. 881

- A.G.S. – Parere del 23 giugno 2004, n. 90482.**  
 Se l'art. 18 D.L. 25 marzo 1997, convertito in legge 3 maggio 1997, n. 135, in materia di rimborso delle spese di patrocinio legale da parte dell'amministrazione, sia applicabile anche in caso di condanna della controparte alla rifusione delle spese in favore del dipendente. (*consultivo 10040/03, avvocato W. Ferrante*)..... pag. 883
- A.G.S. – Parere del 30 giugno 2004, n. 93030.**  
 Gara a procedura ristretta per lo svolgimento di servizi di sviluppo e gestione del Sistema Informativo dell'Istruzione. (*Contenziosi nn. 13160/03 e 12629/03, avvocato V. Nunziata*)..... pag. 885
- A.G.S. – Parere del 23 luglio 2004, n. 102371.**  
 Contratti di fornitura assistenza sistemica per uffici giudiziari. Cessione dei contratti. Applicabilità dell'art. 35 della legge n. 109/94. (*consultivo n. 27972/04, avvocato C. Sica*)..... pag. 886
- A.G.S. – Parere del 24 luglio 2004, n. 102962.**  
 Cessione di ramo d'azienda: efficacia ex art. 35 legge n. 109/94. Responsabilità del cessionario per debiti del cedente: condizioni. Legittimità di fermo amministrativo di crediti vantati dal cessionario verso la P.A. (*consultivo n. 17285/03, avvocato M. Corsini*)..... pag. 887
- A.G.S. – Parere del 30 luglio 2004, n. 105616.**  
 Fermo dei beni mobili registrati ex art. 86 d.P.R. n. 602/73 come sostituito dall'art. 1, comma 1, lettera *q*), del d.lgs. n. 193/2001. Effetti della ordinanza n. 3402/2004 del 23 giugno 2004 dal T.A.R. Lazio (confermata dal Consiglio di Stato), che ha sospeso l'efficacia della Circolare Ministeriale 24 novembre 1999, n. 221, della Risoluzione dell'Agenzia delle entrate n. 64/2002, della nota dell'Agenzia delle entrate protocollo 66384/2004 e della nota 22 marzo 2004 del Concessionario del Servizio Nazionale per la Riscossione dei Tributi della Provincia di Roma, aventi ad oggetto la disciplina della procedura per l'adozione del fermo amministrativo. Limitazione di detti effetti al solo rapporto dedotto in giudizio, atteso che anche gli atti generali impugnati sono soltanto circolari aventi mero valore interpretativo che il giudice amministrativo non ha ritenuto di condividere. Opportunità di evitare, fino all'adozione del regolamento attuativo dell'art. 86 del d.P.R. n. 602/73 come sostituito dall'art. 1 comma 1, lettera *q*) del d.lgs. n. 193/2001, l'emissione di provvedimenti di fermo amministrativo di veicoli per i ruoli delle entrate tributarie da parte dei concessionari delle riscossioni delle entrate. (*Contenzioso n. 27998/04, avvocato G. Fiengo*). pag. 890
- A.G.S. – Parere del 2 agosto 2004, n. 106210.**  
 D.L. n. 269/03, art. 38: «Norme di semplificazione in materia di sequestro, fermo, confisca e alienazione dei veicoli». (*consultivo n. 16756/04, avvocato P. Palmieri*)..... pag. 891
- A.G.S. – Parere del 5 agosto 2004, n. 108043.**  
 Quesito dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Ancona. Trattamento dei praticanti all'Avvocatura dello Stato. (*consultivo n. 28275/04*)..... pag. 892

**A.G.S. – Parere del 12 agosto 2004, n. 110067.**

Legge n. 575/1965 – Se l'amministratore di patrimoni sottoposti a provvedimento cautelare di sequestro ovvero a provvedimento di confisca non ancora divenuto definitivo (ai sensi dell'art. 2 *ter*, commi 2 e 3 della legge n. 575/65) possa fruire del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato. (*consultivo n. 5011/03, avvocato M. Mari*)..... pag. 894

**A.G.S. – Parere del 25 giugno 2004, n. 91868.**

Addebito dell'Imposta sul Valore Aggiunto (I.V.A.) sugli importi dovuti dal Ministero Affari Esteri – D.G.C.S. alle controparti a titolo di rimborso *pro quota* degli onorari degli arbitri e delle spese di funzionamento dei Collegi arbitrali. (*consultivo 29845/04, avvocato A. Palatiello*)..... pag. 899

**A.G.S. – Parere del 20 settembre 2004 n. 122169.**

Affidamento di attività di progettazione a professori (docenti a tempo pieno – tempo parziale). (*consultivo 35683/04, avvocato M. Corsini*)..... pag. 901

