

ANNO LVI - N. 4

OTTOBRE-DICEMBRE 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: *Ignazio Francesco Caramazza – Pierpaolo Carbone – Antonio Cingolo – Giorgio D'Amato – Pier Luigi Di Palma – Michele Gerardo – Aldo Linguiti – Iole Moricca – Roberto Palasciano – Carmela Pluchino – Maurizio Iacono Quarantino – Vito Tenore – Francesco Vignoli*.

SEGRETERIA DI REDAZIONE: *Francesca Pioppi*.

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

ABBONAMENTI ANNO 2004

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

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

Per abbonamenti e acquisti rivolgersi a:

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

Funzione Editoria

P.zza Verdi, 10 – 00198 Roma

Tel. 0685082207 – 0685084124

Fax 0685084117

E-mail: venditeperiodici@ipzs.it

c/c postale n. 387001

Stampato in Italia – Printed in Italy

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

(P401044/1) Roma, 2004 — Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A. – S.

INDICE – SOMMARIO

TEMI ISTITUZIONALI

- Ignazio Francesco Caramazza, *Federalismo e autonomie locali* Pag. 1041
Maria Vittoria Lumetti, *Il provvedimento amministrativo delineato dalla legge
15/2005 di modifica della legge 241/1990* » 1051

IL CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

- Oscar Fiumara, *Le sentenze della Corte di Giustizia e del Tribunale di primo
grado delle Comunità europee dell'anno 2004 emesse in cause cui ha parteci-
pato l'Italia*. » 1073
Iole Moricca, (a cura di), dossier, *Lo stato degli atti sull'in house providing
(Resoconto di un viaggio di studio alla Corte di Giustizia)*. » 1087
1. — *Le decisioni*
Antonio Cingolo, *Sul c.d. «effetto orizzontale» delle direttive comunitarie,
(Corte di giustizia CE, sent. 5 ottobre 2004 nelle cause da C-397/01 a
C-403/01)*. » 1126
Pier Luigi Di Palma, *L'attuazione della direttiva 96/67/Ce relativa al libero
accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della
Comunità* (Corte di giustizia CE, sent. 9 dicembre 2004 nella causa
C-460/02). » 1136
2. — *I giudizi in corso*. » 1144

IL CONTENZIOSO NAZIONALE

- Roberto Palasciano, *La natura «secundum statutum» della composizione mista
del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana* (Corte cost.,
sent. 28 ottobre – 4 novembre 2004 n. 316). » 1187
Giorgio D'Amato, *Enunciati non normativi dei nuovi statuti regionali* (Corte
cost., sentt. 29 novembre-6 dicembre 2004, nn. 372, 378, 379). » 1210
Iole Moricca, *Espropriazione per pubblica utilità. Opposizione al valore di stima
dei beni espropriati*. (Cassaz., sez. 1°, sent. 6 aprile 2004 n. 12318). » 1248
Francesco Vignoli, *Ragionevole durata del processo e decisione definitiva:
spunti critici da una recente pronuncia della Corte d'appello di Milano* (Corte
d'appello di Milano, sez. 2°, decreto 22 ottobre 2004 n. 871). » 1251
Michele Gerardo, *Il risarcimento del danno ambientale ex legge n. 349/1986
(Trib. Napoli, sent. 3 novembre 2004 n. 11235)*. » 1263
Pierpaolo Carbone, *Sulla giurisdizione dei «concorsi interni» del pubblico
impiego* (C.d.S., sez. 6°, sent. 4 giugno 2004 n. 6511). » 1275
Maria Vittoria Lumetti, *Gli atti di natura organizzativa nell'ambito scolastico
(T.A.R. Toscana, sez. 1°, ordd. 27 ottobre 2004 n. 1117 e 10 novembre
2004 n. 1146)*. » 1282
Maria Vittoria Lumetti, *Il sindacato giurisdizionale e la discrezionalità dell'am-
ministrazione in tema di sanzioni disciplinari* (T.A.R. Toscana, ord. 9 novem-
bre 2004 n. 1142). » 1288

- I PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO. » 1293

CONTRIBUTI DI DOTTRINA

- Oscar Fiumara, *Grandi imprese societarie in crisi e strutture comunitarie:
amministrazione straordinaria e ristrutturazione industriale*. » 1328
Maurizio Iacono Quarantino, *L'esecutorietà provvisoria della condanna alle
spese*. » 1343
Carmela Pluchino, Aldo Linguiti, *Arbitrato e Pubblica Amministrazione: diritti
soggettivi e poteri autoritativi*. » 1348

Vito Tenore, <i>Responsabilità solidale della P.A. per danni arrecati a terzi da propri dipendenti. È auspicabile il recupero di una nozione rigorosa di occasionalità necessaria con i fini istituzionali.</i>	Pag. 1368
INDICI SISTEMATICI ANNO 2004	» 1387

TEMI ISTITUZIONALI

Federalismo e autonomie locali (*)

di Ignazio Francesco Caramazza

I. – Note introduttive.

Vorrei anzitutto ringraziare il Prefetto Troise, per avermi invitato a partecipare a questa manifestazione presso la Scuola Superiore del Ministero dell'interno.

Come sapete, del Ministero dell'interno ho fatto parte per più di un anno come tecnico prestato alla politica. Questo accadeva in tempi ormai lontani, ma il ricordo di quei tempi è in me tuttora vivo.

È un ricordo di simpatia e di stima per le persone insieme con cui ho avuto il piacere di lavorare.

È un ricordo di ammirazione e rispetto per la gigantesca macchina amministrativa che costituiva e costituisce tuttora la struttura portante dello Stato-amministrazione.

Senza il reticolo delle Prefetture (chiamiamole pure, oggi, Uffici Territoriali di Governo) e delle loro articolazioni di Questure, Comandi provinciali dei Vigili del Fuoco, Comandi di Polizia stradale e così via il Paese non sarebbe governabile.

Considero quindi un privilegio trovarmi di nuovo tra voi in questa sede per partecipare alla presentazione di due numeri importanti della rivista *Amministrazione Civile*, dedicati a dieci anni di scioglimenti di organi assembleari degli enti locali.

Il profilo più rilevante di questa indagine è ovviamente quello statistico, che fornisce analisi e disaggregazioni significative sulle cause degli scioglimenti, in relazione alla loro ripartizione geografica, alle dimensioni demografiche degli enti locali coinvolti e così via. Particolarmente significativi, poi, i dati sugli scioglimenti per infiltrazioni malavitose.

(*) Conferenza tenuta il 25 novembre 2004 alla Scuola Superiore dell'Amministrazione dell'Interno.

Si tratta di elementi fondamentali per pianificare il controllo del territorio ed assumere, a livello politico e di alta amministrazione, le opportune iniziative.

Non mi azzardo, naturalmente, ad entrare in questo territorio che non è di mia competenza.

Mio compito è soltanto quello di valutare come il potere statale di scioglimento di organi degli enti locali si inquadri nel nuovo assetto costituzionale disegnato dalla modifica del Titolo V della Costituzione recato dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3.

La relazione che farò in proposito ha il titolo di «*Federalismo e autonomie locali*». Titolo quanto mai pretenzioso ma che ho scelto per sottolineare con un ossimoro evidente la contraddizione di fondo che ha ispirato tanto la riforma costituzionale del 2001 quanto quella attualmente all'esame del Parlamento.

2. – *L'art. 114 Costituzione e il cosiddetto principio di pari-ordinazione.*

Come è noto, il primo comma del nuovo art. 114 Cost. recita:

«*La Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città Metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato*».

Da tale statuizione è stata da molti tratta la conseguenza – ineccepibile dal punto di vista dalla esegesi letterale – della assoluta equiordinazione fra Stato ed enti locali nell'ordinamento repubblicano (1). Equiordinazione che sarebbe addirittura stata avallata dalla Corte Costituzionale (2).

Traendo l'affermazione alle sue logiche conseguenze dovremmo concludere che l'Italia è una repubblica federale in cui i soggetti federati sono Comuni, Province, Città metropolitane, Regioni e Stato.

Tale conclusione sarebbe, ovviamente, sconcertante e fortunatamente il secondo comma dello stesso articolo 114 sembra impedirlo quando, contraddicendo il primo comma, afferma che Comuni, Province, Città Metropolitane e Regioni sono *enti autonomi*. Cioè subordinati allo Stato.

È noto infatti che l'autonomia è quel potere di autoorganizzazione e normazione che deriva ad un ente non sovrano dall'ente sovrano, quale è per eccellenza lo Stato; Stato che, invece, possiede originariamente un potere normativo primario quale attributo coesistente con la sovranità (3).

Spetterà dunque all'interprete stabilire il coordinamento tra le due disposizioni contraddittorie e letteralmente inconciliabili.

(1) F. STADERINI, *Il controllo sulle regioni e gli enti locali nel nuovo sistema costituzionale italiano*, in *Riv. Corte dei Conti* n. 2/2003; P. BIANCHI, *Il sistema dei controlli amministrativi*, in *La revisione costituzionale del Titolo V* a cura di G. Franco Ferrari e G. Parodi; R. BALDUZZI, *Le autonomie locali dopo la revisione costituzionale*, in «*La revisione costituzionale*», *cit.*

(2) Relazione del comitato di indirizzo e coordinamento tecnico-scientifico per l'attuazione delle deleghe di cui all'art. 2 legge 5 giugno 2003 n. 131 in Internet — Ministero dell'Interno.

(3) S. PUGLIATTI, *Autonomia pubblica*, in *Enciclopedia del Diritto*.

Anticipando le conclusioni cui mi riprometto di arrivare dirò subito che considero il primo comma dell'art. 114 norma con valenza poco più che declamatoria e che non vi è affatto equiordinazione fra Stato ed autonomie locali.

A tacer d'altro, lo Stato si è infatti riservato potestà di legislazione esclusiva in materie di legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città Metropolitane (art. 117, II comma, lettera *p*) Costituzione) con conseguente omogeneizzazione tipizzata delle autonomie locali su tutto il territorio nazionale e si è attribuito potere sostitutivo nei confronti degli organi di Regioni, Città Metropolitane, Province e Comuni nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 120, 2° comma Costituzione).

Potere autorevolmente qualificato come particolarmente «grave» conferito sulla base di «parametri vaghissimi»(4) e che consegue a valutazioni compiute nell'esercizio di una funzione di controllo non esplicitata ma necessariamente presupposta (5) e che — aggiungo io — non può non spettare al Rappresentante dello Stato per i rapporti con il sistema delle autonomie, cioè al Prefetto preposto all'ufficio territoriale del Governo avente sede nel capoluogo di Regione, a' sensi dell'art. 10 della legge 5 giugno 2003 n. 131.

Si tratta, all'evidenza, di una sovraordinazione dello Stato a Regioni ed enti locali mediante l'attribuzione del più penetrante dei poteri di controllo, quello sostitutivo, non certo controbilanciato dalla soppressione di tutti i controlli eteronomi sugli atti di Regioni ed enti locali(6).

3. – *In particolare, il rapporto fra Stato ed enti locali: nostra tesi.*

Se la Costituzione, nel suo testo novellato, ha già delimitato in certo modo differenziale il rapporto fra Ente Sovrano ed enti autonomi (non sarà superfluo rammentare, in proposito, come l'art. 122 della Costituzione si preoccupi di rinviare alla legge dello Stato la normazione di principio sui sistemi elettorali regionali) la legge 5 giugno 2003 n. 131, intitolata «Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3» (c.d. legge «La Loggia») ha posto più puntuali paletti.

L'art. 2 di questa legge, titolato «Delega al Governo per l'attuazione dell'art. 117, 11 comma, lettera *p*) della Costituzione e per l'adeguamento delle disposizioni in materia di enti locali alla legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3», dopo aver precisato che i decreti delegati dovranno individuare

(4) B. CARAVITA, *Prime osservazioni di contenuto e di metodo nella riforma del Titolo V della Costituzione in Statuti regionali*, [www. statutiregionali.it](http://www.statutiregionali.it)

(5) P. BIANCHI, *op. loc. cit.*

(6) B. CARAVITA, *op. cit.*

le funzioni fondamentali essenziali per il funzionamento degli enti locali e rivedere le disposizioni normative in materia per adeguarle alla novella costituzionale, ha formulato, fra gli altri, i seguenti principi e criteri direttivi:

Comma 4 lettera g): «procedere alla revisione delle disposizioni legislative sugli enti locali, comprese quelle contenute nel testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, limitatamente alle norme che contrastano con il sistema costituzionale degli enti locali definito dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, attraverso la modificazione, l'integrazione, la soppressione e il coordinamento formale delle disposizioni vigenti, anche al fine di assicurare la coerenza sistematica della normativa, l'aggiornamento e la semplificazione del linguaggio normativo;

Comma 4 lettera m): mantenere ferme le disposizioni in vigore relative al controllo sugli organi degli enti locali, alla vigilanza sui servizi di competenza statale attribuiti al sindaco quale ufficiale del Governo, nonché fatta salva la polizia amministrativa locale, ai procedimenti preordinati alla tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica nonché le disposizioni volte ad assicurare la conformità dell'attività amministrativa alla legge, allo statuto e ai regolamenti».

Se le parole hanno un senso, le disposizioni ora citate, quale combinato disposto attuativo dell'art. 120 Costituzione nel testo novellato, che ne costituisce legittimazione primaria, non possono suonare che conferma della piena perdurante vigenza del potere statale di scioglimento degli organi assembleari degli enti locali, in quella che è la sua pregnante caratteristica di *controllo sostitutivo intersoggettivo*.

Cioè di controllo dell'Ente sovrano su organi elettivi dell'ente autonomo con conseguente eventuale dissoluzione dell'organo elettivo e sua sostituzione con organo burocratico centrale per il tempo necessario a ricondurre la situazione a legittimità o legalità.

Trattasi, all'evidenza, della più ficcante ed intrusiva forma di controllo immaginabile, in quanto assume l'aspetto bifasico di un previo sindacato valutativo (propriamente di controllo) seguito – previa dismissione dell'organo – da una attività sostitutiva di amministrazione attiva in luogo e vece dell'organo controllato e dissolto. Il tutto con l'aggravante della sostituzione di un organo burocratico statale ad un organo elettivo locale.

4. – Lo scioglimento degli organi assembleari per infiltrazione mafiosa.

Ancor più penetrante è, poi, il controllo sostitutivo che si attua con lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali conseguente a fenomeni di infiltrazione e condizionamento di tipo mafioso.

Tale scioglimento si è sempre dimostrato un efficace strumento con il quale lo Stato ha contrastato e contrasta la criminalità organizzata.

Anche a seguito della modifica del Titolo V della Costituzione, lo scioglimento degli organi rappresentativi degli enti locali da parte dello Stato non solo rimane espressione dell'insopprimibile istanza unitaria dell'ordinamento, ma costituisce anche tutela per l'autonomia degli enti locali.

Il legislatore, la prassi amministrativa e la giurisprudenza costituzionale ed amministrativa hanno concorso nel tempo a delineare i lineamenti essenziali dell'istituto in esame.

Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni o collegamenti mafiosi ha trovato la propria disciplina dapprima nell'art. 15-*bis* della legge n. 55/1990, il quale è stato poi trasfuso nell'art. 143 D.Lgs. 267/00 (T.U.E.L.). La normativa in questione, infine, è stata fatta salva – come si è visto – dalla c.d. legge La Loggia (legge 131/2003) la quale all'art. 2, 4° comma, lettera *m*), ha espressamente mantenute ferme «le disposizioni in vigore relative al controllo sugli organi degli enti locali».

Appare utile muovere in proposito dalla posizione presa dalla Corte Costituzionale sull'istituto, con sentenza (7) la cui *ratio decidendi* appare valida anche dopo l'entrata in vigore della riforma costituzionale del 2001.

La Consulta ha ritenuto la disposizione al suo esame immune dalle denunciate censure di illegittimità costituzionale.

Il giudice delle leggi ha avuto modo di affermare che la disposizione è formulata in modo da assicurare il rispetto dei principi di «personalità della responsabilità» nonché quello della «coerenza tra mezzo e fine perseguito».

A giudizio della Consulta, inoltre, l'art. 15 *bis* (poi trasposto nell'art. 143 T.U.E.L.) garantisce sia l'obiettività sia la coerenza nell'esercizio dello straordinario potere di scioglimento degli organi elettivi conferito all'autorità amministrativa.

Per l'esercizio di siffatto potere è infatti necessario che ricorrano alternativamente: o collegamenti, diretti o indiretti, degli amministratori con la criminalità organizzata; ovvero forme di condizionamento degli amministratori stessi.

Detti presupposti alternativi, inoltre, non sono da soli sufficienti a giustificare l'intervento dello Stato, ma è altresì necessario che simili situazioni compromettano la libera determinazione degli organi elettivi ed il buon andamento delle amministrazioni comunali e provinciali nonché il regolare funzionamento dei servizi loro affidati; ovvero arrechino un grave e perdurante pregiudizio per lo stato della sicurezza pubblica.

La coerenza tra mezzo e fine perseguito è quindi assicurata dalla stretta consequenzialità che la norma richiede tra il pregiudizio per gli interessi pubblici appena citati ed i «collegamenti» o le «forme di condizionamento».

Si deve inoltre osservare che la giurisprudenza amministrativa richiedeva per il provvedimento di scioglimento dei consigli comunali o provinciali una motivazione adeguata già prima dell'entrata in vigore della legge 241/1990. Tale provvedimento è infatti restrittivo della sfera giuridica dei destinatari, e pertanto l'amministrazione ha da sempre dovuto dare conto in maniera adeguata:

- 1) della sussistenza dei presupposti di fatto;
- 2) del nesso logico fra questi e le determinazioni che, muovendo da essi, vengono adottate;
- 3) della congruità dei sacrifici imposti in relazione alle finalità da perseguire.

(7) Corte Costituzionale, sent. n. 103 del 19 marzo 1993.

La stessa Corte Costituzionale ha dato atto al Ministero dell'Interno di essersi mostrato pienamente cosciente che la norma rende possibile lo straordinario potere di scioglimento solo in presenza di situazioni di fatto evidenti e quindi necessariamente suffragate da obiettive risultanze che rendano attendibili le ipotesi di collusioni anche indirette degli organi elettivi con la criminalità organizzata (8), così da rendere pregiudizievole per i legittimi interessi delle comunità locali il permanere di quegli organi alla guida degli enti esponenziali di esse, e non certo la loro rimozione (il che giustifica anche una temporanea compressione del principio di autonomia).

Il Consiglio di Stato (9), poi, ha avuto modo di precisare che lo scioglimento di un consiglio comunale *ex art. 15-bis* legge 55/1990 è la risultante di una valutazione il cui asse portante è costituito, da un lato, dall'accertata o notoria diffusione sul territorio della criminalità organizzata e, dall'altro, dalle carenze di funzionalità dell'ente stesso in uno o più settori, sensibili agli interessi della criminalità medesima, ovvero da una situazione di grave e perdurante pregiudizio per la sicurezza pubblica.

Quest'ultima valutazione involge parametri riservati all'Amministrazione, e pertanto è suscettibile di essere sindacata solo sotto profili che denotino, in modo sufficientemente concludente, la deviazione del procedimento dal suo fine istituzionale.

Da quanto appena visto consegue che entro i limiti esposti la potestà discrezionale di cui dispone l'Amministrazione risulta assai ampia (10): non è infatti necessario che siano riscontrate precise illegittimità.

Destinatari della norma non sono tanto, infatti, i singoli consiglieri dell'organo, ma l'organo stesso. L'estrema latitudine con cui vengono espressi i presupposti per lo scioglimento *ex art. 143 T.U.E.L.* (già *art. 15-bis* legge 55/1990) è quindi espressione della volontà legislativa di riferirsi anche a situazioni estranee all'area rilevante ai fini penalistici o di misure preventive (11). Ciò a cui mira l'intervento straordinario in esame è stroncare sul nascere ogni permeabilità dell'ente locale ad influenze criminali.

Ai fini del provvedimento di scioglimento non è necessario che dall'istruttoria procedimentale emergano prove in senso tecnico-giuridico, né che le risultanze istruttorie assumano i connotati che legittimano l'applicazione delle misure di sicurezza. È infatti sufficiente che dette risultanze consentano di configurare una situazione nella quale vi siano interferenze con la libera determinazione degli organi di autogoverno locale collegate a fenomeni certi ed accertati, anche per notorietà, di criminalità organizzata.

Non è quindi necessaria l'imputazione di puntuali illegalità commesse da parte dei rappresentanti delle comunità locali, ma è sufficiente che vengano riscontrate situazioni che rendano plausibile la soggezione degli amministratori locali alla criminalità organizzata.

(8) Il riferimento è alla circolare esplicativa (n. 7102 M/6 del 25 giugno 1991) del Ministero dell'Interno.

(9) Cons. Stato, Sez. V, 2 ottobre 2000, n. 5225.

(10) Cons. Stato, Sez. V, 23 giugno 1999, n. 719.

(11) Cons. Stato, Sez. V, 3 febbraio 2000, n. 585.

In buona sostanza, lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali si colloca all'esito di un giudizio di incapacità dell'organo collegiale di esercitare le funzioni che l'ordinamento gli affida in maniera realmente indipendente. Tale giudizio deve essere condotto considerando nel loro insieme gli elementi addotti a riprova di collusioni, collegamenti e condizionamenti per valutare la ragionevolezza dell'addebito mosso all'organo (12).

Se è possibile affermare che lo scioglimento non è sanzione nei confronti dei consiglieri, ma dell'organo in quanto tale, non si può tacere che accanto alla funzione sanzionatoria si colloca una funzione preventiva, come si è più volte sottolineato.

In definitiva e per concludere, il potere di scioglimento in esame costituisce potere di alta amministrazione fornito della più lata discrezionalità, *«fondato, com'è, su di un disposto normativo di assoluta genericità, «che considera sufficiente la presenza di «elementi» non meglio specificati su «collegamenti» o «forme di condizionamento». Il che indica che la norma considera, per quanto concerne il «rapporto» fra gli amministratori e la criminalità organizzata, circostanze che presentano un grado di significatività e di conclusione inferiore a quelle che legittimano l'avvio dell'azione penale o l'adozione delle misure di sicurezza nei confronti degli «indiziati» di appartenere ad associazioni di tipo mafioso o analoghe (legge 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni).*

In questa logica, che non ha finalità repressive nei confronti di singoli, ma di salvaguardia dell'amministrazione pubblica di fronte alla pressione e all'influenza della criminalità organizzata, trovano giustificazione i margini, particolarmente ampi, della potestà di apprezzamento di cui fruisce l'amministrazione e la possibilità di dare peso anche a situazioni non traducibili in addebiti personali, ma tali da rendere plausibile, nella concreta realtà contingente e in base ai dati dell'esperienza, l'ipotesi di una possibile soggezione degli amministratori alla criminalità organizzata, quali i vincoli di parentela o di affinità, i rapporti di amicizia o di affari, le notorie frequentazioni.

Ugualmente ampio, secondo il modello di valutazione stabilito dalla norma citata, risulta il margine per l'apprezzamento degli effetti derivanti dai «collegamenti» o dalle «forme di condizionamento» in termini di compromissione della «libera determinazione degli organi elettivi», del «buon andamento delle amministrazioni» nonché del «regolare funzionamento dei servizi», ovvero in termini di «grave e perdurante pregiudizio per lo stato della sicurezza pubblica». Sotto questo profilo, devono ritenersi idonee anche quelle situazioni che non rivelino né lascino presumere l'intenzione degli amministratori di assecondare gli interessi della criminalità organizzata, giacché, in tal caso, sussisterebbero i presupposti per l'avvio dell'azione penale o, almeno, per l'applicazione delle misure di prevenzione a carico degli amministratori, mentre la scelta del legislatore, giova ripeterlo, è stata quella di non subordinare lo scioglimento del consiglio comunale né a tali circostanze né al compimento di specifiche illegittimità (13)».

(12) Cons. Stato, Sez. V, 22 marzo 1999.

(13) Così, da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 18 marzo 2004, n. 1425.

Inutile sottolineare, attesa la composizione dell'uditorio a cui ho l'onore di parlare e quindi la sua specifica competenza, che l'istruttoria dello scioglimento è di competenza del prefetto della provincia, che vi provvede attraverso una relazione redatta a seguito dell'esercizio di tutti i peculiari poteri di accertamento conferitigli, ivi compresa l'acquisizione di tutte le informazioni ottenibili dalle procure della Repubblica anche in deroga al segreto istruttorio.

Inutile sottolineare, ancora, il potere che spetta al Prefetto, in caso di urgente necessità, di commissariare gli organi (dell'ente locale) – previamente sospesi – in attesa del decreto di scioglimento.

Tale essendo la disciplina positiva dei rapporti in materia fra Stato ed autonomie locali mi sembra difficile parlare di pari-ordinazione.

In tale convinzione mi conforta l'avviso della Corte Costituzionale che ha sostenuto la supremazia dello Stato sulle autonomie. E ciò ha fatto proprio con la sentenza 24 luglio 2003 n. 274 che i fautori della pari-ordinazione hanno invocato a sostegno delle loro tesi.

In realtà tale invocazione risulta da una frettolosa lettura della sentenza, che, benvero, prospettava al quartultimo capoverso del § 2.1 dei «considerato in diritto» la equiordinazione dei cinque soggetti di cui all'art. 114 primo comma, ma *non come opinione propria sibbene come opinione altrui*, energicamente contrastata peraltro nei due capoversi successivi come segue: «*Ma – ai fini di individuare il contenuto di tale ricorso governativo – è decisivo rilevare come, nel nuovo assetto costituzionale scaturito dalla riforma, allo Stato sia pur sempre riservata, nell'ordinamento generale della Repubblica, una posizione peculiare desumibile non solo dalla proclamazione di principio di cui all'art. 5 della Costituzione, ma anche alla ripetuta evocazione di un'istanza unitaria, manifestata dal richiamo al rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, come limiti di tutte le potestà legislative (art. 117, comma 1) e dal riconoscimento dell'esigenza di tutelare l'unità giuridica ed economica dell'ordinamento stesso (art. 120, comma 2). E tale istanza postula necessariamente che nel sistema esista un soggetto – lo Stato, appunto – avente il compito di assicurarne il pieno soddisfacimento.*

Lo stesso art. 114 della Costituzione non comporta affatto una totale equiparazione fra gli enti in esso indicati, che dispongono di poteri profondamente diversi tra loro: basti considerare che solo allo Stato spetta il potere di revisione costituzionale e che i Comuni, le Città metropolitane e le Province (diverse da quelle autonome) non hanno potestà legislativa».

5. – *Segue: l'opposta tesi della pari-ordinazione.*

Ho troppo lunga esperienza di operatore del diritto per non sapere che la sua forza è quella di essere una opinione.

Bene è quindi ipotizzabile una opposta lettura della riforma del 2001 che veda nel primo comma dell'art. 114 novellato la norma – base della riforma federalista; nel secondo comma – che qualifica autonomi gli enti diversi dallo Stato – un mero *lapsus calami* del legislatore; nel potere sostitutivo di cui all'art. 120 un potere eccezionale e straordinario, da riconoscere solo in casi

rigorosamente individuati alla stregua del principio *salus rei publicae suprema lex*; e, infine, nelle ricordate norme della legge «La Loggia» un *vulnus* del dettato costituzionale di equiordinazione.

Sul piano strettamente ermeneutico nulla si opporrebbe ad una simile esegesi che legittimerebbe – quanto meno in qualche misura – l'utilizzazione del termine «federalismo» e che comporterebbe probabilmente l'illegittimità costituzionale del controllo statale sugli organi degli enti locali.

Sostengo però con assoluta convinzione che se tale interpretazione della legge costituzionale n. 3/2001 dovesse essere ritenuta quella corretta, ebbene tale legge sarebbe in contrasto con la Costituzione e la relativa questione dovrebbe essere portata all'esame della Corte Costituzionale.

Come ha sempre sostenuto la migliore dottrina e come ha affermato la stessa Corte Costituzionale, infatti, anche le leggi costituzionali sono soggette al controllo di costituzionalità, in quanto vi sono norme – contenute nella prima parte della Carta repubblicana – che costituiscono uno «zoccolo duro» non soggetto a revisione costituzionale, in quanto enunciano i principi supremi irrinunciabili a cui si ispira la Costituzione (democraticità dello Stato, diritti inviolabili dell'uomo, uguaglianza, libertà fondamentali, ecc.) e che costituiscono parametro di riferimento anche per le leggi costituzionali (14).

Fra questi principi fondamentali vi è sicuramente la natura unitaria dello Stato italiano, «Repubblica una ed indivisibile», come tale definito dall'art. 5 della Carta che distingue nettamente la sovranità dello Stato unitario dalla autonomia degli enti locali, i quali da quella sovranità derivano i loro poteri.

Ove le norme contenute nella legge costituzionale n. 3/2001 dovessero quindi esser intese nel senso di dar vita ad uno Stato federale, esse dovrebbero essere rimesse all'esame della Corte Costituzionale per violazione – *in parte qua* – dell'art. 5 della Costituzione.

Si parli pure, quindi, di «federalismo» con il gergo approssimativo e colorato della politica, se così si vuole, ma se si vuole invece usare la terminologia appropriata che conviene ai tecnici addetti ai lavori non si usi questo termine per lo Stato italiano almeno fino alla prossima rivoluzione.

6. – *Considerazioni conclusive.*

Confido di aver illustrato l'ossimoro provocatorio con cui ho pretenziosamente intitolato la mia conversazione e mi avvio alla conclusione.

Una conclusione che sarà estremamente dubbiosa e problematica.

Che la trasformazione dell'Italia da Stato unitario in Stato federale fosse impossibile – salvo eventi rivoluzionari – è stato noto a tutti gli addetti ai lavori, da sempre.

Ciononostante, da quindici anni a questa parte, la bandiera del federalismo sventola sempre più forte alla testa di molte formazioni politiche, se non di tutte.

Forze di governo e forze di opposizione si rincorrono, in una staffetta bi-partisan, lungo le vie di un declamato federalismo.

(14) Per tutte: Corte Cost. sent. 15-29 dicembre 1988 n. 1146.

Possiamo davvero pensare che questo sia dovuto soltanto alla forza trainante di un piccolo partito politico, che del federalismo ha fatto il suo cavallo di battaglia, ma che non eccelle certo né per forza di consensi elettorali né per raffinatezza di elaborazioni concettuali?

Credo proprio di no.

C'è dell'altro e di ben più grave.

Il malessere rivendicativo delle autonomie locali è fenomeno non solo italiano ma è ormai fenomeno endemico europeo. I casi della Spagna, dell'Inghilterra, del Belgio delle ex U.R.S.S. e Cecoslovacchia, persino della supercentralistica Francia sono sotto i nostri occhi.

Per restare, ancora, alla Vecchia Europa, (in quanto gli U.S.A., quale impero egemone, fanno storia a sé ed oriente e terzo mondo non hanno problemi comparabili) allo sgretolamento dello Stato dal basso per effetto delle spinte autonomistiche, si accompagna il suo schiacciamento dall'alto ad opera della Unione Europea.

Credo proprio che il crollo del muro di Berlino con quel che lo ha accompagnato e seguito, se non ha segnato la fine della storia, ha messo, però, fine a quel terribile «secolo breve» che ci ha raccontato Hobsbawm ed ha accelerato il processo di decomposizione degli Stati nazionali.

D'altronde ogni epoca storica ha il suo modello politico di perfetta vita associata.

Per mille anni il mondo civile visse nella convinzione che l'impero romano fosse l'unico modello statale valido, tanto è vero che, dopo il suo crollo, nel buio e nella confusione di un medio evo privo di punti di riferimento politici precisi gli sforzi dei migliori furono tesi alla ricostituzione di quell'impero, cui l'affermarsi della Chiesa di Roma aveva aggiunto l'appellativo di Sacro.

Quel «Sacro Romano Impero» che non era sacro, non era romano ma, soprattutto, non era un impero.

È solo nel XVII secolo che si consolidò – e venne teorizzata da Jean Bodin – una nuova forma di aggregazione politica, lo Stato nazionale, forma che ci ha accompagnato fino ai giorni nostri.

Ebbene lo Stato nazionale come modello di entità politica è in crisi.

È giunto alla fine del suo ciclo vitale, come già profetizzava anni fa Massimo Severo Giannini (15) ed è pronto a cedere il passo a nuove forme di aggregazione politica dopo travagli di guerre e rivoluzioni.

Quali forme? Gli Stati Uniti d'Europa li accetterei volentieri (ma il processo di unificazione politica mi sembra lunghissimo).

Molto meno gradirei un futuro da colonia dell'impero d'oltre atlantico o il nuovo medio evo di una dissoluzione degli ordini costituiti senza l'emergere di nuovi modelli validi. Peggio che mai se accompagnato dalla minaccia dall'est di scorrerie di novelli pirati saraceni e di guerre di religione fra croce e mezzaluna.

(15) I.F. CARAMAZZA, *In memoria di Massimo Severo Giannini*, in *questa Rassegna*, 2002, I,18.

Il provvedimento amministrativo delineato dalla legge 15/2005 di modifica della legge n. 241/1990

di Maria Vittoria Lumetti

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I principi generali dell'attività amministrativa. Le novità. – 3. Il silenzio e la conclusione del procedimento. – 4. Efficienza e telematica. – 5. I compiti del responsabile del procedimento. I rapporti con l'organo competente ad adottare il provvedimento finale. – 6. La comunicazione dell'avvio del procedimento e la novità del preavviso di rigetto. – 7. Accordi integrativi e sostitutivi del provvedimento (art. 11) (conclusione negoziata del procedimento). – 8. La conferenza di servizi (art. 14): conferenza di servizi preliminare (art. 14-bis), lavori (art. 14-ter) ed effetti del dissenso (art. 14-quater). – 9. I nuovi articoli del capo IV-bis (artt. 21-bis - 21-novies). – 10. Definizioni e principi in materia di accesso (art. 22). Esclusione (art. 24), modalità di esercizio del diritto, ricorsi (art. 17), commissione per l'accesso (art. 18). – 11. Conclusioni.

1. Premessa

La Camera dei Deputati il 26 gennaio 2005 ha approvato, votandola quasi all'unanimità (sì 394 voti, no 7 voti) la nuova legge che modifica ed integra, a quindici anni di distanza, la legge 241/1990: si tratta della *legge 11 febbraio 2005, n. 15*, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 42 del 21 febbraio 2005.

Il 21 luglio scorso la prima Commissione permanente (Affari costituzionali, affari della Presidenza del Consiglio e dell'Interno, ordinamento generale dello Stato e della pubblica amministrazione) aveva approvato, con modificazioni, il disegno di legge n. 1281-B, d'iniziativa governativa, già approvato dal Senato e modificato dalla Camera dei Deputati.

La legge reca nuove norme e modifiche concernenti la disciplina sull'azione amministrativa regolata dalla legge 241 del 1990.

Il testo, innovativo, persegue la tensione sistematica degli ultimi anni e rivaluta la prospettiva della ricostruzione dei principali istituti di diritto amministrativo.

La prima parte della legge arricchisce i principi generali dell'attività amministrativa, codificando i principi di trasparenza e di rispetto dell'ordinamento comunitario. La seconda parte riscrive il procedimento amministrativo di primo grado, con puntualizzazioni sul silenzio e introduzioni innovative in merito al preavviso di rigetto e vizi del provvedimento (codificazione della nullità ed irregolarità del provvedimento). La terza parte riguarda i procedimenti di secondo grado, limitando anche l'applicabilità degli istituti della revoca e dell'annullamento d'ufficio. Le norme sull'accesso e la conferenza di servizi, infine, vengono interamente riscritte.

2. I principi generali dell'attività amministrativa. Le novità

Art. 1. (*)

1.1. *Art.1, comma, 1, lett. A della legge 15/2005: principi generali dell'attività amministrativa. La codificazione del principio di trasparenza.* L'art. 1 della legge 241/90 integrata stabilisce che «L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta dai principi di imparzialità, proporzionalità, legittimo affidamento, efficacia, efficienza, economicità e pubblicità, e dai principi dell'ordinamento comunitario.

L'art. 1 della legge 241 del 1990, com'è noto, ha codificato il principio di legalità dell'azione amministrativa, individuandone i criteri informativi e gli obiettivi.

L'ultima versione del disegno di legge ha aggiunto ai principi di economicità, efficacia e pubblicità, il principio di trasparenza.

La trasparenza, da intendersi come precipitato logico della pubblicità, puntualizza e caratterizza il concetto generale dell'esigenza di conoscibilità e trasparenza di tutto l'agire amministrativo nei confronti dell'intera massa dei consociati.

Gli atti ed i documenti delle pubbliche amministrazioni devono essere, salvo esplicite deroghe a tutela di imprescindibili necessità di riservatezza, conoscibili da tutti i cittadini.

Il principio, tuttavia, ha anche una sua valenza più circoscritta e più specificamente attinente al procedimento.

L'effettivo esercizio del potere da parte dell'amministrazione a mezzo del procedimento deve, infatti, essere aperto a tutti gli interessati ai quali deve essere comunicato l'avvio del procedimento stesso, in modo da metterli in grado di esprimere le loro osservazioni, e, laddove possibile, negoziare il contenuto dell'atto.

Il concetto di trasparenza ulteriormente specifica, dunque, anche il cosiddetto principio della partecipazione.

Quest'ultimo è teso, come ha avuto modo di chiarire il Consiglio di Stato, a garantire fattispecie diverse da quella della trasparenza intesa come semplice conoscibilità all'esterno dell'operato dell'amministrazione (C.d.S., Ad. Plen., 4 febbraio 1997).

1. 2. *La nuova legge elimina il principio dell'affidamento e della proporzionalità previsto dai precedenti disegni di legge.* Si fa presente che la legge 15 elimina dal testo normativo i principi dell'affidamento e della proporzionalità previsti dalle precedenti versioni del d.d.l.

I suddetti principi, progressivamente introdotti nel diritto amministrativo tramite la prassi, erano infatti stati espressamente previsti dalla precedente versione del disegno di legge recante modifiche alla legge 241 del 1990, il quale li aggiungeva ai principi ormai tradizionali di efficacia, efficienza e qualità.

(*) La numerazione degli articoli così graficamente impostata fa riferimento alla legge 11 febbraio 2005, n. 15.

Correttamente, la nuova versione non recepisce la codificazione del principio di legittimo affidamento.

Tale concetto, che obbedisce all'esigenza di rispettare la buona fede degli amministrati nell'ambito delle scelte discrezionali ormai consolidate nel tempo, non fa altro che ribadire l'esigenza che vengano adeguatamente motivati i provvedimenti che si discostano dagli orientamenti pregressi seguiti in precedenza, ossia dalla prassi.

Una ripetizione, dunque, dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti discrezionali e nulla più, anche in considerazione del fatto che non si può certo imporre all'amministrazione di non mutare i propri orientamenti e attività consolidati nel tempo e di non adeguarsi al mutare dei tempi e delle esigenze.

Verrebbe infatti meno lo stesso principio fondamentale di discrezionalità amministrativa.

Sul principio di affidamento e di coerenza prevale, e non potrebbe essere diversamente, il principio di ragionevolezza.

Anche il principio di proporzionalità era espressamente richiamato fra i principi che reggono l'azione amministrativa in una delle versioni precedenti dell'art. 1 della legge 241 del 1990. (1).

Si precisa che i concetti di sussidiarietà ed il connesso principio di adeguatezza o proporzionalità elaborati dalla Corte costituzionale si riferiscono al principio della legislazione di conferimento o di attrazione di funzioni amministrative di cui al comma 1 dell'art. 118 Cost.

Si tratta di principi profondamente diversi dalla sussidiarietà e proporzionalità che rilevano ai fini dell'esercizio delle funzioni amministrative: questi sono assimilabili al fondamentale principio di legalità dell'azione amministrativa e, come tali, non sono sindacabili dal giudice amministrativo in sede di accertamento di vizi di legittimità degli atti amministrativi, se non sulla base di espresse previsioni di legge (2).

Anche in questo caso l'eliminazione dalla previsione normativa del riferimento al concetto di proporzionalità è da salutare con favore, anche a causa dell'aleatorietà e vaghezza del concetto, che nulla aggiunge ai limiti che il sindacato del giudice amministrativo incontra in merito alla discrezionalità.

1.3 Art.1, comma 1, lett. a: i principi dell'ordinamento comunitario. Il primo comma dell'art. 1 precisa che l'attività amministrativa è retta anche dai principi dell'ordinamento comunitario.

(1) D.U. GALETTA, *Recenti novità in tema di illegittimità del provvedimento amministrativo affetto da c.d. vizi formali*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 513; CERULLI IRELLI, *Relazione introduttiva al Convegno su Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'Amministrazione*, Roma, 22 marzo 2002, in www.giust.it, 3/2002.

(2) Cfr. su un commento di tali principi in riferimento al titolo V della Costituzione, R. DICKMANN, *I principi di sussidiarietà e di proporzionalità ed il principio di intesa per un corretto metodo della legislazione statale di attrazione di funzioni amministrative regionali*, in *Corr. Giur.* n. 1/ 2004,46, nonché la bibliografia ivi citata. Cfr. anche D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale del diritto amministrativo*, Milano, 1998.

Scopo del disegno di legge presentato è quello dichiarato di integrare i principi generali dell'azione amministrativa nazionali con quelli di natura comunitaria, che sono sempre più determinanti.

Il Consiglio di Stato ha riconosciuto, anche sulla base del novellato art. 117 Cost., il rapporto di integrazione tra l'ordinamento comunitario e nazionale, da giudicarsi preferibile rispetto al principio della separatezza ed autonomia (3).

Uno degli effetti più pregnanti del diritto comunitario sull'ordinamento interno consiste nel potere di disapplicazione delle norme interne contrastanti col diritto comunitario da parte dei giudici e della stessa pubblica amministrazione.

Il potere – obbligo di disapplicare scaturisce da una invalidità comunitaria e costituisce una forma di invalidità diversa da quella del diritto nazionale.

L'invalidità provvedimentale comunitaria coincide con l'illegittimità per violazione di legge che ha come parametro di riferimento, per la valutazione del provvedimento, una disposizione comunitaria, e che coinciderebbe con l'annullabilità.

La disciplina comunitaria, tuttavia, non determina una sostituzione a quella nazionale, ma solo una sovrapposizione parziale.

1.4. *Art. 1, comma 1, lett. b): atti di natura non autoritativa.* L'art. 1 inserisce un nuovo comma, l'1 bis, all'art. 1 della 241, il quale prevede la sottoposizione della P.A. alle norme di diritto privato nell'adozione di atti di natura non autoritativa, salvi i casi in cui la legge preveda diversamente.

In apertura si propone di chiarire che le amministrazioni possono operare nel perseguimento dei loro fini istituzionali utilizzando strumenti di diritto pubblico e di diritto privato, servendosi, quindi, di moduli anche negoziali per la cura dell'interesse cui sono preposte.

Una norma del genere sancisce la definitiva tendenza all'abbandono del vecchio dogma per cui l'amministrazione agiva e doveva agire a mezzo di atti unilaterali e d'imperio.

Si palesa l'idea, ormai radicata, che il negozio di natura privata sia perfettamente idoneo alla cura di un interesse, quello pubblico che, per quanto riferibile alla collettività, è pur sempre legato ad un centro d'imputazione della tutela, che è unico.

Ne deriva la convinzione che lo strumento di natura privatistica è maggiormente soddisfacente dell'interesse pubblico da curare, rispetto all'atto unilaterale o d'imperio.

Da qui una visione di natura funzionale dell'attività dell'amministrazione, anche in vista della sottoposizione al giudizio della Corte dei Conti delle risultanze dell'attività negoziale.

(3) Cons. di St., V, 10 gennaio 2003, n. 35, in *Urb. e app.*, 2003, 428, con commento di C.E.GALLO, *Impugnazione, disapplicazione ed integrazione del bando di gara nei contratti della pubblica amministrazione: una pronuncia di assestamento*; Corte di Giust., VI, 27 febbraio 2003, causa C-327/00.

1.5. *Art. 1, comma 1, lett. b): i soggetti preposti all'esercizio di attività amministrativa.* Il comma 1-ter, introdotto *ex novo* all'art. 1 della 241, specifica che ai principi di cui al comma 1 sono sottoposti i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative.

Vengono individuati ulteriori principi e corollari dell'azione amministrativa, al fine di meglio delineare nel concreto le direttrici dell'attività provvedimentale e dell'agire amministrativo in generale.

Da ciò derivano l'estensione dell'azione amministrativa e l'inscindibilità del momento organizzatorio da quello gestorio degli apparati pubblici, cui si aggiunge il principio della separazione tra indirizzo politico e gestione amministrativa.

Il principio di ragionevolezza dell'azione amministrativa è comunque l'espressione sintetica della proporzionalità, adeguatezza, coerenza e congruità delle scelte discrezionali, come tale sovraordinato a quelli di efficienza, efficacia, economicità e trasparenza.

A tale principio, immanente nell'ordinamento, spetta un ruolo di verifica, di temperamento e di adattamento dei criteri e delle regole dettati dagli altri principi al caso concreto.

Questa esigenza nasce dal fatto che i criteri efficientistico-produttivi fissati da ciascuna Amministrazione in base ai sistemi informatici e statistici non risultano adeguati nel caso di sopravvenienze di nuove circostanze.

3. *Il silenzio e la conclusione del procedimento*

Art. 2.

1.1. *Conclusioni del procedimento.* Il comma 4-bis, aggiunto all'art. 2 della legge 241, dopo il 4° comma, consente di proporre, anche senza necessità di diffida, il ricorso avverso il silenzio ai sensi dell'art. 21-bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 così come modificato dalla legge 205 del 2000.

È tuttavia previsto il termine entro cui il ricorrente può proporre il ricorso contro il silenzio: un anno dalla scadenza del termine stabilito dall'amministrazione o, se questa non provvede, dalla scadenza dei trenta giorni previsti dal comma 3 dell'art. 2.

Dopo l'entrata in vigore della legge 241 del 1990 si era discusso circa l'opportunità di mantenere in vita l'obbligo della messa in mora nei confronti dell'amministrazione inadempiente, secondo il modello del testo unico degli impiegati civili dello Stato.

L'abolizione espressa della diffida, tuttavia, non dovrebbe sortire effetti rilevanti, anzi penalizza l'amministrazione e incrementa il contenzioso, considerato che la diffida spesso focalizza e sollecita l'attenzione dei funzionari in ordine alla pratica da completare e risolve in maniera efficace le sorti del procedimento.

Si noti come l'art. 21-ter, introdotto dallo stesso disegno di legge, prevede la necessità che l'amministrazione diffidi il privato ad adempiere agli obblighi nei suoi confronti.

C'era un motivo se dottrina e giurisprudenza avevano ritenuto opportuno di mantenere in vita la messa in mora, strumento peraltro riscontrabile anche negli altri rami dell'ordinamento e nelle controversie tra privati.

L'ultimo periodo del nuovo comma concede al privato la possibilità di riproporre l'istanza di avvio del procedimento, laddove ne ricorrano i presupposti.

Il precetto potrebbe ritenersi applicabile sia nel caso in cui siano scaduti i termini per la proposizione del ricorso sul silenzio, sia qualora essi non siano scaduti: tale interpretazione concretizzerebbe un effetto deflattivo del contenzioso.

4. Efficienza e telematica.

Art. 3.

1.1. Telematica. L'art. 3 della legge 15/05 introduce l'art. 3-bis che reca il titolo «*Uso della telematica*»: «Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati».

Viene conferita maggiore importanza all'utilizzo dell'informatica come strumento volto a migliorare l'efficienza della P.A.

Una delle precedenti versioni del disegno di legge faceva esplicito riferimento al testo unico sulla documentazione dell'amministrazione «nelle forme previste dal testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445».

Il riferimento è stato eliminato, in quanto considerato, probabilmente, superfluo.

Già da tempo l'uso dell'informatica e della telematica è stato introdotto nella pubblica amministrazione, con effetti benefici in ordine all'efficienza e celerità dell'attività amministrativa.

Anche l'Avvocatura dello Stato è da ricomprendersi tra i destinatari della norma, tant'è che è già da tempo attivo un collegamento telematico non solo con le amministrazioni statali patrocinate ma altresì tra le singole avvocature distrettuali e tra queste e l'Avvocatura generale.

Ciò dovrebbe rendere più celere la trasmissione dei carteggi e dei documenti utili per la difesa in giudizio o per il rilascio dei pareri.

Allo stesso modo anche nei rapporti tra amministrazioni e privati l'uso della telematica dovrebbe rendere più celere ed efficace il procedimento amministrativo in corso.

5. I compiti del responsabile del procedimento. I rapporti con l'organo competente ad adottare il provvedimento finale

Art. 4.

1.1. Adozione del provvedimento finale da parte di organo diverso dal responsabile del procedimento. All'art. 6, comma 1, lett. e, è aggiunto un ulteriore periodo volto a regolare i rapporti tra il responsabile del procedimento e l'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, qualora quest'ultimo sia diverso dal primo.

La norma prevede la possibilità, per l'organo che adotta il provvedimento finale, di motivare qualora si discosti dalle risultanze dell'istruttoria.

La norma non identifica il soggetto che adotta il provvedimento finale, potendo egli essere sia un altro funzionario sia il dirigente stesso.

Sia la dottrina che la giurisprudenza (*ex multis* cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 8 luglio 2002, n. 1961; C. Conti Sicilia, Sez. contr., 3 dicembre 1996, n. 80) risultano concordi sulla circostanza che l'adozione del provvedimento finale sia di competenza esclusiva del Dirigente il quale, in caso di mancata designazione del responsabile del procedimento, è ritenuto essere, ai sensi dell'art. 5 legge 241/1990, esso stesso responsabile del procedimento.

Il D.lgs. 165/2001 recante norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni Pubbliche, prevede e disciplina, all'art. 17, le funzioni che sono conferite ai dirigenti nell'ambito di quanto previsto all'art. 4 del D.lgs. stesso.

La norma prevede, al comma 1, fra l'altro, che i dirigenti coordinino e controllino l'attività degli Uffici che da essi dipendono e dei responsabili dei procedimenti amministrativi, anche con poteri sostitutivi in caso di loro inerzia.

È il dirigente l'unico soggetto autorizzato ad adottare tutti gli atti ed i provvedimenti amministrativi in grado di impegnare l'Amministrazione verso l'esterno.

Di conseguenza, il legislatore ha gravato il medesimo soggetto del dovere ed onere della gestione amministrativa, tecnica e finanziaria. Lo ha dotato di autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, oltre che dei conseguenti poteri di controllo.

L'individuazione all'interno della struttura di un responsabile per la fase procedimentale, non comporta, tuttavia, la spoliazione dei poteri (*rectius* obblighi) di indirizzo coordinamento e vigilanza che gravano in capo al dirigente della struttura stessa, il quale risponde sempre della gestione complessiva dell'ufficio cui è preposto.

Infatti, è indubitabile che il responsabile del procedimento debba rimettere gli atti istruttori compiuti al dirigente, il quale adotta il provvedimento finale, salvo il caso in cui il primo abbia una competenza specifica all'adozione dell'atto.

La soluzione offerta dalla norma è senz'altro da condividere, considerato che il legislatore ha individuato nella funzione dirigenziale un controllo apicale che rende il soggetto investito di una tal funzione responsabile internamente ed esternamente all'Amministrazione. L'unico limite che viene posto è quello di motivare nel caso in cui colui che adotta il provvedimento finale non intenda recepire le risultanze istruttorie.

6. *La comunicazione dell'avvio del procedimento e la novità del preavviso di rigetto.*

Art. 5.

1.1 *Contenuto.* All'art. 8, comma 2, della legge 241/1990 dopo la lettera c) sono inserite le lettere *c-bis* e *c-ter*: le nuove norme ineriscono al contenuto della comunicazione dell'avvio del procedimento.

La lettera *c-bis* precisa che la comunicazione deve contenere l'indicazione della data entro la quale, secondo i termini previsti dall'art. 2, commi 2 o 3, deve concludersi il procedimento e i rimedi esperibili in caso di inerzia.

Si introduce, in tal modo, una indicazione al destinatario dell'avviso circa i rimedi esperibili in caso di inerzia della P.A., così come nel provvedimento finale deve essere indicato il termine e l'autorità giurisdizionale cui ricorrere.

La giurisprudenza ha tuttavia ritenuto che tale omissione si risolva in una mera irregolarità, qualora il rimedio giurisdizionale venga correttamente esperito.

Si presume che la stessa regola venga applicata anche in questo caso.

1.2. Procedimenti ad istanza di parte. La nuova lettera *c-ter* introduce l'obbligo in capo alla P.A. di indicare, nei procedimenti ad istanza di parte, la data di presentazione della relativa istanza.

La statuizione scaturisce dall'esigenza di precisare, anche ai fini dell'indicazione del termine entro cui il procedimento deve concludersi, ai sensi dell'art. 2, comma 2, il momento esatto in cui l'istanza di parte viene presentata.

Ciò anche ai fini del ricorso contro il silenzio della P.A., da esperirsi entro un anno (cfr. art. 2 della legge 241/1990 integrata).

Art. 6.

1.1. Comunicazione dei motivi ostativi prima dell'adozione del provvedimento. Dopo l'art. 10 della legge 241 è inserito l'art. 10-*bis* che introduce una rilevante novità nei procedimenti ad istanza di parte: l'obbligo da parte della P.A. di comunicare i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, prima della formale adozione del provvedimento negativo (preavviso di rigetto).

La norma inserisce una ulteriore fase di contraddittorio tra le parti, con la possibilità dell'istante di presentare per iscritto osservazioni e documenti entro dieci giorni dal ricevimento della comunicazione.

La *ratio* sottesa alla norma è quella di sortire un effetto deflattivo sul contenzioso, per evitare che eventuali documenti o argomentazioni, non ancora conosciuti dall'amministrazione, vengano invece tardivamente prodotti in giudizio, con l'effetto distorsivo di determinare una eventuale inammissibile prosecuzione del procedimento amministrativo in sede giurisdizionale.

In tal modo il richiedente deve necessariamente attivarsi nel corso del procedimento o almeno prima della sua conclusione.

L'amministrazione ha comunque l'obbligo, d'altro canto, di indicare in sede di motivazione del provvedimento negativo finale, le ragioni del mancato accoglimento delle suddette osservazioni.

La nuova disposizione precisa anche che la comunicazione dei motivi ostativi anticipatrice del provvedimento finale interrompe i termini per concludere il procedimento, che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine dei dieci giorni.

La regola prevede due eccezioni e non si applica alle procedure concorsuali, a causa della complessità della materia, né ai procedimenti in materia previdenziale ed assistenziali sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali.

7. Accordi integrativi e sostitutivi del provvedimento (art. 11) (conclusione negoziata del procedimento).

Art. 7.

1.1. Accordi sostitutivi. Anche l'art. 11 subisce delle modifiche.

Il comma 1 potenzia lo strumento dell'accordo sostitutivo eliminando il limite dell'utilizzo ai casi previsti dalla legge.

1.2. Determinazione dell'organo competente all'adozione del provvedimento integrato o sostituito dall'accordo. Al comma 4 è aggiunto il comma 4-bis che, a garanzia dell'imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, prevede che la stipulazione dell'accordo venga preceduta dalla determinazione dell'organo che sarebbe competente ad adottare il provvedimento.

È conferita dunque, la facoltà di esprimere il proprio punto di vista circa l'accordo all'organo cui per competenza spettava adottare il provvedimento.

Ciò al fine di acquisire il parere dell'amministrazione competente circa l'accordo con il privato.

8. La conferenza di servizi (art. 14): conferenza di servizi preliminare (art. 14-bis), lavori (art. 14-ter) ed effetti del dissenso (art. 14-quater).

Art. 8.

1.1. Decorrenza dei termini. All'art. 14 sono apportate alcune modifiche intese a potenziare la semplificazione dell'azione amministrativa.

Innanzitutto è aumentato da 15 a 30 giorni il termine entro cui l'amministrazione procedente ha l'obbligo di indire la conferenza di servizi, per l'esame contestuale dei vari interessi pubblici coinvolti in un procedimento amministrativo.

La conferenza dei servizi è, infatti, indetta se entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta non pervengono le intese, concerti, nulla osta o assensi delle altre amministrazioni pubbliche coinvolte.

Appare evidente che il termine di 15 giorni risultava troppo stretto per gli adempimenti burocratici del caso.

1.2. Dissenso di una delle amministrazioni coinvolte. Inoltre l'art. 8 aggiunge un periodo all'art. 14, comma 2, precisando che sussiste altresì l'obbligo di indire la conferenza dei servizi, anche quando è intervenuto entro lo stesso termine il dissenso di una o più amministrazioni interpellate. La precisazione è volta ad evitare complicazioni, sia nella fase procedimentale, sia in quella successiva ed eventuale, giurisdizionale.

1.3. Conferenza di servizi per i procedimenti connessi. Il comma 3 dell'art. 14 disciplina la conferenza di servizi nei casi di esame contestuale di interessi coinvolti in più procedimenti amministrativi connessi, riguardanti medesime attività o risultati.

La regola è che la conferenza sia indetta dall'amministrazione o da una delle amministrazioni che curano l'interesse prevalente.

La legge sopprime l'ultimo periodo del comma 3, art. 14, in cui si conferiva il potere di indizione anche a qualsiasi altra amministrazione coinvolta.

L'intento è quello di semplificare e di accelerare il procedimento, evitando che anche le amministrazioni coinvolte in maniera secondaria possano esercitare il potere di indizione della conferenza, appesantendo l'*iter* burocratico: solo l'amministrazione principalmente coinvolta ha la facoltà di valutare se sussista o no la necessità di una conferenza di servizi, in quanto l'esistenza di vari procedimenti connessi richiede un coinvolgimento esteso.

1.4. Affidamento di concessione di lavori pubblici. In questo caso il potere di convocazione della conferenza spetta anche al concessionario. La norma del disegno di legge estende anche al concedente tale potere, con il consenso del concessionario.

Il comma 5 dell'art. 14 garantisce il diritto di voto al concedente, qualora la conferenza sia convocata ad istanza del concessionario.

Le nuove norme attribuiscono al concessionario una maggiore rilevanza, in caso di lavori pubblici, all'interno della conferenza di servizi: il maggiore coinvolgimento dovrebbe garantire maggiore trasparenza e snellire l'iter di procedure molto complesse.

1.5. Obbligo di utilizzo degli strumenti informatici disponibili. Al comma 5 dell'art. 14 della 241 è aggiunto il comma 5-bis che impone l'obbligo dell'utilizzo degli strumenti informatici disponibili, secondo i tempi e le modalità stabiliti dalle medesime amministrazioni. La norma si inserisce nell'ambito del disegno di potenziamento dell'informatica e telematica perseguito da tempo dall'ordinamento (v. *infra sub art. 1*), rispettando, tuttavia, le diverse tipologie di intervento e le diverse modalità temporali, che variano inevitabilmente da amministrazione ad amministrazione.

Art. 9.

1.1. Poteri di convocazione su istanza dell'interessato. La norma modifica il comma 1 dell'art. 14-bis: la conferenza di servizi può essere invocata per progetti di particolare complessità e di *insediamenti produttivi di beni e servizi su motivata richiesta dell'interessato, documentata, in assenza di un progetto preliminare, da uno studio di fattibilità*, al fine di verificare quali siano le condizioni per ottenere, alla loro presentazione, i necessari atti di consenso.

La disposizione precisa i presupposti per la presentazione della richiesta della conferenza di servizi da parte dell'interessato: l'istanza deve essere corredata da documenti ben precisi, che contengono uno studio di fattibilità in merito ai progetti particolarmente complessi, che vengono sottoposti alle amministrazioni.

1.1. Progetto preliminare. Al comma 2, secondo periodo, si precisa che nelle procedure di realizzazione di opere pubbliche e di interesse pubblico in sede di conferenza di servizi preliminari si pronunciano, per quanto riguarda l'interesse da ciascuna tutelato, le amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della salute e della pubblica incolumità (ove della pubblica utilità costituisce una aggiunta al periodo).

1.3. Disciplina del dissenso. Dopo il comma 3 è inserito il comma 3-bis, il quale sottopone alla disciplina dell'art. 14-*quater*, comma 3, l'ipotesi del dissenso espresso in sede di conferenza preliminare da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della salute e della pubblica incolumità, con riferimento alle opere interregionali.

Art. 10.

1.1. Termini per la convocazione. All'art. 14-*ter*, comma 1, è anteposto un nuovo comma che detta i termini entro cui deve essere convocata la conferenza di servizi: quindici giorni dalla data di indizione, oppure trenta in caso di particolare complessità dell'istruttoria.

1.2. Termini entro cui le amministrazioni devono ricevere la convocazione: il comma 2 abbrevia da dieci a cinque i termini entro cui le amministrazioni convocate devono ricevere la comunicazione della data.

1.3. *Termini per l'adozione della decisione conclusiva.* La norma introduce una piccola modifica per quanto riguarda l'inutile decorso del termine di novanta giorni per l'adozione della decisione definitiva: l'amministrazione procedente provvede non più secondo i commi 2 e ss. dell'art. 14-*quater*, bensì secondo i commi 6-*bis* e 9 dell'art. 14-*ter*, così come aggiunti e sostituiti dalla riforma (v. *sub. infra*).

1.4. *Sospensione del termine per l'acquisizione della VIA.* Al comma 4 dell'art. 14-*ter* viene aggiunta una precisazione rilevante riguardante i termini per l'adozione della decisione conclusiva: questi rimangono sospesi, per un massimo di novanta giorni, fino all'acquisizione della pronuncia sulla compatibilità ambientale.

1.5. *Procedimenti in cui sia intervenuta la VIA.* Il comma 5 viene modificato in parte. Si precisa che nei procedimenti in cui sia già intervenuta la VIA le disposizioni dell'art. 14-*quater*, comma 3 sul motivato dissenso e dell'art. 16, comma 3, e 17, comma 2, si applicano alle sole amministrazioni preposte alla tutela della salute e del patrimonio storico-artistico e della pubblica incolumità.

1.6. *Determinazione motivata di conclusione del procedimento.* L'articolo 10 aggiunge un nuovo comma, il 6-*bis* all'art. 14-*ter*, specificando che all'esito dei lavori della conferenza, scaduto il termine di cui al comma 3, l'amministrazione procedente adotta la determinazione motivata di conclusione del procedimento, valutate le specifiche risultanze della conferenza e tenuto conto delle posizioni prevalenti espresse in quella sede.

1.7. *Assenso acquisito dell'amministrazione che non si è pronunciata.* Il comma 7 dell'art. 14-*ter* è abrogato nella parte in cui richiede, come condizione dell'acquisizione dell'assenso dell'amministrazione che non si è pronunciata, il decorso del termine di trenta giorni dalla data di ricezione della determinazione di conclusione del procedimento. Entro tale termine era prima possibile comunicare il proprio motivato dissenso, oppure impugnare la determinazione conclusiva stessa.

L'enunciato è finalizzato a semplificare e rendere più celere la conclusione del procedimento, eliminando i trenta giorni di attesa per dare per acquisito l'assenso delle amministrazioni silenti.

1.8. Il comma 9 è sostituito con lievi modifiche: il provvedimento finale conforme alla determinazione conclusiva [favorevole] di cui al comma 6 *bis* sostituisce, a tutti gli effetti, ogni autorizzazione, concessione, nulla osta o atto di assenso comunque denominato di competenza delle amministrazioni partecipanti o comunque invitate a partecipare *ma risultate assenti*, alla predetta conferenza.

Art. 11.

1.1. Anche l'art. 14-*quater* reca delle modifiche. Il comma 2 risulta abrogato.

Il comma disciplinava l'adozione della decisione entro i termini che erano previsti dal modificato art. 14-*ter* comma 3 (cfr. *sub. art.* 10).

1.2. *Dissenso espresso da amministrazione preposta alla tutela ambientale ecc. e determinazione sostitutiva.* Il comma 3 è invece sostituito dai commi 3, 3-*bis*, 3-*ter*, 3-*quater*, 3-*quinquies*.

La norma intende disciplinare in maniera più dettagliata i criteri per risolvere il dissenso espresso da una delle amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della salute e della pubblica incolumità. È previsto che, nel termine di dieci giorni (prima non contemplato), l'amministrazione procedente rimetta la decisione al:

- Consiglio dei Ministri, in caso di dissenso tra amministrazioni statali;
- alla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano (conferenza Stato- Regioni) in caso di dissenso tra un'amministrazione statale e una regionale o tra più amministrazioni regionali;
- alla Conferenza unificata, prevista dall'art. 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, in caso di dissenso tra un'amministrazione statale o regionale e un ente locale o tra più enti locali.

Il nuovo comma conferma il termine di trenta giorni per la decisione, una volta verificata la completezza della documentazione inviata a fini istruttori.

È concessa la possibilità di una ulteriore proroga non superiore a sessanta giorni in caso di complessità dell'istruttoria, valutata dal presidente del Consiglio dei Ministri, della Conferenza Stato -Regioni o della Conferenza unificata.

1.3. Il nuovo comma *3-bis* disciplina i criteri della rimessione della determinazione sostitutiva nel caso in cui il motivato dissenso sia espresso da una regione o da una provincia autonoma in una delle materie di propria competenza.

In tal caso la decisione è rimessa alla Conferenza Stato-regioni, in caso di contrasto tra Stato e regione, o alla conferenza unificata, in caso di dissenso tra regione o provincia autonoma e ente locale.

1.4. *Determinazione sostitutiva del Consiglio dei Ministri.* Il comma 3 *ter* dell'art. 14-*quater* della "nuova" 241 introduce una rilevante novità: la rimessione della determinazione conclusiva al consiglio dei Ministri in caso di inerzia della conferenza Stato-regioni o della conferenza unificata. Il termine previsto per la pronuncia è di trenta giorni.

Se si verte in materia non attribuita alla competenza statale ai sensi dell'art. 117, secondo comma e dell'art. 118 della Cost., la decisione sostitutiva è deferita alla Giunta regionale competente o alle Giunte delle province autonome di Trento e di Bolzano. Qualora anche la giunta regionale non adempia nei termini, la decisione è rimessa al Consiglio dei ministri, che delibera con la partecipazione del presidenti delle regioni interessate.

1.5. *Intese per la composizione del dissenso ex art. 117, ottavo comma Cost.*

La norma precisa che i commi 3 e *3-bis* non si applicano nelle ipotesi in cui le regioni abbiano ratificato, con propria legge, intese per la composizione del dissenso ai sensi dell'art. 117 ottavo comma, della Cost., anche attraverso l'individuazione di organi comuni competenti.

1.6. *Conferma delle attribuzioni e prerogative per le regioni a statuto speciale e per le Province di Trento e Bolzano.* Vengono confermate le prerogative già acquisite dalle Regioni a statuto speciale e dalle province di Trento e Bolzano.

Art. 12.

Dopo l'art. 14-*quater* della legge 241 è inserito un nuovo articolo: il 14-*quinquies*, disciplinante la conferenza di servizi in materia di finanza di progetto.

Hanno diritto di essere convocati, senza diritto al voto, anche i soggetti aggiudicatari di concessione individuati all'esito della procedura di cui all'art. 37-*quater* della legge n. 109 del 1994 nonché le società di progettazione individuate dall'art. 37-*quinquies* della medesima legge.

9. I nuovi articoli del capo IV bis (artt. 21- bis 21-nonies)

Art. 14.

1.1. Efficacia del provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati. L'art. 21-*bis* specifica che il provvedimento acquista efficacia nel momento in cui esso viene comunicato. In caso di irreperibilità soccorrono le norme del c.p.c. previste per la notifica agli irreperibili.

L'amministrazione adotta forme di pubblicità idonea nel caso in cui la comunicazione personale non sia possibile o risulti particolarmente gravosa.

Sono immediatamente efficaci i provvedimenti urgenti e di natura cautelare e lo possono essere anche quelli non aventi carattere sanzionatorio muniti di una motivata clausola di immediata efficacia.

Esecutorietà. 1.1. La norma conferma il principio di esecutorietà dei provvedimenti. Le amministrazioni possono infatti imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti, con l'indicazione del termine e delle modalità dell'esecuzione. L'esecuzione coattiva è prevista in caso di inottemperanza previa diffida nelle ipotesi e secondo le modalità previste dalla legge.

1.2. Esecuzione delle obbligazioni aventi ad oggetto somme di danaro. In particolare si applicano le disposizioni per l'esecuzione coattiva dei crediti riguardo le obbligazioni aventi ad oggetto somme di danaro (r.d. 14 aprile 1910, n. 639, in *G.U.* 30 settembre 1910, n. 227).

Efficacia ed esecutività del provvedimento. 1.1. La disposizione conferma il principio di efficacia ed esecutività del provvedimento, stabilendo che i provvedimenti efficaci sono eseguiti immediatamente, salvo che sia diversamente stabilito dalla legge o dal provvedimento medesimo.

1.2. Sospensione del provvedimento. La norma riconosce la possibilità per l'amministrazione di sospendere i propri atti per gravi ragioni e per il tempo strettamente necessario indicato nell'atto stesso. Il termine può essere prorogato o differito una sola volta, nonché ridotto per sopravvenute esigenze. Alla pubblica amministrazione va riconosciuto, dunque, in via di principio, un potere generale di sospensione dei propri provvedimenti(4). Dopo l'entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241, il cui articolo 7, comma 2, prevede che l'amministrazione ha la facoltà di adottare provvedimento caute-

(4) Cons. di Stato, sez. IV, 24 maggio 1995, n. 350.

lare anche prima della comunicazione dell'avviso di inizio del procedimento, può ritenersi affermata la sussistenza di un potere generale dell'amministrazione di sospensione dei propri atti (5).

Revoca del provvedimento. L'art. 21-*quinquies* della legge 241/90 prevede la facoltà di revoca del provvedimento amministrativo ad efficacia durevole solo in tre ipotesi previste dalla norma: sopravvenuti motivi di pubblici interessi, mutamento della situazione di fatto, nuova valutazione dell'interesse pubblico originario.

Il soggetto legittimato a revocare è lo stesso organo che ha emanato l'atto, oppure altro organo previsto dalla legge.

Gli effetti della revoca sono la inidoneità del provvedimento a produrre ulteriori effetti che non esplicano efficacia retroattiva (così come di regola accade in generale per gli atti di revoca, a differenza, invece, dell'annullamento, che ha efficacia retroattiva).

La norma prevede, anche, l'obbligo di corresponsione di un indennizzo qualora la revoca determini pregiudizi in danno di soggetti direttamente interessati.

La norma precisa che il giudice amministrativo in sede esclusiva ha la competenza di giudicare le controversie inerenti alla determinazione e alla corresponsione dell'indennizzo.

Recesso dai contratti. La norma prevede la possibilità di recesso dai contratti solo nei casi previsti dalla legge o dal contratto.

Nullità del provvedimento. L'art. 21-*septies* codifica la nullità del provvedimento. La norma costituisce una novità rilevante. I casi di nullità sono tassativamente indicati: mancanza di uno degli elementi essenziali, difetto assoluto di attribuzione, adozione del provvedimento in violazione o elusione del giudicato, negli altri espressamente previsti dalla legge. La norma accoglie alcune costruzioni dottrinarie avanzate in merito alle suddette ipotesi.

Annullabilità del provvedimento.

1.1. La norma conferma i vizi dell'atto che danno luogo all'annullabilità: violazione di legge, eccesso di potere ed incompetenza.

1.2. Il secondo comma dell'art. 21 *octies* recepisce i recenti orientamenti giurisprudenziali in merito alla irrilevanza della violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti dei provvedimenti vincolati, in quanto sia palese che il loro contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

La norma aggiunge una disposizione importante: configura la mera irregolarità e dunque non annullabilità del provvedimento per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

La seconda parte del comma 2 art. 21 *octies* della nuova legge 241/90 conferma il principio dell'irrilevanza delle violazioni di norme sul procedimento. In particolare stabilisce che la omessa comunicazione dell'avvio del

(5) Cons. Stato, sez. V, 9 ottobre 2003, n. 6038, in *Risorse umane*, 2003, 836.

procedimento non dà luogo ad annullamento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. La disposizione recepisce l'orientamento più avanzato che si era formato in giurisprudenza (v. p. 430 ss.).

Anche quest'ultima costituisce una rilevantissima e positiva novità, volta a privilegiare gli esiti sostanzialmente corretti del provvedimento, ad evitare mere pronunce di annullamento del giudice per vizi di forma e, in ultima analisi, a deflazionare il contenzioso.

Annullamento d'ufficio.

Contiene alcune novità sull'annullamento d'ufficio.

In particolare, è previsto che il provvedimento illegittimo ai sensi dell'art. 21-*octies* (violazione di legge, eccesso di potere e incompetenza) possa essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni dell'interesse pubblico, entro un termine ragionevole, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, o da altro organo previsto dalla legge.

Sfuma l'accento posto sull'illegittimità del provvedimento destinato ad essere annullato d'ufficio, e si accentua quello relativo all'esigenza di garantire l'aderenza di una moderna P.A. alle circostanze storiche e di fatto che via via intervengono.

La proposta di modifica legislativa conferma l'esigenza che, nell'esercizio dell'autoannullamento d'ufficio venga innanzi tutto valutata la sussistenza dell'interesse pubblico, nell'esercizio del suo potere discrezionale (6).

Il termine ragionevole viene introdotto in quanto non esiste alcun principio in base al quale un'Autorità Amministrativa perda il generale potere d'agire in autotutela sui propri atti, qualora ne ravvisi la illegittimità, e non si configurano motivi ostativi all'esercizio (7).

Il fine specifico dell'annullamento d'ufficio di atti amministrativi si rinviene, invece, nella necessità di sanare il provvedimento amministrativo viziato *ab origine*.

È specificata la necessità di tener conto sia degli interessi dei destinatari sia dei controinteressati, evidentemente al fine di bilanciare i vari interessi privati e di compararli con quelli pubblici prevalenti.

Convalida del provvedimento annullabile.

Il comma 2 dell'art. 21 *nonies* prevede la possibilità, per la P.A., di convalidare il provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse ed entro un termine ragionevole.

(6) Non esiste alcun obbligo giuridico dell'amministrazione ad iniziare, sia pure ad istanza di parte, alcun procedimento di autotutela o, comunque, di secondo grado incidente su precedente attività amministrativa, rientrando l'esercizio della autotutela in una sfera ampiamente discrezionale. Non solo, ma l'Amministrazione, qualora decida di pronunciarsi, non ha neppure l'obbligo di motivare in maniera dettagliata: rispetto a una richiesta di revoca o annullamento, non ha né l'obbligo di provvedere né l'obbligo di fornire una dettagliata motivazione dell'atto meramente confermativo. Ord. T.A.R. Toscana, n. 165 del 4 febbraio 2004.

(7) T.A.R. Sardegna, 10 gennaio 2002, n. 7, in *Foro Amm. TAR*, 2002, 287.

Recentemente, si era riscontrata l'esigenza di utilizzare tale intervento in autotutela al fine di adeguare il provvedimento amministrativo ad una situazione che è mutata.

L'art. 1, comma 1-*ter*, della 241 stabilisce, in ogni caso, che gli obblighi dei soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative sono gli stessi che la P.A. deve osservare, ossia i fini determinanti dalla legge: l'efficacia, l'efficienza, l'economicità, la pubblicità e l'ordinamento comunitario.

In realtà, recentemente, si riscontra l'esigenza di utilizzare tale intervento in autotutela al fine di adeguare il provvedimento amministrativo ad una situazione che è mutata.

Nella ipotesi di annullamento d'ufficio della concessione edilizia, deve essere effettuata la comunicazione di avvio del procedimento, al pari di ogni provvedimento assunto dall'autorità amministrativa in sede di autotutela (8)

10. Definizioni e principi in materia di accesso (art. 22). Esclusione (art. 24), modalità di esercizio, ricorsi (art. 17), commissione per l'accesso (art. 18)

Art. 15.

1.1. Definizioni. La norma sostituisce l'art. 22 e fornisce le nozioni di diritto di accesso, di interessati, di controinteressati, di documento amministrativo, di pubblica amministrazione.

Il diritto di accesso è il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi. Gli interessati sono tutti i soggetti privati che hanno un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso. Sono ricompresi anche i soggetti portatori di interessi pubblici o diffusi.

I controinteressati sono coloro che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero lesa il proprio diritto alla riservatezza.

È confermata la nozione di documento amministrativo di cui al comma 2, art. 22: ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una P.A. Il documento deve riguardare attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale. La norma è volta a sottolineare il fatto che è indifferente, ai fini dell'accesso, la disciplina civilistica o pubblicistica dell'attività posta in essere dall'amministrazione.

Viene altresì fornita la definizione di pubblica amministrazione: è costituita da tutti i soggetti di diritto pubblico, dai soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario.

1.2. L'accesso come principio generale dell'attività amministrativa e l'art. 117, secondo comma, lett. m della Cost. Il secondo comma dell'art. 22 codifica l'accesso come principio generale dell'attività amministrativa, a

(8) TAR Veneto, sez. II, 12 marzo 2001, n. 619, in *Comuni d'Italia*, 2001, 778.

causa delle sue rilevanti finalità di pubblico interesse. Esso, favorendo la partecipazione ed assicurando l'imparzialità e la trasparenza, attiene ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera *m* della Costituzione.

Le Regioni e gli enti locali hanno facoltà di garantire ulteriori livelli di tutela, sempre nei limiti delle proprie competenze.

1.3. Accessibilità dei documenti amministrativi. Costituiscono oggetto dell'accesso tutti i documenti amministrativi, ad eccezione di quelli indicati all'art. 24, commi 1, 2, 3, 5 e 6 (cfr. art. 24).

1.4. Non accessibilità delle informazioni che non hanno forma di documento amministrativo. Oggetto dell'accesso è solo il documento amministrativo. Sono previste eccezioni solo in materia di accesso a dati personali da parte della persona cui i dati si riferiscono, ai sensi del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196.

1.5. Acquisizione di documenti amministrativi da parte di soggetti pubblici. Anche i soggetti pubblici possono avere l'esigenza di richiedere documenti e in tal caso il rilascio di quanto richiesto rientra nel principio di leale cooperazione istituzionale. Il principio di accesso riguarda, infatti, i privati.

1.6. Esercizio del diritto di accesso e obbligo di detenere i documenti amministrativi. L'obbligo di detenere i documenti amministrativi segna il limite temporale entro cui è possibile esercitare il diritto di accesso. Qualora venga meno tale obbligo, l'amministrazione non è tenuta a rilasciare i documenti.

Art. 16.

1.1. Documenti coperti da segreto di Stato. La norma conferma l'esclusione di accesso per i documenti coperti da segreto di Stato ai sensi della legge 24 ottobre 1977, n. 801 e nei casi di segreto o di divieto di divulgazione.

In quest'ultimo caso è necessaria una espressa previsione di legge o di un regolamento governativo ai sensi del comma 6.

Il comma 2 prevede anche in capo alle pubbliche amministrazioni la facoltà di individuare le categorie di documenti da esse formate o comunque rientranti nella loro disponibilità che sono da considerarsi sottratti all'accesso ai sensi del comma 1.

Il vecchio comma 1 dell'art. 24, così come modificato dall'art. 22 della legge 13 febbraio 2001, n. 45 faceva riferimento genericamente ai casi di segreto o di divieto di divulgazione altrimenti previsti dall'ordinamento.

1.2. Procedimenti tributari. Il comma 1 lett. *b* dell'articolo conferma quanto stabilito dal comma 2 dell'art. 13: nei procedimenti tributari restano ferme le particolari norme che li regolano.

La giurisprudenza ha escluso l'accesso agli atti dei procedimenti tributari sulla base della normativa generale posta dal combinato disposto dagli artt. 13 e 24, sesto comma, secondo periodo, della legge 7 agosto 1990, n. 241 del 1990, e dal regolamento di attuazione per il Ministero delle Finanze di cui al decreto ministeriale 29 ottobre 1996, n. 603 (art. 4, primo comma, lett. *i*), nonché dalla circolare di tale Ministero n. 213/S del 28 luglio 1997 (9).

(9) cfr. T.A.R. Toscana, sez. I, 9 giugno 2003, n. 2329.

1.3. Atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione. Anche in questo caso è confermato l'art. 13, comma 1, in merito alla non applicabilità della normativa sull'accesso nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione.

Per tali atti restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione.

1.4. Procedimenti selettivi e informazioni di carattere psico-attitudinale relativi a terzi. La lettera *d* del nuovo articolo 24 esclude espressamente l'accesso nei procedimenti selettivi nei confronti dei documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psico-attitudinale relativi a terzi.

La norma costituisce una novità rispetto alla legge in vigore, in quanto precisa che l'esclusione interviene nei confronti di atti di cui al comma 1 art. 13.

Il Consiglio di Stato ha precisato che ai sensi degli art. 24 comma 6 legge 7 agosto 1990 n. 241 e 8, comma 2 e 3 d.P.R. 27 giugno 1992 n. 352, legittimamente il regolamento di attuazione dei citati articoli stabilisce che è differito al momento dell'adozione del formale provvedimento di approvazione degli atti di un concorso, l'accesso agli elaboratori di candidati a procedimenti concorsuali o selettivi, salvo che si tratti degli elaborati propri del titolare dell'interesse (10).

Circa la precisazione riguardante i dati psico-attitudinali il capo I del d.lgs. n. 135 del 1999, dopo la precisazione dell'ambito di applicazione e delle definizioni (art. 1), detta alcuni principi generali sulle modalità del trattamento dei dati (art. 2), sui dati trattabili e sulle operazioni eseguibili in ambito pubblico (art. 3 e 4), tra cui il divieto di utilizzare informazioni sensibili in test psico-attitudinali volti a definire il profilo o la personalità dell'interessato. Il problema, dunque, era stato già affrontato ed ora il disegno di legge contiene una norma *ad hoc* sul punto.

1.5. Categorie di documenti sottratte all'accesso individuate dalle singole amministrazioni. Il comma 4 dell'art. 24 conferma il disposto di cui all'art. 24 comma 2 circa l'obbligo delle singole amministrazioni di individuare le categorie di documenti da esse formati, o comunque rientranti nella loro disponibilità sottratti all'accesso ai sensi del comma 1.

1.6. Divieto di accesso per le istanze preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato della P.A. Il comma 3 codifica il principio di divieto di accesso in merito alle istanze finalizzate esclusivamente a controllare in maniera indiscriminata ed ingiustificata l'amministrazione, in assenza di un interesse concreto da tutelare.

Il diritto di accesso agli atti amministrativi non conferisce in capo al soggetto che richiede l'accesso ai documenti un controllo generalizzato sull'operato della P.A. È necessario che sussista un interesse giuridicamente rilevante e il potere esplorativo o di vigilanza sull'operato dell'amministrazione

(10) cfr. Cons. Stato, (Ad. Gen.), 22 febbraio 1996, n. 30, in *Cons. Stato*, 1996, I, 1838.

non rientra nelle finalità garantistiche previste dalla norma. La norma recepisce l'orientamento giurisprudenziale unanime sul punto (11). Lo stesso vale per i gestori privati (12).

In capo al soggetto che richiede l'accesso ai documenti *ex art. 22*, legge 7 agosto 1990, n. 241, deve sussistere un interesse giuridicamente rilevante, non essendo attribuito indistintamente a tutti i privati il potere controllo ispettivo, utilizzabile al solo scopo di sottoporre a verifica generalizzata l'operato della P.A.

1.7. Potere di differimento. Il comma 4 recepisce l'orientamento giurisprudenziale che sancisce la possibilità di esercitare il potere di differimento, ove al momento non sia possibile concedere l'accesso. Il potere di differimento del diritto di accesso, infatti, ai sensi dell'art. 24 può essere esercitato dall'amministrazione motivando sull'ostacolo all'immediato rilascio del documento (13).

1.8. Informazioni connesse agli interessi per cui l'accesso è negato. Il comma 5 precisa che per quanto attiene alle informazioni connesse agli interessi protetti dal comma 1, le pubbliche amministrazioni abbiano l'obbligo di fissare l'ambito e i limiti di tale connessione nonché l'eventuale periodo di tempo per il quale essi sono sottratti all'accesso.

Viene confermato il principio giurisprudenziale per cui l'amministrazione, sia nella determinazione della tipologia di atti da sottrarre all'accesso, ai sensi dell'art. 24 comma 4 legge 7 agosto 1990 n. 241, sia in sede di concreto esercizio del potere di diniego, limitazione o differimento dell'accesso, deve attenersi al principio della stretta connessione, di contenuto e temporale, del documento richiesto agli interessi dei quali l'ordinamento prevede la tutela (14).

1.9. Ipotesi facoltative di esclusione. Il comma 6 conferma il comma 2 dell'art. 24 e conferisce in capo al Governo la facoltà di prevedere casi di sottrazione all'accesso di documenti amministrativi con regolamento adottato ai sensi dell'art. 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400.

Il comma conferma, con lievi modifiche, le norme precedenti ed aggiunge nuove ipotesi e precisa che il divieto deve scaturire da un pericolo di una lesione, specifica ed individuata, laddove l'art. 24 in vigore si limitava a richiedere l'esigenza di salvaguardia.

a) *Sicurezza e difesa nazionale.* Il nuovo comma precisa il concetto di «relazioni internazionali» previsto nell'art. 24, comma 2, lett. *a* e fa riferimento all'«esercizio della sovranità nazionale e alla continuità e correttezza delle relazioni internazionali, con particolare riferimento alle ipotesi previste dai trattati e dalle relative leggi di attuazione».

(11) T.A.R. Veneto, sez. I, 15 aprile 2003, n. 2395; T.A.R. Sardegna, 19 marzo 2003, n. 320; T.A.R. Piemonte, sez. II, 12 gennaio 2002, n. 60.

(12) Cons. Stato, sez. VI, 17 marzo 2000, n. 1414.

(13) Cons. Stato, sez. IV, 11 febbraio 1998, n. 266. *Foro Amm.*, 1998, 348.

(14) Cons. Stato, (Ad. Gen.), 27 gennaio 1994, n. 16, in *Cons. Stato*, 1995, I, 1154.

b) Il riferimento alla *politica monetaria e valutaria* rimane pressoché identico: la norma precisa che l'accesso è negato nei casi in cui si possa arrecare pregiudizio ai processi di formazione, di determinazione e di attuazione della politica monetaria e valutaria.

c) La lettera *c* specifica quali e come devono essere le *esigenze di ordine pubblico e di prevenzione e repressione della criminalità*. Affinché il divieto sia operante è necessario che i documenti riguardino «le strutture, i mezzi, le dotazioni, il personale e le azioni strettamente strumentali alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione e alla repressione della criminalità con particolare riferimento alle tecniche investigative, alla identità delle fonti di informazione e alla sicurezza dei beni e delle persone coinvolte, all'attività di polizia giudiziaria e di conduzione delle indagini».

d) Anche la lettera *d* è lievemente modificata: essa sancisce il divieto qualora i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, «con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono».

e) la lettera *e* inserisce *ex novo* la possibilità di esclusione dell'accesso in merito ai documenti che riguardano l'attività in corso di contrattazione collettiva nazionale di lavoro e gli atti interni connessi all'espletamento del relativo mandato.

1.10. Dati sensibili. Il comma 7 introduce il principio generale in base al quale ai richiedenti, nonostante il divieto, deve comunque essere garantito l'accesso a quei documenti la cui conoscenza è indispensabile per curare o per difendere i propri interessi giuridici. La norma tuttavia appare un po' generica. Sarà compito della giurisprudenza precisarne i dettagli.

Il secondo periodo disciplina l'accesso ai c.d. dati sensibili e giudiziari.

Com'è noto l'art. 16 d.lg. n. 135 del 1999, regola il trattamento dei dati sensibili da parte delle pubbliche amministrazioni e stabilisce che, quando il trattamento dei dati concerne notizie idonee a rilevare lo stato di salute o la vita sessuale, questo è consentito se il diritto da far valere o da difendere è di rango almeno pari a quello dell'interessato.

In realtà, come ha avuto modo di osservare la giurisprudenza, la norma non risolve in astratto il conflitto tra l'interesse del terzo a conseguire l'accesso e quello alla riservatezza dell'interessato, ma consente all'amministrazione che detiene i dati sensibili, ed, in sostituzione, al giudice amministrativo, di valutare in concreto ciascuna fattispecie al fine di stabilire se l'accesso sia necessario o meno per far valere o difendere un diritto almeno pari a quello dell'interessato (15).

La nuova norma precisa che l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e, nei casi di dati idonei a rilevare lo stato di salute e la vita sessuale, nei termini previsti dall'art. 60 del d.l. 30 giugno 2003, n. 196.

(15) Cons. Stato, sez. V, 3 luglio 2003, n. 4002, in *Foro Amm. TAR*, 2003, 2240.

Spetta, dunque, all'amministrazione valutare, caso per caso, la sussistenza di tali requisiti.

Resta, comunque, fermo il principio per cui il diritto di accesso ai documenti amministrativi deve ritenersi prevalente sulla esigenza alla riservatezza del terzo ogni qual volta l'accesso venga in rilievo per la cura o la difesa di interessi giuridici del richiedente, con l'eccezione dei dati sensibili di cui al codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196) ovvero di interessi specificamente tutelati da leggi particolari(16).

Art. 17.

1.1. Modalità di esercizio del diritto di accesso. Il comma 4 dell'art. 25 è sostituito. La nuova norma conferma la possibilità di presentare ricorso al TAR in caso di diniego, espresso o tacito, o di differimento, decorsi trenta giorni dalla richiesta.

1.2. Difensore civico. È confermata la possibilità di rivolgersi in alternativa al difensore civico (così come previsto dall'art. 15 della legge n. 340 del 24 novembre 2000 di modifica della legge 241 del 1990) per gli atti delle amministrazioni comunali, provinciali e regionali e alla Commissione per l'accesso per gli statali.

La figura del difensore civico, che la legge intende potenziare anche ai fini di deflazionare il contenzioso innanzi ai T.A.R., prevede competenze territorialmente ripartite in base a comuni, province e regioni.

La pronuncia deve intervenire entro trenta giorni, in caso contrario si forma il silenzio rigetto e il ricorso si intende respinto.

Nella norma in vigore, invece, non erano precisate le conseguenze dell'inerzia del difensore civico.

In caso di accoglimento del ricorso l'autorità disponente è obbligata a emanare il provvedimento confermativo motivato entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione, in caso contrario l'accesso è consentito.

Contro le determinazioni amministrative è possibile ricorrere al T.A.R. nel termine di trenta giorni (5° comma, primo periodo non riformato): il termine decorre dal momento della ricezione dell'esito.

1.3. Intervento del Garante per i dati personali dei terzi.

La norma introduce una novità rilevante per i casi di accesso negato per motivi inerenti ai dati personali che si riferiscono a soggetti terzi: la Commissione sottopone la questione al Garante per la protezione dei dati personali. Quest'ultimo si pronuncia entro dieci giorni dalla richiesta, ma in caso di inerzia il parere si intende reso.

1.4. Parere della Commissione. È richiesto il parere, obbligatorio ma non vincolante, della Commissione nel caso in cui il Garante tratti uno dei procedimenti relativi al trattamento pubblico di dati personali da parte di una pubblica amministrazione (d.lgs. n. 196/2003).

Decorsi inutilmente quindici giorni il Garante adotta la propria decisione, il cui termine è rimasto sospeso (non oltre i 15 giorni).

(16) T.A.R. Veneto, sez. II, 24 dicembre 2002, n. 6728, in *Foro Amm. TAR*, 2002, f. 12.

1.5. *Accesso agli atti in pendenza di ricorso.* È recepita la norma della legge 205 del 2000 che prevede la facoltà di proporre l'impugnativa in materia di accesso a documenti relativi ad un processo pendente, senza necessità di aprire un autonomo procedimento. Sull'impugnativa (da notificarsi all'amministrazione e ai controinteressati) si provvede con ordinanza istruttoria in camera di consiglio, ossia con un atto collegiale.

1.6. *Assistenza del difensore.* Il nuovo comma 5-bis consente alle parti di stare personalmente in giudizio senza la necessità di un difensore. Per quanto riguarda le pubbliche amministrazioni è sufficiente la presenza di un dipendente con qualifica di dirigente, autorizzato dal rappresentante legale dell'ente. Nelle ipotesi di amministrazioni statali, ben può l'amministrazione stare in giudizio autonomamente senza l'ausilio dell'Avvocatura dello Stato. In merito alla notifica si ritengono applicabili le norme generali che prevedono l'obbligo di notifica presso le Avvocature dello Stato.

1.7. *Ordine di esibizione.* Rimane pressoché invariato il comma 6, riferito all'ordine di esibizione dei documenti del giudice amministrativo, una volta verificata la sussistenza dei presupposti.

1.8. *Abrogazioni.* È abrogato il comma 3 dell'art. 4 della legge 205 del 2000 e il terzo periodo dell'art. 21, primo comma, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034.

Art. 18.

La norma sostituisce l'art. 27 apportando alcune modifiche relative alla composizione e ai compensi. Per il resto conferma l'esigenza che vengano garantiti il principio della piena conoscibilità e l'obbligo di redigere una relazione annuale sulla trasparenza dell'attività pubblica.

Art. 19.

La legge si applica ai procedimenti amministrativi in cui sono coinvolte le amministrazioni statali, gli enti pubblici nazionali e tutte le amministrazioni pubbliche, secondo i principi della giustizia amministrativa.

11. Conclusioni

Le modifiche sono state dettate dall'esperienza acquisita in questi 14 anni di vigenza della legge sul procedimento amministrativo.

Il mutare dei tempi e le nuove esperienze hanno arricchito lo strumentario offerto dalla legge, anche a causa della particolare forza innovativa della stessa.

Si notano i recepimenti della giurisprudenza, fenomeno non nuovo nella materia amministrativa, per anni consacrata quasi esclusivamente dagli interventi giurisprudenziali dei T.A.R. e del Consiglio di Stato.

Anche l'esperienza acquisita dalle amministrazioni ha contribuito fortemente alle modifiche apportate alla legge.

IL CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

Le sentenze della Corte di Giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europee dell'anno 2004 emesse in cause cui ha partecipato l'Italia

Nel corso dell'anno 2004 la Corte di Giustizia delle Comunità europee ha emesso 36 sentenze e 4 ordinanze decisorie (ai sensi dell'art. 104 n. 3 del regolamento di procedura) in cause cui ha partecipato l'Italia: 11 pronunce riguardano ricorsi diretti della Commissione CE contro l'Italia; 4 pronunce riguardano ricorsi diretti dell'Italia contro la Commissione; 25 pronunce sono state emesse su ordinanze in via pregiudiziale di giudici italiani (15) o di altri paesi comunitari (10). Altre cause sono state cancellate dal ruolo per ritiro della domanda pregiudiziale da parte del giudice nazionale ovvero per sopravvenuta definizione in via stragiudiziale dei ricorsi diretti.

Quanto al Tribunale di primo grado, le cui competenze sono state recentemente allargate (v. in *questa Rassegna*, luglio - settembre 2004, 783), esso ha pronunciato una sola sentenza.

Le pronunce emesse sono le seguenti:

a) *La Corte di giustizia*

– **8 gennaio 2004** (ordinanza, nella causa C-69/03, *Caseificio Coop. di Cornedo s. coop.r.l. c. Min. Finanze*, con la quale la Corte ha ribadito che «il regolamento (CEE) del Consiglio 17 maggio 1977, n. 1079, relativo ad un prelievo di corresponsabilità e a misure destinate ad ampliare i mercati nel settore del latte e dei prodotti lattiero-caseari, e il regolamento (CEE) della Commissione 5 agosto 1977, n. 1822, recante modalità di applicazione relative alla riscossione del prelievo di corresponsabilità istituito nel settore del latte e dei prodotti lattiero-caseari, si applicano su tutti i trasferimenti di latte bovino, dal produttore a soggetto terzo, quale che sia la forma giuridica con cui detti trasferimenti vengano attuati» (cont. 37697/03, Avv. Stato O. Fiumara).

– **22 gennaio 2004**, nella causa C-271/01, *Consorzio Produttori P. Italiano (COPPI)*, con la quale la Corte ha dichiarato che «l'art. 23 n. 1 comma 1, del regolamento CEE del Consiglio 19 dicembre 1988 n. 4253, recante disposizioni di applicazione del regolamento (CEE) n. 2052/1988 per quanto

riguarda il coordinamento tra gli interventi dei vari Fondi strutturali, da un lato, e tra tali interventi e quella della Banca europea per gli investimenti e degli altri strumenti finanziari esistenti, dall'altro, come modificato dal regolamento CEE del Consiglio 20 luglio 1993 n. 2082, dov'essere interpretato nel senso che, nell'ambito di un *programma di azioni finanziate dal Fondo agricolo di orientamento e di garanzia (FEAOG)* qualora un esame riveli una violazione delle condizioni prescritte per la realizzazione delle azioni di un programma, uno Stato membro che abbia attribuito un contributo finanziario del FEAOG può revocarlo e chiederne la restituzione parziale ai beneficiari finali, al fine di prevenire e sanzionare le irregolarità» (cont. 36896/01, Avv. Stato G. De Bellis).

– **5 febbraio 2004**, nella causa C-270/02, *Commissione CE c. Italia*, con la quale la Corte ha dichiarato che «mantenendo in vigore una legislazione che subordina la *commercializzazione di prodotti alimentari per sportivi*, legalmente fabbricati e commercializzati in altri Stati membri, all'obbligo di richiedere un'autorizzazione preventiva e allo svolgimento della relativa procedura, senza aver dimostrato il carattere necessario e proporzionato di tale obbligo, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza degli artt. 28 CE e 30 CE» (cont. 31173/02, Avv. Stato F. Tortora).

– **10 febbraio 2004** (ordinanza), nella causa C-85/03, *Mavrona c. Delta Etaireia Symmethocon*, con la quale la Corte ha ribadito che «la direttiva del Consiglio 18 dicembre 1986, 86/653/CEE, relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli *agenti commerciali indipendenti*, dev'essere interpretata nel senso che essa non si applica alle persone che agiscono per conto di un preponente, ma a nome proprio (cons. 8245/03, Avv. Stato O. Fiumara; l'ordinanza è pubblicata in *questa Rassegna*, 2004, 488, con nota di O. FIUMARA, «*La nozione di agente commerciale*»).

– **4 marzo 2004**, nelle cause riunite C-19/01, C-50/01 e C-84/01, *INPS c. Barsotti, Castellani e Venturi*, con la quale la Corte ha dichiarato, *in tema di tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro*, che «gli artt. 3, n. 1, e 4 n. 3, primo comma, della direttiva del Consiglio 20 ottobre 1980, 80/987/CEE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro, devono essere interpretati nel senso di non autorizzare uno Stato membro a limitare l'obbligo di pagamento degli organismi di garanzia a una somma che copre i bisogni primari dei lavoratori interessati e da cui sarebbero sottratti i pagamenti versati dal datore di lavoro durante il periodo coperto dalla garanzia» (Avv. Stato D. Del Gaizo).

– **18 marzo 2004**, nella causa C-342/01, *Merino Gomez c. Continental Industries del Gaucho SA*, con la quale è stato dichiarato, *in tema di orario di lavoro e di parità di trattamento fra uomo e donna*, che «1) l'art. 7, n. 1, della direttiva del consiglio 23 novembre 1993 n. 93/104/Ce, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, l'art. 11, n. 2, lett. a), della direttiva del consiglio 19 ottobre 1992 n. 92/85/Cee, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento (decima direttiva particolare ai sensi dell'art. 16, par. 1, della direttiva

89/391/Cee), e l'art. 5, n. 1, della direttiva del consiglio 9 febbraio 1976 n. 76/207/Cee, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro, devono essere interpretati nel senso che una lavoratrice deve poter godere delle sue ferie annuali in un periodo diverso da quello del suo congedo di maternità, anche in caso di coincidenza tra il periodo di congedo di maternità e quello stabilito a titolo generale, da un accordo, collettivo, per le ferie annuali della totalità del personale; 2) l'art 11 n. 2, lett. a), della direttiva 92/85 deve essere interpretato nel senso che esso riguarda altresì il diritto di una lavoratrice in circostanze simili a quelle della causa principale a ferie annuali per un periodo più lungo, previsto dalla normativa nazionale, rispetto al minimo previsto dalla direttiva 93/104» (cons. 20971/01, Avv. Stato G. Fiengo: la posizione italiana è esposta in *questa Rassegna*, 2002, I, 80, e la sentenza è pubblicata in *questa Rassegna*, 2004, 143, con nota P.C. VINCENTI, «Ferie e congedo di maternità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia»).

– **25 marzo 2004** (tre sentenze), nelle cause riunite C-231, 303 e 451/00, *Cooperativa Lattepiù S.r.l. ed altri* (prima sentenza), nelle cause riunite C-480, 481, 482, 484, 489, 490, 491, 497, 498, 490/00, *Azienda Agricola Ettore Ribaldi ed altri* (seconda sentenza) e nella causa C-495/00, *Azienda Agricola Giorgio, Giovanni e Luciano Visentin ed altri* (terza sentenza), con le quali la Corte, in tema in quote latte, ha statuito quanto segue: 1) (nelle tre sentenze) «Gli artt. 1, 4, 6 e 7 del regolamento (CEE) del Consiglio 28 dicembre 1992, n. 3950, che istituisce un prelievo supplementare nel settore del latte e dei prodotti lattiero-caseari, nonché gli artt. 3 e 4 del regolamento (CEE) della Commissione 9 marzo 1993, n. 536, che stabilisce le modalità di applicazione del prelievo supplementare nel settore del latte e dei prodotti lattiero-caseari, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a che a seguito di controlli uno Stato membro rettifichi i quantitativi individuali attribuiti ad ogni produttore e conseguentemente ricalcoli, a seguito di riassegnazione dei quantitativi di riferimento inutilizzati, i prelievi supplementari dovuti, successivamente al termine di scadenza del pagamento di tali prelievi per la campagna lattiera interessata». 2) (Nella seconda sentenza) «I regolamenti nn. 3950/1992 e 536/1993 devono essere interpretati nel senso che l'assegnazione iniziale dei quantitativi di riferimento individuali nonché ogni modificazione successiva di tali quantitativi devono essere comunicate ai produttori interessati dalle autorità nazionali competenti. Il principio di certezza del diritto esige che codesta comunicazione sia tale da fornire alle persone fisiche o giuridiche interessate ogni informazione relativa all'assegnazione iniziale del loro quantitativo di riferimento individuale o alla successiva modifica di quest'ultimo. Spetta al giudice nazionale accertare, in base agli elementi di fatto di cui si dispone, se ciò si verifichi nelle cause principali (cont. 29584/00 ed altri, Avv. Stato O. Fiumara: la sentenza è pubblicata in *questa Rassegna*, I, pag. 157 con nota «Quote latte: l'Italia è in regola», di O. FIUMARA).

– **1° aprile 2004**, nella causa C-99/02, *Commissione CE c. Italia*, che ha dichiarato che «la Repubblica italiana, non avendo adottato entro i termini prescritti tutte le misure necessarie per recuperare presso i beneficiari gli aiuti

che, ai sensi della decisione della Commissione 11 maggio 1999, 2000/128/CE, relativa al regime di aiuti concessi dall'Italia per interventi a favore dell'occupazione, sono stati giudicati illegittimi ed incompatibili con il mercato comune, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi degli artt. 3 e 4 della detta decisione». La pronuncia si collega alla precedente sentenza della Corte 7 marzo 2002, nella causa C-310/1999, che aveva respinto il ricorso italiano per l'annullamento della suddetta decisione della Commissione CE (cont. 14617/02, Avv. Stato O. Fiumara).

– **1° aprile 2004**, nella causa C-286/02, *Bellio F.lli s.r.l. c. Pref. Treviso*, dove è stato statuito che: «1) l'art. 2, n. 2, primo trattino, della decisione del Consiglio 4 dicembre 2000, 2000/766/CE, relativa a talune *misure di protezione nei confronti delle encefalopatie spongiformi* trasmissibili e la somministrazione di proteine animali nell'alimentazione degli animali, e l'art. 1, n. 1, della decisione della Commissione 29 dicembre 2000, 2001/9/CE, in merito a misure di controllo necessario per l'attuazione della decisione 2000/766, in collegamento con le altre norme comunitarie dalle quali le predette disposizioni derivano, devono essere interpretati nel senso che non ammettono la presenza, benché accidentale, di altre sostanze non autorizzate nella farina di pesce utilizzata nella produzione di mangimi destinati ad animali diversi dai ruminanti e che non accordano agli operatori economici alcun limite di tolleranza. La distruzione delle partite di farina contaminate è una misura preventiva prevista dall'art. 3, n. 1, della decisione 2000/766; 2) l'art. 13 dell'accordo sullo Spazio economico europeo, del 2 maggio 1992, deve essere interpretato nel senso che non osta alle decisioni 2000/766 e 2001/9» (cont. 32624/02, Avv. Stato M. Fiorilli; la memoria dell'Avvocatura dello Stato è riportata in *questa Rassegna*, 2003, III, 198).

– **27 aprile 2004**, nella causa C-159/02, *Turner*, dove la Corte dichiara che «la Convenzione 27 settembre 1968 concernente la *competenza giurisdizionale* e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, quale modificata dalla Convenzione 9 ottobre 1978, relativa all'adesione del Regno di Danimarca dell'Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, dalla Convenzione 25 ottobre 1982, relativa all'adesione della Repubblica ellenica e dalla Convenzione 26 maggio 1989, relativa all'adesione del Regno di Spagna e della Repubblica portoghese, deve essere interpretata nel senso che essa osta all'emanazione di un ordine mediante il quale un organo giurisdizionale di uno Stato contraente vieta a una parte del procedimento dinanzi ad esso pendente di proporre o di proseguire un'azione giudiziaria dinanzi a un organo giurisdizionale di un altro Stato contraente, anche quando tale parte agisce in mala fede allo scopo di ostacolare il procedimento già esistente» (cont. 32869/02, Avv. Stato O. Fiumara; le osservazioni scritte del Governo italiano sono riportate in *questa Rassegna*, 2002, III, 113).

– **29 aprile 2004**, nella causa C-244/02, *Heikki Antero Pusa*, con la quale, in tema di *libera circolazione e di soggiorno*, la Corte ha statuito che «1) Il diritto comunitario osta, in linea di principio, ad una normativa di uno Stato membro ai sensi della quale la quota pignorabile di una pensione versata regolarmente in tale Stato ad un debitore è determinata deducendo

da tale pensione la ritenuta alla fonte dell'imposta sul reddito da corrispondere nel detto Stato, mentre l'imposta che il titolare di una siffatta pensione deve versare successivamente su quest'ultima nello Stato membro in cui risiede non dà luogo ad alcuna presa in considerazione ai fini della determinazione delle quote pignorabili di tale pensione; 2) Il diritto comunitario non osta invece ad una siffatta normativa nazionale qualora essa preveda una simile presa in considerazione, anche laddove assoggettasse quest'ultima alla condizione che il debitore provi di aver effettivamente versato o di dover versare entro un certo termine un importo preciso a titolo dell'imposta sul reddito nello Stato membro in cui risiede. Ciò vale tuttavia solo qualora, in primo luogo, il diritto del debitore interessato ad ottenere una siffatta presa in considerazione emerga chiaramente dalla detta normativa, in secondo luogo, le modalità in base alle quali interviene tale presa in considerazione siano idonee a garantire all'interessato il diritto ad ottenere, su base annua, un adeguamento delle quote pignorabili della sua pensione di entità pari a quella che si avrebbe se una siffatta imposta fosse stata dedotta alla fonte in Finlandia e, in terzo luogo, le dette modalità non abbiano l'effetto di rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio di tale diritto» (cont. 37296/02 Avv. Stato A. Cingolo).

– **29 aprile 2004**, nelle cause riunite C-482/01 e C-493/01, *Orfanopoulos c. Land Baden-Württemberg*, con la quale, in tema di *libera circolazione delle persone e ordine pubblico*, è stato statuito quanto segue: «1) Spetta al giudice del rinvio accertare di quali disposizioni del diritto comunitario, oltre all'art. 18, n. 1, CE, un cittadino di un altro Stato membro come il sig. Oliveri può avvalersi, ove occorra, alla luce delle circostanze della controversia che ha dato luogo alla causa C-493/01. A tale proposito, spetta in particolare a tale giudice verificare se l'interessato rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 39 CE, come lavoratore o come altra persona che può beneficiare, in forza delle disposizioni del diritto derivato adottate per l'attuazione di tale articolo, della libera circolazione, oppure se può avvalersi di altre disposizioni del diritto comunitario, quali la direttiva del Consiglio 28 giugno 1990, 90/364/CEE, relativa al diritto di soggiorno, o l'art. 49 CE, che si applica in particolare ai destinatari di servizi; 2) L'art. 3 della direttiva del Consiglio 25 febbraio 1964, 64/221/CEE, per il coordinamento dei provvedimenti speciali riguardanti il trasferimento e il soggiorno degli stranieri giustificati da motivi d'ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica, contrasta con una normativa nazionale che impone alle autorità nazionali di espellere dal territorio cittadini di altri Stati membri i quali, per aver commesso un reato doloso previsto dalla legge sugli stupefacenti, siano stati condannati ad una pena restrittiva della libertà personale per minorenni di almeno due anni, purché all'esecuzione della pena non sia stata applicata la sospensione condizionale; 3) L'art. 3 della direttiva 64/221 osta a una pratica nazionale secondo la quale, nell'esaminare la legittimità dell'espulsione di un cittadino di un altro Stato membro, il giudice nazionale non deve prendere in considerazione elementi di fatto successivi all'ultimo provvedimento dell'autorità competente comportanti il venir meno o una rilevante attenuazione della minaccia attuale che il comportamento del soggetto interessato costituirebbe

per l'ordine pubblico. Ciò avviene soprattutto qualora tra la data del provvedimento di espulsione, da un lato, e quella della sua valutazione da parte del giudice competente, dall'altro, sia trascorso molto tempo; 4) Gli artt. 39 CE e 3 della direttiva 64/221 ostano a una legislazione nazionale o a una pratica nazionale secondo la quale un cittadino di un altro Stato membro che è stato condannato a una determinata pena per reati specifici viene espulso dal territorio, nonostante la presa in considerazione delle circostanze di carattere familiare, basandosi sulla presunzione che costui debba essere espulso, senza tener adeguatamente conto del suo comportamento personale né del pericolo che esso costituisce per l'ordine pubblico; 5) L'art. 39 CE e la direttiva 64/221 non ostano all'espulsione di un cittadino di uno Stato membro che è stato condannato a una determinata pena per reati specifici e che, da un lato, costituisce una minaccia attuale per l'ordine pubblico e, dall'altro, ha soggiornato per molti anni nello Stato membro ospitante e può far valere circostanze di carattere familiare contro la detta espulsione, purché la valutazione effettuata caso per caso dall'autorità nazionale di dove si situi il giusto equilibrio tra gli interessi legittimi presenti avvenga nel rispetto dei principi generali del diritto comunitario, e in particolare tenendo debitamente conto del rispetto dei diritti fondamentali, come la tutela della vita familiare; 6) L'art. 9 n. 1 della direttiva 64/221 osta a una disposizione di uno Stato membro che non prevede né procedimenti di opposizione né ricorsi in cui abbia luogo anche un esame di opportunità contro una decisione di espulsione di un cittadino di un altro Stato membro adottata da un'autorità amministrativa, qualora non venga istituita un'apposita autorità, indipendente da tale amministrazione. Spetta al giudice nazionale verificare se i giudici come i *Verwaltungsgerichte* sono in grado di esaminare l'opportunità dei provvedimenti di espulsione» (cont. 5308/02, Avv. Stato M. Fiorilli; le osservazioni dell'Avvocatura dello Stato in giudizio sono pubblicate in *questa Rassegna*, 2003, I, 55).

– **29 aprile 2004**, nella causa C-476/01, *Kepper*, in tema di riconoscimento reciproco delle patenti di guida, con la quale la Corte ha dichiarato che «1) Il combinato disposto degli artt. 1, n. 2, 7, n. 1, lett. b), e 9 della direttiva del Consiglio 29 luglio 1991, 91/439/CEE, concernente la patente di guida, come modificata dalla direttiva del Consiglio 2 giugno 1997, 97/26/CE, dev'essere interpretato nel senso che osta a che uno Stato membro neghi il riconoscimento di una patente di guida rilasciata da un altro Stato membro per il motivo che, secondo le informazioni di cui il primo Stato membro dispone, il titolare della patente, all'epoca del rilascio di quest'ultima, aveva stabilito la sua residenza normale nel territorio di tale Stato membro e non nel territorio dello Stato membro del rilascio; 2) Il combinato disposto degli artt. 1, n. 2, e 8, n. 4, della direttiva 91/439 dev'essere interpretato nel senso che osta a che uno Stato membro si rifiuti di riconoscere la validità di una patente di guida rilasciata da un altro Stato membro per il motivo che il suo titolare è stato oggetto, sul territorio del primo Stato membro, di un provvedimento di revoca o di annullamento di una patente di guida rilasciata dallo stesso Stato membro, qualora il periodo di divieto temporaneo di ottenerne una nuova patente, che accompagna il detto provvedimento, sia trascorso prima

della data di rilascio della patente di guida da parte dell'altro Stato membro» (cont. 8642/02, Avv. Stato A. Cingolo; le osservazioni depositate dall'Avvocatura dello Stato in giudizio sono riportate in *questa Rassegna*, 2002, I, 115).

– **29 aprile 2004**, nella causa C-371/02, *Björnekulla Fruktindustrier AB*, con la quale si è statuito che «l'art. 12, n. 2, lett. a), della prima direttiva del Consiglio 21 dicembre 1988, 89/104/CEE, sul riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa, deve essere interpretato nel senso che, nel caso in cui intervengano intermediari nella distribuzione al consumatore o all'utilizzatore finale di un prodotto coperto da un marchio registrato, gli ambienti rilevanti per valutare se il detto marchio sia diventato la comune denominazione commerciale del prodotto in questione sono costituiti dall'insieme dei consumatori o degli utilizzatori finali e, a seconda delle caratteristiche del mercato del prodotto interessato, dall'insieme degli operatori professionali che intervengono nella commercializzazione di quest'ultimo» (cont. 8266/03, Avv. Stato O. Fiumara; le osservazioni scritte depositate in giudizio dall'Avvocatura dello Stato sono riportate in *questa Rassegna*, 2002, II, 219).

– **29 aprile 2004**, nella causa C-91/01, *Italia c. Commissione CE*, che ha respinto il ricorso proposto per l'annullamento di una decisione della Commissione relativa ad un aiuto di Stato in favore di una media impresa (cont. 10987/01, Avv. Stato D. Del Gaizo).

– **10 giugno 2004**, nella causa C-302/03, *Commissione CE c. Italia*, dove si dichiara che «non avendo adottato le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva del Consiglio 29 marzo 1999, 1999/22/CE, relativa alla *custodia degli animali selvatici nei giardini zoologici*, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza della detta direttiva» (cont. 28289/03, Avv. Stato G. De Bellis).

– **13 luglio 2004**, nella causa C-82/03, *Commissione CE c. Italia*, con la quale la Corte ha deciso che «non avendo collaborato lealmente con la Commissione delle Comunità europee in una fattispecie avente ad oggetto la salute e la sicurezza dei lavoratori in un *impianto di depurazione* ubicato nel Comune di Mandello del Lario in Lombardia, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono in virtù dell'art. 10 CE» (cont. 10019/03, Avv. Stato A. Cingolo).

– **15 luglio 2004**, nella causa C-381/01, *Commissione CE c. Italia*, che ha respinto il ricorso della Commissione con il quale si contestava all'Italia di non aver applicato *l'IVA sull'importo degli aiuti versati nell'ambito dell'organizzazione di mercato dei formaggi essiccati* (cont. 33936/03, Avv. Stato G. De Bellis).

– **9 settembre 2004**, nella causa C-72/03, *Carbonati Apuani S.r.l. c. Comune di Carrara*, con la quale è stato statuito che: «1) un tributo commisurato al peso di una merce, riscosso soltanto in un comune di uno Stato membro e gravante su una categoria di merci a causa del loro trasporto oltre i confini comunali, costituisce una *tassa di effetto equivalente a un dazio doganale* all'esportazione, ai sensi dell'art. 23 CE, malgrado la tassa gravi anche sulle merci la cui destinazione finale si trova all'interno dello Stato membro interessato; 2) l'art. 23 CE non può essere invocato a sostegno di richieste di rimborso di importi riscossi anteriormente al 16 luglio 1992 a titolo della

tassa controversa, salvo dai richiedenti che, prima di tale data, abbiano agito in giudizio o contestato l'imposizione con un'impugnativa equivalente» (cont. 20358/03, Avv. Stato M. Fiorilli).

– **9 settembre 2004**, nella causa C-383/02, *Commissione CE c. Italia*, con la quale la Corte ha dichiarato, in tema di *gestione dei rifiuti*, che «non avendo adottato le misure necessarie ad assicurare che i rifiuti depositati nelle discariche di Rodano (Milano) fossero recuperati o smaltiti senza pericolo per la salute dell'uomo e senza usare procedimenti o metodi che potrebbero recare pregiudizio all'ambiente e non avendo adottato le misure necessarie affinché il detentore dei rifiuti depositati in tali discariche li consegnasse ad un raccoglitore privato o pubblico o ad un'impresa che effettua le operazioni previste nell'allegato II A o II B della direttiva del Consiglio 15 luglio 1975, 75/442/CEE, sui rifiuti, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 marzo 1991, 91/156/CEE, oppure provvedesse egli stesso a loro recupero o smaltimento, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza degli artt. 4 e 8 di tale direttiva» (cons. 3552/04, Avv. Stato M. Fiorilli).

– **14 settembre 2004**, nella causa C-385/02, *Commissione CE c. Italia*, dove la Corte, in tema di *appalti di lavori pubblici*, ha dichiarato che «avendo il Magistrato per il Po di Parma, ufficio periferico del Ministero dei Lavori pubblici (ora Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti), attribuito gli appalti relativi alle opere di completamento della costruzione di una cassa di espansione per la laminazione delle piene del torrente Parma in località Marano (Comune di Parma), di sistemazione e di completamento di una cassa di espansione del torrente Enza e di regimazione delle piene del torrente Terdoppio a sud-ovest di Cerano mediante ricorso alla procedura negoziata non preceduta da pubblicazione di un bando di gara, senza che ne ricorressero i presupposti, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori» (cons. 40088/03, Avv. Stato M. Fiorilli).

– **16 settembre 2004**, nella causa C-248/02, *Commissione CE c. Italia*, con la quale la Corte ha dichiarato, in tema di *inquinamento e protezione del suolo*, che: «La Repubblica italiana, – non avendo trasmesso alcuna informazione sul valore medio di concentrazione (mg/kg di sostanza secca) su base annua dei metalli pesanti (cadmio, rame, nichel, piombo, zinco, mercurio e cromo) nonché di azoto e fosforo contenuti nei fanghi di depurazione; – non avendo trasmesso alcuna informazione sul quantitativo (t/anno) di fanghi di depurazione prodotti come sostanza secca; – non avendo trasmesso le informazioni richieste sui quantitativi di fanghi utilizzati annualmente in agricoltura come sostanza secca, tranne per quanto riguarda la Regione Friuli-Venezia Giulia (1995-1997), la Provincia autonoma di Bolzano (1995), la Regione Emilia-Romagna nonché le Regioni Liguria e Calabria per le quali è stato indicato che i fanghi di depurazione non erano usati in agricoltura; – non avendo provveduto a tenere aggiornati, almeno per quanto riguarda le Regioni Lombardia, Emilia-Romagna, Toscana, Abruzzo, Campania, Valle d'Aosta, Sicilia e Marche, i registri in cui sono annotate la com-

posizione e le caratteristiche dei fanghi, rispetto ai parametri di cui all'allegato II A della direttiva del Consiglio 12 giugno 1986, 86/278/CEE, concernente la protezione dell'ambiente, in particolare del suolo, nell'utilizzazione dei fanghi di depurazione in agricoltura, e non avendo provveduto a tenere aggiornati i registri in cui sono annotati i quantitativi di fango prodotto (relativamente a tutto il territorio nazionale) e quelli utilizzati in agricoltura, perlomeno per quanto riguarda le Regioni Abruzzo, Campania, Toscana e Sicilia; è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in virtù degli artt. 10, n. 1, lett. a) e b), e 17 della direttiva 86/278, come modificata dalla direttiva del Consiglio 23 dicembre 1991, 91/692/CEE, per la standardizzazione e la razionalizzazione delle relazioni relative all'attuazione» (cont. 28744/02, Avv. Stato M. Fiorilli).

– **23 settembre 2004**, nella causa C-297/02, *Italia c. Commissione*, ha respinto il ricorso dell'Italia con il quale, in tema di *conti FEOGA*, si era contestato il mancato addebito al Fondo di alcune spese sostenute negli esercizi 1997/1999 per il *magazzinaggio pubblico di alcool e per aiuti alla produzione di olio di oliva* (cons. 12078/02, Avv. Stato M. Fiorilli).

– **5 ottobre 2004**, nelle cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer ed altri c. Deutsches Rotes Kreuz*, con la quale la Corte ha statuito, in tema di protezione della *sicurezza e della salute dei lavoratori*, quanto segue: «1) a) Gli artt. 2 della direttiva del Consiglio 12 giugno 1989, 89/391/CEE, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro, e 1, n. 3, direttiva del Consiglio 23 novembre 1993, 93/104/CE, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, devono essere interpretati nel senso che l'attività degli operatori del soccorso, esercitata nell'ambito di un servizio di soccorso medico d'urgenza come quello di cui si tratta nelle cause principali, rientrano nella sfera di applicazione delle dette direttive, b) La nozione di «trasporti stradali» ai sensi dell'art. 1, n. 3, della direttiva 93/104 deve essere interpretata nel senso che essa non riguarda l'attività di un servizio di soccorso medico d'urgenza, anche qualora questa consista, perlomeno in parte, nell'utilizzo di un veicolo e nell'accompagnamento del paziente durante il tragitto verso l'ospedale. 2) L'art. 18, n. 1, lett. b), *sub i*), primo trattino, della direttiva 93/104 deve essere interpretato nel senso che esso esige un'accettazione esplicitamente e liberamente espressa da parte di ogni singolo lavoratore affinché il superamento dell'orario massimo di lavoro settimanale di 48 ore, quale previsto all'art. 6 della direttiva, sia valido. A tal fine, non è sufficiente che il contratto di lavoro dell'interessato faccia riferimento a un contratto collettivo che consente tale superamento. 3) L'art. 6, punto 2, della direttiva 93/104 deve essere interpretato nel senso che, in circostanze come quelle di cui alle cause principali, esso osta alla normativa di uno Stato membro che, in relazione ai periodi di permanenza obbligatoria («*Arbeitsbereitschaft*») garantiti da operatori del soccorso nell'ambito di un servizio di soccorso medico di urgenza di un organismo quale il *Deutsches Rotes Kreuz*, ha l'effetto di consentire, eventualmente per mezzo di un contratto collettivo o di un accordo aziendale fondato su tale contratto, un superamento dell'orario massimo di lavoro settimanale di 48 ore fissato dalla detta disposizione;

– tale disposizione soddisfa tutte le condizioni necessarie per produrre un effetto diretto; – il giudice nazionale cui sia sottoposta una controversia che ha luogo esclusivamente tra singoli, nell'applicare le norme del diritto interno adottate al fine dell'attuazione degli obblighi previsti dalla direttiva deve prendere in considerazione tutte le norme del diritto nazionale ed interpretarle, per quanto possibile, alla luce del testo e della finalità di tale direttiva per giungere a una soluzione conforme all'obiettivo da essa perseguito. Nelle cause principali, il giudice del rinvio, quindi, deve fare tutto ciò che rientra nella sua competenza per evitare il superamento dell'orario massimo di lavoro settimanale fissato in 48 ore in virtù dell'art. 6, punto 2, della direttiva 93/104» (cons. 4306/02, Avv. Stato A. Cingolo).

– **7 ottobre 2004**, nella causa C-247/02, *Sintesi S.p.A. c. Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici*, dove, in tema di *appalti di lavori pubblici*, è stato statuito che «l'art 30 n. 1, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, dev'essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale la quale, ai fini dell'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici mediante procedure di gara aperte o ristrette, imponga, in termini generali ed astratti, alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere unicamente al criterio del prezzo più basso» (cons. 18942/02, Avv. Stato M. Fiorilli: la memoria dell'Avvocatura dello Stato è riportata in *questa Rassegna*, 2002, III, 175).

– **7 ottobre 2004**, nella causa C-103/02, *Commissione CE c. Italia*, con la quale la Corte ha accolto parzialmente il ricorso della Commissione, in *tema di rifiuti*, dichiarando che «1) la Repubblica italiana, non avendo stabilito nel decreto 5 febbraio 1998, sull'individuazione dei rifiuti non pericolosi sottoposti alle procedure semplificate di recupero ai sensi degli artt. 31 e 33 del decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22, quantità massime di rifiuti, per tipo di rifiuti, che possano essere oggetto di recupero in regime di dispensa dall'autorizzazione, è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono in forza degli artt. 10 e 11, n. 1, della direttiva del Consiglio 15 luglio 1975, 75/442/CEE, relativa ai rifiuti, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 marzo 1991, 91/156/CEE; 2) la Repubblica italiana, non avendo definito con esattezza i tipi di rifiuti relativi alle norme tecniche 5.9 e 7.8 dell'allegato 1 del detto decreto, è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono ai sensi dell'art. 11, n. 1, della direttiva 75/442, come modificata, e dell'art. 3 della direttiva del Consiglio 12 dicembre 1991, 91/689/CEE, relativa ai rifiuti pericolosi». La Corte ha invece respinto il ricorso in ordine alla contestazione della Commissione relativa alla definizione di alcune attività di smaltimento come attività di recupero (cons. 15342/02, Avv. Stato M. Fiorilli; il controricorso redatto dall'Avvocatura dello Stato è riportato in *questa Rassegna*, 2002, I, 93).

– **12 ottobre 2004**, nella causa C-87/00, *Nicoli c. Eridania S.p.A.*, con la quale la Corte ha dichiarato che «l'esame delle questioni proposte non ha rivelato alcun elemento che possa inficiare la validità del regolamento (CE) del Consiglio 26 giugno 1998, n. 1361, che fissa, per la campagna di commercializzazione 1998/1999, i prezzi d'intervento derivati dello zucchero bianco, il prezzo d'intervento dello zucchero greggio, i prezzi minimi della barbabietola A e della barbabietola B, nonché l'importo del rimborso per la compensazione delle spese di magazzinaggio» (cont. 45033/02, Avv. Stato G. De Bellis).

– **14 ottobre 2004**, nella causa C-298/02, *Italia c. Commissione CE*, che ha respinto il ricorso italiano in tema di *conti FEOGA*, relativamente al mancato addebito al Fondo di spese sostenute negli esercizi finanziari 1997/1998 relativamente ad un *aiuto alla produzione nel settore dei prodotti trasformati a base di ortofrutticoli* (cons. 13367/02, Avv. Stato M. Fiorilli).

– **19 ottobre 2004** (ordinanza), nella causa C-425/03, *Regio c. Axa*, con la quale la Corte ha dichiarato irricevibile la domanda pregiudiziale del giudice di pace di Milazzo in tema di *attività anticoncorrenziali sul mercato del settore auto*, in quanto l'ordinanza di rinvio non conteneva una descrizione sufficiente del contesto fattuale e normativo (cont. 8888/04, Avv. Stato G. De Bellis).

– **11 novembre 2004**, nella causa C-457/02, *Niselli*, con la quale la Corte ha statuito, *in tema di rifiuti (residui di produzione o di consumo idonei alla riutilizzazione)*, che: «1) la definizione di rifiuto contenuta nell'art. 1, lett. a), primo comma, della direttiva del Consiglio 15 luglio 1975, 75/442/CEE, relativa ai rifiuti, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 marzo 1991, 91/156/CEE e dalla decisione della Commissione 24 maggio 1996, 96/350/CE, non può essere interpretata nel senso che essa ricomprenderebbe tassativamente le sostanze o i materiali destinati o soggetti alle operazioni di smaltimento o di recupero menzionati negli allegati II A e II B della detta direttiva, oppure in elenchi equivalenti, o il cui detentore abbia l'intenzione o l'obbligo di destinarli a siffatte operazioni; 2) la nozione di rifiuto ai sensi dell'art. 1, lett. a), primo comma, della direttiva 75/442, come modificata dalla direttiva 91/156 e dalla decisione 96/350, non dev'essere interpretata nel senso che essa escluderebbe l'insieme dei residui di produzione o di consumo che possono essere o sono riutilizzati in un ciclo di produzione o di consumo, vuoi in assenza di trattamento preventivo e senza arrecare danni all'ambiente, vuoi previo trattamento ma senza che occorra tuttavia un'operazione di recupero ai sensi dell'allegato II B di tale direttiva» (cont. 7269/03, Avv. Stato M. Fiorilli, le cui osservazioni in causa sono riportate in *questa Rassegna*, I, 93).

– **11 novembre 2004**, nella causa C-425/02, *Delanaye c. Min. fonction publique*, con la quale è stato statuito che «la direttiva del Consiglio 14 febbraio 1977, 77/187/CEE concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimento dev'essere interpretata nel senso che essa non osta, in via di principio, a che, in caso di trasferimento d'impresa da una persona giuridica di diritto privato allo Stato, questo, in quanto nuovo datore di lavoro, proceda ad una riduzione dell'importo della retribuzione dei lavoratori interessati allo scopo di conformarsi alle vigenti norme nazionali relative ai pubblici dipendenti. Tuttavia, le autorità competenti incaricate di applicare e di interpretare dette norme sono tenute a farlo in tutta la misura possibile alla luce dello scopo di detta direttiva, tenendo conto segnatamente dell'anzianità del lavoratore se le norme nazionali che disciplinano la situazione dei dipendenti dello Stato prendono in considerazione l'anzianità del dipendente statale per il calcolo della sua retribuzione. Nell'ipotesi in cui questo calcolo si risolva in una ridu-

zione sostanziale della retribuzione dell'interessato, tale riduzione costituisce una sostanziale modifica delle condizioni di lavoro a scapito dei lavoratori interessati dal trasferimento, di modo che la rescissione del loro contratto di lavoro per questo motivo dev'essere considerata come dovuta alla responsabilità del datore di lavoro, conformemente all'art. 4, n. 2, della direttiva 77/187» (cont. 33973/03, Avv. Stato A. Cingolo; le osservazioni italiane in cause sono riportate in *questa Rassegna*, 2003, I, 83).

– **18 novembre 2004** (ordinanza), nelle cause riunite C-261 e C262/03, *Allevamenti associati ed altri c. Regione Emilia-Romagna*, dove è stato ribadito che «gli artt. 1, 2 e 9, lett. g), del regolamento (CEE) del Consiglio 28 dicembre 1992, n. 3950, che istituisce un prelievo supplementare nel settore del latte e dei prodotti lattiero-caseari, e l'art. 1 del regolamento (CEE) della Commissione 9 marzo 1993, n. 536, che stabilisce le *modalità di applicazione del prelievo supplementare nel settore del latte* e dei prodotti lattiero-caseari, debbono essere interpretati nel senso che, ai fini della determinazione delle quote latte e dell'applicazione del prelievo supplementare, va qualificata *come consegna* l'ipotesi in cui un'impresa produttrice di latte affidi determinati quantitativi di tale prodotto a terzi senza cederne la proprietà, in esecuzione di un contratto di appalto relativo al trattamento ed alla trasformazione di tale latte in formaggio, burro e siero, dietro pagamento di un corrispettivo» (cont. 29299/03, Avv. Stato O. Fiumara, le cui osservazioni scritte, per il Governo italiano, sono riportate in *questa Rassegna*, 2003, II, 110).

– **25 novembre 2004**, nella causa 447/03, *Commissione CE c. Italia*, con la quale, *in tema di gestione di rifiuti*, è stato dichiarato che «non avendo adottato le misure necessarie per assicurare che i rifiuti stoccati o depositati in discarica, presenti nel sito dell'ex stabilimento Enichem di Manfredonia (provincia di Foggia) e nella discarica di rifiuti urbani Pariti I, sita nella zona di Manfredonia, fossero ricuperati o smaltiti senza pericolo per la salute dell'uomo e senza usare procedimenti o metodi che potrebbero recare pregiudizio all'ambiente, e non avendo adottato le disposizioni necessarie affinché il detentore dei rifiuti stoccati o depositati in discarica presenti nel sito Enichem e il detentore dei rifiuti presenti nella discarica Pariti I e nella discarica di rifiuti urbani Conte di Troia, anch'essa sita nella zona di Manfredonia, consegnassero tali rifiuti ad un raccoglitore privato o pubblico, o ad un'impresa che effettua le operazioni previste nell'allegato II A o II B della direttiva del Consiglio 15 luglio 1975, 75/442/CEE, relativa ai rifiuti, come modificata della direttiva del Consiglio 18 marzo 1991, 91/156/CEE, oppure provvedessero essi stessi al loro ricupero o smaltimento, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi degli artt. 4 e 8 della detta direttiva (cont. 42118/03, Avv. Stato M. Fiorilli).

– **25 novembre 2004**, nella causa 109/03, *KPN Telecom BV*, con la quale la Corte, *in tema di telecomunicazioni*, ha statuito che: «1) L'art. 6, n. 3, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 26 febbraio 1998, 98/10/CE, sull'applicazione del regime di fornitura di una rete aperta (ONP) alla telefonia vocale e sul servizio universale delle telecomunicazioni in un ambiente concorrenziale, dev'essere interpretato nel senso che l'espres-

sione «informazioni utili» riguarda unicamente i dati relativi agli abbonati che non si sono opposti al fatto di essere inseriti in un elenco pubblicato e che siano sufficienti a consentire agli utenti di un elenco di identificare gli abbonati che essi cercano. Tali dati comprendono, in linea di principio, il nome e l'indirizzo, compreso il codice postale, degli abbonati nonché il numero o i numeri di telefono ad essi attribuiti dall'organismo interessato. Tuttavia gli Stati membri possono prevedere che altri dati siano resi disponibili agli utenti qualora, considerate condizioni nazionali specifiche, essi appaiano necessari all'identificazione degli abbonati. 2) L'art. 6, n. 3, della direttiva 98/10, in quanto prevede che le informazioni utili siano fornite a terzi a condizioni eque, orientate ai costi e non discriminatorie, dev'essere interpretato nel senso che: – con riferimento a dati quali il nome e l'indirizzo delle persone, nonché il numero di telefono ad esse attribuito, il gestore del servizio universale può fatturare soltanto i costi relativi alla messa a disposizione effettiva dei terzi di tali dati; – con riferimento a dati aggiuntivi che un tale gestore non è obbligato a mettere a disposizione dei terzi, quest'ultimo ha il diritto di fatturare, a parte i costi relativi a tale messa a disposizione, i costi supplementari che esso stesso ha dovuto sostenere per la raccolta di tali dati, fintantoché sia garantito un trattamento non discriminatorio dei terzi» (cont. 2905/03, Avv. Stato P. Gentili).

– **2 dicembre 2004**, nella causa C-97/04, *Commissione CE c. Italia*, con la quale la Corte ha statuito che «la Repubblica italiana, non avendo adottato le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 4 dicembre 2000, 2000/1976/CE, sull'*incenerimento dei rifiuti*, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza di tale direttiva, in particolare dell'art. 21, n. 1, della medesima» (cont. 15611/04, Avv. Stato G. Fiengo).

– **9 dicembre 2004**, nella causa C-460/02, *Commissione CE c/ Italia*, con la quale la Corte, in tema di *assistenza a terra negli aeroporti*, ha dichiarato che «in quanto il decreto legislativo 13 gennaio 1999, n. 18, recante attuazione della direttiva 96/67/CE relativa all'accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità, ha introdotto, al suo art. 14, una misura sociale incompatibile con l'art. 18 della direttiva del Consiglio 15 ottobre 1996, 96/67/CE, e ha previsto, al suo art. 20, un regime a carattere transitorio non consentito da tale direttiva, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono in forza della detta direttiva» (cont. 4981/03, Avv. Stato O. Fiumara; le difese italiane in giudizio sono riportate in *questa Rassegna*, 2003, I, 107; la sentenza è pubblicata in questo numero della *Rassegna*, pag. 1136, con nota di P.L. DE PALMA, *L'attuazione della direttiva 96/67/CE relativa al libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità*).

– **15 dicembre 2004**, nella causa C-272/03, *Hauptzollamt Neubrandenburg c. Siig*, con la quale la Corte ha statuito che «gli artt. 718, n. 3, lett. d), e 670, lett. p), del regolamento (CEE) della Commissione 2 luglio 1993 n. 2454, che fissa talune disposizioni d'applicazione del regolamento (CEE) n. 2913/1992 del Consiglio che istituisce il *codice doganale comunitario*, devono essere interpretati nel senso che vietano l'utilizzazione di una *motrice*

stradale immatricolata fuori del territorio doganale della Comunità per il trasporto di un semirimorchio da un luogo situato all'interno del territorio doganale della Comunità in cui esso è caricato di merci ad un altro luogo situato all'interno del territorio doganale della Comunità in cui esso è solo parcheggiato per essere successivamente trasportato da un'altra motrice stradale presso il destinatario delle merci, stabilito fuori del territorio doganale della Comunità» (cont. 35719/03, Avv. Stato G. De Bellis).

– **16 dicembre 2004**, nella causa C-313/03, *Commissione CE c. Italia*, con la quale si è dichiarato che «la Repubblica italiana, non avendo adottato le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva del Consiglio 21 giugno 1999, 1999/63/CE, relativa all'accordo sull'organizzazione dell'*orario di lavoro della gente di mare* concluso dall'Associazione armatori della Comunità europea (ECSA) e dalla Federazione dei sindacati dei trasportatori dell'Unione europea (FST), nonché all'accordo europeo del 30 settembre 1998 sull'organizzazione dell'orario di lavoro della gente di mare, ad essa allegato, o, comunque, non avendo comunicato tali disposizioni alla Commissione delle Comunità europee, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'art. 3, n. 1, della detta direttiva» (cont. 30128/03, Avv. Stato A. Cingolo; il controricorso dell'Avvocatura dello Stato è pubblicato in *questa Rassegna*, 2004, 196).

– **16 dicembre 2004**, nella causa C-24/03, *Italia c. Commissione CE*, che ha respinto il ricorso dell'Italia con il quale si era chiesto l'annullamento parziale della decisione sui *conti FEOGA* per gli esercizi 1998/2001 in relazione al mancato addebito di *spese nel settore degli ortofrutticoli e dell'ammasso pubblico dei cereali* (cons. 20703/03, Avv. Stato M. Fiorilli).

– **16 dicembre 2004**, nella causa C-516/03, *Commissione CE c. Italia*, con la quale è stato deciso che «la Repubblica italiana, non avendo adottato le misure necessarie ad assicurare che *i rifiuti depositati nella discarica di Campolongo*, situata nel territorio del Comune di Ascoli pieno, siano recuperati o smaltiti senza pericolo per la salute dell'uomo e senza usare procedimenti o metodi che potrebbero arrecare pregiudizio all'ambiente e non avendo adottato le misure necessarie affinché il detentore dei rifiuti depositati nella detta discarica consegni tali rifiuti ad un raccoglitore privato o pubblico, oppure ad un'impresa che effettui le operazioni previste nell'allegato II A o II B della direttiva del Consiglio 15 luglio 1975, 75/442/CEE, relativa ai rifiuti, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 marzo 1991, 91/156/CEE, ovvero affinché provveda egli stesso a garantirne il recupero o lo smaltimento, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi degli artt. 4 e a della direttiva medesima» (cont. 46795/04, Avv. Stato M. Fiorilli).

b) *Il Tribunale di primo grado*

– **18 novembre 2004**, nella causa T-176/01, *Ferriere Nord S.p.A. c. Commissione CE*, con la quale il Tribunale ha respinto il ricorso della Soc. Ferriere Nord, sostenuta dal Governo italiano, diretto ad ottenere l'annullamento di *aiuti di Stato per la tutela dell'ambiente nell'attività siderurgica* (Avv. Stato M. Fiorilli).

*Dossier***Lo stato degli atti sull' *in house providing****(Resoconto di un viaggio di studio alla Corte di Giustizia)**Premessa*

La disciplina dei servizi pubblici locali ha subito nel corso degli ultimi anni molteplici modificazioni; da ultimo è necessario ricordare l'art. 14 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito in legge 24 novembre 2003 n. 326, il cui scopo è stato principalmente quello di consentire la gestione comunale diretta, in ossequio agli spiragli concessi dalla normativa e dai principi comunitari in materia di tutela della concorrenza, accogliendo nel tessuto della legge le indicazioni offerte dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di *in house providing* (1).

Tale espressione (2) evidenzia un fenomeno di organizzazione in cui la pubblica amministrazione «provvede» ai propri bisogni mediante lo svolgimento di un' «attività interna» e che si contrappone a quello in cui l'amministrazione ricerca all'esterno le risorse necessarie per lo svolgimento di un'attività amministrativa.

Si tratta di un fenomeno che affonda le sue radici, da un lato nel sempre più marcato e crescente impiego dello strumento di società per azioni per il perseguimento di finalità di interesse pubblico predeterminate sul piano legislativo; dall'altra negli obblighi comunitari, in quanto ogni ipotesi di affidamento diretto comporta la sottrazione di spazi di mercato all'iniziativa di operatori nazionali ed esteri, in contrasto con i principi generali su cui si fonda l'Unione Europea. Fermo restando quanto detto, non è possibile riscontrare alcun obbligo di *autosourcing* a carico delle pubbliche amministrazioni, in quanto l'art. 45 (*ex art. 55*) del Trattato CE, esclude che i prin-

(1) Il comma 5 del novellato art. 113 del T.U.E.L., in particolare dopo aver premesso che l'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, stabilisce che il conferimento della titolarità del servizio può avvenire a favore di:

a) società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedura ad evidenza pubblica;

b) società di capitale misto pubblico e privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche;

c) società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulle società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

(2) L'espressione *in house* è stata utilizzata per la prima volta nel *Libro Bianco* del 1998 nel quale la Commissione Europea, con riferimento al settore degli appalti pubblici, specifica il concetto di «appalti *in house*» come «quelli aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale e locale o, ancora, tra un'amministrazione centrale e una società da questa interamente controllata».

cipi posti a tutela della concorrenza impongano di rivolgersi sempre e comunque al mercato per l'approvvigionamento di beni, servizi e forniture sancendo, per contro, l'obbligo di indire della gara allorché si decida di ricorrere a privati.

La giurisprudenza comunitaria sull'*in house providing* rappresenta, dunque, il tentativo di armonizzare i principi a tutela della concorrenza, presenti nel trattato CE, con il potere di auto-organizzazione parimenti riconosciuto alle amministrazioni pubbliche degli stati membri (3).

L'obiettivo del presente lavoro sarà quindi, in primo luogo, indirizzato a ripercorrere le tappe fondamentali della giurisprudenza comunitaria e, in seguito, a verificare concretamente quale sia l'atteggiamento attuale delle istituzioni (Commissione e Corte di Giustizia), dovendo fin da subito anticipare una nuova tendenza che sembrerebbe indirizzata a restringere il più possibile il numero dei soggetti sottratti all'applicazione della normativa europea.

Principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria in materia di affidamento in house.

In assenza di una definizione normativa è stata la giurisprudenza comunitaria a delimitare in negativo i confini *in house providing*, partendo dalla puntualizzazione dei concetti di appalto pubblico e di concessione di pubblico servizio (4).

In particolare, la Commissione ha chiarito che mentre nel caso della concessione di pubblico servizio il concessionario si sostituisce all'ente concedente nell'esercizio dei compiti propri di quest'ultimo, svolgendo un'attività che è destinata direttamente alla soddisfazione degli interessi della collettività; nell'appalto pubblico, invece, l'appaltatore si limita ad eseguire la prestazione di lavori, servizi, o forniture in favore dell'ente pubblico appaltante. Ne segue che «*il criterio della gestione è una caratteristica essenziale per stabilire se si è in presenza di una concessione di servizi. Applicando tale criterio, si ha concessione di servizi quando l'operatore si assume i rischi di gestione del servizio rifacendosi sull'utente, soprattutto per mezzo della riscossione di un qualsiasi canone*» (5).

Chiarite le differenze strutturali, caratteristica di tutte e due le fattispecie – per quanto interessa in questa sede – è che tanto negli appalti pubblici

(3) D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003, 281 ss.

(4) Occorre ricordare che il trattato CE non contiene alcuna esplicita definizione di concessione. L'unica definizione rinvenibile nel diritto comunitario derivato è quella della direttiva lavori 93/37/CEE, che prevede un regime specifico per la concessione lavori. Per contro le altre forme di concessione non sono disciplinate dalle direttive relative agli appalti pubblici.

(5) COMUNICAZIONE INTERPRETATIVA DELLA COMMISSIONE sulle concessioni in diritto comunitario, Bruxelles, 12 aprile 2000, 2000/C-121/02. Sul punto v. anche Corte di Giustizia CE, sentenza Teleaustria del 7 dicembre 2000, Causa C-324/1998, la quale ha sancito che in mancanza di una normativa dettagliata di diritto comunitario secondario, l'affidamento delle concessioni di servizi deve, comunque, avvenire nel rispetto delle norme e dei principi contenuti nel trattato CE, ed in particolare degli articoli 43 e 49 del Trattato summenzio-

quanto nelle concessioni di pubblici servizi si riscontra un'estraneità del soggetto appaltatore, ovvero del concessionario, rispetto all'ente rispettivamente appaltante o concedente. Tale relazione intersoggettiva, che dunque manca tutte le volte in cui non si rinviene una terzietà tra ente pubblico e gestore e, di conseguenza, non sussiste fra essi un vero e proprio rapporto contrattuale o concessorio.

È proprio la mancanza di una relazione intersoggettiva che elimina l'obbligo di indizione della gara e comporta, insieme agli altri criteri indicati dalla Corte di giustizia, il configurarsi di un affidamento *in house*.

I suddetti criteri sono stati progressivamente esplicitati.

La Corte di Giustizia nella causa *RI.SAN. S.r.l.*, ha affermato un principio basilare destinato, di lì a breve, ad essere meglio specificato. Chiamata a pronunciarsi su una questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, relativamente all'ambito di applicazione dell'art. 45 del Trattato CE – in base al quale, si ricorda, «sono escluse dalle applicazioni delle disposizioni del presente capo, per quanto riguarda lo Stato membro interessato le attività che in tale Stato partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri» – la Corte di Giustizia ha affermato l'inapplicabilità della norma richiamata ad «una situazione come quella oggetto della causa *a qua*, i cui elementi sono tutti confinati all'interno di un solo Stato membro e che pertanto non presenta alcun nesso con una delle situazioni considerate dal diritto comunitario nel settore della libera circolazione delle persone e dei servizi. (6)».

Nella nota sentenza *Teckal S.r.l.* (7), di poco successiva, la Corte di Giustizia sviluppando il suesposto principio, ha fornito un contributo decisivo alla definizione di affidamento *in house* delineandone i limiti ed individuando due criteri cumulativi, la cui contemporanea sussistenza consente di sottrarre alle procedure di aggiudicazione previste per gli appalti pubblici, tutti quei rapporti intercorrenti tra una pubblica amministrazione ed un ente soggetto all'influenza dominante di quest'ultima.

La pronuncia della Corte consegue ad una questione pregiudiziale, sollevata dal Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, relativamente all'interpretazione della direttiva 92/50 CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, ed in particolare l'art. 6 secondo cui «*la presente direttiva non si applica agli appalti pubblici di servizi aggiudicati ad un ente che sia esso stesso un'amministrazione (...) in base ad un diritto esclusivo di cui beneficia in virtù delle disposizioni legislative, regolamentari od amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il trattato.*»

nato. Ciò implica che gli obblighi di trasparenza e di rispetto di una pubblicità adeguata nelle procedure di affidamento si impongono alle amministrazioni anche nell'aggiudicazione, da parte delle stesse, di contratti di concessione di servizi.

(6) Corte Giust. CE, sez. V, sent. 9 settembre 1999, causa C-108/1998, *RI.SAN. S.r.l. c. Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA e Ischia Ambiente SpA*.

(7) Corte Giust. CE, sez. V, sent. 18 novembre 1999, causa C-107/1998, *Teckal Srl c. comune di Viano e Azienda Gas Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*.

Il giudice chiamato a pronunciarsi in merito alla legittimità dell'affidamento «diretto» di un appalto misto di servizi e forniture, eseguito da parte di un ente pubblico in favore di un consorzio in cui esso partecipava, aveva chiesto preliminarmente quale delle due direttive (servizi o forniture) dovesse essere applicata al caso concreto.

La Corte, applicando un criterio meramente quantitativo (8) è pervenuta alla conclusione che la direttiva applicabile nel caso di specie era quella c.d. di forniture, in cui però manca una disposizione analoga a quella contenuta nella direttiva c.d. servizi. Il giudice comunitario non ha ritenuto rilevante la suddetta circostanza, constatando che al fine di stabilire se lo svolgimento di una procedura di gara sia obbligatorio, ai sensi della direttiva 93/36/CEE, occorre piuttosto stabilire se l'aggiudicazione *de qua* configura, o meno, un appalto pubblico di forniture, in forza di un vero e proprio rapporto di natura contrattuale intercorrente tra l'ente pubblico ed un soggetto terzo. Laddove manca un vero e proprio rapporto contrattuale tra due soggetti, come nel caso, secondo la terminologia della Corte, di «delegazione interorganica» o di servizio affidato eccezionalmente *in house*, perché trattasi di contratto stipulato tra una pubblica amministrazione e una persona giuridica (formalmente) distinta, l'applicazione delle direttive comunitarie può essere esclusa allorché vi sia la sussistenza di determinati presupposti:

1. l'amministrazione aggiudicatrice deve esercitare sul soggetto aggiudicatario un «controllo analogo» a quello da essa esercitato sui propri servizi;
2. il soggetto aggiudicatario deve «realizzare la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti pubblici che la controllano».

Ecco, dunque, il fondamento giuridico sancito dalla Corte e legittimante l'affidamento *in house*, si tratta di un modello di gestione che assume una rilevanza autonoma a prescindere dalle clausole di esclusione contenute in alcune discipline di settore (es. art. 6 della direttiva 92/50/CEE), nel senso che ciascuna amministrazione potrà non far ricorso alle procedure di aggiudicazione, non in nome di una clausola di esclusione contenuta nella normativa di settore, ma allorché decida di soddisfare interessi ed esigenze pubbliche attraverso un modello di organizzazione meramente interno, qualificabile in termini di delegazione interorganica.

La sentenza Teckal, tuttavia, non ha segnato la fine di un dibattito, ma al contrario ha inaugurato una ben più ampia disamina, sia sotto un profilo interpretativo – applicativo dei criteri suddetti, sia perché l'indirizzo assunto dalla Corte non ha riscontrato il sostegno della Commissione europea, fortemente restia a concedere una deroga di così ampia portata all'applicazione del diritto comunitario.

Procediamo con ordine. A questo punto, preme – per chiarezza espositiva – dar conto delle indicazioni provenienti dalla stessa Corte di Giustizia circa la corretta interpretazione dei criteri sanciti nella sentenza Teckal.

(8) Quando, come nel caso di specie, un appalto pubblico ha ad oggetto, nel contempo, prodotti ai sensi della direttiva forniture 92/36/CEE e servizi ai sensi della direttiva 92/50/CEE, esso rientra nell'ambito di applicazione della prima qualora il valore dei prodotti previsti dal contratto sia superiore a quello dei servizi.

Per ciò che concerne il primo criterio, vale a dire il «controllo analogo» esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice sul soggetto aggiudicatario, è ormai consolidata nelle istituzioni comunitarie l'opinione secondo cui il *controllo analogo* a quello da essa esercitato sui propri servizi debba essere inteso alla stregua di una relazione di subordinazione gerarchica. Tale situazione si verifica, in particolare, quando sussiste uno stringente controllo gestionale e finanziario dell'ente pubblico sull'ente societario. In detta evenienza, le prestazioni qualificate *in house* esulano dalla sfera di applicazione delle direttive in materia di procedure di aggiudicazione, perché si tratterebbe di prestazioni fornite dagli stessi servizi interni di un'autorità pubblica o da servizi che da questa dipendono in via diretta sebbene organicamente distinti. Dato che l'amministrazione aggiudicatrice gode nei confronti dell'operatore di controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi, i compiti che può affidargli saranno trattati come se fossero stati semplicemente delegati al suo interno. La capacità dell'ente territoriale di influire sul funzionamento del prestatore e l'assenza di autonomia che ne deriva per quest'ultimo, negano qualsiasi rilevanza esterna al rapporto intercorrente tra l'ente ed il prestatore di servizi (9).

Ai fini della corretta perimetrazione della nozione di «controllo analogo» occorre compiere una ulteriore puntualizzazione: non sarebbe sufficiente un controllo sulla sola attività (conformità della gestione svolta dall'ente gestore ad un parametro legale) ad integrare gli estremi del controllo stringente, ma sarebbe necessario un controllo anche strutturale, vale a dire un potere di ingerenza nell'organizzazione della produzione del prestatore *in house*. In definitiva, il modello *in house providing* implica che la società di gestione sia priva di una propria autonomia imprenditoriale e di capacità decisionali distinte da quella della pubblica amministrazione, di cui costituisce nient'altro che un apparato organizzativo (10).

Orbene, le ragioni a tutela della concorrenza, poste alla base della normativa comunitaria in materia di procedure di aggiudicazione restano valide ogni qual volta il soggetto aggiudicatario, pur essendo esso stesso una pubblica amministrazione, sia distinto rispetto all'ente pubblico che ne bandisce la gara. In tal caso, infatti, non può ravvisarsi quel nesso strutturale, di controllo e di destinazione che è essenziale per la verifica dell'*in house providing*: pur trattandosi di un soggetto pubblico, l'ente aggiudicatario deve comunque considerarsi terzo rispetto all'amministrazione aggiudicatrice e, pertanto, deve restare assoggettato alle medesime regole applicabili ad un qualsiasi altro operatore economico.

(9) In tal senso le conclusioni dell'Avv. Gen P. Léger, presentate il 15 giugno 2000, nella causa C-94/1999, *ARGE Gewässerschutz c. Bundesministerium für Land – und forstwirtschaft*.

(10) Si tratta di un punto di assoluta rilevanza, la cui trattazione avverrà successivamente; per il momento, occorre altresì evidenziare come molte delle questioni pregiudiziali sollevate dai giudici nazionali vertano sull'esatto intendimento di mancanza di autonomia imprenditoriale e di capacità decisionale alla luce di quanto sancito dalla sentenza TECKAL che parla di «un rapporto che determina da parte dell'amministrazione controllante un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato e che riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione».

Per quanto riguarda il secondo criterio individuato dalla Corte nella sentenza Teckal, vale a dire, la necessità che il soggetto affidatario realizzi *la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti pubblici che la controllano* è stato oggetto di un attento studio da parte della dottrina formata successivamente (11), secondo cui la formula utilizzata nella sentenza Teckal sembrerebbe riassumere due ipotesi tra loro distinte. Nell'affermare la necessità che il soggetto aggiudicatario realizzi «*la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti pubblici*» che lo controllano, i giudici lussemburghesi sembrerebbero far riferimento tanto alle prestazioni svolte nei confronti dell'amministrazione controllante, quanto a quelle svolte per conto della stessa.

Con riferimento alle prime, deve intendersi quella volta a soddisfare il fabbisogno dell'amministrazione e a procurarle risorse e fattori produttivi necessari per lo svolgimento delle sue competenze; attività dunque, strumentale all'esercizio dei suoi compiti.

Il secondo tipo di attività, invece, consiste nello svolgimento di funzioni proprie dell'amministrazione e nella prestazione di servizi che hanno come diretti destinatari gli utenti finali.

Effetti pratici discendenti dai principi sanciti dalla giurisprudenza comunitaria a livello nazionale e comunitario.

A questo punto – prima di verificare quale sia, ad oggi, il panorama nazionale e comunitario in cui i suddetti principi operano, occorre ricordare – anche se già anticipato in apertura – che, dopo una serie di modifiche legislative seguite alle lettere di messa in mora da parte della Commissione (12), il legislatore ha inteso adeguare la disciplina interna sui servizi pubblici locali alle indicazioni offerte dalla giurisprudenza comunitaria in materia di *house providing* (13).

In questa sede ci si limita ad osservare il particolare rigore del legislatore italiano, il quale ha richiesto la presenza di un «capitale interamente pubblico», laddove il modello di delegazione interorganica, contemplato dalla Corte di Giustizia, non fa alcuno specifico riferimento agli assetti proprietari delle società *in house*.

Orbene, l'adeguamento della disciplina interna ai principi elaborati a livello comunitario, non è stato sufficiente a porre fine alle incertezze sul se e quando è legittimo per una pubblica amministrazione utilizzare il modello dell'affidamento *in house*.

In particolare, il punto che costituisce l'oggetto di dubbi interpretativi concerne – come anticipato – il profilo del controllo, o meglio, il quesito su quando il suddetto controllo possa integrare gli estremi di un'ingerenza pubblica sull'organizzazione imprenditoriale tale da considerare l'aggiudicatario parte integrante dell'amministrazione controllante. I giudici nazionali italiani e non, più volte chiamati a verificare della conformità, in un caso concreto,

(11) CASALINI, *op. cit.*

(12) Da ultimo la Lettera di messa in mora 26 giugno 2002, n. 1999/2184 C(2002) 2329.

(13) Vedi art. 113, T.U.E.L. modificato con decreto legge n. 269/2003, convertito in legge n. 326/2003.

del modello *in house* ai principi comunitari hanno, infatti, assunto la tendenza ad appuntare un rigoroso esame in materia di controllo, con la conseguenza che ogni qual volta non sia possibile riscontrare un'assoluta assenza di autonomia imprenditoriale e di capacità decisionale in capo al soggetto affidatario, rimettono alla Corte di Giustizia il compito di decidere la legittimità delle scelte amministrative, trascurando che il dovere di verificare la concreta sussistenza degli elementi integranti il requisito del «controllo analogo» spetterebbe sempre al giudice nazionale (14).

Invero, ai fini della corretta perimetrazione del requisito del «controllo analogo», opinione consolidata – che si discosta dall'orientamento dei giudici nazionali – è che l'accento dovrebbe essere posto nel potere di nomina della maggioranza dei soggetti che compongono gli organi di amministrazione, direzione, vigilanza del soggetto aggiudicatario. In questo modo, infatti, la necessità di vigilare e di concorrere ad indirizzare l'attività della società sarebbe, in concreto, assicurata dalla possibilità del singolo ente di esprimere, in seno agli organi di direzione e controllo, l'interesse della medesima amministrazione attraverso i membri di propria nomina.

È evidente, dunque, che il centro nevralgico del controllo sarebbe, alla luce delle considerazioni suesposte, il potere di nomina di amministratori e sindaci, mentre il possesso dell'intero capitale sociale (come richiesto dal novellato art. 113 del T.U.E.L.) si qualificerebbe come condizione necessaria ma non sufficiente, giacché non idonea a garantire quella situazione di dipendenza organica che normalmente si realizza nell'organizzazione burocratica di una pubblica amministrazione.

(14) Può essere utile, a tal fine, richiamare i termini della controversia decisa dalla Corte di Giust. CE, sez. V, con sent. 9 settembre 1999, causa C-108/1998, *R.I.SAN. Srl c. Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA e Ischia Ambiente SpA*. Ricorrente principale era la R.I.SAN. Srl che aveva proposto dinnanzi al giudice *a quo* due ricorsi volti ad ottenere l'annullamento di due delibere del consiglio comunale di Ischia, con cui era approvata la costituzione di una società per azioni, la Ischia Ambiente SpA, per il servizio di raccolta di rifiuti solidi urbani del Comune di Ischia in partecipazione con la GEPI SpA e con capitale in prevalenza pubblico. La R.I.SAN. era stata incaricata fino al 4 gennaio 1997 del servizio di raccolta dei rifiuti solidi urbani nel Comune di Ischia. Con delibera 7 novembre 1996 il Consiglio comunale aveva affidato tale servizio, senza bandire alcuna gara di appalto, alla Ischia Ambiente SpA.

La questione se il Comune di Ischia e la Ischia Ambiente SpA fossero parti integranti della stessa pubblica amministrazione – e se ci si trovava quindi in presenza di un servizio *in house* – doveva, pertanto, essere risolta in base alle circostanze di fatto, spettando al giudice nazionale esprimere un giudizio definitivo su questo aspetto.

Nel caso di specie la Corte riteneva che gli elementi forniti dal giudice *a quo* non consentivano di verificare con assoluta precisione la reale situazione di fatto. La Corte di Giustizia, pertanto, concludeva, affermando che se il giudice *a quo* dovesse nondimeno ritenere, in sede di verifica fattuale, che tanto la connessione finanziaria, quanto quella amministrativa tra il Comune e Ischia Ambiente SpA soddisfano le suddette condizioni ci si troverebbe effettivamente di fronte ad un servizio *in house*, con la conseguenza che neppure in questo caso si applicherebbe la direttiva 92/50.

Cfr., successivamente Cons. St., sez. V, 28 giugno 2004, n. 4771, in cui si è avallata l'assegnazione senza gara del servizio pubblico nell'ipotesi in cui il soggetto affidatario scelto direttamente dal Comune sia la Sviluppo Italia (*ex* GEPI SpA).

L'orientamento dei giudici di primo grado – come anticipato – indirizzato ad una delimitazione del campo applicativo dell'affidamento diretto (15), sembra anche sostenuto dall'atteggiamento assunto dalla Commissione europea, che già nella nota del 26 giugno 2002 (16) sottolineava che «*affinché il "controllo analogo" sussista non è sufficiente il semplice esercizio degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza secondo le regole proprie del diritto societario. Il controllo contemplato dalla sentenza Teckal – secondo la Commissione – fa, infatti, riferimento ad un rapporto che determina, da parte dell'amministrazione controllante, un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato, e che riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione del medesimo. In virtù di tale rapporto il soggetto partecipato, non possedendo alcuna autonomia decisionale in relazione ai più importanti atti di gestione, si configura come un'entità distinta solo formalmente dall'amministrazione, ma che in concreto continua a costituire parte della stessa. Solo a tali condizioni si può ritenere che fra amministrazione ed aggiudicatario non sussista, agli effetti pratici, un rapporto di terzietà rilevante ai fini dell'applicazione delle regole comunitarie in materia di appalti pubblici*» (punti 34 e 35 della nota sopramenzionata).

Segue. Analisi di una questione pregiudiziale. Posizione assunta dalla Repubblica italiana e dalle istituzioni comunitarie.

Nell'ultimo anno (2003-2004) sono state sollevate diverse questioni in materia di affidamento *in house* dinnanzi alla Corte di Giustizia. (17)

In questa sede, si esaminerà in particolare la questione sollevata dal Tribunale Amministrativo – Sezione autonoma per la provincia di Bolzano (18) – per dar conto delle posizioni assunte formalmente dalla Commissione, dalla Corte di Giustizia (alla luce della pubblicazione della sentenza di una questione pregiudiziale sollevata da un giudice di nazionalità tedesca), e dalla Repubblica italiana.

Con l'ordinanza di rimessione emessa il 23 luglio 2003 (19), il giudice *a quo* poneva, innanzitutto, un problema in ordine alla esatta qualificazione giuridica da attribuirsi al trasferimento (avvenuto senza l'esperimento di una gara pub-

(15) L'atteggiamento dei giudici nazionali è comprovato dalle numerose questioni pregiudiziali sollevate dinnanzi alla Corte di Giustizia in materia di affidamento *in house*.

(16) Si tratta della nota di messa in mora diretta al Governo italiano per sollecitare ulteriori modificazioni all'art. 113 del d. lgs. n. 267 del 2000, come sostituito dall'art. 35 comma 1, della legge n. 448 del 2001, nel quale si riscontravano disposizioni non conformi ai principi di diritto comunitario invocati anche nella presente fattispecie.

(17) Ordinanza di rimessione del Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria del 22 aprile 2004, cause C-241/04 e C- 242/04; ordinanza di rimessione del 30 giugno 2004 del Tribunale Amministrativo della Lombardia, causa C-340/04

(18) C- 458/03, *Parking Brixen Srl c. Comune di Bressanone e Azienda servizi municipalizzato Bressanone S.p.A.* Si tratta questione discussa dinnanzi alla Corte di Giustizia il 13 gennaio 2004 e di cui si attendono le conclusioni dell'Avvocato Generale e la conseguente sentenza.

(19) Le questioni pregiudiziali poste dal Tribunale amministrativo Sezione autonoma per la provincia di Bolzano con l'ordinanza di rimessione emessa il 23 luglio 2003:

1. *Se nel caso di attribuzione della gestione di parcheggi pubblici a pagamento, oggetto della materia controversa, si tratti di un appalto di pubblico servizio ai sensi della direttiva 92/50/CEE ovvero una concessione di pubblico servizio, nei cui confronti si applicano gli obbli-*

blica) della gestione di un parcheggio pubblico da parte del Comune Bressanone in favore dell'ASM Bressanone S.p.a., società per azioni con capitale esclusivamente pubblico nata dalla trasformazione dell'azienda speciale di proprietà dello stesso comune. Si discuteva se il suddetto rapporto debba essere dunque qualificato come un appalto pubblico di servizi oppure una concessione di un servizio pubblico, quesito dalla cui risoluzione discendono importanti conseguenze sul piano della disciplina legislativa applicabile (20).

Nel caso in esame, non vi è dubbio che si deve ravvisare una concessione di un pubblico servizio e non già un appalto di pubblici servizi (21).

Questione più delicata, e che rileva il differente punto di vista tra istituzioni comunitarie (in primo luogo la Commissione) e il Governo della Repubblica Italiana concerneva il secondo quesito posto alla attenzione della Corte di Giustizia.

ghi di parità di trattamento e di trasparenza.

2. *Se, qualora si dovesse effettivamente trattare di una concessione di pubblico servizio avente ad oggetto la gestione di un servizio pubblico locale, l'attribuzione della gestione di un pubblico parcheggio a pagamento che può essere effettuata senza svolgimento di pubblica gara ai sensi dell'art. 44, n. 6. lett. b) della legge regionale 4 gennaio 1993, modificata dall'art. 10 della legge regionale 22 gennaio 1998 n. 10 e ai sensi dell'art. 88, n. 6, lett. a) e b) del testo coordinato delle disposizioni sull'ordinamento dei comuni, sia compatibile con il diritto comunitario e, in particolare, con i principi della libera prestazione dei servizi e della libera concorrenza, del divieto di discriminazione e degli obblighi che ne conseguono di parità di trattamento e di trasparenza come pure del principio di proporzionalità, nel caso in cui si tratti di una società per azioni che, conformemente all'art. 115 del decreto legislativo n. 267/2000, è stata costituita mediante la trasformazione di un'azienda speciale di un Comune e il cui capitale azionario al momento dell'attribuzione era detenuto al 100% dal Comune, ma il cui Consiglio di amministrazione dispone dei più ampi poteri di ordinaria amministrazione entro un valore di Euro 5.000.000 per affare*

(20) La normativa che regola la materia dei servizi pubblici è data in primo luogo dalle norme del Trattato (art. 28 - 30 e art. 43 - 55), nonché dalle norme del diritto derivato contenute nelle direttive comunitarie in materia di appalti di servizi ed infine dalle norme nazionali di recepimento e di attuazione.

Nell'ambito della normativa del diritto comunitario, i pubblici servizi sono oggetto della direttiva 92/50/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, recepita nel nostro ordinamento con il d. lgs. 17 marzo 1995 n. 157, e dalla direttiva 93/38/CEE che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto, nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, recepita con d. lgs. 17 marzo 1995 n. 158.

Tali direttive e le norme nazionali di attuazione sono tuttavia applicabili soltanto ai casi in cui l'affidamento avvenga sulla base di un appalto, ovvero di un contratto a titolo oneroso stipulato in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicante (8° considerando dir. 92/50 e 24° considerando dir. 93/38).

Nel caso di concessione di servizi, ossia di un affidamento avente ad oggetto un servizio in cambio del diritto di gestione dello stesso quale corrispettivo, le norme delle suddette direttive non possono operare (cfr. sent. Corte di Giustizia CE 7 dicembre 2000, causa C-324/1998, punto 58) e ci si pone pertanto il problema delle norme applicabili in quanto le concessioni di pubblici servizi non sono disciplinate da specifiche direttive. (Osservazioni del Governo della Repubblica Italiana del 17 febbraio 2004)

(21) Alla stessa conclusione giungono sia il Governo della Repubblica italiana, sia la Commissione secondo cui « *En l'espèce, comme le prestataire de services auquel est confiée la gestion des deux parkings n'est pas rémunéré par le pouvoir adjudicateur mais par l'utilisation des parkings par des tiers, il s'agit manifestement d'une concession de marchés publics de servi-*

Una volta qualificato il rapporto contrattuale in esame come rapporto concessorio, con la conseguente applicazione dei principi fondamentali del Trattato CE (articoli da 28 a 30 e da 43 a 55) e dei principi sanciti dalla giurisprudenza comunitaria (22), occorre verificare se, nel caso di specie, sussistessero le condizioni per l'affidamento diretto della gestione di un pubblico servizio, senza il preventivo espletamento di una gara pubblica.

Il giudice *a quo* nel caso di specie si è conformato a quella tendenza – cui si faceva prima riferimento – interpretando il criterio del «controllo analogo» alla stregua di un'assoluta assenza di autonomia imprenditoriale e di capacità decisionale; ha ritenuto non riscontrabile quella relazione di subordinazione gerarchica richiesta dalla giurisprudenza comunitaria, per il fatto che «il Consiglio di Amministrazione dispone dei più ampi poteri di ordinaria amministrazione entro un valore di Euro 5.000.000 per affare» (Tribunale amministrativo regionale per la provincia autonoma di Bolzano, ordinanza del 23 luglio 2003).

Innanzitutto, è importante sottolineare che una eventuale autonomia decisionale della società partecipata in ordine ad atti secondari di ordinaria amministrazione e di valore preventivamente limitato non vale ad escludere l'esistenza di un controllo sostanziale da parte dell'ente locale. Anzi, questa eventuale e limitata autonomia decisionale è funzionale ai criteri di economicità, produttività ed efficienza che devono governare l'operato di una società per azioni, soprattutto nel caso in cui essa sia concessionaria della gestione di un servizio pubblico locale. Infatti, la redditività derivante dalla libertà di scelta degli organi sociali in ordine ad affari ed investimenti secondari può compensare i maggiori sforzi economici richiesti dalla gestione di un servizio locale.

È stato, per contro, trascurato un punto di particolare rilevanza ai fini della corretta configurazione della fattispecie, vale a dire che il Comune deteneva il potere di nomina del consiglio di amministrazione, la cui rilevanza ai fini dell'individuazione degli elementi integranti il «controllo analogo» è stata prima illustrata.

Anche la Commissione sembra non aver prestato alcuna attenzione in merito al punto anzidetto, ritenendo che l'ampia autonomia della società fosse deducibile dalla circostanza che la Bressanone S.p.a. era stata costituita mediante la trasformazione dell'azienda speciale del comune di Bressanone, e che attraverso la suddetta trasformazione, l'effetto ricercato e voluto era

ces. Cette opinion est confirmée en l'espèce par le fait que le prestataire de service doit verser au pouvoir adjudicateur un montant convenu au préalable des recettes provenant de l'exploitation des parkings. Le concessionnaire supporte donc un risque supplémentaire car ses recettes doivent être suffisantes pour lui permettre d'effectuer ces versements au pouvoir adjudicateur. Enfin, comme tout concessionnaire, la société « Brixen » est responsable de l'entretien ordinaire de la zone et assume toute responsabilité à cet égard » (punto 11 delle Osservazioni della Commissione Europea del 4 febbraio 2004).

(22) Infatti, si tratta di principi che, pur essendo stati elaborati in riferimento ai contratti di appalto, hanno una portata generale che li rende «applicabili anche ad altre fattispecie, tra cui le concessioni» (Comunicazione Interpretativa della Commissione sulle concessioni di diritto comunitario, 2000/C-121/02).

quello di «*accorder à cette dernière une plus grande autonomie que celle qui revient normalement aux institutions sur les quelles la comune exerce un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services.*» (23)

Inoltre, la Commissione ha rilevato l'insussistenza del secondo presupposto dell'affidamento *in house*, consistente nello svolgimento «della parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che la controllano». Ciò in quanto alla Bressanone S.p.a. viene statutariamente riconosciuta la facoltà di svolgere la propria attività economica anche all'esterno del territorio di pertinenza dell'ente locale di riferimento (24).

Tuttavia, la tesi sostenuta dalla Commissione presenta aspetti contestabili. Va infatti ricordato che il Consiglio di Stato ha ribadito l'esistenza in capo alle società nate per la gestione di un servizio pubblico locale di un «vincolo di tipo «funzionale», coincidente con l'inerenza dell'attività delle società locali alla cura degli interessi della collettività di riferimento» (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 4586 del 3 settembre 2001). La stessa Autorità ha, poi, precisato che «non è accettabile che sotto le mentite spoglie del limite funzionale torni a vigere uno stringente limite di carattere fisico-territoriale, né può pensarsi ad un vincolo interpretato negli stessi identici termini delle aziende speciali»; infatti «il vincolo funzionale opera in termini residuali, entrando in gioco solo qualora vi sia una distrazione di risorse e mezzi che sia effettivamente apprezzabile e che realisticamente possa portare pregiudizio alla collettività di riferimento» (Consiglio di Stato, Sez. V, *cit.*).

In altri termini, il vincolo funzionale impone di valutare in concreto, caso per caso, se l'attività extraterritoriale della società partecipata pregiudichi gli interessi della comunità locale di riferimento, distogliendo risorse umane ed economiche dalla gestione del servizio pubblico locale, senza apprezzabili ritorni di utilità per la collettività stessa.

Orbene, nel caso concreto sottoposto all'attenzione della Corte l'astratta previsione statutaria della facoltà per la ASM Bressanone S.p.a. di svolgere attività economiche al di fuori del territorio comunale non è di per sé sufficiente ad escludere l'esistenza dei presupposti necessari per l'affidamento diretto della gestione del servizio locale di parcheggio. Peraltro, la valutazione della effettiva portata di una eventuale attività extraterritoriale è rimessa al prudente apprezzamento del giudice *a quo*, esulando dai compiti dei giudici lussemburghesi.

Conclusioni

La situazione risulta ormai chiara: sembrerebbe in atto un vero e proprio ripensamento da parte delle istituzioni comunitarie tendente ad una più

(23) Osservazioni della Commissione Europea del 4 febbraio 2004 (punto 24). La Commissione continua dicendo che quanto detto è confermato dal fatto che la società Bressanone Spa deve versare al Comune una somma annuale legata ai proventi del parcheggio. Questi pagamenti (controprestazione) denotano l'impossibilità di configurare come relazione interna il rapporto tra l'amministrazione aggiudicatrice e la società, e al contrario l'ampia autonomia del concessionario.

(24) Osservazioni della Commissione Europea del 4 febbraio 2004 (punto 25 ss.).

rigorosa e meno derogatoria applicazione delle norme del Trattato CE e del diritto comunitario derivato. Preoccupante è che la forte pressione compiuta dalla Commissione, avrebbe, in qualche modo, anche fatto breccia tra i giudici lussemburghesi; i quali in una recentissima sentenza hanno stabilito che «nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso relativo ai servizi rientranti nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva 92/59 con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale la detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private, le procedure di affidamento degli appalti pubblici previste dalla citata direttiva debbono essere sempre applicate» (25).

La citata decisione, anche se non contiene affermazioni di diritto comunitario direttamente e immediatamente applicabili alla questione in questa sede esaminata (società concessionaria a totale capitale pubblico), pone forti dubbi sulla possibilità di applicazione del modello organizzativo *in house*, dato che la legislazione italiana prevede che, ove ricorrano particolari condizioni e garanzie di trasparenza nelle procedure del socio minoritario, l'affidamento in concessione di un pubblico servizio possa avvenire senza il ricorso a gara, allorché la partecipazione dell'ente pubblico sia solo maggioritaria e alla società concessionaria partecipino uno o più soci privati.

In questa nuova prospettiva, il modello *in house* sembrerebbe destinato a rimanere sulla carta, frustrando così quegli interessi che il modello legittimato dalla Corte tendeva a salvaguardare (maggiore efficienza nella gestione dei servizi pubblici); a meno che i giudici lussemburghesi facciano un passo indietro e accolgano un punto di vista meno rigoroso, ma più funzionale alle ragioni di pubblico interesse.

In particolare, interessanti e propositive sono le osservazioni orali presentate dal Governo italiano in relazione alla questione sopramenzionata, in cui si è correttamente osservato che «ogni qual volta vi sia un affidamento diretto di una facoltà o di un diritto di esclusiva ad un soggetto terzo (nella specie una ad società di capitali appositamente costituita dal potere locale), il soggetto terzo debba assumere la veste e la sostanza di organismo di diritto pubblico e resterebbe, dunque, assoggettato nei rapporti che derivano dalla concessione ai particolari obblighi di trasparenza e pubblicità che gravano su tali soggetti (...) Libera la società comunale di gestire direttamente il servizio pubblico affidato, ma vincolata a rispettare la sua prestazione di «pubblico potere» allorquando richiede a terzi beni, prestazioni e servizi» (26).

Si tratta di un punto di vista importante, che le istituzioni comunitarie tendono, per contro, a sottovalutare. I soggetti affidatari *in house*, pur rivestendo la forma tipicamente privatistica, sarebbero sottoposti ad una disci-

(25) Sentenza della Corte di Giustizia, I sez., del 11 gennaio 2005, *Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochay GmbH c. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall und Energieverteilungslage TREA Leuna*.

(26) Osservazioni del Governo della Repubblica Italiana del 13 gennaio 2005 (punto 6).

plina sintomatica di quel particolare e penetrante legame della struttura societaria con il soggetto pubblico, strumentale al conseguimento di finalità di chiara impronta pubblicistica e idonea a garantire quella relazione di subordinazione organica richiesta dalla giurisprudenza comunitaria.

Solo se la Corte di Giustizia accoglierà l'orientamento del Governo della Repubblica Italiana, condiviso anche da altre nazioni europee (27), sarà possibile dare nuovamente vigore al modello organizzativo dell'*in house providing*.

Post scriptum:

Nelle more della pubblicazione dell'articolo, all'udienza del 1° marzo 2005, sono state rese note le conclusioni sulla causa C- 458/03 dell'Avvocato Generale Juliane Kokott, del tutto coincidenti con la difesa svolta dal Governo italiano che si ritiene utile allegare in appendice.

Nella stessa udienza è stata trattata la causa C- 231/03 nella quale la Corte era chiamata a rispondere al seguente quesito proposto dal T.A.R. per la Lombardia: «*Se gli articoli artt. 43, 49 e 81 del Trattato, laddove vietano rispettivamente le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di altro Stato e alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità nei confronti dei cittadini degli altri Stati membri, nonché le pratiche commerciali e societarie idonee ad impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza nell'ambito dell'U.E, ostino a che sia previsto l'affidamento diretto e, cioè, senza l'indizione di una gara della gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas a Società a partecipazione pubblica comunale, ogni volta che detta partecipazione al capitale sociale sia tale da non consentire alcun possibile controllo diretto sulla gestione stessa e se debba conseguentemente affermarsi che, come ricorre nel caso di specie, ove la partecipazione è pari allo 0,97%, non si configurino gli estremi della gestione in house*».

In vista della discussione orale della causa C- 231/03 la Corte ha invitato le parti a discutere anche il seguente ulteriore quesito: «*Se un Comune, quale quello di cui trattasi nella presente controversia, possa essere obbligato a bandire una gara pubblica – e, in caso affermativo, in presenza di quali presupposti e secondo quali formalità (pubblicità, termini, criteri etc) – in base alle sole norme del Trattato CE qualora si tratti di una concessione di un'attività di servizio pubblico da parte di detto Comune ad una società per azioni il cui capitale sia detenuto per la maggior parte da enti pubblici locali ed in cui detto Comune detenga lo 0,97% del capitale..... se un approccio quale quello di cui all'articolo 13, n. 1, lett. b), della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua ed energia, degli enti che forniscono servizio di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (Gazzetta Ufficiale, L 199, pag. 84) possa incidere in qualche modo sulla relativa risposta*».

(27) All'udienza del 13 gennaio nella causa C- 458/03, *Parking Brixen Srl c. Comune di Bressanone e Azienda servizi municipalizzato Bressanone S.p.A.*. Olanda e Austria hanno presentato osservazioni conformi alla posizione assunta dal Governo della Repubblica Italiana.

Il punto decisivo della controversia è stato individuato dal Governo italiano nella possibilità per i piccoli comuni di organizzare, attraverso una pluralità di partecipazioni minoritarie, un controllo organico di una società, cui partecipano insieme agli altri comuni interessati. Anche in questo caso – contrariamente a quanto ritenuto dal T.A.R. per la Lombardia – sarebbe possibile l'appalto *in house*. Anche il Consiglio di Stato italiano si è pronunciato sulla piena legittimità comunitaria di questa forma di partecipazione, in senso lato «consortile».

Le conclusioni dell'Avvocato generale sulla causa C- 231/03 sono attese per i primi giorni di aprile.

Dott.ssa Iole Moricca

(doc. 1)

**Corte di giustizia delle Comunità europee, prima sezione,
sentenza 11 gennaio 2005, nella causa C-26/03**

Presidente P.Jann – Relatore E. Juhász – Avv. Gen. C. Stix-Hackl

Domanda di pronuncia pregiudiziale sottoposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dall'Oberlandesgericht Naumburg (Germania) con ordinanza in data 8 gennaio 2003, pervenuta in cancelleria il 23 gennaio 2003, nella causa tra Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH, e Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall und Energieverwertungsanlage TREA Leuna.

«1. - La presente domanda di pronuncia pregiudiziale riguarda l'interpretazione dell'art. 1, n. 1, della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (*Gazzetta Ufficiale* L 395, pag. 33), come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (*Gazzetta Ufficiale* L 209, pag. 1), a sua volta modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE (*Gazzetta Ufficiale* L 328, pag. 1; in prosieguo: la «direttiva 89/665»). La domanda di pronuncia pregiudiziale riguarda altresì l'interpretazione degli artt. 1, punto 2, e 13, n. 1, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (*Gazzetta Ufficiale* L 199, pag. 84), come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 febbraio 1998, 98/4/CE (*Gazzetta Ufficiale* L 101, pag. 1; in prosieguo: la «direttiva 93/38»).

2. - Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia che oppone la *Stadt Halle* (Città di Halle) (Germania) e la società *RPL Recyclingpark Lochau GmbH* (in prosieguo: la «*RPL Lochau*») alla società *Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna* (in prosieguo: la «*TREA Leuna*»), in merito alla regolarità, rispetto alle norme comunitarie, dell'affidamento senza pubblica gara di un appalto di servizi relativo al trattamento dei rifiuti, effettuato dalla *Stadt Halle* a favore della *RPL Lochau*, società questa il cui capitale è detenuto dalla *Stadt Halle*, socio di maggioranza, e da una società privata, titolare di una quota minoritaria.

CONTESTO GIURIDICO-NORMATIVO.

Normativa comunitaria.

3. - Ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 92/50, come modificata dalla direttiva 97/52 (in prosieguo: la «direttiva 92/50»), gli «appalti pubblici di servizi» sono «contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice». A norma dell'art. 1, lett. b), di tale direttiva, per «amministrazioni aggiudicatrici» si intendono «lo Stato, gli enti locali, gli organismi di diritto pubblico, le associa-

zioni costituite da detti enti od organismi di diritto pubblico». Infine, l'art. 1, lett. *c*), della medesima direttiva definisce i «prestatori di servizi» come «le persone fisiche o giuridiche, inclusi gli enti pubblici[,] che forniscono servizi».

4. - A mente dell'art. 8 della direttiva 92/50, «[g]li appalti aventi per oggetto servizi elencati nell'allegato I A vengono aggiudicati conformemente alle disposizioni dei titoli da III a VI». Tali disposizioni contengono in sostanza regole in materia di messa in concorrenza e di pubblicità. L'art. 11, n. 1, della medesima direttiva dispone che nell'attribuire gli appalti pubblici di servizi «le amministrazioni applicano le procedure definite nell'articolo 1, lettere *d*), *e*) e *f*)», adattate ai fini della presente direttiva». Le procedure alle quali fa riferimento tale disposizione sono, rispettivamente, le «procedure aperte», le «procedure ristrette» e le «procedure negoziate».

5. - La categoria n. 16 dell'allegato I A della detta direttiva menziona i servizi consistenti in «[e]liminazione di scarichi di fogna e di rifiuti; disinfezione e servizi analoghi».

6. - L'art. 7, n. 1, lett. *a*), della direttiva 92/50 prevede che questa si applichi agli appalti pubblici di servizi il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto «sia pari o superiore a 200 000 ECU».

7. - Dal secondo e dal terzo «considerando» della direttiva 89/665 risulta che la finalità di quest'ultima è di garantire l'applicazione delle regole comunitarie in materia di appalti pubblici attraverso mezzi di ricorso efficaci e rapidi, in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette, tenuto conto del fatto che l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria rende necessario un aumento notevole delle garanzie di trasparenza e di non discriminazione.

8. - A tal fine, l'art. 1, nn. 1 e 3, della direttiva 89/665 dispone quanto segue:

«1) Gli Stati membri prendono i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici disciplinati dalle direttive (...), le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di ricorsi efficaci e, in particolare, quanto più rapidi possibile, secondo le condizioni previste negli articoli seguenti, in particolare nell'articolo 2, paragrafo 7, qualora violino il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono.

(...)

3) Gli Stati membri garantiscono che le procedure di ricorso siano accessibili, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico (...) e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata. In particolare gli Stati membri possono esigere che la persona che desidera avvalersi di tale procedura abbia preventivamente informato l'autorità aggiudicatrice della pretesa violazione e della propria intenzione di presentare un ricorso».

9. - L'art. 2, n. 1, della direttiva 89/665 dispone quanto segue:

«1) Gli Stati membri fanno sì che i provvedimenti presi ai fini dei ricorsi di cui all'articolo 1 prevedano i poteri che permettano di:

a) prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dalle autorità aggiudicatrici;

b) annullare o far annullare le decisioni illegittime, compresa la soppressione delle specificazioni tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie figuranti nei documenti di gara, nei capitoli d'oneri o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione;

c) accordare un risarcimento danni alle persone lese dalla violazione.

(...))».

10. - L'art. 1 della direttiva 93/38 è così formulato:

«Ai fini della presente direttiva, si intende per:

(...)

2) «Imprese pubbliche»: le imprese su cui le autorità pubbliche possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante perché ne hanno la proprietà, o hanno in esse una partecipazione finanziaria, oppure in conseguenza delle norme che disciplinano le imprese in questione. L'influenza dominante è presunta quando le autorità pubbliche, direttamente o indirettamente, riguardo ad un'impresa:

detengono la maggioranza del capitale sottoscritto dell'impresa, oppure

controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le parti emesse dall'impresa, oppure

hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, del consiglio direttivo o del consiglio di vigilanza.

3) «Impresa collegata»: (...) qualsiasi impresa sulla quale l'ente aggiudicatore eserciti, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante ai sensi del paragrafo 2 del presente articolo (...).

11. - L'art. 13 della direttiva 93/38 prevede quanto segue:

«1) La presente direttiva non si applica agli appalti di servizi:

a) assegnati da un ente aggiudicatore ad un'impresa collegata;

(...) sempreché almeno l'80% della cifra d'affari media realizzata nella Comunità dall'impresa in questione negli ultimi tre anni in materia di servizi derivi dalla fornitura di detti servizi alle imprese alle quali è collegata (...).

Normativa nazionale

12. - Dalla decisione di rinvio risulta che nell'ordinamento tedesco i ricorsi in materia di appalti pubblici sono disciplinati dal *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (legge contro le restrizioni della concorrenza). In conformità dell'art. 102 di tale legge, «gli affidamenti di appalti pubblici» possono costituire l'oggetto di un ricorso. L'offerente o candidato ha un diritto soggettivo a che vengano rispettate «le disposizioni che disciplinano le procedure di affidamento degli appalti», il quale gli consente di azionare nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice le pretese giuridicamente riconosciutegli dall'art. 97, n. 7, della legge suddetta «intese ad ottenere che venga compiuto od omissso un determinato atto nell'ambito di una procedura di affidamento di appalto (...).

13. - La decisione di rinvio precisa che, in base alle dette disposizioni, secondo un'opinione seguita da una parte della giurisprudenza e della dottrina in Germania, la proposizione di un ricorso in materia di affidamento di appalto è possibile soltanto se il ricorrente mira a costringere l'amministrazione aggiudicatrice a comportarsi in un certo modo nell'ambito di una formale procedura di affidamento in corso di svolgimento, ciò che significa che la proposizione di un ricorso è impossibile qualora l'amministrazione aggiudicatrice abbia deciso di non indire una pubblica gara d'appalto e di non avviare formalmente una procedura di affidamento. Tuttavia, tale opinione viene contrastata da un'altra parte della giurisprudenza e della dottrina.

Causa principale e questioni pregiudiziali.

14. - Dalla decisione di rinvio risulta che la *Stadt Halle*, con delibera del consiglio comunale in data 12 dicembre 2001, ha affidato alla *RPL Lochau* l'elaborazione di un progetto per il trattamento preliminare, il recupero e lo smaltimento dei propri rifiuti, senza avviare una formale procedura di affidamento di appalto. Allo stesso tempo, la *Stadt Halle* ha deciso, anche in tal caso senza fare appello alla concorrenza, di avviare negoziati con la *RPL Lochau*, al fine di concludere con quest'ultima un contratto relativo allo smaltimento dei rifiuti urbani residuali a partire dal 1° giugno 2005. La detta società si sarebbe assunta gli oneri di investimento relativi alla costruzione dell'impianto termico di smaltimento e recupero dei rifiuti.

15. - La *RPL Lochau* è una società a responsabilità limitata creata nel 1996. Il suo capitale è detenuto, da un lato, per una quota del 75,1%, dalla *Stadtwerke Halle GmbH*, società il cui socio unico è la *Verwaltungsgesellschaft für Versorgungs- und Verkehrsbetriebe der Stadt Halle mbH*, a sua volta appartenente al 100 % alla *Stadt Halle*, e, dall'altro, per una quota del 24,9 %, da una società privata a responsabilità limitata. Il giudice del rinvio designa la *RPL Lochau* come «società mista a prevalente capitale pubblico» e rileva come la ripartizione del capitale di quest'ultima sia stata concordata nell'ambito di un contratto di società soltanto alla fine del 2001, quando è stato previsto l'affidamento della realizzazione del progetto in questione.

16. - Il giudice del rinvio fa altresì osservare come l'attività della *RPL Lochau* abbia ad oggetto la gestione di impianti di riciclaggio e di smaltimento dei rifiuti. Secondo il detto giudice, le deliberazioni dell'assemblea generale dei soci vengono adottate a maggioranza semplice ovvero con una maggioranza del 75 % dei voti. Attualmente la direzione commerciale e tecnica di tale società sarebbe attribuita ad un'impresa terza, mentre alla *Stadt Halle* spetterebbe in particolare il potere di procedere alla verifica dei conti.

17. - Avendo avuto notizia dell'affidamento dell'appalto al di fuori della procedura prevista dalle norme comunitarie in materia di appalti pubblici, la *TREA Leuna*, anch'essa interessata a fornire i detti servizi, si è opposta alla decisione della *Stadt Halle* ed ha presentato dinanzi alla Sezione camerale per gli appalti pubblici del *Regierungspräsidium Halle* un ricorso volto ad obbligare la detta amministrazione ad indire una pubblica gara d'appalto.

18. - La *Stadt Halle* si è difesa sostenendo che, ai sensi delle norme nazionali menzionate ai punti 12 e 13 della presente sentenza, il ricorso era inammissibile, a motivo del fatto che essa, quale amministrazione aggiudicatrice, non aveva formalmente avviato una procedura di affidamento di appalto. Inoltre, la *RPL Lochau* sarebbe piuttosto un'emanazione della *Stadt Halle*, essendo controllata da quest'ultima. Si tratterebbe dunque di un'«operazione di *in house providing*», alla quale non si applicherebbero le norme comunitarie in materia di appalti pubblici.

19. - L'organo adito ha accolto la domanda della *TREA Leuna*, ritenendo che, anche in assenza di procedura di affidamento, le decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice doversero poter essere oggetto di un ricorso. Esso ha altresì giudicato che, nel caso di specie, non poteva parlarsi di «operazione di *in house providing*», per il fatto che la partecipazione minoritaria del socio privato superava la soglia del 10% a partire dalla quale, ai sensi della normativa tedesca sulle società a responsabilità limitata, si è in presenza di una minoranza che gode di taluni diritti particolari. Il detto organo ha inoltre affermato che era lecito attendersi con ragionevole certezza che le attività svolte dalla *RPL Lochau per la Stadt Halle* avrebbero comportato uno sfruttamento pari soltanto al 61,25% della capacità del previsto impianto di trattamento dei rifiuti, sicché, per l'utilizzazione della capacità residua, l'impresa sarebbe stata obbligata a reperire incarichi sul suo mercato di azione.

20. - L'*Oberlandesgericht Naumburg*, a seguito dell'appello dinanzi ad esso proposto dalla *Stadt Halle*, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) a) Se l'art. 1, n. 1, della direttiva [89/665] imponga agli Stati membri di garantire mezzi di ricorso efficaci e quanto più rapidi possibile avverso la decisione dell'autorità aggiudicatrice di non affidare un appalto pubblico mediante un procedimento adattato alle disposizioni delle direttive in materia di affidamento di appalti pubblici.

b) Se l'art. 1, n. 1, della direttiva [89/665] imponga altresì agli Stati membri di garantire mezzi di ricorso efficaci e quanto più rapidi possibile avverso le decisioni prese dalle autorità aggiudicatrici preliminarmente alla formale indizione di una gara d'appalto, in particolare avverso la decisione sulle questioni, di carattere preliminare, se un determinato procedimento di acquisizione di beni o servizi rientri o meno nell'ambito d'applicazione *ratione personae* o *ratione materiae* delle direttive in materia di affidamento di appalti pubblici, ovvero se eccezionalmente resti esclusa l'applicazione della normativa sugli appalti.

c) In caso di risposta affermativa alla questione [1], *sub a)*, e di risposta negativa alla questione [1], *sub b)*: se uno Stato membro adempia all'obbligo di garantire mezzi di ricorso efficaci e quanto più rapidi possibile avverso la decisione dell'autorità aggiudicatrice di non affidare un appalto pubblico nell'ambito di un procedimento adattato alle disposizioni delle direttive in materia di affidamento di appalti pubblici, nel caso in cui l'accesso alla procedura di ricorso sia subordinato al raggiungimento di una determinata fase formale del procedimento di acquisizione di beni o servizi, quale ad esempio l'avvio di trattative contrattuali verbali o scritte con un terzo.

2) a) Presupponendo che un'amministrazione aggiudicatrice, quale un ente territoriale, intenda stipulare con un organismo formalmente distinto da essa (in prosieguo: l'«organismo controparte») un contratto scritto a titolo oneroso relativo alla fornitura di servizi, il quale rientrerebbe nell'ambito d'applicazione della direttiva [92/50], e ipotizzando inoltre che tale contratto eccezionalmente non costituisca un appalto pubblico di servizi ai sensi dell'art. 1, lett. a), della detta direttiva qualora l'organismo controparte debba considerarsi come facente parte della pubblica amministrazione ovvero come un organismo di gestione economica dell'amministrazione aggiudicatrice (in prosieguo: l'«affidamento diretto a servizi od organismi propri non soggetto alla normativa sugli appalti»), se debba sempre escludersi la possibilità di qualificare un tale contratto come affidamento diretto a servizi od organismi propri non soggetto alla normativa sugli appalti, nel caso in cui un'impresa privata detenga una semplice partecipazione societaria nel detto organismo controparte.

b) In caso di risposta negativa alla questione [2], *sub a)*]: in presenza di quali condizioni un organismo controparte in cui vi sia la partecipazione societaria di privati (in prosieguo: la «società mista a prevalente capitale pubblico») debba considerarsi come facente parte della pubblica amministrazione ovvero come organismo di gestione economica dell'amministrazione aggiudicatrice.

Più precisamente:

se, per poter qualificare una società mista a prevalente capitale pubblico come organismo di gestione economica dell'amministrazione aggiudicatrice con riferimento alle modalità e all'intensità del controllo, sia sufficiente che l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sulla detta società un'«influenza dominante», ad esempio ai sensi degli artt. 1, punto 2, e 13, n. 1, della direttiva 93/38 (...), modificata dall'Atto [relativo alle condizioni di adesione della Repubblica d'Austria, della Repubblica di Finlandia e del Regno di Svezia e agli adattamenti dei trattati sui quali si fonda l'Unione europea (*Gazzetta Ufficiale* 1994, C 241, pag. 21, e *Gazzetta Ufficiale* 1995, L 1, pag. 1)], nonché dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio [16 febbraio 1998.] 98/4/CE [, che modifica la direttiva 93/38 (*Gazzetta Ufficiale* L 101, pag. 1)];

- se la possibilità, giuridicamente riconosciuta al socio privato della società mista a prevalente capitale pubblico, di influire in qualche modo sull'individuazione degli obiettivi strategici dell'organismo controparte e/o sulle singole decisioni relative alla conduzione dell'impresa, impedisca di considerare tale entità come organismo di gestione economica dell'amministrazione aggiudicatrice;

- se, per poter qualificare una società mista a prevalente capitale pubblico come organismo di gestione economica dell'amministrazione aggiudicatrice, sotto il profilo delle modalità e dell'intensità del controllo, sia sufficiente un ampio potere direttivo unicamente in ordine alle decisioni relative alla conclusione del contratto e alla fornitura dei servizi, con riferimento ad una specifica procedura di acquisizione;

- se, per poter qualificare una società mista a prevalente capitale pubblico come organismo di gestione economica dell'amministrazione aggiudicatrice, con riferimento al criterio dello svolgimento della parte più importante della sua attività in favore di tale amministrazione, sia sufficiente che almeno l'80% del fatturato medio realizzato nella Comunità dall'impresa in questione negli ultimi tre anni nel settore dei servizi derivi dalla fornitura di detti servizi all'autorità aggiudicatrice ovvero alle imprese a questa collegate o a questa riconducibili, ovvero, qualora la società mista pubblico-privata non abbia ancora maturato un'attività triennale, sia sufficiente che possa prevedersi il rispetto della citata «regola dell'80%»».

SULLE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

21. - Al fine di poter fornire una risposta utile e coerente al giudice del rinvio, occorre suddividere ed esaminare le questioni sollevate in due gruppi, secondo il loro contenuto e la loro finalità.

Quanto alla prima questione, sub a), b) e c)

22. - Con questa prima serie di questioni il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 debba essere interpretato nel senso che l'obbligo degli Stati membri di garantire la possibilità di ricorsi efficaci e rapidi contro le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici si estende anche alle decisioni adottate al di fuori di una formale procedura di affidamento di appalto e prima di un atto di formale messa in concorrenza, ed in particolare alla decisione sulla questione se un determinato appalto rientri nell'ambito di applicazione *ratione personae* o *ratione materiae* della direttiva 92/50, nonché a partire da quale momento nell'ambito di un'operazione di acquisizione di beni o servizi gli Stati membri siano tenuti a consentire ad un offerente, ad un candidato o ad un interessato l'accesso ad una procedura di ricorso.

23. - Al riguardo, occorre anzitutto rilevare che la direttiva 92/50 è stata adottata, a mente del suo primo e secondo «considerando», nell'ambito delle misure necessarie per la realizzazione del mercato interno, ossia di uno spazio senza frontiere interne nel quale è garantita la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali. Risulta dal quarto e dal quinto «considerando» della medesima direttiva che, essendo l'obiettivo di quest'ultima la realizzazione dell'apertura dei mercati degli appalti pubblici nel settore dei servizi, a condizioni di parità di trattamento e di trasparenza, essa deve essere applicata da tutte le amministrazioni aggiudicatrici.

24. - Occorre poi sottolineare che le disposizioni della direttiva 92/50 indicano chiaramente i presupposti che rendono obbligatoria l'applicazione delle norme dei titoli III-VI della medesima da parte di tutte le amministrazioni aggiudicatrici, laddove le eccezioni all'applicazione di tali norme vengono tassativamente elencate nella direttiva stessa.

25. - Di conseguenza, qualora risultino soddisfatti tali presupposti, ossia, in altri termini, qualora un'operazione ricada nell'ambito di applicazione *ratione personae* e *ratione materiae* della direttiva 92/50, gli appalti pubblici in questione debbono essere attribuiti a norma dell'art. 8 di tale direttiva, letto in combinato disposto con il successivo art. 11, n. 1 nel rispetto delle disposizioni di cui ai titoli III-VI della direttiva stessa, e precisamente debbono essere affidati previo esperimento di una pubblica gara e costituire l'oggetto di una pubblicità adeguata.

26. - Tale obbligo vincola le amministrazioni aggiudicatrici senza che vi siano distinzioni tra gli appalti pubblici da queste attribuiti per adempiere il loro compito di soddisfare bisogni di interesse generale e quelli che non hanno alcun rapporto con tale compito (v., in tal senso, sentenza 15 gennaio 1998, causa C-44/1996, Mannesmann Anlagenbau Austria e a., *Racc.* pag. I-73, punto 32).

27. - Al fine di rispondere al giudice di rinvio, occorre esaminare la nozione di «decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici» di cui all'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665. Posto che la detta nozione non viene espressamente definita in tale direttiva, occorre delimitarne la portata sulla base del tenore letterale delle pertinenti disposizioni della direttiva stessa e in rapporto alla finalità di una tutela giurisdizionale efficace e rapida da questa perseguita.

28. - Il tenore letterale dell'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 presuppone, visto l'impiego dell'espressione «per quanto riguarda le procedure», che qualsiasi decisione di un'amministrazione aggiudicatrice che ricada sotto le norme comunitarie in materia di appalti pubblici e sia idonea a violarle sia assoggettata al controllo giurisdizionale previsto dall'art. 2, n. 1, lett. a) e b), della detta direttiva (v., in tal senso, sentenze 18 giugno 2002, causa C-92/00, HI, *Racc.* pag. I-5553, punto 37, e 23 gennaio 2003, causa C-57/01, Makedoniko Metro e Michaniki, *Racc.* pag. I-1091, punto 68). La detta disposizione si riferisce dunque in maniera generale alle decisioni di un'amministrazione aggiudicatrice, senza operare all'interno di queste ultime alcuna distinzione a seconda del loro contenuto o del momento della loro adozione.

29. - L'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 89/665 prevede inoltre la possibilità di annullare le decisioni illegittime delle amministrazioni aggiudicatrici in rapporto alle specifiche tecniche e ad altre figuranti non soltanto nei documenti di gara, ma anche in qualsiasi altro documento connesso con la procedura di affidamento dell'appalto in questione. Pertanto, la detta disposizione può ricomprendere anche documenti recanti decisioni adottate in una fase situata a monte dell'appello alla concorrenza.

30. - Tale estesa accezione della nozione di decisione di un'amministrazione aggiudicatrice è confermata dalla giurisprudenza della Corte. Quest'ultima ha già statuito che la disposizione di cui all'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 non prevede alcuna limitazione quanto alla natura e al contenuto delle decisioni da essa contemplate (sentenza 28 ottobre 1999, causa C-81/1998, Alcatel Austria e a., *Racc.* pag. I-7671, punto 35). Una limitazione siffatta non può desumersi neppure dal tenore letterale dell'art. 2, n. 1, lett. b), della detta direttiva (v., in tal senso, sentenza Alcatel Austria e a., *cit.*, punto 32). Peraltro, un'interpretazione restrittiva della nozione di decisione impugnabile con un ricorso sarebbe incompatibile con il disposto dell'art. 2, n. 1, lett. a), della medesima direttiva, che impone agli Stati membri di prevedere procedure d'urgenza per l'adozione di provvedimenti provvisori in relazione a qualsiasi decisione adottata dalle autorità aggiudicatrici (sentenza HI, *cit.*, punto 49).

31. - In tale ottica di interpretazione in senso ampio della nozione di decisione impugnabile con un ricorso, la Corte ha statuito che la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice, precedente la conclusione del contratto, con la quale la detta autorità sceglie l'offerente al quale sarà attribuito l'appalto, deve in ogni caso poter essere impugnata con un ricorso, indipendentemente dalla possibilità di ottenere un risarcimento dei danni qualora il contratto sia stato concluso (sentenza Alcatel Austria e a., *cit.*, punto 43).

32. - Riferendosi all'obiettivo della soppressione degli ostacoli alla libera circolazione dei servizi perseguito dalla direttiva 92/50, nonché alle finalità, alla formulazione letterale ed alla *ratio* sistematica della direttiva 89/665, la Corte ha del pari statuito che la decisione

dell'amministrazione aggiudicatrice di revocare il bando di gara relativo ad un appalto pubblico di servizi deve poter costituire oggetto di ricorso, in conformità dell'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 (v., in tal senso, sentenza HI, *cit.*, punto 55).

33. - A questo proposito, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 23 delle sue conclusioni, la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di non avviare una procedura di aggiudicazione può considerarsi il simmetrico corrispondente della decisione della detta autorità di porre fine ad una tale procedura. Qualora un'amministrazione aggiudicatrice decida di non avviare una procedura di aggiudicazione per il fatto che, a suo avviso, l'appalto in questione non ricade nell'ambito di applicazione delle norme comunitarie pertinenti, una decisione siffatta costituisce in assoluto la prima decisione suscettibile di controllo giurisdizionale.

34. - Alla luce di tale giurisprudenza, nonché degli obiettivi, della *ratio* sistematica e della formulazione letterale della direttiva 89/665, ed al fine di preservare l'effetto utile di quest'ultima, occorre concludere che costituisce una decisione impugnabile con un ricorso, ai sensi dell'art. 1, n. 1, della detta direttiva, qualsiasi atto di un'amministrazione aggiudicatrice, adottato in relazione ad un appalto pubblico di servizi rientrante nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva 92/50 ed idoneo a produrre effetti giuridici, indipendentemente dal fatto che esso sia stato adottato al di fuori di una formale procedura di affidamento di appalto oppure nell'ambito di una procedura siffatta.

35. - Non sono impugnabili con un ricorso i comportamenti che costituiscano un semplice studio preliminare di mercato o che abbiano carattere meramente preparatorio e si inseriscano nella fase di riflessione interna dell'amministrazione aggiudicatrice in vista dell'affidamento di un appalto pubblico.

36. - Sulla scorta di tali considerazioni, occorre disattendere la tesi sostenuta dalla *Stadt Halle*, secondo cui la direttiva 89/665 non imporrebbe alcuna tutela giurisdizionale al di fuori di una formale procedura di affidamento di appalto e la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di non avviare una tale procedura non potrebbe essere impugnata con un ricorso, come del resto neppure la decisione sulla questione se un appalto pubblico rientri nell'ambito di applicazione delle pertinenti norme comunitarie.

37. - Tale tesi avrebbe infatti come risultato di rendere facoltativa, a discrezione di ciascuna amministrazione aggiudicatrice, l'applicazione delle pertinenti norme comunitarie, quando invece tale applicazione è vincolata ove sussistano i presupposti da esse previsti. Una facoltà di questo tipo potrebbe portare alla più grave violazione della normativa comunitaria sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice. Essa diminuirebbe sensibilmente la tutela giurisdizionale efficace e rapida voluta dalla direttiva 89/665 e pregiudicherebbe gli obiettivi perseguiti dalla direttiva 92/50, vale a dire quelli della libera circolazione dei servizi e di una concorrenza aperta e non falsata in tale settore in tutti gli Stati membri.

38. - Quanto al momento a partire dal quale è possibile proporre un ricorso, occorre rilevare come esso non sia formalmente previsto dalla direttiva 89/665. Tuttavia, tenuto conto dell'obiettivo perseguito da tale direttiva di una tutela giurisdizionale efficace e rapida, da ottenersi segnatamente attraverso provvedimenti provvisori, bisogna concludere che l'art. 1, n. 1, della direttiva stessa non autorizza gli Stati membri a subordinare la possibilità di ricorso al fatto che la procedura di affidamento di appalto pubblico di cui trattasi abbia formalmente raggiunto una fase determinata.

39. - Sulla scorta della considerazione secondo cui, in conformità del secondo «considerando» della detta direttiva, il rispetto delle norme comunitarie deve essere garantito in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette, occorre concludere che può essere impugnata con un ricorso la manifestazione della volontà dell'amministrazione aggiudicatrice in ordine ad un determinato appalto, la quale giunga in qualsiasi modo a conoscenza dei soggetti interessati, qualora essa abbia superato la fase indicata al punto 35 della presente sentenza e sia idonea a produrre effetti giuridici. L'avvio di concrete trattative contrattuali con un interessato costituisce una manifestazione di volontà di questo tipo. Al riguardo va evidenziato l'obbligo di trasparenza che incombe all'amministrazione aggiudicatrice al fine di consentire di accertare il rispetto delle norme comunitarie (sentenza HI, *cit.*, punto 45).

40. - Quanto ai soggetti ai quali è consentito proporre ricorso, è sufficiente constatare come, ai sensi dell'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665, gli Stati membri debbano garantire l'accesso alle procedure di ricorso per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a otte-

nere l'affidamento di un determinato appalto pubblico e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata (v., in tal senso, sentenza 24 giugno 2004, causa C-212/02, Commissione/Austria, non pubblicata nella *Raccolta*, punto 24). Pertanto, la formale qualità di offerente o candidato non è necessaria.

41. - Sulla scorta delle considerazioni che precedono, occorre risolvere la prima questione, *sub a), b) e c)*, dichiarando che l'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che l'obbligo degli Stati membri di garantire la possibilità di mezzi di ricorso efficaci e rapidi contro le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici si estende anche alle decisioni adottate al di fuori di una formale procedura di affidamento di appalto e prima di un atto di formale messa in concorrenza, ed in particolare alla decisione sulla questione se un determinato appalto rientri nell'ambito di applicazione *ratione personae* e *ratione materiae* della direttiva 92/50. Tale possibilità di ricorso è concessa a qualsiasi soggetto che abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'appalto di cui trattasi e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata, a partire dal momento in cui viene manifestata la volontà dell'amministrazione aggiudicatrice idonea a produrre effetti giuridici. Pertanto, gli Stati membri non sono autorizzati a subordinare la possibilità di ricorso al fatto che la procedura di affidamento di appalto pubblico in questione abbia formalmente raggiunto una fase determinata.

Quanto alla seconda questione, sub a) e b)

42. - Con questa seconda serie di questioni, che vanno esaminate congiuntamente, il giudice del rinvio chiede in sostanza se, qualora un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere con una società di diritto privato da essa giuridicamente distinta, nella quale detiene una partecipazione maggioritaria e sulla quale esercita un certo controllo, un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva 92/50, la detta amministrazione sia sempre tenuta ad applicare le procedure ad evidenza pubblica previste da tale direttiva per il semplice fatto che un'impresa privata detiene una partecipazione, anche minoritaria, nel capitale della detta società controparte. In caso di soluzione negativa di tale questione, il giudice del rinvio chiede sulla base di quali criteri debba ritenersi che l'amministrazione aggiudicatrice non sia assoggettata ad un obbligo siffatto.

43. - Tale questione fa riferimento alla situazione particolare di una società cosiddetta «mista pubblico-privata», costituita e funzionante in base alle norme privatistiche, alla luce dell'obbligo incombente all'amministrazione aggiudicatrice di applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici qualora sussistano i presupposti da esse contemplati.

44. - Al riguardo, va ricordato in primo luogo l'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici, quale evidenziato nell'ambito della risposta alla prima questione, vale a dire la libera circolazione dei servizi e l'apertura ad una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri. Ciò implica l'obbligo di qualsiasi amministrazione aggiudicatrice di applicare le norme comunitarie pertinenti qualora sussistano i presupposti da queste contemplati.

45. - L'obbligo di applicare in tal caso le norme comunitarie risulta confermato dal fatto che, all'art. 1, lett. c), della direttiva 92/50, la nozione di prestatore di servizi, ossia di offerente ai fini dell'applicazione di tale direttiva, include anche «gli enti pubblici che forniscono servizi» (v. sentenza 7 dicembre 2000, causa C-94/1999, ARGE, *Racc. pag. I-11037*, punto 28).

46. - Qualsiasi deroga all'applicazione di tale obbligo va dunque interpretata restrittivamente. Pronunciandosi sulla scelta di una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di appalto, la Corte ha così statuito che l'art. 11, n. 3, della direttiva 92/50, che contempla questo tipo di procedura, deve in quanto disposizione derogatoria alle norme intese a garantire l'effettività dei diritti conferiti dal Trattato CE nel settore degli appalti pubblici di servizi essere interpretato restrittivamente, e che l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga grava su colui che intenda avvalersene (sentenza 10 aprile 2003, cause riunite C-20/01 e C-28/01, Commissione/Germania, *Racc. pag. I-3609*, punto 58).

47. - Nell'ottica di un'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, quale voluta dalle norme comunitarie, la Corte ha statuito, in riferimento alla direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (*Gazzetta Ufficiale* L 199, pag. 1), che tale direttiva è applicabile qualora un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere, con una

entità giuridicamente distinta, un contratto a titolo oneroso, indipendentemente dal fatto che tale entità sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice o meno (sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/1998, Teckal, *Racc.* pag. I-8121, punti 50 e 51). È opportuno constatare che la controparte contrattuale in quel caso era un consorzio costituito da più amministrazioni aggiudicatrici, al quale partecipava anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione.

48. - Un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi. In tal caso, non si può parlare di contratto a titolo oneroso concluso con un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice. Non sussistono dunque i presupposti per applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici.

49. - In conformità della giurisprudenza della Corte, non è escluso che possano esistere altre circostanze nelle quali l'appello alla concorrenza non è obbligatorio ancorché la controparte contrattuale sia un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice. Ciò si verifica nel caso in cui l'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, eserciti sull'entità distinta in questione un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e tale entità realizzi la parte più importante della propria attività con l'autorità o le autorità pubbliche che la controllano (v., in tal senso, sentenza Teckal, *cit.*, punto 50). Occorre ricordare che, nel caso sopra menzionato, l'entità distinta era interamente detenuta da autorità pubbliche. Per contro, la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi.

50. - Al riguardo, occorre anzitutto rilevare che il rapporto tra un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ed i suoi servizi sottostà a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico. Per contro, qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente.

51. - In secondo luogo, l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata senza far appello alla concorrenza pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata ed il principio della parità di trattamento degli interessati contemplato dalle direttive 92/50, in particolare nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale della detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti.

52. - Pertanto, occorre risolvere la seconda questione, *sub a) e b)*, dichiarando che, nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva 92/50 con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale la detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private, le procedure di affidamento degli appalti pubblici previste dalla citata direttiva debbono sempre essere applicate.

53. - In considerazione di tale risposta, non occorre risolvere le altre questioni sollevate dal giudice nazionale.

Sulle spese

54. - Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute per presentare osservazioni alla Corte, diverse da quelle delle dette parti, non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Prima Sezione) dichiara:

1) L'art. 1, n. 1, della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, a sua volta modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE, deve essere interpretato nel senso che l'obbligo degli Stati membri di garantire la possibilità di mezzi di ricorso efficaci e rapidi contro le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici si estende anche alle decisioni adottate al di fuori di una formale procedura di affida-

mento di appalto e prima di un atto di formale messa in concorrenza, ed in particolare alla decisione sulla questione se un determinato appalto rientri nell'ambito di applicazione *ratione personae* e *ratione materiae* della direttiva 92/50, come modificata. Tale possibilità di ricorso è concessa a qualsiasi soggetto che abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'appalto di cui trattasi e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata, a partire dal momento in cui viene manifestata la volontà dell'amministrazione aggiudicatrice idonea a produrre effetti giuridici. Pertanto, gli Stati membri non sono autorizzati a subordinare la possibilità di ricorso al fatto che la procedura di affidamento di appalto pubblico in questione abbia formalmente raggiunto una fase determinata.

2) Nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva 92/50, come modificata dalla direttiva 97/52, con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale la detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private, le procedure di affidamento degli appalti pubblici previste dalla citata direttiva debbono sempre essere applicate».

(doc. 2)

Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott presentate il 1° marzo 2005, nella causa C-458/03

*Parking Brixen GmbH – Domanda di pronuncia pregiudiziale, proposta dal
Tribunale Amministrativo, Sezione autonoma per la provincia di Bolzano*

« Introduzione

1. – Una delle questioni principali della disciplina degli appalti pubblici riguarda il confine tra procedure di aggiudicazione per le quali è obbligatorio l'espletamento di una gara ad evidenza pubblica e procedure per le quali siffatto espletamento non è obbligatorio. A tal proposito è di particolare attualità la distinzione tra l'affidamento esterno di appalti ed il cosiddetto affidamento diretto, chiamato anche «affidamento *in house*».

2. – Gli *affidamenti in house in senso stretto* sono procedure con cui una pubblica amministrazione affida un appalto ad un suo ente strumentale non dotato di personalità giuridica propria. *In senso lato*, possono rientrare nell'ambito degli affidamenti *in house* anche particolari casi in cui amministrazioni aggiudicatrici stipulano contratti con società loro controllate dotate di propria personalità giuridica. Mentre gli affidamenti *in house* in senso stretto non sono affatto rilevanti per la disciplina in materia di aggiudicazione di appalti, dato che essi costituiscono vere e proprie procedure amministrative interne (1), per quanto riguarda gli affidamenti *in house* in senso lato (da alcuni chiamati anche affidamenti quasi *in house* (2)) si pone sovente la difficile questione diretta ad accertare se per essi esista o meno l'obbligo di svolgere una procedura ad evidenza pubblica. In questa causa la Corte di Giustizia si occupa per l'ennesima volta (3) della suddetta problematica.

3. – Il Comune di Bressanone ha trasferito la gestione di due parcheggi pubblici a pagamento ad una sua società controllata, l'Azienda Servizi Municipalizzati Bressanone S.p.A. [in prosieguo: la «ASM Bressanone S.p.A.»], senza aver precedentemente indetto alcuna pubblica gara di aggiudicazione. La società privata Parking Brixen S.r.l. ha presentato ricorso avverso tale modalità di affidamento. Il giudice italiano adito, il Tribunale ammini-

(1) Sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/1998, Teckal (*Racc.* pag. 1-8121, punti 49 e 50), riguardante la direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici di forniture (*Gazzetta Ufficiale* L 199, pag. 1; in prosieguo: la «direttiva 93/36»).

(2) V., al riguardo, paragrafo 49 delle conclusioni dell'avvocato generale Stix-Hackl 23 settembre 2004, causa C-26/03, Stadt Halle (*Racc.* pag. 1-0000).

(3) V. la fondamentale sentenza Teckal (cit. alla nota 2). Solo di recente, l'11 gennaio 2005, è stata pronunciata sentenza nella causa C-26/03, Stadt Halle e a. (*Racc.*, pag. 1-0000). Attualmente sono ancora pendenti, ad esempio, le cause C-231/03 (Cenarne), C-29/04 (Commissione/Austria) e C-216/04 (Saba Italia).

strativo, Sezione autonoma per la provincia di Bolzano (in prosieguo anche: il «giudice del rinvio»), ha sottoposto alla Corte di Giustizia due questioni pregiudiziali riguardanti, sostanzialmente, da un lato, la distinzione tra concessione e affidamento di pubblici servizi e, dall'altro, la distinzione tra affidamento esterno, per il quale esiste l'obbligo di svolgere una gara ad evidenza pubblica, e affidamento *in house*, che non soggiace a tale obbligo.

Contesto normativo

A – La normativa comunitaria

4. – Nel caso di specie il contesto normativo comunitario è costituito, da un lato, dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (4) (in prosieguo: la «direttiva 92/50»), e, dall'altro, dagli artt. 43 CE, 49 CE e 86, n. 1, CE.

5. – Le lett. *a)* e *b)*, citate per estratto, dell'art. 1 della direttiva 92/50, prevedono quanto segue: «Ai fini della presente direttiva s'intendono per:

a) «appalti pubblici di servizi», i contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice (...)

b) «amministrazioni aggiudicatrice, lo Stato, gli enti locali, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni costituite da detti enti od organismi di diritto pubblico. (...)».

6. – L'art. 43 CE garantisce la libertà di stabilimento, mentre l'art. 49 CE garantisce la libertà di prestazione di servizi. Ai sensi degli artt. 48, n. 1, CE e 55 CE, le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno della Comunità sono equiparate, riguardo ad entrambe le suddette libertà fondamentali, alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri.

7. – Infine, i primi due numeri dell'art. 86 CE prevedono quanto segue:

«1) Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del presente trattato, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 12 e da 81 a 89 inclusi.

2) Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità».

B – La normativa nazionale

8. – In Italia, l'art. 115, primo comma, del decreto legislativo (5) 18 agosto 2000, n. 267 (in prosieguo: il «decreto legislativo n. 267/2000») (6), autorizza i Comuni e gli altri enti locali a trasformare, per atto unilaterale, le proprie aziende autonome (chiamate anche aziende speciali) in società per azioni. Tali società conservano tutti i diritti e gli obblighi anteriori alla trasformazione, subentrando così in tutti i rapporti attivi e passivi delle precedenti aziende speciali. Ai sensi della disposizione suddetta, ciascun ente locale può restare unico azionista di una di queste società, anche se per un periodo non superiore a due anni dalla trasformazione.

9. – L'art. 88, sesto comma, del Testo coordinato delle disposizioni sull'ordinamento dei Comuni della Regione autonoma Trentino-Alto Adige (in prosieguo: l'«Ordinamento dei Comuni»), dispone quanto segue:

(4) Direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (*Gazzetta Ufficiale* L 209, pag. 1). Questa direttiva è stata abrogata e sostituita dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (*Gazzetta Ufficiale* L 134, pag. 114; in prosieguo: la «direttiva 2004/18»). Tuttavia, sotto il profilo temporale, rimane applicabile alla fattispecie la direttiva 92/50.

(5) Decreto legislativo o legge delegata.

(6) Il decreto legislativo n. 267/2000, «Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali», è pubblicato in *GURI* n. 227 del 28 settembre 2000, *Suppl. ord.* n. 162.

«I Comuni disciplinano con regolamento le procedure e i criteri per la scelta delle forme organizzative di gestione dei servizi pubblici a rilevanza economica ed imprenditoriale tra le seguenti:

- a) costituzione di aziende speciali;
- b) costituzione o partecipazione ad apposite società per azioni o a responsabilità limitata ad influenza dominante pubblica locale;
- c) affidamento della gestione di servizi pubblici a terzi, prevedendo adeguate procedure concorrenziali per la loro individuazione (...)» (7).

10. – Inoltre, l'art. 88, comma 18, dell'Ordinamento dei Comuni prevede la possibilità che in qualunque momento gli enti locali soci affidino – a determinate condizioni ivi specificate – alle società costituite ai sensi del sesto comma lo svolgimento di ulteriori servizi pubblici che siano compatibili con l'oggetto della società.

Fatti

Fattispecie e procedimento principale

11. – Il Comune di Bressanone, situato nella regione autonoma Trentino-Alto Adige, trasferiva alla ASM Bressanone S.p.A. negli anni 2001 e 2002 – entrambe le volte senza avere precedentemente indetto alcuna pubblica gara di aggiudicazione – la gestione di due parcheggi pubblici. Tali parcheggi sono collegati alla piscina pubblica comunale, la cui costruzione e la cui gestione erano già state precedentemente affidate, nell'anno 2000, alla Servizi municipalizzati Bressanone. Come però è emerso nel corso dell'udienza di discussione, questi parcheggi non vengono utilizzati esclusivamente dagli utenti della piscina.

12. – Secondo le indicazioni del giudice del rinvio, i parcheggi si trovano su due diverse particelle fondiari, la 491/6 e la 491/11.

13. – Nel dicembre 2001 il Comune (8) concedeva alla ASM Bressanone S.p.A., sulla particella fondiaria 491/11, il diritto di edificazione del suolo e del sottosuolo per la realizzazione di posti auto. Fino al completamento del garage sotterraneo era stato ivi previsto inizialmente un provvisorio parcheggio all'aperto. A tale scopo l'area (fino ad allora un campo di calcio) era stata consolidata e trasformata temporaneamente in un parcheggio con circa 200 posti auto.

14. – Nel novembre 2002, al fine di predisporre ulteriori posti auto, alla ASM Bressanone S.p.A. veniva affidata anche la gestione, per la durata di nove anni, del limitrofo parcheggio all'aperto situato sulla particella 491/6 (9). Tale parcheggio, anch'esso con una capienza di circa 200 posti auto, era stato precedentemente gestito per oltre dieci anni direttamente dal Comune di Bressanone.

15. – In base ad un accordo concluso con il Comune di Bressanone il 19 dicembre 2002, la ASM Bressanone S.p.A. veniva autorizzata a riscuotere il corrispettivo dagli utenti del parcheggio situato sulla particella 491/6 per l'utilizzazione di quest'ultimo. A sua volta essa si obbligava a versare al Comune un indennizzo annuale pari a EUR 151 700, che sarebbe stato aumentato di una determinata percentuale nel caso di aumento del prezzo del biglietto di parcheggio (10). Inoltre la ASM Bressanone S.p.A. si obbligava a continuare ad impiegare il personale del suddetto parcheggio, fino ad allora alle dipendenze del Comune di Bressanone, a sopportare i costi della manutenzione ordinaria e straordinaria dell'area, assumendosene tutte le responsabilità. Infine la ASM Bressanone S.p.A. si dichiarava disponibile a continuare all'interno dell'area del parcheggio la gestione del noleggio di biciclette, precedentemente effettuata dal Comune di Bressanone, nonché a consentirvi anche in futuro lo svolgimento del mercato settimanale.

(7) Questa disposizione deriva dall'art. 44 della legge regionale 4 gennaio 1993, n. 1 (*BUR* Trentino-Alto Adige n. 3 del 19 gennaio 1993, *Suppl. ord.* n. 1), modificato dall'art. 10 della legge regionale 23 ottobre 1998, n. 10 (*BUR* Trentino-Alto Adige n. 45 del 27 ottobre 1998, *Suppl.* n. 2).

(8) Delibera del Consiglio comunale 18 dicembre 2001, n. 118.

(9) Delibera del Consiglio comunale 28 novembre 2002, n. 107.

(10) Da quanto risulta dall'ordinanza di rinvio pregiudiziale, un aumento del prezzo del biglietto di parcheggio avrebbe determinato un aumento dell'indennizzo annuale «nella misura dell'80 del corrispondente aumento percentuale del prezzo».

16. – Secondo le indicazioni del giudice del rinvio, non veniva invece concluso alcun accordo concernente l'utilizzo del parcheggio all'aperto sulla particella fondiaria 491/11.

17. – La Parking Brixen S.r.l., che già gestisce un altro autosilo in un'altra zona di Bressanone ed è altrettanto interessata alla gestione dei due parcheggi oggetto della presente controversia, si è opposta a siffatta assegnazione della gestione del parcheggio alla ASM Bressanone S.p.A. Il 17 gennaio 2003 ha presentato ricorso dinanzi al giudice del rinvio, chiedendo l'annullamento del relativo atto d'assegnazione.

Ulteriori elementi sulla ASM Bressanone S.p.A. e sulla precedente azienda autonoma

18. – L'ASM Bressanone S.p.A. è succeduta giuridicamente alla Servizi municipalizzati Bressanone, originariamente un'azienda autonoma (chiamata anche azienda speciale) del Comune di Bressanone. Nell'ottobre 2001 il Comune, in applicazione dell'art. 115 del decreto legislativo n. 267/2000, ha trasformato tale azienda autonoma, dotata di personalità giuridica e di autonomia gestionale sin dal 1 gennaio 1999, in una società per azioni, la ASM Bressanone S.p.A. (11).

19. – Le attività della ASM Bressanone S.p.A. sono elencate nell'art. 4 del suo Statuto, ai sensi del quale essa è autorizzata ad operare sia sul piano locale che su quello nazionale ed internazionale in numerosi settori dell'approvvigionamento in senso ampio, in particolare in quelli del rifornimento e dello smaltimento delle acque, della fornitura di calore e di energia, della costruzione di strade, dello smaltimento dei rifiuti, del trasporto di persone e di merci, nonché in quelli dell'informatica e delle telecomunicazioni. Anche la gestione di parcheggi e di autosili, con tutte le attività ad essa collegate, rientra nei suoi compiti.

20. – Azionista unico dell'ASM Bressanone S.p.A., sia all'epoca del trasferimento dei due parcheggi, sia in seguito era il Comune di Bressanone. L'art. 5, n. 2, dello Statuto dell'ASM Bressanone S.p.A. prevede che la quota di partecipazione del Comune di Bressanone al capitale sociale non debba essere mai inferiore alla maggioranza assoluta delle azioni ordinarie.

21. – Ai sensi dell'art. 17 del suo Statuto, la ASM Bressanone S.p.A. è amministrata da un Consiglio d'amministrazione composto da tre a sette membri nominati dall'assemblea degli azionisti, anche se al Comune di Bressanone (12) è in ogni caso riconosciuta la facoltà di nominare la maggioranza dei componenti del Consiglio d'amministrazione. Ai sensi dell'art. 18 dello Statuto, l'amministrazione ordinaria della società è delegata al Consiglio di amministrazione, che, tuttavia, soggiace a numerose restrizioni e, in alcuni casi particolari, deve limitarsi alla conclusione di negozi giuridici fino ad un valore massimo di EUR 5 000 000 per affare. Inoltre, ai sensi dell'art. 24 dello Statuto, è previsto un Collegio sindacale composto di tre membri effettivi e due supplenti, dei quali il Comune di Bressanone nomina almeno due membri effettivi ed un supplente.

22. – La precedente azienda speciale Servizi municipalizzati Bressanone aveva svolto di fatto compiti simili a quelli dell'attuale ASM Bressanone S.p.A., seppur limitatamente all'ambito di competenza territoriale del Comune e alla cooperazione extraterritoriale con altre aziende. La gestione di parcheggi e autosili rientrava già nei settori di sua competenza, mentre non ne facevano ancora parte, ad esempio, i settori dell'informatica e delle telecomunicazioni. Il Consiglio d'amministrazione della Servizi municipalizzati Bressanone era nominato dal Consiglio comunale ed era tenuto a svolgere la sua attività nel rispetto degli obiettivi generali stabiliti dal Consiglio comunale.

Rinvio pregiudiziale e procedimento dinanzi alla Corte

23. – Con ordinanza 23 luglio 2003 il giudice del rinvio ha sospeso il procedimento, sottoponendo alla Corte due questioni pregiudiziali. Con tali questioni pregiudiziali, nella cui introduzione viene fatto riferimento agli artt. 43 CE e segg., 49 CE e segg. e 86 CE, si intende accertare:

1) se il contestato affidamento della gestione di parcheggi pubblici a pagamento costituisca un appalto di pubblico servizio ai sensi della direttiva 92/50/CEE, oppure una concessione di pubblico servizio, a cui si applicano le norme comunitarie sulla concorrenza, in particolare gli obblighi della parità di trattamento e della trasparenza;

(11) Delibera del Consiglio comunale 25 ottobre 2001, n. 97.

(12) Da quanto è emerso durante l'udienza, il responsabile è il Consiglio comunale.

2) se – qualora si dovesse effettivamente trattare di una concessione di pubblico servizio avente ad oggetto la gestione di un servizio pubblico locale – l'affidamento della gestione di parcheggi pubblici a pagamento, che può essere effettuata anche senza svolgimento di pubblica gara ai sensi dell'art. 44, sesto comma, lett. b), della legge regionale 4 gennaio 1993, n. 1, come modificata dall'art. 10 della legge regionale 23 gennaio 1998, n. 10, e ai sensi dell'art. 88, sesto comma, lett. a) e b), del Testo coordinato delle disposizioni sull'ordinamento dei Comuni, sia compatibile con il diritto comunitario e, in particolare, con i principi della libera prestazione dei servizi e della libera concorrenza, del divieto di discriminazione e con gli obblighi di parità di trattamento e di trasparenza da esso derivanti, nonché con il principio di proporzionalità, nel caso in cui tale gestione venga affidata ad una società per azioni costituita, conformemente all'art. 115 del decreto legislativo n. 267/2000, mediante la trasformazione di un'azienda speciale di un Comune detentore del 100 del suo capitale sociale al momento dell'affidamento, ma il cui Consiglio di amministrazione dispone dei più ampi poteri di ordinaria amministrazione fino ad un valore di EUR 5 000 000 per affare.

24. – Con comunicazione 16 dicembre 2004 la cancelleria della Corte ha messo le parti processuali a conoscenza del fatto che l'11 gennaio 2005 la Corte avrebbe pronunciato sentenza nella causa Stadt Halle(13), affinché esse potessero prendere posizione al riguardo nel corso dell'udienza di discussione sulla presente causa fissata per il 13 gennaio 2005.

25. – Nel corso del procedimento pregiudiziale la Parking Brixen AG, la ASM Bressanone SpA, il Comune di Bressanone, i governi italiano e austriaco, nonché la Commissione hanno presentato osservazioni sia scritte che orali. Inoltre, il governo olandese ha presentato osservazioni all'udienza.

Analisi giuridica

26. – Con l'ordinanza di rinvio pregiudiziale il giudice del rinvio intende sostanzialmente accertare se e quali criteri direttivi sono previsti dal diritto comunitario per i negozi giuridici tra amministrazioni aggiudicatrici e loro società controllate; ciò costituisce l'oggetto della seconda questione pregiudiziale. Prima però, nell'ambito della prima questione pregiudiziale, sarà necessario verificare da quali norme di diritto comunitario – dalla direttiva 92/50 o, in generale, dai principi giuridici fondamentali contenuti nel Trattato CE – si possano ricavare i suddetti eventuali criteri direttivi; a tale scopo è necessario distinguere tra pubblici appalti e pubbliche concessioni di servizi.

A – Sulla prima questione: distinzione tra pubblico appalto e pubblica concessione di servizi

27. – Con la sua prima questione il giudice del rinvio vuole essenzialmente accertare se si è in presenza di un pubblico appalto di servizi nel significato accolto dalla direttiva 92/50 oppure di una pubblica concessione di servizi qualora un'amministrazione aggiudicatrice incarichi una società della gestione di un parcheggio pubblico, autorizzandola a riscuotere un corrispettivo per l'utilizzazione del parcheggio, e tale società, a sua volta, si obblighi a versare al Comune un indennizzo annuale.

28. – Per risolvere la suddetta questione non è al momento rilevante la distinzione all'inizio effettuata tra procedure di attribuzione a terzi, per le quali è obbligatorio l'espletamento di una procedura ad evidenza pubblica, ed affidamenti *in house*, per i quali ciò non è obbligatorio (14). Piuttosto, è qui sufficiente accertare se il semplice oggetto di un negozio giuridico, come quello concluso nel caso di specie tra il Comune di Bressanone e la ASM Bressanone S.p.A., rientri o meno nell'ambito di applicazione della direttiva 92/50. Esso vi rientrerebbe se il negozio giuridico in questione fosse un pubblico appalto di servizi, mentre non vi rientrerebbe se si trattasse, invece, di una concessione di servizi. Difatti, secondo la giurisprudenza della Corte, dapprima formatasi sulla cosiddetta direttiva di coordinamento settoriale 93/38/CEE (15) e successivamente estesa anche alla direttiva di coordinamento

(13) *Cit.* alla nota 4.

(14) V., al riguardo, paragrafi 1 e 2 di queste conclusioni.

(15) Direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (*Gazzetta Ufficiale* L 199, pag. 84), nel frattempo abrogata e sostituita dalla direttiva del Parlamento europeo e

dei servizi 92/50, siffatte concessioni, anche nel caso in cui riguardino i settori d'attività elencati negli allegati delle suddette direttive, non costituiscono contratti scritti a titolo oneroso nel significato accolto da entrambe le direttive (16). Ciò, tra l'altro, trova una conferma a contrario nel fatto che le concessioni di servizi sono per la prima volta espressamente menzionate (17) nella direttiva di futura attuazione 2004/18/CE.

29. – A differenza del pubblico appalto di servizi, la concessione di servizi è caratterizzata dal fatto che la controprestazione che il gestore del servizio in questione ottiene dall'amministrazione aggiudicatrice consiste nel *diritto di sfruttare, ai fini della sua remunerazione, la propria prestazione* (18).

30. – Come giustamente osservato dalla Commissione e dai governi austriaco e italiano, nel caso di una *concessione di servizi* la società sopporta i rischi collegati alla prestazione del servizio ed ottiene la sua controprestazione – almeno in parte – dagli utenti del servizio, attraverso la riscossione di un prezzo (19). Esiste quindi un rapporto giuridico trilaterale tra affidante, affidatario ed utente del servizio. Al contrario, un pubblico *appalto di servizi* dà luogo esclusivamente ad un rapporto giuridico bilaterale, all'interno del quale il compenso per la prestazione eseguita viene pagato dall'amministrazione aggiudicatrice medesima, che, tra l'altro, sopporta il rischio collegato alla fornitura del servizio.

31. – Dai fatti qui noti, nella fattispecie la controprestazione ricevuta dalla ASM Bressanone S.p.A. da parte del Comune di Bressanone per la gestione del parcheggio sulla particella fondiaria 491/6 consiste esclusivamente nell'autorizzazione data alla ASM Bressanone S.p.A. a riscuotere dagli utenti un corrispettivo per l'utilizzazione del parcheggio. Sotto l'aspetto economico la ASM Bressanone S.p.A. può percepire in questo modo i frutti delle prestazioni eseguite, ossia della gestione e della manutenzione del parcheggio. Allo stesso tempo, però, essa sopporta anche il rischio economico della gestione del parcheggio, dato che con l'incasso del corrispettivo per la sua utilizzazione deve coprire non soltanto le spese ordinarie, ma anche quelle di manutenzione dell'area di parcheggio, nonché corrispondere al Comune l'indennizzo annuale. Tutti questi elementi contrastano con la supposta esistenza di un pubblico appalto di servizi, rivelando, piuttosto, l'esistenza di una concessione di servizi.

32. – Dalle informazioni a disposizione non si può con sicurezza accertare se altrettanto valga per il parcheggio sulla particella fondiaria 491/11. Del resto, è compito del giudice del rinvio, e non della Corte di Giustizia, applicare alla fattispecie del procedimento principale i criteri derivanti dal diritto comunitario (20). Il giudice del rinvio dovrà, segnatamente, accertare se la controprestazione che la ASM Bressanone S.p.A. ha ottenuto dal Comune di Bressanone per la gestione del parcheggio consista nell'autorizzazione a riscuotere dagli utenti del parcheggio un corrispettivo per la sua utilizzazione.

del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/17/CE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (*Gazzetta Ufficiale* L 134, pag. 1).

(16) Sull'art 1, lett. a), della direttiva di coordinamento dei servizi 92/50, v. ordinanza 30 maggio 2002, causa C-358/00, *Buchhändler-Vereinigung* (*Racc.* pag. 1-4685, punti 29 e 30); sull'art. 1, n. 4, della direttiva di coordinamento dei settori 93/38/CEE, v. sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/1998, *Telaustria e Telefonadress* (*Racc.* pag. 1-10745, punti 57 e 58).

(17) Art. 1, n. 4, della direttiva 2004/18.

(18) Sentenza *Telaustria e Telefonadress* (punto 58, secondo trattino) e ordinanza *Buchhändler-Vereinigung* (punto 27), entrambe citate alla nota 17. In tal senso anche la definizione legale in futuro applicabile contenuta nell'art. 1, n. 4, della direttiva 2004/18.

(19) A tal proposito la Commissione rimanda anche alla sua comunicazione 29 febbraio 1999, concernente l'interpretazione delle concessioni nel diritto comunitario (*Gazzetta Ufficiale* 2000, C 121, pag. 2); v. *ivi*, in particolare, sezione 2 febbraio

(20) V., in tal senso, per tutte, sentenza 16 luglio 1998, causa C-235/1995, *Dumon e Froment* (*Racc.* pag. 1-4531, punto 25); similmente sentenza *Telaustria e Telefonadress* (*cit.* alla nota 17, punto 63).

33. – In conclusione, al pari della ASM Bressanone S.p.A., dei governi austriaco e italiano e della Commissione (21), sono anch'io dell'opinione che, qualora un'amministrazione aggiudicatrice incarichi una società della gestione di un parcheggio pubblico, in cambio della cui utilizzazione tale società sia autorizzata a riscuotere un corrispettivo, obbligandosi, a sua volta, a versare all'amministrazione aggiudicatrice un indennizzo annuale, non si tratti di un pubblico appalto di servizi ai sensi della direttiva 92/50, bensì di una concessione di servizi, che non rientra nell'ambito di applicazione della suddetta direttiva.

B – Sulla seconda questione pregiudiziale: criteri di diritto comunitario per l'assegnazione di concessioni di servizi a società controllate da amministrazioni aggiudicatrici

34. – Con la seconda questione il giudice del rinvio vuole in sostanza conoscere a quali condizioni un'amministrazione aggiudicatrice possa affidare ad una delle sue società controllate una concessione di servizi, quale la gestione di parcheggi pubblici a pagamento contestata nel procedimento principale, senza dover ricorrere al previo espletamento di una procedura ad evidenza pubblica.

1. Norme di diritto comunitario concernenti il divieto di discriminazione e l'obbligo di trasparenza, cogenti anche al di fuori dell'ambito di applicazione delle direttive in materia di aggiudicazione di pubblici appalti.

35. – Contrariamente a quanto sostenuto dal governo olandese, in giurisprudenza è ormai pacifico che le amministrazioni aggiudicatrici sono sottoposte, anche al di fuori dell'ambito di applicazione delle direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici (22), -ai vincoli del diritto comunitario derivanti dalle norme fondamentali (23) del Trattato CE, segnatamente dalle libertà fondamentali e dal divieto di discriminazione in esse contenuto (24).

36. – Dal divieto di discriminazione deriva un obbligo di trasparenza. Difatti, solo allorché l'assegnazione di un appalto o di una concessione viene effettuata secondo le regole sulla trasparenza si può determinare se nel caso concreto sia stato rispettato il principio della parità di trattamento o se, invece, sia stata presa una decisione arbitraria a favore o contro un determinato offerente (25).

37. – Tutto ciò non significa affatto che si debba arrivare all'applicazione di una procedura del tutto identica a quella prevista dalle direttive in materia di aggiudicazione di pubblici appalti. Tuttavia, come affermato dalla Corte nella sentenza *Telaustria e Telefonadress*, l'obbligo di trasparenza cui è tenuta l'amministrazione aggiudicatrice «consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione (26)».

(21) Gli altri partecipanti non hanno invece approfondito tale problematica. Il Comune di Bressanone e la ASM Bressanone S.p.A. negano piuttosto l'esistenza di una concessione di servizi sulla base del fatto che la ASM Bressanone S.p.A. non è impresa terza rispetto al Comune di Bressanone.

(22) Sull'inapplicabilità della direttiva 92/50 in un caso come quello di specie, v. le considerazioni effettuate sulla prima questione (paragrafi 27-33 di queste conclusioni).

(23) In un caso come il presente possono assumere rilevanza la libertà di prestazione di servizi (art. 49 CE) e – qualora un offerente straniero si voglia stabilire in Italia per ivi gestire parcheggi – anche la libertà di stabilimento (art. 43 CE).

(24) In tal senso – in particolare nel caso di una concessione di servizi – la sentenza *Telaustria e Telefonadress* (*cit.* alla nota 17, punto 60); v., inoltre, sentenza 23 gennaio 2003, causa C-57/01, *Makedoniko Metro e Michaniki* (*Racc.* pag. 1-1091, punto 69), e ordinanza 3 dicembre 2001, causa C-59/00, *Vestergaard* (*Racc.* pag. 1-9505, punti 20 e 21); similmente, sentenza 18 giugno 2002, causa C-92/00, *HI* (*Racc.* pag. 1-5553, punto 47).

(25) Sentenze *Telaustria e Telefonadress* (*cit.*, alla nota 17, punto 61) e *HI* (*cit.* alla nota 25, punto 45); sentenza 18 novembre 1999, causa C-275/1998, *Unitron Scandinavia e 3-S* (*Racc.* pag. 1-8291, punto 31).

(26) Sentenza *Telaustria e Telefonadress* (*cit.* alla nota 17, punto 62).

38. – Si menziona solo a margine che la ASM Bressanone S.p.A. eccepisce al riguardo che gli artt. 43 CE e segg. non trovano alcuna applicazione nel caso di specie, perché la fattispecie oggetto del procedimento principale sarebbe priva dell'elemento dell'extraterritorialità, giacché tutte le parti processuali hanno la loro sede in Italia.

39. – A tale riguardo si deve osservare che è pur vero che le libertà fondamentali non possono trovare applicazione nei confronti di fattispecie nazionali (27), tuttavia, come hanno giustamente osservato la Commissione, la Parking Brixen S.r.l. ed il governo austriaco, un'eventuale violazione dell'obbligo di trasparenza derivante dalla disciplina in materia di pubblici appalti si ripercuote non solo su imprese nazionali, come la Parking Brixen S.r.l., ma anche su tutti i potenziali interessati, inclusi i potenziali offerenti di altri Stati membri (28). Quindi, un'eventuale mancanza di pubblicità pregiudica sempre al contempo anche le libertà fondamentali dei potenziali offerenti di altri Stati membri.

2. Possibile deroga per i negozi conclusi con proprie società controllate: la giurisprudenza Teckal

40. – Rimane tuttavia ancora da accertare se un'amministrazione aggiudicatrice non possa essere eccezionalmente esonerata dal rispetto della normativa comunitaria qualora affidi l'esecuzione di prestazioni a servizi da essa controllati.

41. – Qualora l'amministrazione aggiudicatrice intenda all'uopo incaricare un'impresa pubblica diventata autonoma sotto l'aspetto organizzativo, ossia una delle sue società controllate, la soluzione appare chiara: sulla base del principio della parità di trattamento di imprese pubbliche e private, segnatamente sancito dall'art. 86, n. 1, CE, un'impresa pubblica – fatte salve le deroghe contenute nell'art. 86, n. 2, CE – non deve ricevere un trattamento migliore rispetto alla concorrenza privata. Pertanto, un'amministrazione aggiudicatrice non può incaricare direttamente della prestazione di servizi una sua società controllata senza aver prima valutato le offerte degli altri eventuali partecipanti ed avuto cura di espletare a tal fine una gara trasparente di aggiudicazione.

42. – D'altro canto, la pubblica amministrazione rimane senz'altro libera di svolgere completamente i suoi compiti *con mezzi propri*, ossia di assolvervi direttamente, senza ricorrere affatto alle prestazioni di imprese-pubbliche o private – giuridicamente autonome. In tal caso essa non è soggetta neppure ai vincoli fissati dalla normativa sugli appalti (29) e dall'art. 86 CE.

43. – Come già menzionato all'inizio, non di rado sorgono difficoltà nello stabilire nel caso concreto il confine tra siffatti affidamenti *in house* e le procedure di affidamento esterno. Al riguardo la Corte nella sentenza Teckal (30) – in riferimento alla direttiva 93/36 – ha stabilito un principio fondamentale. Dalla suddetta sentenza deriva che, in linea di principio, la disciplina comunitaria in materia di pubblici appalti trova applicazione ogniqualvolta venga raggiunto un *accordo tra due persone distinte* (31), ossia ogniqualvolta venga concluso un *contratto*.

(27) Giurisprudenza costante: v., da ultimo, sentenza 16 dicembre 2004, causa C-293/03, My (*Racc.* pag. 1-0000, punto 40). Specialmente sulla libertà di stabilimento e di prestazione di servizi v. sentenza 7 febbraio 1979, causa 115/1978, Knoors (*Racc.* pag. 399, punto 24, prima parte della prima frase).

(28) V. anche sentenza 25 aprile 1996, causa C-87/1994, Commissione/Belgio (*Racc.* pag. 1-2043, punto 33), secondo cui è sempre possibile che imprese stabilite in altri Stati membri siano riguardate, direttamente o indirettamente, dall'assegnazione di un appalto. Sicché gli obblighi relativi alla gara d'assegnazione debbono essere rispettati indipendentemente dalla nazionalità o dal luogo di stabilimento degli offerenti. Questa considerazione non riguarda soltanto i requisiti delle direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, ma può valere anche riguardo a casi, come quello di specie, in cui si devono applicare i principi fondamentali del diritto comunitario.

(29) Sentenza Stadt Halle (*cit.* alla nota 4, punto 48).

(30) Sentenza Teckal (*cit.*, alla nota 2, punti 46, 49 e 50).

(31) Per quanto riguarda l'applicazione *ratione personae* è dunque necessario, e nello stesso tempo sufficiente, che una delle parti contraenti sia un'amministrazione aggiudicatrice

44. – Determinante ai fini dell'applicazione della disciplina comunitaria in materia di pubblici appalti non è soltanto l'aspetto meramente formale, ma anche una valutazione critica del negozio giuridico. Difatti, anche nel caso in cui entrambi i contraenti siano formalmente dotati di personalità giuridica, cionondimeno il negozio giuridico da esse concluso può, in via del tutto eccezionale, essere equiparato ad un affidamento *in house*, purché vengano rispettati entrambi i seguenti criteri cumulativi elaborati dalla giurisprudenza (32):

– l'amministrazione aggiudicatrice (33) deve esercitare nei confronti della società contraente (34) un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi (*primo criterio Teckal*), e

– tale società contraente deve, a sua volta, realizzare la parte più importante della sua attività per (35) l'amministrazione o per le amministrazioni aggiudicatrici che la controllano (*secondo criterio Teckal*).

45. – La Corte di Giustizia ha nel frattempo applicato questa giurisprudenza non soltanto riguardo alla direttiva 93/36, ma anche riguardo alle direttive 92/50 e 93/37 (36) (37).

46. – I criteri Teckal sono applicabili anche a casi, come quello di specie, che non rientrano nell'ambito di applicazione di nessuna delle direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici (38). Se difatti le suddette direttive, nonostante i loro dettagliati requisiti concernenti le gare di aggiudicazione, prevedevano già deroghe per gli affidamenti *in house*, a maggior ragione devono essere ammesse deroghe laddove trovino applicazione requisiti di gara meno dettagliati, ossia requisiti soltanto generali, derivanti dal divieto di discriminazione e dall'obbligo di trasparenza. In caso contrario si arriverebbe all'assurdo risultato che le amministrazioni aggiudicatrici *al di fuori* dell'ambito di applicazione delle direttive sarebbero soggette a requisiti più rigorosi che all'interno, cioè ad un obbligo *inderogabile* di pubblicità e di trasparenza.

47. – Si deve inoltre tener presente che le suddette direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici sono esclusivamente strumentali alla realizzazione dei principi fonamen-

(sentenze Teckal, *cit.* alla nota 2, punto 42, seconda frase, e Stadt Halle, *cit.*, alla nota 4, punto 47; v., inoltre, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-94/1999, ARGE, *Racc.* pag. 1-11037, punto 40).

(32) La versione originale di tali criteri è contenuta nel punto 50, seconda frase, della sentenza Teckal (*cit.* alla nota 2). Tali criteri vengono menzionati anche nella sentenza 13 gennaio 2005, C-84/03, Commissione/Spagna (*Racc.* pag. 1-0000, punto 38), nonché nella sentenza Stadt Halle (*cit.* alla nota 4, punto 49, seconda frase), sebbene in forma leggermente diversa. Salvo diversa indicazione, le considerazioni che seguono si basano su quest'ultima versione.

(33) Nella sentenza Stadt Halle viene utilizzata l'espressione macchinosa «un'autorità pubblica che sia un'amministrazione aggiudicatrice», mentre nella sentenza Teckal – in relazione alla fattispecie ivi esaminata – si parla di un «ente locale».

(34) Il contraente viene definito nella sentenza Teckal letteralmente «persona di cui trattasi», mentre nella sentenza Stadt Halle «entità in questione».

(35) L'uso della preposizione «con» nella sentenza Stadt Halle e nella maggior parte delle versioni linguistiche della sentenza Teckal è insolito sotto l'aspetto linguistico, se si riflette sul fatto che non si è in presenza di una cooperazione tra due società, bensì di un rapporto nel quale un'azienda pubblica svolge determinati compiti oppure presta determinati servizi per l'ente pubblico da cui dipende, di regola un ente locale.

(36) Direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (*Gazzetta Ufficiale* L 199, pag. 54), nel frattempo abrogata e sostituita dalla direttiva 2004/18.

(37) Sulla direttiva 92/50 v. sentenza Stadt Halle (*cit.* alla nota 4, punti 47 e 49); un accenno in tal senso è contenuto già in sentenza ARGE (*cit.* alla nota 32, punto 40). Sulla direttiva 93/37, v. sentenza Commissione/Spagna (*cit.* alla nota 33, punto 39).

(38) Sull'inapplicabilità della direttiva 92/50 ad un caso come quello presente, v. le considerazioni svolte sulla prima questione (paragrafi 27-33 di queste conclusioni).

tali del Trattato CE, quali in particolare risultano dalle libertà fondamentali (39). Pertanto, deroghe alle direttive costituiscono in ultima analisi deroghe a tali principi. Anche ciò si pone a favore di un'applicazione della giurisprudenza Teckal a casi in cui il divieto di discriminazione e l'obbligo di trasparenza discendono direttamente da tali libertà fondamentali, e non soltanto allorché essi si concretizzano nelle direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici.

48. – Tuttavia, se in un caso concreto come quello di specie siano stati rispettati entrambi i criteri Teckal, cosicché – come sostengono il Comune di Bressanone, la ASM Bressanone S.p.A. ed il governo italiano – l'amministrazione aggiudicatrice non sarebbe obbligata al rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti, potrà essere accertato soltanto dopo una valutazione complessiva delle circostanze del singolo caso.

a) Primo criterio Teckal: controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi

49. – Ai sensi del primo criterio Teckal, l'equiparazione di un negozio giuridico ad un affidamento diretto presuppone che l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sull'altro contraente un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

50. – La Commissione dubita che un siffatto controllo possa essere esercitato nei Confronti di un'impresa quale la ASM Bressanone S.p.A., per due ordini di motivi: in primo luogo perché il capitale della ASM Bressanone S.p.A. deve per legge essere in futuro, ove possibile, aperto alla partecipazione di terzi e, in secondo luogo, perché gli organi della suddetta società per azioni possono gestire gli affari di ordinaria amministrazione in misura ampiamente autonoma. Questo secondo aspetto è stato sottolineato anche dalla Parking Brixen Srl e dal governo austriaco.

i) L'esclusione di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi nell'ipotesi della partecipazione di privati

51. – Punto di partenza di queste considerazioni deve essere la sentenza recentemente pronunciata nella causa Stadt Halle. Difatti in tale occasione la Corte ha precisato il primo criterio Teckal, nel senso che la partecipazione, anche minoritaria, di privati esclude un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (40).

52. – Tale chiarimento dimostra che con il criterio del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi la giurisprudenza ha stabilito un parametro più rigido di quello comunemente applicato, ad esempio, nell'ambito della disciplina sulla concorrenza. Pertanto, il fatto che l'amministrazione aggiudicatrice detenga una partecipazione maggioritaria al capitale della sua società controllata, disponga della maggioranza dei voti e nomini la maggioranza dei rappresentanti in seno agli organi di tale società – così come eventuali accordi tra soci – può essere considerato indizio dell'esistenza di un controllo conforme alle regole sulla concorrenza (41) e far diventare la società controllata un'impresa pubblica ai sensi dell'art. 86, n. 1, CE (42); tuttavia siffatti elementi non sono da soli sufficienti ad ipotizzare l'esistenza di un più pregnante controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

53. – Difatti, già la sola presenza di un terzo privato, benché soltanto in forma di partecipazione minoritaria senza diritto di veto, impedisce all'amministrazione aggiudicatrice

(39) V., al riguardo, sesto 'considerando' della direttiva 92/50 e secondo 'considerando' della direttiva 2004/18, come pure sentenze 3 ottobre 2000, causa C-380/1998, University of Cambridge (*Racc.* pag. 1-8035, punto 16), e 12 dicembre 2002, causa C-470/1999, Universale-Bau e a. (*Racc.* pag. 1-11617, punto 51). V. inoltre paragrafi 35-37 di queste conclusioni.

(40) Sentenza Stadt Halle (*cit.* alla nota 4, punti 49 e 52).

(41) V. in proposito – riguardo alla nozione di controllo nel caso di concentrazione di imprese – punti 13, 14, 18 e segg. della comunicazione della Commissione 2 marzo 1998, sulla nozione di concentrazione a norma del regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (*GU C* 66, pag. 5).

(42) V. anche art. 2 della direttiva della Commissione 25 giugno 1980, 80/723/CEE, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche (*GU L* 195, pag. 35), da ultimo modificata dalla direttiva della Commissione 26 luglio 2000, 2000/52/CE (*GU L* 193, pag. 75).

l'esercizio di un controllo *analogo a quello esercitato sui propri servizi*. La presenza di un terzo privato presuppone sempre da parte della pubblica amministrazione un minimo di considerazione dei suoi interessi economici, giacché soltanto in tal caso il terzo privato metterà a disposizione della pubblica amministrazione il proprio *know-how* o le proprie risorse finanziarie. Perciò, qualora un terzo privato – eventualmente dopo l'espletamento di una procedura di evidenza pubblica – acquisti quote di partecipazione di una società controllata, il fatto che la pubblica amministrazione debba tenere conto degli interessi economici di quello potrebbe ostacolarla nella concreta realizzazione dell'interesse pubblico, sebbene quest'ultimo rimanga realizzabile dal punto di vista meramente giuridico. Il suddetto intreccio tra interessi pubblici e privati costituisce il principale criterio distintivo tra le cosiddette società a capitale misto pubblico privato ed i servizi amministrativi veri e propri (43).

54. – Dato che le società a capitale misto pubblico privato *non* possono essere sottoposte da parte della pubblica amministrazione ad un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, tutti i negozi giuridici di un'amministrazione aggiudicatrice con le sue società controllate a capitale misto sono in linea di principio soggetti alla disciplina in materia di pubblici appalti e, in particolare, al divieto di discriminazione e all'obbligo di trasparenza.

ii) La futura apertura del capitale della società alla partecipazione di terzi

55. – La ASM Bressanone S.p.A., sia prima che dopo il rilevamento della gestione di entrambi i parcheggi, *non* era una società a capitale misto pubblico privato, bensì una società controllata al 100% dal Comune di Bressanone. Tuttavia sul Comune gravava l'obbligo di cedere la sua posizione di azionista unico in cambio di una mera partecipazione di maggioranza entro e non oltre il decorso del termine di due anni dalla trasformazione della precedente azienda autonoma (44).

56. – Dal principio della certezza del diritto deriva l'obbligo di accertare sempre *ex ante*, ossia al momento della conclusione del negozio giuridico, se esista o meno l'obbligo di effettuare una gara di aggiudicazione. Difatti, già al momento – della stipulazione del contratto, sia l'amministrazione aggiudicatrice sia l'impresa contraente sia, infine, le imprese le cui offerte non sono state prese in considerazione debbono essere messe in condizione di accertare se fosse o meno necessaria una procedura ad evidenza pubblica. Le circostanze future debbono senz'altro essere prese in considerazione qualora il loro verificarsi fosse con sicurezza prevedibile già al momento dell'assegnazione.

57. – Ad ogni modo, la perdita da parte del Comune del 100% delle partecipazioni al capitale della sua società controllata sarebbe stata prevedibile con sicurezza se l'acquisto di una partecipazione azionaria da parte di *un terzo concreto fosse stata già allora imminente*.

58. – La Commissione è inoltre dell'opinione che, in un caso come quello di specie, la perdita da parte del Comune del 100% delle quote societarie sarebbe stata sufficientemente prevedibile già sulla base delle disposizioni legislative in vigore e che quindi tale circostanza avrebbe dovuto essere tenuta in considerazione fin dal momento dell'affidamento.

59. – Invero, da una disposizione quale l'art. 115 del decreto legislativo n. 267/2000 deriva – tutt'al più (45) – soltanto un obbligo di vendere le azioni entro un determinato termine. Se e quando si arrivi *effettivamente* alla vendita e al trasferimento a terzi delle parteci-

(43) Un tale riferimento è contenuto anche nella sentenza Stadt Halle (*cit.* alla nota 4, punto 50). Per la definizione di società a capitale misto pubblico privato v., ad esempio, paragrafo 58 delle conclusioni dell'avvocato generale Stix-Hackl nella causa Stadt Halle (*cit.* alla nota 3).

(44) V., da una parte, art. 115 del decreto legislativo n. 267/2000 e, dall'altra, art. 88, n. 6, lett. b), dell'Ordinamento dei Comuni, come pure l'art. 5, n. 2, dello Statuto della ASM Bressanone S.p.A.

(45) Come è emerso nel corso dell'udienza di discussione, nella specie i partecipanti non concordano sul fatto che l'art. 115 del decreto legislativo n. 267/2000 obblighi il Comune all'apertura del capitale sociale della ASM Bressanone S.p.A., ritenendo alcune che il Comune possa rimanere anche per lungo tempo azionista unico. Il Comune di Bressanone cita in proposito l'art. 2362 del codice civile italiano (codice civile, nella versione contenuta

pazioni azionarie dipende da numerose altre circostanze, sul cui verificarsi tale disposizione nulla dice. In particolare, non si può affatto escludere che non si riesca a trovare un terzo interessato che sia disposto ad acquistare quote di partecipazione della suddetta società alle condizioni che gli vengono offerte. Ciò è dimostrato con estrema chiarezza nel caso di specie: secondo quanto affermato nel corso dell'udienza di discussione dal Comune di Bressanone e dalla ASM Bressanone S.p.A., ad oggi nessun terzo detiene quote di partecipazione al capitale della ASM Bressanone S.p.A.

60. – Neppure l'assetto degli interessi delle parti in causa all'epoca dell'affidamento è equiparabile a quello di una società a capitale misto pubblico privato. Difatti, finché esiste soltanto un obbligo alla *futura* apertura del capitale della società controllata, ma non si è ancora fatto avanti alcun terzo concreto che voglia diventarne socio, l'amministrazione aggiudicatrice non è tenuta a prendere in considerazione gli interessi di questo privato investitore.

61. – La Commissione manifesta preoccupazione riguardo al fatto che *nell'arco della durata* di una concessione (eventualmente a lungo termine (46)) così affidata, un terzo possa diventare socio della società per azioni e possa pertanto partecipare attraverso la sua quota societaria anche agli utili derivanti dalla concessione. Il pericolo connesso ad una preferenza accordata al futuro investitore privato rispetto ad altre imprese private (47) non deve però sussistere neppure al momento dell'affidamento della concessione alla società controllata del Comune stesso, mentre sono sufficienti adeguate *misure al momento della scelta del terzo*, ossia prima del trasferimento ad esso della quota di partecipazione. Difatti dalle libertà fondamentali (48) discende che, qualora un terzo privato diventi socio di un'impresa pubblica, debbono essere rispettati il divieto di discriminazione e l'obbligo di trasparenza e, in particolare, deve essere garantito un adeguato livello di pubblicità (49).

62. – Per le suddette ragioni, il mero obbligo di legge di aprire alla partecipazione di terzi il capitale di una società entro un determinato termine non osta a che l'amministrazione aggiudicatrice continui ad esercitare su tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

iii) Autonoma gestione degli affari di ordinaria amministrazione da parte degli organi di una società per azioni

63. – Tuttavia, lasciando da parte i rapporti societari, in generale dubbi sull'esistenza nei confronti di un'impresa quale la ASM Bressanone SpA di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi possono sorgere dal fatto che essa è una società per azioni i cui organi sono autorizzati a compiere operazioni di ordinaria amministrazione nella più ampia autonomia (50). Siffatti dubbi sono stati avanzati non soltanto dalla Parking Brixen Srl, dal governo austriaco e dalla Commissione, ma anche dal giudice del rinvio.

64. – A questo punto è opportuno effettuare una distinzione tra le relazioni esterne dell'impresa pubblica con gli altri operatori economici e le sue relazioni interne con il Comune.

65. – L'esistenza in capo agli organi di un'impresa pubblica di ampi poteri gestionali *nelle relazioni esterne* non impedisce affatto a che il Comune eserciti su di essa un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. Siffatti poteri sono anzi, di regola, necessari

nel decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6, pubblicato in *GURI* n. 17 del 22 gennaio 2003, *suppl. ord.* n. 8), a norma del quale in Italia le società per azioni possono essere costituite anche da un unico azionista.

(46) Nella fattispecie era stato concordato un termine di nove anni per la concessione della gestione del parcheggio sulla particella 491/6, v. paragrafo 14 di queste conclusioni.

(47) Sentenza Stadt Halle (*cit.* alla nota 4, punto 51).

(48) Libertà di stabilimento (art. 43 CE) o libertà di circolazione dei capitali (art. 56, n. 1, CE).

(49) V., al riguardo, paragrafi 35-39 di queste conclusioni.

(50) Come rileva il giudice del rinvio nella sua seconda questione, il consiglio di amministrazione della ASM Bressanone S.p.A. dispone «(...) dei più ampi poteri di ordinaria amministrazione fino ad un valore di EUR 5 000 000 per affare».

nelle relazioni esterne per garantire la sua capacità d'agire, per non ostacolare la gestione degli affari di ordinaria amministrazione nonché per tutelare gli interessi dei terzi (51). Inoltre, nell'ambito della pubblica amministrazione medesima non è affatto raro che a singoli pubblici ufficiali, quali il Sindaco di un Comune, il Presidente di una Provincia o i dirigenti di enti pubblici statali, vengano attribuiti poteri relativamente ampi di rappresentanza *esterna* del proprio ente.

66. – Maggior significato per la questione che qui rileva del *controllo* rivestono quindi le *relazioni interne* tra un Comune ed un'impresa quale la ASM Bressanone S.p.A. A tal proposito il giudice del rinvio è dell'opinione che l'autonomia di cui dispone la ASM Bressanone S.p.A. rispetto alla precedente azienda autonoma, la Servizi municipalizzati Bressanone, sia notevolmente aumentata. Mentre infatti tale azienda autonoma sarebbe stata soggetta al controllo e all'influenza diretti del Consiglio comunale, il Comune avrebbe adesso a disposizione nei confronti della società per azioni unicamente gli strumenti del diritto societario. Anche la Commissione e la Parking Brixen S.r.l. sostengono una tesi simile.

67. – Sotto l'aspetto giuridico, il controllo della pubblica amministrazione sui propri servizi è caratterizzato in prevalenza da poteri di direzione e di vigilanza. All'interno dell'ente medesimo spetta di regola al dirigente il potere di impartire ordini ed istruzioni agli uffici subordinati. Allo stesso modo esiste, in genere, nei confronti degli enti subordinati, un potere direttivo o, quantomeno, la possibilità di controllare e correggere le decisioni attraverso i poteri di vigilanza.

68. – Riguardo agli organi direttivi di imprese pubbliche, almeno nei casi in cui queste siano organizzate in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, simili poteri di direzione e di vigilanza dovrebbero costituire l'eccezione. Se si pretendesse che l'azionista pubblico abbia nei confronti dell'altro contraente le stesse possibilità *giuridiche* di influenza che esso ha sui propri servizi, le società di capitali di diritto privato si troverebbero sovente nell'impossibilità di soddisfare il primo criterio Teckal. Le amministrazioni aggiudicatrici, prima di stipulare contratti con loro società controllate organizzate in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, sarebbero dunque obbligate a rispettare sempre, *anche nel caso in cui esse siano il loro unico socio*, i requisiti imposti dalla disciplina in materia di appalti e ad affidare, ove possibile, l'esecuzione dei loro servizi ai terzi privati migliori offerenti. In tal modo, attraverso il semplice affidamento di servizi a siffatte società in settori così sensibili quali, ad esempio, l'approvvigionamento idrico, si arriverebbe in ultima analisi al coattivo avvio della *privatizzazione di tali servizi*.

69. – È vero che in determinati casi la trasformazione di aziende autonome in società per azioni o a responsabilità limitata può essere intesa come il primo passo concreto in direzione della privatizzazione dei relativi settori di intervento. Non è detto però che ciò debba sempre accadere. Si potrebbe, infatti, trattare anche di una semplice misura organizzativa interna, con cui si mira ad una fornitura di servizi più efficiente ed economica e ad una disciplina del pubblico impiego più flessibile per gli impiegati, senza che in questo modo l'ente interessato necessariamente deleghi anche lo svolgimento dei propri compiti. Inoltre, grazie all'applicabilità delle relative disposizioni in materia di bilancio, la scelta della forma giuridica della società per azioni oppure di quella della società a responsabilità limitata può portare ad un aumento della trasparenza sempre accolto con favore (52).

70. – Se si applicasse la disciplina in materia di aggiudicazione di pubblici appalti anche a negozi giuridici tra amministrazioni aggiudicatrici e loro società controllate al 100%, le forme giuridiche di diritto privato della società per azioni o della società a responsabilità

(51) V. art. 9 e secondo 'considerando' della prima direttiva del Consiglio 9 marzo 1968, 68/151/CEE, intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società a mente dell'art. 58, secondo comma, del trattato, per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi (*GU L 65*, pag. 8; in prosieguo: la «direttiva 68/151»).

(52) V., in particolare, artt. 2 e segg. della direttiva 68/151, come pure gli artt. 2 e 47 della quarta direttiva del Consiglio 25 luglio 1978, 78/660/CEE, basata sull'art. 54, paragrafo 3, lettera g), del trattato, e relativa ai conti annuali di taluni tipi di società (*GU L 222*, pag. 11).

limitata non potrebbero essere più utilizzate ai fini di una mera riorganizzazione interna. Al relativo ente resterebbe soltanto l'alternativa tra la privatizzazione dei suoi servizi (53) e l'esecuzione diretta di essi per mezzo dei propri servizi amministrativi oppure di aziende autonome, integrate nella gerarchia amministrativa e prive di significativa autonomia. In taluni casi le società controllate esistenti potrebbero addirittura essere ritrasformate in aziende autonome.

71. – Tuttavia, un intervento così incisivo sulla supremazia organizzativa degli Stati membri e segnatamente sull'autogoverno di tanti Comuni (54) non sarebbe affatto necessario neppure alla luce della funzione di apertura dei mercati svolta dalla disciplina sugli appalti. Difatti, lo scopo della normativa sugli appalti è di garantire una scelta trasparente ed imparziale dei contraenti ogniquivolta la pubblica amministrazione decida di svolgere i propri compiti con la collaborazione di terzi. Non rientra invece nella *ratio* della disciplina sugli appalti la realizzazione di una privatizzazione «di strarforo» anche di quei servizi pubblici che la pubblica amministrazione voglia continuare a fornire con mezzi propri (55); a questo scopo sarebbe necessario che il legislatore compisse passi più concreti verso la liberalizzazione (56).

72. – Con l'espressione «un controllo *analogo* a (...)» (57), la sentenza Teckal vuole sottolineare che le possibilità di influenza esercitate su imprese pubbliche non debbono necessariamente essere identiche a quelle esercitate sui propri servizi. Determinante ai fini dell'equiparazione di un'impresa ad un servizio amministrativo oppure ad altri operatori economici non è tanto il fatto che la pubblica amministrazione, *sotto l'aspetto formale*, abbia le stesse possibilità giuridiche di influenza che essa ha nei confronti dei propri servizi, come, ad esempio, un potere di direzione nel caso concreto. Determinante è piuttosto il fatto che all'interno di tale società l'amministrazione aggiudicatrice sia in qualunque momento concretamente in grado di realizzare pienamente gli obiettivi fissati nell'interesse pubblico. Solo quando un'impresa concretamente si emancipa (si rende autonoma) al punto (58) da mettere l'amministrazione aggiudicatrice nell'impossibilità di far valere appieno i propri interessi all'interno dell'impresa suddetta non si potrà più parlare di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

(53) In tal caso un'impresa organizzata in forma di società per azioni o a responsabilità limitata controllata dalla pubblica amministrazione dovrebbe, al pari degli altri potenziali offerenti, presentare la propria offerta relativa all'appalto o alla concessione in questione.

(54) Come punto di riferimento può qui trovare applicazione la Carta europea dell'autonomia locale del 15 ottobre 1985, ratificata dalla maggior parte degli Stati membri del Consiglio d'Europa (STCE, n. 122), che all'art. 6, n. 1, stabilisce che le collettività locali debbono «poter definire esse stesse le strutture amministrative interne di cui intendono dotarsi, per adeguarle alle loro esigenze specifiche in modo tale da consentire un'amministrazione efficace». Inoltre, l'importanza dell'autonomia locale viene sottolineata attraverso la sua espressa menzione nell'art. I-5, n. 1, del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, firmato a Roma il 29 ottobre 2004 (GU C 310, pag. 1).

(55) V. al riguardo anche paragrafo 42 di queste conclusioni.

(56) Si pensi qui, ad esempio, ai primi passi verso la liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni; v., da ultimo, direttiva della Commissione 16 settembre 2002, 2002/77/CE, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica (GU L 249, pag. 21). V., inoltre, proposta modificata della Commissione 21 febbraio 2002, COM (2002) 107 def., di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'azione degli Stati membri in tema di obblighi di servizio pubblico e di aggiudicazione di contratti di servizio pubblico nel settore del trasporto di passeggeri per ferrovia, su strada e per via navigabile interna (GU C 151 E, pag. 146).

(57) Il corsivo è mio. A differenza della maggior parte delle versioni linguistiche della sentenza Teckal, nella versione tedesca mancava il termine «analogo». Questa discrepanza è stata eliminata nella sentenza Stadt Halle.

(58) Nella sentenza Teckal (*cit.* alla nota 2, punto 51) si trova al riguardo l'espressione autonomo potere decisionale rispetto all'amministrazione aggiudicatrice (nella versione francese viene impiegato l'aggettivo autonome, mentre in quella italiana viene utilizzato l'aggettivo autonomo).

73. – Questa tesi che tiene conto del perseguimento dell'interesse pubblico risulta particolarmente chiara nella sentenza Stadt Halle (59), nella quale in occasione dell'interpretazione del primo criterio Teckal si fa concreto riferimento *al perseguimento degli obiettivi di interesse pubblico*. Secondo la sentenza Stadt Halle, la necessità di realizzare il suddetto interesse pubblico determina quali sono le possibilità di influenza di fatto necessario alle istituzioni pubbliche nei confronti dei loro servizi (60).

74. – Per quel che riguarda tali concrete possibilità di influenza, trova applicazione quanto detto al riguardo nel paragrafo 53 di queste conclusioni: qualora un terzo privato sia socio di un'impresa, anche se in forma di mera partecipazione di minoranza, il fatto che la pubblica amministrazione debba tenere conto degli interessi economici di questi può costituire un impedimento alla piena realizzazione degli obiettivi propri dell'interesse pubblico, malgrado quest'ultimo possa apparire realizzabile sotto l'aspetto giuridico. Se invece l'amministrazione aggiudicatrice è azionista unico della sua società controllata, allora i suoi interessi e quelli della società controllata possono in linea di principio essere considerati sostanzialmente coincidenti, anche qualora la società controllata sia organizzata in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, dato che l'azionista unico partecipa al 100% degli utili realizzati e può autonomamente decidere sul loro impiego.

75. – Laddove invece non sia necessario tenere conto degli interessi economici di terzi privati, dato che la pubblica amministrazione detiene il 100% delle quote societarie, l'affermazione dell'interesse pubblico all'interno della società è garantita anche senza un potere direttivo in senso tecnico già con gli strumenti del diritto societario e, in particolare, per mezzo della presenza all'interno degli organi societari del rappresentante nominato esclusivamente dalla pubblica amministrazione. Difatti risulterebbe alquanto insolito che tali organi, che, di regola, si caratterizzano anche per lo stretto legame personale con la pubblica amministrazione, si discostassero nella gestione degli affari di ordinaria amministrazione dalle direttive impartite dall'ente locale che li ha nominati in misura tale da poter pregiudicare la realizzazione degli obiettivi stabiliti nell'interesse generale. Inoltre i rappresentanti dovrebbero temere per l'avvenire la revoca o, in ogni caso, la non riconferma del loro mandato.

76. – Dalla semplice circostanza che una società quale la ASM Bressanone S.p.A. sia una società per azioni i cui organi sono dotati di ampi poteri gestionali negli affari di ordinaria amministrazione non si può dedurre che tale società sia autonoma rispetto all'azionista pubblico e che questo non eserciti più su di essa un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

b) Secondo criterio Teckal: attività dell'altro contraente in prevalenza svolta per il suo o per i suoi azionisti pubblici

77. – Conformemente al secondo criterio Teckal, l'equiparazione ad un affidamento *in house* presuppone che il contraente dell'amministrazione aggiudicatrice svolga la maggior parte della sua attività per l'amministrazione o per le amministrazioni aggiudicatrici che la controllano.

78. – Nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale il giudice del rinvio cita semplicemente le disposizioni dello Statuto della ASM Bressanone S.p.A. Secondo tali disposizioni l'ambito materiale di azione di tale società è costituito da un fitto elenco di attività prevalentemente rientranti tra i servizi di interesse economico generale, che possono essere svolte non solo a livello locale, ma anche nazionale ed internazionale (61).

79. – Tali disposizioni statutarie, tuttavia, sono poco indicative. Da un lato, infatti, non di rado le disposizioni statutarie sono caratterizzate da una formulazione particolarmente ampia, atta a comprendere non necessariamente soltanto le attuali, ma anche le possibili

(59) Sentenza Stadt Halle (*cit.* alla nota 4, punto 50).

(60) A tenore della sentenza Stadt Halle (*cit.* alla nota 4, punto 50): «[I]l rapporto tra un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ed i suoi servizi sottostà a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico».

(61) V. al riguardo, in particolare, paragrafo 19 di queste conclusioni.

future attività della società. Dall'altro, siffatte *limitazioni* statutarie del campo di attività di una società per azioni non sono opponibili ai terzi (62); con lo Statuto gli azionisti assegnano alla società, limitatamente alle relazioni interne, l'ambito entro cui essa è autorizzata ad esercitare la sua attività.

80. – Se si ritenessero determinanti i settori di attività che dal punto di vista esclusivamente giuridico (secondo la legge e lo Statuto della società) rientrano nel raggio d'azione generalmente abbastanza ampio di una società per azioni o anche in quello di una società a responsabilità limitata, allora sarebbe praticamente impossibile il rispetto del secondo criterio Teckal da parte di siffatte imprese. Prima di concludere contratti con le loro società controllate che siano organizzate in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, le amministrazioni aggiudicatrici sarebbero dunque sempre obbligate a rispettare le direttive in materia di appalti. Ciò renderebbe decisamente meno attraente la scelta della forma giuridica della società per azioni o di quella della società a responsabilità limitata (63). Un intervento così incisivo sulla supremazia organizzativa degli Stati membri e segnatamente sull'autogoverno di tanti Comuni non è necessario alla luce della funzione di apertura del mercato alla concorrenza svolta dalla disciplina dei pubblici appalti.

81. – Piuttosto basta prendere come punto di riferimento la *concreta attività* di ciascuna impresa (64). Difatti, indipendentemente dalla forma giuridica in cui essa è organizzata, l'attività svolta concretamente da un'impresa è il migliore criterio per accertare se tale impresa si muova all'interno del mercato come le altre o se, al contrario, sia così strettamente collegata alla pubblica amministrazione che i contratti con l'amministrazione aggiudicatrice possano essere equiparati a procedure interne e dunque giustificare una deroga alla disciplina in materia di aggiudicazione di pubblici appalti.

82. – A tal proposito si deve notare come sulla base del secondo criterio Teckal sia già possibile una deroga alle direttive in materia di appalti quando l'impresa in questione svolga la sua attività *essenzialmente* per l'amministrazione o per le amministrazioni aggiudicatrici che la controllano. L'eventuale svolgimento di un'attività affidatale da terzi non è quindi pregiudizievole, purché tale attività rivesta un'importanza meramente subordinata.

83. – Come è già stato rilevato nell'introduzione, per poter esprimere un giudizio in proposito è necessario procedere ad una valutazione complessiva di tutte le circostanze del caso concreto. Affinché un negozio giuridico possa essere equiparabile ad un affidamento interno, il contraente dell'amministrazione aggiudicatrice deve svolgere dal punto di vista sia *quantitativo* che *qualitativo* la maggior parte della sua attività per l'amministrazione o per le amministrazioni aggiudicatrici che la controllano (65). Un primo indizio in tal senso può essere costituito dalla quota del volume d'affari realizzato da tale società con gli appalti affidatili dal suo azionista pubblico. Inoltre, nel caso in cui un'impresa – come, ad esempio, la ASM Bressanone S.p.A. – sia presente con la sua attività in numerosi settori, bisognerà accertare in quanti di questi settori d'attività tale impresa eserciti la maggior parte della sua attività per il suo azionista pubblico e quale importanza ciascuno di tali settori rivesta per l'impresa suddetta (66).

84. – Anche il raggio di azione territoriale di imprese come la ASM Bressanone S.p.A. richiede un'analisi approfondita. Difatti, la semplice circostanza che un'impresa pubblica

(62) Art. 9, nn. 1 e 2, della direttiva 68/151.

(63) V., al riguardo, anche paragrafi 68-71 di queste conclusioni.

(64) Anche l'avvocato generale Stix-Hackl, nel paragrafo 83 delle sue conclusioni nella causa Stadt Halle (*cit.* alla nota 3), sottolinea che assumono rilievo le attività effettive e non anche le attività astrattamente consentite dalla legge o dallo statuto sociale.

(65) In tal senso anche l'avvocato generale Stix-Hackl nel paragrafo 89 delle sue conclusioni nella causa Stadt Halle (*cit.* alla nota 3).

(66) Nel presente caso si dovrebbe accertare, ad esempio, quale importanza rivestano nell'ambito delle attività di tale impresa, rispetto ai settori già di competenza della precedente azienda speciale, i nuovi settori d'attività (ossia quello dell'informatica e delle telecomunicazioni), che con lo Statuto sono stati successivamente affidati alla ASM Bressanone SpA, e chi sono i suoi committenti.

locale svelga o possa svolgere la sua attività al di fuori del territorio di un Comune non esclude necessariamente che essa svolga la sua attività *in prevalenza per quel Comune*. Piuttosto bisognerebbe accertare che importanza rivesta dal punto di vista sia quantitativo che qualitativo un'eventuale attività della suddetta impresa al di fuori del territorio comunale rispetto all'attività svolta per il suo o per i suoi azionisti pubblici.

85. – Il solo fatto che l'ambito di attività stabilito dallo Statuto di una società per azioni quale la ASM Bressanone S.p.A. sia ampio dal punto di vista contenutistico e le permetta da quello territoriale di esercitare la sua attività anche al di fuori del territorio comunale non esclude comunque che tale società per azioni svolga la maggior parte della sua attività per il Comune che la controlla.

c) Conclusioni provvisorie

86. – Riassumendo si deve quindi affermare:

Un Comune non viola gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE affidando la gestione di un parcheggio pubblico a pagamento ad una società per azioni di cui esso costituisca l'unico azionista, senza previo espletamento di una procedura ad evidenza pubblica, purché eserciti sulla suddetta società per azioni un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e tale società svolga la maggior parte della sua attività prevalentemente per il Comune.

Il solo fatto che il Comune sia obbligato per legge ad aprire in futuro, entro un determinato termine, il capitale di tale società per azioni alla partecipazione di terzi o il fatto che gli organi di tale società -per azioni godano di ampi poteri di ordinaria amministrazione non esclude che il Comune eserciti su tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

Il solo fatto che, ai sensi dello Statuto di tale società per azioni, il suo potenziale raggio di attività sia ampio sotto l'aspetto sia contenutistico che territoriale non esclude a priori che tale società svolga la maggior parte della sua attività per il Comune, essendo piuttosto rilevanti, al riguardarle attività che di fatto essa svolge.

Conclusioni

87. – Sulla base delle suesposte considerazioni propongo alla Corte di risolvere le questioni pregiudiziali poste dal Tribunale amministrativo, Sezione autonoma per la provincia di Bolzano nel modo seguente:

1) Non si è in presenza di un pubblico appalto di servizi ai sensi della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, bensì di una concessione di servizi non contemplata dalla suddetta direttiva, qualora un'amministrazione aggiudicatrice affidi ad una società la gestione di un parcheggio pubblico e tale società sia autorizzata a riscuotere un corrispettivo per l'utilizzazione del parcheggio, obbligandosi, a sua volta, a versare all'amministrazione aggiudicatrice un indennizzo annuale.

2) Un Comune non viola gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE affidando la gestione di un parcheggio pubblico a pagamento ad una società per azioni di cui costituisca l'unico azionista, senza previo espletamento di una procedura ad evidenza pubblica, purché eserciti su tale società per azioni un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e la suddetta società svolga la maggior parte della sua attività per il Comune.

L'esercizio di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi non è a priori escluso per il solo fatto che il Comune sia obbligato per legge ad aprire in futuro, entro un determinato termine, il capitale di tale società per azioni alla partecipazione di terzi oppure che gli organi di tale società per azioni godano di ampi poteri di ordinaria amministrazione.

Il solo fatto che, ai sensi dello Statuto di tale società per azioni, il suo potenziale raggio di attività sia ampio sotto l'aspetto sia contenutistico che territoriale non esclude a priori che tale società svolga la maggior parte della sua attività per il Comune, essendo piuttosto rilevanti, al riguardo, le attività che di fatto essa svolge».

Sul c.d. «effetto orizzontale» delle direttive comunitarie

(Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza 5 ottobre 2004, nelle cause da C-397/01 a C-403/01)

Con apposita ordinanza la Corte di Giustizia ha riaperto la fase orale delle cause da C-397/01 a C-403/01, chiedendo alle parti dei giudizi di provenienza, alla Commissione europea, al Consiglio ed a ciascuno Stato membro di pronunciarsi in ordine circa «*le conseguenze che dovranno trarre i giudici nazionali quando, nell'ambito di una controversia tra privati, una disposizione di diritto interno, adottata al fine di trasporre le norme emesse con una direttiva comunitaria, si rivela incompatibile con una disposizione di quest'ultima, nell'ipotesi che la stessa possenga i requisiti per produrre effetto diretto*» nonché, più specificamente, «*se il giudice nazionale, conoscendo di una controversia tra privati, debba lasciare inapplicata la disposizione interna incompatibile con quella della direttiva comunitaria capace di effetto diretto e, all'occorrenza, non fare applicazione che delle sole disposizioni della legge nazionale che sono conformi alle esigenze del diritto comunitario, al fine di assicurare tanto l'effettività di quest'ultimo che la protezione dei lavoratori garantita dalla direttiva 93/104*» (nella specie, una norma nazionale tedesca consentiva, in determinate ipotesi di contratto di lavoro alle dipendenze di privato, un superamento del limite ordinario settimanale di 48 ore lavorative, sancito dalla direttiva 93/104/CE: può il lavoratore opporre direttamente al datore di lavoro, nell'ambito di una apposita controversia giudiziale, il mancato rispetto di una direttiva comunitaria particolareggiata, allorquando il datore di lavoro abbia invece fatto legittima applicazione della norma nazionale contrastante con quella comunitaria?).

Si tratta del noto ed annoso problema del c.d. «*effetto diretto orizzontale*» delle direttive comunitarie dettagliate, in ordine al quale già da oltre venti anni la Corte di Giustizia ha costantemente dato risposta in senso negativo, richiamando a sostegno di tale orientamento una serie di argomenti di ordine letterale, sistematico e logico, come il tenore inequivocabile dell'art. 189 del Trattato, la fondamentale distinzione tra direttive e regolamenti e l'esigenza di certezza del diritto nei rapporti tra i singoli.

Ma in tale ventennio la Corte – chiamata a darsi carico dei seri problemi che conseguono alla discriminazione, in concreto, tra i casi in cui la direttiva può essere opposta ai soggetti pubblici e i casi in cui non altrettanto può avvenire nell'ambito dei rapporti tra privati – si è altresì data carico della elaborazione di una serie di alcuni importanti principi-guida al fine di apprestare dei correttivi adeguati rispetto a quei problemi.

Ad esempio, l'estensione dell'obbligo degli Stati membri di conseguire il risultato contemplato dalla direttiva anche a tutti gli organi degli Stati stessi, compresi quelli giurisdizionali quando sono chiamati ad interpretare la norma nazionale alla luce di quella comunitaria.

Oppure, quando l'interpretazione non sia sufficiente a raggiungere lo scopo dell'adeguamento ai dettami della direttiva, l'obbligo degli Stati membri di risarcire i danni arrecati.

Mai però la Corte, pur avendo ripetutamente occasione di occuparsi di simile problematica in più di venti anni, ha ritenuto di poter spingere il suo autorevole apporto oltre quei limiti della interpretazione che connotano la sua tipica funzione nell'ordinamento comunitario.

Essa ha dunque sempre posto alla base dei principi di diritto di volta in volta enunciati l'indiscussa, fondamentale distinzione tra regolamenti e direttive, nell'ambito delle fonti comunitarie individuate dal Trattato istitutivo, laddove i primi vincolano direttamente e singolarmente tutti i destinatari, mentre le seconde sono rivolte a ciascuno Stato membro, che ha l'obbligo di dare loro applicazione nelle forme ritenute più idonee.

Pervenire nella presente occasione ad ammettere ora, come si voleva soprattutto da parte della Commissione e del Consiglio, l'effetto orizzontale delle direttive, avrebbe significato in buona sostanza abbattere in radice tale distinzione, con il risultato di tradire l'intenzione delle parti contraenti, del resto confermata dal più recente Trattato sull'Unione europea.

Le fonti comunitarie sono già state articolate in modo da rispondere alle diverse esigenze, nel caso che si intenda dettare normative direttamente vincolanti in via generale, ovvero nel caso in cui si perseguano finalità di mera armonizzazione delle discipline interne.

E dunque non è in alcun modo possibile conferire alle direttive la stessa valenza effettuale che spetta ai regolamenti.

Né è invocabile, in contrario, il fatto che le direttive c.d. particolareggiate posseggano comunque requisiti adeguati per l'immediata e diretta applicazione.

Il privato cittadino, infatti, non può né deve essere in grado di interpretare il contenuto di una direttiva non di rado assai complesso per distinguere le parti subito vincolanti ed applicabili da quelle che necessitano di espressa trasposizione da parte del legislatore interno; né può con facilità rendersi conto pienamente di quali possano essere le norma trasposte in modo inadeguato o non corretto nel diritto interno.

Questo è compito del giudice, e talvolta è compito non facile finanche per lui.

In definitiva, l'Italia ha sostenuto che i correttivi individuati nel tempo dalla giurisprudenza della Corte allo scopo di assicurare il più possibile l'efficacia delle direttive nei singoli ordinamenti, se necessario sanzionando il comportamento dello Stato inadempiente, fossero adeguati allo scopo e soprattutto coerenti con il sistema comunitario nel suo complesso.

La sentenza del 5 ottobre 2004 torna, in particolare, a ribadire il principio c.d. «dell'interpretazione conforme», precisando che il giudice nazionale non solo deve cercare di interpretare le norme nazionali di recepimento della direttiva comunitaria per quanto possibile alla luce del testo e dello scopo della direttiva medesima, ma prendere in considerazione a tal fine tutto il diritto nazionale e quello comunitario di riferimento.

Essa dunque rimane, in buona sostanza, nel solco delle fondamentali pronunce già intervenute riguardo alla problematica *de qua* (per citare, in

ordine cronologico, le più rilevanti: 26 febbraio 1986, C- 125/1984 *Marshall I*; 8 ottobre 1987, C- 80/1986 *Kolpinghuis*; 14 luglio 1994, C-91/1992 *Faccini Dori*; 7 marzo 1996, C- 192/1994 *El Corte Ingles*): come a voler significare che sulla problematica in questione si è giunti a quel limite della funzione interpretativa che solo una modifica pattizia della regolamentazione delle fonti potrebbe, ormai, legittimamente superare.

Avv. Antonio Cingolo

Corte di Giustizia delle Comunità Europee – Osservazioni del Governo della Repubblica italiana nelle cause riunite da C-397/01 a C- 403/01 (domande di pronuncia pregiudiziale) in punto ordinanza della Corte di Giustizia 13 gennaio 2004 – Riapertura della fase orale (cs. 4306/02, Avv. dello Stato A. Cingolo).

«1. – Con ordinanza del 13 gennaio 2004 la Corte di Giustizia ha riaperto la fase orale, fissando l'udienza del 9 marzo 2004 per la discussione e il termine del 13 febbraio 2004 per rispondere per iscritto al quesito di cui al punto 3 del dispositivo.

2. – La Corte ha chiesto che le parti del giudizio *a quo*, la Commissione europea, il Consiglio e ciascuno Stato membro assumano posizione circa «le conseguenze che dovranno trarre i giudici nazionali quando, nell'ambito di una controversia tra privati, una disposizione di diritto interno, adottata al fine di trasporre le norme emesse con una direttiva comunitaria, si rivela incompatibile con una disposizione di quest'ultima, nell'ipotesi che la stessa posseda i requisiti per produrre effetto diretto».

3. – Al punto 11 della suddetta ordinanza il quesito è ancor più particolare: «...se il giudice nazionale, conoscendo di una controversia tra privati, debba lasciare inapplicata la disposizione interna incompatibile con quella della direttiva comunitaria capace di effetto diretto e, all'occorrenza, non fare applicazione che delle sole disposizioni della legge nazionale che sono conformi alle esigenze del diritto comunitario, al fine di assicurare tanto l'effettività di quest'ultimo che la protezione dei lavoratori garantita dalla direttiva 93/104».

4. – Torna, dunque, all'esame della Corte il delicato problema dell'«effetto diretto orizzontale» delle direttive comunitarie dettagliate, cioè la possibilità per il singolo cittadino di far valere la norma comunitaria anche nei confronti di soggetti privati, siano essi persone fisiche o giuridiche.

5. – A tale riguardo, come è noto, la Corte ha elaborato e seguito, nell'evoluzione della propria giurisprudenza, i seguenti principi.

5.1 – Pacifico essendo l'effetto diretto di cui sono provvisti i regolamenti e le decisioni, anche le direttive comunemente definite «dettagliate» producono effetti diretti nei confronti dello Stato membro che non abbia provveduto – ovvero abbia provveduto in modo inadeguato – alla trasposizione nel proprio ordinamento interno (effetto diretto «verticale», giustificato dall'esigenza di impedire che lo Stato inadempiente possa opporre ai singoli, giovanandosi, il proprio inadempimento: cfr. sentenza 17 ottobre 1989, cause 231/1987 e 129/1988 *Carpaneto Piacentino*; sentenza 19 gennaio 1982, causa 8/1981 *Becker*; sentenza 26 febbraio 1986, causa 125/1984 *Marshall I*).

5.2 – È stato sempre escluso, invece, l'effetto diretto «orizzontale», consistente nella possibilità che un singolo faccia valere nei confronti di un altro singolo una direttiva cui lo Stato membro non abbia dato corretta attuazione (giurisprudenza costante, a partire dalla sentenza *Marshall I*, già citata per poi proseguire con le sentenze: 8 ottobre 1987, causa 80/1986 *Kolpinghuis*; 14 luglio 1994, causa 91/1992 *Faccini Dori*; 7 marzo 1996, causa 192/1994 *El Corte Ingles*).

5.3 – La Corte in proposito ha immancabilmente affermato che «*estendere detta giurisprudenza (quella sull'effetto diretto verticale, n. d.e.) all'ambito dei rapporti tra singoli significherebbe riconoscere in capo alla Comunità il potere di emanare norme che facciano sorgere con effetto immediato obblighi a carico di questi ultimi, mentre tale competenza le spetta solo laddove le sia attribuito il potere di adottare regolamenti*».

5.4 – Al fine, peraltro, di garantire il più possibile l'adeguata e conforme applicazione del diritto comunitario espresso da norme di direttive che risultino fornite dei caratteri di

chiarezza e precisione e dunque siano suscettibili di applicazione immediata, la Corte ha posto l'accento sull'obbligo del giudice nazionale, ma anche di tutte le amministrazioni pubbliche, di interpretare «il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva, onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 189, terzo comma, del Trattato» (principio detto della «interpretazione conforme»: cfr. in tal senso, oltre alle già ricordate sentenze *Faccini Dori* e *Kolpinghuis*, anche la sentenza 13 novembre 1990, causa 106/1989 *Marleasing*, nonché la sent. 10 aprile 1984, causa 79/1983 *Harz*; la sentenza 10 aprile 1984, causa 14/1983 *Von Colson*; la sentenza 16 dicembre 1993, causa 334/1992 *Wagner Miret*; la sentenza 27 giugno 2000, cause riunite da 240/1998 a 244/1998 *Oceano Grupo Editoria*; infine, la sentenza 13 luglio 2000, causa 456/1998 *Centrosteeel*).

5.5 – Inoltre la Corte, quale *extrema ratio* per il caso in cui il risultato prescritto dalla direttiva non possa essere conseguito mediante l'«interpretazione conforme», ha ammesso la risarcibilità, a carico dello Stato membro, del danno da quest'ultimo causato ai singoli in ragione della mancata attuazione di una direttiva (sentenza 19 novembre 1991, cause riunite 6/1990 e 9/1990 *Francoovich*).

6. – Tale essendo il quadro della situazione, ritiene la Repubblica italiana che non vi siano ragioni diverse o ulteriori – rispetto a quelle già esaminate in numerose, ripetute occasioni dalla Corte – per doversi discostare dal riferito, costante orientamento nel senso di escludere che i singoli possano far valere in via diretta l'effetto di una direttiva comunitaria, sia pur suscettibile di immediata applicazione.

7. – Militano a favore di tale conclusione diversi argomenti.

7.1 – L'art. 189 (ora art. 249) del Trattato statuisce nel senso che solo i regolamenti sono «obbligatori in tutti i loro elementi e direttamente applicabili», mentre «La direttiva vincola lo Stato membro (e soltanto esso: v. *Faccini Dori*, punto 21) cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi».

7.2 – La distinzione tra regolamenti e direttive trae fondamento da una profonda differenziazione tra tali atti del diritto comunitario: ai primi è assegnata la regolamentazione delle materie in cui più forte è l'esigenza di integrazione, tale da condurre ad una vera e propria uniformazione dei diritti nazionali; alle seconde è, per contro, attribuito un ruolo meramente armonizzatore dei diversi ordinamenti statali, sui quali non è consentito intervenire con altrettanta incisività e ai quali è lasciata una parziale competenza normativa.

7.4 – Proprio il fatto che con il Trattato sull'Unione Europea – pur essendosi modificato l'art. 191 (ora art. 254) del Trattato, estendendo l'obbligo di pubblicazione dai soli regolamenti alle direttive rivolte all'insieme degli Stati membri – non si sia voluto modificare anche l'art. 189 (ora art. 249), disciplinando espressamente le situazioni di omessa o inadeguata trasposizione, è sintomatico della volontà delle Alte Parti Contraenti di conservare lo *status quo ante*.

7.4 – Le direttive lasciano la scelta della forma e dei mezzi per perseguire il loro risultato agli «organi nazionali», e vincolano «lo Stato membro cui sono rivolte», non già i cittadini comunitari.

7.5 – A favore del privato onerato dal disposto della direttiva va richiamato il principio di *tutela dell'affidamento*: il privato non deve temere alcun onere aggiuntivo laddove agisca nel rispetto delle norme nell'ambito dell'ordinamento giuridico del proprio Stato membro.

7.6 – Infine, il cosiddetto *deficit democratico* si aggraverebbe, ammettendo che i parlamenti nazionali si trovassero sostanzialmente scavalcati in relazione all'applicazione delle direttive.

8. – Non può sottacersi, peraltro, che i cennati argomenti sono stati spesso, e da più parti, contestati, soprattutto per quanto attiene alle discriminazioni che dall'esclusione dell'effetto diretto orizzontale possono scaturire: basti pensare proprio all'ipotesi per cui è causa, per desumerne come in un rapporto di lavoro – cui inerisca una direttiva comunitaria in parte provvista di effetto diretto – risulti favorito (sotto il profilo della tutela giurisdizionale diretta) il dipendente di un ente pubblico rispetto a quello di un'azienda privata, visto che solo nei confronti del datore di lavoro pubblico potrà farsi valere la direttiva.

9. – È soprattutto su questo profilo, oltre a quello della certezza nell'applicazione del diritto da parte dei giudici, che l'Avvocato Generale Lenz, nelle proprie conclusioni sulla causa *Faccini Dori*, al punto 66 affermava che «in futuro bisognerà riconoscere efficacia diretta orizzontale alle direttive».

10. – Ciò nonostante, ad avviso della Repubblica italiana, l'orientamento sin qui assunto dalla Corte merita di essere ulteriormente confermato.

La giurisprudenza della Corte nella *subiecta* materia, infatti, ha sempre mantenuto con cura la distinzione tra regolamenti e direttive, affermando che soltanto in via eccezionale, e come *effetto riflesso*, queste ultime – in virtù di principi generali desunti dal sistema del Trattato, possono risultare idonee ad attribuire ai singoli il diritto di far valere, nel proprio interesse, l'obbligo imposto allo Stato, ove esso sia rimasto inadempito.

11. – Non a caso la giurisprudenza della Corte ha individuato con molta chiarezza il fondamento di questa circoscritta produzione di effetti giuridici al di là della cerchia degli Stati membri destinatari della direttiva. Essa non si è mossa, infatti, richiamando il principio della «*diretta applicabilità*» (o, se si preferisce, della «*diretta efficacia*») delle norme comunitarie negli ordinamenti degli Stati membri, bensì il principio – del tutto peculiare – secondo il quale uno Stato che non abbia adottato i necessari ed idonei provvedimenti di attuazione imposti da una direttiva non può opporre ai singoli il proprio inadempimento per negare loro i diritti che sarebbero dovuti scaturire dai provvedimenti stessi.

12. – Come il sopra citato Avvocato Generale Lenz chiariva nelle conclusioni della causa 103/1998 *Costanzo*, la giurisprudenza sulla cosiddetta «*efficacia diretta*» delle direttive non pone affatto in questione la natura giuridica e gli effetti propri delle direttive, che hanno per destinatari esclusivi gli Stati membri, ma mira soltanto ad attuare, sulla base dei principi generali del Trattato, una «*sanzione del comportamento illegittimo dello Stato membro, nell'interesse dei cittadini comunitari*».

13. – Deve essere perciò ben chiaro che l'attribuzione ai singoli del diritto di far valere, a proprio vantaggio, gli obblighi inadempiti scaturenti da una direttiva a carico dello Stato si fonda pur sempre sul vincolo che la direttiva crea a carico del solo Stato destinatario, e ne costituisce un semplice «*effetto riflesso*»: si tratta di un'applicazione del dovere generale di coerenza che tutti gli ordinamenti evoluti, in vari modi, riconoscono e che trova espressione, nel diritto anglosassone, nel principio dell' «*estoppel*» e, negli ordinamenti di tradizione romanistica, nel divieto di «*venire contra factum proprium*».

14. – È perfettamente coerente, pertanto, con simili premesse l'affermazione secondo la quale, poiché le direttive *di per se stesse* non producono alcun effetto nei confronti dei singoli, esse non possono in nessun caso far sorgere obblighi o, più in generale, situazioni giuridiche sfavorevoli poste a loro carico.

15. – Per contro, il passo fatidico da taluni auspicato nel senso di riconoscere l'effetto orizzontale equivarrebbe, in buona sostanza, all'abbattimento di quell'ultimo diaframma che ancora connota la distinzione, in termini concreti oltreché giuridici, tra regolamenti e direttive.

16. – Ciò però verrebbe a tradire in radice l'impostazione da sempre seguita dalla Corte di Giustizia la quale, come si è visto, non ha mai inteso – *nè del resto ne avrebbe il potere, rimesso esclusivamente alla volontà comune degli Stati membri* – di eliminare una fondamentale distinzione ontologica e strutturale tra fonti del diritto comunitario, così come sancita dalle norme del Trattato.

17. – In altre parole, la circostanza che l'effetto diretto non sia stato costruito come connotazione intrinseca delle direttive, seppur da taluno definito «*vizio d'origine*», non può essere stravolta in via di interpretazione, ma può – semmai – soltanto costituire oggetto di una modifica normativa basata sul consenso degli Stati membri.

18. – Ciò posto, deve soggiungersi che peraltro, anche talune delle possibili conseguenze di un eventuale «*revirement jurisprudentiel*» (a dir poco insolito nella esperienza della Corte di Giustizia, almeno per quanto attiene a questioni e principi di basilare rilevanza, come quello che qui interessa) non sarebbero affatto incoraggianti né auspicabili.

19. – A parte, infatti, la verosimile attenuazione dell'obbligo di trasposizione imposto agli Stati membri (conseguenza, questa, innaturale alla stregua del Trattato), ammettere che le direttive creino obblighi direttamente sui singoli soggetti privati comunitari significherebbe rinunciare alla certezza del diritto.

20. – Toccherebbe infatti a ciascun privato l'onere di porsi a conoscenza di ogni direttiva comunitaria e – quel che è ancor peggiore – di saper discernere in quali casi e per quali singole prescrizioni la direttiva sia immediatamente applicabile o meno: restando, con ciò, comunque sottoposto al rischio di vedersi condannato per ogni suo (non improbabile) errore in una valutazione che di regola compete al giudice.

21. – Sarebbe inopportuno che il singolo il quale si sia attenuto, in buona fede, ad una disposizione nazionale contrastante con la direttiva, debba restare ingiustamente responsabile e danneggiato dall'attribuzione (in un giudizio intentato da altro privato) a questa di effetti orizzontali diretti.

22. – In definitiva, pertanto, appare assai meno stravolgente e ben più funzionale ed efficace, rispetto agli obiettivi perseguiti dal Trattato mediante le direttive comunitarie, la soluzione sin qui elaborata dalla Corte di Giustizia nel senso di privilegiare l'interpretazione della norma interna più conforme al diritto comunitario e di consentire al singolo leso dall'inertezza prolungata ovvero dal cattivo adempimento dello Stato membro di pretendere il risarcimento dei danni a carico di quest'ultimo.

23. – Conclusivamente, la Repubblica italiana ritiene di rispondere nei seguenti termini al quesito posto con l'ordinanza indicata in epigrafe:

L'articolo 249 (già articolo 189) del Trattato Ce e i principi generali desumibili dal Trattato medesimo ostano a che il giudice nazionale, conoscendo di una controversia tra privati, lasci inapplicata una disposizione interna contrastante con una norma atta a produrre effetti diretti, contenuta in una direttiva comunitaria rimasta inadempita. In tali casi il giudice nazionale dovrà comunque privilegiare l'interpretazione della norma interna che risulti maggiormente conforme al diritto comunitario e, nell'ipotesi in cui ciò si riveli impossibile, potrà, ove richiesto dalla parte danneggiata, condannare lo Stato membro inadempiente al risarcimento del danno arrecato.

Roma, 7 febbraio 2004 – Avvocato dello Stato Antonio Cingolo».

Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Grande sezione, sentenza 5 ottobre 2004, nei procedimenti riuniti da C-397/01 a C-403/01 – Domande di pronuncia pregiudiziale presentate dall'*Arbeitsgericht Lörrach* (Germania) con decisioni del 26 settembre 2001 – Pres. V. Skouris – Rel. R. Schintgen – Bernhard Pfeiffer, altri c/ Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV (cs. 4306/02, Avv. dello Stato A.Cingolo).

«(Omissis) 87. – Mediante la terza questione, il giudice del rinvio chiede in sostanza se, in caso di trasposizione non corretta della direttiva 93/104, si possa considerare che l'art. 6, punto 2, della stessa ha efficacia diretta.

88. – Come risulta sia dal suo tenore letterale che dal contesto nel quale si inserisce, tale questione comprende due aspetti, il primo relativo all'interpretazione dell'art. 6, punto 2, della direttiva 93/104, al fine di consentire al giudice del rinvio di pronunciarsi sulla compatibilità delle pertinenti norme del diritto nazionale con quanto prescritto dal diritto comunitario, mentre il secondo aspetto della questione verte sul problema di stabilire se, qualora lo Stato membro interessato abbia trasposto in maniera non corretta la detta disposizione nell'ordinamento giuridico interno, quest'ultima soddisfi le condizioni perché i singoli possano farla valere dinanzi i giudici nazionali in circostanze come quelle di cui alle cause principali.

89. – I due aspetti devono pertanto essere esaminati in sequenza.

Sulla portata dell'art. 6, punto 2, della direttiva 93/104

90. – In via preliminare, occorre ricordare che l'art. 6, punto 2, della direttiva 93/104 obbliga gli Stati membri ad adottare le misure necessarie affinché, in funzione degli imperativi di protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori, la durata media dell'orario di lavoro per ogni periodo di 7 giorni non superi 48 ore, comprese le ore di lavoro straordinario.

91. – Dall'art. 118 A del Trattato, che costituisce il fondamento normativo della direttiva 93/104, dai «considerando» primo, quarto, settimo e ottavo di tale direttiva, dalla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, adottata nel Consiglio europeo di Strasburgo del 9 dicembre 1989, in particolare dai suoi punti 8 e 19, primo comma, richiamati al quarto «considerando» della detta direttiva, nonché dalla stessa formulazione dell'art. 1, n. 1, della stessa risulta che essa intende fissare prescrizioni minime destinate a migliorare le condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori mediante il ravvicinamento delle disposizioni nazionali riguardanti, in particolare, l'orario di lavoro. Tale armonizzazione a livello comunitario in materia di organizzazione dell'orario di lavoro è diretta a garantire una migliore tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori, facendo godere questi ultimi di periodi minimi di riposo – in particolare giornaliero e settimanale – e di periodi di pausa adeguati (v. sentenza Jaeger, *cit.*, punti 45-47).

92. – Così, la direttiva 93/104 impone, più in particolare, all'art. 6, punto 2, un limite massimo di 48 ore per la durata media della settimana lavorativa, a proposito del quale si precisa espressamente che vi sono ricompresi gli straordinari.

93. – In tale contesto, la Corte ha già dichiarato che i servizi di guardia («*Bereitschaftsdienst*») effettuati da un lavoratore secondo il regime della presenza fisica nel luogo stabilito dal suo datore di lavoro devono essere considerati integralmente periodi lavorativi ai sensi della direttiva 93/104, a prescindere dal fatto che, durante tale guardia, il lavoratore non svolga un'attività lavorativa continuativa (v. sentenza Jaeger, *cit.*, punti 71, 75 e 103).

94. – Ebbene, lo stesso deve valere per i periodi di permanenza obbligatoria («*Arbeitsbereitschaft*») garantiti dagli operatori del soccorso nell'ambito del servizio di soccorso che comporta necessariamente fasi di inattività più o meno estese tra gli interventi urgenti.

95. – Tali periodi di permanenza devono conseguentemente essere presi integralmente in considerazione nel momento della determinazione dell'orario massimo di lavoro giornaliero e settimanale.

96. – Inoltre, si deve rilevare che, nel sistema instaurato dalla direttiva 93/104, benché l'art. 15 della stessa consenta in generale di applicare o introdurre norme nazionali più favorevoli alla protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori, solamente alcune disposizioni esplicitamente contemplate da tale direttiva possono formare l'oggetto da parte degli Stati membri o delle parti sociali (v. sentenza Jaeger, *cit.*, punto 80).

97. – Ora, da un lato l'art. 6 della direttiva 93/104 è menzionato solamente all'art. 17, n. 1, della stessa, quando è pacifico che quest'ultima norma riguarda attività che non presentano alcuna relazione con quelle svolte dagli operatori del soccorso come i ricorrenti nelle cause principali. Invece, lo stesso articolo, al n. 2, punto 2.1, lett. e), *sub iii*), si riferisce alle «attività caratterizzate dalla necessità di assicurare la continuità del servizio», tra le quali figurano in particolare i «servizi di ambulanza», ma tale norma prevede la possibilità di deroga solo agli artt. 3, 4, 5, 8 e 16 della detta direttiva.

98. – Dall'altro, l'art. 18, n. 1, lett. b), *sub i*), della direttiva 93/104 dispone che gli Stati membri hanno facoltà di non applicare l'art. 6, purché rispettino i principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori e soddisfino alcune condizioni cumulative elencate nella prima delle dette due disposizioni. È pacifico, tuttavia, che la Repubblica federale tedesca non si è avvalsa di tale possibilità di deroga (v. sentenza Jaeger, *cit.*, punto 85).

99. – Inoltre, risulta dalla giurisprudenza della Corte che gli Stati membri non possono determinare unilateralmente la portata delle disposizioni della direttiva 93/104, subordinando a qualsiasi condizione o restrizione l'applicazione del diritto dei lavoratori a che l'orario settimanale di lavoro medio non superi le 48 ore, come previsto all'art. 6, punto 2, di tale direttiva (v., in questo senso, sentenza Jaeger, *cit.*, punti 58 e 59). Qualsiasi altra interpretazione pretermetterebbe la finalità della direttiva, volta a garantire una protezione efficace della sicurezza e della salute dei lavoratori, consentendo loro di beneficiare effettivamente di periodi minimi di riposo (v. sentenza Jaeger, *cit.*, punti 70 e 92).

100. – Pertanto, si deve concludere che, sia alla luce del tenore letterale dell'art. 6, punto 2, della direttiva 93/104 sia della finalità e dell'economia della stessa, il limite massimo di 48 ore per quanto riguarda la durata media di lavoro settimanale, compresi gli straordinari, costituisce una norma del diritto sociale comunitario dotata di un'importanza particolare di cui debbono godere tutti i lavoratori in quanto prescrizione minima finalizzata ad assicurare la protezione della loro sicurezza e della loro salute (v., per analogia, sentenza 26 giugno 2001, causa C-173/1999, BECTU, *Racc.* p. I-4881, punti 43 e 47), cosicché non sembra compatibile con quanto prescritto dalla detta disposizione una normativa nazionale, come quella controversa nelle cause principali, che autorizzi periodi di lavoro superiori alle 48 ore settimanali, compresi i servizi di permanenza obbligatoria («*Arbeitsbereitschaft*»).

101. – Conseguentemente, si deve rispondere alla terza questione, considerata nel suo primo aspetto, dichiarando che l'art. 6, punto 7, della direttiva 93/104 deve essere interpretato nel senso che, in circostanze come quelle di cui alle cause principali, esso osta alla normativa di uno Stato membro che, in relazione ai periodi di permanenza obbligatoria («*Arbeitsbereitschaft*») garantiti da operatori del soccorso nell'ambito di un servizio di soccorso medico di urgenza di un organismo quale il *Deutsches Rotes Kreuz*, ha l'effetto di consentire, eventualmente per mezzo di un contratto collettivo o di un accordo aziendale fondato su tale contratto, un superamento dell'orario massimo di lavoro settimanale di 48 ore fissato dalla detta disposizione.

Sull'efficacia diretta dell'art. 6, punto 2, della direttiva 93/104 e le conseguenze che ne derivano nelle cause principali

102. – Dal momento che, in circostanze come quelle di cui alle cause principali, la normativa nazionale pertinente non appare conforme a quanto prescritto dalla direttiva 93/104 in relazione all'orario massimo di lavoro settimanale, occorre ancora verificare se l'art. 6, punto 2, della stessa soddisfi le condizioni necessario perché abbia efficacia diretta.

103. – A questo proposito, risulta da una costante giurisprudenza della Corte che, in tutti i casi in cui le disposizioni di una direttiva appaiono, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, i singoli possono farle valere dinanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato, sia che questo non abbia recepito tempestivamente la direttiva sia che l'abbia recepita in modo non corretto (v., in particolare, sentenze 19 novembre 1991, cause riunite C-6/1990 e C-9/1990, Francovich, *Racc.* pag. I-5357, punto 11, e 11 luglio 2002, causa C-62/00, Marks & Spencer, *Racc.* pag. I-6325, punto 25).

104. – L'art. 6, punto 2, della direttiva 93/104 risponde a tali criteri, giacché addossa agli Stati membri, in termini non equivoci, un'obbligazione di risultato precisa e assolutamente incondizionata quanto all'applicazione della regola da esso enunciata, che consiste nella previsione di un limite di 48 ore, compresi gli straordinari, per la durata media dell'orario settimanale di lavoro.

105. – Anche se la direttiva 93/104 lascia agli Stati membri un certo margine di discrezionalità per l'adozione delle modalità della sua attuazione, in particolare per quanto riguarda il periodo di riferimento che dev'essere fissato per l'applicazione dell'art. 6, e consente loro, inoltre, di derogare alle disposizioni di tale articolo, tali circostanze non incidono sul carattere preciso e incondizionato del punto 2 di quell'articolo. Infatti, da un lato, dai termini dell'art. 17, n. 4, della detta direttiva risulta che il periodo di riferimento non può in alcun caso oltrepassare i dodici mesi e, dall'altro, la facoltà degli Stati membri di non applicare l'art. 6 è subordinata al rispetto di tutte le condizioni enunciate all'art. 18, n. 1, lett. b), *sub i*), della detta direttiva. È quindi possibile determinare la tutela minima che deve in ogni caso essere applicata (v., in questo senso, sentenza Simap, *cit.*, punti 68 e 69).

106. – Di conseguenza, l'art. 6, punto 2, della direttiva 93/104 soddisfa tutte le condizioni necessario per produrre un effetto diretto.

107. – Restano da determinare le conseguenze giuridiche che un giudice nazionale deve trarre da tale interpretazione in circostanze come quelle di cui alle cause principali, in cui la controversia ha luogo tra privati.

108. – A questo proposito, la Corte ha dichiarato in maniera costante che una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti (v., in particolare, sentenze 26 febbraio 1986, causa 152/1984, Marshall, *Racc.*, pag. 723, punto 48; 14 luglio 1994, causa C-91/1992, Faccini Dori, *Racc.* pag. I-3325, punto 20, e 7 gennaio 2004, C-201/02, Wells, *Racc.* pag. I-0000, punto 56).

109. – Ne consegue che anche una disposizione chiara, precisa ed incondizionata di una direttiva volta a conferire diritti o imporre obblighi ai privati non può essere applicata come tale nell'ambito di una controversia che ha luogo esclusivamente tra privati.

110. – Tuttavia, conformemente ad una giurisprudenza parimenti costante fin dalla sentenza 10 aprile 1984, causa 14/1983, Von Colson e Kamann (*Racc.* pag. 1891, punto 26), l'obbligo degli Stati membri derivante da una direttiva, di conseguire il risultato da questa contemplato come pure il dovere loro imposto dall'art. 10 CE di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo valgono per tutti gli organi degli Stati membri, ivi compresi, nell'ambito di loro competenza, quelli giurisdizionali (v., in particolare, sentenze 13 novembre 1990, causa C-106/1989, Marleasing, *Racc.* pag. I-4135, punto 8; Faccini Dori *cit.*, punto 26; 18 dicembre 1997, causa C-129/1996, Inter-Environnement Wallonie, *Racc.* pag. I-7411, punto 40, e 25 febbraio 1999, causa C-131/1997, Carbonari e a., *Racc.* pag. I-1103, punto 48).

111. – Infatti, spetta in particolare ai giudici nazionali assicurare ai singoli la tutela giurisdizionale derivante dalle norme del diritto comunitario e garantirne la piena efficacia.

112. – Ciò vale a maggior ragione quando la controversia sottoposta al giudice nazionale verte sull'applicazione di norme interne che, come nel caso di specie, sono state introdotte proprio al fine di recepire una direttiva volta a conferire diritti ai singoli. Questo giu-

dice, visto l'art. 249, terzo comma, CE, deve presumere che lo Stato, essendosi avvalso del margine di discrezionalità di cui gode in virtù di tale norma, abbia avuto l'intenzione di adempiere pienamente gli obblighi derivanti dalla direttiva considerata (v. sentenza 16 dicembre 1993, causa C-334/1992, Wagner Miret, *Racc.* pag. I-6911, punto 20).

113 – Così, nell'applicare il diritto interno, in particolare le disposizioni di una normativa appositamente adottata al fine di attuare quanto prescritto da una direttiva, il giudice nazionale deve interpretare il diritto nazionale per quanto possibile alla luce del testo e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 249, terzo comma, CE (v. in questo senso, segnatamente, citate sentenze Von Colson et Kamann, punto 26, Marleasing, punto 8 e Faccini Dori, punto 26; v. altresì sentenze 23 febbraio 1999, causa C-63/1997, BMW, *Racc.* pag. I-905, punto 22; 27 giugno 2000, cause riunite da C-240/1998 a C-244/1998, Océano Grupo Editorial e Salvat Editores, *Racc.* pag. I-4941, punto 30, e 23 ottobre 2003, causa C-408/01, Adidas-Salomon e Adidas Benelux, *Racc.* pag. I-0000, punto 21).

114. – L'esigenza di un'interpretazione conforme del diritto nazionale è inerente al sistema del Trattato, in quanto permette al giudice nazionale di assicurare, nel contesto delle sue competenze, la piena efficacia delle norme comunitarie quando risolve la controversia ad esso sottoposta (v. in questo senso, sentenze 15 maggio 2003, causa C-160/01, Mau, *Racc.* pag. I-4791, punto 34).

115. – Se è vero che il principio di interpretazione conforme del diritto nazionale, così imposto dal diritto comunitario, riguarda in primo luogo le norme interne introdotte per recepire la direttiva in questione, esso non si limita, tuttavia, all'esegesi di tali norme, bensì esige che il giudice nazionale prenda in considerazione tutto il diritto nazionale per valutare in quale misura possa essere applicato in modo tale da non addivenire ad un risultato contrario a quello cui mira la direttiva (v. in questo senso, sentenza Carbonari e a., *cit.*, punti 49 e 50).

116. – A questo proposito, se il diritto nazionale, mediante l'applicazione di metodi di interpretazione da esso riconosciuti, in determinate circostanze consente di interpretare una norma dell'ordinamento giuridico interno in modo tale da evitare un conflitto con un'altra norma di diritto interno o di ridurre a tale scopo la portata di quella norma applicandola solamente nella misura compatibile con l'altra, il giudice ha l'obbligo di utilizzare gli stessi metodi al fine di ottenere il risultato perseguito dalla direttiva.

117. – Nel caso di specie, quindi, spetta al giudice del rinvio, cui siano sottoposte controversie come quelle di cui alle cause principali, rientranti nella sfera di applicazione della direttiva 93/104 e scaturite da fatti successivi alla scadenza del termine di trasposizione della direttiva medesima, nell'applicare le norme del diritto nazionale volte proprio a recepire tale direttiva, interpretarle quanto più possibile in modo tale che possano essere applicate in conformità di quella, in questo senso, sentenza 13 luglio 2000, causa C-456/1998, Centrosteeel, *Racc.* pag. I-6007, punti 16 e 17).

118. – In questo caso, il principio dell'interpretazione conforme esige quindi che il giudice del rinvio faccia tutto ciò che rientra nella sua competenza, prendendo in considerazione tutte le norme del diritto nazionale, per garantire la piena efficacia della direttiva 93/104, al fine di evitare il superamento dell'orario massimo di lavoro settimanale fissato all'art. 6, punto 2, della stessa (v., in questo senso, sentenza Marleasing, *cit.*, punti 7 e 13).

119. – Conseguentemente, si deve concludere che un giudice nazionale cui sia sottoposta una controversia che ha luogo esclusivamente tra singoli, nell'applicare le norme del diritto interno adottate al fine dell'attuazione degli obblighi previsti da una direttiva deve prendere in considerazione tutte le norme del diritto nazionale ed interpretarle, per quanto possibile, alla luce del testo e della finalità di tale direttiva per giungere a una soluzione conforme all'obiettivo da essa perseguito. Nelle cause principali, il giudice del rinvio, quindi, deve fare tutto ciò che rientra nella sua competenza per evitare il superamento dell'orario massimo di lavoro settimanale fissato in 48 ore in virtù dell'art. 6, punto 2, della direttiva 93/104.

120. – Sulla base di quanto fin qui esposto, la terza questione deve essere risolta dichiarando che:

– l'art. 6, punto 2, della direttiva 93/104 deve essere interpretato nel senso che, in circostanze come quelle di cui alle cause principali, esso osta alla normativa di uno Stato membro che, in relazione ai periodi di permanenza obbligatoria («*Arbeitsbereitschaft*») garantiti da

operatori del soccorso nell'ambito di un servizio di soccorso medico di urgenza di un organismo quale il *Deutsches Rotes Kreuz*, ha l'effetto di consentire, eventualmente per mezzo di un contratto collettivo o di un accordo aziendale fondato su tale contratto, un superamento dell'orario massimo di lavoro settimanale di 48 ore fissato dalla detta disposizione;

– tale disposizione soddisfa tutte le condizioni necessario per produrre un effetto diretto;

– il giudice nazionale cui sia sottoposta una controversia che ha luogo esclusivamente tra singoli, nell'applicare le norme del diritto interno adottate al fine dell'attuazione degli obblighi previsti dalla direttiva deve prendere in considerazione tutte le norme del diritto nazionale ed interpretarle, per quanto possibile, alla luce del testo e della finalità di tale direttiva per giungere a una soluzione conforme all'obiettivo da essa perseguito. Nelle cause principali, il giudice del rinvio, quindi, deve fare tutto ciò che rientra nella sua competenza per evitare il superamento dell'orario massimo di lavoro settimanale fissato in 48 ore in virtù dell'art. 6, punto 2, della direttiva 93/104.

Sulle spese

121. – Nei confronti delle parti nelle cause principali il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute per presentare osservazioni alla Corte, salvo quelle delle dette parti, non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

1. a) – Gli artt. 2 della direttiva del Consiglio 12 giugno 1989, 89/391/CEE, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro, e 1, n. 3, direttiva del Consiglio 23 novembre 1993, 93/104/CE, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, devono essere interpretati nel senso che l'attività degli operatori del soccorso, esercitata nell'ambito di un servizio di soccorso medico d'urgenza come quello di cui si tratta nelle cause principali, rientrano nella sfera di applicazione delle dette direttive.

b) – La nozione di «trasporti stradali» ai sensi dell'art. 1, n. 3, della direttiva 93/104 deve essere interpretata nel senso che essa non riguarda l'attività di un servizio di soccorso medico d'urgenza, anche qualora questa consista, perlomeno in parte, nell'utilizzo di un veicolo e nell'accompagnamento del paziente durante il tragitto verso l'ospedale.

2. – L'art. 18, n. 1, lett. b), *sub i*), primo trattino, della direttiva 93/104 deve essere interpretato nel senso che esso esige un'accettazione esplicitamente e liberamente espressa da parte di ogni singolo lavoratore affinché il superamento dell'orario massimo di lavoro settimanale di 48 ore, quale previsto all'art. 6 della direttiva, sia valido. A tal fine, non è sufficiente che il contratto di lavoro dell'interessato faccia riferimento a un contratto collettivo che consente tale superamento.

3. – L'art. 6, punto 2, della direttiva 93/104 deve essere interpretato nel senso che, in circostanze come quelle di cui alle cause principali, esso osta alla normativa di uno Stato membro che, in relazione ai periodi di permanenza obbligatoria («*Arbeitsbereitschaft*») garantiti da operatori del soccorso nell'ambito di un servizio di soccorso medico di urgenza di un organismo quale il *Deutsches Rotes Kreuz*, ha l'effetto di consentire, eventualmente per mezzo di un contratto collettivo o di un accordo aziendale fondato su tale contratto, un superamento dell'orario massimo di lavoro settimanale di 48 ore fissato dalla detta disposizione;

– tale disposizione soddisfa tutte le condizioni necessario per produrre un effetto diretto;

– il giudice nazionale cui sia sottoposta una controversia che ha luogo esclusivamente tra singoli, nell'applicare le norme del diritto interno adottate al fine dell'attuazione degli obblighi previsti dalla direttiva deve prendere in considerazione tutte le norme del diritto nazionale ed interpretarle, per quanto possibile, alla luce del testo e della finalità di tale direttiva per giungere a una soluzione conforme all'obiettivo da essa perseguito. Nelle cause principali, il giudice del rinvio, quindi, deve fare tutto ciò che rientra nella sua competenza per evitare il superamento dell'orario massimo di lavoro settimanale fissato in 48 ore in virtù dell'art. 6, punto 2, della direttiva 93/104».

L'attuazione della direttiva 96/67/CE relativa al libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità

(Corte di Giustizia delle Comunità europee, 9 dicembre 2004, nella causa C-460/02)

La Corte di Giustizia delle Comunità Europee si è pronunciata sul ricorso proposto dalla Commissione contro la Repubblica italiana, dichiarando che il decreto legislativo n. 18/1999, di «Attuazione della direttiva 96/67/CE relativa al libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità» ha introdotto, al suo articolo 14, una misura sociale incompatibile con l'art. 18 della direttiva del Consiglio 15 ottobre 1996, 96/67/CE e ha previsto, al suo articolo 20, un regime a carattere transitorio non consentito da detta direttiva.

La Commissione CE, oltre alle due censure accolte dalla Corte di Giustizia, aveva anche lamentato la mancata fissazione, nell'ambito dell'art. 11, par. 1, del d. lgs. n. 18/1999 o in altra disposizione del medesimo provvedimento, del periodo di durata massima di sette anni rinvenibile nell'art. 11, par. 1, lett. *d*), della direttiva n. 96/67, in caso di selezione dei prestatori di servizi di assistenza a terra negli aeroporti soggetti a limitazioni per vincoli di spazio o di capacità disponibile.

Tuttavia, in seguito all'intervenuta modifica, con legge 31 ottobre 2003, n. 306 (*GURI* del 15 novembre 2003), dell'art. 11 del d. lgs. n. 18/1999, la Commissione ha rinunciato al predetto motivo di impugnazione.

Per quanto concerne la condanna della Corte di Giustizia, pare opportuno ricordare che l'art. 14 del d.lgs. n. 18/1999 (*Protezione sociale*) prevede quanto segue:

«1. Nel garantire il libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra, nei trenta mesi successivi alla data di entrata in vigore del presente decreto si deve salvaguardare il mantenimento dei livelli di occupazione e della continuità del rapporto di lavoro del personale dipendente dal precedente gestore.

2. Salva restando l'ipotesi di trasferimento di ramo d'azienda, ogni trasferimento di attività concernente una o più categorie di servizi di assistenza a terra di cui agli allegati A e B (1) comporta il passaggio del personale, individuato dai soggetti interessati d'intesa con le organizzazioni sindacali dei lavoratori, dal precedente gestore del servizio stesso al soggetto subentrante, in misura proporzionale alla quota di traffico o di attività acquisita da quest'ultimo».

Tale norma è stata dichiarata in contrasto con l'art. 18 della direttiva (*Protezione sociale e dell'ambiente*), a norma del quale:

«Fatta salva l'applicazione delle disposizioni della presente direttiva e nel rispetto delle altre disposizioni del diritto comunitario, gli Stati Membri possono adottare le misure necessarie per garantire la tutela dei diritti dei lavoratori e il rispetto dell'ambiente».

(1) L'allegato A contiene l'elenco e la definizione dei servizi di assistenza a terra; l'allegato B individua le infrastrutture centralizzate.

La Corte, invero, ha ritenuto che l'interpretazione dell'art. 18 della direttiva, fornita dal Governo italiano e basata su di una nozione ampia di «trasferimento di azienda» rende oltremodo difficile l'accesso ai mercati di assistenza a terra di nuovi prestatori di servizi, essendo questi ultimi tenuti a riassumere il personale impiegato dal precedente prestatore (2).

La Corte di Giustizia, inoltre, ha ritenuto incompatibili con la direttiva 96/67 le misure transitorie previste dall'art. 20 del d.lgs. n. 18/1999, ai sensi del quale:

«Restano salve le situazioni contrattuali del personale dei servizi di assistenza a terra, in atto al 19 novembre 1998, che prevedono diversi assetti organizzativi o contrattuali, sino alla scadenza dei relativi contratti, senza possibilità di proroga, ed in ogni caso per un periodo non superiore a sei anni».

Per comprendere la portata di tale decisione, che non appare certo inaspettata alle Autorità italiane e in particolare all'E.N.A.C. – Ente Nazionale per l'Aviazione Civile – che ha svolto un ruolo di primaria importanza nell'attuazione della direttiva, occorre tener presente che le disposizioni contestate sono state consapevolmente assunte allo scopo di realizzare, sotto alcuni profili particolarmente sensibili, come l'occupazione del personale delle imprese di *handling*, il graduale passaggio alla nuova legislazione comunitaria, senza interruzione traumatica di situazioni lavorative consolidate nel tempo, secondo la normativa nazionale di riferimento.

Alle censure mosse dalla Commissione CE, dapprima con lettera di costituzione in mora della Repubblica italiana del 3 maggio 2000 e, poi, con parere motivato del 18 luglio 2001, con cui si invitava il Governo italiano ad adottare le misure necessarie per conformare le disposizioni del d. lgs. n. 18/1999 alla direttiva 96/67/CE, le Autorità nazionali hanno replicato evidenziando le ragioni di ordine sociale sottese alla normativa adottata.

Al riguardo, l'E.N.A.C., con due note indirizzate al Ministero dei trasporti e delle comunicazioni, rispettivamente del 5 luglio 2000 e del 17 settembre 2001, ha posto in evidenza il carattere di transitorietà delle norme censurate, affermando, in ogni caso, che *«il conformarsi, su tali questioni, ai*

(2) La tesi sostenuta dal Governo italiano e non condivisa dalla Corte è quella della conformità del disposto dell'art. 14 del d. lgs. n. 18/1999 alla direttiva n. 2001/23 concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o stabilimenti – nel cui ambito di applicazione rientrerebbe la norma censurata.

In particolare, l'Avvocatura dello Stato ha sostenuto che in considerazione della particolarità del settore di cui trattasi e dell'organizzazione delle imprese in questione, il trasferimento di «attività» aeroportuali potrebbe rientrare nella nozione di «trasferimento di azienda», atteso che nella pratica tale trasferimento si accompagna al passaggio di un certo numero di beni e di strutture necessarie allo svolgimento di attività da parte del nuovo prestatore. In ogni caso, come affermato dall'Avv. Fiumara nel corso della discussione orale innanzi alla Corte: *«Se proprio non si tratta di trasferimento di azienda nel senso tradizionale, vi è una situazione assolutamente assimilabile e proprio per questo la norma italiana, accogliendo l'invito ad una maggiore protezione rispetto a quella preesistente, formulato dalla direttiva, ha ritenuto di poter imporre al nuovo gestore di assicurare il mantenimento di una certa quota di lavoratori».*

rilievi mossi dalla Commissione Europea, comporta, necessariamente, considerazioni che trascendono la stretta competenza tecnica di settore nonché l'adozione di misure sostitutive concertate di politica sociale».

In particolare, al momento dell'emanazione del d. lgs. n. 18/1999, la realtà aeroportuale risultava caratterizzata da contratti collettivi di lavoro consolidati da tempo a livello nazionale e, quindi, difficilmente adeguabili – in termini di immediatezza – alle nuove regole di libero mercato, se non a costo di disservizi e gravi contrasti sociali in un settore particolarmente delicato, quale quello del trasporto aereo, già connotato da ricorrenti tensioni sociali.

Il rispetto degli obiettivi della direttiva 96/67/CE ha reso necessaria, pertanto, una linea transitoria di ragionevole mediazione che consentisse di superare le prevedibili resistenze di settore, adottando – per un periodo circoscritto – gli strumenti della gradualità e della protezione sociale di cui alla stessa direttiva, adattati, evidentemente, alla realtà nazionale.

Tale scelta, tuttavia, non è stata condivisa dalla Commissione che, in forza dell'art. 226 CE, comma 2, ha adito la Corte di Giustizia muovendo alla Repubblica italiana i tre addebiti sopra elencati, «*al fine di garantire il raggiungimento degli obiettivi di liberalizzazione progressiva, stabiliti dalla direttiva*».

La consapevolezza della non piena aderenza della normativa nazionale rispetto alla direttiva 96/67/CE, del resto, emerge chiaramente anche nel controricorso dell'Avvocatura dello Stato per il Governo italiano che, replicando alle censure mosse dalla Commissione, ha evidenziato le ragioni economico-sociali sottese a tale scelta, rappresentando, ad ogni modo, l'intenzione del Governo italiano di proporre la soppressione dell'art. 20 del d. lgs. n. 18/1999, attesa la sua portata limitata e marginale.

Le statuizioni della Corte di Giustizia sono ormai note.

Quanto agli effetti della decisione, sembra opportuno segnalare che, a poco più di un mese dalla sua pubblicazione, il T.A.R. Lazio, facendo leva sul collegamento tra l'art. 13 e l'art. 14 del d. lgs. n. 18/1999, ritenuti entrambi in contrasto con la direttiva 96/67/CE, ha accolto, con ordinanza n. 203/2005, la domanda di sospensiva proposta da una ditta di *handling* avverso il provvedimento con cui l'E.N.A.C. non le aveva accordato il permesso di svolgere l'attività di servizi di assistenza a terra per conto di una compagnia aerea.

Infine, sempre con lo sguardo rivolto alle conseguenze della sentenza del Giudice europeo, vale la pena di ricordare che, secondo la giurisprudenza ormai consolidatasi della Corte di Giustizia (3), il principio del primato del diritto comunitario esige la disapplicazione di ogni disposizione della legislazione nazionale in contrasto con una norma comunitaria non solo da parte del giudice nazionale, ma anche da parte di tutti gli organi dello Stato, comprese le autorità amministrative.

(3) Cfr. Corte di Giust. CE, 9 settembre 2003, nella causa C-198/01, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, ott.-dic. 2003.

Pertanto, nel caso di specie, per evitare di incorrere in legittime pretese risarcitorie da parte di operatori che dovessero ritenersi pregiudicati dall'azione amministrativa dell'Autorità dell'aviazione civile non conforme alle statuizioni della Corte di Giustizia, la disapplicazione delle norme del d. lgs. n. 18/1999 contrastanti con la direttiva 96/67/CE dovrà avvenire ad opera dello stesso E.N.A.C.

Avv. Pier Luigi Di Palma

Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sez. 1^o, 9 dicembre 2004, nella causa C-460/02 – Commissione delle Comunità Europee (ag. A. Aresu e M. Huttunen) c/ Repubblica italiana (avv. Stato O. Fiumara).
(Direttiva del Consiglio 15 ottobre 1996 n. 96/67/CE, art. 11; decreto legislativo 13 gennaio 1999 n. 18, artt. 14 e 20).

In quanto il decreto legislativo 13 gennaio 1999, n. 18, recante attuazione della direttiva 96/67/CE relativa all'accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità, ha introdotto, al suo art. 14, una misura sociale incompatibile con l'art. 18 della direttiva del Consiglio 15 ottobre 1996, 96/67/CE, e ha previsto, al suo art. 20, un regime a carattere transitorio non consentito da tale direttiva, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono in forza della detta direttiva.

«(Omissis) FASE PRECONTENZIOSA DEL PROCEDIMENTO

(omissis) 12. – In seguito a una denuncia, la Commissione ha concluso che la normativa italiana non era compatibile con il diritto comunitario in diversi punti. Essa ha allora inviato alla Repubblica italiana una lettera di diffida in data 3 maggio 2000. Il governo italiano ha risposto con una nota del 18 luglio 2000.

13. – Considerando tale risposta insufficiente, la Commissione ha inviato alla Repubblica italiana un parere motivato in data 24 luglio 2001. La risposta del governo italiano è stata fornita con una nota del 31 ottobre 2001. A tale nota ha fatto seguito un'altra comunicazione del 5 dicembre 2001.

14. – Vari incontri si sono svolti tra i rappresentanti dei servizi competenti della Commissione e gli esperti del Ministero italiano delle Infrastrutture e dei Trasporti, nel corso dei quali il governo italiano ha presentato alcune proposte di emendamento delle disposizioni del decreto legislativo n. 18/1999. Poiché nessun'altra informazione è stata comunicata alla Commissione, quest'ultima ha deciso di proporre il presente ricorso.

SUL RICORSO

Sulla prima censura

15. – Con lettera del 19 gennaio 2004, il governo italiano ha informato la Corte che l'art. 11, n. 1, del decreto legislativo n. 18/1999 è stato modificato dalla legge 31 ottobre 2003, n. 306 (*GURI* del 15 novembre 2003). Date tali circostanze, la Commissione, con lettera del 23 marzo 2004, ha rinunciato alla prima censura, pur mantenendo la sua domanda di condanna della convenuta alle spese.

Sulla seconda censura

– Argomenti delle parti

16. – La Commissione ritiene che l'art. 14 del decreto legislativo n. 18/1999 sia incompatibile con l'art. 18 della direttiva 96/67, poiché impone ai prestatori di servizi di assistenza a terra l'obbligo di garantire il passaggio del personale dal precedente prestatore del servizio al soggetto subentrante, in misura proporzionale alla quota di traffico o di attività acquisita da quest'ultimo, ogniquale volta vi sia un «trasferimento di attività» concernente una o più categorie di servizi di assistenza a terra di cui agli allegati del detto decreto.

17. – La Commissione sottolinea che la protezione dei diritti dei lavoratori è ammessa in forza dell'art. 18 della direttiva 96/67, sempreché non sia contraria all'applicazione effettiva di quest'ultima per quanto riguarda i servizi di assistenza a terra. Ora, l'art. 14, n. 1, del decreto legislativo n. 18/1999 oltrepasserebbe manifestamente la protezione già garantita dalla direttiva del Consiglio 14 febbraio 1977, 77/187/CEE, concernente il ravvicinamento

delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti (*GU L 61*, pag. 26), come modificata dalla direttiva del Consiglio 29 giugno 1998, 98/50/CE (*GU L 201*, pag. 88), e codificata dalla direttiva del Consiglio 12 marzo 2001, 2001/23/CE (*GU L 82*, pag. 16).

18. – La Commissione ritiene che una disposizione nazionale quale quella contestata nella fattispecie potrebbe essere giustificata sulla base dell'art. 18 della direttiva 96/67 solo se fosse applicata in caso di trasferimento d'impresa ai sensi della direttiva 2001/23. Ora, per poter applicare quest'ultima direttiva, il trasferimento dovrebbe riferirsi a un'entità economica, ossia a un complesso organizzato di persone e di elementi che consentono l'esercizio di un'attività economica finalizzata al perseguimento di un determinato obiettivo. Tuttavia, per poter determinare se sussistano le caratteristiche di un trasferimento di entità dovrebbe essere preso in considerazione il complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione di cui trattasi.

19. – Secondo la Commissione, la mera circostanza che i servizi forniti dal prestatore precedente e quelli forniti dal nuovo sono analoghi non consente di concludere che sussista il trasferimento di un'entità economica tra le due imprese. In effetti, un'entità non può essere ridotta all'attività che le era affidata e la sua identità emerge anche da altri elementi quali il personale che la compone, i suoi quadri, l'organizzazione del suo lavoro, nonché i suoi metodi e mezzi di gestione.

20. – La Commissione fa presente che, perché vi sia trasferimento d'impresa, manca nel caso di specie l'elemento chiave della cessione dell'impresa, cioè un accordo negoziato implicito o esplicito, ovvero un atto d'imperio della potestà pubblica. Il prestatore subentrante infatti accedrebbe alle strutture aeroportuali in base a un titolo autonomo, indipendentemente da ogni sorta di rapporto o contatto con il prestatore uscente. Tale titolo sarebbe costituito dalla stipulazione di un contratto con il gestore dell'aeroporto interessato.

21. – La Commissione fa valere che la misura adottata dal governo italiano implica una vera e propria traslazione dell'onere sociale dallo Stato italiano alle imprese prestatrici subentranti, le quali vengono così penalizzate. Se le autorità nazionali vogliono adottare misure sociali nell'ambito dell'applicazione del processo di liberalizzazione dei servizi di assistenza a terra, l'art. 18 della direttiva 96/67 potrebbe costituire un fondamento normativo appropriato, ma a condizione che le misure in questione rispettino lo spirito di tale direttiva, nonché i principi generali del diritto comunitario.

22. – Secondo la Commissione, l'art. 14, n. 1, del decreto legislativo n. 18/1999 impedisce ai prestatori di servizi aspiranti ad accedere al mercato di cui trattasi di scegliere il proprio personale e conseguentemente il tipo di organizzazione dei servizi che intendono fornire per poter operare su tale mercato. Ora, l'obiettivo della direttiva 96/67 sarebbe proprio quello di incoraggiare la concorrenza in mercati precedentemente chiusi e di tipo monopolistico, riducendo i costi di esercizio delle compagnie aeree e migliorando la qualità dei servizi forniti agli utenti degli aeroporti.

23. – Il governo italiano rileva che la direttiva 96/67 lascia un margine di discrezionalità agli Stati membri sulle modalità ed i tempi di adozione delle misure richieste per la realizzazione del nuovo sistema, in quanto ogni Stato ha sue peculiarità specifiche. In tale ottica, il legislatore nazionale avrebbe adottato la normativa di cui trattasi nella consapevolezza del fatto che il libero accesso al mercato può essere compatibile con il buon funzionamento degli aeroporti comunitari e attuato in maniera progressiva e adeguata alle esigenze del settore. Le misure di protezione sociale previste dall'art. 14 del decreto legislativo n. 18/1999 non ostacolerebbero la liberalizzazione del settore dell'assistenza a terra e rappresenterebbero l'espressione di un potere attribuito allo Stato dall'art. 18 della direttiva 96/67.

24. – Il governo italiano ritiene che il rispetto delle disposizioni di tale direttiva e quello di altre norme di diritto comunitario, in particolare di quelle sul mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di azienda, non significano che il grado di tutela accordabile dagli Stati membri debba essere espresso solo nei limiti consentiti dall'armonizzazione del diritto comunitario. Se così fosse, l'art. 18 della direttiva 96/67 sarebbe una norma del tutto inutile, perché non lascerebbe allo Stato membro alcun margine per offrire ai lavoratori una garanzia che non discende da una norma comunitaria.

25. – Secondo il governo italiano, quest'ultima disposizione dev'essere interpretata nel senso che una tale garanzia, per sua stessa natura «aggiuntiva», non deve tradursi in una

violazione delle norme comunitarie specificamente dettate dalla direttiva 96/67 o più in generale da altri atti comunitari. Poiché un'effettiva garanzia per i lavoratori deve tradursi in un vincolo economico e in un impegno per il datore di lavoro, la sua ammissibilità andrebbe valutata attraverso un'accorta analisi comparata degli interessi in gioco.

26. – Il governo italiano fa altresì valere che, ferma restando l'identità o almeno l'analogia del servizio fornito dal precedente prestatore, il criterio determinante per la definizione di un trasferimento di azienda non consiste necessariamente in un trasferimento di elementi materiali e patrimoniali. Anche l'organizzazione di un'attività idonea ad assumere uno specifico rilievo economico rientrerebbe nel campo di applicazione della nozione di «trasferimento».

27. – In considerazione delle particolarità del settore di cui trattasi e dell'organizzazione delle imprese in questione, il governo italiano sottolinea che il trasferimento di «attività» aeroportuali potrebbe rientrare nella nozione più ampia di «trasferimento di azienda». In realtà, sarebbe proprio la continuità dell'attività, che passa da un prestatore all'altro, a rendere la situazione del tutto assimilabile a un vero e proprio trasferimento di azienda.

28. – Il governo italiano precisa che è certamente vero che l'art. 14 del decreto legislativo n. 18/1999 menziona specificamente al «trasferimento di attività concernente una o più categorie di servizi di assistenza a terra», ma è evidente che nella prassi tale trasferimento si accompagna al passaggio di un certo numero di beni e strutture necessarie allo svolgimento dell'attività da parte del nuovo prestatore. In tale contesto, si sarebbe in presenza di un trasferimento di ramo aziendale o quanto meno di una successione tra aziende sostanzialmente assimilabile a un trasferimento. A giusto titolo quindi la normativa nazionale si sarebbe data carico di garantire la tutela di lavoratori in un ragionevole contemperamento degli opposti interessi.

29. – Per quanto riguarda l'argomento secondo cui la trasposizione nella legislazione nazionale della direttiva 96/67 potrebbe distorcere la concorrenza sul mercato dei servizi aeroportuali a favore delle imprese già insediate e a danno dei concorrenti potenziali, il governo italiano osserva che il principio della libertà di concorrenza implica che le imprese interessate godano di un'effettiva parità di opportunità, nell'ambito delle condizioni, anche restrittive, previste dalla normativa sociale applicabile.

– *Giudizio della Corte*

30. – Con la sua argomentazione, il governo italiano fa valere in sostanza che l'art. 14 del decreto legislativo n. 18/1999 ha come suo fondamento normativo l'art. 18 della direttiva 96/67 e che la disposizione controversa rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 2001/23.

31. – Per quanto riguarda la compatibilità dell'art. 14 con la direttiva 96/67 e alla luce della formulazione dell'art. 18 di quest'ultima, si evince dal ventiquattresimo 'considerando' della detta direttiva che gli Stati membri conservano il potere di garantire un adeguato livello di protezione sociale al personale delle imprese che forniscono servizi di assistenza a terra.

32. – Per quanto concerne la definizione di un siffatto «livello adeguato», occorre sottolineare che, come giustamente rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 33 delle sue conclusioni, tale potere non comporta una competenza normativa illimitata e deve essere esercitato in modo tale da non pregiudicare l'effetto utile della direttiva 96/67 e gli obiettivi da essa perseguiti. Come sottolineato, infatti, dalla Corte nella sentenza 16 ottobre 2003, causa C-363/01, Flughafen Hannover-Langenhagen (*Racc.* pag. I-11893; punto 43), la detta direttiva mira ad assicurare l'apertura del mercato dell'assistenza a terra, apertura che, secondo il quinto 'considerando' della medesima direttiva, deve tra l'altro contribuire a ridurre i costi di gestione delle compagnie aeree.

33. – L'interpretazione dell'art. 18 della direttiva 96/67 fornita invece dal governo italiano, in particolare per quanto riguarda la presa in considerazione di preoccupazioni di ordine sociale, renderebbe oltremodo difficile l'accesso ai mercati di assistenza a terra di nuovi prestatori di servizi, essendo questi ultimi tenuti a riassumere il personale impiegato dal precedente prestatore. Di conseguenza, si metterebbero in discussione l'uso razionale delle infrastrutture aeroportuali e la riduzione dei costi dei servizi implicati per gli utenti.

34. – Infatti, l'obbligo imposto alle imprese interessate a norma dell'art. 14 del decreto legislativo n. 18/1999 di riassumere il personale del precedente prestatore di servizi svantag-

gia i nuovi concorrenti potenziali rispetto alle imprese già operanti e compromette l'apertura dei mercati dell'assistenza a terra, con la conseguenza di nuocere all'effetto utile della direttiva 96/67.

35. – Ne risulta che la normativa controversa pregiudica la finalità perseguita da tale direttiva, cioè l'apertura dei mercati interessati e la creazione delle condizioni adeguate in vista di una concorrenza intracomunitaria in questo settore.

36. – Poiché la normativa controversa è incompatibile con la direttiva 96/67, non è pertinente affermare, come fa il governo italiano, che l'art. 14 del decreto legislativo n. 18/1999 non contrasta con la direttiva 2001/23.

37. – Il governo italiano, comunque, non può sostenere che l'art. 14 del detto decreto legislativo si basa sulla nozione di «trasferimento di attività» che rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 2001/23.

38. – Occorre, infatti, ricordare che, ai sensi del suo art. 1, n. 1, tale direttiva si applica ai trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti ad un nuovo imprenditore in seguito a cessione contrattuale o a fusione. Risulta dalla giurisprudenza della Corte a tale riguardo che il criterio decisivo per stabilire se si configuri un trasferimento ai sensi di tale direttiva consiste nella circostanza che l'entità in questione conservi la propria identità, che risulta in particolare dal fatto che la sua gestione sia stata effettivamente proseguita o ripresa (v., in particolare, sentenze 18 marzo 1986, causa 24/1985, Spijkers, *Racc.* pag. 1119, punti 11 e 12, nonché 11 marzo 1997, causa C-13/1995, Süzen, *Racc.* pag. 1-1259, punto 10).

39. – Per determinare se sussistano le caratteristiche di un trasferimento di un'entità del genere, la Corte ha dichiarato che dev'essere preso in considerazione il complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione di cui trattasi, fra le quali rientrano in particolare il tipo di impresa o di stabilimento in questione, la cessione o meno di elementi materiali, quali gli edifici e i beni mobili, il valore degli elementi immateriali al momento della cessione, la riassunzione o meno della maggior parte del personale da parte del nuovo imprenditore, il trasferimento o meno della clientela, nonché il grado di analogia delle attività esercitate prima e dopo la cessione e la durata di un'eventuale sospensione di dette attività. Tali elementi costituiscono tuttavia soltanto aspetti parziali della valutazione complessiva cui si deve procedere e non possono, perciò, essere considerati isolatamente (v., in particolare, le menzionate sentenze Spijkers, punto 13, e Süzen, punto 14).

40. – Si evince da tale giurisprudenza che la rispettiva importanza da attribuire ai vari criteri in grado di dimostrare l'esistenza di un trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti ai sensi della direttiva 2001/23 varia alla luce di moltissimi parametri.

41. – Di conseguenza, occorre considerare che solo alla luce delle caratteristiche di ogni trasferimento di attività concernenti una o più categorie di servizi di assistenza a terra si può stabilire se la transazione interessata costituisce un trasferimento ai sensi della direttiva 2001/23.

42. – Orbene, è importante constatare che l'art. 14 del decreto legislativo n. 18/1999 si applica, indipendentemente dalle caratteristiche dell'operazione di cui trattasi, a «ogni trasferimento di attività» nel settore in questione e che, alla luce della giurisprudenza sopra menzionata, un siffatto concetto di trasferimento eccede manifestamente quello stabilito dalla direttiva 2001/23, come è stato interpretato dalla Corte.

43. – Pertanto occorre dichiarare che la seconda censura è fondata, in quanto il regime di protezione sociale previsto all'art. 14 del decreto legislativo n. 18/1999 è incompatibile con la direttiva 96/67.

Sulla terza censura

44. – La Commissione ritiene che l'art. 20 del decreto legislativo n. 18/1999 sia incompatibile con la direttiva 96/67 in quanto consentirebbe a imprese aventi assetti organizzativi particolari di operare nel comparto dell'autoassistenza in parallelo ad altri prestatori selezionati e/o autorizzati conformemente alle disposizioni di tale direttiva.

45. – La Commissione precisa che l'art. 20 del detto decreto legislativo fa riferimento a contratti di lavoro in atto al 19 novembre 1998, che prevedono diversi assetti organizzativi e contrattuali. Questi contratti di lavoro riguardano il personale di utenti che praticano l'autoassistenza diversi da quelli definiti nella direttiva 96/67. Essi dovrebbero rimanere in

vigore nella loro attuale configurazione fino alla loro scadenza e in ogni caso per un periodo non superiore a sei anni. In pratica, queste imprese sarebbero autorizzate ad operare nella prestazione di servizi di autoassistenza in parallelo ad altre imprese del comparto dell'autoassistenza e a prestatori di servizi di assistenza a terra a terzi.

46. – Ora, secondo la Commissione, la direttiva 96/67 enuncia chiaramente le categorie di imprese prestatrici di servizi di assistenza a terra che possono qualificarsi come soggetti prestatori di servizi di assistenza a terzi e come utenti che praticano l'autoassistenza. Le entità che non soddisfano i criteri per l'autoassistenza di cui all'art. 2, lett. *f*), della direttiva 96/67 potrebbero operare soltanto in qualità di prestatori di servizi a terzi. Inoltre, gli artt. 6 e 7 della medesima direttiva prevederebbero l'obbligo di seguire procedure specifiche per la selezione degli utenti che praticano l'autoassistenza e dei prestatori di assistenza a terzi.

47. – La Commissione aggiunge che la direttiva 96/67 non prevede misure transitorie per le imprese aventi diversi assetti organizzativi. La validità delle relazioni contrattuali andrebbe valutata alla luce della normativa applicabile e in particolare delle disposizioni di tale direttiva. Infatti, il legislatore nazionale non potrebbe intervenire sulla durata massima di vigenza delle relazioni contrattuali come se queste ultime fossero esonerate dagli obblighi previsti dalle dette disposizioni.

48. – Il governo italiano ritiene che la norma controversa abbia una portata non solo transitoria, ma anche assai limitata. Essa andrebbe letta nello spirito di salvaguardia dei diritti acquisiti e ciò per un tempo relativamente breve, ossia fino alla scadenza dei contratti in questione e comunque per non oltre sei anni. Peraltro, si intenderebbe proporre la soppressione della norma nell'ambito della prossima legge annuale comunitaria (*omissis*)».

I GIUDIZI IN CORSO ALLA CORTE DI GIUSTIZIA CE

Cause riunite C-21/03 e C-34/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Appalti pubblici di servizi, forniture e lavori – Soggetti legittimati a partecipare – Incompatibilità di soggetti che abbiano partecipato a fasi preparatorie dell'appalto – Ordinanze del «*Conseil d'Etat*» (Belgio), emesse il 27 dicembre 2002, notificata il 25 marzo 2003 (cs. 7473/03, avv. dello Stato G. Fiengo).

IL FATTO

La *Société Anonyme Fabricom* presentava due ricorsi separati formulando richiesta di annullamento dell'art. 26 e dell'art. 32 del Regio decreto 25 marzo 1999 il quale modificava il Regio decreto 8 gennaio 1996 relativo agli appalti pubblici di lavori, forniture, servizi e concessioni di lavori pubblici.

La normativa in oggetto prevede l'obbligo di astenersi dalla presentazione di domanda di partecipazione – ovvero a formulare un'offerta – nei confronti di chi sia stato incaricato della ricerca, della sperimentazione, dello studio e dello sviluppo di lavori, forniture o servizi. La ricorrente contesta tale disposizione, rilevando come conformemente all'oggetto principale del proprio atto costitutivo – ove è indicato «lo svolgimento di tutti i tipi di lavori nel settore di trasporti di energie e di fluidi» – essa sia indotta a presentare regolarmente offerte relative ad appalti pubblici; tuttavia tale presunta incompatibilità – consistente nella partecipazione o svolgimento di una fase preparatoria dell'appalto – non può essere ritenuta di per sé motivo valido e sufficiente di esclusione, dovendo l'autorità aggiudicatrice dimostrare l'esistenza di un vantaggio tale da falsare il normale gioco della concorrenza. Tale discriminazione comporta la violazione del principio di ugualianza (che deve sussistere tra gli offerenti), della libertà del commercio e dell'industria, nonché l'inosservanza dell'obbligo di una corretta trasposizione delle direttive comunitarie nel diritto belga.

I QUESITI

1. – Se la direttiva 93/38/CEE, segnatamente all'art. 4, n. 2, la direttiva 98/4/CE, la direttiva 92/50/CEE in riferimento all'art. 3, n. 2, la direttiva 93/36/CEE in riferimento all'art. 5, n. 7, la direttiva 93/37/CEE in riferimento all'art. 6, n. 6, la direttiva 97/52/CE che modifica le direttive 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE in riferimento agli artt. 2, n. 1, lett. b) e 3, n. 1, lett. b), in combinato disposto con il principio di proporzionalità, con la libertà di commercio e di industria, e con riferimento al diritto di proprietà (garantito dal Protocollo addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali), ostino a che non sia ammesso a presentare una domanda di partecipazione, ovvero a formulare un'offerta per un appalto pubblico di lavori, forniture o di servizi, chi sia stato incaricato della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello

sviluppo di tali lavori, forniture o servizi, senza che si conceda a questa persona la possibilità di dar prova che, nelle circostanze del caso di specie, l'esperienza da essa acquisita non ha potuto falsare la concorrenza.

2. – Se la risposta alla precedente questione sarebbe diversa qualora le direttive citate, in combinato disposto ai principi, libertà, diritti enunciati, fossero interpretate nel senso che esse hanno ad oggetto solamente le imprese private, ovvero quelle che abbiano effettuato prestazioni a titolo oneroso.

3. – Se la direttiva 92/13/CEE, segnatamente ai suoi artt. 1 e 2, e la direttiva 89/665/CEE, con particolare riferimento ai suoi artt. 2, n. 1, lett. a) e 5, possano essere interpretate nel senso che, sino alla conclusione della procedura di esame delle offerte, l'autorità aggiudicatrice può rifiutare la partecipazione alla procedura, ovvero la presentazione di un'offerta, da parte dell'impresa che sia vincolata ad un soggetto che sia stato incaricato della ricerca, sperimentazione, studio o sviluppo di lavori, forniture o servizi, quando tale impresa, interrogata in tal senso dall'autorità aggiudicatrice, affermi che essa non beneficia per questa ragione di un vantaggio ingiustificato tale da falsare le normali condizioni concorrenziali.

Cause riunite C-96/03 e C-97/03 (domande di pronuncia pregiudiziale) – Afta epizootica – Abbattimento di animali sospettati di essere infetti o contaminati – Misure nazionali supplementari – Direttive 85/511/CEE e 90/423/CEE – Ordinanze del «College van Beroep» (Paesi Bassi), emesse il 7 gennaio 2003, notificate il 28 maggio 2003 (cs. 11756/03, avv. dello Stato G. Fiengo).

IL FATTO

Nelle controversie in esame gli appellanti – due allevatori di bestiame – impugnano le decisioni del direttore del servizio per il controllo del bestiame e delle carni che, in applicazione della «legge sulla salute ed il benessere degli animali» e del «decreto sugli animali sospetti», ha dichiarato gli animali artiodattili degli appellanti sospetti di essere animali contagiati dall'afta epizootica e ne ha disposto l'abbattimento.

I QUESITI

1. – Se uno Stato membro possa trarre dal diritto comunitario il potere di decidere l'abbattimento di animali che sono sospettati di essere infetti o contaminati dal virus dell'afta epizootica.

2. – Se la direttiva 85/551/CEE, come modificata dalla direttiva 90/423/CEE, offra agli Stati membri la possibilità di (far) adottare misure nazionali supplementari per la lotta all'afta.

3. – Quali limiti ponga il diritto comunitario ad uno Stato membro riguardo all'adozione di misure nazionali supplementari, diverse da quelle previste nelle direttive sopra indicate.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

Il Governo italiano ha presentato le seguenti osservazioni.

«La lotta all'afta epizootica costituisce storicamente uno dei compiti più delicati da perseguire da parte della Comunità per il miglioramento del patrimonio zootecnico, in quanto questa malattia virale, essendo particolarmente contagiosa, «ad alta diffusività», benché priva di impatto sulla salute pubblica ha una fondamentale rilevanza economica, al punto che essa detiene la prima posizione nell'elenco A delle malattie, redatto dall'Ufficio Internazionale delle Epizootie (U.I.E.).

La problematica inerente all'abbattimento degli animali sospetti di essere infetti o contaminati risulta particolarmente complessa attesa la necessità di contemperare le esigenze di natura economica sanitaria e giuridica ed il caso prospettato si presta ad un chiarimento in merito ai poteri riconoscibili agli Stati membri a livello nazionale nell'ambito del regime comunitario in vigore.

La tesi del Governo italiano è che la direttiva 85/511/CE e le successive modifiche non impediscono agli Stati membri di fruire di un potere normativo supplementare a quello da esplicare secondo le disposizioni comunitarie, in particolare quello di provvedere la possibilità di abbattere animali sospetti di essere infetti o contaminati dal virus dell'afta epizootica.

Tale interpretazione deriva sul piano sistematico dalla scelta del legislatore comunitario di regolamentare la materia concernente la lotta all'afta epizootica con lo strumento della direttiva. Ai sensi dell'articolo 249 del trattato, la direttiva è un atto che vincola lo Stato membro per il risultato da conseguire, lasciando ferma l'autonomia dello stesso per quanto riguarda la forma, i mezzi entro certi limiti il contenuto dell'atto di recepimento, che può concretarsi in una legge, in un regolamento o in un atto amministrativo generale.

Va altresì rilevato che nei considerando della direttiva 85/511/CE il legislatore comunitario ha affermato la necessità di adottare una politica di prevenzione efficace dell'afta epizootica in ragione delle caratteristiche intrinseche della malattia (rapida diffusione, alto tasso di mortalità, ecc.): trattasi pertanto di un atto che ha lo scopo di indicare le misure più opportune per contrastare la diffusione della malattia senza limitare totalmente la discrezionalità degli Stati membri anche in considerazione del carattere sperimentale, in funzione della evoluzione nel tempo della situazione epidemiologica, che esplicitamente hanno le misure previste nella direttiva stessa.

Le disposizioni di cui all'articolo 10 della direttiva 90/425/CE (relativa ai controlli veterinari e zootecnici applicabili agli scambi intracomunitari in taluni animali vivi e prodotti di origine animale nella prospettiva del mercato interno), suffraga questa interpretazione, riconoscendo agli Stati membri la possibilità di adottare qualsiasi altra misura che sia ritenuta appropriata, oltre quelle previste dalla normativa comunitaria nella lotta alle malattie che possono comportare gravi rischi per gli animali. Il carattere generale della disposizione implica il riconoscimento di una discrezionalità degli Stati membri nell'adottare ulteriori misure preventive e combattive delle malattie ancorché coordinate e finalizzate al raggiungimento degli obiettivi prestabiliti dal legislatore comunitario. Del resto storicamente gli Stati membri hanno sempre adottato misure restrittive

nella lotta all'afta epizootica eccedenti i parametri minimi stabiliti dalla direttiva 85/511/CE, senza incorrere in censure da parte della Corte di giustizia o in contenzioso con la Commissione.

Questa discrezionalità residua degli Stati membri si giustifica alla luce della presenza, in ciascun contesto nazionale, di differenti situazioni epidemiologiche, di differenti esigenze per il contenimento dei costi inerenti alle procedure di abbattimento e di indennizzo degli animali e di indennizzo degli allevatori, e trova fondamento logico nelle peculiari caratteristiche della malattia, che essendo come rilevato ad altissima diffusività, trova sovente idonea resistenza e prevenzione soltanto in una legislazione d'emergenza.

Del resto questa sembra essere anche la linea adottata dalla Commissione Europea, posto che lo schema di nuova direttiva per disciplinare la materia prevede la possibilità da parte degli Stati membri di adottare programmi preventivi di sradicazione che, quando i dati epidemiologici lo consentono, permettono di disporre anche l'abbattimento degli animali di specie sensibili che rischiano di essere contaminati.

Si consideri ancora che la direttiva 2001/1989/CE, recante norme per la lotta contro la peste suina classica, malattia della lista A dell'elenco dell'U.I.E., simile all'afta epizootica per effetti e caratteristiche, all'articolo 4 paragrafo 3 dispone che, ove la situazione epidemiologica lo consenta e in particolare se l'azienda in cui sono tenuti animali sospetti è situata in una zona ad altra densità di suini, equipara il caso di sospetto della malattia a quello della conferma della medesima in azienda.

In definitiva alla luce delle considerazioni espresse vi è un interesse del Governo italiano a che la Corte di giustizia riconosca definitivamente il potere governativo supplementare agli Stati membri alla lotta all'afta epizootica.

A tale soluzioni conducono inevitabilmente valutazioni di natura strettamente sanitaria: la procedura di cui all'art. 4 della direttiva 85/511/CE richiede tempi e mezzi adeguati per fronteggiare una eventuale situazione di emergenza di afta epizootica, motivo per cui invece l'abbattimento di animali sospetti di essere venuti in contatto con il virus (contaminati) ma ancora privi di sintomi malattia può ragionevolmente costituire uno strumento fondamentale per evitare l'ulteriore diffusione dell'agente, in particolare nelle zone ad alta densità di allevamenti. Questa misura verrebbe comunque adottata solo a seguito di considerazioni di carattere epidemiologico e di una analisi dei costi-benefici, come del resto si è verificato in tutti i casi in cui gli Stati membri hanno fatto ricorso a questa misura.

Il riconoscimento di un potere di intervento suppletivo del Governo dello Stato membro garantisce quindi la possibilità di prevenire favorevolmente le emergenze, in funzione di un monitoraggio delle aree sospette della consistenza degli allevamenti, consentendo quindi in ultima analisi di procedere tempestivamente agli abbattimenti dei casi sospetti.

La possibilità di disporre in un potere di intervento monitoraggio e controllo della situazioni epidemiologica relativa all'afta epizootica garantisce inoltre una migliore gestione delle risorse economiche da impegnare soprattutto nelle situazioni di emergenza.

Roma, 31 luglio 2003 – Avvocato dello Stato Giuseppe Fiengo».

Causa C-453/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Agricoltura – Sanità pubblica – Mangimi per l'alimentazione animale – Etichettatura – Direttiva 2002/2/CE – Ordinanza della «High Court of Justice» (Regno Unito), emessa il 6 ottobre 2003, notificata il 18 dicembre 2003 (cs. 5564/04, avv. dello Stato D. Del Gaizo).

IL FATTO

La presente domanda di pronuncia pregiudiziale ha per oggetto la validità degli artt. 1, 1), lett. b) e (nella misura indicata *infra*, 1, 4), della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 28 gennaio 2002, 2002/2/CE, che modifica la direttiva del Consiglio 79/373/CEE relativa alla circolazione dei mangimi composti per animali e che abroga la direttiva della Commissione 91/357/CEE (*Gazzetta Ufficiale* L 63, pag. 23; in prosieguo: la «direttiva»). La direttiva è entrata in vigore in seguito alla pubblicazione sulla *Gazzetta Ufficiale* del 6 marzo 2002.

Gli artt. 1, 1), lett. b), e 4), della direttiva prevedono il sistema della cosiddetta «dichiarazione aperta» per l'etichettatura dei mangimi composti per animali, comprendente:

a) l'etichettatura obbligatoria di mangimi composti (destinati ad animali diversi dagli animali familiari) con l'enumerazione di tutte le materie prime usate nei mangimi con indicazione, in ordine decrescente, delle percentuali rispetto al peso (con una tolleranza del +/-15% del valore dichiarato delle suddette percentuali) [art. 1, 4) della direttiva; art. 5 *quater*, n. 2, lett. a), del testo coordinato della direttiva 79/373]; e

b) l'obbligo di fornire ai clienti, dietro richiesta, la percentuale esatta rispetto al peso delle materie prime dei mangimi che compongono l'alimento in questione [art. 1, 1), lett. b), della direttiva; art. 5, n. 1, 1), del testo coordinato della direttiva 79/373].

I ricorrenti ritengono che le due disposizioni della direttiva art. 1, 1), lett. b), e art. 1, 4), per la parte in cui tale articolo modifica l'art. 5 *quater*, n. 2, lett. a), della direttiva 79/373 esigendo l'enumerazione con l'indicazione della percentuale delle materie prime dei mangimi viola il diritto comunitario per una serie di motivi che vengono riassunti, insieme al contrasto legislativo della direttiva, nella sentenza dell'High Court (Davis J.) allegata alla presente ordinanza.

In breve sintesi si afferma che la disposizioni contestate *i)* manchino di un corretto fondamento normativo *ex art.* 152, n. 4, lett. b), CE; *ii)* costituiscano un'interferenza ingiustificata e sproporzionata rispetto a diritti di proprietà economicamente rilevanti; e *iii)* contravvengano al principio di proporzionalità, visto come un principio autonomo.

I ricorrenti si limitano a sostenere che contrario al diritto comunitario è l'obbligo rispetto ai terzi di dichiarare le percentuali. In particolare i ricorrenti non si oppongono all'obbligo di enumerare in ordine decrescente rispetto al peso tutte le materie prime dei mangimi. Inoltre i ricorrenti hanno indicato che non avrebbero sollevato alcuna eccezione in ordine ad una disposizione richiedente la dichiarazione delle percentuali alle competenti autorità, posto che venga garantita l'opportuna confidenzialità.

IL QUESITO

Se l'art. 1, 1), lett. *b*), e l'art. 1, 4), della direttiva 2002/02, nella parte in cui modifica l'art. 5 *quater*, n. 2, lett. *a*), della direttiva 79/373 esigendo l'enumerazione delle percentuali siano invalidi per:

- a) assenza di fondamento normativo nell'art. 152, n. 4, lett. *b*), CE;
- b) violazione del diritto fondamentale di proprietà;
- c) violazione del principio di proporzionalità.

Causa C-470/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Libera circolazione delle merci – Prestazioni quantitative e misure ad effetto equivalente – Requisiti di sicurezza di macchinari – Danno diverso dal danno a persone o cose – Risarcimento – Responsabilità dello Stato o di un suo funzionario – Artt. 10, 28 e 30 CE – Direttiva 97/37/CE – Ordinanza del «*Tampereen Karajaoikeus*» (Finlandia), emessa il 7 novembre 2003, notificata il 22 gennaio 2004 (cs. 8828/04, avv. dello Stato D. Del Gaizo).

IL FATTO

L'Ufficio distrettuale per la sicurezza sul lavoro di Vaasa avrebbe riscontrato nei sollevatori prodotti dalla AGM Cos.met s.r.l., società di diritto italiano, alcuni difetti in relazione alla resistenza della struttura e alla sicurezza d'uso. L'ingegnere capo, esperto del Ministero degli Affari Sociali e della Sanità (in prosiegua: il Ministero), specializzato in sollevatori, che ha istruito la pratica, ha presentato le sue conclusioni proponendo restrizioni all'uso dei sollevatori italiani della marca AGM e un divieto di vendita di nuovi impianti.

Anche secondo la Federazione del Commercio Tecnico i sollevatori in questione sarebbero stati progettati senza prendere in considerazione la disciplina esistente (direttiva 98/37/CE e norma SFS-EN 1493), scaricando sulle officine e sugli organizzatori degli impianti i rischi dell'utilizzazione. La competitività del prodotto risulterebbe, quindi, dal fatto che l'AGM non si sarebbe preoccupata di eliminare i rischi per la sicurezza.

La AGM ha citato in giudizio lo Stato finlandese e l'ing. Tarmo Lehtinen per il risarcimento del danno da essa subito in Finlandia ed in altri Paesi d'Europa in conseguenza della perdita di fatturato e di reputazione commerciale sotto forma di diminuzione delle vendite. Sulla base della normativa concernente il risarcimento del danno, lo Stato risponde dei danni causati all'AGM dal comportamento del Ministero e dell'ing. Lehtinen. L'azione si fonda sostanzialmente sul fatto che l'ing. Lehtinen, nel corso della trattazione della pratica, ha pubblicamente diffuso, nell'ambito di interviste rilasciate alla televisione, ai giornali o in altre occasioni giudizi negativi sui sollevatori prodotti dalla AGM. I giudizi negativi espressi pubblicamente e la possibilità che essi abbiano fatto crollare le vendite dei sollevatori d'auto suscitano questioni legate alla libera circolazione delle merci, la cui soluzione non può considerarsi chiara ed evidente sulla base dell'attuale giurisprudenza della Corte di Giustizia.

I QUESITI

1. – Se si possa parlare di misure di effetto equivalente a quello di restrizioni quantitative ai sensi dell'art. 28 CE oppure di misure dalla cui applicazione ci si deve astenere ai sensi dell'art. 10, n. 2, CE, allorché un esperto alle dipendenze di un organo statale per la sicurezza sul lavoro, pur non avendo il potere di adottare decisioni, prende posizione, dopo l'avvio di un procedimento di sorveglianza del mercato, ma prima che il procedimento sia stato concluso, partecipando al principale telegiornale del canale televisivo statale, esprimendosi su quotidiani di larga diffusione o intervenendo a riunioni di organizzazioni commerciali e professionali, in modo tale che le sue affermazioni, direttamente esposte o ripetute da altri, sulla pericolosità per la salute o addirittura per la vita delle persone di macchine fabbricate e commercializzate da un determinato produttore, oggetto del procedimento di sorveglianza, possono creare una pubblicità negativa per tali macchine e pregiudicare le vendite.

2. – Se la direttiva 98/37/CE sulle macchine vada interpretata nel senso che un sollevatore di automobili non possiede i requisiti sostanziali di sicurezza in essa enunciati quando non sia stato costruito in conformità della norma SFS EN 1493 poiché nel fabbricarlo non si è tenuto conto del fatto che il veicolo doveva poter essere piazzato sul sollevatore in entrambe le direzioni di marcia e i calcoli del peso che poteva essere sopportato da ciascun braccio del sollevatore non sono stati fatti sulla base delle condizioni di carico meno favorevoli.

3. – Qualora la questione *sub* 1) vada risolta in senso affermativo, se il comportamento del funzionario menzionato nella predetta questione risulti sproporzionato in relazione alla sua legittima finalità di tutelare la salute e la vita delle persone e perciò contrario al Trattato CE, anche se si dovesse rispondere in senso affermativo pure alla questione *sub* 2), se si prende in considerazione la natura del comportamento e specialmente il fatto che eventuali rischi potrebbero essere posti in evidenza ed il sorgere di eventuali rischi potrebbe essere evitato anche con mezzi diversi da quelli menzionati alla questione *sub* 1) e che il comportamento è stato tenuto già prima che:

a) l'organo amministrativo competente adottasse una decisione nella pratica di sorveglianza del mercato e che esso, dirigendosi contro un prodotto ben identificato, era particolarmente idoneo a pregiudicare le vendite di tale prodotto.

b) Qualora spetti al giudice nazionale pronunciarsi sul problema della proporzionalità, menzionato nella questione *sub* 3a), se occorra dare la prevalenza all'eventuale non conformità alle regole di sicurezza comunitarie o nazionali oppure alle circostanze in cui tale mancanza di conformità è stata divulgata.

4. – Se il comportamento di un funzionario, quale menzionato nella questione *sub* 1, possa giustificarsi, nelle circostanze già menzionate nella questione *sub* 3, sulla base della libertà di parola sancita dall'art. 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, pur non essendo conforme agli artt. 28 e 30 CE o all'art. 10 CE.

5. - a) Qualora il comportamento del funzionario, quale descritto nella questione *sub* 1, risulti incompatibile con gli artt. 28 e 30 CE o con l'art. 10 CE, se la violazione sia così grave e manifesta da far sì che lo Stato, se sussistono gli altri presupposti per il risarcimento del danno, sia tenuto, in forza del diritto comunitario, a risarcire il danno che da questo comportamento sia potuto derivare all'impresa che commercializza i prodotti.

b) Se la violazione menzionata al punto a) sia grave e manifesta anche nel caso in cui non si possa rimproverare all'autorità o al funzionario competente a prendere una decisione alcuna colpa o alcuna omissione, quando la predetta autorità o il predetto funzionario non abbiano mai approvato i comportamenti censurati né abbiano fatto in modo che essi producessero effetti concreti.

c) Se l'art. 10 CE e, in particolare il suo n. 2, possa creare diritti in capo ai singoli nelle circostanze menzionate alla questione *sub* 1).

d) Se, accanto alla responsabilità dello Stato, possa sussistere alle stesse condizioni, in forza del diritto comunitario, la responsabilità di un funzionario per il comportamento menzionato nella questione *sub* 1), qualora questo risulti incompatibile con il diritto comunitario.

e) Se sia praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento del danno ai sensi del diritto comunitario quando, secondo la normativa nazionale, il risarcimento di un pregiudizio economico diverso dai danni alle persone o alle cose può essere ottenuto soltanto se il danno deriva da un fatto penalmente perseguibile o è stato causato nell'esercizio di pubbliche funzioni o se, altrimenti, ci sono particolari motivi per concedere il risarcimento del danno.

6. a) Qualora si riconosca il risarcimento del danno, sulla base della legge nazionale, per violazione, anche colposa, delle regole in materia di circolazione delle merci, se il diritto comunitario esiga che il risarcimento da effettuare sia una sanzione efficace ed atta a dissuadere dal compiere la violazione e se sia incompatibile con le norme comunitarie concernenti la responsabilità il fatto che, secondo la legge nazionale, il funzionario che si sia reso colpevole di una trasgressione o di un'omissione risponde soltanto in modo ragionevole ma non necessariamente per l'intero importo del danno e non è affatto tenuto a risarcire il danno, se la colpa ascrittagli è soltanto colpa lieve, o il fatto che il funzionario, e lo Stato che risponde per la trasgressione o per l'omissione del funzionario, possono essere obbligati a risarcire gli altri danni pecuniari diversi dai danni alle persone o alle cose soltanto quando il danno deriva da un fatto penalmente perseguibile o è stato causato nell'esercizio di pubbliche funzioni o se ragioni particolarmente importanti militano per il suo risarcimento.

b) Qualora una delle limitazioni di responsabilità menzionate alla questione *sub* 1) risulti incompatibile con il diritto comunitario, se, nel determinare il risarcimento sulla base del diritto nazionale, tale limitazione non debba essere presa in considerazione, sebbene in tal modo la responsabilità del funzionario interessato finisca per risultare più severa e più ampia di quanto preveda la legge nazionale.

Causa C-478/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Trasferimento d'impresa – Agenzie di formazione professionale – Trasferimento di funzioni pubbliche in capo a privati – Successione dei contratti di lavoro – Data del trasferimento – Effetti di successione dei contratti di lavoro – Art. 3, n. 1 direttiva 77/187/CE – Ordinanza della «House of Lords» (Regno Unito), notificata il 29 gennaio 2004 (cs. 7540/04, avv. dello Stato D. Del Gaizo).

IL FATTO

Nel caso da cui origina il ricorso, l'appellante è una società di diritto privato che gestisce la formazione professionale aziendale nel Galles del Nord a seguito della istituzione, avvenuta nel 1989, dei TEC («*Training and Enterprise Councils*»). Gli appellati erano pubblici impiegati presso gli uffici locali del Ministero del lavoro che gestivano precedentemente la medesima attività e che vennero inizialmente distaccati, sempre come dipendenti ministeriali, ai TEC per un periodo di tre anni. Un accordo tra i TEC e il Ministero del 1992 prevedeva, tra l'altro, disposizioni per il consolidamento delle indennità di licenziamento maturate nel pubblico impiego e l'obbligo di rimborsare al TEC eventuali pretese giudiziali in ordine alla continuità dei periodi di impiego. Tra il 1993 e il 1994, 18 dei 43 dipendenti distaccati davano le dimissioni dal pubblico impiego per essere assunti al TEC, tra i quali gli appellati. Gli stessi, già prima del trasferimento erano pubblici impiegati assegnati alla stessa impresa, cioè esercitavano le stesse funzioni sia prima che dopo il cambiamento di titolarità del servizio. Questo mutamento equivaleva ad un trasferimento di impresa (quest'ultima peraltro ad alto tasso di fattore lavoro) ai sensi della direttiva. Nel 1998 una appellata fu licenziata per esubero. L'*Employment Tribunal* ha dichiarato sussistere nei confronti di ciascun appellato una continuità di impiego ai sensi della normativa britannica nonché in forza della direttiva, malgrado la lunga durata del processo di trasferimento. Secondo la sentenza, assumere direttamente personale distaccato costituiva una transazione nell'ambito di questo processo. L'*Employment Appeal Tribunal* affermò invece – ma sempre in base alle stesse norme – che il trasferimento era completato quando il cessionario aveva occupato il ruolo attuale assumendo il controllo della vecchia impresa, e quindi nel 1990, comunque prima del 1993.

In conclusione, la tesi della Celtec Ltd è che, il processo di trasferimento è completo nella singola data in cui il cessionario ottiene il pieno possesso, l'occupazione e il controllo dell'impresa trasferita. La tesi degli ex dipendenti è che i diritti acquisiti dal dipendente sono tutelati quando il suo rapporto di lavoro con il cedente è in atto alla data del trasferimento, che, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia può compiersi attraverso una o più transazioni che si svolgono in un periodo di tempo, determinando nel caso in specie la difesa dei diritti acquisiti.

IL QUESITO

Se l'espressione «i diritti e gli obblighi che risultano per il cedente da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento» contenuta all'art. 3, n. 1, di tale direttiva, debba essere interpretata

nel senso che vi è un momento preciso in cui si deve ritenere che il trasferimento dell'impresa o di una sua parte sia stato completato e che il trasferimento degli stessi diritti ed obblighi si sia compiuto. In caso affermativo si chiede come debba identificarsi tale preciso momento. In caso negativo, come debba essere interpretata l'espressione «alla data del trasferimento».

Causa C-511/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – BSE – Misure di protezione – Ricorso per annullamento e/o per carenza – Obbligo e responsabilità dello Stato – Diritto applicabile – Artt. 230 e 232 CE – Art. 1, n. 2 decisione 94/381/CE, art. 17 direttiva 90/425/CEE e art. 17 direttiva 89/662/CEE – Ordinanza del «*Hoge Raad*» (Paesi Bassi), emessa il 5 dicembre 2003, notificata il 9 febbraio 2004 (cs. 12122/04, avv. dello Stato D. Del Gaizo).

IL FATTO

La questione è stata sollevata nell'ambito di una controversia in cui tre società «TK»(ricorrenti e resistenti in cassazione) che si occupano della produzione e della vendita di proteine derivate da mammiferi, contestavano l'operato dallo Stato olandese in ordine all'applicazione della decisione 94/381/CE, relativa alle problematiche della BSE, e richiedevano risarcimento per i danni subiti a causa di tale operato. Avverso la sentenza del Tribunale di primo grado, che aveva respinto il ricorso, veniva interposto appello che si concludeva con una riforma della sentenza appellata e con la condanna dello Stato al pagamento dei danni e degli interessi alle società ricorrenti. Avverso tale sentenza lo Stato proponeva ricorso in cassazione.

Nel quadro delle misure adottate a livello comunitario per contrastare la diffusione della BSE, l'art 1 della decisione 94/381/CE prevede il divieto di somministrazione ai ruminanti, con la dieta, di proteina derivata da tessuti di mammiferi, e riconosce, tuttavia, agli Stati che avessero adottato un sistema atto a consentire di distinguere la proteina animale derivata da ruminanti da quella derivata da non ruminanti, la possibilità di ottenere dalla Commissione una autorizzazione a consentire la somministrazione ai ruminanti di proteina derivata da specie diverse dai ruminanti.

Nel caso di specie, le società TK lamentano che lo Stato, pur avendo avviato presso la Commissione il procedimento di autorizzazione di cui al precitato art. 1, n. 2, non avrebbe, poi, fatto quanto ragionevolmente in suo potere affinché la Commissione fornisse l'autorizzazione a consentire la somministrazione predetta, e non avrebbe, altresì, tenuto nella giusta considerazione il fatto che le società TK non potevano presentare un ricorso dinanzi alla Corte di giustizia delle CE in forza dell'art. 232 CE, in quanto non direttamente riguardate, né potevano «costringere» la Commissione a prendere una decisione in merito alla richiesta di autorizzazione.

Diverso è il parere dello Stato che, considerato il carattere «straordinario» dei ricorsi aventi ad oggetto il comportamento delle istituzioni comuni-

tarie (sia sotto il profilo attivo, sia sotto il profilo omissivo), rivendica il suo ampio potere discrezionale nella materia, trattandosi di un caso che riguarda la politica dei rapporti internazionali.

I QUESITI

1. – Se si debba risolvere in base alle norme del diritto olandese o in base a quelle del diritto comunitario la questione se lo Stato sia tenuto, in un caso come quello di specie, ad avvalersi delle sue possibilità di ricorso in forza dell'art. 232 CE o dell'art. 230 CE e, in caso di inosservanza di detto obbligo, a risarcire il danno subito per tale motivo dal cittadino.

2. Qualora si debba risolvere la questione 1 in tutto o in parte in base alle norme del diritto comunitario:

2.a – se il diritto comunitario possa in alcune circostanze comportare un obbligo e una responsabilità come quelli considerati in detta questione;

2.b – qualora la soluzione della questione 2.a sia positiva, quali norme del diritto comunitario si debbano applicare per risolvere la questione di cui al punto 1) in un caso concreto come quello della fattispecie.

3. – Se si debba interpretare l'art. 1, n. 2, della decisione 94/381/CE, in combinato disposto, per quanto necessario, con quanto stabilito dall'art. 17 della direttiva 90/425/CEE e dall'art. 17 della direttiva 89/662/CEE, nel senso che ne discende un obbligo per la Commissione o per il Consiglio di concedere un'autorizzazione nel senso indicato se il sistema che lo Stato membro richiedente applica, o applicherà, è effettivamente idoneo per differenziare le proteine dei ruminanti da quella dei non ruminanti.

4. – In quale misura la soluzione della terza questione comporti una restrizione rispettivamente del diritto e dell'obbligo dello Stato di cui al punto 1) di rispettivamente *oppori, in forza dell'art. 232 CE*, al mancato rilascio di un'autorizzazione come quella di cui alla presente fattispecie e *di opporsi, in base all'art. 230 CE* a un rifiuto di concedere tale autorizzazione.

Causa C-129/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE – Aggiudicazione di appalti pubblici di forniture e di lavori – Associazione temporanea di imprese senza personalità giuridica – Legittimazione ad agire in giudizio – Ordinanza del «Conseil d'Etat» (Belgio), Sezione amministrativa, nella causa promossa da *Société Anonyme Espace Trianon* e *Société Anonyme Société Wallonne de location-financement (Sofital)* contro *Office communautaire et régional de la formation professionnelle et de l'emploi*, notificata il 4 maggio 2004 (cs. 33139/04, avv. dello Stato G. Fiengo).

IL FATTO

Il giudizio riguardava l'annullamento dell'aggiudicazione di un appalto relativo alla concezione, realizzazione e finanziamento di un edificio destinato ad uffici amministrativi, promosso da una associazione temporanea di imprese non aggiudicataria. È emersa l'illegittimità della delibera di stare in

giudizio assunta da una delle imprese associate. La questione pregiudiziale in oggetto tende pertanto a definire le possibili conseguenze processuali di tale illegittimità.

I QUESITI

1. – Se l'art. 1 della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, osti ad una disposizione di una normativa nazionale, interpretata nel senso che obbliga i membri di una associazione temporanea che non dispone di personalità giuridica e che, in quanto tale, ha partecipato ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico e che ha ottenuto il suddetto appalto, ad agire tutti insieme, nella loro qualità di associati o in nome proprio, per proporre un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione del suddetto appalto.

2. – Se la soluzione della questione sia diversa nel caso in cui i membri dell'associazione momentanea abbiano agito tutti insieme, ma l'azione di uno dei suoi membri sia irricevibile.

3. – Se l'art. 1 della direttiva succitata che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, osti ad una disposizione di una normativa nazionale,⁽¹⁾ interpretata nel senso che vieta ad un membro di una siffatta associazione temporanea di proporre a titolo individuale, nella sua qualità di associato o in nome proprio, un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione.

Causa C-185/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Assegno familiare –
Direttiva del Consiglio 96/34/CE; Reg. 1612/68; artt. 12; 17, n. 2; 18 e 39 CE – Ordinanza del «*Länsrätten I Stockholms Län*» (Svezia), emessa il 20 aprile 2004, notificata il 14 giugno 2004 (cs. 35320/04, avv. dello Stato D. Del Gaizo).

IL FATTO

Il quesito è sorto nell'ambito di una controversia fra un cittadino svedese che aveva prestato servizio presso la Corte di Giustizia delle Comunità Europee ed una cassa mutua svedese, la quale sostiene di non poter riconoscere il periodo di lavoro svolto dal detto funzionario fuori dalla Svezia ai fini del computo dell'assegno familiare ad esso spettante a seguito della nascita di un figlio.

I QUESITI

1. – Se sia compatibile gli artt. 12; 17, n. 2; 18 e 39 CE, con gli artt. 7, nn. 1 e 2, del Reg. 1612/68 e con la direttiva n. 96/34, concernente l'accordo

(1) Trattasi dell'art. 19, primo comm, delle leggi sul *Conseil d'Etat* coordinati il 12 gennaio 1973.

quadro sul congedo parentale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES, l'obbligo previsto in una normativa nazionale secondo cui un genitore deve essere stato residente ed iscritto in una cassa malattia nello Stato Membro di cui trattasi per almeno 240 giorni prima della nascita del bambino per avere diritto ad una prestazione parentale per un importo equivalente all'indennità di malattia del genitore stesso.

2. – In caso di soluzione affermativa alla questione *sub 1*, se il diritto comunitario esiga che debba essere contabilizzato un periodo in cui il lavoratore era soggetto al sistema comunitario di assicurazione malattia in conformità delle norme dello Statuto del personale della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, nel determinare se un lavoratore soddisfi il requisito dell'anzianità relativamente all'iscrizione ad un sistema previdenziale secondo la normativa nazionale.

Causa C-193/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Onorari notarili – Direttiva del Consiglio 69/335/CEE – Ordinanza del «*Supremo Tribunal Administrativo*» (Portogallo), emessa il 17 marzo 2004, notificata il 14 giugno 2004 (cs. 35319/04, avv. dello Stato D. Del Gaizo).

IL FATTO

Il quesito è sorto nell'ambito di una controversia fra un notaio portoghese ed una società di capitali vertente sulla liquidazione degli onorari relativi all'atto di cessione di parte del capitale sociale. Il giudice tributario di primo grado accoglie l'impugnazione della parcella proposta da parte della società di capitali, ritenendo tali onorari quali imposte dirette sulla raccolta di capitali, vietati dalla citata direttiva. Avverso tale decisione, il predetto notaio ricorre in appello sollevando la questione pregiudiziale.

I QUESITI

1. – Se gli emolumenti riscossi in occasione della stipulazione di un atto pubblico di cessione di quote della società ricadano nel disposto di cui all'art. 4, n. 3, della direttiva.

2. – Se la norma di cui alla *Tabela de Emolumentos Notarias* (Tariffa degli onorari di notaio) sia compatibile con gli artt. 10, lett. c) e 12, n. 1, lett. e) della direttiva 69/335/CEE, nella parte in cui prevede per gli atti di cessione di quote l'applicazione di emolumenti di importo illimitato derivanti esclusivamente in funzione del valore delle quote cedute, senza alcun limite e senza alcun rapporto con il valore del servizio prestato.

Causa C-208/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Nozione di rifiuto – Art. 1, lett. a) della direttiva 75/442/CEE e successive modificazioni – Ordinanza del «*Conseil d'Etat – Sez. amministrativa*» (Belgio), emessa il 29 aprile 2004, notificata il 28 giugno 2004 (cs. 37739/04, avv. dello Stato G. Fiengo).

IL FATTO

Tale quesito è sorto nell'ambito di una controversia fra un'associazione ambientalista belga e la Regione vallone, relativa all'impugnazione, in sede

di giurisdizione amministrativa, del regolamento della Regione che fissa un elenco di materie «assimilabili» ai prodotti, in modo tale da sottrarle alla disciplina vincolistica applicabile ai rifiuti.

IL QUESITO

Se l'art. 1, lett. *a*) della direttiva 75/442/CEE, modificata con la direttiva 91/156 CEE, debba essere interpretato nel senso che gli Stati membri sono autorizzati a creare mediante una norma giuridica una categoria di materie che non rientrano né nella categoria dei rifiuti né in quella dei prodotti, ma che possono cionondimeno sia integrare la definizione di rifiuti fornita dal citato art. 1, lett. *a*), sia contenere sostanze o oggetti che rispondono a questa medesima definizione di rifiuto.

Causa C-215/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Rifiuti destinati al recupero – Regolamento n. 259/1993 – Ordinanza del «*Ostre Landsret*» (Danimarca), notificata il 21 luglio 2004 (cs. 39033/04, avv. dello Stato G. Fiengo).

IL FATTO

La presente causa è stata intentata il 22 maggio 2001 dalla *Marius Pedersen A/S* contro l'Amministrazione dell'Ambiente. La questione principale della controversia è quella di stabilire su quale fondamento e in quale misura l'Amministrazione danese dell'Ambiente, in conformità al regolamento del Consiglio 1° febbraio 1993, n. 259 può sollevare obiezioni all'esportazione di rottami elettronici per il recupero in Germania. Il motivo sostanziale è che la *Marius Pedersen A/S* ha chiesto all'Amministrazione dell'Ambiente di autorizzare il trasporto di 2000 tonnellate di rottami elettronici a destinazione della ditta tedesca controparte contrattuale della *Marius Pedersen A/S*, la *Rethmann Elektrorecycling GmbH*, per il recupero. L'Amministrazione dell'Ambiente non ha dato l'autorizzazione all'esportazione poiché la *Marius Pedersen A/S*, a parere dell'amministrazione, non ha provato di poter figurare come notificatore del trasporto e non ha trasmesso le informazioni che sono necessarie perché l'amministrazione possa trattare la notifica. La *Marius Pedersen A/S* è tuttavia del parere che l'impresa ha diritto di effettuare il trasporto sul fondamento in questione.

I QUESITI

1. – Se l'espressione «qualora questo risultasse impossibile» di cui all'art. 2 lett. *g*), *sub)ii*, del regolamento n. 259/1993 debba intendersi nel senso che un'impresa di raccolta riconosciuta non possa automaticamente svolgere il compito di notificatore di un'esportazione di rifiuti destinati al recupero.

In caso affermativo si desidera che sia chiarito in base a quale criteri un'impresa di raccolta riconosciuta possa svolgere il compito di notificatore di un'esportazione di rifiuti destinati al recupero.

Se il criterio possa essere che il produttore di rifiuti è sconosciuto, ovvero che si tratta di produttori così numerosi, la cui singola quota sia così modesta, che sarebbe irragionevole che ciascuno dovesse notificare un'esportazione di rifiuti.

2. – Se l'art 7 n. 2, in combinato disposto con il n. 4, lett. a), in particolare primo e il secondo trattino, del regolamento del Consiglio n. 259/1993 dia la possibilità che autorità competenti del Paese di spedizione sollevino obiezioni nei confronti di una concreta domanda di autorizzazione all'esportazione di rifiuti destinati al recupero se non esistono informazioni da parte del notificatore sul fatto che il trattamento, da parte dell'impianto di destinazione, dei rifiuti di cui trattasi sotto il profilo dell'ambiente sia allo stesso livello richiesto ai sensi delle norme nazionali del paese di spedizione.

3. – Se l'art. 6, n. 5, primo trattino, del regolamento del Consiglio n. 259/1993 debba essere inteso nel senso che la richiesta di informazioni relative alla composizione dei rifiuti può essere considerata soddisfatta con l'indicazione, da parte del notificatore, del fatto che si tratta solo di rifiuti di un tipo concretamente indicato, ad es. «rottami elettronici».

4. – Se l'art. 7, nn. 1 e 2, del regolamento del Consiglio n. 259/1993 debba essere inteso nel senso che il termine di cui all'art. 7, n. 2, inizia a decorrere quando la competente autorità di destinazione ha inviato la conferma, indipendentemente dal fatto che la competente autorità di spedizione non ritenga di aver ricevuto tutte le informazioni menzionate all'art. 6, n. 5.

In caso negativo si desidera che sia chiarito quali informazioni una notifica debba contenere perché il termine di 30 giorni di cui all'art. 7, n. 2, inizi a decorrere.

Se il superamento del termine di risposta di 30 giorni abbia l'effetto giuridico che l'autorità non può sollevare obiezioni o chiedere ulteriori informazioni.

Cause riunite C-232/04 e C-233/04 (domande di pronuncia pregiudiziale) – Direttiva 2001/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2001, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o stabilimenti – Decisioni dell'«*Arbeitsgericht Duesseldorf*» (Germania), depositate in data 3 giugno 2004, notificate l'11 agosto 2004 (cs. 42818/04, avv. dello Stato D. Del Gaizo).

IL FATTO

Oggetto è l'efficacia del licenziamento comminato alle ricorrenti, addette alla sicurezza presso l'aeroporto di Duesseldorf. Il giudice *a quo* è chiamato a stabilire se il licenziamento è inefficace, in quanto pronunciato a causa di un trasferimento di impresa, e se quindi il rapporto di lavoro deve ritenersi continuato, senza soluzione di continuità, con la società cessionaria a seguito del trasferimento d'impresa.

Il giudice remittente nutre alcuni dubbi sull'interpretazione degli articoli 1 e 4 della direttiva 2001/23/CEE, meglio indicata in oggetto, in base ai quali è invalida la risoluzione del contratto di lavoro a causa di un trasferimento di impresa.

A suo parere, per stabilire se vi sia stato o meno trasferimento di impresa, è necessario stabilire se i cosiddetti mezzi d'impresa, gli apparecchi per la sicurezza aerea, siano stati trasmessi come parti dell'impresa alla società cessionaria.

Posto che al momento della risoluzione del rapporto di lavoro era certo solo che i detti apparecchi sarebbero stati utilizzati anche dalla società cessionaria dopo l'assunzione dei compiti contrattuali, il giudice di rinvio si chiede se ciò solo possa giustificare un trasferimento d'impresa.

I QUESITI

1. – Se in caso di esame della sussistenza di un trasferimento di impresa ai sensi dell'art. 1 della direttiva 2001/23/CE – indipendentemente dalla questione dei rapporti di proprietà – in caso di una riaggiudicazione di un contratto, nell'ambito di una considerazione complessiva, sia condizione per l'accertamento del trasferimento dei mezzi di impresa dell'appaltatore originario al nuovo appaltatore il fatto che all'avente diritto vengano ceduti i mezzi d'impresa per la sua gestione economica autonoma. Se per affermare che vi sia stata trasmissione dei mezzi d'impresa sia quindi necessario che all'appaltatore sia conferito il potere di decidere sul tipo e sulle modalità dell'uso dei mezzi di impresa in funzione del proprio interesse economico. Se pertanto si debba distinguere a seconda che l'appaltatore svolga la prestazione di servizi «su» o «con» i mezzi d'impresa del committente.

2. – Qualora la Corte di giustizia risolva affermativamente la questione n. 1:

a) se si sia esclusa un'attribuzione dei mezzi di esercizio per la gestione economica autonoma se questi vengono posti a disposizione dell'appaltatore solo in uso da parte del committente e la loro manutenzione, compresi i costi ad essa connessi, viene assunta dal committente;

b) se sussista un uso per la gestione economica autonoma da parte dell'appaltatore se, nell'ambito dei controlli dei passeggeri negli aeroporti, l'appaltatore per questi usa il *metal detector* a forma di porta, i *metal detector* manuali e gli apparecchi radioscopici posti a disposizione dal committente.

Causa C-257/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Assegno per ferie annuali – Indennità di ferie cumulata – Inclusione nella retribuzione oraria
– Art. 7 direttiva 94/104/CE – Ordinanza della «*Court of Appeal*» (Regno Unito), emessa il 28 aprile 2004, notificata l'11 agosto 2004 (cs. 42816/04, avv. dello Stato D. Del Gaizo).

IL FATTO

I due appelli che questa Corte ha trattato congiuntamente, sollevano un'importante questione circa l'incidenza sull'orario di lavoro della direttiva 93/104/CE che è stata recepita nel diritto del Regno Unito mediante il *Working Time Regulations* (decreto sull'orario di lavoro).

a) Gli appellanti sigg. J.C. Caulfield, C.S. Caulfield e K.V. Barnes hanno avviato un procedimento dinanzi al *Manchester Employment Tribunal* nel quale essi chiedevano che fosse ingiunto al convenuto di pagare a ciascun ricorrente una somma relativamente alle ferie annuali nel periodo tra il 1° ottobre 1998 ed il 3 settembre 2001. Il convenuto Marshalls Clay Products Limited ha contestato le richieste di pagamento dei ricorrenti relativamente alle ferie annuali. Il *Manchester Employment Tribunal* ha statuito a favore dei tre appellanti ed ha emesso a loro favore un ordine di indennizzo. Con ricorso dinanzi all'*Employment Appeal Tribunal* il convenuto ha impugnato la decisione del *Manchester Employment Tribunal*.

b) L'appellante sig. M.J. Clarke ha avviato un procedimento dinanzi all'*Employment Tribunal* nel quale ha chiesto che fosse ingiunto al convenuto di pagargli una somma per le ferie annuali che aveva maturato in seguito al lavoro svolto per i convenuti nel periodo tra il 2 aprile 2001 ed il 16 novembre 2001. Il convenuto ha contestato la richiesta di pagamento del ricorrente relativa alle ferie annuali. L'*Employment Tribunal* ha respinto la richiesta del ricorrente. Con un ricorso dinanzi all'*Employment Appeal Tribunal* ha impugnato la decisione dell'*Employment Appeal Tribunal*. L'*Employment Appeal Tribunal*, che ha sede a Londra, ha trattato i due ricorsi contemporaneamente. Esso ha respinto il ricorso del sig. Clarke ed ha accolto il ricorso della Marshalls Clay Products Ltd. I ricorrenti in entrambi i casi hanno presentato ricorso dinanzi alla *Court of Appeal* contro la decisione dell'*Employment Appeal Tribunal*.

I QUESITI

1. – Se un accordo contrattualmente vincolante tra un datore di lavoro ed un lavoratore, in base al quale una parte specifica della retribuzione versata al lavoratore rappresenta l'«indennità di ferie» del lavoratore [un accordo conosciuto come indennità di ferie cumulata (*rolled up*)] comporti una violazione del diritto del lavoratore di essere retribuito durante le sue ferie annuali ai sensi dell'art. 7 della direttiva 93/104/CE sull'orario di lavoro.

2. – Se la soluzione della questione *sub 1)* sia diversa qualora il lavoratore avesse ricevuto la stessa retribuzione prima e dopo l'entrata in vigore dell'accordo vincolante di cui trattasi cosicché l'effetto dell'accordo era non di prevedere una retribuzione aggiuntiva, ma, piuttosto, di imputare all'indennità di ferie parte della retribuzione spettante al lavoratore.

3. – Se, in caso di soluzione affermativa della questione *sub 1)*, costituisca una violazione del diritto a ferie annuali retribuite di cui all'art. 7 il fatto che questo pagamento venga considerato tale da poter essere fatto valere come compensazione verso il diritto che deriva dalla direttiva.

4. – Se, per soddisfare l'obbligo di cui all'art. 7 della direttiva 93/104/CE di assicurare che ogni lavoratore benefici di ferie annuali retribuite di almeno quattro settimane, sia necessario che il pagamento sia effettuato al lavoratore nel periodo di retribuzione nel quale egli usufruisce delle sue ferie annuali, o se, per conformarsi all'art. 7, sia sufficiente che il pagamento sia distribuito nel corso dell'anno.

Causa C-274/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Restituzione all'esportazione per i prodotti agricoli – Diritto al pagamento – Immissione in libera pratica in un paese terzo – Regolamento n. 3665/87 – Ordinanza del «Finangericht Amburgo» (Germania), emessa il 16 giugno 2004, notificata l'11 agosto 2004 (cs. 39987/04, avv. dello Stato D. Del Gaizo).

IL FATTO

La ricorrente attacca la sanzione imposta dall'Ufficio doganale principale convenuto.

La ricorrente dichiarava con quattro dichiarazioni di esportazione all'Ufficio doganale principale di Schwerin un totale di 100 tonnellate di zucchero bianco della voce 1701 9910 9950 della nomenclatura doganale destinate all'esportazione in Polonia e per esse sollecitava la concessione di una restituzione all'esportazione, il che le veniva concesso conformemente alla sua domanda dall'ufficio convenuto con quattro decisioni 6 aprile 1998. Dopo che indagini dello *Zollkriminalamt* (Ufficio per i delitti doganali) avevano rilevato indizi del fatto che lo zucchero bianco della voce 1701 9910, che avrebbe dovuto essere esportato in Polonia, nella Repubblica ceca ed in Svizzera, non aveva raggiunto il paese terzo destinatario, l'Ufficio doganale principale constatava, nell'ambito del successivo esame delle prove dell'arrivo a destinazione delle merci presentate dalla ricorrente, che quest'ultima non aveva fornito la dimostrazione dell'immissione in consumo delle merci, bensì solo del loro ingresso in un processo di raffinazione. In seguito a ciò l'ufficio convenuto esigeva con quattro decisioni di rettifica 17 aprile 2000 il rimborso della restituzione all'esportazione concessa alla ricorrente per un totale di DEM 84831,16. La ricorrente pagava successivamente l'importo sollecitato; essa non interponeva ricorsi avverso le decisioni di rimborso. Con quattro decisioni sanzionatorie 5 giugno 2000 l'ufficio convenuto, sul fondamento dell'art. 11, n. 1, primo comma, lettera *a*), del regolamento n. 3665/87 infliggeva rispettivamente sanzioni per un ammontare complessivo di DEM 42415,60. L'ufficio convenuto respingeva il reclamo della ricorrente avverso le decisioni sanzionatorie con decisione 1° novembre, 2001; la decisione sul reclamo è stata notificata alla ricorrente il 15 novembre 2001.

Con ricorso proposto il 13 dicembre 2001 la ricorrente persiste nella sua domanda. Essa adduce come motivazione essenzialmente quanto segue: la legittimità delle decisioni sanzionatorie impugnate dipende tra l'altro dalla legittimità delle corrispondenti decisioni di rimborso. L'ufficio convenuto avrebbe motivato il rimborso delle restituzioni all'esportazione accordate con la circostanza che essa – la ricorrente – non avrebbe prodotto la prova richiesta dall'ufficio stesso *ex art. 5, n. 1, del regolamento (CEE) n. 3665/87 dell'espletamento delle formalità doganali di immissione in consumo dello zucchero esportato nel paese terzo destinatario. Però secondo la sentenza della Corte di giustizia 14 dicembre 2000 nella causa C-110/99, l'ufficio convenuto non avrebbe avuto il diritto di reclamare ad essa – ricorrente – una prova siffatta. La Corte avrebbe in effetti dichiarato nella sentenza 14 dicembre 2000 che la prova dell'espletamento delle formalità doganali di immissione in consumo della merce nel paese terzo destinatario potrebbe venire sollecitata ex art. 5, n. 1, del regolamento (CEE) n. 3665/1987, solo prima del*

pagamento della restituzione all'esportazione. Poiché ad essa – ricorrente – sarebbe già stata versata la restituzione all'esportazione, l'ufficio convenuto non avrebbe potuto fondare la sua richiesta di prova sul disposto dell'art. 5, n. 1, del regolamento (CEE) n. 3665/87. Se però l'ufficio non avrebbe potuto sollecitare il rimborso della restituzione all'esportazione concessale, non avrebbe neppure avuto il diritto di infliggerle una sanzione poggiano sul disposto dell'art. 11, n. 1, primo comma, lettera *a*), del regolamento (CEE) n. 3665/87.

La ricorrente chiede di annullare le decisioni sanzionatorie 5 giugno 2000 nonché la decisione sul reclamo 1° novembre 2001.

L'Ufficio doganale principale convenuto chiede di respingere il ricorso. Esso difende le decisioni impugnate ed avanza l'argomento che le decisioni di recupero sottostanti alle decisioni sanzionatorie sarebbero divenute definitive. La ricorrente avrebbe dovuto far valere le eccezioni sollevate contro le decisioni di rimborso in sede di procedimento di ricorso avverso le medesime, il che invece non ha fatto. Sul fondamento delle decisioni di rimborso è certo che la ricorrente ha chiesto una restituzione superiore a quella spettante.

I QUESITI

1. – Se, nell'ambito di un procedimento di ricorso avverso una decisione che infligge una sanzione sul fondamento dell'art. 11, n. 1, primo comma, del regolamento n. 3665/87, le autorità ed i giudici nazionali abbiano il diritto di esaminare se l'esportatore ha chiesto una restituzione superiore a quella spettante qualora la decisione di rimborso ai sensi dell'art. 11, n. 3, primo comma, del regolamento n. 3665/87 sia divenuta definitiva prima dell'adozione della decisione che infligge la sanzione.

2. – In caso di soluzione negativa della precedente questione: se, in una controversia intentata contro una decisione che infligge una sanzione ai sensi dell'art. 11, n. 1, primo comma, del regolamento n. 3665/87, nelle circostanze descritte nella presente ordinanza, si possa esaminare se l'esportatore ha chiesto una restituzione superiore a quella spettante, per tener conto di un'interpretazione del diritto comunitario nel frattempo adottata.

Causa C-279/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Autoveicolo utilizzato a titolo privato ed a titolo professionale – Immatricolazione di autoveicolo appartenente a datore di lavoro ed utilizzato da lavoratore in altro Stato membro – Artt. 39, 49 e 10 CE – Ordinanza del «*Retten i Horsholm*» (Danimarca), emessa il 4 giugno 2004, notificata l'11 agosto 2004 (cs. 42812/04, avv. dello Stato D. Del Gaizo).

IL FATTO

Il procuratore ha proposto contro il sig. Steffen Ryborg un procedimento per violazione dell'art. 27, n. 3, e n. 1, lettera 4, nonché dell'art. 1 del decreto 22 settembre 1997, n. 741 (legge relativa alla tassa sull'immatricolazione), per essersi sottratto volontariamente al pagamento della tassa, mentre, residente in Danimarca, nel corso del periodo 24 gennaio 1998 – 21 ottobre 1998 ha usato un veicolo immatricolato in Germania soggetto alla tassa di circolazione sulle

strade pubbliche danesi, benché non fosse stata ritenuta fondata un'esenzione dall'importo della tassa, e non fosse stato effettuato il versamento della tassa di un importo di DKK 1543 875.

Dalla sentenza dell'Østre Landsret 3 novembre 2003 emerge che il sig. Steffen Ryborg deve essere considerato residente in Danimarca. Risulta del pari dagli elementi del fascicolo che il veicolo di cui trattasi era immatricolato in Germania a nome di un'impresa di assicurazione di cui l'imputato era il direttore amministrativo. Il veicolo è posto a disposizione del predetto in base al suo contratto di lavoro, così come un altro veicolo della società è posto a disposizione del vice presidente dell'impresa, di cittadinanza tedesca. La sentenza dell'Østre Landsret non è definitiva e costituisce oggetto di un ricorso proposto dall'imputato, oggetto della causa principale.

Il pubblico ministero ha chiesto una pena detentiva, nonché un'ammenda di almeno DKK 750 000.

L'imputato chiede il rilascio in quanto, all'epoca del sequestro, egli non aveva residenza stabile in Danimarca, il che è sufficiente perché non vi fosse l'obbligo di immatricolare il veicolo in Danimarca, conformemente alla direttiva 28 marzo 1983 del Consiglio 83/182/CEE. In subordine, l'imputato sostiene che l'obbligo di immatricolazione in Danimarca è in contrasto con la libera circolazione dei lavoratori e con la libera prestazione dei servizi transfrontalieri, di cui agli artt. 39 e 49 CE, nonché all'art. 10 CE. Sostiene infine che la tassa è in contrasto con gli artt. 28 e 29 CE.

I QUESITI

1. – Se gli artt. 39, 49 e 10 CE debbano essere interpretati nel senso che essi ostano a che uno Stato membro richieda l'immatricolazione di un autoveicolo appartenente ad un datore di lavoro stabilito in uno Stato membro confinante col primo Stato e usato a titolo professionale e a titolo privato in entrambi gli Stati membri da un lavoratore residente nel primo Stato membro.

2. – Qualora la soluzione della prima questione richieda di tener conto del fatto che l'uso a titolo privato dell'autoveicolo è accessorio rispetto al suo uso a titolo professionale, si chiede di precisare in base a quali criteri il diritto nazionale possa valutare la misura in cui l'uso non strettamente professionale è soltanto accessorio rispetto all'uso a titolo professionale qualora risulti che il veicolo è usato a titolo professionale.

Causa C-309/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Encefalopatia spongiforme bovina – Art. 13 regolamento 3665/87 – Ordinanza del «*Bundesfinanzhof*» (Germania), notificata il 25 agosto 2004 (cs. 46361/04, avv. dello Stato D. Del Gaizo).

IL FATTO

L'attrice in primo grado e resistente in cassazione (in prosieguo: l'«attrice») dichiarava nel periodo dal maggio al giugno 1997 cinque lotti di carne di manzo congelata, tutti contraddistinti da una dichiarazione d'esportazione in Russia. La stessa si è procurata la carne in questione da un'impresa francese che a sua

volta l'aveva acquistata da un'impresa belga. Sulla base degli accertamenti effettuati dagli uffici preposti alla repressione delle frodi doganali emergeva che la carne poteva provenire dal Regno Unito e che, contravvenendo al divieto sancito dalle decisioni della Commissione 27 marzo 1996, 93/239/CE, relativa a misure di emergenza in materia di protezione contro l'encefalopatia spongiforme bovina (in prosieguo: la «BSE») (*G.U.* L 78, pag. 47), e 11 giugno 1996, 96/362/CE, recante la modifica della decisione 96/239/CE (*G.U.* L 139, pag. 17), di spedire dal territorio del Regno Unito in altri Stati membri o in un paese terzo, era stata spedita in Belgio. Di conseguenza la convenuta in primo grado e resistente in cassazione (l'Hauptzollamt: in prosieguo: l'«HZA») esige la ripetizione dell'anticipo versato a titolo di restituzione all'esportazione, oltre a una soprattassa, e negava in ogni caso il richiesto rimborso di detta restituzione. L'attrice dopo un'opposizione infruttuosa presentava ricorso contro le decisioni di cui trattasi, ricorso che a sua volta non aveva esito positivo. Le impugnazioni in secondo grado di giudizio venivano respinte da questo Collegio in quanto irricevibili con decisioni, rispettivamente, 15 maggio 2003 VII B 246/02, VII B 247/02, VII B 248/02, VII B 249/02 e VII B 250/02.

Con provvedimento 24 novembre 1997 come modificato dalla decisione sull'opposizione 10 settembre 1999 l'HZA comminava all'attrice una sanzione con riferimento a tutte le cinque spedizioni dichiarate ai fini dell'esportazione ai sensi dell'art. 11, n. 1, *sub. I*, lettera *a*), del regolamento (CEE) della Commissione 27 novembre 1987, n. 3665, recante modalità comuni di applicazione del regime delle restituzioni all'esportazione per i prodotti agricoli (*G.U.* L 351, pag. 1) nella versione di cui al regolamento della Commissione 2 dicembre 1994, n. 2945 (*G.U.* L 310, pag. 57; versione rettificata in *G.U.* 1995, L 132, pag. 22) per un importo complessivo pari a DM 104.312,90 con la motivazione che l'attrice, contrariamente alle informazioni dalla stessa fornite, non aveva diritto ad alcuna restituzione all'esportazione. L'azione contro il provvedimento sanzionatorio è risultata infruttuosa.

Il Finanzgericht (tribunale in materia fiscale, in prosieguo: il «FG») ha stabilito che nella controversia in oggetto ricorrevano i requisiti di cui all'art. 11, n. 1, del regolamento n. 3665/87 e che l'HZA aveva pertanto legittimamente inflitto la sanzione. L'attrice non vantava quindi alcun diritto ad una restituzione all'importazione in quanto la carne, che rientrava in un divieto di trasferimento ai sensi della disciplina comunitaria, non era di qualità mercantile *ex art.* 13 del regolamento n. 3665/87. L'attrice non è stata in grado di eliminare i dubbi esistenti sul fatto che la carne esportata in Russia ricadesse nell'ambito di tale divieto. La stessa ha tra l'altro presentato domanda per una restituzione all'esportazione di importo maggiore rispetto a quella alla stessa spettante poiché nelle sue richieste di pagamento relative a tale voce aveva certificato che la carne era di qualità mercantile sebbene non abbia potuto provarlo.

L'attrice impugna la sentenza di primo grado con la sua azione di riesame.

I QUESITI

1. – Se la circostanza che, sulla base degli accertamenti delle Autorità doganali sussista il sospetto che la merce soggiaccia a un divieto di trasferimento sancito dal diritto comunitario, in base al quale è vietato spedire un

prodotto soggetto al regime delle restituzioni da un determinato Stato membro verso gli altri Stati membri e verso un Paese terzo, escluda di per sé sola l'esistenza di una qualità sana, leale e mercantile ai sensi dell'art. 13, prima frase, del regolamento CEE n. 3665/87, senza che nel singolo caso assuma rilevanza l'effettiva condizione e commerciabilità del prodotto.

2. – Se la garanzia in una domanda di pagamento nazionale in merito alla qualità leale, sana e mercantile ai sensi dell'art. 13, prima frase, del regolamento CEE n. 3665/87 rientri tra le informazioni di cui all'art. 11, n. 1, seconda frase, in combinato disposto con l'art. 3, del suddetto regolamento.

Causa C-316/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Autorizzazioni per la vendita di pesticidi – Direttiva n. 91/414/CEE relativa alla commercializzazione di prodotti fitosanitari – Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta davanti alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee da un tribunale olandese, notificata il 27 settembre 2004 (cs. 49537/04, avv. dello Stato D. Del Gaizo).

IL FATTO

La causa verte tra un produttore di pesticidi e l'ente olandese competente a fissare la lista dei principi attivi ammessi al commercio, ai sensi della direttiva in riferimento. Il ricorrente impugna tale elenco dei principi attivi davanti al Tribunale.

I QUESITI

1a. – Se l'art. 8 della direttiva sui prodotti fitosanitari si presti ad essere direttamente applicato dai giudici nazionali dopo che il termine di cui all'art. 34 di tale direttiva è scaduto.

1b. – Se l'art. 16 della direttiva sui biocidi si presti ad essere direttamente applicato dai giudici nazionali dopo che il termine di cui all'art. 34 di tale direttiva è scaduto.

2. – Se l'art. 16 della direttiva sui biocidi debba essere interpretato nel senso che tale disposizione ha lo stesso significato di quello di cui all'art. 8, n. 2, della direttiva sui prodotti fitosanitari.

3. – Se l'art. 16, n. 1, della direttiva sui biocidi debba essere interpretato come un obbligo di mantenimento dello *status quo* – «*stand-still*».

Qualora tale questione dovesse avere soluzione negativa,

Se l'art. 16, n. 1, della direttiva sui biocidi ponga limiti per quanto riguarda le modifiche delle norme nazionali aventi ad oggetto l'immissione sul mercato di biocidi e, in caso affermativo, quali siano tali limiti.

4. – Qualora alla questione *sub 2)* dovesse essere data soluzione negativa:

a) Se l'art. 8, n. 2, della direttiva sui prodotti fitosanitari debba essere interpretato nel senso che qualora uno Stato membro autorizzi che vengano introdotti sul mercato nel suo territorio prodotti fitosanitari contenenti

sostanze attive non figuranti nell'allegato I della detta direttiva e che già si trovano in commercio due anni dopo la notifica di tale direttiva, debba tenersi conto di quanto disposto nell'art. 4 della medesima direttiva.

b) Se l'art. 8, n. 2, della direttiva sui prodotti fitosanitari debba essere inoltre interpretato nel senso che qualora uno Stato membro autorizzi che vengano introdotti sul mercato nel suo territorio prodotti fitosanitari contenenti sostanze attive non figuranti nell'allegato I della detta direttiva e che già si trovavano in commercio due anni dopo la notifica di tale direttiva, debba tenersi conto di quanto disposto nell'art. 8, n. 3, della medesima direttiva.

5. Se l'art. 8, n. 3, della direttiva sui prodotti fitosanitari debba essere interpretato nel senso che con riesame debba essere anche intesa una valutazione dove venga tenuto conto degli effetti della sostanza attiva di cui trattasi sulla salute dell'uomo e degli animali e sull'ambiente sulla cui base tale sostanza attiva viene indicata, con la conseguenza che, per effetto di tale indicazione, i prodotti fitosanitari contenenti la sostanza attiva sono autorizzati o registrati d'ufficio.

6. – Se l'art. 8, n. 3, della direttiva sui prodotti fitosanitari debba essere interpretato nel senso che comprende solo disposizioni aventi ad oggetto la produzione di dati preliminari a un riesame o se tale disposizione dev'essere intesa nel senso che le condizioni ivi indicate sono anche determinanti circa il modo in cui un riesame dev'essere predisposto ed espletato.

Causa C-338/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Raccolta di scommesse su eventi sportivi e non sportivi – Articolo 4, comma 4 *bis* della legge 13 dicembre 1989 n. 401 (ct 48942/04, avv. dello Stato A. Cingolo).

IL FATTO

Un cittadino italiano è stato imputato, dinanzi al Tribunale di Termoli, Sezione Staccata di Larino, del reato previsto dall'art. 4, comma 4 *bis*, della legge 13 dicembre 1989 n. 401, in quanto quale amministratore unico di una società a r.l. esercitava in Italia, in assenza di licenza rilasciata dalle autorità italiane, un'attività organizzata di raccolta di scommesse su eventi sportivi e non sportivi e ciò per via telematica, per conto di una società estera, esercente attività di *bookmaker* in virtù di licenza rilasciata dalla *City of Liverpool*.

Il Tribunale di Larino – Sezione Staccata di Termoli – con ordinanza depositata il 22 luglio 2004 ha ritenuto sussistere contrasto tra la Corte di Giustizia delle Comunità europee e le Sezioni Unite della Corte di Cassazione in ordine all'interpretazione dell'art. 4, comma 4 *bis*, della legge citata.

La prima infatti (causa C-243/01, sentenza 6 novembre 2003), con specifico riferimento all'art. 4, commi 1, 4 *bis* e 4 *ter*, della legge 401/1989, aveva enunciato il seguente principio: «una normativa nazionale contenente divieti – penalmente sanzionati – di svolgere attività di raccolta, accettazione, prenotazione e trasmissione di proposte di scommessa, relative, in particolare, a eventi sportivi, in assenza di concessione o autorizzazione rilasciata dallo

Stato membro interessato, costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi previste, rispettivamente, agli artt. 43 CE e 49 CE.

Spetta al Giudice del rinvio verificare se tale normativa, alla luce delle sue concrete modalità di applicazione, risponda realmente ad obiettivi tali da giustificarla e se le restrizioni che essa impone non risultino sproporzionate rispetto a tali obiettivi».

La seconda (Corte di Cassazione, Sezioni Unite del 30 settembre 2003, n. 42187) il principio in base al quale «in tema di attività organizzata per la accettazione e raccolta di scommesse, *le disposizioni di cui all'art. 4 della legge 13 dicembre 1989, n. 401, ed in particolare quelle di cui al comma 4 bis del citato articolo* che sanzionano lo svolgimento di attività organizzata per la accettazione e raccolta anche per via telefonica di scommesse o per favorire tali condotte in assenza di concessione, autorizzazione o licenza ai sensi dell'art. 88 del R.D. 18 giugno 1931, n. 773, *non sono in contrasto con i principi comunitari della libertà di stabilimento (art. 43 Trattato CE) e della libera prestazione di servizi all'interno dell'Unione Europea (art. 49 Trattato CE), atteso che la normativa nazionale persegue finalità di controllo per motivi di ordine pubblico idonee a giustificare, ai sensi dell'art. 46 del Trattato UE, le restrizioni nazionali ai citati principi comunitari».*

IL QUESITO

Il Tribunale ha pertanto posto alla Corte di Giustizia delle Comunità europee, ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE, il seguente quesito:

«Valuti la Corte adita la conformità della norma di cui all'art. 4, comma 4 *bis*, della legge n. 401/1989 con i principi espressi dagli artt. 43 e segg., 3 e 49 del Trattato CEE, in materia di stabilimento e di libertà di prestazione dei servizi transfrontalieri, anche alla luce del contrasto interpretativo emerso nelle decisioni della Corte di Giustizia Europea (in particolare sentenza Gambelli) rispetto alla decisione della Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 23271/04; in particolare, si chiarisca l'applicabilità della normativa sanzionatoria riportata nell'imputazione e contestata a M.P. nello Stato Italiano».

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO.

Il Governo italiano ha presentato le seguenti osservazioni.

«(Omissis) *Preliminarmente a qualsiasi altro rilievo, occorre sottolineare che il quesito, così come posto dal remittente, è palesemente inammissibile. Esso infatti non risulta formulato allo scopo di conoscere l'interpretazione da dare alle richiamate norme del Trattato CE in relazione alla fattispecie normativa interna di cui alla legge n. 401/1989: è infatti del tutto pacifico che tale interpretazione sia stata già fornita, in terminis, dalla Corte di Giustizia nella causa C – 243/01 (Gambelli).*

Il quesito risulta invece posto al dichiarato fine di riesaminare dinanzi al giudice comunitario la stessa questione, per dirimere un asserito "contrasto interpretativo" che sarebbe emerso dalla decisione n. 23271/04 della Corte di Cassazione.

La questione, così posta, è certamente inammissibile, poiché tende ad una finalità estranea alle previsioni dell'articolo 234 del Trattato CE: la domanda pregiudiziale di interpretazione del Trattato ha la finalità di garantire l'univoca applicazione del diritto comunitario (nell'ambito dei principi che lo regolano) e non già quella di dirimere eventuali contrasti (peraltro nella specie del tutto inesistenti, come più avanti si chiarirà) tra la Corte di Giustizia CE e i Giudici nazionali.

In ogni caso, emerge in modo del tutto univoco dal testo dell'ordinanza del tribunale di Larino che la questione pregiudiziale rimessa dinanzi alla Corte CE è identica ad una questione sulla quale la Corte ha già statuito (nella causa C.-243/01): non risulta del resto evidenziato o precisato nessun ulteriore o diverso profilo di dubbio relativo alla questione stessa.

Deve pertanto chiedersi formalmente che la Corte adita – rilevata tale circostanza – statuisca ai sensi dell'articolo 104, § 3, del Trattato CE, emettendo "ordinanza motivata contenente, eventualmente, riferimento alla precedente sentenza" (si tratta della sentenza "Gambelli" del 6 novembre 2003) (omissis)».

Il Governo italiano in particolare ricorda:

«L'art. 37 della legge 23 dicembre 2000 n. 388 (legge finanziaria 2001) modifica l'art. 88 t.u.l.p.s. e introduce due nuovi commi all'art. 4 legge 401/89.

Il nuovo testo dell'art. 88 t.u.l.p.s. prende atto – per così dire – che nel sistema delle scommesse la concessione a soggetti privati non è più una eccezione e riformula per conseguenza la necessità della licenza di polizia come regola generale, invece che come deroga a un divieto, collegandola strettamente al sistema delle concessioni. Infatti "la licenza per l'esercizio delle scommesse può essere concessa esclusivamente a soggetti concessionari o autorizzati da parte dei Ministeri o di altri enti ai quali la legge riserva la facoltà di organizzazione e gestione delle scommesse, nonché a soggetti incaricati dal concessionario o dal titolare di autorizzazione in forza della stessa concessione o autorizzazione". Diventa così più esplicito quello che anche prima era comunque indubitabile: il privato che voglia esercitare un'attività di scommesse pubbliche deve essere munito sia dell'autorizzazione di pubblica sicurezza sia della concessione.

Coerentemente l'art. 37 della legge 388/2000 introduce nel succitato art. 4 legge 401/1989 il comma 4 bis, secondo cui le sanzioni penali previste nei commi precedenti sono applicate a chiunque, privo di concessione, autorizzazione o licenza di p.s. ai sensi dell'art. 88 t.u.l.p.s., svolga un'attività organizzata diretta ad accettare o raccogliere, anche per via telefonica o telematica, scommesse di qualsiasi genere da chiunque gestite in Italia o all'estero.

Contestualmente si introduce anche il comma 4 ter, che applica le stesse sanzioni a chiunque effettui la raccolta o la prenotazione di giocate del lotto, di concorsi pronostici o di scommesse per via telefonica o telematica, ove sprovvisto di apposita autorizzazione all'uso di tali mezzi. Si precisa così che per la gestione di scommesse pubbliche per via telefonica o telematica è necessaria, oltre alla concessione e all'autorizzazione di polizia, anche una specifica autorizzazione del Ministero delle comunicazioni in relazione al mezzo impiegato. (omissis)».

La Corte di Cassazione (sez. III, 30 settembre 2003, n. 42187), intervenendo sul tema, afferma, alla luce della normativa nazionale e della giurisprudenza comunitaria, la legittimità dell'introduzione in materia, da parte di uno

Stato membro, “di una normativa più restrittiva per ragioni di sicurezza o di ordine pubblico”; chiarisce poi, “che la legislazione italiana di che trattasi non è stata dettata ... da ragioni esclusive o prevalenti di carattere economico, ma anche dall’esigenza di evitare che l’esercizio e la gestione di scommesse clandestine favorisca lo sviluppo di criminalità, anche organizzata, mirante all’accaparramento di lauti guadagni e/o al riciclaggio di denaro “sporco”. In tale ottica la legislazione italiana appare anche improntata al criterio di proporzionalità al fatto criminoso che mira a regolare, prevenire e, se necessario, punire.

La raccolta di scommesse su competizioni sportive estere, effettuata tramite una ricevitoria sita in Italia non provvista dell’autorizzazione di cui all’art. 88 t.u.l.p.s., deve ritenersi assoggettabile alla disciplina di cui all’art. 4, comma 1, legge n. 401/1989, sia perché l’esercizio di pubbliche scommesse su competizioni sportive ... è sempre soggetto all’autorizzazione di polizia, come previsto dal comma 4-bis dello stesso art. 4, sia perché il c.d. “principio di ubiquità” – contenuto nell’art. 6, comma 2 c.p. – comporta che, quando nel territorio italiano si effettui anche solo una parte delle organizzazioni di pubbliche scommesse, essa sia soggetta alla legislazione nazionale, sebbene il resto dell’organizzazione faccia capo a società straniere ed all’estero si svolgano i giochi e le competizioni oggetto delle scommesse».

La Corte di Cassazione precisa, inoltre, che la circostanza che ogni cittadino italiano possa effettuare scommesse su giochi che si effettuano all’estero, collegandosi al “bookmaker” per via telematica attraverso il proprio computer, o telefonica, è irrilevante perché essa integra una attività in proprio “non organizzata”, a differenza di quella “organizzata” posta in essere nella fattispecie, “per la quale era necessario il possesso sia dell’autorizzazione di polizia di cui all’art. 88 t.u.l.p.s., sia quella all’uso dei mezzi telematici e/o telefonici, rilasciata dal Ministero delle Comunicazioni, prevista dal comma 4-ter dell’art. 4 legge 401/1989, rispondendo, dette autorizzazioni a scopi e finalità evidentemente distinti” (omissis).

Roma, 25 novembre 2004 – Avvocato dello Stato Antonio Cingolo».

Causa C-341/04 promossa, ai sensi dell’art. 234 del Trattato CE, dalla Corte Suprema d’Irlanda nel procedimento, innanzi ad essa pendente, *Bondi c. Bank of America ed altri (Eurofood IFSC Limited e i Companies Acts)* (cs. 52161/04, avv. dello Stato O. Fiumara).

IL FATTO

Alla fine di dicembre 2003 è esplosa in Italia la crisi del gruppo PARMA-LAT. Il crack del gruppo si è rivelato in tutta la sua drammaticità per le vastissime dimensioni dello stesso, con ramificazioni societarie in Italia, in Europa e nel mondo intero. Il decreto legge italiano 24 dicembre 2003 n. 347 poi convertito con modificazioni nella legge 18 febbraio 2004, recante «*misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza*» ha rimodulato – per imprese di grandissime dimensioni – l’istituto dell’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insol-

venza già disciplinato dal decreto legislativo 8 luglio 1999 n. 270. A norma del suddetto decreto legge 347/2003 è stata subito disposta l'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria della PARMALAT S.P.A. (capo-gruppo) cui è seguita dopo pochi giorni la dichiarazione dello stato di insolvenza della società stessa da parte del Tribunale di Parma. In rapida successione sono state ammesse alla procedura di amministrazione straordinaria varie altre società del gruppo, con sede in Italia o all'estero, cui sono seguite le dichiarazioni di insolvenza da parte del medesimo Tribunale di Parma, anche ai sensi e per gli effetti del regolamento Ce n. 1346/2000 del Consiglio del 29 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza: fra tali società v'è la EUROFOOD IFSC LIMITED con sede in Irlanda, per la quale già era stata presentata, in Irlanda, una istanza volta ad ottenere un ordine di liquidazione e la nomina di un liquidatore provvisorio, in effetti immediatamente nominato. In prosieguo il giudice irlandese, disattendendo e disconoscendo espressamente la già intervenuta sentenza 20 febbraio 2004 del Tribunale di Parma (che aveva dichiarato lo stato di insolvenza della EUROFOOD, aprendo la procedura principale di cui al reg. CE 1346/2000), apriva il procedimento di liquidazione in Irlanda con effetto retroattivo alla data di presentazione dell'istanza del 27 gennaio 2004, dichiarando che il centro degli interessi principali della EUROFOOD era ed è in Irlanda e pertanto il procedimento aperto in Irlanda con l'istanza 27 gennaio 2004 costituiva il procedimento di insolvenza principale ai sensi del regolamento comunitario suddetto. La sentenza veniva appellata e in grado di appello la Corte Suprema irlandese, prima di decidere, ha ritenuto opportuno e doveroso porre quesiti interpretativi alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE.

I QUESITI

I quesiti posti alla Corte sono in sintesi i seguenti:

1. – se, a norma del regolamento 1346/2000 debba intendersi aperto per primo il procedimento di insolvenza pronunciato in Irlanda oppure quello aperto in Italia;
2. – se il centro degli interessi principali della EUROFOOD – controllata dalla PARMALAT S.P.A. – fosse situato in Irlanda oppure in Italia;
3. – se le carenze di giusto processo che, in ipotesi, sarebbero state riscontrate nella procedura che ha condotto alla sentenza di insolvenza del Tribunale di Parma del 20 febbraio 2004 possa giustificare, ai sensi dell'art. 26 del citato regolamento, il mancato riconoscimento della stessa da parte del giudice irlandese.

LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

Il Governo italiano è intervenuto in giudizio sostenendo sotto un duplice profilo la competenza del giudice italiano, ai sensi del citato regolamento CE n. 1346/2000: perché in Italia è il centro degli interessi principali del debitore; perché in Italia si è aperta prioritariamente la procedura di insolvenza.

1. – *Quanto al «centro degli interessi principali del debitore» l'Avvocatura ha osservato:*

a) *Una delle ragioni fondanti del regolamento 1346/2000, relativo alle procedure di insolvenza, sta nel timore di un diffuso ricorso al fenomeno del cd.*

forum shopping da parte di chi intende scegliere l'ordinamento giuridico più favorevole per la trattazione di un determinato procedimento giurisdizionale (cfr. considerando n. 4 del reg.).

Ciò ha indotto il legislatore comunitario a scegliere, come criterio di radicamento della competenza, per l'apertura della procedura principale di insolvenza transfrontaliera, quello del «centro degli interessi principali del debitore» (art. 3 n. 1 e considerando n. 12 e n. 13), che, per società e persone giuridiche, si presume coincidente, fino a prova contraria, con il luogo in cui si trova la sede statutaria. Tale criterio dovrebbe evitare che la localizzazione fittizia di una società in un determinato Stato membro possa impedire l'apertura di una procedura di insolvenza principale nel luogo ove si svolge effettivamente l'attività d'impresa.

Che il criterio prioritario per individuare il giudice dello Stato competente sia quello della individuazione del centro principale degli interessi non può essere messo in dubbio, sicché sembra che l'ordine dei quesiti posto dal giudice irlandese debba essere invertito, spettando al primo la priorità dell'esame.

Invero il regolamento all'art. 3 c.1 prevede espressamente che «sono competenti ad aprire la procedura di insolvenza i giudici dello Stato membro nel cui territorio è situato il centro degli interessi principali del debitore». Sebbene per le persone giuridiche sussista una presunzione di coincidenza del centro degli interessi principali con la sede statutaria dell'impresa, tale presunzione è iuris tantum e pertanto ben può essere superata da prova contraria: e il considerando n. 13 chiarisce, appunto, che per centro di interessi principali si deve intendere il luogo «in cui il debitore esercita in modo abituale e pertanto riconoscibile da terzi la gestione dei suoi interessi». Aggiunge e precisa il co.2 del medesimo art. 3 che, «se il centro degli interessi principali del debitore è situato nel territorio di uno Stato membro, i giudici di un altro Stato membro sono competenti ad aprire una procedura di insolvenza nei confronti del debitore solo se questi possiede una dipendenza nel territorio di tale Stato membro. Gli effetti di tale procedura sono limitati ai beni del debitore che si trovano in tale territorio»; e l'art. 36 dispone che «qualora una procedura di cui all'art. 3, paragrafo 1, (cioè principale), sia aperta dopo l'apertura di una procedura di cui all'art. 3, paragrafo 2, (cioè secondaria), in un diverso Stato contraente, alla procedura aperta per prima si applicano gli artt.31-35, ove lo stato della procedura lo consenta». Il che significa che in uno Stato non può aprirsi una procedura principale se non previo accertamento che ivi si trovi il centro degli interessi principali del debitore, anche se ancora non è stata aperta una procedura principale in altro Stato. Spiega in effetti il considerando n. 17 che «prima dell'apertura della procedura principale di insolvenza, il diritto di chiedere l'apertura di una procedura di insolvenza nello Stato membro in cui il debitore ha una dipendenza dovrebbe spettare esclusivamente ai creditori locali e ai creditori della dipendenza locale o essere limitato ai casi in cui non si può aprire una procedura principale a norma del diritto dello Stato membro nel quale è situato il centro degli interessi principali del debitore. Scopo di detta restrizione è limitare al minimo indispensabile i casi in cui è chiesta l'apertura di una procedura territoriale

di insolvenza prima dell'apertura della procedura principale. Se la procedura principale di insolvenza viene aperta, la procedura territoriale diviene una procedura secondaria».

La individuazione del centro degli interessi principali del debitore può talvolta creare perplessità di fatto, in particolar modo allorché viene in questione l'insolvenza di un intero gruppo di imprese. Il regolamento 1346/2000, invero, non contiene norme volte espressamente a disciplinare l'insolvenza transfrontaliera dei gruppi. Questa lacuna potrebbe favorire l'interesse a localizzare le società del gruppo in diversi Stati, al fine di assoggettarle alla legge del luogo ove viene collocata la sede legale. In tale contesto, il fenomeno dell'insediamento di una dipendenza in un altro Stato membro, sul quale si è appuntata l'attenzione del legislatore comunitario, appare sicuramente recessivo. Il problema può essere considerato da due diverse prospettive.

Da una parte, potrebbe ritenersi che la nozione di dipendenza accolta dal regolamento abbia una valenza tanto ampia da contenere anche la nozione di impresa satellite dotata di distinta personalità giuridica. Questo consentirebbe di attrarre alla competenza dello Stato dove è aperta la procedura della società capogruppo anche tutte le società del gruppo. Successivamente, potranno essere aperte nei singoli Stati le eventuali procedure secondarie, senza neppure pervenire ad una autonoma valutazione dello stato di insolvenza.

D'altra parte, mantenendo ferma la nozione di dipendenza soltanto per quelle entità prive di personalità giuridica autonoma, dovrebbe ritenersi che il giudice dello Stato dove è aperta la procedura della società capogruppo possa ritenere che la sede degli interessi principali delle società del gruppo sia collocata nello stesso luogo ove ha sede la capogruppo. In tal caso, il giudice deve aprire una ulteriore procedura principale, preceduta da un autonomo accertamento dello stato di insolvenza della società satellite (in tal senso, oltre a Tribunale di Parma 20 febbraio 2004 nel caso di specie, anche l'High Court of Justice (Leeds) del 16 maggio 2003).

Mentre la prima soluzione non appare pienamente soddisfacente, in quanto di fatto annulla l'organizzazione societaria del gruppo, trasformando le società satelliti in mere succursali operative, la seconda soluzione appare condivisibile nella misura in cui l'attrazione alla competenza dello Stato della società capogruppo non sia fatta dipendere dalla mera appartenenza al gruppo, ma dalla accertata esistenza di parametri oggettivi di collegamento dai quali risulti lecito inferire che il vero centro di interessi vada collocato nel luogo in cui si trova la capogruppo, con la conseguenza che la localizzazione rappresenti soltanto il frutto di una scelta di comodo alla quale non corrisponde la effettiva intenzione di radicare il centro degli interessi della società satellite.

b) E sia sotto il profilo del collegamento di gruppo, sia comunque sotto il profilo dell'attività individualmente svolta, la individuazione del centro degli interessi principali in Italia (e più precisamente a Parma) della EUROFOOD è stata ampiamente sostenuta e motivata dal giudice italiano, al momento della dichiarazione dello stato di insolvenza di tale società satellite.

Su questo punto valgono le verifiche eseguite dal Tribunale di Parma nella sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza 20 febbraio 2004, il cui contenuto viene trascritto (omissis).

Una ulteriore conferma in punto di fatto della vera posizione di EUROFOOD rispetto agli interessi di gruppo (e non certo autonomi) sottostanti è data dalle considerazioni svolte nella parte finale della sentenza del Tribunale di Parma, laddove si dà conto della verifica dello stato di insolvenza della società: «... come si evince dal bilancio al 31 dicembre 2003 – precisa il Tribunale – Eurofood presenta attività per un importo complessivo pari a 374.204.876 USD, di cui, tuttavia, ben 369.396.939 USD sono sostanzialmente inesigibili, in quanto dovuti da società del gruppo già dichiarate insolventi, quali Parmalat s.p.a. (debitrice di EUROFOOD per 231.155.069 USD), Parmalat Netherland BV (debitrice di 12.564.287 USD) e Parmalat Finance Corporation BV (debitrice di 24.940.242,05 USD), ovvero che versano in gravi difficoltà finanziarie, quali Parmalat Participacoes do Brazil Ltda (debitrice di EUROFOOD per l'importo di 100.737.341 USD); i debiti complessivi della società sono pari a 171.143.521 USD; le disponibilità liquide ammontano a soli 942.939 USD».

Le conclusioni cui perviene il Tribunale di Parma sulla logica di gruppo trovano conforto in una serie di decisioni giurisprudenziali (già numerose a distanza di soli due anni dall'entrata in vigore del regolamento) nelle quali è stata agevolmente superata la presunzione iuris tantum di coincidenza del centro degli interessi principali con la sede legale della società, sulla base del fatto che le funzioni direttive della stessa venivano di fatto esercitate in un luogo diverso (generalmente quello in cui aveva sede la capogruppo).

Per citarne alcune, il caso DAISYTEK-ISA LIMITED (High Court di Leeds), il caso ENRON DIRECTO SA (High Court di Londra), il caso CRIS-CROSS TELECOMMUNICATIONS GROUP (High Court di Londra), il caso CIRIO DEL MONTE (Tribunale di Roma) e più recentemente il caso AIM UNDERWRITING AGENCIES LTD. (High Court of Justice di Londra).

Con specifico riferimento alla PARMALAT, non appare superfluo ricordare che il crack del gruppo si è rilevato in tutta la sua drammaticità proprio per le vastissime dimensioni dello stesso con ramificazioni societarie in quasi tutti i continenti, il che ha comportato e comporta tuttora conseguenti enormi complessità nella gestione della procedura stessa.

In tale contesto, proprio l'applicazione del regolamento 1346/2000 nei termini suesposti ha consentito, quantomeno in ambito comunitario, di poter sottoporre ad una stessa procedura principale diverse società, che, pur avendo sede statutaria in paesi diversi dall'Italia, sono state riconosciute (dal Tribunale di Parma), oltre che per il controllo societario, sottoposte ad una direzione comune a quella della capogruppo PARMALAT.

E invero nel programma di ristrutturazione presentato dal commissario PARMALAT ed approvato con decreto ministeriale 23 luglio 2004 (cfr. estratto all. 4), sono ricomprese le società olandesi e lussemburghesi DAIRIES HOLDING INTERNATIONAL BV, PARMALAT CAPITAL NETHERLANDS BV, PARMALAT FINANCE CORPORATION BV, PARMALAT NETHERLANDS BV, OLEX SA, PARMALAT SOPARFI SA, società finanziarie alle quali fa capo buona parte dell'indebitamento del gruppo, avendo le stesse provveduto alla emissione di prestiti obbligazionari, a loro volta garantiti da PARMALAT S.P.A. o PARMALAT FINANZIARIA. Dal programma è espressamente e provvisoriamente esclusa la irlandese

EUROFOOD proprio «in considerazione del fatto che per tale società, oltre alla procedura di amministrazione straordinaria aperta in Italia, è stata aperta altra e distinta procedura di insolvenza, asseritamene principale, in Italia. Questo conflitto di giurisdizione suggerisce quindi di eliminare in radice ogni possibile incidenza di tale controversia sul concordato e ciò anche in considerazione del fatto che la Supreme Court irlandese ha deciso di investire della controversia la Corte di Giustizia Europea, la quale sarà pertanto chiamata a pronunciarsi sulla corretta interpretazione del regolamento UE 1346/00».

In sostanza, quindi, il Tribunale di Parma ha ritenuto rilevanti per determinare il centro principale degli interessi proprio i fattori menzionati alla lettera c) del punto 4 dei quesiti posti alla Corte di giustizia irlandese, dichiarando la insolvenza della EUROFOOD, come delle altre controllate europee per le quali sono state aperte le procedure parallele.

Tale interpretazione, peraltro confortata come sopra precisato da analoghe pronunce di altri giudici europei, appare tanto più coerente ove si osservi che il regolamento espressamente prevede (considerando n. 8) che «allo scopo di migliorare l'efficacia ed efficienza delle procedure di insolvenza che presentano implicazioni transfrontaliere sarebbe necessario e opportuno che le disposizioni in materia di giurisdizione, riconoscimento e legge applicabile in tale settore facessero parte di un provvedimento di diritto comunitario vincolante e direttamente applicabile negli Stati membri».

Appare, infatti, che tale efficacia ed efficienza possano essere assicurate proprio con la soggezione ad una stessa procedura di tutte le società che risultino fare capo ad uno stesso centro di interessi e di comune direzione.

c) A fronte di tutte queste considerazioni, che analizzano tutti i punti qualificanti la vera natura e consistenza di EUROFOOD, il giudice irlandese sostiene, invece, che l'individuazione del centro di interessi principali di EUROFOOD in Irlanda si desume da alcune circostanze (invero già ponderate e ritenute non decisive dal giudice italiano), che sarebbero, in sostanza:

– il fatto che EUROFOOD ha sede in Irlanda ed ivi ha gestito la sua attività legalmente e regolarmente: ma il dato non è rilevante non solo perché è cedevole proprio per il disposto normativo, ma anche perché nella specie la sede era solo formale (presso uno studio legale, senza dipendenti e senza alcuna organizzazione effettiva) e il rispetto delle regole irlandesi è un dato meramente consequenziale della costituzione formale come società irlandese;

– la società ha rispettato gli obblighi tributari irlandesi: anche questo è un dato puramente consequenziale e logico della formale costituzione della società in Irlanda, ma nella specie può dirsi che l'aspetto fiscale più favorevole è stato proprio la ragione della costituzione all'estero;

– le riunioni del Consiglio di amministrazione si sono tenute in prevalenza in Irlanda: ma è stato ampiamente chiarito che gli amministratori non executive irlandesi non avevano alcun potere e ricevevano precise disposizioni impegnative dagli amministratori italiani, espressione del potere della società madre, sicché le riunioni in Irlanda erano un mero paravento per giustificare la costituzione in quel paese della EUROFOOD;

– i terzi facevano affidamento sulla società costitutiva in Irlanda e ivi era il centro degli interessi del debitore da essi riconoscibili: nulla di più inesatto si

poteva dire, visto che neanche il più sprovveduto degli investitori privati poteva ignorare che la garanzia per il suo impegno era data dal GRUPPO PARMALAT (allora di fama mondiale) e non certo dalla EUROFOOD, che non aveva beni di sorta ed appariva sprovvista persino di una sede effettiva e di un minimo di organizzazione; e la riprova è l'esposizione dei debiti EUROFOOD nei confronti delle società del gruppo, quale indicata, sia pur sommariamente, dal Tribunale di Parma nel brano di sentenza sopra riportato.

d) È evidente, dunque, che il centro degli interessi principali di EUROFOOD non era in Irlanda ma in Italia. Questo è stato esattamente osservato dal Tribunale di Parma, ma (inesattamente, secondo noi) è contestato dal giudice irlandese. Chi risolve il conflitto?

Il regolamento 1346/2000 non dà precise disposizioni e si affida, forse un po' ottimisticamente, alla ragionevolezza dei giudici e al loro impegno di collaborazione. Spiega il considerando n. 22: «Il presente regolamento dovrebbe prevedere l'immediato riconoscimento delle decisioni relative all'apertura, allo svolgimento e alla chiusura di una procedura di insolvenza che rientra nel suo ambito d'applicazione, nonché delle decisioni strettamente collegate con detta procedura d'insolvenza. Il riconoscimento automatico dovrebbe pertanto avere per conseguenza che gli effetti che il diritto dello Stato di apertura della procedura comporta per la stessa si estendono ai rimanenti Stati membri. Il riconoscimento delle decisioni pronunciate dai giudici degli Stati membri dovrebbe poggiare sul principio di fiducia reciproca. A tale riguardo i motivi del mancato riconoscimento dovrebbero essere ridotti al minimo necessario. Si dovrebbe risolvere secondo tale principio anche il conflitto che insorge quando i giudici di due Stati membri si ritengono competenti ad aprire una procedura principale di insolvenza. La decisione del giudice che apre per primo la procedura dovrebbe essere riconosciuta negli Stati membri, senza che questi ultimi abbiano la facoltà di sottoporre a valutazione la decisione del primo giudice». E precisa l'art. 16 co. 1: «la decisione di apertura della procedura di insolvenza da parte di un giudice competente in virtù dell'art. 3, è riconosciuta in tutti gli Stati membri non appena essa produce effetto nello Stato in cui la procedura è aperta».

Questo significa, a nostro avviso, che, resta in ogni caso fermo il criterio del foro del centro degli interessi principali e che, secondo equilibrio e ragionevolezza, fra i giudici non dovrebbero sorgere contrasti di fatto, rimanendo per ciascuno vincolante la pronuncia del primo di essi che si sia ritenuto competente in conformità al criterio base dell'art. 3 co. 1. Ben potrebbe la Corte di giustizia, pur senza entrare nel merito del caso di specie, indicare criteri guida per l'individuazione di tale centro. Ma v'è pur sempre la eventualità che un secondo giudice si ritenga anch'esso competente quale giudice del luogo in cui si trova il centro degli interessi principali sempre che sia riscontrata una sostanziale ed oggettiva parità di elementi con quelli riscontrati dall'altro giudice. In una tale situazione non potrebbe che prevalere la priorità temporale fra le due pronunce: anche in tal caso, come vedremo nel paragrafo successivo, la priorità è del giudice italiano.

2. – Quanto alla «priorità del giudice italiano», l'Avvocatura, ricordati i fatti, ha osservato che il testo del regolamento comunitario 1346/2000 è sul punto chiarissimo.

Fermo e incontestato che entrambe le procedure, quella italiana e quella irlandese, sono contemplate dal regolamento quali «procedure concorsuali fondate sull'insolvenza del debitore» (art. 1 co.1 e all. A), è sufficiente ricordare che il regolamento stesso fa sempre riferimento alla apertura della procedura di insolvenza, distinguendo questa dalla mera richiesta di apertura:

– considerando n. 6: «...il presente regolamento dovrebbe limitarsi a disposizioni che disciplinano l'apertura delle procedure di insolvenza...»;

– considerando n. 16: «Ai giudici competenti ad aprire una procedura principale di insolvenza dovrebbe essere consentito di imporre l'adozione di provvedimenti provvisori e conservativi sin dalla richiesta di apertura della procedura. I provvedimenti conservativi anteriori e posteriori all'apertura...»; *può essere consentita la nomina di «un curatore provvisorio designato anteriormente all'apertura della procedura principale...»;*

– considerando n. 17: «...Prima dell'apertura della procedura principale di insolvenza, il diritto di chiedere l'apertura di una procedura di insolvenza nello Stato membro in cui il debitore ha una dipendenza dovrebbe spettare... e così via in tanti altri considerando»;

– art. 2 lett. F): «momento in cui è aperta la procedura di insolvenza (è il momento in cui la decisione di apertura, sia essa definitiva o meno, comincia a produrre effetti»;

– art. 16: «La decisione di apertura della procedura di insolvenza da parte di un giudice di uno Stato membro, competente in virtù dell'art. 3, è riconosciuta in tutti gli Stati membri non appena essa produce effetto nello Stato in cui la procedura è aperta».

Sulla base di queste precisazioni sembra evidente che, ai sensi e per gli effetti del regolamento comunitario, la procedura concorsuale di insolvenza si è aperta in Italia il 20 febbraio 2004 e in Irlanda il 23 marzo 2004 (in entrambi i casi, ovviamente, con riserva dell'esito delle impugnazioni delle decisioni del Tribunale di Parma e dell'Alta Corte di Dublino), irrilevanti rimanendo le istanze di apertura delle procedure stesse e i provvedimenti emessi in attesa delle decisioni sullo stato di insolvenza. Sostiene il giudice irlandese in contrario, pur ammettendo che a seguito della presentazione dell'istanza, con la nomina del curatore provvisorio, non v'è stata alcuna previa verifica del centro degli interessi principali del debitore (cfr. pag. 5 del provvedimento di rinvio pregiudiziale): a) che in Irlanda è stato nominato un curatore provvisorio – espressamente previsto dal regolamento – sin dal 27 gennaio, con ampi poteri di spossessamento e amministrazione analoghi a quelli del liquidatore definitivo; b) che secondo il diritto irlandese gli effetti della dichiarazione di insolvenza decorrono dalla data dell'istanza del 27 gennaio, sicché la apertura disposta il 23 marzo ha cominciato a produrre effetti, secondo la previsione dell'art. 2 lett. F) del regolamento, del 27 gennaio. Queste argomentazioni non possono essere condivise. Ci sembra sufficiente rilevare: a) che, quanto alla nomina del curatore provvisorio, essa è prevista dal regolamento comunitario quale mera misura cautelare che prescinde dall'apertura di una procedura concorsuale di insolvenza, pur essendo preordinata ad essa (cfr. in particolare il considerando n. 16 e l'art. 38); b) che, per quanto riguarda gli effetti dell'apertura, essi si producono solo con l'apertura stessa, prima della quale non esiste ancora una procedura

concorsuale di insolvenza ai sensi del regolamento: con questa produzione in effetti non va confusa la retrodatazione di essi alla data dell'istanza (al fine di garantire, in particolare la par condicio creditorum, con le disposizioni conseguenziali quanto allo spossessamento dei beni, la formazione dello stato passivo, le eventuali azioni revocatorie, ecc.) che una legislazione nazionale può disporre, senza però alcuna rilevanza quanto alla individuazione del «momento in cui è aperta la procedura di insolvenza», che altro non può essere che un momento contemporaneo o successivo alla ufficiale dichiarazione di apertura, prima del quale non esiste alcuna procedura concorsuale. E invero l'art. 4 co. 2 del regolamento rimanda alla legge dello Stato nel cui territorio è aperta la procedura soltanto per la determinazione delle condizioni di apertura, di svolgimento e di chiusura della procedura di insolvenza, non anche per la determinazione del momento in cui si producono gli effetti dell'apertura della medesima procedura; e il successivo art. 17, pur prevedendo che la legge dello Stato di apertura regola gli effetti della procedura, tuttavia non modifica il principio, posto dallo stesso regolamento, secondo il quale il criterio della priorità temporale va ancorato esclusivamente al provvedimento di apertura di una procedura di insolvenza transnazionale.

Anche sotto il profilo della priorità dell'apertura di una procedura concorsuale principale, la competenza non può essere sottratta al giudice italiano, la cui pronuncia (salvo – si ripete – ovviamente gli effetti di una impugnazione in sede nazionale, allo stato ancora pendente) deve trovare automatico riconoscimento anche in Irlanda ai sensi dell'art. 17 del regolamento comunitario.

3. – In relazione al preteso «contrasto con l'ordine pubblico», per la presunta violazione, nel procedimento italiano, dei diritti di difesa di alcune parti, rientranti fra i «principi fondamentali e i diritti e le libertà personali sanciti dalla costituzione», l'Avvocatura ha ricordato ancora che, come precisa il considerando n. 22 del regolamento, «il riconoscimento delle decisioni pronunciate dai giudici degli Stati membri dovrebbe poggiare sul principio della reciproca fiducia». E la Corte ha sovente ricordato (cfr. la sentenza 27 aprile 2004, nella causa C-159/02, Turner, e prima la sentenza 9 dicembre 2003, nella causa C-116/02, Gasser), a proposito della convenzione di Bruxelles 27 settembre 1968 (e succ. mod.) sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale, ma con una forza di principio ben applicabile anche al reg. 1346/2000, che tale normativa «si basa necessariamente sulla fiducia che gli Stati contraenti accordano reciprocamente ai loro sistemi giuridici e alle loro istituzioni giudiziarie». Se a ciò si aggiunge che l'art. 26 del regolamento 1346/2000 legittima il rifiuto del riconoscimento solo ove possano prodursi «effetti palesemente contrari all'ordine pubblico» (così come l'art. 34 del reg. CE n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000, che ha sostituito la suddetta Convenzione di Bruxelles, legittima il rifiuto di riconoscimento di una sentenza emessa in altro Stato membro solo se esso «è manifestamente contrario all'ordine pubblico»), richiedendosi quindi una palese, manifesta violazione di principi fondamentali o di diritti e libertà personali sancite dalla costituzione, non si vede proprio come questi effetti possano essere ricollegati al riconoscimento della sentenza italiana emessa secondo le ordinarie e incontestabili regole del diritto processuale italiano (salve, si ripete, le impugna-

zioni di rito di diritto interno, attualmente pendenti), particolarmente attento alla tutela dei diritti fondamentali (che la nozione di «ordine pubblico» sia di stretta interpretazione è stato affermato dalla Corte di giustizia numerose volte: cfr. sentenze 4 febbraio 1988, nella causa C-145/1986, Hoffmann; 10 ottobre 1996, nella causa C-78/1995, Hendrikman, ed altre).

Non si vede, invero, come possa la procedura giurisdizionale svolgasi dinanzi al Tribunale di Parma essere ritenuta contraria all'ordine pubblico per asserita carenza di giusto processo, al punto da giustificare il rifiuto, da parte del giudice irlandese, del riconoscimento.

Non trovano rispondenza infatti, le lesioni del diritto di difesa lamentate dal curatore provvisorio e dai presunti creditori della EUROFOOD, tanto più se si tiene conto della rilevanza internazionale della procedura in esame e dei prevedibili risvolti pregiudizievole riconducibili a qualsiasi inutile ritardo della decisione. Al riguardo, va osservato che il Tribunale di Parma ha mandato al commissario straordinario (ricorrente) «per la comunicazione agli interessati alla comparizione, eventualmente anche a mezzo telefax, almeno 48 ore prima dell'udienza»: a differenza di quanto sostenuto dalle Corti irlandesi, il termine «comunicazione» non può essere riferito alla domanda, bensì esclusivamente all'ordinanza di convocazione. Ne consegue, allora, che il commissario straordinario non aveva alcun obbligo di comunicare al curatore provvisorio della società il ricorso introduttivo e gli altri documenti che dallo stesso gli sarebbero stati richiesti prima dell'udienza. Al contrario, era onere del curatore provvisorio di attivarsi, anche attraverso i propri legali, per ottenere presso la Cancelleria del Tribunale le copie degli atti del procedimento anche prima della celebrazione dell'udienza, una volta venuto a conoscenza della convocazione nei termini fissati dal giudice (ogni diversa interpretazione può comunque essere fatta valere in un giudizio di impugnazione, che, di fatto, è attualmente pendente).

Ma al fine di dissipare ogni residuo dubbio in ordine a qualsivoglia lesione del diritto di difesa del curatore provvisorio irlandese (i creditori della medesima, pur potendo intervenire personalmente, non costituivano parti necessarie che andavano convocate), è sufficiente osservare che gli avvocati del curatore hanno partecipato regolarmente all'udienza in camera di consiglio e che, dopo aver dato agli stessi l'autorizzazione ad estrarre copia degli atti (non risulta che questa richiesta sia stata avanzata prima dell'udienza e sia stata rigettata), il Tribunale ha concesso alle parti nuovi termini, sia pure ridotti, per lo scambio di nuove memorie difensive.

Tutto ciò ben risulta dalla sentenza del giudice italiano, dalla quale emerge che il curatore provvisorio irlandese ha svolto tutte le proprie difese sui punti controversi (qualifica degli amministratori executive e non executive, riconoscibilità da parte dei terzi dell'effettiva localizzazione dell'attività d'impresa, pendenza di un procedimento nello Stato irlandese) e che le relative argomentazioni sono state esaminate e motivatamente confutate, sulla base dell'esame delle circostanze di fatto che sono state quindi poste alla base della dichiarazione di insolvenza e conseguente individuazione di detta procedura come principale ai sensi del regolamento 1346/2000. E di ciò dà atto addirittura la ordinanza della Corte irlandese, laddove precisa che, a seguito all'udienza del 17 febbraio davanti al Tribunale di Parma le parti venivano autorizzate a depositare ulte-

riori memorie prima del venerdì 19 febbraio ed il giudice autorizzava gli avvocati italiani del sig. Farrell (curatore provvisorio) a fotocopiare dal fascicolo del Tribunale la domanda e la documentazione annessa: sulla base di tali ulteriori memorie veniva quindi emessa la decisione del giudice italiano, la quale, come ammette il giudice irlandese, «include numerosi riferimenti alle argomentazioni del Sig. Farrell. Al fine di decidere sulla presente questione di un eventuale non-riconoscimento di quella sentenza per motivi di ordine pubblico, sarebbe inopportuno dedicare qualsiasi commento all'opinione della Corte su tale questione, opinione che può essa stessa esporre dinanzi ad altro foro giudiziario. È sufficiente affermare che il tribunale di Parma sembra avere considerato gli argomenti del sig. Farrell nel loro merito».

A fronte di un tale iter procedimentale, pienamente rispettoso del principio del contraddittorio e del diritto di difesa delle parti interessate, sia pure in relazione ad una procedura improntata alla massima celerità in funzione degli interessi pubblici coinvolti (e salva la garanzia delle successive impugnazioni) non pare possibile lamentare il fatto che il curatore provvisorio irlandese sia stato impedito di esporre adeguatamente le proprie argomentazioni, ledendo, in tal modo, il suo diritto di difesa ed il principio del giusto processo, sanciti, rispettivamente, dagli artt. 24 e 111 della Costituzione italiana.

4. – Sulla base di tali considerazioni l'Avvocatura ha concluso proponendo di rispondere ai quesiti posti dalla Corte Suprema d'Irlanda nel seguente modo:

– Se ad un giudice viene presentata una domanda di liquidazione di una società per la dichiarazione della sua insolvenza e viene nominato un curatore provvisorio, la procedura concorsuale di insolvenza si considera aperta ai sensi del reg. CE n. 1346/2000 solo al momento della dichiarazione dello stato di insolvenza, senza che abbia rilevanza, ai sensi del regolamento stesso, la retrodatazione degli effetti alla data della presentazione dell'istanza in forza della legislazione nazionale.

– Ai sensi dell'art. 3 del reg. CE n. 1346/2000 il giudice di uno Stato membro nel cui territorio una società ha il centro degli interessi principali è competente a dichiarare l'apertura di una procedura principale concorsuale, anche se la società ha sede in un altro Stato membro ed è regolarmente ivi costituita osservando e sottoponendosi alle leggi dello Stato stesso, i cui giudici possono eventualmente aprire solo una procedura secondaria.

– Ai fini della individuazione del giudice competente ai sensi dell'art. 3 co. 1 del regolamento CE n. 1346/2000 ad aprire la procedura principale di insolvenza di una società figlia costituita in uno Stato membro mentre la società madre è costituita in altro Stato membro, occorre verificare quali rapporti sostanziali intercorrono fra le società del medesimo gruppo e in particolare fra la società madre e la società figlia di cui si tratta e, per la determinazione del centro degli interessi principali nella stessa società figlia, cui va rapportata la competenza del giudice dell'un Stato o dell'altro, occorre tenere in ragionevole conto lo scopo della costituzione della società figlia in uno Stato membro diverso da quello della società madre e le funzioni che essa era destinata a svolgere, individuando, ai fini della verifica del livello di autonomia o di mera soggezione,

le persone che assumono sostanzialmente le linee direttive della società figlia, determinandone o meno la linea di azione e il comportamento effettivo, e il luogo dove esse sono sostanzialmente assunte.

– A norma dell'art. 17 del reg. CE n. 1346/2000 la decisione di apertura di una procedura di cui all'art. 3 par. 1 produce in altro Stato membro, senza altra formalità, gli effetti previsti dalla legge dello Stato di apertura. Uno Stato membro può rifiutare il riconoscimento solo se esso e la esecuzione della pronuncia emessa nell'altro Stato membro possano produrre effetti palesemente contrari all'ordine pubblico. Le norme contenute nel regolamento si basano necessariamente sulla fiducia che gli Stati contraenti accordano reciprocamente ai loro sistemi giuridici e alle loro istituzioni giudiziarie: non può uno Stato membro rifiutare il riconoscimento di una pronuncia del giudice competente di un altro Stato membro adducendo, quale motivo di ordine pubblico, che tale giudice, pur avendo giudicato secondo le norme del proprio ordinamento giuridico, avrebbe commesso – in ipotesi – in concreto un errore, peraltro emendabile – se effettivamente sussistente – in sede di gravame, pregiudicando il diritto di difesa di una parte in causa.

Avv. Oscar Fiumara».

Causa C-352/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Servizio postale universale – Artt. 47 CE e 95 CE e artt. 12 e 7 della direttiva 95/67/CE – Ordinanza del «*Verwaltungsgericht Köln*» (Tribunale Amministrativo di Colonia - Germania), notificata il 7 ottobre 2004 (cs. 51462/04, avv. dello Stato D. Del Gaizo).

IL FATTO

La controversia, pendente di fronte alla Magistratura tedesca, vede contrapposti la titolare di una licenza per invii postali su commissione e, quale convenuto, il titolare della licenza esclusiva di forniture del servizio postale universale.

Oggetto del contendere è l'eventuale obbligo, per il fornitore del servizio postale universale, di proporre alla ricorrente (che effettua lo smistamento preventivo degli invii secondo le regioni postali, la raccolta in contenitori della posta e la consegna postale di Goppingen) un contratto alle condizioni previste (normativamente) per i clienti imprese che consegnino determinati quantitativi minimi di invii, smistati secondo regione postale e formato presso i centri postali di partenza.

La ricorrente sostiene di essere legittimata, sebbene non fornisca lo svolgimento dell'intero ciclo di spedizione, a recapitare gli invii postali presso il centro di Goppingen alle condizioni normativamente previste.

All'obiezione che il centro postale di Goppingen non è, come prevede la disposizione disciplinare, il più vicino, ribatte che le succursali postali situate a distanza minore non sono attrezzate per la ricezione di grandi quantitativi di invii.

La convenuta ritiene che le richieste della parte attrice siano da respingere in quanto: la licenza di cui è titolare quest'ultima non contempla le pre-

stazioni di servizi specifici che dovrebbe effettuare, ma soltanto il trasferimento degli invii postali al più vicino punto di accesso al circuito postale; le succursali postali più vicine, rispetto a Goppingen, accettano anche quantitativi maggiori di invii. Secondo la titolare della licenza universale, la ricorrente opera su un mercato diverso, collegato a quello di prestazione di servizi postali e non effettua, quindi, servizi specifici.

IL QUESITO

Se il combinato disposto degli artt. 47, n. 2, CE e 95 CE e degli artt. 12, quinto trattino, e 7, n. 1, della direttiva 97/67/CE, nella versione di cui alla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2002/39/CE, debba essere interpretato nel senso che, qualora il fornitore di servizi universali applichi tariffe speciali per le imprese sue clienti che immettono nel circuito postale invii postali, smistati anticipatamente in punti del ciclo di spedizione diversi dai punti di accesso iniziale, il fornitore di servizi universali sia tenuto ad applicare tali tariffe speciali anche nei confronti di quelle imprese che prelevano detti invii postali presso il mittente e li immettono nel circuito postale smistati anticipatamente nel medesimo punto di accesso ed alle stesse condizioni delle imprese sue clienti, senza che il fornitore del servizio universale possa rifiutare ciò invocando il fatto che esso deve garantire lo svolgimento del servizio universale.

Causa C-356/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Pubblicità comparativa – Inquadramento nell’ambito della Direttiva 84/450/CEE – Tutela del consumatore – Ordinanza del «*Rechtbank van Koophandel*» (Belgio), emessa il 29 luglio 2004, notificata il 5 ottobre 2004 (cs. 51886/04, avv. dello Stato D. Del Gaizo).

IL FATTO

La questione è sorta nell’ambito di una controversia tra una società tedesca, con succursale in Belgio, responsabile della gestione di supermercati, da un lato, e una società belga operante nello stesso settore, dall’altro.

La ricorrente tedesca sostiene che la concorrente belga abbia operato un’illecita pubblicità a favore dei propri prodotti, non avendo rispettato le regole previste in materia di pubblicità comparativa, pratiche commerciali e tutela del consumatore.

La resistente sostiene di contro la legittimità della pubblicità comparativa da essa eseguita alla luce della giurisprudenza della Corte.

In questo contesto e alla luce di quanto precede, il giudice *a quo* chiede, in sostanza, alla Corte di stabilire quando una pubblicità comparativa può essere ritenuta lecita.

I QUESITI

1. – Se l’art. 3 *bis*, n. 1, lett. *a*), della direttiva 84/450/CEE (quale inserito dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 6 ottobre 1997, 97/55/CE, che modifica la direttiva 84/450/CEE relativa alla pubblicità ingannevole al fine di includervi la pubblicità comparativa) debba essere interpretato nel senso che è illecita la comparazione del livello generale dei

prezzi dell'inserzionista con quello dei concorrenti, laddove venga effettuata un'estrapolazione della comparazione del prezzo di un certo numero di prodotti, in quanto, in tal modo, si crea l'impressione che l'inserzionista sia meno caro in tutto il suo assortimento, mentre invece la comparazione di cui trattasi riguarda unicamente un limitato numero di prodotti, a meno che la pubblicità non renda possibile individuare quanti e quali prodotti dell'inserzionista, da un lato, e dei concorrenti interessati dalla comparazione, d'altro lato, siano raffrontati e a meno che essa non consenta di sapere in quale posizione si situino nell'ambito del risultato della comparazione i concorrenti in essa implicati, e quindi quali siano i loro prezzi rispetto a quelli dell'inserzionista e degli altri concorrenti interessati dalla comparazione.

2. – Se l'art. 3 *bis*, n. 1, lett. *b*), della direttiva 84/450/CEE (quale inserito dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 6 ottobre 1997, 97/55/CE, che modifica la direttiva 84/450/CEE relativa alla pubblicità ingannevole al fine di includervi la pubblicità comparativa) debba essere interpretato nel senso che la pubblicità comparativa è lecita unicamente laddove il raffronto riguardi singoli beni o servizi che soddisfano gli stessi bisogni o si propongono gli stessi obiettivi, con l'esclusione degli assortimenti dei prodotti, anche qualora tali assortimenti nel loro complesso, e non necessariamente con riferimento a ciascun elemento, soddisfino gli stessi bisogni o si propongano gli stessi obiettivi.

3. – Se l'art. 3 *bis*, n. 1, lett. *c*), della direttiva 84/450/CEE (quale inserito dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 6 ottobre 1997, 97/55/CE, che modifica la direttiva 84/450/CEE relativa alla pubblicità ingannevole al fine di includervi la pubblicità comparativa) debba essere interpretato nel senso che la pubblicità comparativa, in cui vengono raffrontati i prezzi dei prodotti o il livello generale dei prezzi di concorrenti, è obbiettiva unicamente quando essa comporti l'enumerazione dei prodotti e dei prezzi oggetto del raffronto dell'inserzionista e di tutti i concorrenti interessati dalla comparazione ed essa consenta di conoscere i prezzi applicati dall'inserzionista e dai suoi concorrenti, nel qual caso tutti i prodotti che sono interessati dal raffronto dovrebbero essere menzionati esplicitamente, con indicazione separata per fornitore.

4. – Se l'art. 3 *bis*, n. 1, lett. *c*), della direttiva 84/450/CEE (quale inserito dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 6 ottobre 1997, 97/55/CE, che modifica la direttiva 84/450/CEE relativa alla pubblicità ingannevole al fine di includervi la pubblicità comparativa) debba essere interpretato nel senso che nella pubblicità comparativa una caratteristica risponde all'esigenza di verificabilità di cui a tale articolo solo qualora la veridicità di tale caratteristica possa essere verificata da coloro cui è rivolta la pubblicità, ovvero se sia sufficiente che essa sia verificabile da terzi cui la pubblicità non si rivolge.

5. – Se l'art. 3 *bis*, n. 1, lett. *c*), della direttiva 84/450/CEE (quale inserito dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 6 ottobre 1997, 97/55/CE, che modifica la direttiva 84/450/CEE relativa alla pubblicità ingannevole al fine di includervi la pubblicità comparativa) debba essere interpretato nel senso che il prezzo di prodotti e il livello generale dei prezzi dei concorrenti costituiscono di per sé una caratteristica verificabile.

Causa C-372/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Trattamento ospedaliero in un altro Stato membro – Artt. 48, 49, 50, 55 e 152, n. 5 del Trattato CE – Art. 22 del regolamento 1408/71/CE – Ordinanza della «Court of Appeal» (Regno Unito), emessa il 12 luglio 2004, notificata l'8 novembre 2004 (cs. 54683/04, avv. dello Stato D. Del Gaizo).

IL FATTO

I fatti oggetto della causa principale traggono origine da una controversia, sorta in grado d'appello, fra una paziente britannica (appellante) e il Ministero della Sanità britannico (appellato).

L'appellante lamenta il mancato rimborso da parte del Servizio sanitario britannico delle spese da essa sostenute per sottoporsi ad un intervento chirurgico in Francia, luogo che essa aveva scelto per effettuare l'intervento di cui necessitava in considerazione dei tempi di attesa, da essa ritenuti eccessivi, per effettuare il medesimo intervento nel suo Paese di residenza e nonostante il diniego da parte delle autorità sanitarie britanniche di rilascio dell'autorizzazione a beneficiare dell'assistenza sanitaria all'estero.

La causa principale ha ad oggetto l'appello proposto dalla paziente britannica avverso la sentenza di primo grado, con la quale il giudice aveva respinto la sua istanza di rimborso delle spese sostenute per l'effettuazione dell'intervento chirurgico in Francia, sul presupposto che il periodo di attesa per effettuare detto intervento in Gran Bretagna non fosse tale da giustificare il trattamento all'estero.

Il giudice di rinvio chiede pertanto alla Corte di pronunciarsi sull'interpretazione dei principi comunitari in materia di sanità pubblica e di trattamento ospedaliero in altri Stati membri, con particolare riferimento al servizio sanitario britannico.

I QUESITI

1. – Se, tenuto conto della natura del Servizio sanitario nazionale del Regno Unito (NHS) e della sua collocazione nel contesto del diritto nazionale, l'art. 49 CE, letto alla luce delle sentenze *Geraets Smits, Muller – Fauré* ed *Inizan*, debba essere interpretato nel senso che in linea di principio la normativa comunitaria conferisce alle persone residenti nel Regno Unito il diritto di ricevere il trattamento ospedaliero in altri Stati membri, a spese del Servizio sanitario nazionale del Regno Unito («NHS»).

In particolare se, interpretando correttamente l'art. 49 CE:

a) esista una distinzione tra un servizio sanitario nazionale finanziato dallo Stato come l'NHS e fondi assicurativi quali il sistema olandese ZFW, in particolare considerando che l'NHS non dispone di alcun fondo per il pagamento [del trattamento in oggetto];

b) l'NHS sia tenuto ad autorizzare ed a pagare tale trattamento in un altro Stato membro, pur non essendo tenuto ad autorizzarne né a pagarne l'erogazione privata da parte di un prestatore di servizi del Regno Unito;

c) rilevi il fatto che il paziente si sia procurato il trattamento sanitario indipendentemente dall'organismo competente e senza previa autorizzazione o notifica.

2. – Se, per risolvere la questione n. 1, sia rilevante accertare che il trattamento ospedaliero prestato dall’NHS costituisca, esso stesso, la prestazione di servizi di cui all’art. 49 CE.

In caso di soluzione affermativa, se, sulla base delle circostanze di fatto in precedenza esposte, gli artt. 48, 49 e 50 CE debbano essere interpretati nel senso che, in linea di principio:

a) la prestazione di un trattamento ospedaliero da parte degli enti dell’NHS costituisce la prestazione di servizi ai sensi dell’art. 49 CE;

b) il paziente che riceve un trattamento ospedaliero nell’ambito dell’NHS come tale esercita la libertà di avvalersi della prestazione dei servizi ai sensi dell’art. 49 CE;

c) gli enti dell’NHS che erogano trattamento ospedaliero sono prestatori di servizi ai sensi degli artt. 48 e 50 CE.

3. – Se, qualora l’art. 49 CE si applichi all’NHS, quest’ultimo o il *Secretary of State* possano invocare, come obiettiva giustificazione per rifiutare la previa autorizzazione al trattamento ospedaliero in un altro Stato Membro:

a) il fatto che l’autorizzazione comprometterebbe seriamente il sistema adottato dall’NHS di gestione delle priorità cliniche attraverso liste di attesa;

b) il fatto che l’autorizzazione permetterebbe a pazienti con esigenze mediche meno urgenti di scavalcare pazienti con esigenze mediche più urgenti;

c) il fatto che l’autorizzazione avrebbe l’effetto di sviare le risorse destinandole a trattamenti meno urgenti a vantaggio di coloro che sono disposti a recarsi all’estero, danneggiando quindi coloro che non desiderano o non possono spostarsi all’estero, oppure l’effetto di aumentare i costi degli enti dell’NHS;

d) il fatto che l’autorizzazione potrebbe costringere il Regno Unito ad accrescere il bilancio dell’NHS o a ridurre la gamma dei trattamenti disponibili nell’ambito dell’NHS;

e) i costi comparativi del trattamento ed i costi addizionali del trattamento stesso nell’altro Stato membro.

4. – Nello stabilire se il trattamento sia disponibile *senza indebito ritardo* ai fini dell’art. 49 CE, in qual misura sia necessario o consentito tenere conto in particolare dei seguenti elementi:

a) i tempi di attesa;

b) la priorità clinica concessa al trattamento dall’organismo competente dell’NHS;

c) la gestione della prestazione dell’assistenza ospedaliera coerentemente con le priorità intese a dare i migliori risultati in presenza di risorse limitate;

d) il fatto che il trattamento dell’NHS sia prestato gratuitamente nel luogo di erogazione del servizio;

e) la situazione clinica individuale del paziente, l’anamnesi ed il probabile decorso della malattia per cui il paziente chiede il trattamento.

5. – Se, in base ad una corretta interpretazione dell’art. 22, n. 1, lett. c), del regolamento n. 1408/1971 ed in particolare delle parole «*entro il lasso di tempo normalmente necessario per ottenere il trattamento in questione*»:

a) i criteri applicabili siano identici a quelli applicabili nel determinare le questioni dell'*indebito ritardo*, ai fini dell'art. 49 CE; e, in caso di soluzione negativa:

b) in quale misura sia necessario o consentito tener conto degli elementi menzionati nella questione n. 4.

6. Se, qualora uno Stato membro sia tenuto ai sensi del diritto comunitario a finanziare il trattamento ospedaliero in altri Stati membri di persone residenti nel primo Stato membro, il costo di tale assistenza debba essere calcolato, a norma dell'art. 22 del regolamento n. 1408/1971, con riferimento alla legislazione dello Stato membro in cui il trattamento viene prestato o, ai sensi dell'art. 49 CE, con riferimento alla legislazione dello Stato membro di residenza.

In ogni caso:

a) quale sia la precisa portata dell'obbligo di pagare o di rimborsare le spese, in particolare quando, come nel caso del Regno Unito, il trattamento ospedaliero è prestato gratuitamente ai pazienti nel luogo di svolgimento del servizio e non è stata fissata nell'ambito nazionale alcuna tariffa, per rimborsare ai pazienti il costo del trattamento;

b) se l'obbligo sia limitato alle spese effettive che si dovrebbero sostenere per fornire lo stesso trattamento o un trattamento equivalente nel primo Stato membro;

c) se esso includa l'obbligo di rimborsare le spese di viaggio e di sistemazione.

7. – Se l'art. 49 CE e l'art. 22 del regolamento n. 1408/1971 debbano essere interpretati nel senso che impongono ad uno Stato membro l'obbligo di finanziare il trattamento ospedaliero in altri Stati membri indipendentemente dalle esigenze di bilancio e, in questo caso, se detti obblighi siano compatibili con la responsabilità riconosciuta agli Stati membri dall'art. 152, n. 5, CE di organizzare ed erogare i servizi sanitari e l'assistenza medica.

Causa C-406/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Libertà di circolazione e di soggiorno riconosciuta a tutti i cittadini europei dagli artt. 17 e 18 del Trattato CE – Ordinanza del «Tribunal du Travail de Bruxelles» (Belgio), notificata l'8 novembre 2004 (cs. 54575/04, avv. dello Stato D. Del Gaizo).

IL FATTO

Il sig. De Cuyper contesta la decisione dell'ONEM 25 ottobre 2000 che lo ha escluso dalle indennità di disoccupazione a far data dal 1° gennaio 1999.

È stata altresì disposta la restituzione delle indennità indebitamente percepite, per un importo pari a BEF 502 344, corrispondente ad € 12452,78, in base al calcolo effettuato nel modulo C31, notificato all'interessato il 16 novembre 2000.

Tale decisione è motivata dal fatto che, da un'indagine condotta dagli ispettori dell'ONEM, è risultato che l'interessato, da tale data, risiedeva in Francia.

Orbene, ai sensi dell'art. 66 del Regio decreto 25 novembre 1991, recante disciplina della disoccupazione, un disoccupato, per poter beneficiare dell'indennità di disoccupazione, deve avere la propria residenza in Belgio, e deve effettivamente risiederci.

Oltre alla detta disposizione regolamentare, la decisione controversa è fondata sull'art. 56, § 1, commi 1, 142, 143, 144, 169 e 170 del Regio decreto 25 novembre 1991, recante disciplina della disoccupazione.

Nelle sue conclusioni, il legale del ricorrente chiede, in via principale, l'annullamento della decisione controversa in quanto l'indagine domiciliare sarebbe stata effettuata sotto coercizione e, di conseguenza, non avrebbe alcun effetto. Peraltro il fascicolo dimostrerebbe che l'interessato risiede effettivamente in Belgio.

I QUESITI

1. – Se l'obbligo di risiedere effettivamente in Belgio, al quale l'art. 66 del regio decreto 25 novembre 1991, recante disciplina della disoccupazione, subordina la concessione delle indennità, applicato ad un disoccupato con più di 54 anni che fruisce, ai sensi dell'art. 89 del detto regio decreto, di una dispensa dall'obbligo di timbratura implicante l'esenzione dal requisito della disponibilità sul mercato del lavoro, costituisca un ostacolo alla libera circolazione e di soggiorno riconosciuta a tutti i cittadini europei dagli artt. 17 e 18 del Trattato che istituisce la Comunità europea.

2. – Se tale obbligo di residenza nel territorio dello Stato competente per la concessione delle indennità di disoccupazione, giustificato, nel diritto interno, dalle esigenze del controllo sull'osservanza dei requisiti di legge per la concessione dell'indennità ai disoccupati, sia conforme al requisito della proporzionalità, che deve essere rispettato nel perseguimento di tale obiettivo di interesse generale, visto che il detto obbligo costituisce una limitazione della libertà di circolazione e di soggiorno riconosciuta a tutti i cittadini europei dagli articoli 17 e 18 del Trattato che istituisce la Comunità europea.

3. – Se tale obbligo di residenza sortisca l'effetto di creare una discriminazione tra i cittadini europei che hanno la nazionalità dello Stato membro competente ad assicurare la concessione delle indennità di disoccupazione, in quanto, in base al detto obbligo, tale diritto viene riconosciuto a coloro che non esercitano i loro diritti di libera circolazione e di soggiorno sanciti dagli artt. 17 e 18 del Trattato, ma negato, per l'effetto dissuasivo che tale restrizione comporta, a coloro che intendono esercitare i detti diritti.

IL CONTENZIOSO NAZIONALE

La natura «*secundum statutum*» della composizione mista del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana

(Corte Costituzionale, sentenza 28 ottobre – 4 novembre 2004, n. 316)

Con la sentenza in commento la Consulta è stata chiamata a pronunciarsi sui giudizi incidentali di legittimità costituzionale introdotti, con una serie di ordinanze di rimessione di identico contenuto, dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana e dal Presidente del Consiglio medesimo, aventi ad oggetto l'art. 4, 1° comma, lettera *d*), e 2° comma, l'art. 6, 2° comma, e l'art. 15, 1° e 2° comma, del decreto legislativo 24 dicembre 2003, n. 373 (recante «Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione siciliana concernenti l'esercizio nella Regione delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato»), per (asserito) contrasto con gli artt. 14 e 23 dello Statuto della Regione siciliana (R.D.Lgs. 15 maggio 1946, n. 455), con gli artt. 3, 5, 24, 102, 108, 113, 117 e 120 della Costituzione, e con la VI Disposizione Transitoria della Costituzione.

Assumevano, in sostanza, i giudici rimettenti che le disposizioni censurate dovevano ritenersi illegittime sotto più profili nella parte in cui, nel dare attuazione – con riferimento al Consiglio di Stato – all'art. 23, 1° comma, dello Statuto siciliano («Gli organi giurisdizionali centrali avranno in Sicilia le rispettive sezioni per gli affari concernenti la Regione»), avevano previsto che il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana giudicasse, in sede giurisdizionale, in una composizione mista di membri laici e togati.

In particolare, sotto un primo (assorbente) profilo, i rimettenti denunciavano il diretto contrasto delle richiamate disposizioni del D.Lgs. 373/2003 con l'art. 23, 1° comma, *cit.* (1)

(1) Come è noto, lo Statuto speciale della Regione siciliana è stato approvato, in epoca pre-repubblicana, con R.D.Lgs. 15 maggio 1946, n. 455, e, a seguito dell'entrata in vigore del nuovo ordinamento costituzionale, è stato convertito in legge costituzionale, ai sensi dell'art. 116 Cost., dalla L. cost. 26 febbraio 1948, n. 2.

Ed invero, secondo i giudici *a quibus*, detta disposizione statutaria postulava esclusivamente un mero decentramento di uffici, mediante la localizzazione a livello regionale di organi giurisdizionali già esistenti, senza autorizzare in alcun modo una deroga alla composizione ordinaria di tali organi. Di contro, il D.Lgs. 373/2003 – analogamente al previgente D.Lgs. 654/1948 (2) –, nel dare attuazione all'art. 23 *cit.* con riferimento al Consiglio di Stato, non si era limitato ad una mera localizzazione di uffici, ma aveva proceduto ad una modifica della composizione dell'organo, divenuta «mista» a seguito dell'inserimento, tra i componenti della sezione giurisdizionale del Consiglio di giustizia amministrativa, di membri laici di designazione regionale.⁽³⁾ Le norme censurate dovevano pertanto ritenersi illegittime, in quanto adottate palesemente «*contra statutum*», e neppure giustificate dalla finalità di dare una migliore attuazione alle disposizioni statutarie.

Ad ulteriore sostegno di siffatta conclusione, i rimettenti invocavano, quali *tertia comparationis*, gli artt. 90 e 91 dello Statuto speciale del Trentino-Alto Adige (i quali prevedono espressamente una composizione «mista» del Tribunale Regionale di giustizia amministrativa), ed il 3° comma dello stesso art. 23 dello Statuto della Regione siciliana (a mente del quale «i magistrati della Corte dei conti sono nominati, di accordo, dai Governi dello Stato e della Regione»). Da tali disposizioni, invero, i rimettenti, alla stregua del criterio logico-ermeneutico «*ubi voluit, dixit*», pretendevano di poter desumere il principio per cui, nelle ipotesi in cui il legislatore (costituzionale) statutario avesse inteso attribuire ad organi giurisdizionali distaccati nella Regione una composizione particolare, ciò aveva fatto espressamente; e che pertanto, in difetto di espressa previsione in tal senso, qualsiasi deroga alla composizione ordinaria si sarebbe dovuta considerare illegittima.

Sotto un secondo profilo, i giudici *a quibus* denunciavano l'illegittimità costituzionale delle disposizioni censurate in relazione all'art. 108 Cost., in

(2) Occorre invero ricordare che la prima attuazione dell'art. 23, 1° comma, dello Statuto siciliano si è avuta con il decreto legislativo 6 maggio 1948, n. 654 (recante «Norme per l'esercizio nella Regione siciliana delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato»), il quale ha istituito il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, con il compito di esercitare «*le funzioni consultive e giurisdizionali spettanti alle sezioni regionali del Consiglio di Stato previste dall'art. 23 dello Statuto della Regione siciliana*». Al fine di superare i dubbi di legittimità costituzionale insorti, sotto più profili, nei riguardi di detta normativa di attuazione – dubbi che avevano dato luogo a numerose questioni di legittimità costituzionale pendenti dinanzi alla Consulta –, il D.Lgs. 654/1948 è stato espressamente abrogato e sostituito dal D.Lgs. 373/2003, il quale, pur apportando significativi mutamenti alla previgente disciplina (soprattutto con riferimento allo stato giuridico ed alle garanzie di indipendenza dei componenti «laici» del Consiglio di giustizia amministrativa), ha mantenuto sostanzialmente inalterata la composizione mista (*id est*, di membri togati e laici) della sezione giurisdizionale del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana.

(3) Si tratta dei «*quattro componenti in possesso dei requisiti di cui all'articolo 106, terzo comma, della Costituzione per la nomina a consigliere di Cassazione ovvero di cui all'articolo 19, primo comma, numero 2), della legge 27 aprile 1982, n. 186*» di cui all'art. 4, 1° comma, lett. *d*), D.Lgs. 373/2003, designati dal Presidente della Regione siciliana (art. 6, 2° comma, D.Lgs. *cit.*), due dei quali devono comporre, ai sensi dell'art. 4, 2° comma, del citato decreto legislativo, il Collegio giudicante.

quanto sarebbero intervenute «*praeter statutum*» – e cioè, in assenza di un'apposita deroga contenuta in una norma di rango costituzionale – in una materia (l'ordinamento giudiziario) riservata alla esclusiva competenza legislativa dello Stato.

Ancora, sotto altro profilo, gli artt. 4 e 6 D.Lgs. 373/2003 dovevano ritenersi illegittimi, secondo i rimettenti, per contrasto con gli artt. 3, 24 e 113 Cost., in quanto, nel prevedere che il Consiglio di giustizia amministrativa in sede giurisdizionale – sezione distaccata del Consiglio di Stato – giudicasse in una composizione diversa rispetto a quella ordinaria del Consiglio di Stato, avrebbero introdotto, in difetto di una disposizione «autorizzatoria» di pari rango costituzionale, una ingiustificata differenziazione dell'organo giudicante (e quindi, in ultima analisi, dell'esercizio della giurisdizione) su una parte del territorio nazionale.

In via subordinata, per l'ipotesi che il Consiglio di giustizia amministrativa si fosse ritenuto una sezione «specializzata» del Consiglio di Stato, i medesimi articoli venivano impugnati per contrasto con gli artt. 102 e 108 Cost.: sotto un primo profilo, in quanto l'art. 102, 2° comma, Cost. consentirebbe l'istituzione di sezioni specializzate soltanto presso gli organi giurisdizionali ordinari, precludendone invece la costituzione presso i giudici speciali; sotto altro profilo, in quanto l'istituzione di sezioni specializzate sarebbe comunque assoggettata alla riserva di legge statale di cui all'art. 108, 1° comma Cost.

In ulteriore subordine, si lamentava l'illegittimità delle disposizioni del D.Lgs. 373/2003 in relazione alla VI Disposizione Transitoria della Costituzione, la quale esclude espressamente dalla revisione la giurisdizione del Consiglio di Stato.

In via ulteriormente gradata, veniva infine denunciato il contrasto delle norme censurate con l'art. 117, 2° comma, lettera *l*), Cost., nonché con gli artt. 5, 117, 1° comma, e 120, 2° comma, Cost. e con l'art. 14 dello Statuto della Regione siciliana, nella parte in cui tali ultime disposizioni riservano alla legislazione esclusiva dello Stato la materia giurisdizionale.

A fronte delle esposte censure, nella sentenza in commento la Corte Costituzionale si trova a dover affrontare, in via preliminare, il problema dell'ammissibilità delle questioni sollevate.

Al riguardo, mentre la Consulta, evidentemente ricollegandosi al proprio tradizionale orientamento secondo cui «debbono ritenersi influenti sul giudizio [e quindi rilevanti ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87] anche le norme che, pur non essendo direttamente applicabili nel giudizio *a quo*, attengono allo *status* del giudice, alla sua composizione nonché, in generale, alle garanzie e ai doveri che riguardano il suo operare»(4), non sembra nutrire alcun dubbio sull'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Consiglio di giustizia amministrativa – ravvisando una perfetta coincidenza tra l'organo della cui legittimità si dubitava e quello davanti a cui pendeva il processo –, la Corte medesima perviene invece ad opposta conclusione con riferimento alle questioni

(4) Così, tra le tante, Corte Cost., sentenza 19 gennaio 1989, n. 18, in *Giur. costit.*, 1989, 62.

sollevate dal Presidente del C.G.A.: questioni le quali – è opportuno ricordarlo – erano state sollevate dall'organo monocratico allorché questi era chiamato ad emettere una pronuncia cautelare provvisoria ai sensi dell'art. 21, 9° comma, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034.

Secondo la Consulta, invero, «tali questioni sono inammissibili per difetto di rilevanza, in quanto il presidente del collegio non deve certo verificare, in sede di trattazione monocratica – per ragioni di “estrema gravità e urgenza» – di una domanda cautelare, la legittimità di norme riguardanti la composizione del collegio giudicante, il quale si deve costituire subito dopo, cioè «nella prima camera di consiglio utile», per decidere sulla medesima domanda cautelare».

Così pronunciando, la Corte, in accoglimento delle diffuse argomentazioni svolte dall'Avvocatura Generale dello Stato nell'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei Ministri, si allinea fedelmente al proprio (rigoroso) consolidato insegnamento secondo cui sussiste «la legittimazione a rimettere la questione incidentale di legittimità costituzionale da parte del singolo giudice monocratico, anche se appartiene a organo collegiale, [soltanto] con riferimento a questioni concernenti disposizioni che il giudice stesso deve applicare per l'adozione di provvedimenti rientranti nell'ambito della propria competenza». (5)

Ed invero, non è chi non veda che nessuna rilevanza *ex art. 23* legge 87/1953 potevano presentare, ai fini della decisione presidenziale sulla concessione (peraltro soltanto in via provvisoria e temporanea, fino alla ripresa dinanzi al Presidente medesimo del giudizio cautelare a seguito dell'incidente di costituzionalità (6)) della tutela cautelare richiesta – unico potere giurisdizio-

(5) Così Corte Cost., sentenza 16 aprile 1998, n. 111, in *Foro it.*, 1998, I, 1725, ove si legge anche che «la legittimazione dell'organo giurisdizionale a proporre incidente di legittimità costituzionale è ancorata alla rilevanza concreta ed attuale della questione, che può essere sollevata solo dal giudice nel momento in cui è chiamato ad applicare la norma della cui legittimità si dubita»; nei medesimi termini, e con specifico riguardo alla materia cautelare, si veda pure Corte Cost., sentenza 22 luglio 1976, n. 186, in *Foro it.*, 1976, I, 2032, secondo cui «nel caso di atti urgenti il giudice di merito è legittimato a sollevare questioni di legittimità costituzionale sempre che esse, riferendosi esclusivamente alle norme da applicare per il compimento degli stessi, in tale limitato ambito siano rilevanti».

(6) È noto, invero, al riguardo, l'orientamento espresso dalla Consulta in ordine ai limiti entro cui la previa adozione di una pronuncia cautelare (sia essa di accoglimento ovvero di rigetto dell'istanza proposta) consente ad un giudice di sollevare questioni di legittimità costituzionale. La Corte ha costantemente ritenuto che il giudice investito della domanda cautelare non è legittimato a pena di inammissibilità per irrilevanza della questione a sollevare incidenti di legittimità costituzionale dopo aver concesso (o comunque provveduto in via definitiva sul)la tutela richiesta. La Corte ha infatti chiarito che, una volta che il giudice abbia deciso sulla tutela cautelare, egli esaurisce ogni sua potestà giurisdizionale, di tal che, dopo il provvedimento d'urgenza, ogni successiva attività decisionale (e quindi giurisdizionale) compete al giudice del merito, unico soggetto legittimato a sollevare questioni di legittimità costituzionale (sul punto, si veda, per tutte, Corte Cost., sentenza 22 luglio 1976, n. 186, *cit.*, ove si afferma *apertis verbis* che «il giudice dell'urgenza, una volta che abbia provveduto, non ha alcunché da decidere; viene meno, in sostanza, la pendenza di un giudizio con un suo proprio contenuto, per essersi il giudizio stesso già esaurito nei suoi aspetti e nei suoi contenuti con l'accoglimento di quel *petitum* sul quale il giudice è stato, appunto, chiamato,

nale esistente in capo al Presidente nel momento in cui aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale –, le norme attinenti alla composizione dell'organo collegiale, il quale ancorché appartenente al medesimo ufficio giudiziario è attributario *ex lege* di funzioni radicalmente distinte (oltre che cronologicamente successive) rispetto a quelle devolute al giudice monocratico.

Venendo quindi ad esaminare il merito delle censure, la Corte acquista immediata consapevolezza che il profilo centrale delle questioni di legittimità sollevate con l'ordinanza del Consiglio di giustizia amministrativa concerne essenzialmente l'esatta interpretazione dell'art. 23, 1° comma, dello Statuto della Regione siciliana, posto che come diffusamente esposto il rimettente aveva denunciato in via principale il diretto contrasto delle disposizioni impugnate rispetto a tale parametro, in quanto emanate «*contra statutum*».

Occorre premettere che il tema della conformità all'art. 23 dello Statuto siciliano delle disposizioni di attuazione le quali prevedevano una composizione «mista» del Consiglio di giustizia amministrativa in sede giurisdizionale era stato già affrontato in due occasioni dai massimi organi giurisdizionali. (7)

Anzitutto, la questione in oggetto era stata esaminata da una (tanto) risalente, quanto autorevole pronuncia delle Sezioni Unite della Suprema Corte di cassazione (8). In quella sede, il Supremo Collegio, trovandosi a giudicare in vece della istituenda Corte costituzionale proprio della conformità a Costituzione del Consiglio di giustizia amministrativa, aveva espressamente riconosciuto che la diversità della composizione (mista) dell'organo in sede

per la sua competenza specifica, a decidere e sul quale ha senz'altro deciso). Di contro, la Consulta ha statuito a più riprese che non è precluso ad un giudice sollevare incidenti di legittimità costituzionale in sede cautelare, quando la pronuncia d'urgenza sia emessa con provvedimento separato e contestuale rispetto all'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale, e con effetti soltanto «provvisori e temporanei, fino alla ripresa del giudizio cautelare dopo l'incidente di costituzionalità» (così, tra le tante, Corte Cost., sentenza 12 ottobre 1990, n. 444, in *Foro it.*, 1991, I, 721; Corte Cost., sentenza 23 luglio 1991, n. 367, in *Giur. costit.*, 1991, 2921; Corte Cost., sentenza 12 gennaio 2000, n. 4, in *Foro it.*, 2000, I, 1754); in tal caso, infatti, non si verifica quell'«esaurimento» del potere cautelare (*rectius*, giurisdizionale) che, come visto, rende irrilevante qualsiasi questione sollevata. Ben consapevole di tale orientamento, il Presidente del C.G.A. aveva adottato, nei giudizi *a quibus*, contestualmente alle ordinanze di rimessione dinanzi alla Corte Costituzionale, separati provvedimenti con cui aveva deciso sulle istanze di sospensione delle pronunce impugnate in via provvisoria e temporanea, sino alla ripresa (dinanzi a sé) dei giudizi cautelari dopo l'incidente di costituzionalità.

(7) In tali pronunce – che subito saranno esaminate – la tematica in oggetto era stata affrontata con riferimento all'impianto normativo di cui al D.Lgs. 654/1948, *illo tempore* vigente. Posto tuttavia che, come già ricordato, anche tale decreto (analogamente al vigente D.Lgs. 373/2003) disciplinava una composizione mista di membri laici e togati del Consiglio di giustizia amministrativa in sede giurisdizionale, l'attualità dell'interesse delle argomentazioni ivi sviluppate non può essere revocata in dubbio.

(8) Cass., Sez. un., 11 ottobre 1955, n. 2994, in *Foro it.*, 1955, I, 1291. L'autorevolezza di tale precedente è tanto più marcata se si ha riguardo all'elevatissimo spessore dei giuristi che si occuparono della questione, sia in qualità di giudicanti dal Presidente del Collegio (Eula) al Consigliere estensore (Torrente), sia in qualità di patrocinatori delle parti in causa (tra gli altri, Santoro-Passarelli, Giannini, Andrioli, Selvaggi e Guarino): circostanza, questa, la quale fornisce l'assoluta garanzia che la tematica *de qua* sia stata in quella sede esaminata e, per così dire, «sviluppata» sotto ogni possibile profilo.

giurisdizionale doveva ritenersi giustificata, nella *voluntas legis*, proprio dalla finalità di dare una migliore e più piena attuazione alle disposizioni statutarie; e che anzi siffatta speciale composizione era stata prevista in funzione delle medesime esigenze autonomistiche e di decentramento che fanno della Sicilia la Regione a statuto speciale caratterizzata dal più elevato grado di autonomia. Ad avviso della Corte Suprema, infatti, il legislatore, nel momento in cui aveva dettato la normativa di attuazione dello Statuto siciliano, aveva ritenuto che, essendo compito istituzionale del Consiglio di giustizia amministrativa in sede giurisdizionale (desumibile, del resto, dallo stesso art. 23, 1° comma, cit., ove si fa espresso riferimento agli «affari concernenti la Regione») decidere sulle impugnative degli atti delle Amministrazioni regionali, fosse più razionale ed aderente allo spirito autonomistico della Regione siciliana integrare l'ordinaria composizione prevista per le sezioni del Consiglio di Stato con membri di designazione regionale, più vicini e meglio a conoscenza della realtà politica, sociale, culturale ed economica (prima ancora che giuridica) sulla quale le decisioni dell'organo erano destinate ad incidere, e, come tali, in ultima analisi, più attenti e sensibili alle problematiche ed alle esigenze locali. (9)

Siffatti ragionamenti avevano trovato puntuale conferma in una successiva pronuncia della Corte costituzionale (10), nella quale la Consulta, pur avendo riconosciuto che «certamente l'art. 23 dello Statuto della Regione siciliana prevedeva semplicemente l'istituzione in Sicilia di una sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato, ed è innegabile che con il D.Lgs. n. 654 del 1948 è stato invece istituito un organo di giustizia amministrativa caratterizzato da una propria particolare fisionomia e struttura», aveva tuttavia concluso che «la legittimità costituzionale del provvedimento istitutivo del C.G.A. della Regione siciliana nel suo complesso..., riconosciuta vent'anni or sono da una nota decisione delle sezioni unite della Corte di Cassazione..., non può non essere qui confermata». (11)

(9) In particolare, nella citata pronuncia delle Sezioni Unite si legge che *«la variante nella composizione quantitativa e qualitativa del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana non è senza motivo, ma è giustificata ratione materiae. Invero, il Consiglio non esercita soltanto le attribuzioni devolute dalla legge al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (impugnazione degli atti delle Amministrazioni statali), ma anche dell'Amministrazione regionale. Ed è questo il motivo che spiega la partecipazione di componenti designati da un organo locale, presumibilmente meglio informat[o] dell'esigenze locali e più sensibile ad esse. Mediante il contemperamento adottato, l'istituzione della Sezione non ha obbedito soltanto a criteri di opportunità topografica, ma si è ispirata ad un più profondo e più saldo rispetto delle finalità, dei bisogni peculiari della Sicilia, non potendo la giustizia amministrativa, per l'intima connessione che essa presenta rispetto all'Amministrazione attiva, prescindere dalle modificazioni morfologiche che questa, in vista dell'autonomia, subisce»*. Così ragionando, il Supremo Collegio aveva concluso che *«le variazioni morfologiche del Consiglio regionale di giustizia amministrativa sono in funzione di quella stessa esigenza di decentramento, che ha giustificato l'istituzione dell'Ente regione»*.

(10) Corte Cost., sentenza 22 gennaio 1976, n. 25, in *Foro it.*, 1976, I, 1.

(11) A sostegno di tale conclusione, la Corte aveva argomentato che *«le ragioni per cui gli era stata conferita quella particolare composizione caratterizzata dalla presenza di due giuristi designati dalla Giunta regionale»* [oggi, ai sensi dell'art. 6 D.Lgs. 373/2003, dal Presidente della Regione siciliana] fossero da rinvenire proprio *«nella speciale competenza giurisdizionale attri-*

In ultima analisi, nelle pronunce appena esaminate, tanto le Sezioni Unite della Cassazione quanto la Corte costituzionale, pur senza giungere ad affermare che le norme che prevedevano una composizione mista del Consiglio di giustizia amministrativa in sede giurisdizionale potessero considerarsi disposizioni di diretta attuazione dell'art. 23, 1° comma, dello Statuto siciliano (nella parte in cui questo prefigura l'istituzione in Sicilia di apposite sezioni degli organi giurisdizionali centrali «per gli affari concernenti la Regione») – e che pertanto si trattasse di norme emanate «*secundum statutum*» –, avevano tuttavia riconosciuto il carattere (legittimamente) «*praeter statutum*» di tali disposizioni, in quanto adottate in piena «aderenza» allo Statuto medesimo. (12)

Nella sentenza in commento, la Consulta, ricollegandosi *apertis verbis* alle argomentazioni sviluppate negli illustri precedenti fin qui esaminati ed evidentemente animata dall'intento di intervenire in modo risolutivo e definitivo su una questione pendente ormai da anni (e che aveva finito per paralizzare l'attività dell'organo giurisdizionale siciliano), giunge a conclusioni ancor più radicali, affermando il carattere di «diretta attuazione» dell'art. 23 dello Statuto siciliano – e quindi la natura «*secundum statutum*» – delle disposizioni del D.Lgs. 373/2003 le quali prevedono che la sezione giurisdizionale del Consiglio di giustizia amministrativa giudichi in una composizione mista di membri togati e laici (questi ultimi di designazione regionale).

La Corte, invero, muovendo dalla (pacifica) considerazione che «il decentramento territoriale degli organi giurisdizionali centrali, sancito in via di principio dal citato art. 23, corrisponde ad un'antica tradizione siciliana, che non si limita all'esperienza della Corte di Cassazione di Palermo prima dell'unificazione del 1923, ma addirittura risale all'ordinamento del Regno delle Due Sicilie, con l'istituzione in Palermo di supremi organi di giustizia distinti da quelli omologhi con sede a Napoli», manifesta la convinzione che l'art. 23 dello Statuto siciliano codifichi «un principio di specialità, che riafferma, anche se in termini generici ed atecnici, per di più formulati anteriormente alla redazione del testo costituzionale, un'aspirazione viva, e comunque saldamente radicata nella storia della Sicilia, ad ottenere forme di decentramento territoriale degli organi giurisdizionali centrali», e che quindi tanto il D.Lgs. 654/1948 quanto il (censurato) D.Lgs. 373/2003 «hanno avuto l'intento di attuare concretamente questa

buita dal D.Lgs. 654 del 1948 al C.G.A. nei riguardi degli atti e provvedimenti definitivi sia dell'Amministrazione regionale, sia delle altre autorità amministrative aventi sede nel territorio della Regione siciliana».

(12) Coerenza logico-espositiva impone di ricordare che, secondo il consolidato insegnamento della Corte costituzionale, le norme di attuazione degli Statuti speciali possono legittimamente intervenire «*praeter statutum*» (nel senso, cioè, che vadano ad integrare le disposizioni statutarie o ad aggiungere ad esse qualche cosa che le medesime non contenevano) alla duplice condizione, da un lato, che concordino con le disposizioni statutarie e con il fondamentale principio dell'autonomia della Regione e cioè, in ultima analisi, che non si dimostrino in realtà «*contra statutum*»; dall'altro, che la loro adozione sia giustificata dalla finalità di dare una migliore attuazione allo Statuto stesso (così, *ex multis*, Corte cost., sentenza 16 luglio 1956, n. 20, in *Foro it.*, 1956, I, 1256).

aspirazione, predisponendo moduli organizzativi e funzionali, che, tra le realizzazioni astrattamente possibili, specificassero ed eventualmente integrassero i principi enunciati».

In particolare, ad avviso della Consulta, il D.Lgs. 373/2003 «ha ripristinato l'originario modello statutario di decentramento, organizzato su due sezioni «staccate» del Consiglio di Stato, dando così «piena» attuazione al principio di specialità contenuto nell'art. 23», e dando vita «ad una disciplina che ha fissato entro i contorni dello statuto quelli che, in relazione a questo profilo particolare, si possono definire i «contenuti storico-concreti» dell'autonomia regionale siciliana». (13)

Sulla base di tali premesse, la Corte conclude, rigettando la censura principale sollevata dal giudice *a quo* ed in integrale adesione alle deduzioni svolte dall'Avvocatura Generale dello Stato, nel senso che «la peculiare struttura e composizione del Consiglio di giustizia amministrativa delineate dal decreto n. 373 appaiono dunque pienamente giustificate, stante la chiarezza del principio espresso nell'art. 23 ma anche l'assenza di soluzioni organizzative prestabile, dall'intento di realizzare concretamente quel principio attraverso la prefigurazione di un apposito modello la cui specialità non appare certo *praeter statutum*; ma rispecchia i contenuti profondi, poiché storicamente radicati, della concezione autonomistica siciliana in tema di organizzazione della giustizia amministrativa».

Così ragionando, la Corte ritiene altresì che nessuna rilevanza possa essere attribuita alle disposizioni invocate dal rimettente quali *tertia comparationis* a sostegno della fondatezza delle censure sollevate. La Consulta, invero, capovolgendo l'impostazione esegetica adottata dal giudice *a quo*, mostra piuttosto di considerare siffatte disposizioni ed in particolar modo quelle contenute nello Statuto speciale del Trentino-Alto Adige, le quali autorizzano espressamente una composizione mista del Tribunale Regionale di giustizia amministrativa ispirate «agli stessi principi di autonomia» che si trovano sottesi al «modello organizzativo siciliano basato sulla presenza, nell'organo di giustizia amministrativa, di membri «non togati» designati in sede locale» (*eadem ratio, eadem dispositio*).

Per quanto concerne le ulteriori questioni sollevate con l'ordinanza di rimessione, il riconoscimento del carattere di piena attuazione (*id est*, «*secundum statutum*») delle disposizioni del D.Lgs. 373/2003 rispetto all'art. 23

(13) *In parte qua*, la pronuncia della Corte si ricollega apertamente alla precedente Corte Cost., sentenza 19 giugno 1998, n. 213, in *Foro it.*, 1998, I, 2652, nella quale la Consulta aveva chiarito in via generale che le disposizioni di attuazione degli statuti speciali, nei limiti in cui non si dimostrino «*contra statutum*», «*rappresentano, tra le realizzazioni astrattamente possibili dell'autonomia regionale speciale, quelle storicamente vigenti*». In quella sede, la Corte aveva concluso che «*le norme di attuazione finiscono così, in certo modo, per fissare, entro i contorni delineati dagli statuti o eventualmente anche nello svolgimento e nell'integrazione delle statutarie necessari per dare a queste ultime piena «attuazione», i contenuti storico-concreti dell'autonomia regionale e quindi, nell'interpretazione delle norme statutarie che questa Corte è chiamata a dare, vengono ad assumere un particolare rilievo*».

dello Statuto della Regione siciliana consente, infine, alla Corte di fugare agevolmente ed alla radice ogni dubbio di legittimità costituzionale delle disposizioni censurate nei termini prospettati dal giudice *a quo*, in quanto attribuisce alla composizione mista di membri laici e togati della sezione giurisdizionale del Consiglio di giustizia amministrativa un diretto fondamento in una norma (l'art. 23 medesimo) di rango costituzionale. (14)

Dott. Roberto Palasciano

Si pubblicano qui di seguito e l'atto di intervento la sentenza commentata:

Avvocatura Generale dello Stato – Atto di intervento e deduzioni alla Corte Costituzionale del Presidente del Consiglio dei Ministri (ct.11358/04, avv. dello Stato I.F. Caramazza), *nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale dell'art. 4, 1° comma, lett. d), e 2° comma, dell'art. 6, 2° comma, e dell'art. 15, 1 e 2° comma, del D.Lgs. 373/2003, nonché, derivatamente, dell'art. 6 decreto legge 354/2003, per contrasto con gli artt. 14 e 23 dello Statuto della Regione siciliana (R.D.Lgs. 455/46), con gli artt. 3, 5, 24, 102, 108, 113, 117 e 120 della Costituzione, e con la VI disposizione transitoria della Costituzione introdotto con ordinanza del 13 febbraio 2004 dal Presidente del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana (Reg. Ord. n. 272, Gazzetta Ufficiale n. 12 del 24 marzo 2004).*

«1. – Il Presidente del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana, con il provvedimento indicato in epigrafe, ha rimesso a codesta Ecc.ma Corte la questione di legittimità costituzionale «dell'articolo 4 primo comma lettera d) e del successivo secondo comma, nonché dell'articolo 6 secondo comma del D.Lgs. 373/2003 limitatamente alle parole «e all'articolo 4 comma uno lettera d)» nonché, in parte qua, dell'art. 15 primo e secondo comma limitatamente alla possibile permanenza dei membri laici della Sezione giurisdizionale e, derivatamente, in parte qua, dell'articolo 6 del decreto legge 354/2003» in relazione agli artt. 14 e 23 dello Statuto della Regione siciliana (R.D.Lgs. 455/46), agli artt. 3, 5, 24, 102, 108, 113, 117 e 120 della Costituzione, ed alla VI disposizione transitoria della Costituzione.

Sostiene il Giudice rimettente che le disposizioni censurate sarebbero illegittime sotto più profili nella parte in cui, nel dare attuazione all'art. 23 dello Statuto della Regione siciliana, hanno previsto che il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana giudichi, in sede giurisdizionale, in una composizione mista di membri laici e togati.

2. – Si osserva, in via pregiudiziale, che la questione, per come prospettata, è *inammissibile* sotto tre distinti profili.

2. – Occorre premettere che la questione è stata sollevata dal Presidente del C.G.A. in sede cautelare, allorché questi era chiamato ad emettere una pronuncia cautelare provvisoria ai sensi dell'art. 21, 9° comma, legge 1034/1971.

(14) Soltanto con riferimento all'asserita violazione dell'art. 108 Cost. e, in generale, delle disposizioni costituzionali che, nell'ambito del rapporto tra Stato e Regioni, stabiliscono la competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia giurisdizionale, la Corte osserva, *ad abundantiam*, che i decreti legislativi di attuazione degli statuti speciali (quale è, nella specie, il D.Lgs. 373/2003) costituiscono, per consolidato orientamento della Consulta medesima, non già leggi regionali, ma fonti statali di rango primario, in tutto e per tutto equiparate alle leggi statali ordinarie, rispetto alle quali anzi prevalgono in quanto espressione di una competenza legislativa atipica, «riservata e separata» (in tali termini, oltre alla pronuncia in commento, si vedano, tra le tante, Corte cost., sentenza 4 maggio 1990, n. 224, in *Foro it.*, 1991, I, 2024; Corte Cost., sentenza 27 dicembre 1991, n. 483, in *Giur. costit.*, 1991, 3909; Corte Cost., sentenza 1 giugno 1993, n. 260, in *Giur. costit.*, 1993, 1877; Corte Cost., sentenza 19 giugno 1998, n. 213, *cit.*; Corte Cost., sentenza 7 novembre 2001, n. 353, in *Foro it.*, 2002, I, 2581).

Al riguardo, è noto l'orientamento espresso da codesta Ecc.ma Corte in ordine ai limiti entro cui la previa adozione di una pronuncia cautelare (sia essa di accoglimento ovvero di rigetto dell'istanza proposta) consente ad un giudice di sollevare questioni di legittimità costituzionale.

La Corte ha infatti ritenuto che il giudice investito della domanda cautelare non è legittimato a pena di inammissibilità per irrilevanza della questione a sollevare incidenti di legittimità costituzionale dopo aver concesso (o comunque provveduto su) la tutela richiesta. Ed invero, la Corte ha chiarito che, una volta che il giudice abbia deciso sulla tutela cautelare, egli esaurisce ogni sua potestà giurisdizionale. Dopo il provvedimento d'urgenza, ogni successiva attività decisionale (e quindi giurisdizionale) compete al giudice del merito, il quale è pertanto l'unico soggetto legittimato a sollevare questioni di legittimità costituzionale (cfr. Corte Cost. n. 186/1976, ove si legge che «*il giudice dell'urgenza, una volta che abbia provveduto, non ha alcunché da decidere; viene meno, in sostanza, la pendenza di un giudizio con un suo proprio contenuto, per essersi il giudizio stesso già esaurito nei suoi aspetti e nei suoi contenuti con l'accoglimento di quel petitum sul quale il giudice è stato, appunto, chiamato, per la sua competenza specifica, a decidere e sul quale ha senz'altro deciso*»).

Di contro, l'Ecc.ma Corte adita ha affermato a più riprese che non è inibito ad un giudice sollevare incidenti di legittimità costituzionale in sede cautelare, quando la pronuncia d'urgenza sia emessa con provvedimento separato e contestuale rispetto all'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale, e con effetti soltanto «*provvisori e temporanei, fino alla ripresa del giudizio cautelare dopo l'incidente di costituzionalità*» (Corte Cost. n. 444/1990; Corte Cost. n. 367/1991; Corte Cost. n. 4/2000): in tal caso, infatti, non si verifica quell'«*esaurimento*» del potere cautelare che, come visto, rende irrilevante qualsiasi questione sollevata.

2.1.2. – Consapevole di un siffatto orientamento, il Giudice *a quo* ha adottato, contestualmente all'ordinanza di rimessione dinanzi a codesta Ecc.ma Corte, un separato provvedimento con cui ha concesso la sospensione della sentenza impugnata in via provvisoria e temporanea, sino alla ripresa (dinanzi a sé) dal giudizio cautelare dopo l'incidente di costituzionalità.

Il riconoscimento in astratto della legittimazione del Giudice rimettente a sollevare questioni di legittimità costituzionale, in ragione del non «*esaurimento*» del potere cautelare sussistente in capo allo stesso, non esclude, tuttavia, la necessità di procedere ad una indagine autonoma, diretta ad esaminare la concreta rilevanza nel giudizio *a quo* delle disposizioni di cui si chiede venga dichiarata l'illegittimità.

Nel caso di specie, si tratta pertanto di capire se le norme concernenti la composizione del Consiglio di Giustizia Amministrativa in sede giurisdizionale siano rilevanti, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 23 legge 87/53, ai fini della pronuncia cautelare presidenziale.

Al riguardo, il Giudice rimettente sostiene che il requisito della rilevanza dovrebbe ritenersi sussistente in virtù della «*inevitabile rimessione della controversia, dapprima in sede cautelare, e successivamente nel merito, ad un Collegio composto in base a norme della cui costituzionalità si dubita*» (pag. 18 dell'ordinanza di rimessione).

Tale opinione non può essere condivisa.

2.1.3. – Ed invero, costituisce consolidato insegnamento di codesta Ecc.ma Corte che sussiste «*la legittimazione a rimettere la questione incidentale di legittimità costituzionale da parte del singolo giudice monocratico, anche se appartiene a organo collegiale, con riferimento a questioni concernenti disposizioni che il giudice stesso deve applicare per l'adozione di provvedimenti rientranti nell'ambito della propria competenza*», e che «*la legittimazione dell'organo giurisdizionale a proporre incidente di legittimità costituzionale è ancorata alla rilevanza concreta ed attuale della questione, che può essere sollevata solo dal giudice nel momento in cui è chiamato ad applicare la norma della cui legittimità si dubita*» (Corte Cost. n. 111/1998; con specifico riguardo alla materia cautelare, cfr. Corte Cost. n. 186/1976, secondo cui «*nel caso di atti urgenti il giudice di merito è legittimato a sollevare questioni di legittimità costituzionale sempre che esse, riferendosi esclusivamente alle norme da applicare per il compimento degli stessi, in tale limitato ambito siano rilevanti*»).

Orbene, venendo ad applicare siffatti rigorosi principi alla vicenda che qui interessa, non è chi non veda che nessuna rilevanza potrebbe essere attribuita, ai fini dell'esercizio dei poteri cautelari presidenziali di cui all'art. 21, 9° comma, legge 1034/1971, alle norme che

disciplinano la composizione di un organo (il Collegio), il quale ancorché appartenente al medesimo ufficio giudiziario esercita funzioni e poteri radicalmente distinti rispetto a quelli attribuiti al Giudice *a quo* (e cioè al Presidente).

Bisogna infatti considerare che, se pure è vero che l'Ecc.ma Corte adita ha tradizionalmente affermato che «*debbono ritenersi influenti sul giudizio anche le norme che, pur non essendo direttamente applicabili nel giudizio a quo, attengono allo status del giudice, alla sua composizione nonché, in generale, alle garanzie e ai doveri che riguardano il suo operare*» (Corte Cost. n. 18/1989), ciò non toglie che, affinché sussista il requisito della rilevanza, è comunque necessario che si tratti di un organo giurisdizionale – quello della legittimità della cui composizione (o *status*) si dubita – i cui poteri e le cui funzioni vengano in rilievo ai fini della definizione del giudizio *a quo*.

Tale rilevanza potrà quindi sussistere, da un lato, nelle ipotesi in cui il giudice davanti a cui pende il processo sia tenuto ad esercitare funzioni di controllo (latamente inteso) sulla decisione di un altro giudice, della cui composizione (o del cui *status*) abbia dubbi di legittimità costituzionale (ciò che potrà avvenire, ad esempio, in sede di impugnazione); dall'altro – ed è questa l'ipotesi di gran lunga più frequente e significativa –, nei casi in cui vi sia coincidenza tra l'organo della cui legittimità si dubita e quello davanti a cui pende il processo (futuro giudice *a quo*).

Il caso di specie, come è evidente *ictu oculi*, non è riconducibile a nessuna delle fattispecie esposte. Non è dato comprendere, infatti, in qual modo possano essere rilevanti, ai fini della concessione o meno della tutela cautelare ex art. 21, 9° comma, legge 1034/1971, le norme attinenti alla composizione dell'organo collegiale, attributivo per legge di funzioni radicalmente distinte (nonché cronologicamente successive), il quale pertanto, nell'ambito del giudizio *a quo*, deve ritenersi l'unico organo legittimato a sollevare questioni di legittimità costituzionale relative alla *propria* composizione.

2.1.4. – Né vale sostenere, in senso contrario – come fa il Giudice rimettente – che la rilevanza, della questione dovrebbe sussistere in ragione della «*inevitabile rimessione della controversia, dapprima in sede cautelare definitiva, e successivamente nel merito, ad un Collegio composto in base a norme della cui costituzionalità si dubita*».

Ed invero, a prescindere dalla considerazione che si tratta di un collegamento, quello determinato dalla successiva rimessione al Collegio, assolutamente inidoneo a radicare il requisito della rilevanza – rettamente inteso, alla luce delle considerazioni fin qui esposte –, atteso che la necessità di una futura rimessione non comporta di per sé alcuna valutazione dell'organo monocratico sulle funzioni, i poteri, o (men che mai) la composizione dell'organo collegiale, occorre altresì considerare che, nel caso di specie, il provvedimento di rimessione al Collegio non è stato ancora adottato.

Come già evidenziato, infatti, il Presidente del C.G.A. ha disposto la sospensione cautelare della sentenza impugnata soltanto *in via provvisoria e temporanea, fino alla ripresa (dinanzi a sé) del giudizio cautelare* a seguito dell'incidente di costituzionalità. Ciò significa che, allo stato degli atti del giudizio *a quo*, il Giudice rimettente non ha ancora esaurito il proprio potere cautelare, ma dovrà anzi nuovamente esercitarlo, non più in via provvisoria e temporanea, bensì definitiva – sia pure con effetto fino alla pronuncia del Collegio –, a seguito della pronuncia sulla presente questione di legittimità costituzionale.

Orbene, dal momento che l'art. 21, 9° comma, legge 1034/1971 è esplicito nell'attribuire al Presidente il potere di rimettere la causa al Collegio soltanto a seguito della pronuncia definitiva sull'istanza cautelare d'urgenza (*id est*, una volta esaurito il potere cautelare presidenziale), è evidente che nel caso di specie la disposizione che tale remissione regola non ha ancora trovato applicazione nel giudizio *a quo*, e non può pertanto valere a fondare il requisito della rilevanza in questa di legittimità costituzionale.

In altri termini, nel momento in cui il Presidente del C.G.A. ha sollevato la presente questione di legittimità costituzionale, questi non aveva (ed, in effetti, non ha ancora) esaurito i suoi poteri cautelari, e non aveva quindi il potere di rimettere la causa al Collegio per la decisione definitiva sulla cautela.

Ciò posto, se si ha riguardo al (già esaminato) rigoroso orientamento secondo cui l'organo monocratico è legittimato a sollevare esclusivamente questioni di legittimità costituzionale con riferimento a disposizioni che lo stesso è tenuto ad applicare *direttamente* per l'adozione dei provvedimenti rientranti nell'ambito della *propria* competenza e che presentino

rilevanza *attuale e concreta* (Corte Cost. n. 111/1998 *cit.*), nonché secondo cui in materia cautelare si considerano rilevanti soltanto le questioni che attengono *direttamente* a norme da applicare ai fini dell'adozione del provvedimento d'urgenza richiesto (Corte Cost. n. 186/1976 *cit.*), risulta *per tabulas* che le uniche questioni che il Giudice *a quo* era legittimato a sollevare erano quelle concernenti le norme direttamente strumentali alla concessione (ovvero al diniego) di una tutela cautelare «*in via temporanea e provvisoria*».

Quest'ultimo, infatti, era *l'unico potere* esistente in capo al Presidente nel momento in cui ha investito della presente questione l'Ecc.ma Corte adita, dovendosi pertanto ritenere esclusa la rilevanza di qualsiasi disposizione concernente l'organo collegiale, rispetto alla quale il Giudice rimettente, allo stato degli atti del giudizio *a quo*, non aveva (né ha) alcun potere giurisdizionale.

2.1.5. – Né alcun argomento in senso contrario alla tesi fin qui patrocinata può essere desunto – come invece ritiene il Giudice *a quo* – dall'ordinanza n. 261/2002 di codesta Ecc.ma Corte, «*in cui analoga questione non è stata ritenuta inammissibile per difetto di rilevanza, ma è stata esaminata nel merito ancorché con dichiarazione di manifesta infondatezza*» (così a pag. 19 dell'ordinanza di rimessione).

In tale occasione, infatti, l'Ecc.ma Corte adita non ha espresso alcuna motivazione sull'ammissibilità o meno della questione, ma ha proceduto direttamente alla declaratoria di manifesta infondatezza.

Bisogna pertanto ritenere che in quella sede la Corte, a fronte della possibilità di una immediata risoluzione della questione nel merito, abbia ritenuto opportuno per evidenti ragioni di economia processuale considerare assorbita la problematica (invero assai più complessa) attinente alla rilevanza della medesima.

Di tal che nessun significato concludente sembra potersi desumere, ai fini che qui interessano, dalla decisione *de qua*.

2.1.6. – Da ultimo, per mera completezza espositiva, si osserva che, ove invece si ritenesse che il Presidente abbia disposto la sospensione della sentenza impugnata non già in via provvisoria e temporanea, bensì in via definitiva quanto meno con riferimento ai propri poteri, e che pertanto, una volta risolto l'incidente di costituzionalità, il giudizio *a quo* debba riprendere direttamente davanti al Collegio per la conferma, modifica o riforma del provvedimento cautelare presidenziale, la questione oggi sollevata dovrebbe considerarsi comunque inammissibile per difetto di rilevanza, essendosi ormai esaurito il potere cautelare (e quindi giurisdizionale) del Giudice *a quo* (Corte Cost. n. 186/1976).

2.2. – Occorre, poi, rilevare un ulteriore vizio di inammissibilità sotto il profilo del difetto di motivazione sulla rilevanza. Il potere cautelare del Presidente quale organo monocratico, nel caso di specie, è conferito, infatti, dalla legge (art. 21, 9° comma legge 1034/1971 nel Testo novellato dalla legge 205/2000) «*solo in caso di estrema gravità ed urgenza*».

Il ricorrere di tale presupposto ed il motivato accertamento di tale presupposto costituisce, dunque, elemento essenziale perché il giudice delle leggi possa valutare se il potere di decisione fosse ben radicato e se quindi fosse rilevante ai fini dell'esercizio di quel potere il dubbio di costituzionalità insorto nel giudicante.

2.3. – Infine occorre eccepire un terzo vizio di inammissibilità sotto il profilo della perplessità di motivazione.

Non sembra ammissibile, infatti, la proposizione di questioni fra loro «subordinate» in quanto tale loro prospettazione ne esclude implicitamente la convinzione di non manifesta infondatezza da parte del remittente.

3. – Fermi restando gli assorbenti rilievi che precedono, la questione sollevata con il provvedimento indicato in epigrafe è comunque *infondata* nel merito.

3.1. – Sotto un primo profilo, il Giudice rimettente denuncia l'illegittimità costituzionale degli artt. 4 e 6 D.Lgs. 373/2003 (recante «Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione siciliana concernenti l'esercizio nella regione delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato») per contrasto con l'art. 23, 1° comma, dello Statuto siciliano, nella parte in cui hanno previsto una composizione mista di membri laici e togati del Consiglio di Giustizia Amministrativa in sede giurisdizionale.

Secondo il Giudice *a quo*, la richiamata disposizione statutaria, a mente della quale «*gli organi giurisdizionali centrali avranno in Sicilia le rispettive sezioni per gli affari concernenti la Regione*», postulava esclusivamente un mero decentramento di uffici mediante una loca-

lizzazione a livello regionale di organi giurisdizionali già esistenti, e non autorizzava pertanto alcuna deroga alla composizione ordinaria di tali organi. Di contro, il D.Lgs. 373/2003 (così come il precedente D.Lgs. 654/48), nel dare attuazione a detta disposizione statutaria con riferimento al Consiglio di Stato, non si è limitato ad una mera localizzazione di uffici, ma ha proceduto ad una modifica della composizione dell'organo, la quale è divenuta mista a seguito dell'inserimento, tra i componenti del Collegio giudicante, di membri laici di designazione regionale.

Ad avviso del rimettente, si tratterebbe pertanto di disposizioni (quelle contenute nel D.Lgs. 373/2003) palesemente «*contra statutum*» e, come tali, costituzionalmente illegittime, in quanto, per un verso, in diretto contrasto con le norme statutarie (di cui si afferma necessaria un'interpretazione il più possibile restrittiva e letterale), le quali tale differente composizione non autorizzavano; per un altro, neppure giustificate dalla finalità di dare una migliore attuazione alle disposizioni statutarie.

Quali *tertia comparationis* a dimostrazione della illegittimità delle disposizioni censurate, il rimettente invoca, in particolare, gli artt. 90-91 dello Statuto del Trentino Alto Adige (i quali prevedono espressamente una composizione mista del Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa), ed il 3° comma dello stesso art. 23 dello Statuto della Sicilia (il quale prevede che «*i magistrati della Corte dei Conti sono nominati, di accordo, dai Governi dello stato e della Regione*»). Da siffatte disposizioni sarebbe desumibile, secondo il Giudice *a quo*, il principio per cui, nelle ipotesi in cui il Legislatore costituzionale statutario ha inteso attribuire ad organi giurisdizionali distaccati nella Regione una composizione particolare, lo ha fatto espressamente: in difetto di espressa previsione, qualsiasi modifica della composizione ordinaria dovrebbe ritenersi, pertanto, illegittima (*ubi voluit, dixit*).

3.2. – Tale censura, per come prospettata, è infondata.

Ed invero, anche a voler convenire con il Giudice rimettente che le norme del D.Lgs. 373/2003 le quali prevedono una composizione mista del Consiglio di Giustizia Amministrativa in sede giurisdizionale non possano considerarsi disposizioni di diretta attuazione dell'art. 23, 1° comma, dello Statuto siciliano (nella parte in cui questo prefigura l'istituzione in Sicilia di apposite sezioni degli organi giurisdizionali centrali «*per gli affari concernenti la Regione*»), e che pertanto non si tratti di norme «*secundum statutum*», non pare possa dubitarsi del carattere legittimamente «*praeter statutum*» di tali disposizioni, in quanto adottate in piena aderenza allo Statuto medesimo.

3.2.1. – Occorre infatti considerare che, secondo il consolidato insegnamento di codesta Ecc.ma Corte, le norme di attuazione degli Statuti speciali, ove intervengano «*praeter statutum*» (nel senso, cioè, che abbiano integrato le disposizioni statutarie od abbiano aggiunto ad esse qualche cosa che le medesime non contenevano), sono legittime alla duplice condizione, da un lato, che concordino con le disposizioni statutarie e con il fondamentale principio dell'autonomia della Regione – e cioè, in ultima analisi, che non si dimostrino in realtà «*contra statutum*» –; dall'altro, che la loro adozione sia giustificata dalla finalità di dare una migliore attuazione allo Statuto stesso (così Corte Cost. n. 20/56).

Orbene, con riferimento alle disposizioni oggi censurate, va anzitutto escluso che esse si pongano in diretto contrasto con il principio dell'autonomia regionale – del quale, anzi, come subito si chiarirà, costituiscono diretta attuazione – ovvero con le disposizioni statutarie. L'art. 23, 1° comma, dello Statuto siciliano è infatti, di per sé, norma dal tenore letterale neutro, e non pone pertanto alcun divieto (né esplicito, né implicito) a che la composizione delle sezioni degli organi giurisdizionali centrali distaccate in Sicilia presenti degli elementi di specialità al fine di assicurare una migliore e più consapevole trattazione degli «*affari concernenti la Regione*».

D'altra parte, non pare revocabile in dubbio che la diversità della composizione del Consiglio di Giustizia Amministrativa in sede giurisdizionale è stata giustificata, nella *ratio legis*, proprio dalla finalità di dare una migliore e più piena attuazione alle disposizioni statutarie. Si deve anzi ritenere che la speciale composizione dell'organo è stata prevista in funzione delle medesime esigenze di decentramento e di autonomia che fanno della Sicilia una Regione a statuto speciale.

Il Legislatore, infatti, nel momento in cui ha dettato la normativa di attuazione dello Statuto siciliano, ha ritenuto che, essendo compito istituzionale del Consiglio di Giustizia Amministrativa in sede giurisdizionale (desumibile, del resto, dallo stesso art. 23, 1° comma,

cit.) decidere sulle impugnative degli atti delle Amministrazioni regionali, fosse più ragionevole e confacente allo spirito autonomistico ed alle istanze di decentramento propri della Regione siciliana integrare l'ordinaria composizione prevista per le sezioni del Consiglio di Stato con membri di designazione regionale, più vicini e meglio a conoscenza della realtà sociale, culturale ed economica (prima ancora che giuridica) sulla quale le decisioni dell'organo erano destinate ad incidere, e, come tali, più attenti e sensibili alle esigenze ed alle problematiche locali.

3.2.2. – Del resto, che le norme oggi censurate siano state adottate in piena aderenza allo spirito dello Statuto siciliano, è stato confermato *apertis verbis* da una risalente (ma non per questo meno autorevole), pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass., sez. un., 11 ottobre 1955, n. 2994).

In quella occasione, il Supremo Collegio, trovandosi a giudicare – in vece della istituenda Corte costituzionale – proprio sulla conformità a Costituzione del Consiglio di Giustizia Amministrativa, ha affermato che *«la variante nella composizione quantitativa e qualitativa del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana non è senza motivo, ma è giustificata ratione materiae. Invero, il Consiglio non esercita soltanto le attribuzioni devolute dalla legge al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (impugnazione degli atti delle Amministrazioni statali), ma anche dell'Amministrazione regionale. Ed è questo il motivo che spiega la partecipazione di componenti designati da un organo locale..., presumibilmente meglio informata dell'esigenze locali e più sensibile ad esse. Mediante il contemperamento adottato, l'istituzione della Sezione non ha obbedito soltanto a criteri di opportunità topografica, ma si è ispirata ad un più profondo e più saldo rispetto delle finalità, dei bisogni peculiari della Sicilia, non potendo la giustizia amministrativa, per l'intima connessione che essa presenta rispetto all'Amministrazione attiva, prescindere dalle modificazioni morfologiche che questa, in vista dell'autonomia, subisce»*.

Così ragionando, il Supremo Collegio ha concluso che *«le variazioni morfologiche del Consiglio regionale di giustizia amministrativa sono in funzione di quella stessa esigenza di decentramento, che ha giustificato l'istituzione dell'Ente regione»*.

3.2.3. – Da ultimo, l'esattezza di tale conclusione ha trovato definitiva conferma in una fondamentale pronuncia di codesta Ecc.ma Corte (Corte Cost. n. 25/1976).

In questa decisione, l'Ecc.ma Corte adita, pur avendo riconosciuto che *«certamente l'art. 23 dello Statuto della Regione siciliana prevedeva semplicemente l'istituzione in Sicilia di una sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato, ed è innegabile che con il D.Lgs. n. 654 del 1948 è stato invece istituito un organo di giustizia amministrativa caratterizzato da una propria particolare fisionomia e struttura»*, ha tuttavia concluso che *«la legittimità costituzionale del provvedimento istitutivo del C.G.A. della Regione siciliana nel suo complesso ..., riconosciuta vent'anni or sono da una nota decisione delle sezioni unite della Corte di cassazione, e dalla stessa adunanza plenaria del Consiglio di Stato, non può non essere qui confermata»*.

La Corte ha infatti ritenuto che *«le ragioni per cui gli era stata conferita quella particolare composizione caratterizzata dalla presenza di due giuristi designati dalla Giunta regionale»* [oggi, ai sensi dell'art. 6 D.Lgs. 373/2003, dal Presidente della Regione siciliana] fossero da rinvenire proprio *«nella speciale competenza giurisdizionale attribuita dal D.Lgs. 654 del 1948 al C.G.A. nei riguardi degli atti e provvedimenti definitivi sia dell'Amministrazione regionale, sia delle altre autorità amministrative aventi sede nei territori della Regione siciliana»*.

3.2.4. – Ciò posto, nessuna rilevanza può essere attribuita alle disposizioni richiamate dal Giudice rimettente quali *tertia comparationis* a sostegno della fondatezza delle censure sollevate.

Ed invero, a fronte delle considerazioni fin qui svolte, bisogna piuttosto ritenere che tali disposizioni (ed, in particolare, quella di cui all'art. 23, 3° comma, dello Statuto siciliano) non facciano che confermare l'assoluta ragionevolezza (se non addirittura l'opportunità), in termini di aderenza allo spirito dello Statuto siciliano, della scelta di prevedere che la composizione delle sezioni degli organi giurisdizionali centrali distaccate in Sicilia (quale è, nella specie, il Consiglio di Giustizia Amministrativa) rispecchi nel modo più fedele quelle esigenze di autonomia e di decentramento che fanno della Sicilia una Regione a statuto speciale, – ed anzi caratterizzata dal più alto grado di autonomia – anche in conformità ad una esegesi teleologicamente orientata dell'art. 3 Cost.

In definitiva, alla luce di tutto quanto precede, non pare possa dubitarsi del carattere legittimamente «*praeter statutum*» delle disposizioni censurate: la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Giudice *a quo* dovrà pertanto essere dichiarata infondata dall'Ecc.ma Corte adita.

4.1. – Sotto un secondo profilo, il Giudice *a quo* denuncia l'illegittimità costituzionale degli artt. 4 e 6 D.Lgs. 373/2003, nella parte in cui hanno previsto la presenza di componenti laici di designazione regionale nel Consiglio di Giustizia Amministrativa in sede giurisdizionale, per contrasto con l'art. 108 Cost.

Osserva il Giudice rimettente che quest'ultima disposizione prevede una riserva di legge statale in materia di ordinamento giudiziario (entro cui deve essere ricompresa anche la composizione degli organi giurisdizionali), riserva derogabile soltanto da parte di una norma di pari rango costituzionale, da interpretarsi peraltro in modo restrittivo. Dall'art. 108 Cost., anche alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione (arg. *ex art.* 117, 2° comma, lett. *l*)), discende pertanto che tutto il settore dell'ordinamento giudiziario (*lato sensu* inteso) deve ritenersi sottratto a qualsiasi competenza legislativa delle Regioni, ivi comprese quelle a Statuto speciale.

Ciò posto, il Giudice *a quo* solleva questione di legittimità costituzionale delle disposizioni indicate in epigrafe in relazione all'art. 108 Cost., in quanto sarebbero intervenute «*praeter statutum*» e cioè, in assenza di un'apposita deroga contenuta in una norma di rango costituzionale in una materia riservata alla esclusiva competenza legislativa dello Stato.

4.2. – La censura, per come prospettata, è manifestamente infondata.

Ed invero, anche volendo prescindere dal pur assorbente rilievo che la composizione del Consiglio di Giustizia Amministrativa è comunque riconducibile, alla luce delle argomentazioni svolte *supra*, *sub*. n. 3.2., all'art. 23, 1° comma, dello Statuto siciliano (e quindi ad una norma di rango costituzionale), è sufficiente osservare che i decreti legislativi di attuazione degli statuti speciali (quale è, nella specie, il D.Lgs. 373/2003) costituiscono, per consolidato orientamento di codesta Ecc.ma Corte, non già leggi regionali, ma fonti statali di rango primario, in tutto e per tutto equiparate alle leggi statali ordinarie, rispetto alle quali anzi prevalgono in quanto espressione di una «*competenza legislativa atipica*» (tra le altre, Corte Cost. n. 224/1990; Corte Cost. n. 483/1991; Corte Cost. n. 260/1993).

Ne discende che in nessun modo potrebbe risultare violata la riserva di cui all'art. 108 Cost.

Quanto poi ai profili di possibile compromissione dell'indipendenza dell'organo giudiziale connessa alla sua composizione non totalmente togata, va osservato che codesta Corte Costituzionale ha già avuto occasione di affermare che, in materia di *indipendenza*, non possono applicarsi, ai giudici speciali, gli stessi parametri costituzionali fissati per il giudice ordinario. Ciò in quanto l'articolo 108, II comma, della Costituzione rimette alla discrezionalità del legislatore la individuazione dei modi per assicurare l'indipendenza dei giudici speciali, consentendogli di diversificare la disciplina a seconda sia del momento storico sia del tipo di giurisdizione (sentenza n. 108/1962). Peraltro, profilo saliente della garanzia di indipendenza è rappresentato dal principio di inamovibilità, che vieta di prevedere un potere discrezionale di revoca dell'incarico (Corte Costituzionale n. 49/1968, n. 25/1976, n. 281/1989).

Nel caso di specie, non sono rinvenibili, nella norma impugnata, disposizioni che attribuiscono, nei confronti dei magistrati laici prerogative di nomina qualitativamente diverse da quelle che presidiano l'indipendenza dei membri togati (si veda, in particolare, il procedimento di nomina dei Consiglieri di Stato *ex* articolo 19 della legge n. 186 del 1982 e quello dei professori in cassazione *ex lege* n. 3030 del 1998).

5.1. – Sotto altro profilo, il Giudice *a quo* denuncia l'illegittimità costituzionale degli artt. 4 e 6 D.Lgs. 373/2003, in relazione agli artt. 3, 24 e 113 Cost., in quanto, nel prevedere che il Consiglio di Giustizia Amministrativa in sede giurisdizionale (sezione distaccata del Consiglio di Stato) giudichi in composizione diversa rispetto a quella ordinaria del Consiglio di Stato, introdurrebbero «*una ingiustificata differenziazione dell'organo giudicante e quindi anche dell'esercizio della giurisdizione su una parte del territorio nazionale*».

Il Giudice rimettente sostiene, infatti, che dagli artt. 3, 24, 1° comma, e 113, 1° comma, Cost., avuto anche riguardo agli artt. 5 e 120, 2° comma, Cost. (ove si parla di «*tutela dell'unità giuridica*» della nazione), sarebbe desumibile un principio di necessaria uniformità su

tutto il territorio nazionale della normativa sugli organi giurisdizionali – principio derogabile solo da parte di una norma di pari rango costituzionale –, rispetto al quale le disposizioni censurate si porrebbero in contrasto.

5.2. – Anche tale censura deve ritenersi infondata.

5.2.1. – Anzitutto, occorre infatti considerare che, secondo quanto diffusamente esposto *supra*, sub n. 3.2., l'istituzione in Sicilia di una sezione specializzata del Consiglio di Stato appare pienamente riconducibile all'art. 23, 1° comma, dello Statuto siciliano, e pertanto ad una norma di rango costituzionale. Ciò basta a fugare *a priori* qualsiasi dubbio di legittimità costituzionale nel senso prospettato dal Giudice *a quo*.

5.2.2. – D'altra parte, anche a voler ignorare l'assorbente rilievo che precede, si osserva comunque che i citati parametri costituzionali non paiono in realtà puntualmente invocati dal Giudice *a quo*.

Ed invero, se pure costituisce insegnamento consolidato di codesta Ecc.ma Corte che «*le modalità di esercizio del fondamentale diritto alla tutela giurisdizionale non possono essere diverse in una Regione rispetto al restante territorio nazionale, soprattutto quando la diversità verrebbe a tradursi in un sostanziale indebolimento della tutela stessa*» (Corte Cost. n. 113/1993), la Corte ha altresì precisato che per «modalità di esercizio» rispetto a cui è costituzionalmente necessaria una disciplina uniforme su tutto il territorio nazionale si devono intendere soltanto «*i mezzi e le forme di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi*» (Corte Cost. n. 150/1993), mentre l'esigenza di uniformità si estende alla disciplina (anche strutturale) degli organi giurisdizionali soltanto nei limiti in cui ciò si renda necessario perché possano «*a tutti essere garantiti pari condizioni e strumenti nel momento di accesso alla fruizione della funzione giurisdizionale, il cui esercizio è imprescindibilmente neutro, perché insensibile alla localizzazione in questa o quella Regione*» (così, ancora, Corte Cost. n. 150/1993).

Così ragionando, l'Ecc.ma Corte adita ha chiaramente affermato, proprio con riferimento al settore della giustizia amministrativa, che «*la specialità della materia, se può giustificare l'attribuzione ad un giudice specializzato ..., in una sua peculiare composizione, ... del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi concernenti la materia stessa, non giustifica invece una tutela giurisdizionale differenziata, quanto alle modalità e ai contenuti, in presenza di situazioni soggettive di identica natura*» (Corte Cost. n. 42/1991; sul punto, cfr. anche la già citata Corte Cost. n. 25/1976, ove, con particolare riguardo al Consiglio di Giustizia Amministrativa, si afferma che «*le disposizioni degli artt. 24 e 113 della Costituzione ..., di per sé, non garantiscono ... una completa uniformità di tutela giurisdizionale amministrativa*»).

Dalle citate pronunce emerge, pertanto, che il principio della uniformità della tutela giurisdizionale su tutto il territorio nazionale rettamente inteso implica soltanto che, in presenza di situazioni giuridiche soggettive di eguale natura, sia assicurata a tutti i cittadini una disciplina uniforme per quanto concerne le modalità di accesso alla tutela giurisdizionale (*id est*, le regole procedurali applicabili), nonché relativamente ai contenuti di tale tutela (da valutarsi con riferimento alle norme di diritto sostanziale). Diversamente, infatti, una medesima situazione giuridica soggettiva rischierebbe di ricevere una tutela giurisdizionale differenziata da Regione a Regione: il che è costituzionalmente inammissibile.

Al di là di tali elementi minimi necessariamente comuni – rappresentati, come detto, dalle norme processuali e sostanziali applicabili –, il principio in esame non esclude tuttavia in alcun modo che le controversie in una determinata materia possano essere attribuite ad un giudice (o ad una sezione) specializzato, avente cioè particolare composizione, nei limiti in cui ciò sia giustificato in ragione della specialità della materia medesima (e quindi, in ultima analisi, del principio di ragionevolezza).

5.2.3. – Orbene, alla luce delle osservazioni che precedono, non pare revocabile in dubbio che l'istituzione del Consiglio di Giustizia Amministrativa, nella sua composizione mista, non può in alcun modo considerarsi confliggente con i parametri costituzionali invocati dal Giudice *a quo*.

Occorre infatti considerare che le norme di diritto processuale e sostanziale destinate a trovare applicazione dinanzi al Consiglio di Giustizia Amministrativa sono in tutto e per tutto le medesime applicabili davanti al Consiglio di Stato: ciò esclude alla radice che identiche situazioni giuridiche soggettive possano ricevere in Sicilia una tutela in qualche misura diversa rispetto al resto del territorio nazionale.

Semplicemente, l'unica differenza è rappresentata dalla speciale composizione mista dell'organo, la quale, se per un verso, come detto, non incide in alcun modo sulle norme sostanziali e processuali applicabili davanti allo stesso – e quindi sulla pienezza (nonché l'uniformità) del diritto alla tutela giurisdizionale spettante a ciascun cittadino –, per un altro, deve ritenersi del tutto legittima e ragionevole, in quanto giustificata dalla specialità della materia trattata (l'impugnazione degli atti delle Amministrazioni regionali). Si è già osservato, infatti, che la scelta legislativa di inserire all'interno del Consiglio di Giustizia Amministrativa in sede giurisdizionale dei componenti laici di designazione regionale è stata dettata proprio dall'esigenza di assicurare che il contenzioso amministrativo regionale fosse affidato (anche) a soggetti più vicini alla realtà locale su cui intervenire e maggiormente sensibili a quelle istanze autonomistiche e di decentramento che fanno della Sicilia una Regione a statuto speciale (sul punto si rinvia, per brevità, alle argomentazioni svolte *supra*, *sub* n. 3.2.).

Bisogna pertanto concludere che le disposizioni censurate, nella parte in cui hanno disciplinato la composizione mista del Consiglio di Giustizia Amministrativa in sede giurisdizionale, sono state emanate dal Legislatore nel pieno rispetto dei parametri costituzionali invocati dal Giudice rimettente, e che anzi tale composizione costituisce diretta attuazione del principio di ragionevolezza e di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 Cost.

6.1. – Con un ulteriore ordine di censure, il Giudice *a quo* sostiene che le disposizioni indicate in epigrafe sarebbero illegittime in relazione agli artt. 102 e 108 Cost., sotto un primo profilo, in quanto l'art. 102, 2° comma, consentirebbe l'istituzione di sezioni specializzate soltanto presso gli organi giurisdizionali ordinari, precludendone invece la costituzione presso i giudici speciali; sotto altro profilo, in quanto l'istituzione di sezioni specializzate sarebbe comunque assoggettata alla riserva di legge statale di cui all'art. 108, 1° comma, Cost.

6.2. – Le censure, per come prospettate, sono manifestamente infondate.

6.2.1. – Ed invero, anche volendo prescindere dall'assorbente considerazione che è lo stesso art. 23, 1° comma, dello Statuto siciliano (norma di rango costituzionale) ad avere previsto l'istituzione in Sicilia di una sezione specializzata del Consiglio di Stato, competente «*per gli affari concernenti la Regione*», si osserva, in primo luogo, che la tesi del rimettente, secondo cui l'art. 102, 2° comma, Cost. vieterebbe l'istituzione di sezioni specializzate presso i giudici speciali, è del tutto destituita di fondamento.

Codesta Ecc.ma Corte ha infatti a più riprese chiarito che, se pure è vero che l'art. 102, 2° comma, Cost. (a mente del quale «*possono ... istituirsi presso gli organi giudiziari ordinari sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura*») è dettato con esclusivo riferimento agli organi giurisdizionali ordinari, la facoltà per il Legislatore di istituire sezioni specializzate (con tale nozione intendendosi le sezioni contraddistinte da una composizione diversa da quella ordinaria) presso i giudici speciali deve ritenersi ricompresa nella generale riserva di cui all'art. 108, 1° comma, Cost. (cfr. Corte Cost. n. 49/68 e Corte Cost. n. 353/02); tale istituzione è pertanto legittima nei limiti in cui la speciale composizione della sezione, da un lato, non contrasti con il principio di ragionevolezza (sul punto, v. *supra*, *sub* n. 3.2.), e, dall'altro, garantisca comunque l'indipendenza e l'imparzialità dei giudicanti, ai sensi dell'art. 108, 2° comma, Cost.

La Corte ha anzi precisato che dall'applicazione dell'art. 102, 2° comma, Cost. alla sola magistratura ordinaria discende soltanto che, mentre nelle sezioni specializzate presso l'A.G.O. è necessario che una parte dei componenti sia costituita da magistrati ordinari (ciò essendo espressamente imposto dalla citata disposizione costituzionale), quelle costituite presso i giudici speciali possono essere formate anche integralmente – pur sempre nel rispetto del duplice limite esaminato – da membri laici.

Del resto, la possibilità di istituire sezioni specializzate presso i giudici speciali è stata riconosciuta anche dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella citata sentenza n. 2994/55.

In tale decisione, infatti, il Supremo Collegio, nell'affermare che nulla esclude che le sezioni di un organo giurisdizionale siano contraddistinte da una composizione numerica e/o qualitativa particolare «*in funzione di pressanti esigenze determinate dalla natura delle controversie all'organo stesso devolute, senza trascendere nell'istituzione di un giudice speciale, e ferire così le fondamentali garanzie del singolo*», ha concluso *apertis verbis* – riferendosi proprio al Consiglio di Giustizia Amministrativa – che «*la rilevata elasticità del concetto di sezione ... ha trovato applicazione anche nella storia della giurisdizione amministrativa*».

6.2.2. – In secondo luogo, nessun pregio merita la censura prospettata dal rimettente, secondo cui le disposizioni censurate contrasterebbero con l'art. 108 Cost., in quanto quest'ultima disposizione prevede una riserva di legge statale anche in ordine all'istituzione delle sezioni specializzate.

Rinviando alle osservazioni espresse *supra*, *sub* nn. 4 e 5, basta qui ribadire che è lo stesso Statuto siciliano a prevedere l'istituzione in Sicilia di una sezione specializzata del Consiglio di Stato competente «*per gli affari concernenti la Regione*», e che comunque il D.Lgs. 373/2003 non ha valore di fonte regionale, ma di legge statale ordinaria.

7.1. – Ancora, il Giudice *a quo* denuncia l'illegittimità costituzionale delle norme in epigrafe per contrasto con la VI Disposizione Transitoria della Costituzione, nella parte in cui quest'ultima esclude dalla necessità di revisione, oltre alla Corte dei Conti e ai Tribunali militari, anche il Consiglio di Stato.

Nell'opinione del rimettente, infatti, il D.Lgs. 373/2003, istituendo una sezione specializzata di tale organo, avrebbe proceduto ad una sostanziale revisione dello stesso, non consentita dalla citata Disposizione Transitoria.

7.2. – La tesi, per come prospettata, è manifestamente infondata. Essa, infatti, costituisce il frutto di una interpretazione del tutto distorta dell'invocato parametro costituzionale.

La VI Disposizione Transitoria della Costituzione, invero, nell'escludere la necessità di procedere alla revisione di alcuni giudici speciali (tra cui il Consiglio di Stato), non ha fatto altro che prendere atto della conformità dell'ordinamento di tali organi speciali di giurisdizione ai principi della nuova Costituzione Repubblicana, ed, in particolare, alle norme dettate in materia di imparzialità ed indipendenza dei giudicanti. Essa, pertanto, non può essere certamente intesa nel senso che debba ritenersi costituzionalmente illegittima qualsiasi modifica della disciplina di tali organi giurisdizionali, e, men che mai, l'istituzione presso gli stessi di nuove sezioni, ancorché specializzate, le quali devono quindi ritenersi ammissibili nei limiti consentiti dai principi dettati dal Legislatore Costituente in materia di ordinamento della giustizia (cfr. in particolare, il Titolo IV della Costituzione).

Orbene, a prescindere dalla considerazione che l'istituzione di nuove sezioni non può di per sé considerarsi una forma di revisione di un organo – da ritenersi, come visto, comunque consentita, ove intervenuta nel rispetto dei principi costituzionali –, occorre altresì ricordare che tale istituzione è avallata da specifiche disposizioni della Carta Costituzionale (con riferimento ai giudici speciali, si è già esaminato *supra*, *sub* n. 6.2.1. il rilievo che assume l'art. 108 Cost.). Ciò basta a fugare qualsiasi dubbio di legittimità costituzionale delle disposizioni censurate nel senso prospettato dal Giudice *a quo*.

Dal resto, l'infondatezza della questione sollevata dal rimettente si dimostra ancora più manifesta, se si considera che, come più volte ricordato, è lo stesso Statuto siciliano (norma di rango costituzionale) ad avere prefigurato l'istituzione in Sicilia in una sezione specializzata del Consiglio di Stato.

8.1. – Sotto un ultimo profilo, il Giudice rimettente denuncia il contrasto delle norme indicate in epigrafe con l'art. 117, 2° comma, lett. l) Cost., nonché con gli artt. 5, 117, 1° comma, e 120, 2° comma, Cost. e con l'art. 14 dello Statuto della Regione siciliana, nella parte in cui tali ultime disposizioni riservano alla legislazione esclusiva dello Stato la materia giurisdizionale.

8.2. – Anche questa censura è manifestamente infondata.

Ed invero, fermo restando che l'art. 10 L. Cost. n. 3/2001 – recante «*Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione*» – dispone che «*sino all'adeguamento dei rispettivi statuti, le disposizioni della presente legge costituzionale si applicano anche alle Regioni a statuto speciale ed alle Province autonome di Trento e Bolzano per le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite*» (cd. clausola di maggior favore), è sufficiente qui ribadire (secondo quanto diffusamente esposto *supra*, *sub* n. 4.2.), da un lato, che è lo stesso Statuto siciliano (norma costituzionale) a prevedere l'istituzione in Sicilia di una sezione specializzata del Consiglio di Stato; dall'altro, che comunque il D.Lgs. 373/2003 non ha valore di fonte regionale, bensì di legge statale ordinaria. Di tal che in nessun modo potrebbe risultare violata la riserva di cui all'art. 117, 2° comma, lett. l) Cost.

P.Q.M. si conclude affinché la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Presidente del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana sia dichiarata inammissibile, o comunque infondata.

Roma, 7 aprile 2004 – Vice Avvocato Generale Ignazio Francesco Caramazza».

Corte Costituzionale, sentenza 28 ottobre – 4 novembre 2004, n. 316 – Pres. V. Onida – Red. P.A. Capotosti – Giudizi incidentali di legittimità costituzionale promossi con varie ordinanze di rimessione dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana e dal Presidente dello stesso Consiglio. Intervententi: Ausonia Servizi Tributari S.p.A. (avv. S. Raimondi), Sipa S.p.A. (avv. A. Scuderi), Regione Sicilia (avv. M. Arcadipane e G. Carapezza), Presidenza del Consiglio dei Ministri (ct. 11358/04, avv. Stato I.F. Caramazza).

La Corte:

1) dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 4, commi 1, lettera d), e 2, 6, comma 2, e 15, commi 1 e 2, del decreto legislativo 24 dicembre 2003, n. 373 (Norme di attuazione dello statuto speciale della Regione siciliana concernenti l'esercizio nella Regione delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato), nonché dell'art. 6 del decreto-legge 24 dicembre 2003, n. 354 (Disposizioni urgenti per il funzionamento dei tribunali delle acque, nonché interventi per l'amministrazione della giustizia), convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1 della legge 26 febbraio 2004, n. 45, sollevate dal Presidente del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, in riferimento agli artt. 23 e 14, primo comma, dello statuto speciale della Regione siciliana, ed agli artt. 102, primo comma, 108, 3, 24, primo comma, 113, primo comma, 5, 117, primo e secondo comma, lettera l), 120, secondo comma, e alla VI disposizione transitoria, primo comma, della Costituzione;

2) dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dei medesimi artt. 4, commi 1, lettera d), e 2, 6, comma 2, e 15, commi 1 e 2, del decreto legislativo 24 dicembre 2003, n. 373, nonché dell'art. 6 del d.l. n. 354 del 2003, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1 della legge n. 45 del 2004, sollevate dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, in riferimento agli artt. 23 e 14, primo comma, dello statuto speciale della Regione siciliana, ed agli artt. 102, primo comma, 108, 3, 24, primo comma, 113, primo comma, 5, 117, primo e secondo comma, lettera l), 120, secondo comma, e alla VI disposizione transitoria, primo comma, della Costituzione.

(Costituzione, artt. 3, 5, 24, 102, 108, 113, 117, 120 e VI disposizione transitoria; regio decreto legislativo 15 maggio 1946, n. 455, artt. 14 e 23; decreto legislativo 24 dicembre 2003, n. 373, artt. 4, 6 e 15).

« (Omissis) Considerato in diritto

1. – Le questioni di legittimità costituzionale sollevate, con le ordinanze in epigrafe, dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana hanno in primo luogo ad oggetto: l'art. 3, primo comma, del d. lgs. lgt. 16 marzo 1946, n. 98 (Integrazioni e modifiche al d.l. lgt. 25 giugno 1944, n. 151, relativo all'Assemblea per la nuova costituzione dello Stato, al giuramento dei membri del Governo ed alla facoltà del Governo di emanare norme giuridiche), gli artt. 1, 2, secondo comma, lettere b) e c), quarto comma, lettera b), quinto, sesto, ottavo comma, 3, primo, secondo, terzo, quarto, quinto, sesto ed ottavo comma, 4, 5, 6, 7, 8 e 9 del d. lgs. 6 maggio 1948, n. 654 (Norme per l'esercizio nella Regione siciliana delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato), l'art. 4 del d.l. lgt. 25 giugno 1944, n. 151 (relativo all'Assemblea per la nuova costituzione dello Stato, al giuramento dei membri del Governo ed alla facoltà del Governo di emanare norme giuridiche) e l'art. 1 del d. lgs. Presidente della Regione siciliana 31 marzo 1952, n. 8 (Trattamento economico dei membri del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana). Costituiscono altresì oggetto delle predette questioni di legittimità costituzionale gli artt. 4, comma 1, lettera d), e comma 2, 6, comma 2, e 15, commi 1 e 2, del d. lgs. 24 dicembre 2003, n. 373 (Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione siciliana concernenti l'esercizio nella regione delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato) e l'art. 6 del d.l. 24 dicembre 2003, n. 354 (Disposizioni urgenti per il funzionamento dei tribunali delle acque, nonché interventi per l'amministrazione della giustizia).

I parametri costituzionali evocati sono gli artt. 3, 5, 24, primo comma, 100, 101, 102, primo e secondo comma, 108, primo e secondo comma, 111, 113, primo comma, 117, primo e secondo comma, lettera l), 120, 135 e VI disposizione transitoria, primo comma, della Costituzione, nonché gli artt. 14, primo comma, 23, 24, primo comma, e 43 del r.d. lgs. 15 maggio 1946, n. 455 (Approvazione dello Statuto della Regione siciliana) e l'art. 1 della legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 2 (Conversione in legge costituzionale dello statuto della Regione siciliana, approvato con il decreto legislativo 15 maggio 1946, n. 455).

Diversi sono i profili di costituzionalità prospettati dai giudici rimettenti. Innanzi tutto, l'assoluta indeterminatezza della delega prevista dal d. lgs. lgt. n. 98 del 1946, che avrebbe lasciato sostanzialmente arbitro il Governo di legiferare in qualsiasi materia, salvo alcune specifiche eccezioni, cosicché, sotto questo aspetto, risulterebbe viziato, in via derivata, il d. lgs. n. 654 del 1948. In secondo luogo il giudice *a quo* censura, per quanto attiene alla composizione del Consiglio di giustizia amministrativa, le norme di attuazione dello statuto contenute nel citato d. lgs. n. 654, perché in contrasto con l'art. 23 dello statuto stesso, oltre che con le disposizioni costituzionali – artt. 102, primo comma, e 108, primo comma – che prevedono la riserva di legge statale per quanto riguarda l'ordinamento giudiziario e l'istituzione di sezioni specializzate, in modo da determinare una disciplina unitaria ed inderogabile in materia sull'intero territorio nazionale. Questi stessi profili di censura riguarderebbero, ad avviso del giudice *a quo*, anche il sopravvenuto d. lgs. n. 373 del 2003, tanto più che i principi unitari insiti nelle nuove competenze legislative esclusive dello Stato imporrebbero un'esegesi strettamente letterale dell'art. 23 dello statuto siciliano.

Inoltre, secondo il giudice rimettente, un altro profilo di incostituzionalità concerne la mancanza delle necessarie garanzie di indipendenza ed imparzialità che debbono caratterizzare l'incarico di componente laico del Consiglio di giustizia amministrativa, anche per quanto attiene al regime delle incompatibilità professionali, al trattamento economico ed al loro *status* complessivo. Né, d'altra parte, le nuove norme di attuazione dello statuto speciale siciliano contenute nel citato decreto n. 373 del 2003 avrebbero, ad avviso del giudice rimettente, eliminato questi profili di incostituzionalità, poiché anche oggi il regime dei componenti laici e togati del Consiglio di giustizia amministrativa non è affatto identico e, per di più, la necessaria presenza di due membri laici nel collegio giudicante sottolinea questa differenziazione anche nell'esercizio della funzione giurisdizionale.

2. – La sostanziale omogeneità delle questioni di legittimità costituzionale prospettate e l'identità dei parametri costituzionali evocati inducono a riunire i procedimenti in esame, affinché siano decisi con un'unica pronuncia.

3. – Le ordinanze nn. 443 e 902 del 2003 e n. 30 del 2004 in particolare hanno ad oggetto varie disposizioni di attuazione dello statuto siciliano contenute nel citato decreto legislativo n. 654 del 1948, il quale peraltro è stato, dopo la proposizione delle ordinanze stesse, sostituito ed espressamente abrogato dal decreto legislativo 24 dicembre 2003, n. 373. A seguito della sopravvenienza di queste disposizioni, che hanno mutato il quadro normativo di riferimento, va pertanto disposta la restituzione degli atti al giudice rimettente, affinché valuti se tuttora permane la rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate con le predette ordinanze.

4. – Il Presidente del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, in sede di trattazione di misure cautelari provvisorie ai sensi dell'art. 21, nono comma, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dall'art. 3 della legge n. 205 del 2000, ha sollevato con due distinti atti, iscritti rispettivamente ai nn. 272 e 273 del registro ordinanze 2004, varie questioni di legittimità costituzionale incentrate essenzialmente sulla composizione «mista» del Consiglio di giustizia amministrativa prevista dal citato d. lgs. n. 373 del 2003. Tali questioni sono inammissibili per difetto di rilevanza, in quanto il presidente del collegio non deve certo verificare, in sede di trattazione monocratica – per ragioni di «estrema gravità ed urgenza» – di una domanda cautelare, la legittimità di norme riguardanti la composizione del collegio giudicante, il quale si deve costituire subito dopo, cioè «nella prima camera di consiglio utile», per decidere sulla medesima domanda cautelare.

5. – Tutto ciò premesso, vanno esaminate nel merito le questioni di legittimità costituzionale sollevate con l'ordinanza n. 430 del 2004, le quali non sono fondate.

L'art. 23 dello statuto della Regione siciliana, approvato con r.d. lgs. 15 maggio 1946, n. 455, convertito in legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 2, stabilisce un principio di specialità, disponendo che «gli organi giurisdizionali centrali avranno in Sicilia le rispettive sezioni per gli affari concernenti la Regione» e prevedendo anche che le «Sezioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti svolgeranno altresì le funzioni, rispettivamente, consultive e di controllo amministrativo e contabile».

Tale disposizione ha avuto una prima attuazione con il citato d. lgs. 6 maggio 1948, n. 654, che ha appunto istituito il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana con il compito di esercitare «le funzioni consultive e giurisdizionali spettanti alle sezioni regionali del Consiglio di Stato previste dall'art. 23 dello statuto della Regione siciliana». Si stabiliva che tale organo fosse presieduto da un Presidente di sezione del Consiglio di Stato e, in sede giurisdizionale, fosse composto da due magistrati dello stesso Consiglio di Stato e da due «giuristi» non togati scelti dalla giunta regionale, con un incarico quadriennale rinnovabile, tra professori universitari di diritto o avvocati abilitati al patrocinio innanzi alle giurisdizioni superiori, ai quali, durante la carica, era interdetto l'esercizio della professione davanti alle giurisdizioni amministrative.

Modificazioni ed integrazioni al suddetto d. lgs. n. 654 del 1948 sono state introdotte dal d. P.R. 5 aprile 1978, n. 204, anche a seguito della sentenza di questa Corte n. 25 del 1976, prevedendo in particolare che i «giuristi» non togati componenti del Consiglio di giustizia amministrativa, in sede giurisdizionale, fossero quattro ed il loro mandato avesse una durata di sei anni non rinnovabile, anche se per essi era ammessa la *prorogatio* della carica, e disponendo altresì che il collegio giudicante fosse composto dal presidente, da due consiglieri di Stato e da due membri «laici».

Questi due decreti di attuazione dell'art. 23 dello statuto siciliano sono stati però espressamente abrogati ed integralmente sostituiti dal d. lgs. 24 dicembre 2003, n. 373, il quale, innanzi tutto, in coerenza con il tenore letterale dell'art. 23, ha mutato la struttura organizzativa del Consiglio di giustizia amministrativa, stabilendone la composizione in due sezioni, con funzioni rispettivamente consultive e giurisdizionali, le quali «costituiscono sezioni staccate del Consiglio di Stato». In correlazione con questo nuovo assetto organizzativo sono stati introdotti significativi mutamenti alla previgente disciplina, prevedendo, tra l'altro, l'aumento del numero dei componenti «togati» e «laici» ed una loro diversa ripartizione tra le due sezioni, nonché la formale equiparazione di questi ultimi ai primi per quanto attiene allo stato giuridico, al regime disciplinare ed anche, sia pure entro certi limiti, al trattamento economico.

6. – Il profilo centrale delle questioni di legittimità costituzionale sollevate con l'ordinanza in esame concerne essenzialmente l'interpretazione dell'art. 23 dello statuto siciliano, dal momento che in primo luogo si dubita che le denunciate norme del decreto di attuazione n. 373 del 2003 siano compatibili con il predetto articolo, sostenendo il giudice rimettente che il decreto stesso sarebbe non solo *praeter statutum*, ma addirittura *contra statutum*.

Va ricordato che il decentramento territoriale degli organi giurisdizionali centrali, sancito in via di principio dal citato art. 23, corrisponde ad un'antica tradizione siciliana, che non si limita all'esperienza della Corte di cassazione di Palermo prima dell'unificazione del 1923, ma addirittura risale all'ordinamento del Regno delle Due Sicilie, con l'istituzione in Palermo di supremi organi di giustizia distinti da quelli omologhi con sede a Napoli. L'art. 23 contiene dunque un principio di specialità, che riafferma, anche se in termini generici ed atecnici, per di più formulati anteriormente alla redazione del testo costituzionale, un'aspirazione viva, e comunque saldamente radicata nella storia della Sicilia, ad ottenere forme di decentramento territoriale degli organi giurisdizionali centrali. I decreti menzionati hanno avuto l'intento di attuare concretamente questa aspirazione, predisponendo moduli organizzativi e funzionali, che, tra le realizzazioni astrattamente possibili, specificassero ed eventualmente integrassero i principi enunciati.

Tali moduli del resto ebbero già, nel passato, uno scrutinio favorevole da parte di questa Corte, poiché nella citata sentenza n. 25 del 1976 si riconobbe che, nonostante l'art. 23 preveda semplicemente l'istituzione di una sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato e non di un organo di giustizia amministrativa come quello disegnato dal d.P.R. n. 654 del 1948, tale organo esercitava le stesse funzioni delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato. Pertanto, secondo la stessa sentenza, «la legittimità costituzionale del provvedimento istitutivo del Consiglio di giustizia amministrativa della Regione siciliana nel suo complesso» non poteva non essere confermata, dopo la reiezione, nella sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 2994 del 1955, delle varie eccezioni di costituzionalità sollevate sul medesimo decreto n. 654 del 1948.

In ogni caso, va sottolineato che il d. lgs. n. 373 del 2003 ha attuato una completa revisione della previgente normativa eliminando precedenti «anomalie», già segnalate dalla

Corte, e in particolare ha ripristinato l'originario modello statutario di decentramento, organizzato su due sezioni «staccate» del Consiglio di Stato, dando così «piena» attuazione al principio di specialità contenuto nell'art. 23. In questo modo si è dato vita ad una disciplina che ha fissato entro i contorni dello statuto quelli che, in relazione a questo profilo particolare, si possono definire i «contenuti storico-concreti» dell'autonomia regionale siciliana (cfr. sentenza n. 213 del 1998).

La peculiare struttura e composizione del Consiglio di giustizia amministrativa delineate dal decreto n. 373 appaiono dunque pienamente giustificate, stante la chiarezza del principio espresso nell'art. 23 ma anche l'assenza di soluzioni organizzative prestabilite, dall'intento di realizzare concretamente quel principio attraverso la prefigurazione di un apposito modello la cui specialità, alla stregua della consolidata giurisprudenza di questa Corte, non appare certo *praeter statutum*. A questo riguardo è significativo ricordare che lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige (ed il relativo decreto di attuazione 6 aprile 1984, n. 426) si sia ispirato agli stessi principi di autonomia, riproducendo sostanzialmente, a distanza di anni, il modello organizzativo siciliano basato sulla presenza, nell'organo di giustizia amministrativa, di membri «non togati» designati in sede locale. Si tratta evidentemente di un modello del tutto particolare fondato sulla «specialità» di alcuni statuti regionali i quali possono anche, nel campo dell'organizzazione giudiziaria, contenere norme a loro volta espressive di autonomia.

Alla stregua di queste considerazioni va pertanto rigettata la censura principale, secondo cui la composizione «mista» delle sezioni del Consiglio di giustizia amministrativa siciliano sarebbe *contra statutum*. L'art. 4, comma 1, lettera *d*), e comma 2, e l'art. 6, comma 2, del d. lgs. n. 373 del 2003 introducono infatti un criterio organizzativo delle funzioni e degli uffici, il quale non solo non è estraneo al principio di autonomia regionale, come appunto dimostrano le ricordate disposizioni dello statuto del Trentino-Alto Adige, ma rispecchia i contenuti profondi, poiché storicamente radicati, della concezione autonomistica siciliana in tema di organizzazione della giustizia amministrativa, che addirittura prevede l'attribuzione al Presidente della Regione della c.d. giustizia ritenuta per quanto concerne i ricorsi straordinari. Del resto, il profilo della diversità di posizione, nell'ambito del collegio, tra membri togati e membri non togati, in ragione della temporaneità dell'incarico di questi ultimi, era già stato sottoposto a scrutinio di costituzionalità nella ricordata sentenza n. 25 del 1976. In quella occasione, la Corte aveva espressamente stabilito che il carattere temporaneo del mandato dei membri del Consiglio di giustizia amministrativa «non contrasta, di per sé, con i principi costituzionali che garantiscono l'indipendenza e con essa l'imparzialità dei giudici, siano essi ordinari o estranei alle magistrature», dal momento che a tali fini «non appare necessaria una inamovibilità assoluta», specialmente per i membri «laici», che, come anche altre esperienze dimostrano, «ben possono essere nominati per un determinato e congruo periodo di tempo».

L'indipendenza di tali giudici, secondo la stessa decisione, poteva invece ritenersi messa in pericolo da ipotesi, come quelle contenute nell'art. 3 del decreto n. 654 del 1948 – peraltro modificato dal d.P.R. n. 204 del 1978 – di loro riconferma nel mandato. Questo però non è il caso della censura rivolta contro l'art. 15 del decreto n. 373, il quale dispone, al comma 2, che i membri «laici», che non rimuovano le loro eventuali situazioni di incompatibilità o anche nell'ipotesi di scadenza del mandato, permangono comunque in carica, anche a titolo di *prorogatio*, per un periodo di tempo non superiore a sessanta giorni dall'entrata in vigore del medesimo decreto n. 373. Il periodo di tempo assai limitato e soprattutto la mancanza di ipotesi di riconferma non possono incidere sull'indipendenza del giudice, tanto più che la durata del periodo stesso appare comunque non irragionevole in relazione alle complessive esigenze di continuità e funzionalità dell'organo.

In ogni caso va sottolineato che, come è noto, lo statuto siciliano è stato approvato prima dell'entrata in vigore del testo costituzionale e con esso non è stato mai coordinato, nonostante la sua «conversione» in legge costituzionale operata dalla legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 2. Possono così talvolta rinvenirsi formulazioni ambigue, o anche omissioni come quelle in tema di forme d'intesa tra Stato e Regione nella nomina dei componenti «laici» del Consiglio di giustizia amministrativa, diversamente da quanto previsto per i magistrati della Corte dei conti siciliana da risolvere sulla base di una complessiva interpretazione dello statuto e della singolarità dell'autonomia siciliana.

7. – Proprio in base a tale interpretazione si può dunque ritenere che non sussista alcuna rottura del doveroso rapporto di congruenza della normativa di attuazione con il principio statutario fissato dall'art. 23. D'altra parte i citati artt. 4 e 6 del d. lgs. n. 373 del 2003, nel dettare la speciale disciplina del Consiglio di giustizia amministrativa, non hanno neppure violato, avendo rango primario in quanto norme di attuazione di statuti speciali (*cf.* sentenze n. 353 del 2001, n. 213 e n. 137 del 1998), la riserva di legge prevista in materia dall'art. 108 della Costituzione. E di conseguenza i predetti articoli possono anche, come fonti a competenza «riservata e separata» rispetto a quella esercitabile dalle ordinarie leggi della Repubblica (*cf.* sentenze n. 213 e n. 137 del 1998, n. 85 del 1990, n. 160 del 1985), introdurre una disciplina particolare ed innovativa, a condizione però di rispettare il «limite della corrispondenza alle norme e alla finalità di attuazione dello statuto, nel contesto del principio di autonomia regionale» (sentenze n. 353 del 2001 e n. 212 del 1984). Questa condizione, nella specie, risulta puntualmente verificata.

Il carattere di piena attuazione, come già rilevato, del d. lgs. n. 373 del 2003 rispetto all'art. 23 dello statuto, che è norma di grado costituzionale, esclude, di per sé, qualsiasi contrasto, prospettato in via subordinata, sia con l'art. 102, secondo comma, relativo al divieto di istituire sezioni specializzate, sia con la VI disposizione transitoria della Costituzione, che ha sottratto la giurisdizione del Consiglio di Stato dalla prevista procedura di revisione degli organi speciali di giurisdizione esistenti.

Sono altresì destituiti di fondamento i dubbi di costituzionalità sollevati, in via ulteriormente gradata, nei confronti delle citate disposizioni del decreto n. 373 in riferimento alla ipotizzata lesione delle disposizioni costituzionali che, nell'ambito del rapporto tra Stato e regioni, stabiliscono le competenze legislative esclusive dello Stato in materia giurisdizionale, giacché occorre tenere conto della natura statale e non regionale delle fonti recanti disposizioni di attuazione degli statuti speciali, oltre che del rango costituzionale del citato art. 23 dello statuto siciliano.

In definitiva, le questioni di legittimità costituzionale in esame vanno rigettate sotto tutti i profili prospettati e, di conseguenza, risulta infondata anche la censura relativa all'art. 6 del d.l. 24 dicembre 2003, n. 354, che prevede la copertura finanziaria delle spese per il funzionamento, a decorrere dall'anno 2004, del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana.

Per questi motivi la Corte Costituzionale riuniti i giudizi,

a) *ordina* la restituzione degli atti ai giudici rimettenti in relazione ai giudizi introdotti con le ordinanze r.o. nn. 443 e 902 del 2003 e n. 30 del 2004 indicate in epigrafe;

b) *dichiara* inammissibili le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 4, commi 1, lettera d), e 2, 6, comma 2, e 15, commi 1 e 2, del decreto legislativo 24 dicembre 2003, n. 373 (Norme di attuazione dello statuto speciale della Regione siciliana concernenti l'esercizio nella Regione delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato), nonché dell'art. 6 del decreto-legge 24 dicembre 2003, n. 354 (Disposizioni urgenti per il funzionamento dei tribunali delle acque, nonché interventi per l'amministrazione della giustizia), convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1 della legge 26 febbraio 2004, n. 45, sollevate dal Presidente del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, in riferimento agli artt. 23 e 14, primo comma, dello statuto speciale della Regione siciliana, ed agli artt. 102, primo comma, 108, 3, 24, primo comma, 113, primo comma, 5, 117, primo e secondo comma, lettera l), 120, secondo comma e alla VI disposizione transitoria, primo comma, della Costituzione, con gli atti iscritti ai nn. 272 e 273 del registro ordinanze del 2004, indicati in epigrafe;

c) *dichiara* non fondate le questioni di legittimità costituzionale dei medesimi artt. 4, commi 1, lettera d), e 2, 6, comma 2, e 15, commi 1 e 2, del decreto legislativo n. 373 del 2003, nonché dell'art. 6 del d.l. n. 354 del 2003, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1 della legge n. 45 del 2004, sollevate, in riferimento agli artt. 23 e 14, primo comma, dello statuto speciale della Regione siciliana, ed agli artt. 102, primo comma, 108, 3, 24, primo comma, 113, primo comma, 5, 117, primo e secondo comma, lettera l), 120 e alla VI disposizione transitoria, primo comma, della Costituzione, dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana con la ordinanza r.o. 430 del 2004, indicata in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 28 ottobre 2004 (*omissis*)».

Enunciati non normativi dei nuovi statuti regionali

(Corte Costituzionale, sentenze 29 novembre – 6 dicembre 2004, nn. 372,378,379)

1. – «Per le Regioni è soltanto vittoria di Pirro» scrive Michele Ainis su *«La Stampa»* del 15 dicembre 2004, in consonanza con la nota di Antonio Ruggeri: *«Gli statuti regionali alla Consulta e la Vittoria di Pirro»* (nota a Corte Cost. nn. 372, 378 e 379 del 2004) in *Forum di Quaderni costituzionali* 9 dicembre 2004.

Tali argomentati commenti, che ritengono operata dalla Corte Costituzionale una notevole riduzione dell'autonomia regionale, si contrappongono ai proclami di esponenti delle Regioni interessate, enfatizzati dalla stampa quotidiana all'indomani dei depositi delle sopra ricordate sentenze, con inesatte titolazioni circa un preteso via libera della Consulta alle unioni omosessuali ed al voto agli immigrati.

Appare dunque necessario dare completamente conto sia dell'oggetto specifico delle questioni sottoposte alla Corte Costituzionale, sia dell'esatto tenore delle pronunzie di questa.

2. – L'Avvocatura Generale dello Stato, secondo il mandato ricevuto dal Governo, aveva sollecitato la verifica della legittimità costituzionale di alcune disposizioni del nuovo Statuto della Regione Toscana nonché di altre disposizioni, in parte analoghe, contenute rispettivamente nei nuovi Statuti della Regione Umbria e della Regione Emilia Romagna.

Gli aspetti di particolare rilievo delle pronunce della Corte attengono alla declaratoria di inammissibilità dei ricorsi governativi nella parte in cui denunciavano la non compatibilità con la Costituzione di determinate affermazioni di principi e programmatiche (così definite negli Statuti).

Le censure riguardavano in particolare:

– nello Statuto della Toscana: l'affermazione contenuta nell'art. 3 *«Principi generali»*, secondo la quale la Regione «promuove, nel rispetto dei principi costituzionali, l'estensione del diritto di voto agli immigrati» nonché l'affermazione contenuta nell'art. 4 (accanto ad altre censurate per una formulazione non rispettosa delle competenze statali) *«Finalità principali»*, secondo la quale la Regione persegue tra le finalità prioritarie «il riconoscimento delle altre forme di convivenza» (diverse dal matrimonio);

– nello Statuto dell'Umbria: l'affermazione recata dall'art. 9 *«Famiglia. Forme di convivenza»*, ricompreso nel titolo II *«Principi programmatici»*, secondo la quale la Regione «tutela altresì forme di convivenza»;

– nello Statuto dell'Emilia Romagna: l'affermazione contenuta nell'art. 2 *«Obiettivi»* secondo la quale la Regione ispira la propria azione prioritaria all'obiettivo di «assicurare, nell'ambito delle facoltà che le sono costituzionalmente riconosciute, il diritto di voto degli immigrati residenti».

La Corte Costituzionale non è entrata nel merito delle censure, con le quali sostanzialmente si deduceva: da un lato la non compatibilità con le attuali previsioni costituzionali delle affermazioni in questione (in quanto anche il riferimento operato in alcune di tali disposizioni «all'ambito delle facoltà costituzionalmente riconosciute» alla Regione appariva non già

espressivo di una condizione inerente alla necessità di un mutamento costituzionale, il che già di per sé avrebbe manifestato una non armonia con la Costituzione, bensì indicativo di una ritenuta attuale, sia pur settorialmente limitata, competenza regionale); dall'altro, e comunque, la necessità che una disciplina eventuale dei diritti politici degli immigrati ovvero di uno *status* di convivente fosse di livello statale, per un'intuitiva ragione di uniformità e di rispetto del fondamentale canone di uguaglianza, con conseguente impossibilità delle Regioni di dettare norme in proposito.

3. – Secondo la tesi difensiva delle Regioni le disposizioni censurate non avevano carattere lesivo perché di natura meramente programmatica. A tale tesi l'Avvocatura aveva opposto che anche le norme programmatiche dello Statuto, per la loro valenza parametrica e condizionante della legittimità dell'azione delle istituzioni regionali, devono ritenersi suscettibili di impugnazione ove i valori ed i principi che esse vogliono far presidiare dalla normativa di attuazione siano in contrasto o non in armonia con la Costituzione o comunque attengano a programmi non attuabili dalla Regione.

La Corte, negando alle disposizioni in questione la dignità di norme programmatiche, ha escluso l'idoneità dei precisati enunciati statutari a formare oggetto di giudizio di legittimità costituzionale in quanto privi di qualsiasi efficacia e di valore normativo.

Ha testualmente precisato la Corte: «alle enunciazioni in esame, anche se materialmente inserite in un atto-fonte, non può essere riconosciuta alcuna efficacia giuridica, collocandosi esse precipuamente sul piano dei convincimenti espressivi delle diverse sensibilità politiche presenti nella comunità regionale al momento dell'approvazione dello statuto.... tali proclamazioni di obiettivi e di impegni non possono certo essere assimilate alle c.d. norme programmatiche della Costituzione, alle quali, per il loro valore di principio, sono stati generalmente riconosciuti non solo un valore programmatico nei confronti della futura disciplina legislativa, ma soprattutto una funzione di integrazione e di interpretazione delle norme vigenti. Qui però non siamo in presenza di Carte costituzionali, ma solo di fonti regionali « a competenza riservata e specializzata» cioè di statuti di autonomia, i quali, anche se costituzionalmente garantiti, debbono comunque» essere in armonia con i precetti ed i principi tutti ricavabili dalla Costituzione» (sentenza n. 196 del 2003).... Se dunque si accolgono le premesse già formulate sul carattere non prescrittivo e non vincolante delle enunciazioni statutarie di questo tipo, ne deriva che esse esplicano una funzione, per così dire, di natura culturale o anche politica, ma certo non normativa...enunciazioni siffatte ...non comportano né alcuna violazione, né alcuna rivendicazione di competenze costituzionalmente attribuite allo Stato e neppure fondano esercizio di poteri regionali».

4. – Per valutare adeguatamente la portata delle affermazioni della Corte occorre tener presente che, secondo le originarie previsioni della Costituzione, gli Statuti delle Regioni ordinarie venivano approvati con legge (ordinaria) dello Stato, il che assicurava, di fatto e nella sostanza, la coerenza costituzionale delle previsioni statutarie.

La situazione è mutata ad opera della legge costituzionale 1/1999, che ha reso gli Statuti espressione diretta dell'autonomia regionale. La Regione ordinaria, infatti, adotta e modifica il proprio Statuto con legge approvata a maggioranza assoluta dei suoi componenti, con due deliberazioni successive adottate ad intervallo non minore di due mesi; lo Statuto è sottoposto a *referendum* popolare qualora, entro tre mesi dalla sua pubblicazione notiziale, ne faccia richiesta un cinquantesimo degli elettori della Regione o un quinto dei componenti il Consiglio regionale.

La nuova previsione della forma statutaria e *l'iter* approvativo dello Statuto, che riproduce a livello regionale quello previsto a livello nazionale per le leggi di revisione della costituzione e le altre leggi costituzionali, rimarcano il rilievo dello Statuto medesimo, posto al vertice della gerarchia delle fonti regionali, insuscettibile di essere abrogato da una legge regionale ordinaria e di essere sottoposto a referendum abrogativo.

Tali essenziali mutamenti hanno riproposto il problema dell'ammissibilità dell'inserimento nello Statuto di contenuti ulteriori rispetto a quelli necessari, quali attualmente indicati nel nuovo testo dell'art. 123 della Costituzione (determinazione della forma di governo e dei principi fondamentali di organizzazione e funzionamento; regolamentazione dell'esercizio del diritto di iniziativa e del referendum su leggi e provvedimenti amministrativi della Regione nonché della pubblicazione delle leggi e dei regolamenti regionali; disciplina del Consiglio delle autonomie locali, quale organo di consulenza fra la Regione e gli enti locali). Unico contenuto statutario «eventuale» previsto dalla Costituzione è quello inerente alla modalità di elezione del Presidente della Giunta regionale, se stabilita in modo diverso da quella a suffragio universale e diretto prescritta (suggerita) dalla stessa Costituzione (art. 122 u.c.).

Al riproposto problema dell'ammissibilità di contenuti non necessari dello Statuto la Corte Costituzionale ha dato una prima risposta nella sentenza 2/2004 (relativa allo Statuto della Regione Calabria), rifacendosi ad alcune pronunce anteriori alla riforma del 1999 secondo le quali la formulazione di previsioni statutarie recanti indicazioni di obiettivi prioritari dell'attività regionale, su materie anche eccedenti la sfera di attribuzione regionale, avevano principalmente la funzione di legittimare la Regione come ente esponenziale della Collettività regionale e del complesso dei relativi interessi ed aspettative. Interessi perseguibili anche avvalendosi dei vari poteri di iniziativa, di partecipazione, di consultazione, di proposta, e così via, esercitabili, in via formale ed informale, al fine di ottenere il migliore soddisfacimento delle esigenze della collettività stessa. L'adempimento di una serie di compiti fondamentali legittimavano dunque «una presenza politica della Regione in rapporto allo Stato o anche ad altre Regioni, riguardo a tutte le questioni di interesse della comunità regionale, anche se queste sorgono in settori estranei alle singole materie indicate nell'art. 117 Cost. e si proiettano al di là dei confini territoriali della Regione medesima» (sent. 829/1988).

Sulla scorta di tali precedenti, la Corte ha ritenuto che il ruolo delle Regioni di rappresentanza generale degli interessi delle rispettive collettività

è «rilevante, anche nel momento presente, ai fini dell'esistenza, accanto ai contenuti necessari degli statuti regionali, di altri possibili contenuti, sia che risultino ricognitivi delle funzioni e dei compiti della Regione, sia che indichino aree di prioritario intervento politico o legislativo». Ha dunque affermato, nella sentenza 2/2004, la legittimità di eventuali contenuti non necessari degli Statuti rilevandone peraltro espressamente l'opinabilità della «misura dell'efficacia giuridica».

5. – Con le sentenze 372, 378, 379 del 2004 la Corte ha sciolto il dubbio sull'efficacia giuridica delle proclamazioni statutarie inerenti alle finalità da perseguire, assumendone la natura non normativa e l'assoluta inefficacia, nei termini testuali sopra ricordati.

Sembra quindi desumersi da tali pronunce che in ordine ai contenuti non necessari degli Statuti debba operarsi una distinzione tra quelli di natura normativa, suscettibili di scrutinio di legittimità costituzionale, e quelli di natura non normativa, insuscettibili di siffatto scrutinio, perché sul piano giuridico... lascerebbero il tempo che trovano.

Ma, al di là delle perplessità che suscita una siffatta distinzione, in concreto non agevolmente operabile senza margini di opinabilità e che, di fatto, porta a considerare gli specifici contenuti in questione ad un livello addirittura inferiore a quello degli eventuali preamboli, in quanto privi di qualsiasi valenza anche interpretativa, rimane da chiedersi perché di siffatti irrilevanti (ma non neutri) contenuti sia ritenuto legittimo l'inserimento in un atto-fonte di particolare qualificazione come lo Statuto e perché non dovrebbe rilevarsene la «non armonia» con la Costituzione qualora (magari per enunciati diversi da quelli già in concreto esaminati) risultassero espressivi di principi palesemente contrari alla Costituzione.

Ma sull'aspetto, di «rumore» nell'ordinamento creato da «disposizioni manifesto», su cui si era particolarmente insistito (in relazione ad enunciati del tipo «la Regione tutela...garantisce...assicura..», riferiti a situazioni e diritti che, nell'attuale contesto costituzionale, non può la Regione disciplinare e quindi tutelare, garantire, assicurare), la Corte ha taciuto.

In proposito possono ricordarsi le osservazioni dello stesso attuale commentatore delle pronunce in discorso Michele Ainis, nel saggio «*La legge oscura*» (1), circa l'illegittimità dell'atto legislativo usato come manipolazione del consenso, per «mostrare all'opinione pubblica che c'è stata una risposta politica a una domanda sociale, senza preoccuparsi se poi tale risposta possa andare a buon fine».

In definitiva, fermo rimanendo che la Corte Costituzionale non ha in alcun modo dato via libera alle unioni di fatto e omosessuali ed al voto agli immigrati, sembra legittima la domanda: la Corte ha ampliato o ridotto l'autonomia statutaria delle Regioni?

Avv. Giorgio D'Amato

(1) Ed. Laterza, pag. 62

Corte Costituzionale, sentenza 29 novembre – 2 dicembre 2004, n. 372 – Pres. V. Onida – Giud. Rel. P.A. Capotosti – Regione Toscana (Avv. S. Grassi) c/ Presidente del Consiglio dei Ministri (Avv. dello Stato G. D'Amato).

«(omissis) Ritenuto in fatto

1. – Il Presidente del Consiglio dei Ministri, con ricorso notificato il 9 agosto 2004, depositato il successivo 12 agosto 2004, ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli articoli 3, comma 6; 4, comma 1, lettere *h*), *l*), *m*), *n*), *o*), *p*); 32, comma 2; 54, commi 1 e 3; 63, comma 2; 64, comma 2; 70, comma 1; 75, comma 4, dello statuto della Regione Toscana, approvato in prima deliberazione il 6 maggio 2004 e, in seconda deliberazione, il 19 luglio 2004, pubblicato nel *Bollettino Ufficiale* della Regione n. 27 del 26 luglio 2004, in riferimento agli articoli 2, 3, 5, 24, 29, 48, 97, 113, 114, 117, secondo comma, lettere *e*), *f*), *i*), *l*), *p*), *s*), terzo, quinto e sesto comma, 118, 121, 122, 123, 138 della Costituzione.

1.1. – L'art. 3, comma 6, dello statuto impugnato stabilisce che «la Regione promuove, nel rispetto dei principi costituzionali, l'estensione del diritto di voto agli immigrati».

Questa norma, secondo il ricorrente, si porrebbe in contrasto con il principio costituzionale che riserva ai cittadini l'elettorato attivo (art. 48 della Costituzione) e non sarebbe finalisticamente rispettosa delle attribuzioni costituzionali dello Stato, in quanto il potere di revisione costituzionale è riservato al Parlamento nazionale (art. 138 della Costituzione). Inoltre, violerebbe l'art. 117, secondo comma, lettere *f*) e *p*), della Costituzione, in virtù del quale spetta allo Stato la competenza legislativa esclusiva nella materia elettorale concernente gli organi statali e degli enti locali, nonché l'art. 121, secondo comma, della Costituzione, poiché limiterebbe il potere di iniziativa legislativa del Consiglio regionale.

1.2. – L'art. 4, comma 1, lettera *h*), dello statuto in esame dispone che la Regione persegue, tra le finalità prioritarie, «il riconoscimento delle altre forme di convivenza» con previsione che, ad avviso della difesa erariale, potrebbe costituire la base statutaria di future norme regionali recanti una disciplina dei rapporti tra conviventi lesiva della competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di «cittadinanza, stato civile e anagrafi» e di «ordinamento civile» (art. 117, secondo comma, lettere *i*) e *l*), Cost.)

La norma violerebbe, inoltre, l'art. 123 della Costituzione, ed il limite della «armonia con la Costituzione», qualora con essa si «intenda affermare qualcosa di diverso dal semplice rilievo sociale e dalla conseguente giuridica dignità» della convivenza tra uomo e donna fuori del vincolo matrimoniale, ovvero si «intenda affermare siffatti valori con riguardo ad unioni libere e relazioni tra soggetti del medesimo sesso», in contrasto con i principi costituzionali, in relazione a situazioni divergenti dal modello del rapporto coniugale, estranee al contenuto delle garanzie fissate dall'art. 29 della Costituzione, non riconducibili alla sfera di protezione dell'art. 2 della Costituzione.

La norma si porrebbe in contrasto anche con l'art. 123 della Costituzione, in quanto avrebbe un contenuto estraneo ed eccedente rispetto a quello configurabile quale «contenuto necessario» dello statuto, non esprimerebbe un interesse proprio della comunità regionale e neppure avrebbe contenuto meramente programmatico, violando altresì il principio fondamentale di unità (art. 5 della Costituzione) e realizzando una ingiustificata disparità di trattamento, in contrasto con l'art. 3 della Costituzione.

1.3. – L'art. 4, comma 1, lettere *l*) e *m*), dello statuto in esame stabilisce che la Regione persegue, tra le finalità prioritarie, «il rispetto dell'equilibrio ecologico, la tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale, la conservazione della biodiversità, la promozione della cultura del rispetto degli animali» (lettera *l*), nonché «la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, artistico e paesaggistico» (lettera *m*).

Secondo il ricorrente, la norma violerebbe l'art. 117, secondo comma, lettera *s*), della Costituzione, che riserva allo Stato la competenza legislativa esclusiva in materia di tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali, in quanto prevede la tutela dell'ambiente e la tutela dei beni culturali.

La lettera *m*) recherebbe *vulnus* anche all'art. 118, comma terzo, della Costituzione, che riserva alla legge statale la disciplina di forme di intesa e di coordinamento nella materia della tutela dei beni culturali.

1.4. — L'art. 4, comma 1, lettere *n*), *o*) e *p*), dello statuto della Regione Toscana stabilisce quali finalità prioritarie: «la promozione dello sviluppo economico e di un contesto favorevole alla competitività delle imprese, basato sull'innovazione, la ricerca e la forma-

zione, nel rispetto dei principi di coesione sociale e di sostenibilità dell'ambiente» (lettera *n*); «la valorizzazione della libertà di iniziativa economica pubblica e privata, del ruolo e della responsabilità sociale delle imprese» (lettera *o*); «la promozione della cooperazione come strumento di democrazia economica e di sviluppo sociale, favorendone il potenziamento con i mezzi più idonei» (lettera *p*).

Ad avviso dell'Avvocatura generale dello Stato, queste norme avrebbero lo scopo di offrire una base statutaria a future leggi regionali in contrasto con la competenza legislativa esclusiva dello Stato nella materia della «tutela della concorrenza» (art. 117, secondo comma, lettera *e*), della Costituzione) e lesive, in riferimento al settore della cooperazione, «inteso come disciplina delle diverse forme e tipologie» di quest'ultima, della competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di «ordinamento civile» (art. 117, secondo comma, lettera *l*), della Costituzione).

1.5. – L'art. 32, comma 2, dello statuto in esame, disponendo che «il programma di governo è approvato entro dieci giorni dalla sua illustrazione», secondo la difesa erariale, non sarebbe coerente con l'elezione diretta del Presidente della Giunta regionale, poiché l'approvazione consiliare del programma di governo -predisposto ed attuato dal Presidente ai sensi dell'art. 34 dello statuto- instaurerebbe, irragionevolmente e contraddittoriamente, tra Presidente e Consiglio regionale, un rapporto diverso rispetto a quello conseguente all'elezione a suffragio universale e diretto del vertice dell'esecutivo prevista dal comma quinto dell'art. 122 della Costituzione.

1.6. – Il ricorrente censura l'art. 54, commi 1 e 3, dello statuto della Regione Toscana nelle parti in cui dispone che «tutti hanno diritto di accedere senza obbligo di motivazione ai documenti amministrativi» (comma 1) ed esclude l'obbligo della motivazione per gli atti amministrativi «meramente esecutivi», in quanto queste norme si porrebbero in contrasto: con i principi costituzionali di efficienza e trasparenza (art. 97 della Costituzione), permettendo un controllo non filtrato dell'attività dell'amministrazione, non giustificato dall'esigenza di protezione di interessi giuridicamente rilevanti; con il principio di effettività della tutela contro gli atti dell'amministrazione, poiché ostacolerebbero la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi da parte dei controinteressati, in violazione degli artt. 24 e 113 della Costituzione; con l'art. 3 della Costituzione, poiché dalla differenza di disciplina nelle diverse regioni deriverebbe una tutela non omogenea delle situazioni giuridiche soggettive.

1.7. – L'art. 63, comma 2, dello statuto in oggetto stabilisce che «la legge, nei casi in cui risultino specifiche esigenze unitarie, può disciplinare l'organizzazione e lo svolgimento delle funzioni conferite per assicurare requisiti essenziali di uniformità».

Secondo la difesa erariale, la norma vulnera sia l'art. 117, sesto comma, della Costituzione, che riserva alla potestà regolamentare degli enti locali la disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni amministrative ad essi attribuite, sia l'art. 118 della Costituzione, in quanto eventuali esigenze di esercizio unitario delle funzioni, in virtù del principio di sussidiarietà, giustificerebbero esclusivamente il mantenimento di determinate funzioni legislative al livello di governo regionale, non già l'attribuzione delle predette all'ente locale e la contestuale espropriazione di quest'ultimo dei poteri allo stesso spettanti per regolamentarne l'organizzazione ed il funzionamento. Inoltre, la disposizione violerebbe l'art. 114 della Costituzione ed il principio di leale collaborazione nell'esercizio di compiti amministrativi che interessano più enti fra quelli considerati, in modo equoordinato, nella norma costituzionale.

1.8. – L'art. 64, comma 2, dello statuto della Regione Toscana, disponendo che «la legge disciplina, limitatamente ai profili coperti da riserva di legge, i tributi propri degli enti locali, salva la potestà degli enti di istituirli», ad avviso del ricorrente, sottenderebbe margini di autonomia regionale più ampi di quelli stabiliti dall'art. 119 della Costituzione, i cui limiti non sono stati richiamati, prefigurando, «direttamente ed immediatamente», relativamente alla disciplina dei tributi degli enti locali, «un determinato rapporto tra fonti normative (legge regionale, per la parte coperta da riserva di legge, e normativa locale, per quanto concerne l'istituzione e gli altri aspetti non coperti da riserva di legge) che è invece solo uno di quelli possibili, costituzionalmente rimessi alle valutazioni ed alle scelte del legislatore nazionale nel momento in cui darà attuazione all'art. 119 Cost.».

1.9. – L'art. 70, comma 1, dello statuto in esame stabilisce che «gli organi di governo e il consiglio partecipano, nei modi previsti dalla legge, alle decisioni dirette alla formazione e attuazione degli atti comunitari nelle materie di competenza regionale».

La difesa erariale sostiene che la norma violerebbe l'art. 117, quinto comma, della Costituzione, in virtù del quale la partecipazione delle Regioni alla formazione ed attuazione degli atti comunitari deve avvenire secondo le norme stabilite dalla legge statale.

1.10. – L'art. 75, comma 1, dello statuto della Regione Toscana disciplina il *referendum* abrogativo, disponendo, al comma 4, che «la proposta di abrogazione soggetta a *referendum* è approvata se partecipa alla votazione la maggioranza dei votanti alle ultime elezioni regionali e se ottiene la maggioranza dei voti validamente espressi».

La norma, in questa parte, secondo il ricorrente, violerebbe il principio di ragionevolezza, in quanto la disciplina del principale strumento di democrazia diretta e la valutazione del suo esito non risulterebbero connessi alla consistenza effettiva del corpo elettorale, in base ad un corretto principio di democrazia partecipativa correlato a quello del suffragio universale, bensì ad un dato casuale e contingente, privo di significatività. Inoltre, non ragionevolmente la disposizione non terrebbe conto della differente natura della consultazione referendaria rispetto alle elezioni regionali e del diverso interesse che le due consultazioni popolari rivestono per il cittadino sia in relazione al loro diverso oggetto (scelta dei rappresentanti negli organi legislativi ovvero diretta decisione politica su problemi e discipline specifiche), sia in relazione alle diverse modalità di espressione e di computo del voto nell'una e nell'altra consultazione.

Queste considerazioni, ad avviso della difesa erariale, sarebbero confortate dalla constatazione che la linea di tendenza più recente dimostra che vi è un progressivo aumento dell'astensionismo elettorale, il quale «potrebbe portare, sulla base della censurata regola, all'inaccettabile ed antidemocratica conseguenza dell'abrogazione di un atto normativo in base al voto di un'esigua minoranza del corpo elettorale».

Infine, la norma si porrebbe in contrasto con un principio costituzionale fondamentale, qualificante la forma stessa dello Stato democratico, che imporrebbe di correlare la validità della consultazione referendaria alla partecipazione ad essa della maggioranza degli aventi diritto di cui all'art. 75 della Costituzione.

2. – La Regione Toscana, in persona del Presidente *pro-tempore* della Giunta regionale, si è costituita nel giudizio, chiedendo che la Corte dichiari il ricorso inammissibile e comunque infondato.

2.2. – La resistente, in linea generale, premette che la piena armonia delle disposizioni censurate con le norme costituzionali sarebbe comprovata sia dal richiamo, implicito o esplicito, che esse contengono ai principi costituzionali, indicati quali criteri per individuare la loro portata, sia dalle norme di principio pure contenute nello statuto, non considerate dal Governo e che invece costituirebbero il parametro ermeneutico da utilizzare per la loro corretta interpretazione. Siffatte norme dimostrerebbero, quindi, che lo statuto è conforme alla Costituzione ed ai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, «nel quale si riconoscono le vocazioni e le tradizioni della comunità regionale, con il proprio tessuto civico e sociale, con la capacità di accoglienza e la vitalità solidale che accompagna lo sviluppo delle attività intellettuali e scientifiche». Particolare importanza per la corretta interpretazione delle norme censurate avrebbe, inoltre, la risoluzione approvata dal Consiglio regionale nella stessa seduta in cui, per la seconda volta, è stato approvato lo statuto, in quanto essa ha chiarito la piena coerenza di dette norme con i principi ed i valori della Costituzione ed ha offerto una risposta ufficiale alle obiezioni informalmente sollevate dal Governo (risoluzione n. 51 del 19 luglio 2004).

2.2. – Relativamente alle prime quattro questioni sollevate dal Presidente del Consiglio dei ministri, aventi ad oggetto norme che stabiliscono principi programmatici e finalità prioritarie, la Regione sostiene che le stesse non implicherebbero una rivendicazione di competenze.

Peraltro già gli statuti delle regioni di diritto comune adottati all'inizio degli anni settanta contenevano norme recanti la fissazione di obiettivi e principi in base ai quali le istituzioni e gli organi regionali concorrevano alla realizzazione dei diritti costituzionali, positivamente scrutinate dalla Corte, in quanto giudicate espressive della «presenza politica» della Regione in rapporto allo Stato ed anche alle altre Regioni, riguardo a tutte le questioni di interesse della comunità regionale, anche in settori estranei alle materie di propria competenza ed al di là del proprio territorio (sentenze n. 829 e n. 921 del 1988; sentenza n. 171 del 1999).

Inoltre, sostiene la resistente, la Corte ha anche già riconosciuta la legittimità costituzionale di norme analoghe a quelle in esame, recate da uno statuto regionale approvato ai sensi del nuovo art. 123 della Costituzione (sentenza n. 2 del 2004). A suo avviso, le norme oggetto delle prime quattro questioni di legittimità costituzionale sono appunto qualificabili come meramente «programmatiche», sicché le censure in esame sarebbero infondate e comunque inammissibili nella parte in cui prospettano la lesione di competenze legislative dello Stato che le norme impugnate, per la loro natura e per i loro contenuti, non potrebbero vulnerare.

2.3. – La Regione contesta la fondatezza delle censure concernenti l'art. 3, comma 6, dello statuto, sostenendo che la norma non violerebbe la riserva ai cittadini dell'elettorato attivo, poiché prevede soltanto la promozione dell'estensione del diritto di voto agli immigrati «nel rispetto dei principi costituzionali», quindi in relazione a deliberazioni o ad elezioni non necessariamente riferibili alle elezioni degli organismi rappresentativi. D'altronde, lo stesso legislatore statale ha riconosciuto il diritto dello straniero, regolarmente soggiornante in Italia da almeno sei anni e titolare di permesso di soggiorno rinnovabile, di «partecipare alla vita pubblica locale, esercitando anche l'elettorato quando previsto dall'ordinamento ed in armonia con le previsioni del capitolo C della Convenzione sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica a livello locale, fatta a Strasburgo il 5 febbraio 1992» (art. 9, comma 4, lettera *d*), del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, recante «*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*»). La Carta di Strasburgo, ratificata e recepita con la legge statale 8 marzo 1994, n. 203 (Ratifica ed esecuzione della convenzione sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica a livello locale, fatta a Strasburgo il 5 febbraio 1992, limitatamente ai capitoli A) e B), prevede infatti l'impegno degli Stati aderenti a «concedere il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni locali ad ogni residente straniero, a condizione che questi soddisfatti alle stesse condizioni di quelle prescritte per i cittadini ed inoltre che abbia risieduto legalmente ed abitualmente nello Stato in questione nei cinque anni precedenti le elezioni» (art. 6, capitolo C, *Carta di Strasburgo*).

Secondo la resistente, la norma in questione non implicherebbe peraltro alcuna rivendicazione di competenza in detta materia, e neppure vincolerebbe in alcun modo l'autonomia del Consiglio regionale nel proporre disegni di legge al Parlamento.

2.4. – Le censure concernenti l'art. 4, comma 1, lettera *h*), dello statuto, ad avviso del Presidente della Giunta regionale, sarebbero inammissibili, in quanto frutto di una interpretazione in contrasto con la sua lettera e con la sua *ratio* e peraltro smentita dalla risoluzione consiliare del 19 luglio 2004. La contestata genericità della formulazione della disposizione sarebbe, infatti, giustificata dall'esigenza di rispettare i principi costituzionali, evitando qualsiasi equiparazione alla famiglia fondata sul matrimonio di convivenze prive della copertura costituzionale attribuita alla famiglia legittima, sicché la norma permetterebbe esclusivamente la tutela di quelle forme stabili di convivenza per le quali le leggi statali (ad esempio gli artt. 4 e 5 del d.P.R. 30 maggio 1989, n. 223, recante *Approvazione del nuovo regolamento anagrafico della popolazione residente*, ovvero l'art. 2 del decreto legislativo 3 maggio 2000, n. 130, recante «*Disposizioni correttive ed integrative del d. lgs. 31 marzo 1998, n. 109 in materia di criteri unificati di valutazione della situazione economica dei soggetti che richiedono prestazioni sociali agevolate*») e regionali prevedono il riconoscimento della fruizione dei diritti sociali, sempre che le norme sull'ordinamento costituzionale e quelle sull'ordinamento civile lo consentano.

Inoltre, secondo la Regione Toscana, il riconoscimento di altre forme di convivenza si collegherebbe con il riconoscimento della persona umana e della sua capacità di effettiva partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese (artt. 2 e 3 della Costituzione).

2.5. – Ad avviso della resistente, l'art. 4, comma 1, lettere *l*) e *m*), dello statuto, individuando quali finalità prioritarie da perseguire quelle della «tutela dell'ambiente e del patrimonio naturale», nonché della «tutela e valorizzazione del patrimonio storico, artistico e paesaggistico», non farebbe altro che indicare un compito prioritario della Regione, nell'ambito delle competenze legislative ed amministrative attribuite alla Regione, senza rivendicare competenze legislative e regolamentari dello Stato. Le finalità fissate dalla lettera *l*) riguarderebbero materie trasversali rispetto a numerose competenze regionali e comunque – relati-

vamente alla tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, di competenza del legislatore statale – presupporrebbero la collaborazione e la cooperazione di tutti i livelli di governo per il raggiungimento di risultati che definiscono lo spirito ed i valori fondamentali del nostro ordinamento.

Per analoghe considerazioni, secondo la Regione Toscana, sarebbero infondate le censure concernenti la lettera *m*), poiché la tutela del patrimonio storico ed artistico, spettante alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, deve essere « attuata anche e soprattutto con la piena collaborazione delle Regioni».

2.6. – Le finalità indicate nell'art. 4, comma 1, lettere *n*), *o*) e *p*), dello statuto non porrebbero in discussione la competenza legislativa esclusiva dello Stato nella materia della tutela della concorrenza, ma, ad avviso del Presidente della Giunta regionale, riguarderebbero settori di competenza regionale quali la promozione delle attività economiche locali legate alle materie di competenza regionale concorrente e residuale di cui all'art. 117, commi terzo e quarto, della Costituzione.

L'obiettivo della promozione della cooperazione come strumento di democrazia economica e di sviluppo sociale sarebbe, inoltre, coerente con i principi relativi ai rapporti economici fissati dall'art. 45 della Costituzione, e non violerebbe la competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile, in quanto le leggi regionali possono perseguire le finalità indicate dalla norma statutaria nell'osservanza della disciplina civilistica e di quella comunque regolante le società cooperative contenuta nelle leggi dello Stato.

2.7. – L'impugnazione dell'art. 32, comma 2, dello statuto, secondo la Regione Toscana, sarebbe infondata, poiché l'assenza di conseguenze giuridiche nel caso di mancata approvazione del programma di governo da parte del Consiglio regionale sarebbe coerente con la forma di governo scelta dallo statuto, caratterizzata dall'elezione diretta del Presidente della Giunta regionale.

L'approvazione del programma di governo da parte del Consiglio regionale non inciderebbe, infatti, sulla posizione e sul ruolo del Presidente, il quale potrebbe comunque nominare i membri della Giunta anche in mancanza dell'approvazione nel termine di dieci giorni del programma, mentre la Giunta regionale potrebbe essere obbligata alle dimissioni solo nel caso di approvazione della mozione di sfiducia prevista dall'art. 33, comma 3.

2.8. – Ad avviso della resistente, l'impugnazione dell'art. 54, commi 1 e 3, dello statuto sarebbe inammissibile in quanto con essa sono state censurate due distinte disposizioni, senza individuare con chiarezza le questioni a ciascuna riferibili. Nel merito, le censure sarebbero comunque infondate, in quanto il diritto di accesso ai documenti amministrativi senza motivazione costituirebbe un principio rispettoso delle norme costituzionali che impongono l'imparzialità e la trasparenza della pubblica amministrazione (artt. 3 e 97 della Costituzione), per alcuni casi già anche stabilito dal legislatore statale (art. 3 del decreto legislativo 24 febbraio 1997, n. 39, recante «Attuazione della direttiva 20/313/CEE, concernente la libertà di accesso alle informazioni in materia di ambiente»), e sarebbe altresì coerente con i principi del diritto comunitario, nel cui ambito il diritto di accesso ai documenti è riconosciuto a tutti senza l'obbligo di dimostrare un interesse giuridicamente rilevante da tutelare.

Peraltro, la norma censurata prevedendo il diritto di accesso senza obbligo di motivazione, «nel rispetto degli interessi costituzionalmente tutelati e nei modi previsti dalla legge», permetterebbe alla legge regionale di disciplinare il diritto di accesso in maniera da assicurare l'osservanza dei principi che si assumono violati ed il rispetto dei diritti e degli interessi legittimi di eventuali controinteressati, senza ledere la tutela giurisdizionale di questi ultimi. Infine, la norma riguarderebbe i principi fondamentali di organizzazione e funzionamento della Regione e, perciò, avrebbe ad oggetto una materia riservata allo statuto ai sensi dell'art. 123, primo comma, della Costituzione.

2.9. – Secondo la Regione Toscana, le censure concernenti l'art. 63, comma 2, dello statuto sarebbero infondate, in quanto l'art. 117, sesto comma, della Costituzione, non richiederebbe una riserva assoluta di potestà regolamentare in favore degli enti locali, dal momento che siffatta potestà deve essere esercitata nell'ambito delle leggi statali e regionali che ne assicurano i requisiti minimi di uniformità, conformemente a quanto previsto dalle norme costituzionali, come stabilito dall'art. 4, comma 4, della legge 5 giugno 2003, n. 131 (Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3), nel rispetto dell'esigenza di una razionale applicazione del criterio flessibile della sussidiarietà enunciato dall'art. 118, primo comma, della Costituzione (sentenza n. 43 del 2004; sentenze n. 69 e n. 73 del 2004).

2.10. – L'art. 64, comma 2, dello statuto, ad avviso del Presidente della Giunta regionale, non prefigurerebbe una disciplina dei tributi degli enti locali su due livelli che, di per sé, sia tale da escludere l'adozione di altre possibili impostazioni da parte della legislazione di coordinamento che il Parlamento dovrà approvare, ai sensi dell'art. 119, secondo comma, della Costituzione. La norma, con riferimento all'ipotesi di disciplina «a due livelli», ammessa espressamente dalla Corte (sentenza n. 37 del 2004), prevederebbe esclusivamente il rispetto del principio di salvaguardia dell'autonomia degli enti locali, stabilendo che la legge regionale dovrà fare salva la potestà degli stessi enti locali di istituire i tributi ed intervenire soltanto nell'ambito delle materie oggetto di riserva di legge, con conseguente infondatezza dell'impugnazione della succitata norma.

2.11. – Secondo la Regione Toscana, l'art. 70, comma 1, dello statuto si limiterebbe a stabilire un principio di riserva di legge regionale in relazione alle procedure interne concernenti la disciplina della modalità di formazione della volontà degli organi regionali in ordine alla partecipazione alla formazione degli atti comunitari, nel rispetto delle norme di procedura dettate dallo Stato in conformità con l'art. 117, quinto comma, della Costituzione, ed in coerenza con l'art. 5 della legge n. 131 del 2003. Pertanto, la norma impugnata non violerebbe né la lettera né lo spirito dei parametri costituzionali indicati dal ricorrente.

2.12. – Ad avviso della resistente, sarebbero infondate anche le censure concernenti l'art. 75 dello statuto, poiché l'individuazione di un *quorum* di partecipazione al *referendum* abrogativo riferito alle votazioni delle ultime elezioni regionali non sarebbe né irragionevole, né incoerente. Il *referendum* abrogativo costituisce, infatti, una forma di controllo del corpo elettorale sull'attività dei consiglieri regionali e, quindi, non sarebbe illogico stabilire il *quorum* di partecipazione facendo riferimento al corpo elettorale che ha eletto il Consiglio regionale, i cui atti sono oggetto dei quesiti referendari. Peraltro, per la partecipazione al *referendum* regionale neppure potrebbe ritenersi necessario un *quorum* più elevato, tenuto conto che le norme costituzionali, in riferimento a consultazioni su leggi di particolare importanza, quali le leggi di revisione costituzionale e gli stessi statuti regionali, escludono la necessità di un *quorum* minimo di partecipanti alla votazione (artt. 138, secondo comma, e 123, comma terzo, della Costituzione).

La Regione Toscana conclude, infine, sostenendo che dall'art. 75 della Costituzione, non è ricavabile un principio costituzionale fondamentale, vincolante per lo statuto regionale, in ordine al *quorum* di partecipazione al *referendum* abrogativo ivi indicato, e ciò sia in quanto le ipotesi di *referendum* sarebbero diverse e non equiparabili, sia in quanto l'art. 123, primo comma, della Costituzione, porrebbe una espressa riserva di disciplina del *referendum* in favore della fonte statutaria, mentre l'art. 117, comma quarto, della Costituzione, attribuirebbe alla Regione la competenza residuale in materia di *referendum* regionali.

3. – L'Avvocatura generale dello Stato, in prossimità dell'udienza pubblica, ha depositato memoria nella quale deduce l'ammissibilità dell'impugnazione, ex art. 123 della Costituzione, avente ad oggetto norme programmatiche, qualora queste prefigurino scopi incompatibili con lo spirito e con i principi ricavabili dalla Costituzione, ovvero che richiedano l'esercizio di poteri che costituzionalmente non possono spettare alla Regione. Inoltre, il ricorrente ribadisce le censure concernenti le norme impugnate, insistendo nelle argomentazioni svolte per sostenerne l'illegittimità in riferimento ai parametri indicati nel ricorso.

4. – La Regione Toscana, nella memoria difensiva depositata in prossimità dell'udienza pubblica, ribadisce l'ammissibilità di norme statutarie di contenuto programmatico, recanti indicazioni di obiettivi dell'azione regionale, esamina nuovamente le censure concernenti le disposizioni impugnate, deducendone l'infondatezza sulla scorta delle argomentazioni sviluppate nell'atto di costituzione.

5. – All'udienza pubblica le parti hanno insistito per l'accoglimento delle conclusioni rassegnate nelle difese scritte.

Considerato in diritto

1. – Il Governo ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli articoli 3, comma 6; 4, comma 1, lettere *h)*, *l)*, *m)*, *n)*, *o)*, *p)*; 32, comma 2; 54, commi 1 e 3; 63, comma 2; 64, comma 2; 70, comma 1; 75, comma 4, dello statuto della Regione Toscana, approvato in prima deliberazione il 6 maggio 2004 e, in seconda deliberazione, il 19 luglio 2004, in riferimento agli articoli 2, 3, 5, 24, 29, 48, 97, 113, 114, 117, secondo comma, lettere *e)*, *f)*, *i)*, *l)*, *p)*, *s)*, terzo, quinto e sesto comma, 118, 121, 122, 123, 138 della Costituzione.

L'art. 3, comma 6, stabilisce che «la Regione promuove, nel rispetto dei principi costituzionali, l'estensione del diritto di voto agli immigrati» e, ad avviso del ricorrente, violerebbe: l'art. 48 della Costituzione, che riserva ai cittadini l'elettorato attivo; l'art. 138 della Costituzione, in quanto il potere di revisione costituzionale è riservato al Parlamento nazionale; l'art. 117, secondo comma, lettere *f*) e *p*), della Costituzione, spettando allo Stato la competenza legislativa esclusiva nella materia elettorale concernente gli organi statali e gli enti locali, nonché l'art. 121, secondo comma, della Costituzione, poiché limiterebbe il potere di iniziativa legislativa del Consiglio regionale.

Secondo la difesa erariale, l'art. 4, comma 1, lettera *h*), disponendo che la Regione persegue, tra le finalità prioritarie, «il riconoscimento delle altre forme di convivenza», potrebbe costituire la base statutaria di future norme regionali recanti una disciplina dei rapporti fra conviventi lesiva della competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di «cittadinanza, stato civile e anagrafi» e di «ordinamento civile» (art. 117, secondo comma, lettere *i*) e *l*), della Costituzione). La norma si porrebbe, inoltre, in contrasto con l'art. 123, primo comma, della Costituzione, sia perché avrebbe un contenuto estraneo ed eccedente rispetto a quello configurabile come contenuto necessario dello statuto, sia perché potrebbe esprimere «qualcosa di diverso dal semplice rilievo sociale e dalla conseguente giuridica dignità», nei limiti previsti da leggi dello Stato, della convivenza tra uomo e donna fuori del vincolo matrimoniale, in riferimento a situazioni divergenti dal modello del rapporto coniugale, estranee al contenuto delle garanzie fissate dall'art. 29 Costituzione, e non riconducibili alla sfera di protezione dell'art. 2 della Costituzione. La disposizione violerebbe, infine, il principio fondamentale di unità ed il principio di eguaglianza (artt. 3 e 5 della Costituzione), dato che permetterebbe alla comunità regionale di riconoscersi in valori diversi e contrastanti rispetto a quelli di altre comunità regionali.

L'art. 4, comma 1, lettere *l*) e *m*), nello stabilire che la Regione persegue, tra le finalità prioritarie, «il rispetto dell'equilibrio ecologico, la tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale, la conservazione della biodiversità, la promozione della cultura del rispetto degli animali» (lettera *l*), nonché «la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, artistico e paesaggistico» (lettera *m*), violerebbe l'art. 117, secondo comma, lettera *s*), della Costituzione, che riserva allo Stato la competenza legislativa esclusiva nelle succitate materie. La lettera *m*) recherebbe, inoltre, *vulnus* anche all'art. 118, comma terzo, della Costituzione, essendo riservata alla legge statale la disciplina di forme di intesa e di coordinamento nella materia della tutela dei beni culturali.

L'art. 4, comma 1, lettere *n*), *o*) e *p*), prevede quali finalità prioritarie della Regione Toscana: «la promozione dello sviluppo economico e di un contesto favorevole alla competitività delle imprese, basato sull'innovazione, la ricerca e la formazione, nel rispetto dei principi di coesione sociale e di sostenibilità dell'ambiente» (lettera *n*); «la valorizzazione della libertà di iniziativa economica pubblica e privata, del ruolo e della responsabilità sociale delle imprese» (lettera *o*); «la promozione della cooperazione come strumento di democrazia economica e di sviluppo sociale, favorendone il potenziamento con i mezzi più idonei» (lettera *p*). Queste norme, secondo il ricorrente, potrebbero costituire la base statutaria di future leggi regionali in contrasto con la competenza legislativa esclusiva dello Stato nella materia della «tutela della concorrenza» (art. 117, secondo comma, lettera *e*), della Costituzione) e lesive, in riferimento al settore della cooperazione, della competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di «ordinamento civile» (art. 117, secondo comma, lettera *l*), della Costituzione).

L'art. 32, comma 2, dispone che «il programma di governo è approvato entro dieci giorni dalla sua illustrazione» e, perciò, ad avviso del Governo, in contrasto con gli artt. 122, quinto comma, e 3 della Costituzione, instaurerebbe «irragionevolmente e contraddittoriamente» tra Presidente e Consiglio regionale un rapporto diverso rispetto a quello conseguente all'elezione a suffragio universale e diretto.

L'art. 54, commi 1 e 3, è impugnato nelle parti in cui disciplina il diritto di accesso senza obbligo di motivazione ai documenti amministrativi (comma 1) ed esclude l'obbligo della motivazione per gli atti amministrativi «meramente esecutivi», in riferimento ai principi costituzionali di efficienza e trasparenza (art. 97 della Costituzione), nonché al principio di effettività della tutela contro gli atti dell'amministrazione (artt. 24 e 113 della Costituzione) ed al principio di eguaglianza tra cittadini residenti in diverse regioni (art. 3 della Costituzione).

Il ricorrente censura l'art. 63, comma 2, nelle parti in cui, prevedendo che, qualora ricorrano specifiche esigenze unitarie, l'organizzazione delle funzioni amministrative conferite agli enti locali possa essere disciplinata con legge regionale, per assicurare requisiti essenziali di uniformità, violerebbe la riserva di potestà regolamentare attribuita agli enti locali (art. 117, sesto comma, della Costituzione), espropriandoli del potere di regolamentare l'organizzazione e lo svolgimento delle funzioni ad essi attribuite, in violazione degli artt. 118 e 114 della Costituzione.

L'art. 64, comma 2, disponendo che «la legge disciplina, limitatamente ai profili coperti da riserva di legge, i tributi propri degli enti locali, salva la potestà degli enti di istituirli» si porrebbe in contrasto con l'art. 119 della Costituzione, stabilendo un rapporto tra fonti normative «che è invece solo uno di quelli possibili, costituzionalmente rimessi alle valutazioni ed alle scelte del legislatore nazionale nel momento in cui darà attuazione all'art. 119 Cost.».

L'art. 70, comma 1, dispone che «gli organi di governo e il consiglio partecipano, nei modi previsti dalla legge, alle decisioni dirette alla formazione e attuazione degli atti comunitari nelle materie di competenza regionale» e perciò, secondo la difesa erariale, violerebbe l'art. 117, quinto comma, della Costituzione, che riserva alla legge statale la disciplina della partecipazione delle Regioni alla formazione ed attuazione degli atti comunitari.

L'art. 75, nel disciplinare il *referendum* abrogativo, siccome stabilisce, al comma 4, che «la proposta di abrogazione soggetta a *referendum* è approvata se partecipa alla votazione la maggioranza dei votanti alle ultime elezioni regionali e se ottiene la maggioranza dei voti validamente espressi», ad avviso del ricorrente, lederebbe il principio di ragionevolezza, in quanto prevederebbe un *quorum* calcolato sulla scorta di un criterio casuale e contingente, irrazionale ed in contrasto anche con l'art. 75 della Costituzione.

2. – Le censure formulate dal ricorrente nei confronti dello statuto della Regione Toscana si possono suddividere in due gruppi: quelle aventi ad oggetto proposizioni che rientrano tra i «*Principi generali*» e le «*Finalità principali*» e quelle che invece riguardano norme specifiche dello statuto.

Ai fini delle questioni di legittimità costituzionale inerenti al primo gruppo di censure, appare necessario innanzi tutto precisare la natura e la portata di queste proposizioni. Al riguardo va ricordato che negli statuti regionali entrati in vigore nel 1971 – ivi compreso quello della Toscana – si rinvenivano assai spesso indicazioni di obiettivi prioritari dell'attività regionale ed anche in quel tempo si posero problemi di costituzionalità di tali indicazioni, sotto il profilo della competenza della fonte statutaria ad incidere su materie anche eccedenti la sfera di attribuzione regionale. Al riguardo, dopo avere riconosciuto la possibilità di distinguere tra un contenuto «necessario» ed un contenuto «eventuale» dello statuto (*cf.* sentenza n. 40 del 1972), si è ritenuto che la formulazione di proposizioni statutarie del tipo predetto avesse principalmente la funzione di legittimare la Regione come ente esponenziale della collettività regionale e del complesso dei relativi interessi ed aspettative. Tali interessi possono essere adeguatamente perseguiti non soltanto attraverso l'esercizio della competenza legislativa ed amministrativa, ma anche avvalendosi dei vari poteri, conferiti alla Regione stessa dalla Costituzione e da leggi statali, di iniziativa, di partecipazione, di consultazione, di proposta, e così via, esercitabili, in via formale ed informale, al fine di ottenere il migliore soddisfacimento delle esigenze della collettività stessa. In questo senso si è espressa questa Corte, affermando che l'adempimento di una serie di compiti fondamentali legittima, dunque, una presenza politica della regione, in rapporto allo Stato o anche ad altre regioni, riguardo a tutte le questioni di interesse della comunità regionale, anche se queste sorgono in settori estranei alle singole materie indicate nell'art. 117 Cost. e si proiettano al di là dei confini territoriali della regione medesima (sentenza n. 829 del 1988).

Il ruolo delle Regioni di rappresentanza generale degli interessi delle rispettive collettività, riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale e dalla prevalente dottrina – e, per quanto riguarda la Regione Toscana, dall'art. 1 dello statuto in esame – è dunque rilevante, anche nel momento presente, ai fini dell'esistenza, accanto ai contenuti necessari degli statuti regionali, di altri possibili contenuti, sia che risultino ricognitivi delle funzioni e dei compiti della Regione, sia che indichino aree di prioritario intervento politico o legislativo (sentenza n. 2 del 2004); contenuti che talora si esprimono attraverso proclamazioni di finalità da perseguire. Ma la citata sentenza ha rilevato come sia opinabile la «misura dell'efficacia giuridica» di tali proclamazioni; tale dubbio va sciolto considerando che alle enunciazioni in

esame, anche se materialmente inserite in un atto-fonte, non può essere riconosciuta alcuna efficacia giuridica, collocandosi esse precipuamente sul piano dei convincimenti espressivi delle diverse sensibilità politiche presenti nella comunità regionale al momento dell'approvazione dello statuto, come, del resto, sostanzialmente riconosce la risoluzione n. 51 del Consiglio regionale della Toscana, deliberata contestualmente all'approvazione definitiva dello statuto.

D'altra parte, tali proclamazioni di obiettivi e di impegni non possono certo essere assimilate alle c.d. norme programmatiche della Costituzione, alle quali, per il loro valore di principio, sono stati generalmente riconosciuti non solo un valore programmatico nei confronti della futura disciplina legislativa, ma soprattutto una funzione di integrazione e di interpretazione delle norme vigenti. Qui però non siamo in presenza di Carte costituzionali, ma solo di fonti regionali «a competenza riservata e specializzata», cioè di statuti di autonomia, i quali, anche se costituzionalmente garantiti, debbono comunque «essere in armonia con i precetti ed i principi tutti ricavabili dalla Costituzione» (sentenza n. 196 del 2003).

Se dunque si accolgono le premesse già formulate sul carattere non prescrittivo e non vincolante delle enunciazioni statutarie di questo tipo, ne deriva che esse esplicano una funzione, per così dire, di natura culturale o anche politica, ma certo non normativa. Nel caso in esame, enunciazioni siffatte si rinvergono nei diversi commi – tra cui in particolare quelli censurati – degli artt. 3 e 4 che non comportano né alcuna violazione, né alcuna rivendicazione di competenze costituzionalmente attribuite allo Stato e neppure fondano esercizio di poteri regionali. È quindi inammissibile il ricorso governativo avverso le impugnate proposizioni dei predetti articoli, per la loro carenza di idoneità lesiva.

Pertanto vanno dichiarate inammissibili le questioni di legittimità costituzionale delle seguenti disposizioni dello statuto della Regione Toscana: art. 3, comma 6, secondo il quale «la Regione promuove, nel rispetto dei principi costituzionali, l'estensione del diritto di voto agli immigrati»; art. 4 comma 1, lettera *h*), il quale dispone che la Regione persegue, tra le finalità prioritarie, «il riconoscimento delle altre forme di convivenza»; art. 4 comma 1, lettere *l*) e *m*), che, rispettivamente, stabiliscono quali finalità prioritarie della Regione «il rispetto dell'equilibrio ecologico, la tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale, la conservazione della biodiversità, la promozione della cultura del rispetto degli animali», nonché «la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico artistico e paesaggistico»; art. 4 comma 1, lettere *n*), *o*) e *p*), che stabiliscono, quali finalità prioritarie della Regione, «la promozione dello sviluppo economico e di un contesto favorevole alla competitività delle imprese, basato sull'innovazione, la ricerca e la formazione, nel rispetto dei principi di coesione sociale e di sostenibilità dell'ambiente», «la valorizzazione della libertà di iniziativa economica pubblica e privata, del ruolo e della responsabilità sociale delle imprese», «la promozione della cooperazione come strumento di democrazia economica e di sviluppo sociale, favorendone il potenziamento con i mezzi più idonei».

3. – Tutto ciò premesso, in punto di merito occorre esaminare per prima la censura relativa all'art. 32, comma 2 dello statuto, nella parte in cui stabilisce che «il programma di governo è approvato entro 10 giorni dalla sua illustrazione», in quanto, secondo il ricorrente, la predetta approvazione instaurerebbe irragionevolmente, in violazione degli artt. 3 e 122, quinto comma, della Costituzione, tra Presidente e Consiglio regionale un rapporto diverso rispetto a quello che dovrebbe conseguire all'elezione a suffragio universale e diretto.

La questione non è fondata.

La formazione della Giunta regionale toscana si svolge secondo il seguente schema procedimentale: 1) il presidente della giunta entra direttamente in carica all'atto della proclamazione; 2) l'illustrazione del programma e la designazione dei componenti della giunta avvengono nella prima seduta del consiglio; 3) l'approvazione del programma avviene entro 10 giorni dalla sua illustrazione, ma il presidente nomina «comunque», decorso lo stesso termine, i componenti la giunta.

In questo quadro, la previsione dell'approvazione consiliare del programma di governo non appare affatto incoerente rispetto allo schema elettorale «normale» accolto dall'art. 122, quinto comma, della Costituzione, giacché la eventuale mancata approvazione consiliare può avere solo rilievo politico, ma non determina alcun effetto giuridicamente rilevante sulla permanenza in carica del Presidente, della giunta, ovvero sulla composizione di questa ultima. Non si può peraltro escludere che a questa situazione possano seguire, ai sensi dell'art. 33 dello

statuto, la approvazione di una mozione di sfiducia o anche le dimissioni spontanee del presidente, ma in entrambe le ipotesi si verifica lo scioglimento anticipato del consiglio, nel pieno rispetto del vincolo costituzionale del *simul stabunt simul cadent* (cfr. sentenze n. 304 del 2002 e n. 2 del 2004), il quale, oltre ad essere un profilo caratterizzante questo assetto di governo, è indice della maggiore forza politica del Presidente, conseguente alla sua elezione a suffragio universale e diretto. Sotto questo profilo quindi la norma denunciata non introduce alcuna significativa variazione rispetto alla forma di governo «normale» prefigurata in Costituzione.

4. – Una seconda censura ha ad oggetto l'art. 54, commi 1 e 3, dello statuto nelle parti in cui rispettivamente prevedono il diritto di accesso ai documenti amministrativi regionali senza obbligo di motivazione ed escludono l'obbligo di motivazione degli atti amministrativi «meramente esecutivi». Secondo il ricorrente, infatti, tali norme violerebbero i principi di buon andamento dell'Amministrazione, di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, oltre che di eguaglianza.

Le questioni non sono fondate.

La disposizione che stabilisce il diritto di accesso, senza obbligo di motivazione, ai documenti amministrativi si conforma al principio costituzionale di imparzialità e di trasparenza dell'azione amministrativa ed è altresì del tutto coerente con l'evoluzione del diritto comunitario. Inoltre va considerato che la norma in esame, in quanto attinente ai principi fondamentali di organizzazione e di funzionamento della Regione, rientra strettamente tra gli oggetti di disciplina statutaria e che anche nella legislazione statale, ad esempio in materia di tutela ambientale, sono previste ipotesi di accesso ai documenti amministrativi senza obbligo di motivazione.

In ogni caso va sottolineato che il comma 1 della disposizione in esame, contenendo un esplicito riferimento al rispetto degli interessi costituzionalmente tutelati ed a modi di disciplina previsti dalla legge, deve essere interpretato nel senso che la emananda legge di attuazione dovrà farsi carico di prefigurare un procedimento che, nell'assicurare la trasparenza e l'imparzialità dell'azione amministrativa, preveda, oltre ad ipotesi di esclusione dell'ostensibilità di documenti amministrativi per ragioni di tutela di situazioni costituzionalmente garantite, anche criteri e modi in base ai quali l'interesse personale e concreto del richiedente si contempererà con l'interesse pubblico al buon andamento dell'Amministrazione, nonché con l'esigenza di non vanificare in concreto la tutela giurisdizionale delle posizioni di eventuali soggetti terzi interessati.

Parimenti infondata è la questione di costituzionalità del terzo comma dello stesso articolo, giacché negli atti amministrativi che non abbiano natura provvedimentale in quanto «meramente esecutivi», ai fini della motivazione è ritenuto sufficiente dalla prevalente giurisprudenza il semplice richiamo, nelle premesse dell'atto, ai presupposti di fatto ed alle disposizioni di legge da applicare, la cui enunciazione rende pienamente comprensibili le ragioni dell'atto stesso.

5. – Un'altra censura riguarda l'art. 63, comma 2, dello statuto, nella parte in cui prevede che l'organizzazione delle funzioni amministrative conferite agli enti locali, nei casi in cui risultino specifiche esigenze unitarie, possa essere disciplinata con legge regionale per assicurare requisiti essenziali di uniformità. La predetta norma, secondo il ricorrente, lederebbe la riserva di potestà regolamentare attribuita dall'art. 117, sesto comma, della Costituzione agli enti locali, «espropriandoli», in violazione anche degli artt. 118 e 114 della Costituzione e del principio di leale collaborazione, del potere di regolamentare organizzazione e svolgimento delle funzioni loro conferite dalla legge regionale.

La questione non è fondata.

L'art. 63, comma 2, in esame, che conferisce alla legge regionale la facoltà di disciplinare organizzazione e svolgimento delle funzioni degli enti locali nei «casi in cui risultino specifiche esigenze unitarie», fa evidente riferimento alle varie ipotesi di applicazione del principio di sussidiarietà previste dalla Costituzione. Si tratta cioè di una deroga rispetto al criterio generale accolto dal comma 1 dello stesso articolo, il quale riserva alla potestà regolamentare degli enti locali la disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni conferite. Ma tale deroga si inserisce nell'ambito della previsione del sesto comma dell'art. 117, come attuato dall'art. 4, comma 4, della legge n. 131 del 2003, secondo cui la potestà regolamentare dell'ente locale in materia di organizzazione e svolgimento delle funzioni si esplica nell'ambito delle leggi statali e regionali, che ne assicurano i requisiti minimi di uniformità.

La previsione statutaria di un regime di riserva assoluta di legge regionale anziché relativa è infatti ammissibile purché sia limitata, per non comprimere eccessivamente l'autonomia degli enti locali, ai soli casi di sussistenza di «specifiche esigenze unitarie», che possano giustificare, nel rispetto dei principi indicati dall'art. 118, primo comma, della Costituzione, la disciplina legislativa regionale dell'organizzazione e svolgimento delle funzioni «conferite». Negando tale facoltà si perverrebbe, infatti, all'assurda conclusione che, al fine di evitare la compromissione di precisi interessi unitari che postulano il compimento di determinate attività in modo sostanzialmente uniforme, il legislatore regionale non avrebbe altra scelta che allocare le funzioni in questione ad un livello di governo più comprensivo, assicurandone così l'esercizio unitario. Il che sarebbe chiaramente sproporzionato rispetto al fine da raggiungere e contrastante con lo stesso principio di sussidiarietà (*cf.* sentenze nn. 43, 69, 112 e 172 del 2004).

Dovendosi in tal modo interpretare la norma denunciata, la questione è infondata.

6. – Un'ulteriore censura concerne l'art. 64, comma 2, dello statuto, nella parte in cui prevede che «la legge disciplina, limitatamente ai profili coperti da riserva di legge, i tributi propri degli enti locali, salva la potestà degli enti di istituirli». Secondo il ricorrente la norma violerebbe l'art. 119 della Costituzione, in quanto prevederebbe in materia un rapporto tra fonti normative «che è invece solo uno di quelli possibili, costituzionalmente rimessi alle valutazioni ed alle scelte del legislatore nazionale nel momento in cui darà attuazione all'art. 119 della Costituzione».

La questione non è fondata.

La norma statutaria in esame riguarda il complesso tema dell'autonomia tributaria degli enti locali nel quadro della nuova disciplina prevista dall'art. 119 della Costituzione, in relazione alla quale pare opportuno riferirsi alla sentenza di questa Corte n. 37 del 2004. Secondo questa decisione, in considerazione della riserva di legge prevista dall'art. 23 della Costituzione, che comporta la necessità di disciplinare a livello legislativo almeno gli aspetti fondamentali dell'imposizione, ed in considerazione anche del fatto che gli enti locali sub-regionali non sono titolari di potestà legislativa, deve essere definito, da un lato, l'ambito di esplicazione della potestà regolamentare di questi enti e, dall'altro lato, il rapporto tra legislazione statale e legislazione regionale per quanto attiene alla disciplina di grado primario dei tributi locali. Al riguardo, sempre secondo la citata sentenza, si possono in astratto concepire situazioni di disciplina normativa sia a tre livelli (legislativa statale, legislativa regionale e regolamentare locale), sia a due soli livelli (statale e locale, ovvero regionale e locale).

Il modello seguito dalla disposizione citata è evidentemente quello a «due livelli», cioè una disciplina normativa dei tributi propri degli enti locali risultante dal concorso di fonti primarie regionali e secondarie locali. Un ragionevole criterio di riparto tra questi due tipi di fonti deve attribuire alla fonte regionale la definizione dell'ambito di autonomia entro cui la fonte secondaria dell'ente sub-regionale può esercitare liberamente il proprio potere di autodeterminazione del tributo. In ogni caso, la norma censurata deve essere interpretata nel senso che, in base all'art. 119, secondo comma, della Costituzione, la legge regionale ivi prevista deve comunque attenersi ai principi fondamentali di coordinamento del sistema tributario appositamente dettati dalla legislazione statale «quadro» o, in caso di inerzia del legislatore statale, a quelli comunque desumibili dall'ordinamento. Proprio in questo senso, del resto, si è espressa questa Corte nella citata sentenza n. 37 del 2004, sostenendo che il legislatore statale «dovrà non solo fissare i principi cui i legislatori regionali dovranno attenersi, ma anche (...) definire gli spazi ed i limiti entro i quali potrà esplicarsi la potestà impositiva, rispettivamente, di Stato, Regioni ed enti locali».

Così interpretata la disposizione denunciata non risulta sussistente il prospettato vizio di legittimità costituzionale.

7. – Un'altra censura ha ad oggetto l'art. 70, comma 1, dello statuto, nella parte in cui prevede che gli organi di governo ed il Consiglio regionale partecipano, nei modi previsti dalla legge, alla formazione ed attuazione degli atti comunitari nelle materie di competenza regionale. Secondo il ricorrente la disposizione violerebbe l'art. 117, quinto comma, della Costituzione, che attribuisce alla legge statale le forme di partecipazione regionale alla formazione ed attuazione degli atti comunitari.

La questione non è fondata.

Nel quadro delle norme di procedura che la legge statale, di cui all'art. 117, quinto comma, della Costituzione, determina in via generale ai fini della partecipazione delle Regioni alla formazione ed attuazione degli atti comunitari, la disposizione statutaria impugnata prevede la possibilità che la legge regionale stabilisca, a sua volta, uno specifico procedimento interno diretto a fissare le modalità attraverso le quali si forma la relativa decisione regionale, nell'ambito dei criteri organizzativi stabiliti, in sede attuativa, dall'art. 5 della citata legge n. 131 del 2003. In proposito può essere in qualche modo indicativa la regolamentazione in materia già prevista dalla Regione Toscana con la legge 16 maggio 1994, n. 37 (Disposizioni sulla partecipazione della Regione Toscana al processo normativo comunitario e sulle procedure relative all'attuazione degli obblighi comunitari), la quale stabilisce al riguardo le diverse competenze del Consiglio e della Giunta regionale.

Sotto i profili prospettati, pertanto, la disposizione statutaria in esame non appare in contrasto con l'art. 117, quinto comma, della Costituzione.

8. – L'ultima questione di legittimità costituzionale sollevata dal Governo riguarda l'art. 75, comma 4, dello statuto, nella parte in cui, ai fini dell'abrogazione referendaria di una legge o di un regolamento regionale, è richiesto che partecipi alla votazione la maggioranza dei votanti alle ultime elezioni regionali. Tale norma sarebbe costituzionalmente illegittima in quanto contrasterebbe con il principio di ragionevolezza, facendo riferimento ad un criterio casuale e contingente, oltre che irrazionale, nonché con l'art. 75 della Costituzione.

La questione non è fondata.

In primo luogo va rilevato che non si può considerare principio vincolante per lo statuto la determinazione del *quorum* strutturale prevista dall'art. 75 della Costituzione. La materia referendaria rientra espressamente, ai sensi dell'art. 123 della Costituzione, tra i contenuti obbligatori dello statuto, cosicché si deve ritenere che alle Regioni è consentito di articolare variamente la propria disciplina relativa alla tipologia dei *referendum* previsti in Costituzione, anche innovando ad essi sotto diversi profili, proprio perché ogni Regione può liberamente prescegliere forme, modi e criteri della partecipazione popolare ai processi di controllo democratico sugli atti regionali.

Va infine osservato che non appare irragionevole, in un quadro di rilevante astensionismo elettorale, stabilire un *quorum* strutturale non rigido, ma flessibile, che si adegui ai vari flussi elettorali, avendo come parametro la partecipazione del corpo elettorale alle ultime votazioni del Consiglio regionale, i cui atti appunto costituiscono oggetto della consultazione referendaria.

Per questi motivi la Corte Costituzionale dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 6, dello statuto della Regione Toscana, approvato in prima deliberazione il 6 maggio 2004 e, in seconda deliberazione, il 19 luglio 2004, in riferimento agli articoli 48, 117, secondo comma, lettere *f*) e *p*), 121, secondo comma, e 138 della Costituzione; dell'art. 4, comma 1, lettera *h*), del predetto statuto, in riferimento agli articoli 2, 3, 5, 29, 117, secondo comma, lettere *i*) e *l*), 123, primo comma, della Costituzione; dell'articolo 4, comma 1, lettera *l*), del predetto statuto, in riferimento all'articolo 117, secondo comma, lettera *s*), della Costituzione; dell'articolo 4, comma 1, lettera *m*), del predetto statuto, in riferimento agli articoli 117, secondo comma, lettera *s*), e 118, terzo comma, della Costituzione; dell'articolo 4, comma 1, lettere *n*), *o*) e *p*), del predetto statuto, in riferimento all'art. 117, secondo comma, lettere *e*) e *l*), della Costituzione, sollevate dal Presidente del Consiglio dei ministri, con il ricorso indicato in epigrafe;

dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 32, comma 2, del predetto statuto, in riferimento agli articoli 3 e 122, quinto comma, della Costituzione; dell'articolo 54, commi 1 e 3, del predetto statuto, in riferimento agli articoli 3, 24, 97 e 113 della Costituzione; dell'articolo 63, comma 2, del predetto statuto, in riferimento agli articoli 114, 117, sesto comma, e 118 della Costituzione; dell'articolo 64, comma 2, del predetto statuto, in riferimento all'articolo 119 della Costituzione; dell'articolo 70, comma 1, del predetto statuto, in riferimento all'articolo 117, quinto comma, della Costituzione; dell'articolo 75, comma 4, del predetto statuto, in riferimento agli articoli 3 e 75 della Costituzione, sollevate dal Presidente del Consiglio dei ministri, con il ricorso indicato in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 29 novembre 2004».

Corte Costituzionale, sentenza 29 novembre – 6 dicembre 2004, n. 378 – Pres. V. Onida – Red. U.De Siervo – Regione Umbria (Avv. G. Falcon) c/ Presidente del Consiglio dei Ministri (Avv. dello Stato G. D'Amato).

«(Omissis) Ritenuto in fatto

1. Il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, con ricorso notificato il 9 settembre 2004, depositato in data 15 settembre 2004 e iscritto al n. 88 nel registro ricorsi del 2004, ha sollevato questione di legittimità costituzionale, ai sensi dell'art. 123, secondo comma della Costituzione nei confronti della delibera statutaria della Regione Umbria approvata dal Consiglio regionale in prima deliberazione il 2 aprile del 2004 ed in seconda deliberazione il 29 luglio 2004. In particolare, di detta delibera statutaria vengono censurati: l'art. 9, comma 2; l'art. 39, comma 2; l'art. 40; l'art. 66 commi 1 e 2; l'art. 82.

Premette la difesa erariale che la potestà statutaria delle Regioni, configurata dalle riforme costituzionali del 1999 e del 2001 come una speciale fonte normativa regionale collocata in una posizione privilegiata nella gerarchia delle fonti, è stata al tempo stesso però delimitata rigorosamente, al fine di assicurare il rispetto del principio di legalità costituzionale. La Regione Umbria avrebbe «ecceduto dalla propria potestà statutaria in violazione della normativa costituzionale».

2. – In primo luogo l'Avvocatura censura l'art. 9, comma 2, della delibera statutaria il quale, nel disporre che la Regione tutela «forme di convivenza» ulteriori rispetto a quella costituita dalla famiglia, detterebbe una disciplina ambigua e di indiscriminata estensione. Essa nella misura in cui consente l'adozione di «eventuali future previsioni normative regionali» concernenti i rapporti patrimoniali e personali tra conviventi, nonché il loro *status*, violerebbe l'art. 117, secondo comma, lettera l), della Costituzione.

Ove poi la norma intendesse esprimere qualcosa di diverso rispetto al rilievo sociale e alla dignità giuridica, nei limiti previsti dalla legge dello Stato, della convivenza familiare, ovvero intendesse «affermare siffatti valori» anche per le unioni libere e le relazioni tra soggetti dello stesso sesso, violando i principi sanciti dagli artt. 29 e 2 della Costituzione, essa contrasterebbe con l'art. 123 della Costituzione. Come affermato anche dalla giurisprudenza costituzionale, lo statuto regionale, infatti, non solo dovrebbe essere conforme alle singole previsioni della Costituzione, ma non dovrebbe neppure eluderne lo spirito. Il generico e indiscriminato riferimento alle forme di convivenza, specie se letto in relazione all'art. 5 dello statuto, che afferma che la Regione concorre a rimuovere le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, comporterebbe «una incongrua e inammissibile dilatazione dell'area delimitata dai valori fondanti dell'art. 2 Cost.».

A monte, la norma impugnata contrasterebbe con l'art. 123 della Costituzione anche perché sarebbe estranea ai contenuti necessari ed eccederebbe i limiti in cui altri contenuti sarebbero ammissibili, in quanto non esprimerebbe alcun interesse proprio della comunità regionale, e comunque non potrebbe affermare valori e principî diversi da quelli già espressi nella prima parte della Costituzione, contrastando altrimenti con l'art. 5 della Costituzione e il principio di unitarietà della Repubblica ivi affermato, creando altresì un'ingiustificata disparità di trattamento dei singoli.

3. – La difesa erariale censura poi l'art. 39, comma 2, e l'art. 40 della delibera statutaria, per violazione degli artt. 121, secondo comma, e 117, terzo comma, della Costituzione.

Le suddette norme – che prevedono rispettivamente la possibilità per la Giunta regionale, previa autorizzazione con legge regionale, di adottare regolamenti di delegificazione e di presentare al Consiglio progetti di testo unico di disposizioni di legge – contrasterebbero con il principio della separazione dei poteri tra organo legislativo ed organo esecutivo. In mancanza di norme costituzionali derogatorie, non sarebbero infatti ammissibili regolamenti di delegificazione, né deleghe legislative, e neppure sarebbe possibile un'estensione analogica delle deroghe previste per la legislazione statale.

Nel ricorso si osserva anche che la possibilità riconosciuta dalla Corte con la sentenza n. 2 del 2004 di conferire al Consiglio regionale la potestà regolamentare, non autorizzerebbe pure la previsione inversa del conferimento alla Giunta della potestà legislativa.

Inoltre, la fonte regolamentare sarebbe «incongruente» con le materie di competenza concorrente, dal momento che inciderebbe sui principî stabiliti dalle leggi statali, ex art. 117, terzo comma, della Costituzione.

L'art. 40 della delibera statutaria violerebbe il principio della separazione tra organo legislativo e organo esecutivo anche in considerazione della circostanza che consentirebbe alla Giunta di disciplinare materie di competenza legislativa senza che tale vizio possa ritenersi sanato dalla previsione della approvazione finale del testo unico da parte del Consiglio, trattandosi di approvazione meramente formale, senza potere di modifica del testo.

4. – Ancora, l'Avvocatura censura l'art. 66, commi 1 e 2, della delibera statutaria nella parte in cui stabiliscono l'incompatibilità della carica di componente della Giunta con quella di consigliere regionale. La norma, secondo il ricorrente, contrasterebbe con l'art. 122, primo comma, della Costituzione, che – ed al riguardo viene invocata la sentenza n. 2 del 2004 di questa Corte – riserverebbe alla legge regionale, nei limiti dei principi sanciti dalla legge statale, la individuazione dei casi di incompatibilità.

5. – Infine, la difesa erariale impugna l'art. 82, il quale attribuisce alla Commissione di garanzia la funzione di esprimere pareri sulla conformità allo statuto delle leggi e dei regolamenti regionali.

Ove la norma, il cui tenore letterale – si osserva nel ricorso – non sarebbe chiaro, dovesse intendersi nel senso che tale parere segua il compimento dell'attività normativa, conferirebbe ad un organo amministrativo un inammissibile potere di sindacare le leggi e i regolamenti già adottati dai competenti organi regionali, in violazione degli artt. 121 e 134 della Costituzione.

6. – Si è costituita in giudizio la Regione Umbria, la quale ha chiesto che il ricorso proposto dal Presidente del Consiglio dei ministri sia dichiarato inammissibile e infondato, riservandosi di illustrare in una successiva memoria le argomentazioni a sostegno delle proprie difese.

7. – Il consigliere regionale della Regione Umbria, Carlo Ripa di Meana, ha spiegato atto di intervento nel giudizio chiedendo che, ove «preliminarmente si accerti l'esistenza giuridica dello statuto», ne sia dichiarata l'illegittimità costituzionale.

In ordine alla legittimazione ad intervenire, si afferma che essa sarebbe implicita nel sistema costituzionale, dovendosi considerare il consigliere regionale dissenziente un soggetto costituzionalmente qualificato a tal fine, in quanto dotato di una diversa ed autonoma posizione derivante dall'eccezionale carattere preventivo della impugnazione dello statuto rispetto alla sua promulgazione, e dal fatto che, dovendo la decisione della Corte essere recepita dal Consiglio regionale, essa condizionerebbe la promulgazione stessa dello statuto. Fintanto che lo statuto non sia promulgato, la fattispecie non potrebbe dirsi «perfetta» e lo statuto non sarebbe imputabile alla Regione, ma solo alla maggioranza consiliare. Proprio questo elemento evidenzerebbe la differente posizione del consigliere regionale di minoranza e giustificerebbe la sua legittimazione ad intervenire nel giudizio avanti alla Corte costituzionale.

Inoltre, poiché per il principio maggioritario la volontà della maggioranza è imputata all'intero collegio, il componente dissenziente avrebbe un interesse particolare al rispetto delle norme procedurali che conducono a tale imputazione e che nel caso della approvazione dello statuto consisterebbero in primo luogo nella necessaria conformità delle due deliberazioni. La legittimazione del consigliere interveniente, nel caso di specie, deriverebbe anche dalla circostanza secondo la quale con tale intervento si intende far valere proprio una presunta violazione di questa regola.

Tale violazione, peraltro, sarebbe comunque rilevabile d'ufficio dalla stessa Corte, in quanto impedirebbe il perfezionamento della fattispecie procedimentale di cui all'art. 123 della Costituzione e dunque l'imputazione dello statuto al Consiglio regionale e alla Regione.

Infine, il mancato riconoscimento della legittimazione del consigliere di minoranza significherebbe rimettere soltanto al Governo e al Presidente della Giunta regionale, ed alle loro valutazioni di opportunità politica, la tutela «dell'interesse al rispetto della legalità costituzionale». Inoltre, l'esclusione dal contraddittorio del consigliere dissenziente, «titolato all'intervento proprio dal principio rappresentativo» costituirebbe un'inammissibile lesione della doverosa armonia con la Costituzione di cui all'art. 123 della Costituzione.

8. – Nel merito il consigliere interveniente sostiene che nell'adozione dello statuto della Regione Umbria sarebbe stato violato il procedimento di cui all'art. 123, secondo comma, della Costituzione, dal momento che la seconda deliberazione con la quale è stato approvato lo statuto in data 29 luglio 2004, non sarebbe eguale a quella precedente del 2 aprile 2004.

La diversità riguarderebbe l'art. 9 della delibera statutaria di cui sarebbe stata sostituita la rubrica (da «*Comunità familiare*» a «*Famiglia. Forme di convivenza*»), modificato il testo ed inoltre scomposto l'originario unico comma in due commi. Il risultato di tali modificazioni – introdotte come «correzioni formali» – avrebbe avuto effetti sostanziali, comportando la separazione della tutela delle forme di convivenza, previste nel secondo comma della norma, dal riconoscimento dei diritti della famiglia, oggetto del primo comma, e la «attribuzione di carattere aggiuntivo alla tutela della convivenza», espressa mediante l'avverbio «altresi», introdotto nel comma 2. In tal modo, come risulterebbe dal dibattito svoltosi in Consiglio regionale, si sarebbe voluto venire incontro alle proteste di quanti affermavano esservi una equiparazione della convivenza alla famiglia legittima in violazione dell'art. 29 Cost. Inoltre, attraverso la soppressione del riferimento alla «*varietà*» delle forme di convivenza prevista nel testo approvato in prima deliberazione, si sarebbe tenuto conto delle «proteste di quanti ravvisavano nella previsione una tutela anche delle convivenze omosessuali». Poiché dunque le correzioni avrebbero modificato la sostanza della previsione originaria, con la seconda deliberazione vi sarebbe stato «un diverso volere legislativo» e non si sarebbe realizzato l'atto complesso previsto dall'art. 123 della Costituzione, con conseguente e diretta violazione della norma costituzionale, di talché mancherebbe l'oggetto del processo, e la Corte non potrebbe giudicare della legittimità di un atto che non esiste.

Peraltro, osserva ancora l'interveniente, ove tale nodo non venisse sciolto adesso, esso si ripresenterebbe al momento della promulgazione dello statuto, non potendo questa avvenire in mancanza del riscontro di regolarità del procedimento e dell'esistenza della legge che, nel caso in esame, non sussisterebbe.

9. – In via subordinata, l'interveniente afferma di condividere i rilievi di costituzionalità sollevati nel ricorso del Governo, dei quali si ribadisce ampiamente la fondatezza.

10. – In prossimità dell'udienza pubblica, la Regione Umbria ha depositato una memoria nella quale contesta le censure formulate dal Presidente del Consiglio dei ministri avverso la delibera statutaria impugnata.

Infondati sarebbero innanzitutto i rilievi mossi nei confronti dell'art. 9, comma 2, concernente la tutela di forme di convivenza. Tale norma avrebbe infatti natura meramente grammaticale e legittimamente potrebbe essere inserita nello statuto, accanto ai contenuti necessari dello stesso, in quanto essa non fonderebbe alcun potere ulteriore della Regione, rispetto a quelli ad essa conferiti dalla Costituzione.

La previsione dell'art. 9, comma 2, costituirebbe infatti esercizio dell'autonomia politica, pacificamente riconosciuta alle Regioni, le quali ben potrebbero seguire indirizzi diversi da quelli dello Stato, pur nel rispetto dei limiti costituzionali imposti ai poteri regionali, senza perciò violare l'art. 5 Cost. Anche la Corte costituzionale avrebbe riconosciuto alle Regioni il ruolo di enti esponenziali delle comunità a ciascuna di esse facenti capo: tale ruolo legittimerebbe la possibilità di partecipare a tutte le questioni di interesse della comunità regionale, anche se queste sorgono in settori estranei alle materie attribuite dall'art. 117 alla competenza regionale e si proiettino oltre i confini territoriali della Regione (al riguardo la difesa regionale richiama la sentenza di questa Corte n. 829 del 1988).

La censura in questione sarebbe pertanto inammissibile, poiché l'art. 9, comma 2, della delibera statutaria, così interpretata, non avrebbe un effettivo contenuto normativo e quindi non avrebbe alcuna idoneità lesiva.

Errata sarebbe poi l'affermazione secondo cui essa non esprimerebbe alcun interesse proprio della comunità regionale, dal momento che la norma tutelerebbe forme di convivenza di persone che vivono nella Regione.

Quanto ai motivi di impugnazione concernenti la violazione dell'art. 29 Cost., la Regione osserva che il particolare valore riconosciuto da tale norma alla famiglia fondata sul matrimonio, non implicherebbe necessariamente che forme di convivenza diverse non possano comunque essere tutelate. D'altra parte, il diverso valore riconosciuto a tali forme di convivenza risulterebbe evidente dalla diversa formulazione dei due commi dell'art. 9.

La norma statutaria, dunque, porrebbe un obiettivo legittimo che potrebbe essere attuato in modo conforme all'ordinamento e con riferimento a forme di convivenza diverse da quelle tra persone dello stesso sesso, su cui invece si incentrano le censure del ricorso statale. Semmai un problema di legittimità potrebbe porsi con riguardo a leggi regionali che in concreto dovessero intervenire a tutela di tale tipo di convivenza.

11. – Anche la censura concernente l'art. 39 dello statuto sarebbe infondata.

Non sarebbe pertinente lamentare la violazione del principio di separazione dei poteri in quanto l'abrogazione delle norme legislative sarebbe comunque disposta non dal regolamento di delegificazione, ma dalla legge. Inoltre l'ammissibilità dei regolamenti di delegificazione a livello regionale sarebbe ormai pacificamente ammessa dalla dottrina. Sotto altro profilo, poi, disposizione analoga a quella censurata sarebbe contenuta nell'art 43 dello statuto della Regione Calabria, disposizione quest'ultima non impugnata dal Governo.

12. – Analogamente sarebbe da respingere la censura avverso l'art. 40 della delibera statutaria, dal momento che esso non prevederebbe alcuna delega legislativa e che l'approvazione finale da parte del Consiglio con le sole dichiarazioni di voto non contrasterebbe con l'art. 121 della Costituzione che, a differenza dell'art. 72 della Costituzione, non prevede l'esame in commissione e l'approvazione articolo per articolo. D'altra parte, la previsione di una procedura spedita di approvazione del testo unico ben si giustificerebbe per il carattere non innovativo dell'atto legislativo in questione. Infine la difesa regionale evidenzia ancora come analoga norma contenuta nello statuto della Regione Calabria (art. 44) non sia stata impugnata dal Governo.

13. – La Regione Umbria sostiene che anche la censura mossa avverso l'art. 66 sarebbe infondata, dal momento che la incompatibilità della carica di componente della Giunta con quella di componente del Consiglio non atterrebbe alla materia elettorale, bensì alla disciplina della forma di governo regionale. Ad avviso della difesa regionale, non tutte le cause di incompatibilità avrebbero la medesima *ratio*: mentre le incompatibilità «esterne», quale, ad esempio, quella tra appartenenza al Consiglio o alla Giunta regionale e appartenenza al Parlamento, avrebbero la funzione di garantire l'effettività e l'imparzialità dello svolgimento della funzione, le incompatibilità «interne», quale appunto quella prevista dalla norma censurata, atterrebbero al modo di conformare i rapporti tra gli organi fondamentali della Regione.

14. – «Radicalmente infondata» sarebbe infine la censura mossa nei confronti dell'art. 82 della delibera statutaria che disciplina la Commissione di garanzia. Il potere conferito a tale organo sarebbe meramente consultivo e facoltativo; inoltre l'unica conseguenza di un suo parere negativo sarebbe solo il dovere per l'organo competente di riesaminare l'atto per la sua riapprovazione, peraltro senza maggioranze qualificate (d'altra parte, la previsione della necessità di una riapprovazione della legge o del regolamento rientra sicuramente nella competenza statutaria). La Commissione di garanzia, dunque, assicurerebbe solo un controllo interno per meglio garantire la legittimità delle fonti regionali. Sarebbe comunque sempre rispettata la competenza legislativa del Consiglio e il potere di sindacato della Corte costituzionale.

15. – Con ricorso notificato in data 11 settembre 2004, depositato il 20 settembre 2004, e iscritto al n. 90 del registro ricorsi del 2004, il consigliere regionale Carlo Ripa di Meana ha chiesto che sia dichiarata l'illegittimità costituzionale, ovvero la nullità o l'inesistenza della delibera statutaria della Regione Umbria.

Sostiene preliminarmente il ricorrente che tale delibera statutaria sarebbe stata approvata in violazione del procedimento previsto dall'art. 123 Cost., in quanto mancherebbe la doppia delibera conforme e che ciò sarebbe avvenuto con la contrarietà espressa dello stesso ricorrente.

Il consigliere afferma di aver denunciato tale vizio alla Presidenza del Consiglio dei ministri, la quale, asseritamente per ragioni politiche, non avrebbe incluso tra i motivi del ricorso presentato avverso la delibera statutaria della Regione Umbria anche il vizio procedimentale suddetto.

16. – In ordine alla legittimazione di un consigliere regionale di minoranza a ricorrere alla Corte costituzionale, il ricorrente osserva che essa sarebbe implicita nel sistema costituzionale per una pluralità di ragioni.

Al riguardo – oltre ad alcune argomentazioni già riportate a proposito del menzionato atto di intervento nel giudizio instaurato dal ricorso del Governo – si evidenzia come l'ammissibilità del ricorso deriverebbe anche dalla circostanza che nella forma di governo regionale mancherebbe un potere neutro quale quello del Presidente della Repubblica, che possa rinviare al Parlamento le leggi sospette di incostituzionalità. Proprio l'attribuzione al mas-

simo esponente della maggioranza politica, cioè al Presidente della Giunta, del potere di promulgazione delle leggi, renderebbe necessario riconoscere il potere di ricorrere alla Corte ai soggetti portatori dell'interesse concreto al rispetto delle norme costituzionali.

In senso inverso, del resto, non potrebbe essere invocata la previsione del *referendum* confermativo, data la sua natura di strumento politico e non di riesame giuridico.

In definitiva, se non si riconoscesse al consigliere il potere di ricorrere avverso lo statuto, in via surrogatoria, suppletiva e successiva, l'interesse al rispetto della legalità costituzionale non sarebbe pienamente tutelato, ma rimesso ad una valutazione di mera opportunità politica del Governo.

Infine, il ricorrente chiede che la Corte, «ove occorra», dichiari d'ufficio, *ex art. 27* della legge 11 marzo 1953, n. 87, l'illegittimità costituzionale dell'art. 31 della stessa legge, come modificato dalla legge 5 giugno 2003, n. 131 (*Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3*), nella parte in cui non riconosce la legittimazione a ricorrere del consigliere regionale che non ha votato per l'approvazione dello statuto.

17. – Quanto alle specifiche censure, il ricorrente lamenta innanzitutto la violazione dell'art. 123 della Costituzione e del procedimento ivi previsto, dal momento che la seconda deliberazione con cui è stato approvato lo statuto in data 29 luglio 2004, non sarebbe conforme a quella precedente del 2 aprile 2004, secondo motivazioni identiche a quelle esposte nell'atto di intervento relativo al ricorso del Governo e sintetizzate al precedente punto 7.

18. – Il ricorrente censura inoltre l'art. 66 della delibera statutaria nella parte in cui dispone che la carica di componente della Giunta è incompatibile con quella di consigliere regionale e che al consigliere nominato membro della Giunta subentra il primo dei candidati non eletti nella stessa lista, nonché nella parte in cui prevede che il subentrante dura in carica per il periodo in cui il consigliere mantiene la carica di assessore.

Innanzitutto la norma violerebbe l'art. 122, primo comma, della Costituzione in quanto introdurrebbe la figura del consigliere regionale *supplente* o *subentrante* non prevista dalla norma costituzionale, la quale affida alla legge statale il compito di stabilire i principi fondamentali circa le incompatibilità dei consiglieri regionali. Risulterebbero violati, inoltre, l'art. 67 della Costituzione, in quanto la previsione in esame contraddirebbe il divieto di mandato imperativo, nonché l'art. 3 Cost., dal momento che il consigliere «reggente» avrebbe uno *status* differenziato, con minori garanzie, rispetto al titolare. Egli, infatti, non godendo della inamovibilità, potrebbe essere sempre sostituito ove il supplito tornasse alla sua originaria funzione di consigliere. In tal modo, però, la revoca del consigliere supplente sarebbe operata non dal corpo elettorale e alla fine del mandato come imporrebbe il principio sancito dall'art. 67 Cost. ma dall'esecutivo regionale cioè dall'organo sottoposto al controllo politico del Consiglio, così che «il controllato potrebbe rimuovere a piacimento (...) il controllore». Per di più, il mandato del consigliere supplente sarebbe interrotto, così «spezzando lo stesso rapporto di rappresentanza politica».

19. – Da ultimo, il ricorrente censura l'art. 9 della delibera statutaria per violazione dell'articolo 29 della Costituzione, il quale non ammetterebbe «forme di tutela della famiglia se non è basata sul matrimonio, religioso o civile», nonché degli artt. 30 e 31 della Costituzione. La previsione della tutela delle forme di convivenza non si limiterebbe a riconoscere una libertà, ma impegnerebbe la Regione ad agire attivamente a protezione della convivenza di fatto «con l'effetto di una parificazione alla famiglia di diritto».

La norma inoltre «usurperebbe» le competenze statali, trattandosi di questione inerente alla materia dell'ordinamento civile, di esclusiva spettanza legislativa dello Stato, secondo quanto previsto dall'art. 117, secondo comma, lettera *l*), della Costituzione.

20. – Si è costituita in giudizio la Regione Umbria, la quale ha chiesto che il ricorso proposto dal consigliere Ripa di Meana sia dichiarato inammissibile e infondato, riservandosi di illustrare in una successiva memoria le argomentazioni a sostegno delle proprie difese.

21. – Il ricorrente Carlo Ripa di Meana in prossimità dell'udienza ha depositato una memoria nella quale ha eccepito il difetto di legittimazione processuale del Presidente della Regione Umbria a costituirsi nel giudizio. La sua costituzione sarebbe avvenuta infatti *sine titulo*, in quanto non sarebbe stata preceduta da una delibera del Consiglio regionale, unico soggetto legittimato, a parere del ricorrente, a decidere se resistere o meno al ricorso.

Le ragioni di tale esclusiva legittimazione sarebbero individuabili nel fatto che il giudizio costituzionale *ex* articolo 123 della Costituzione, pur avendo le forme del giudizio in via principale, si discosterebbe da questo, in quanto avrebbe una valenza infraprocedimentale e

preventiva: in tale fase la delibera statutaria sarebbe imputabile solo al Consiglio regionale e pertanto la valutazione circa la costituzione in giudizio del Presidente della Giunta non potrebbe sostituire quella del Consiglio.

22. – Anche la Regione Umbria ha depositato una memoria, nella quale sostiene in primo luogo la totale inammissibilità del ricorso proposto dal consigliere Ripa di Meana per difetto assoluto di legittimazione. L'art. 137 della Costituzione, infatti, porrebbe una riserva di legge costituzionale per la individuazione dei soggetti legittimati ad instaurare un giudizio di legittimità costituzionale, con la conseguenza che sarebbe esclusa ogni possibilità di impugnazione da parte di soggetti non espressamente contemplati. Lo Stato sarebbe l'unico legittimato a ricorrere in via diretta contro lo statuto e le leggi regionali, come risulterebbe confermato anche dalla giurisprudenza costituzionale che ha affermato la tassatività delle norme costituzionali in materia ed ha anche escluso nei giudizi in via principale l'intervento di soggetti terzi. D'altra parte, se lo statuto, come afferma il ricorrente, fosse nullo, qualunque giudice potrebbe disapplicarlo, senza bisogno di ricorrere alla Corte.

23. – Quanto alla difformità tra le due delibere lamentata dal ricorrente, essa sarebbe inesistente, trattandosi di diversità meramente formali. Mentre nessuna rilevanza assumerebbe l'intenzione dei redattori, le modifiche della rubrica dell'art. 9 avrebbe valore meramente esplicativo del contenuto della disposizione; la scomposizione della norma in due commi non avrebbe implicazioni sostanziali; l'aggiunta della parola «altresi» sarebbe semplice conseguenza della scomposizione e la soppressione delle parole «le varie», riferito a «forme di convivenza», non avrebbe valore sostanziale poiché l'espressione usata sarebbe comunque generica e non escluderebbe alcun tipo di convivenza. In subordine, osserva la difesa regionale, la difformità riguarderebbe comunque solo l'art. 9 e non l'intero statuto.

24. – Infondata sarebbe anche la censura secondo la quale l'art. 66 della delibera statutaria avrebbe introdotto una ipotesi di incompatibilità non prevista ai sensi dell'art. 122 della Costituzione. Infatti la legge 2 luglio 2004, n. 165 (*Disposizioni di attuazione dell'art. 122, primo comma, della Costituzione*), prevede espressamente la eventuale sussistenza di una causa di incompatibilità tra assessore e consigliere regionale. La difesa regionale inoltre ribadisce la diversità di tale ipotesi di incompatibilità rispetto alle altre, e sostiene che quella censurata atterrebbe alla disciplina della «forma di governo» pienamente rientrante nella competenza statutaria.

Quanto alla lamentata violazione dell'art. 67 della Costituzione, si nega che l'impugnato art. 66, comma 2, configuri una sorta di potere di revoca del consigliere subentrante a quello nominato assessore. Il consigliere subentrante sarebbe consigliere regionale a tutti gli effetti e senza limitazioni, seppure con la possibilità che il suo mandato venga a cessare in conseguenza del rientro dell'assessore: peraltro la cessazione dalla carica di componente della Giunta non potrebbe trasformarsi in una sorta di strumentale revoca da parte del Presidente della Giunta, al solo fine di estromettere il consigliere subentrato e divenuto sgradito, poiché verrebbe fatta valere la responsabilità politica del Presidente.

25. – Quanto, infine, alle censure mosse avverso l'art. 9 della delibera statutaria, la difesa regionale, dopo aver rilevato che lo stesso consigliere avrebbe presentato in commissione un emendamento volto ad inserire nella norma l'espressione «e promuove il riconoscimento delle diverse forme di convivenza», osserva che la critica mossa dal ricorrente sarebbe ancor più radicale di quella del Governo. Si contesterebbe, infatti, la legittimità della tutela di qualsiasi forma di convivenza non fondata sul matrimonio, e dunque anche di quelle *more uxorio*, che oramai rilevano per l'ordinamento statale. Il ricorso inoltre si fonderebbe sull'equivoco di ritenere che la norma equipari la famiglia fondata sul matrimonio alle altre forme di convivenza, mentre così non sarebbe.

Infine, la difesa regionale ripropone le medesime argomentazioni svolte con riguardo a tale norma nella memoria depositata nel giudizio promosso dallo Stato (sintetizzate al precedente punto 10).

Considerato in diritto

1. – Il Governo ha sollevato questione di legittimità costituzionale, ai sensi dell'articolo 123, secondo comma, della Costituzione, degli artt. 9, comma 2; 39, comma 2; 40; 66, commi 1 e 2; 82 dello statuto della Regione Umbria, approvato dal Consiglio regionale in prima deliberazione il 2 aprile del 2004 ed in seconda deliberazione il 29 luglio 2004, in riferimento agli artt. 2; 5; 29; 117, secondo comma, lettera h); 117, terzo comma; 121; 122, primo comma; 123; 134, della Costituzione nonché al principio della separazione dei poteri.

L'art. 9, comma 2, viene impugnato nella parte in cui, avendo il primo comma dell'art. 9 riconosciuto i diritti della famiglia e previsto l'adozione di ogni misura idonea a favorire l'adempimento dei compiti che la Costituzione le affida, dispone che la Regione tutela forme di convivenza, in quanto consentirebbe l'adozione di «eventuali future previsioni normative regionali» concernenti i rapporti patrimoniali e personali tra i conviventi. Ciò in violazione dell'esclusivo potere statale riconosciuto dall'articolo 117, secondo comma, lettera l) della Costituzione, nella materia dell' «ordinamento civile».

Al tempo stesso, ove la norma intendesse affermare la rilevanza giuridica delle forme di convivenza estranee alla famiglia al di là di quanto disciplinato dalla legislazione statale, violerebbe gli articoli 29, 2 e 5 della Costituzione, nonché lo stesso articolo 123 della Costituzione, in quanto questa disciplina eccederebbe i contenuti ammissibili degli statuti regionali.

L'art. 39, comma 2, il quale prevede che la Giunta regionale possa, previa autorizzazione da parte di apposita legge regionale, adottare regolamenti di delegificazione, violerebbe l'articolo 121, secondo comma, della Costituzione ed il principio di separazione dei poteri tra organo legislativo ed organo esecutivo della regione, che non consentirebbero l'adozione di regolamenti di delegificazione; sarebbe violato, inoltre, l'art. 117 della Costituzione, in quanto la fonte regolamentare sarebbe incongruente rispetto alle materie legislative di tipo concorrente, nelle quali i principi fondamentali fissati dal legislatore statale dovrebbero essere attuati in via legislativa.

L'art. 40, invece, prevedendo che la Giunta regionale, previa legge regionale di autorizzazione, presenti al Consiglio regionale progetti di testo unico di disposizioni legislative, soggetti solo alla approvazione finale del Consiglio, violerebbe l'art. 121 Cost., nonché il principio di separazione dei poteri tra organo legislativo ed organo esecutivo della regione, che non consentirebbero deleghe legislative, né rinunce sostanziali all'esercizio del potere legislativo da parte del Consiglio regionale.

L'art. 66, commi 1 e 2, è censurato nella parte in cui stabilisce l'incompatibilità della carica di componente della Giunta con quella di consigliere regionale, per violazione dell'articolo 122, primo comma, della Costituzione, che riserva alla legge regionale l'individuazione dei casi di incompatibilità, nei limiti dei principi sanciti dalla legge statale.

L'art. 82, il quale attribuisce alla Commissione di garanzia la funzione di esprimere pareri sulla conformità allo statuto delle leggi e dei regolamenti regionali, violerebbe gli articoli 121 e 134 della Costituzione, in quanto, ove la disposizione impugnata dovesse intendersi nel senso che tale parere segua il compimento dell'attività normativa, conferirebbe ad un organo amministrativo il potere di sindacare le leggi ed i regolamenti adottati dai competenti organi regionali.

2. – Il consigliere regionale Carlo Ripa di Meana ha sollevato questione di legittimità costituzionale della delibera statutaria nella sua interezza, in quanto sarebbe stata violata la procedura determinata dall'articolo 123 della Costituzione per l'approvazione dello statuto. Lo stesso consigliere ha impugnato singolarmente gli articoli 9 e 66 della delibera statutaria, in riferimento agli artt. 3; 29; 30; 31; 67; 117, secondo comma, lettera l); 121; 122; 123 della Costituzione.

La richiesta di dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'intera delibera statutaria o quanto meno del suo art. 9 è motivata in ragione delle modifiche che sarebbero state apportate a questo articolo prima della votazione finale, giustificate dagli organi del Consiglio regionale sulla base di esigenze di coordinamento formale, e che avrebbero invece introdotto innovazioni sostanziali, che avrebbero pesato sullo stesso voto finale; da ciò la violazione dell'articolo 123 della Costituzione che, ai fini dell'approvazione dello statuto regionale, richiede l'adozione di due delibere successive tra loro identiche.

Nel merito l'art. 9 violerebbe gli artt. 29, 30 e 31 della Costituzione, in quanto impegnerebbe la Regione ad agire attivamente a protezione delle convivenze di fatto, in contrasto con la norma costituzionale che non ammette forme di tutela della famiglia se non è basata sul matrimonio, religioso o civile. Inoltre questa disposizione violerebbe l'art. 117, secondo comma, lettera l) della Costituzione, in quanto «usurperebbe» le competenze statali in materia di ordinamento civile.

L'art. 66, primo comma, è censurato nella parte in cui prevede che la carica di componente della Giunta sia incompatibile con quella di consigliere regionale, in quanto violerebbe l'art. 122, primo comma della Costituzione, il quale affida alla legge statale il compito di stabilire i principi fondamentali in materia di incompatibilità dei consiglieri regionali.

L'art. 66, secondo comma, disponendo che al consigliere regionale nominato membro della Giunta subentra il primo dei candidati non eletti nella stessa lista e che il subentrante dura in carica per tutto il periodo in cui il consigliere mantiene la carica di assessore, violerebbe l'articolo 67 della Costituzione ed il principio del divieto di mandato imperativo, in quanto il consigliere supplente sarebbe soggetto a revoca ad opera del supplito e dunque dell'organo esecutivo regionale, e durante il corso della legislatura. Questa norma, prevedendo minori garanzie per il consigliere supplente rispetto a quello ordinario, violerebbe anche l'art. 3; sarebbero pure violati gli artt. 121, 122 e 123 della Costituzione in quanto la disposizione impugnata determinerebbe l'esistenza di categorie diverse di consiglieri regionali; inoltre si introdurrebbe un meccanismo attraverso il quale potrebbero entrare nel Consiglio diversi candidati non eletti dal corpo elettorale.

3. – In via preliminare va dichiarato inammissibile il ricorso avverso la delibera statutaria presentato dal consigliere regionale Carlo Ripa di Meana.

L'impugnativa in via principale per motivi di costituzionalità delle leggi e degli statuti regionali è determinato da fonti costituzionali, secondo quanto reso palese dagli articoli 123 e 127 della Costituzione, nonché dall'articolo 2 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1 (*Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie di indipendenza della Corte costituzionale*), che individuano soltanto nel Governo e nelle Giunte regionali gli organi che possono ricorrere in via principale alla Corte costituzionale; ciò è confermato dal primo comma dell'articolo 137 della Costituzione, secondo il quale «una legge costituzionale stabilisce le condizioni, le forme, i termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale (...)». Né le caratteristiche del nuovo procedimento di approvazione dello statuto regionale – quale risulta in seguito alle modifiche introdotte dalla legge costituzionale n. 1 del 1999 – possono fondare alcun potere dei consiglieri regionali di impugnativa della delibera statutaria.

Ulteriore argomento in tal senso è individuabile nella circostanza secondo la quale nel periodo di applicazione dell'articolo 127 nella formulazione precedentemente vigente, con cui l'attuale articolo 123 della Costituzione condivide la caratteristica di un giudizio in via principale su un testo legislativo non ancora promulgato, era pacificamente esclusa la possibilità di partecipare al giudizio per soggetti diversi dalle parti esplicitamente individuate dalle disposizioni di rango costituzionale e dal titolare della potestà legislativa il cui esercizio fosse oggetto di contestazione

In base a tali argomentazioni non potrebbe che essere dichiarata manifestamente infondata (ove il ricorso fosse – come non è – ammissibile) la questione di legittimità costituzionale posta dal consigliere ricorrente in relazione all'articolo 31 della legge 11 marzo 1953, n. 87, quale modificato dall'articolo 9 della legge 5 giugno 2003, n. 131 (*Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3*), nella parte in cui non riconosce la legittimazione a ricorrere del consigliere regionale che non abbia votato per l'approvazione dello statuto regionale, dal momento che questa norma non fa che esplicitare quanto già chiaramente previsto nel secondo comma dell'articolo 123 della Costituzione.

4. – Va altresì dichiarato inammissibile l'intervento del consigliere regionale Carlo Ripa di Meana nel giudizio in via principale relativo alla delibera statutaria della Regione Umbria promosso dal Governo.

Infatti, analogamente a quanto affermato per il giudizio sulle leggi in via principale – e cioè che devono ritenersi legittimati ad esser parti solo i soggetti titolari delle attribuzioni legislative in contestazione – anche nel giudizio sulla speciale legge regionale disciplinata dall'articolo 123 della Costituzione, gli unici soggetti che possono essere parti sono la Regione, in quanto titolare della potestà normativa in contestazione, e lo Stato, indicato dalla Costituzione come unico possibile ricorrente. Restano fermi, naturalmente, per i soggetti privi di tali potestà i mezzi di tutela delle loro posizioni soggettive dinanzi ad altre istanze giurisdizionali ed anche dinanzi a questa Corte nell'ambito del giudizio in via incidentale (cfr. *ex plurimis* sentenze n. 166 del 2004, n. 338, n. 315, n. 307 e n. 49 del 2003, nonché l'ordinanza allegata alla sentenza n. 196 del 2004).

5. – Venendo alle censure di illegittimità costituzionale sollevate nel ricorso governativo, in via preliminare occorre dichiarare la inammissibilità delle censure relative all'art. 9, comma 2.

Va ricordato che negli statuti regionali entrati in vigore nel 1971 – ivi compreso quello della Regione Umbria – si rinvencono assai spesso indicazioni di obiettivi prioritari dell'at-

tività regionale ed anche in quel tempo si posero problemi di costituzionalità di tali indicazioni, sotto il profilo della competenza della fonte statutaria ad incidere su materie anche eccedenti la sfera di attribuzione regionale. Al riguardo, dopo aver riconosciuto la possibilità di distinguere tra un contenuto «necessario» ed un contenuto «eventuale» dello statuto (cfr. sentenza n. 40 del 1972), si è ritenuto che la formulazione di proposizioni statutarie del tipo predetto avesse principalmente la funzione di legittimare la Regione come ente esponenziale della collettività regionale e del complesso dei relativi interessi ed aspettative. Tali interessi possono essere adeguatamente perseguiti non soltanto attraverso l'esercizio della competenza legislativa ed amministrativa, ma anche avvalendosi dei vari poteri, conferiti alla Regione stessa dalla Costituzione e da leggi statali, di iniziativa, di partecipazione, di consultazione, di proposta, e così via, esercitabili, in via formale ed informale, al fine di ottenere il migliore soddisfacimento delle esigenze della collettività stessa. In questo senso si è espressa questa Corte, affermando che l'adempimento di una serie di compiti fondamentali «legittima, dunque, una presenza politica della regione, in rapporto allo Stato o anche ad altre regioni, riguardo a tutte le questioni di interesse della comunità regionale, anche se queste sorgono in settori estranei alle singole materie indicate nell'articolo 117 Cost. e si proiettano al di là dei confini territoriali della regione medesima» (sentenza n. 829 del 1988).

Il ruolo delle Regioni di rappresentanza generale degli interessi delle rispettive collettività, riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale e dalla prevalente dottrina, è dunque rilevante, anche nel momento presente, ai fini «dell'esistenza, accanto ai contenuti necessari degli statuti regionali, di altri possibili contenuti, sia che risultino ricognitivi delle funzioni e dei compiti della Regione, sia che indichino aree di prioritario intervento politico o legislativo» (sentenza n. 2 del 2004); contenuti che talora si esprimono attraverso proclamazioni di finalità da perseguire. Ma la sentenza ha rilevato come sia opinabile la «misura dell'efficacia giuridica» di tali proclamazioni; tale dubbio va sciolto considerando che alle enunciazioni in esame, anche se materialmente inserite in un atto-fonte, non può essere riconosciuta alcuna efficacia giuridica, collocandosi esse precipuamente sul piano dei convincimenti espressivi delle diverse sensibilità politiche presenti nella comunità regionale al momento dell'approvazione dello statuto.

D'altra parte, tali proclamazioni di obiettivi e di impegni non possono certo essere assimilate alle c.d. norme programmatiche della Costituzione, alle quali, per il loro valore di principio, sono stati generalmente riconosciuti non solo un valore programmatico nei confronti della futura disciplina legislativa, ma soprattutto una funzione di integrazione e di interpretazione delle norme vigenti. Qui però non siamo in presenza di Carte costituzionali, ma solo di fonti regionali «a competenza riservata e specializzata», cioè di statuti di autonomia, i quali, anche se costituzionalmente garantiti, debbono comunque «essere in armonia con i precetti ed i principi tutti ricavabili dalla Costituzione» (sentenza n. 196 del 2003).

Dalle premesse appena formulate sul carattere non prescrittivo e non vincolante delle enunciazioni statutarie di questo tipo, deriva che esse esplicano una funzione, per così dire, di natura culturale o anche politica, ma certo non normativa. Nel caso in esame, una enunciazione siffatta si rinviene proprio nell'art. 9, comma 2, della delibera statutaria impugnata, là dove si afferma che la Regione «tutela altresì forme di convivenza»; tale disposizione non comporta né alcuna violazione, né alcuna rivendicazione di competenze costituzionalmente attribuite allo Stato, né fonda esercizio di poteri regionali. Va così dichiarata inammissibile, per inidoneità lesiva della disposizione impugnata, la censura avverso la denunciata proposizione della deliberazione statutaria.

6. – Le censure di illegittimità costituzionale relative all'art. 39, comma 2, sono infondate.

Le argomentazioni del ricorso, infatti, muovono da una errata lettura della disposizione, che non prevede affatto il «conferimento alla Giunta di una potestà legislativa», come afferma l'Avvocatura, con la conseguente alterazione dei rapporti fra potere esecutivo e legislativo a livello regionale. La norma in oggetto, invece, si limita a riprodurre il modello vigente a livello statale dei cosiddetti regolamenti delegati, che è disciplinato dal comma 2 dell'art. 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400 (*Disciplina dell'attività di governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri*). In questo modello di delegificazione, come ben noto largamente utilizzato a livello nazionale e ormai anche in varie Regioni pur in assenza di disposizioni statutarie in tal senso, è alla legge che autorizza l'adozione del regolamento che deve essere imputato l'effetto abrogativo, mentre il regolamento determina semplicemente il termine iniziale di questa abrogazione.

La stessa preoccupazione che l'adozione di regolamenti del genere possa alterare nelle materie di competenza concorrente il rapporto fra normativa statale di principio e legislazione regionale, dal momento che potrebbe invece risultare necessario che la normazione regionale sia adottata in tutto o in parte mediante legge, può essere fugata dal fatto che lo stesso art. 39, comma 2, che è stato impugnato, dispone che la legge di autorizzazione all'adozione del regolamento deve comunque contenere «le norme generali regolatrici della materia», nonché la clausola abrogativa delle disposizioni vigenti. Sarà dunque in relazione a tale legge che potrà essere verificato il rispetto di riserve di legge regionale esistenti nei differenziati settori, con anche la possibilità, in caso di elusione di questo vincolo, di promuovere la relativa questione di legittimità costituzionale.

7. – Le censure di illegittimità costituzionale dell'art. 40 non sono fondate.

Anche in questo caso, infatti appare errata l'interpretazione della disposizione in oggetto come attributiva di «deleghe legislative» da parte del Consiglio alla Giunta regionale, poiché invece l'articolo in contestazione prevede soltanto che il Consiglio conferisca alla Giunta un semplice incarico di presentare allo stesso organo legislativo regionale, entro termini perentori, un «progetto di testo unico delle disposizioni di legge» già esistenti in «uno o più settori omogenei», progetto che poi il Consiglio dovrà approvare con apposita votazione, seppure dopo un dibattito molto semplificato.

Ben può uno statuto regionale prevedere uno speciale procedimento legislativo diretto soltanto ad operare sulla legislazione regionale vigente, a meri fini «di riordino e di semplificazione». La stessa previsione di cui al terzo comma dell'art. 40, relativa al fatto che eventuali proposte di revisione sostanziale delle leggi oggetto del procedimento per la formazione del testo unico, che siano presentate nel periodo previsto per l'espletamento dell'incarico dato alla Giunta, debbano necessariamente tradursi in apposita modifica della legge di autorizzazione alla redazione del testo unico, sta a confermare che ogni modifica sostanziale della legislazione da riunificare spetta alla legge regionale e che quindi la Giunta nella sua opera di predisposizione del testo unico non può andare oltre al mero riordino e alla semplificazione di quanto deliberato in sede legislativa dal Consiglio regionale.

8. – Le censure di illegittimità costituzionale relative all'art. 66, commi 1 e 2, sono fondate.

L'art. 122 Cost. riserva espressamente alla legge regionale, «nei limiti dei principî fondamentali stabiliti con legge della Repubblica», la determinazione delle norme relative al «sistema di elezione» e ai «casi di ineleggibilità e di incompatibilità del Presidente e degli altri componenti della Giunta regionale nonché dei consiglieri regionali», senza che si possa distinguere (come invece ipotizza la difesa regionale) fra ipotesi di incompatibilità «esterne» ed «interne» all'organizzazione istituzionale della Regione.

È vero che le scelte in tema di incompatibilità fra incarico di componente della Giunta regionale e di consigliere regionale possono essere originate da opzioni statutarie in tema di forma di governo della Regione, ma – come questa Corte ha già affermato in relazione ad altra delibera statutaria regionale nella sentenza n. 2 del 2004 – occorre rilevare che il riconoscimento nell'articolo 123 della Costituzione del potere statutario in tema di forma di governo regionale è accompagnato dalla previsione dell'articolo 122 della Costituzione, e che quindi la disciplina dei particolari oggetti cui si riferisce l'articolo 122 sfugge alle determinazioni lasciate all'autonomia statutaria.

Né la formulazione del primo comma dell'art. 66 può essere interpretata come espressiva di un mero principio direttivo per il legislatore regionale, nell'ambito della sua discrezionalità legislativa in materia.

La dichiarazione di illegittimità costituzionale del primo comma dell'art. 66 si estende logicamente anche al secondo comma della medesima disposizione, che ne disciplina le conseguenze sul piano della composizione del Consiglio regionale.

Inoltre, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, la dichiarazione di illegittimità costituzionale deve essere estesa anche al terzo comma dell'art. 66 della delibera statutaria, che prevede un ulteriore svolgimento di quanto disciplinato nel secondo comma, ben potendo la dichiarazione di illegittimità costituzionale consequenziale applicarsi non soltanto ai giudizi in via principale (cfr. sentenze n. 4 del 2004, n. 20 del 2000, n. 441 del 1994 e n. 34 del 1961), ma anche al particolare giudizio di cui all'art. 123 Cost. (cfr. sentenza n. 2 del 2004).

9. – Le censure di illegittimità costituzionale relative all'art. 82 non sono fondate.

La disciplina della Commissione di garanzia statutaria negli artt. 81 ed 82 della delibera statutaria configura solo nelle linee generali questo organo e le sue funzioni, essendo prevista nell'art. 81 una apposita legge regionale, da approvare a maggioranza assoluta, per definirne – tra l'altro – «le condizioni, le forme ed i termini per lo svolgimento delle sue funzioni»: sarà evidentemente questa legge a disciplinare analiticamente i poteri di questo organo nelle diverse fasi nelle quali potrà essere chiamato ad esprimere pareri giuridici.

In ogni caso, la disposizione impugnata fa espresso riferimento ad un potere consultivo della Commissione, da esplicarsi attraverso semplici pareri, che, se negativi sul piano della conformità statutaria, determinano come conseguenza il solo obbligo di riesame, senza che siano previste maggioranze qualificate ed anche senza vincolo in ordine ad alcuna modifica delle disposizioni normative interessate.

P. Q. M. la Corte Costituzionale

1) *dichiara* inammissibile il ricorso, iscritto al n. 90 del registro ricorsi del 2004, presentato dal consigliere regionale della Regione Umbria Carlo Ripa di Meana nei confronti della delibera statutaria della Regione Umbria approvata dal Consiglio regionale in prima deliberazione il 2 aprile del 2004 ed in seconda deliberazione il 29 luglio 2004;

2) *dichiara* inammissibile l'intervento spiegato dal consigliere regionale della Regione Umbria Carlo Ripa di Meana, nel giudizio iscritto al n. 88 del registro ricorsi del 2004, relativo alla predetta delibera statutaria della Regione Umbria;

3) *dichiara* l'illegittimità costituzionale dell'art. 66, commi 1 e 2, della predetta delibera statutaria della Regione Umbria;

4) *dichiara*, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, l'illegittimità costituzionale dell'art. 66, comma 3, della predetta delibera statutaria della Regione Umbria;

5) *dichiara* inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 9, comma 2, della predetta delibera statutaria della Regione Umbria, per violazione degli artt. 2, 5, 29, 117, secondo comma, lettera l), e 123 Cost., proposte con il ricorso n. 88 del 2004;

6) *dichiara* non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 39, comma 2, della predetta delibera statutaria della Regione Umbria, per violazione degli artt. 121 e 117 Cost., proposte con il ricorso n. 88 del 2004;

7) *dichiara* non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 40 della predetta delibera statutaria della Regione Umbria, per violazione dell'art. 121 Cost. e del principio di separazione dei poteri, proposta con il ricorso n. 88 del 2004;

8) *dichiara* non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 82 della predetta delibera statutaria della Regione Umbria, per violazione degli artt. 121 e 134 Cost., proposte con il ricorso n. 88 del 2004.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte Costituzionale, Palazzo della Consulta, il 29 novembre 2004 (*omissis*)».

Corte Costituzionale, sentenza 29 novembre - 6 dicembre 2004, n. 379 – Pres. V. Onida – Red. U.De Siero – Regione Emilia Romagna (Avv. G. Falcon) c/ Presidente del Consiglio dei Ministri (Avv. dello Stato G.D'Amato).

«(Omissis) Ritenuto in fatto

1. – Il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, con ricorso notificato il 15 ottobre 2004, depositato il 21 ottobre 2004 e iscritto al n. 99 nel registro ricorsi del 2004, ha impugnato gli articoli 2, comma 1, lettera f); 15, comma 1; 13, comma 1, lettera a); 17; 19; 24, comma 4; 26, comma 3; 28, comma 2; 45, comma 2; 49, comma 2; 62, comma 3, della delibera statutaria della Regione Emilia-Romagna, approvata in prima deliberazione il giorno 1° luglio 2004, ed in seconda deliberazione il giorno 14 settembre 2004, per violazione degli articoli 1; 3; 48; 49; 97; 114; 123; 117, secondo comma, lettere a), f), l), p); 117, terzo comma; 117, quinto comma, anche in relazione all'art. 6, comma 1, della legge 5 giugno 2003, n. 131 (*Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3*); 118, primo e secondo comma; 121, secondo comma; 122, primo comma; 123; 126; 138 della Costituzione.

2. – Il Governo impugna, innanzi tutto, l'art. 2, comma 1, lettera *f*), e l'art. 15, comma 1, della delibera statutaria. La prima di queste disposizioni prevede che la Regione assicuri, «nell'ambito delle facoltà che le sono costituzionalmente riconosciute, il diritto di voto degli immigrati residenti». La seconda, invece, prevede che la Regione, «nell'ambito delle facoltà che le sono costituzionalmente riconosciute, riconosce e garantisce a tutti coloro che risiedono in un comune del territorio regionale i diritti di partecipazione contemplati nel presente Titolo, ivi compreso il diritto di voto nei *referendum* e nelle altre forme di consultazione popolare».

Secondo il ricorrente tali disposizioni contrasterebbero, innanzi tutto, con l'art. 48 della Costituzione, ai sensi del quale lo *status* di elettore andrebbe riconosciuto solo ed esclusivamente ai cittadini. A questo riguardo l'Avvocatura dello Stato aggiunge che solo la legge statale potrebbe validamente riconoscere il diritto di voto. In secondo luogo, ad essere violato risulterebbe anche l'art. 1 Cost., dal momento che tale norma, individuando nel popolo il soggetto detentore della sovranità, farebbe implicito riferimento al concetto di cittadinanza, requisito necessario per esercitare quei diritti nei quali si sostanzia l'esercizio della sovranità. Ancora, le disposizioni impugnate violerebbero anche l'art. 117, secondo comma, lettere *f*) e *p*), della Costituzione, che attribuiscono allo Stato la competenza esclusiva in relazione alle materie degli organi dello Stato e delle relative leggi elettorali, nonché in materia di legislazione elettorale di Comuni, Province e Città metropolitane.

A risultare violato, inoltre, sarebbe anche l'art. 122, primo comma della Costituzione, ove si ritenesse che nel «sistema di elezione» degli organi rappresentativi regionali sia ricompresa anche la definizione del relativo corpo elettorale. Infine, nel ricorso si afferma che la disposizione della delibera statutaria impugnata contrasterebbe con l'art. 121, secondo comma della Costituzione, in quanto vincolerebbe il Consiglio regionale a fare proposte di legge alle Camere nelle materie diverse da quelle affidate alla competenza delle Regioni, mentre l'esercizio di detto potere non potrebbe essere in alcun modo vincolato dallo statuto.

3. – Viene impugnato anche l'art. 13, comma 1, lettera *a*), della delibera statutaria, che prevede che la Regione, nell'ambito delle materie di propria competenza, provveda direttamente all'esecuzione degli accordi internazionali stipulati dallo Stato, nel «rispetto delle norme di procedura previste dalla legge». Ciò determinerebbe la violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera *a*), della Costituzione, che riserva allo Stato la competenza esclusiva in materia di politica estera e rapporti internazionali dello Stato stesso, in quanto la disposizione censurata, per l'esercizio della prevista facoltà, non porrebbe «la condizione che gli accordi siano stati previamente ratificati e siano entrati internazionalmente in vigore». Inoltre, la generica previsione che la Regione debba uniformarsi alle «norme di procedura previste dalla legge» la renderebbe contrastante con l'art. 117, quinto comma, Cost., in quanto avrebbe dovuto essere precisato che questa legge dovesse essere statale.

4. – Sono anche censurati gli artt. 17 e 19 della delibera statutaria.

La prima di queste disposizioni prevede la possibilità di una istruttoria in forma di contraddittorio pubblico, indetta dalla Assemblea legislativa, alla quale possono prendere parte anche «associazioni, comitati e gruppi di cittadini portatori di un interesse a carattere non individuale», per la formazione di atti normativi o amministrativi di carattere generale, i quali dovranno inoltre essere motivati con riferimento alle risultanze istruttorie.

Tale previsione, ad avviso del ricorrente, contrasterebbe innanzi tutto con l'art. 97 Cost., poiché comporterebbe aggravati procedurali non coerenti con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione. In secondo luogo, l'obbligo di motivazione violerebbe «i principi in tema di attività normativa e principalmente quello dell'irrelevanza della motivazione della norma».

La seconda delle due disposizioni considerate prevede un «diritto di partecipazione» al procedimento legislativo per «tutte le associazioni» che ne facciano richiesta. Ciò determinerebbe, secondo l'Avvocatura generale, la violazione dell'art. 121 della Costituzione e contrasterebbe anche con altre disposizioni della medesima delibera statutaria, secondo le quali il Consiglio regionale è organo della «rappresentanza democratica» regionale nel quale si sviluppa «il libero confronto democratico tra maggioranza e opposizioni», poiché la norma in oggetto produrrebbe una «alterazione» del «sistema di democrazia rappresentativa» e del ruolo dei partiti politici che operano legittimamente nelle assemblee legislative.

5. – Viene impugnato anche l'art. 24, comma 4, della delibera statutaria, il quale prevede che «la Regione, nell'ambito delle proprie competenze, disciplina le modalità di conferimento agli enti locali di quanto previsto dall'art. 118 della Costituzione, definendo finalità e durata dell'affidamento»: tale disposizione, anzitutto, contrasterebbe con l'art. 114 della Costituzione, in quanto menomerebbe l'autonomia degli enti locali. Inoltre, violerebbe l'art. 118 della Costituzione, in quanto quest'ultimo impedirebbe di «affidare temporaneamente» le funzioni amministrative, in particolar modo ad enti – quali i comuni, le province e le città metropolitane – che di esse sono qualificati come «titolari».

6. – Nel ricorso viene inoltre contestata la legittimità costituzionale dell'art. 26, comma 3, della delibera statutaria, il quale dispone che l'Assemblea legislativa individui, «in conformità con la disciplina stabilita dalla legge dello Stato», le funzioni della Città metropolitana dell'area di Bologna: ciò, secondo l'Avvocatura dello Stato, contrasterebbe con quanto previsto dall'art. 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione, «che riserva alla potestà legislativa esclusiva dello Stato la materia delle funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane».

7. – Anche l'art. 28, comma 2, della delibera statutaria – il quale prevede che «l'Assemblea (...) discute e approva il programma di governo predisposto dal Presidente della Regione (...)» – è oggetto di impugnazione. La legittimità costituzionale di tale disposizione è contestata in quanto quest'ultima, pur non contenendo alcuna indicazione circa le conseguenze della mancata approvazione del programma, menomerebbe «di per sé la legittimazione ed il ruolo del Presidente». Ciò non risulterebbe «coerente con l'elezione diretta del Presidente (...), in quanto la prevista approvazione consiliare del programma di governo instauri irragionevolmente e contraddittoriamente tra Presidente e Consiglio regionale un rapporto diverso rispetto a quello che consegue all'elezione a suffragio universale e diretto del vertice dell'esecutivo (...), in relazione alla quale non sussiste il tradizionale rapporto fiduciario con il consiglio rappresentativo dell'intero corpo elettorale».

Da ciò l'afferzata violazione del canone della «armonia con la Costituzione».

8. – Sarebbe costituzionalmente illegittimo, inoltre, l'art. 45, comma 2, della delibera statutaria, il quale prevede l'incompatibilità della carica di assessore con quella di consigliere regionale. Tale disposizione violerebbe l'art. 122, primo comma, della Costituzione, che dispone che i casi di incompatibilità dei componenti della Giunta nonché dei consiglieri regionali devono essere disciplinati dalla legge regionale nei limiti dei principi fondamentali stabiliti con legge della Repubblica.

9. – Viene impugnato anche l'art. 49, comma 2, della delibera statutaria, il quale prevede che la Giunta disciplini l'esecuzione dei regolamenti comunitari «nei limiti stabiliti dalla legge regionale». Tale norma, «omettendo di riferirsi al necessario rispetto delle norme di procedura stabilite da legge dello Stato, la quale deve disciplinare anche le modalità di esercizio del potere sostitutivo», violerebbe l'art. 117, quinto comma, della Costituzione.

10. – Da ultimo, secondo il ricorrente, sarebbe costituzionalmente illegittimo anche l'art. 63, comma 3, della delibera statutaria, il quale prevede una disciplina regionale del rapporto di lavoro del personale regionale, in conformità ai principi costituzionali e secondo quanto stabilito dalla legge e dalla contrattazione collettiva. Ciò violerebbe l'art. 117, secondo comma, lettera l), della Costituzione, in quanto porrebbe «una disciplina sostanziale del rapporto di lavoro e dei suoi aspetti fondamentali: temi, questi, da ritenersi affidati alla competenza esclusiva statale in quanto rientranti nella materia "ordinamento civile"».

11. – La Regione Emilia-Romagna, costituitasi in giudizio con atto depositato il 25 ottobre 2004, nel quale si limita a richiedere che la Corte costituzionale respinga il ricorso in quanto inammissibile e comunque infondato, in prossimità dell'udienza, ha depositato una memoria in cui, ribadendo che tutte le censure mosse avverso la propria delibera statutaria sarebbero prive di fondamento, svolge le proprie argomentazioni al riguardo.

Le questioni concernenti gli articoli 2 e 15 – che, secondo il ricorso del Governo prevederebbero il riconoscimento del diritto di voto agli stranieri – sarebbero infondate, in quanto non terrebbero conto della limitazione generale posta dalle stesse norme impugnate attraverso l'espressione «nell'ambito delle facoltà che le sono costituzionalmente riconosciute».

Quanto in particolare all'art. 15 della deliberazione statutaria, la difesa regionale osserva che sarebbe già possibile e legittima una sua parziale attuazione legislativa, poiché la Regione avrebbe già la facoltà di disciplinare il *referendum* consultivo su provvedimenti

regionali, e con riguardo a questi sarebbero ipotizzabili modalità di voto tali da distinguere il voto dei cittadini elettori da «quello delle altre classi di popolazione consultate». Sarebbe inoltre pacifico che lo statuto regionale non conferirebbe né consentirebbe il conferimento agli immigrati della qualifica di «elettore», ma solo di «prendere parte a procedure per le quali, appunto, tale qualifica generale non sia costituzionalmente necessaria».

Infondate sarebbero le censure concernenti la violazione dell'art. 117, secondo comma, lettere *f)* e *p)*, della Costituzione, dal momento che le norme statutarie impugnate non si applicherebbero ad alcun organo statale, né si riferirebbero alle procedure elettorali di Comuni, province e città metropolitane. Inesistente sarebbe inoltre l'asserito contrasto con l'art. 122, primo comma, della Costituzione, poiché tale censura potrebbe riferirsi solo all'art. 2 dello statuto, che però avrebbe carattere di norma programmatica in quanto fisserebbe semplicemente un obiettivo e non autorizzerebbe affatto una attuazione illegittima.

12. – Con riferimento alle censure relative all'art. 13, comma 1, lettera *a)*, della delibera statutaria, la difesa regionale osserva come la disposizione, nel fare riferimento agli accordi «stipulati», abbia inteso riferirsi a quelli «conclusi ed efficaci». Tale significato sarebbe confermato dal richiamo, contenuto nello stesso articolo, alle norme di procedura previste dalla legge, nel cui rispetto dovrebbe avvenire l'esecuzione degli accordi. Questa legge sarebbe sicuramente quella statale, e non già quella regionale, come sostenuto nel ricorso del Governo, dal momento che ove la delibera statutaria avesse voluto riferirsi alla legge regionale lo avrebbe detto espressamente.

13. – Quanto alle censure aventi ad oggetto gli artt. 17 e 19 della delibera statutaria, la Regione sostiene che l'istruttoria pubblica per la formazione degli atti normativi o amministrativi di carattere generale, nonché l'obbligo di motivazione costituirebbero non già violazioni, ma modalità di attuazione dell'art. 97 Cost., per di più già sperimentati a livello regionale. Istituti del genere sarebbero ben noti sia alla tradizione di altri Paesi che al sistema italiano, ove è contemplato l'istituto dell'inchiesta pubblica; né sarebbe da trascurare quanto già previsto da alcune leggi regionali.

Anche la previsione del dovere di motivazione, come dovere di tener conto degli esiti dell'istruttoria pubblica, non sarebbe affatto irragionevole; ciò sarebbe confermato anche da analoga previsione generalizzata nei trattati europei.

Infondata sarebbe, ancora, l'asserita violazione di alcune disposizioni della legge 7 agosto 1990, n. 241 (*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*). L'art. 3 di tale legge, infatti, non vieterebbe la motivazione per gli atti normativi e amministrativi generali, ma si limiterebbe a non renderla obbligatoria. L'art. 13, d'altra parte, non proibirebbe forme di partecipazione o di programmazione in relazione agli atti normativi e amministrativi generali. È ciò a prescindere dal fatto che comunque tale legge non sarebbe idonea a fungere da parametro di legittimità costituzionale dello statuto regionale.

Analoghe considerazioni varrebbero con riferimento alle censure relative all'art. 19 della delibera statutaria, il quale porrebbe regole obiettive per assicurare «un confronto con i portatori dei diversi interessi sociali».

14. – La censura rivolta contro l'art. 24, comma 4, della delibera statutaria, nella parte in cui prevede il conferimento di funzioni agli enti locali, predeterminandone la durata, si baserebbe su un fraintendimento: infatti non si disporrebbe che la Regione debba conferire le funzioni con durata limitata, ma semplicemente si manterrebbe «alla legge regionale la possibilità di farlo, quando l'oggetto e le circostanze lo richiedano», conformemente ai principi affermati dall'art. 118 della Costituzione.

15. – Quanto all'art. 26, comma 3, della delibera statutaria, impugnato in relazione all'art. 117, secondo comma, lettera *p)*, Cost., sarebbe «palese» l'inesistenza di alcuna invasione delle competenze statali, dal momento che la norma statutaria prevederebbe espressamente che tanto la delimitazione dell'area metropolitana di Bologna, quanto la individuazione delle funzioni della Città metropolitana debbano avvenire in conformità con la disciplina stabilita dalla legge dello Stato. Dunque, «la Regione individuerà le funzioni degli enti locali per quanto di sua competenza».

16. – Le censure rivolte nei confronti dell'art. 28, comma 2, della delibera impugnata, che dispone che l'Assemblea discute e approva il programma di governo predisposto dal Presidente della Regione, atterrebbero al merito delle scelte statutarie in relazione alla forma di governo e non indicherebbero quale specifica norma costituzionale sarebbe stata violata.

In ogni caso l'art. 28 individuerrebbe il punto di equilibrio, nel rispetto dell'art. 126 della Costituzione, tra due organi, il Presidente della Giunta e il Consiglio, entrambi di investitura popolare. L'omessa previsione delle conseguenze istituzionali della mancata approvazione del programma di governo, sarebbe giustificata dal fatto che esse sarebbero del tutto assenti. La difesa regionale osserva, inoltre, che disposizioni analoghe sarebbero contenute nel testo unico degli enti locali, nonché in alcuni statuti comunali.

17. – Con riferimento ai motivi di impugnazione dell'art. 45, comma 2, che stabilisce l'incompatibilità della carica di assessore con quella di consigliere regionale, la Regione ne afferma l'infondatezza, dal momento che la disposizione non atterrebbe alla materia elettorale, ma alla definizione della forma di governo regionale, specificamente affidata alle determinazioni statutarie. Diversa sarebbe la *ratio* delle incompatibilità «esterne» – quale, ad esempio, quella tra appartenenza al Consiglio o alla Giunta regionale e appartenenza al Parlamento – che avrebbero la funzione di garantire l'effettività e l'imparzialità dello svolgimento della funzione, e quella delle incompatibilità «interne» – quale appunto quella prevista dalla norma censurata – le quali atterrebbero al modo di conformare i rapporti tra gli organi fondamentali della Regione. La scelta su tale conformazione sarebbe riservata alla Regione e lo statuto costituirebbe la fonte più adatta a compierla.

18. – L'impugnazione dell'art. 49, comma 2, secondo la Regione Emilia-Romagna, sarebbe il frutto di una errata interpretazione: la disposizione, infatti, non riguarderebbe i rapporti tra fonti regionali e le leggi statali, bensì i rapporti tra legge e regolamento regionale, al fine di dare attuazione ai regolamenti comunitari, consentendo alla legge regionale di affidare alla potestà regolamentare la disciplina attuativa eventualmente necessaria.

19. – Infine, infondati sarebbero anche i motivi di impugnazione riferiti all'art. 62, comma 3, dal momento che tale disposizione non abiliterebbe la legge regionale ad interferire sul «rapporto di lavoro nei suoi aspetti di rapporto di diritto civile». Lo statuto lascerebbe infatti impregiudicato il problema dei limiti entro cui la legge regionale possa intervenire a disciplinare il rapporto di lavoro.

20. – Anche l'Avvocatura dello Stato, in prossimità dell'udienza ha presentato un'ampia memoria, nella quale si limita a ribadire analiticamente i rilievi di costituzionalità sollevati nel ricorso introduttivo.

Considerato in diritto

1. – Il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, ha impugnato gli articoli 2, comma 1, lettera *f*); 15, comma 1; 13, comma 1, lettera *a*); 17; 19; 24, comma 4; 26, comma 3; 28, comma 2; 45, comma 2; 49, comma 2; 62, comma 3, della delibera statutaria della Regione Emilia-Romagna, approvata in prima deliberazione il giorno 1° luglio 2004, ed in seconda deliberazione il giorno 14 settembre 2004, per violazione degli articoli 1; 3; 48; 49; 97; 114; 123; 117, secondo comma, lettere *a*), *f*), *l*), *p*); 117, terzo comma; 117, quinto comma, anche in relazione all'art. 6, comma 1, della legge 5 giugno 2003, n. 131 (*Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3*); 118, primo e secondo comma; 121, secondo comma; 122, primo comma; 123; 126; 138 della Costituzione.

In particolare l'art. 2, comma 1, lettera *f*), e l'art. 15, comma 1, della delibera statutaria, nella parte in cui prevedono, rispettivamente, che la Regione assicuri, «nell'ambito delle facoltà che le sono costituzionalmente riconosciute, il diritto di voto degli immigrati residenti», e che la Regione, «nell'ambito delle facoltà che le sono costituzionalmente riconosciute, riconosce e garantisce a tutti coloro che risiedono in un comune del territorio regionale i diritti di partecipazione contemplati nel presente Titolo, ivi compreso il diritto di voto nei *referendum* e nelle altre forme di consultazione popolare», violerebbero: *a*) l'art. 48 della Costituzione, in quanto lo *status* di elettore andrebbe riconosciuto solo ed esclusivamente ai cittadini; *b*) l'art. 1 della Costituzione, dal momento che tale norma farebbe implicito riferimento al concetto di cittadinanza, requisito necessario per esercitare quei diritti nei quali si sostanzia l'esercizio della sovranità; *c*) l'art. 117, secondo comma, lettere *f*) e *p*), della Costituzione, in quanto contrasterebbero con l'attribuzione al legislatore statale della competenza esclusiva in relazione agli organi dello Stato e alle relative leggi elettorali, nonché in materia di legislazione elettorale di Comuni, Province e Città metropolitane; *d*) l'art. 122, primo comma, della Costituzione, ove si ritenesse che nel «sistema di elezione» degli organi rappresentativi regionali sia ricompresa anche la definizione del relativo corpo elettorale;

e) l'art. 121, secondo comma, della Costituzione, in quanto vincolerebbe il Consiglio regionale nella sua possibilità di fare proposte di legge alle Camere, mentre l'esercizio di detto potere non potrebbe essere in alcun modo vincolato dallo statuto.

L'art. 13, comma 1, lettera a), della delibera statutaria, che prevede che la Regione, nell'ambito delle materie di propria competenza, provvede direttamente all'esecuzione degli accordi internazionali stipulati dallo Stato, nel «rispetto delle norme di procedura previste dalla legge», violerebbe l'art. 117, secondo comma, lettera a), della Costituzione, in quanto «per l'esercizio della prevista facoltà non pone la condizione che gli accordi siano stati previamente ratificati e siano entrati internazionalmente in vigore»; contrasterebbe inoltre con l'art. 117, quinto comma, della Costituzione, in quanto non specificerebbe che la legge contenente le norme procedurali alle quali la Regione deve uniformarsi deve essere una legge statale.

L'art. 17 della delibera statutaria, che prevede la possibilità di una istruttoria in forma di contraddittorio pubblico, indetta dalla Assemblea legislativa, alla quale possono prendere parte anche «associazioni, comitati e gruppi di cittadini portatori di un interesse a carattere non individuale», per la formazione di atti normativi o amministrativi di carattere generale, i quali dovranno poi essere motivati con riferimento alle risultanze istruttorie, violerebbe l'art. 97 della Costituzione, nella misura in cui comporterebbe aggravati procedurali non coerenti con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

L'art. 19 della delibera statutaria, che prevede un «diritto di partecipazione» al procedimento legislativo in capo a «tutte le associazioni» che ne facciano richiesta, violerebbe: l'art. 121 della Costituzione, e il principio di autonomia del Consiglio regionale ivi sancito; il «principio di coerenza» di cui all'art. 3 della Costituzione, in quanto non sarebbe conforme al sistema di democrazia rappresentativa realizzato dalle altre disposizioni della medesima delibera statutaria; l'art. 1, secondo comma e l'art. 49 Cost., «il quale ultimo presuppone che i fattori di politica generale (...) costituiti dai partiti siano sottesi nel funzionamento delle assemblee legislative».

L'art. 24, comma 4, della delibera statutaria, il quale prevede che «la Regione, nell'ambito delle proprie competenze, disciplina le modalità di conferimento agli enti locali di quanto previsto dall'art. 118 della Costituzione, definendo finalità e durata dell'affidamento», violerebbe l'art. 114 della Costituzione, in quanto menomerebbe l'autonomia degli enti locali e l'art. 118 della Costituzione. Quest'ultima disposizione impedirebbe infatti di «affidare temporaneamente» dette funzioni, in particolar modo ad enti, quali i Comuni, le Province e le Città metropolitane, che di esse sono qualificati come «titolari».

L'art. 26, comma 3, della delibera statutaria, il quale dispone che l'Assemblea legislativa individua, «in conformità con la disciplina stabilita dalla legge dello Stato», le funzioni della Città metropolitana dell'area di Bologna, violerebbe l'art. 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione, «che riserva alla potestà legislativa esclusiva dello Stato la materia delle funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane».

L'art. 28, comma 2, della delibera statutaria, il quale prevede che «l'Assemblea (...) discute e approva il programma di governo predisposto dal Presidente della Regione (...)», violerebbe il canone di «armonia con la Costituzione», in quanto la prevista approvazione consiliare del programma di governo instaurerebbe «irragionevolmente e contraddittoriamente tra Presidente e Consiglio regionale un rapporto diverso rispetto a quello che consegue all'elezione a suffragio universale e diretto del vertice dell'esecutivo (...), in relazione alla quale non sussiste il tradizionale rapporto fiduciario con il consiglio rappresentativo dell'intero corpo elettorale».

L'art. 45, comma 2, della delibera statutaria, nella parte in cui stabilisce l'incompatibilità della carica di assessore con quella di consigliere regionale, violerebbe l'art. 122, primo comma, della Costituzione, in quanto tale norma dispone che i casi di incompatibilità dei componenti della Giunta nonché dei consiglieri regionali devono essere disciplinati dalla legge regionale nei limiti dei principi fondamentali stabiliti con legge della Repubblica.

L'art. 49, comma 2, della delibera statutaria, il quale prevede che la Giunta disciplini l'esecuzione dei regolamenti comunitari «nei limiti stabiliti dalla legge regionale», violerebbe l'art. 117, quinto comma, della Costituzione, poiché ometterebbe «di riferirsi al necessario rispetto delle norme di procedura stabilite da legge dello Stato».

L'art. 62, comma 3, della delibera statutaria, che prevede una disciplina regionale del rapporto di lavoro del personale regionale, in conformità ai principi costituzionali e secondo

quanto stabilito dalla legge e dalla contrattazione collettiva, violerebbe l'art. 117, secondo comma, lettera l), della Costituzione, in quanto porrebbe «una disciplina sostanziale del rapporto di lavoro e dei suoi aspetti fondamentali: temi, questi, da ritenersi affidati alla competenza esclusiva statale in quanto rientranti nella materia «ordinamento civile».

2. – Occorre dichiarare la inammissibilità delle censure relative all'art. 2, comma 1, lettera f), della delibera statutaria impugnata, nella parte in cui la Regione si pone l'obiettivo di assicurare «nell'ambito delle facoltà che le sono costituzionalmente riconosciute, il diritto di voto degli immigrati residenti».

Va ricordato che negli statuti regionali entrati in vigore nel 1971 – ivi compreso quello della Regione Emilia-Romagna – si rinvenivano assai spesso indicazioni di obiettivi prioritari dell'attività regionale ed anche in quel tempo si posero problemi di costituzionalità di tali indicazioni, sotto il profilo della competenza della fonte statutaria ad incidere su materie anche eccedenti la sfera di attribuzione regionale. Al riguardo, dopo aver riconosciuto la possibilità di distinguere tra un contenuto «necessario» ed un contenuto «eventuale» dello statuto (cfr. sentenza n. 40 del 1972), si è ritenuto che la formulazione di proposizioni statutarie del tipo predetto avesse principalmente la funzione di legittimare la Regione come ente esponenziale della collettività regionale e del complesso dei relativi interessi ed aspettative. Tali interessi possono essere adeguatamente perseguiti non soltanto attraverso l'esercizio della competenza legislativa ed amministrativa, ma anche avvalendosi dei vari poteri, conferiti alla Regione stessa dalla Costituzione e da leggi statali, di iniziativa, di partecipazione, di consultazione, di proposta, e così via, esercitabili, in via formale ed informale, al fine di ottenere il migliore soddisfacimento delle esigenze della collettività stessa. In questo senso si è espressa questa Corte, affermando che l'adempimento di una serie di compiti fondamentali «legittima, dunque, una presenza politica della regione, in rapporto allo Stato o anche ad altre regioni, riguardo a tutte le questioni di interesse della comunità regionale, anche se queste sorgono in settori estranei alle singole materie indicate nell'articolo 117 Cost. e si proiettano al di là dei confini territoriali della regione medesima» (sentenza n. 829 del 1988).

Il ruolo delle Regioni di rappresentanza generale degli interessi delle rispettive collettività, riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale e dalla prevalente dottrina, è dunque rilevante nel momento presente, ai fini «dell'esistenza, accanto ai contenuti necessari degli statuti regionali, di altri possibili contenuti, sia che risultino ricognitivi delle funzioni e dei compiti della Regione, sia che indichino aree di prioritario intervento politico o legislativo» (sentenza n. 2 del 2004); contenuti che talora si esprimono attraverso proclamazioni di finalità da perseguire.

Ma la citata sentenza ha rilevato come sia opinabile la «misura dell'efficacia giuridica» di tali proclamazioni; tale dubbio va sciolto considerando che alle enunciazioni in esame, anche se materialmente inserite in un atto-fonte, non può essere riconosciuta alcuna efficacia giuridica, collocandosi esse precipuamente sul piano dei convincimenti espressivi delle diverse sensibilità politiche presenti nella comunità regionale al momento dell'approvazione dello statuto.

D'altra parte, tali proclamazioni di obiettivi e di impegni non possono certo essere assimilate alle c.d. norme programmatiche della Costituzione, alle quali, per il loro valore di principio, sono stati generalmente riconosciuti non solo un valore programmatico nei confronti della futura disciplina legislativa, ma soprattutto una funzione di integrazione e di interpretazione delle norme vigenti. Qui però non siamo in presenza di Carte costituzionali, ma solo di fonti regionali «a competenza riservata e specializzata», cioè di statuti di autonomia, i quali, anche se costituzionalmente garantiti, debbono comunque «essere in armonia con i precetti ed i principi tutti ricavabili dalla Costituzione» (sentenza n. 196 del 2003).

Dalle premesse appena formulate sul carattere non prescrittivo e non vincolante delle enunciazioni statutarie di questo tipo deriva che esse esplicano una funzione, per così dire, di natura culturale o anche politica, ma certo non normativa. Nel caso in esame, una enunciazione siffatta si rinviene proprio nell'art. 2, comma 1, lettera f), della delibera statutaria impugnata, nella parte in cui la Regione si pone l'obiettivo di assicurare «nell'ambito delle facoltà che le sono costituzionalmente riconosciute, il diritto di voto degli immigrati residenti»; tale disposizione non comporta né alcuna violazione, né alcuna rivendicazione di competenze costituzionalmente attribuite allo Stato, né fonda esercizio di poteri regionali. Va così dichiarata inammissibile, per inidoneità lesiva della disposizione impugnata, la censura avverso la denunciata proposizione della deliberazione statutaria.

3. – Le censure di illegittimità costituzionale relative all'art. 13, comma 1, lettera *a*), non sono fondate.

La disposizione impugnata, pur molto sintetica, appare agevolmente interpretabile in modo conforme al sistema costituzionale: il riferimento all'attuazione degli accordi internazionali «stipulati» dallo Stato e non anche «ratificati» non potrebbe certo legittimare un'esecuzione da parte regionale prima della ratifica che fosse necessaria ai sensi dell'articolo 80 della Costituzione, anche perché in tal caso l'accordo internazionale è certamente privo di efficacia per l'ordinamento italiano.

D'altra parte, una formula come quella utilizzata appunto nell'art. 13, comma 1, lettera *a*), della delibera statutaria può riferirsi anche all'attuazione di accordi internazionali stipulati in forma semplificata e che intervengano in materia regionale, restando ovviamente fermi i poteri statali di cui all'articolo 120, secondo comma, della Costituzione.

Al tempo stesso, l'affermato «rispetto delle norme di procedura previste dalla legge», non può che essere interpretato, sia in base al tenore letterale, sia in base ad una lettura conforme al dettato costituzionale, che come riferito alle «norme di procedura stabilite dalla legge dello Stato» di cui all'art. 117, quinto comma, della Costituzione; e ciò prima ancora della considerazione delle argomentazioni formali portate dalla difesa regionale, secondo la quale la menzione di una legge nel testo statutario impugnato si riferirebbe alla legge dello Stato.

4. – Le censure di illegittimità costituzionale relative all'art. 15, comma 1, non sono fondate.

A differenza dell'art. 2, comma 1, lettera *f*), di cui al precedente punto 2, l'art. 15, comma 1, si configura come una norma relativa ad un ambito di sicura competenza regionale («diritti di partecipazione»), che la Regione potrà esercitare «nell'ambito delle facoltà che le sono costituzionalmente riconosciute».

Quest'ultima espressione della disposizione impugnata manifesta con chiarezza l'insistenza di una attuale pretesa della Regione di intervenire nella materia delle elezioni statali, regionali e locali, riconoscendo il diritto di voto a soggetti estranei a quelli definiti dalla legislazione statale, od inserendo soggetti di questo tipo in procedure che incidono sulla composizione delle assemblee rappresentative o sui loro atti. Al tempo stesso, invece, resta nell'area delle possibili determinazioni delle Regioni la scelta di coinvolgere in altre forme di consultazione o di partecipazione soggetti che comunque prendano parte consapevolmente e con almeno relativa stabilità alla vita associata, anche a prescindere dalla titolarità del diritto di voto o anche dalla cittadinanza italiana.

Appare significativo, ad esempio, che nella medesima deliberazione statutaria sia individuabile un'esplicita disposizione in tal senso nell'art. 21, comma 1, lettera *a*) (non impugnato dal Governo), poiché si attribuisce il diritto di proposta relativo a *referendum* consultivi anzitutto a «ottantamila residenti nei Comuni della nostra Regione». E ciò analogamente a quanto già previsto a livello degli enti locali per ciò che riguarda le «circoscrizioni di decentramento comunale» (cfr. art. 17 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, *Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*).

Questa materia dovrà comunque trovare regolamentazione in leggi regionali, soggette anche al sindacato di questa Corte.

5. – Le censure di illegittimità costituzionale relative all'art. 17 sono infondate.

La previsione che «nei procedimenti riguardanti la formazione di atti normativi o amministrativi di carattere generale, l'adozione del provvedimento finale può essere preceduta da istruttoria pubblica» rappresenta l'inserimento anche a livello statutario di istituti già sperimentati e funzionanti, anche in alcune delle maggiori democrazie contemporanee. Infondati sono quindi i rilievi sollevati nel ricorso governativo, che muovono da una pretesa violazione dei canoni di buona amministrazione per gli atti di natura amministrativa, o della riserva del potere legislativo al Consiglio regionale per gli atti legislativi: questi istituti, infatti, non sono certo finalizzati ad espropriare dei loro poteri gli organi legislativi o ad ostacolare o a ritardare l'attività degli organi della pubblica amministrazione, ma mirano a migliorare ed a rendere più trasparenti le procedure di raccordo degli organi rappresentativi con i soggetti più interessati dalle diverse politiche pubbliche. D'altra parte, a riprova della preminenza dell'interesse pubblico all'efficace funzionamento delle istituzioni legislative ed amministrative, il quarto comma dello stesso art. 17 impugnato affida alla legge regionale la regolamentazione delle «modalità di attuazione dell'istruttoria pubblica, stabilendo i termini per la conclusione delle singole fasi e dell'intero procedimento».

Né, tanto meno, è condivisibile l'opinione che il giusto riconoscimento per il ruolo fondamentale delle forze politiche che animano gli organi rappresentativi possa essere contraddetto dal riconoscimento di alcune limitate e trasparenti procedure di consultazione da parte degli organi regionali dei soggetti sociali od economici su alcuni oggetti di cui siano particolarmente esperti.

Quanto ai rilievi relativi al fatto che in tal caso «il provvedimento finale è motivato con riferimento alle risultanze istruttorie», anche volendosi in questa sede prescindere dalla contestabile configurabilità della legge sul procedimento amministrativo come parametro di costituzionalità, basta considerare che l'art. 3, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241 (*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*), non impone, ma certo non vieta, la motivazione degli atti normativi; ed in ogni caso – come ben noto – la motivazione degli atti amministrativi generali, nonché di quelli legislativi è la regola nell'ordinamento comunitario: sembra pertanto evidente che la fonte statutaria di una Regione possa operare proprie scelte in questa direzione.

6. – Non sono fondate le censure di illegittimità costituzionale relative all'art. 19, concernenti le modalità di consultazione da parte degli organi consiliari dei soggetti associativi «le cui finalità siano improntate a scopi di interesse generale» e che chiedano di partecipare ad alcune fasi preliminari del procedimento legislativo e della «definizione degli indirizzi politico-programmatici più generali»; al contrario, la normativa prevede semplicemente alcune procedure per cercare di garantire (in termini più sostanziali che nel passato) ad organismi associativi rappresentativi di significative frazioni del corpo sociale la possibilità di essere consultati da parte degli organi consiliari. La normativa non appare neppure tale da ostacolare la funzionalità delle istituzioni regionali e la stessa previsione di una futura disciplina per la formazione di un albo e di un «protocollo di consultazione» potrà permettere comunque di graduare le innovazioni compatibilmente con la piena efficienza delle istituzioni regionali.

Inoltre, il riconoscimento dell'autonomia degli organi rappresentativi e del ruolo dei partiti politici non viene affatto negato da un disciplina trasparente dei rapporti fra le istituzioni rappresentative e frazioni della cosiddetta società civile, secondo quanto, d'altronde, già ampiamente sperimentato da alcuni decenni sulla base degli statuti regionali vigenti.

7. – Le censure di illegittimità costituzionale relative all'art. 24, comma 4, non sono fondate.

Il conferimento agli enti locali di funzioni amministrative nelle materie di competenza legislativa delle Regioni tramite apposite leggi regionali presuppone, con tutta evidenza, non solo una previa valutazione da parte del legislatore regionale delle concrete situazioni relative ai diversi settori alla luce dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza in riferimento alle caratteristiche proprie del sistema di amministrazione locale esistente nel territorio regionale, ma anche la perdurante ricerca del migliore possibile modello di organizzazione del settore. Tutto ciò quindi presuppone anche la possibilità di modificare questa legislazione sulla base dei risultati conseguiti (cioè che comunque è implicito nella stessa attribuzione alla legge regionale del potere di conferire queste funzioni), se non pure l'eventuale sperimentazione di diversi modelli possibili.

Le censure di costituzionalità sollevate dal ricorso muovono, invece, da una lettura non condivisibile degli articoli 114 e 118 della Costituzione, dal momento che sembrano ipotizzare l'esistenza di rigidi vincoli per il legislatore regionale nell'attuazione dell'art. 118 della Costituzione ed una sostanziale equiparazione fra funzioni degli enti locali «proprie» e «conferite», invece ben distinte dal secondo comma dell'art. 118 della Costituzione.

8. – La censura di illegittimità costituzionale relativa all'art. 26, comma 3, non è fondata.

Il testo di questa disposizione subordina espressamente l'esercizio dei poteri regionali («delimitazione dell'area metropolitana di Bologna», «costituzione della città metropolitana», «individuazione delle sue funzioni») al rispetto della «disciplina stabilita dalla legge dello Stato» e non si può quindi dedurre la volontà della Regione di contraddire la competenza statale esclusiva in tema di determinazione «delle funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane». D'altra parte il secondo comma dell'articolo 118 della Costituzione, nell'affidare il potere di «conferimento» delle funzioni amministrative anche alla legge regionale, si riferisce espressamente pure alle Città metropolitane.

9. – La censura di illegittimità costituzionale relativa all'art. 28, comma 2, non è fondata.

L'Avvocatura dello Stato sostiene che la previsione che il Consiglio regionale debba discutere ed approvare il programma di governo predisposto dal Presidente della Regione ed annualmente verificarne l'attuazione si porrebbe in contrasto «con l'elezione diretta del Presidente (di cui sembra ridurre i poteri di indirizzo), in quanto la prevista approvazione consiliare del programma di governo instauri irragionevolmente e contraddittoriamente tra Presidente e Consiglio regionale un rapporto diverso rispetto a quello che consegue all'elezione a suffragio universale e diretto del vertice dell'esecutivo». Di conseguenza una disposizione del genere «non può ritenersi in armonia con la Costituzione».

Al contrario, va considerato che la determinazione della forma di governo regionale da parte degli statuti non si esaurisce nella individuazione del sistema di designazione del Presidente della Regione, ai sensi dell'art. 122, quinto comma, della Costituzione. Nel caso che venga scelto, come fa la delibera statutaria in oggetto, il sistema della elezione a suffragio universale e diretto del Presidente della Regione, ciò ha quale sicura conseguenza l'impossibilità di prevedere una iniziale mozione di fiducia da parte del Consiglio, nonché la ulteriore conseguenza delle dimissioni della Giunta e dello scioglimento del Consiglio (art. 126, terzo comma, della Costituzione) nel caso di successiva approvazione della mozione di sfiducia nei confronti del Presidente.

Entro questi limiti, peraltro, si esplica l'autonomia statutaria, che ben può disciplinare procedure e forme del rapporto fra i diversi organi regionali, più o meno riducendo l'area altrimenti lasciata alla prassi o alle relazioni meramente politiche: ciò in particolare rileva nei rapporti fra Consiglio regionale, titolare esclusivo del potere legislativo (ivi compresa la legislazione di bilancio), nonché di alcuni rilevanti poteri di tipo amministrativo, e i poteri di indirizzo politico del Presidente della Regione che si esprimono, tra l'altro, anche nella predisposizione del fondamentale «programma di governo» della regione.

Appare evidente che proprio la mancata disciplina nella delibera statutaria di conseguenze di tipo giuridico (certamente inammissibili, ove pretendessero di produrre qualcosa di analogo ad un rapporto fiduciario), derivanti dalla mancata approvazione da parte del Consiglio del programma di governo del Presidente, sta a dimostrare che si è voluto semplicemente creare una precisa procedura per obbligare i fondamentali organi regionali ad un confronto iniziale e successivamente ricorrente, sui contenuti del programma di governo; confronto evidentemente ritenuto ineludibile e produttivo di molteplici effetti sui comportamenti del Presidente e del Consiglio: starà alla valutazione del Presidente prescindere eventualmente dagli esiti di tale dialettica, così come starà al Consiglio far eventualmente ricorso al drastico strumento della mozione di sfiducia, con tutte le conseguenze giuridiche previste dall'art. 126, terzo comma, della Costituzione.

10. – La censura di illegittimità costituzionale relativa all'art. 45, comma 2, è fondata limitatamente al terzo periodo del comma.

L'articolo 122 della Costituzione riserva espressamente alla legge regionale, «nei limiti dei principi fondamentali stabiliti con legge della Repubblica», la determinazione delle norme relative al «sistema di elezione» e ai «casi di ineleggibilità e di incompatibilità del Presidente e degli altri componenti della Giunta regionale nonché dei consiglieri regionali», senza che si possa distinguere (come invece ipotizza la difesa regionale) fra ipotesi di incompatibilità «esterne» ed «interne» all'organizzazione istituzionale della Regione.

È vero che le scelte in tema di incompatibilità fra incarico di componente della Giunta regionale e di consigliere regionale possono essere originate da opzioni statutarie in tema di forma di governo della Regione, ma – come questa Corte ha già affermato in relazione ad altra delibera statutaria nella sentenza n. 2 del 2004 – occorre rilevare che il riconoscimento nell'articolo 123 della Costituzione del potere statutario in tema di forma di governo regionale è accompagnato dalla previsione dell'articolo 122 della Costituzione, e che quindi la disciplina dei particolari oggetti a cui si riferisce espressamente l'art. 122 sfugge alle determinazioni lasciate all'autonomia statutaria.

Né la formulazione del terzo periodo del secondo comma dell'art. 45, del resto, può essere interpretata come espressiva di un mero principio direttivo per il legislatore regionale, nell'ambito della sua discrezionalità legislativa in materia.

11. – La censura di illegittimità costituzionale relativa all'art. 49, comma 2, non è fondata.

Il Governo censura l'ultimo periodo del secondo comma dell'art. 49 della delibera statutaria, che prevede la possibilità che la Giunta regionale disciplini con regolamento, «nei limiti stabiliti dalla legge regionale», l'esecuzione di regolamenti comunitari, la cui applicazione evidentemente esiga l'adozione di apposite normative: la censura muove dalla constatazione che questa disposizione statutaria non richieda il «necessario rispetto delle norme di procedura stabilite dalla legge dello Stato, la quale deve disciplinare anche le modalità di esercizio del potere sostitutivo», ciò che costituirebbe violazione dell'art. 117, quinto comma della Costituzione.

L'art. 49 della delibera statutaria disciplina in generale i rapporti fra le leggi ed i regolamenti regionali, dando per presupposta la titolarità da parte della Regione dei poteri normativi nelle varie materie e pertanto non pone anche in questa sede il problema dei limiti sostanziali e procedurali di questi ultimi; d'altra parte, mentre il riconoscimento del potere delle Regioni di dettare discipline per l'applicazione dei regolamenti comunitari risale all'art. 6, comma 1, del d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616 (*Attuazione della delega di cui all'art. 1 della legge 22 luglio 1975, n. 382*), nulla di difforme è stato previsto dalla legislazione statale di attuazione del nuovo Titolo V, né appare necessario ribadire l'esistenza dei poteri sostitutivi ora previsti dal secondo comma dell'articolo 120 della Costituzione e dall'art. 8 della legge n. 131 del 2003.

12. – La censura di illegittimità costituzionale relativa all'art. 62, comma 3, non è fondata.

Il rilievo di costituzionalità muove da una lettura del riferimento alla «legge» nel terzo comma dell'art. 62 della delibera statutaria, come «legge regionale»: da tale interpretazione il ricorrente desume che «la norma prevede una disciplina regionale del lavoro del personale regionale» e che quindi viola l'articolo 117, secondo comma, lettera l), della Costituzione. Se, invece, si considera che in altri commi dello stesso articolo là dove si è inteso fare riferimento al potere normativo della Regione, si è scritto «legge regionale», il terzo comma assume il significato di una disposizione meramente ricognitiva del rapporto fra legislazione e contrattazione, alla luce dei principi costituzionali, nella disciplina del rapporto di lavoro del personale regionale.

Per questi motivi la Corte Costituzionale

1) *dichiara* l'illegittimità costituzionale dell'art. 45, comma 2, terzo periodo, della delibera statutaria della Regione Emilia-Romagna, approvata in prima deliberazione il giorno 1° luglio 2004, ed in seconda deliberazione il giorno 14 settembre 2004;

2) *dichiara* l'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1, lettera f), della predetta delibera statutaria della Regione Emilia-Romagna, proposte con il ricorso indicato in epigrafe, per violazione degli artt. 1, 48, 117, secondo comma, lettere f) e p), 122, primo comma, e 121, secondo comma, della Costituzione;

3) *dichiara* non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 13, comma 1, lettera a), della delibera statutaria della Regione Emilia-Romagna, proposte con il ricorso indicato in epigrafe, per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera a), e dell'art. 117, quinto comma, della Costituzione;

4) *dichiara* non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 15, comma 1, della delibera statutaria della Regione Emilia-Romagna, proposte con il ricorso indicato in epigrafe, per violazione degli artt. 1, 48, 117, secondo comma, lettere f) e p), 122, primo comma, e 121, secondo comma, della Costituzione;

5) *dichiara* non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 17 della delibera statutaria della Regione Emilia-Romagna, proposte con il ricorso indicato in epigrafe, per violazione dell'articolo 97 della Costituzione e dei «principi in tema di attività normativa»;

6) *dichiara* non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 19 della delibera statutaria della Regione Emilia-Romagna, proposte con il ricorso indicato in epigrafe, per violazione degli articoli 1, secondo comma, 3, 49 e 121 della Costituzione;

7) *dichiara* non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 24, comma 4, della delibera statutaria della Regione Emilia-Romagna, proposte con il ricorso indicato in epigrafe, per violazione degli articoli 114 e 118 della Costituzione;

8) *dichiara* non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 26, comma 3, della delibera statutaria della Regione Emilia-Romagna, proposta con il ricorso indicato in epigrafe, per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione;

9) *dichiara* non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 28, comma 2, della delibera statutaria della Regione Emilia-Romagna, proposta con il ricorso indicato in epigrafe, per violazione del canone di «armonia con la Costituzione» di cui all'articolo 123 della Costituzione;

10) *dichiara* non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 49, comma 2, della delibera statutaria della Regione Emilia-Romagna, proposta con il ricorso indicato in epigrafe, per violazione dell'art. 117, quinto comma, della Costituzione;

11) *dichiara* non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 62, comma 3, della delibera statutaria della Regione Emilia-Romagna, proposta con il ricorso indicato in epigrafe, per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera *l*), della Costituzione.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte Costituzionale, Palazzo della Consulta, il 29 novembre 2004 (*omissis*)».

Espropriazione per pubblica utilità. Opposizione al valore di stima dei beni espropriati

(Corte di Cassazione, Sezione prima civile, Sentenza 6 aprile 2004 n. 12318)

Con la sentenza in esame, la Suprema Corte ha affermato – in tema di tempestiva opposizione al valore di stima dei beni espropriati proposta dallo stesso ente espropriante – che il termine comincia a decorrere dalla notificazione del decreto di espropriazione e non dal giorno dell'emissione del decreto come la stessa Corte aveva anteriormente statuito; ponendosi, in tal modo, in consapevole contrasto con un proprio precedente.

Invero, con la sentenza del 29 maggio 1997 n. 4748(1) la Cassazione aveva sostenuto una diversa tesi secondo cui «ai fini della decorrenza, per l'espropriante che cumuli in sé anche la veste di autorità competente ad emanare il decreto di esproprio del termine per l'opposizione di cui all'art. 19 della legge n. 865 del 1971 nelle ipotesi in cui il decreto di esproprio contenga già compiutamente in sé (e perciò ancor prima della pubblicazione sul FAL, dell'avviso di deposito della stessa) l'indicazione dell'indennità definitiva siccome stimata, il momento di piena conoscenza della stima al quale si lega la decorrenza del termine decadenziale, non può essere fissato, in parallelo a quanto accade, invece, in questi casi, per l'espropriato in quello in cui dell'avvenuta notifica del decreto di esproprio, ma in quello in cui il decreto di esproprio venga ritualmente adottato dallo stesso espropriante. Infatti, altrimenti, a collegare, anche per l'espropriante la decorrenza del termine di decadenza al momento della notifica del decreto ablatorio all'espropriato (attività – quest'ultima – evidentemente rimessa alla discrezionale iniziativa dell'espropriante stesso) si perverrebbe all'inammissibile conseguenza di far dipendere dall'attività dello stesso soggetto interessato all'attività impugnatoria, il decorso dell'invece perentorio termine per il suo compimento, con evidente violazione dei principi della predeterminatezza e della alterità della fonte nella decadenza.»

È noto che il *dies a quo* del termine per proporre opposizione decorre dalla data di pubblicazione della stima nel Foglio degli Annunci Legali della Provincia, e che nel caso di «anomalia procedimentale» – in cui il decreto di esproprio sia successivo all'adempimento di tale formalità – l'atto partecipativo conclusivo del procedimento, che segna l'inizio della decorrenza del termine per l'opposizione, non può essere altro che la notificazione del decreto di opposizione.

Ora, secondo il precedente orientamento della Cassazione, laddove si versasse in ipotesi di «anomalia procedimentale» e l'opposizione fosse proposta dall'ente espropriante, il termine decorreva, non dalla notificazione del decreto, ma dall'emissione dello stesso.

La sentenza in rassegna propone un nuovo indirizzo.

(1) Pubblicata in *questa Rassegna*, 1997, 150.

La soluzione cui giunge la Cassazione appare del tutto condivisibile, non potendo trascurare la circostanza, che solo con la notificazione del decreto di esproprio il procedimento si conclude e l'atto amministrativo acquista efficacia, e che dunque, solo allora, sorge un effettivo interesse per entrambe le parti (privato e amministrazione) a discutere in giudizio di una stima ritenuta incongrua.

Dott.ssa Iole Moricca

Corte di Cassazione, sezione prima civile, sentenza 6 aprile 2004, n. 12318 – Pres. A. Saggio – Cons. est. U. R. Panebianco – P.S., P.G. (Avv. G. Giacobbe) c/ Assessorato beni culturali ed ambientali e della pubblica istruzione della Regione siciliana (ct. 103269/02, Avv. dello Stato G. Fiengo).

«(omissis) Con il primo motivo di ricorso S. e G. P. denunciano violazione e falsa applicazione dell'art. 11 della legge n. 2359 del 1865 e dell'art. 19 della legge n. 865/1971 nonché omessa e/o insufficiente e/o contraddittoria motivazione. Lamentano che la Corte d'Appello abbia rigettato con la sentenza non definitiva la eccezione di inammissibilità ritenendo tempestiva l'opposizione di stima sul rilievo che la relazione di stima e la relativa pubblicità erano state eseguite anteriormente alla pronuncia del provvedimento di esproprio e che in tal caso il termine decorre dalla notificazione di tale provvedimento, senza considerare che un tale principio non trova applicazione allorché l'opposizione alla stima sia proposta dall'ente espropriante, dovendosi in questa diversa ipotesi far riferimento al momento in cui l'Assessorato abbia avuto conoscenza della determinazione operata dalla Commissione (nel caso in esame il 29 maggio 1990) ovvero al momento in cui il decreto di esproprio venga adottato (nel caso in esame il 2 ottobre 1990) e non già a quello della relativa notifica (12 dicembre 1990).

La censura è infondata.

I ricorrenti non contestano il principio di diritto affermato da questa Corte e fatto proprio dalla Corte d'Appello, secondo cui nell'ipotesi definita di «anomalia procedimentale» – nella quale la relazione di stima del bene da espropriare e la pubblicità attraverso il Foglio degli Annunci Legali della Provincia siano eseguite anteriormente all'emissione del decreto di esproprio – il termine di trenta giorni per l'opposizione alla stima previsto dall'art. 19 della legge 865/1971 comincia a decorrere dalla notifica di detto provvedimento, ma ritengono che esso non possa trovare applicazione qualora, come nel caso in esame, l'opposizione alla stima venga proposta dallo stesso ente espropriante che ha emesso il decreto, dovendosi in tal caso far riferimento ai fini della decorrenza al momento in cui il decreto sia stato adottato dallo stesso espropriante in quanto in quel momento ha mostrato di averne avuto conoscenza legale.

A tale tesi, sostenuta da una decisione di questa Corte (Cass. 4748/1997), il Collegio non ritiene di poter aderire, ponendosi così in consapevole contrasto con il proprio precedente di cui non condivide le ragioni adottate a sostegno.

La richiamata pronuncia infatti ritiene che, essendo l'attività notificatoria rimessa alla discrezionale attività dello stesso espropriante, si perverrebbe all'inammissibile conseguenza, qualora anche per lui la decorrenza del termine decadenziale venisse collegata al momento della notifica all'espropriato del provvedimento ablatorio, di far dipendere dallo stesso soggetto interessato all'attività impugnatoria il decorso del termine, con violazione in tal modo dei principi di predeterminatezza e di alterità della fonte di decadenza.

Non tiene conto però una tale motivazione che le conseguenze cui si è ritenuto di ovviare si ripresenterebbero ugualmente, sia pure collegate ad un momento precedente, in quanto anche in tal caso la decorrenza dipenderebbe, con l'esercizio del potere di emissione del decreto di esproprio, dalla attività dello stesso soggetto interessato all'opposizione.

Del resto, nell'ipotesi normale in cui il decreto di esproprio, privo dell'indicazione dell'indennità definitiva, preceda il compimento delle formalità previste dall'art. 15 della legge 865/1971, non si dubita che pure per l'espropriante – anche qualora si identifichi con il soggetto che ha emesso il decreto di esproprio – il termine di cui all'art. 19 decorra dall'avve-

nuto compimento da parte sua di dette formalità, con la conseguenza che sarebbe incomprensibile seguire un diverso criterio nell'ipotesi, come quella in esame, di cosiddetta anomalia procedimentale.

È pur vero che la Corte Costituzionale, come evidenziato dai ricorrenti nelle note di udienza, ha operato una scissione in ordine al momento di perfezionamento della notifica degli atti processuali a seconda che si faccia riferimento al notificante od al soggetto cui la notifica è diretta (C. Cost. n. 477/1992; n. 69/1994; n. 358/1996, e da ultimo, n. 28/2004), ma a tali conclusioni è pervenuta nella diversa prospettiva, non assimilabile alla ipotesi in esame di cui al richiamato art. 19, del termine ultimo per la notifica al fine di evitare che sul notificante ricadano le conseguenze negative di un procedimento notificatorio in parte sottratto ai suoi poteri di impulso e riferibile a soggetti diversi (ufficiale giudiziario ed agente postale suo ausiliario). Nel caso in esame il problema riguarda infatti il momento di inizio della decorrenza del termine e non si pongono questioni relative al procedimento notificatorio.

Del resto l'ordinamento conosce e disciplina situazioni analoghe come quella derivante dalla notifica della sentenza a cura di una parte e non si dubita che in tal caso il termine breve decorra per entrambe le parti dall'avvenuta notifica (fra le tante Cass. 10782/1997), senza che siano mai state poste o condivise eventuali questioni collegabili alla discrezionalità del notificante dalla cui attività verrebbe a dipendere detta decorrenza (*omissis*)».

Ragionevole durata del processo e *decisione definitiva*: spunti critici da una recente pronuncia della Corte d'Appello di Milano

(Corte d'Appello di Milano, Sezione seconda, decreto 22 ottobre 2004, n. 871)

Una recente, innovativa, pronuncia della Corte d'Appello di Milano (Sez. II, decreto 22 ottobre 2004, n. 871), sotto pubblicata, offre lo spunto per alcune considerazioni critiche sul significato da attribuire all'inciso normativo *decisione definitiva* di cui dall'art. 4 della legge n. 89 del 2001.

Come noto, la norma richiamata dispone che la domanda di riparazione per la ragionevole durata del processo può essere proposta «...a pena di decadenza entro sei mesi dal momento in cui la decisione, che conclude il medesimo procedimento, è divenuta definitiva».

L'autorevole intervento della Corte d'Appello di Milano, in calce riprodotto, fa propria un'interpretazione del dettato normativo che fa coincidere la *definitività* della decisione con la pubblicazione della stessa e, quindi, con il momento in cui il giudice si spoglia del giudizio.

Con il decreto *de quo*, per la prima volta, la Corte d'Appello di Milano accoglie una tesi già proposta dalla Corte d'Appello di Genova (decreto Sez. Lav., 31 ottobre 2002, n. 348 sotto pubblicato) che, nel richiamarsi alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), abdica al significato classico di *definitività* per condividere un'opzione esegetica che individua nella *definitività* il momento certo in cui la parte è in grado di valutare se vi sia stata violazione della ragionevole durata del processo.

Si fa quindi coincidere il termine da cui far decorrere il semestre per introdurre il ricorso con il deposito nella cancelleria del giudice dei motivi della decisione.

La Corte d'Appello di Milano, nel decreto in esame, fa espresso riferimento alla giurisprudenza prodotta dall'Avvocatura dello Stato e, in particolar modo, alla menzionata pronuncia della Corte d'Appello di Genova che si riporta al disposto dell'art. 35, I c., della CEDU: «*La Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, quale è inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti, ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione definitiva*».

Il tenore letterale della disposizione è analogo a quello dell'art. 4 della cosiddetta «legge Pinto». Pertanto, secondo i giudici genovesi, non può darsi alla norma nazionale un significato diverso da quello attribuito dalla giurisprudenza europea alla disposizione convenzionale che, per quanto concerne il termine semestrale, «*lo ha ancorato all'atto che conclude definitivamente il procedimento o il giudizio, ed in particolare al momento del deposito nella cancelleria del Giudice dei motivi della decisione. Infatti, dopo una risalente pronuncia in cui il termine era stato ancorato alla lettera del provvedimento in pubblica udienza (cfr. decisione della Commissione 5759 del 20 maggio 1972 contro l'Austria, successivamente (decisione n. 9299/1981 del 13 marzo 1984 contro la Svizzera) si è ritenuto che le délais de six mois devait être compété à partir de la notification du texte complet de l'arrêt. Infatti tale termine risponde oltre*

a finalità di certezza giuridica (cfr. dec. n. 9587/1981, 13 dicembre 1982) al bisogno di fornire all'interessato uno *spatium deliberandi* sufficiente per permettergli di valutare l'opportunità di introdurre la richiesta».

Tale necessità, ad avviso della Corte d'Appello di Genova, «non comincia a decorrere che dal momento in cui il richiedente ha potuto prendere conoscenza dei motivi della decisione, e quindi con il deposito nella cancelleria dei motivi della decisione».

È da ritenersi che, nell'aderire all'orientamento interpretativo della Corte d'Appello di Genova, la Corte d'Appello di Milano abbia debitamente considerato le sentenze delle Sezioni Unite nn. 1338-1339-1340-1341, tutte del 26 gennaio 2004. (1)

Non può, d'altra parte, sottacersi che la Corte di Cassazione, Sezione I, 18 luglio 2003 n. 11231, proprio nel riformare un decreto della Corte d'Appello di Genova, ha ritenuto di cassare la pronuncia impugnata, che dichiarava inammissibile il ricorso presentato, giacché «*sussisteva la prova documentale della ricorrenza della condizione di proponibilità della domanda di riparazione richiesta dal menzionato art. 4 essendo ancora pendente il termine annuale di impugnazione concesso alla società cooperativa e dalle controparti per proporre impugnazione contro la sentenza*», posto che «*tutti i provvedimenti giurisdizionali aventi contenuto decisorio possono essere impugnati fino al decorso di un anno e quarantasei giorni dalla pubblicazione di essi*».

Il decreto della Corte d'Appello di Milano in calce riportato si discosta dalla sentenza sopra richiamata facendo decorrere il semestre dalla pubblicazione della pronuncia.

Giova rilevare che sul concetto di *decisione definitiva* la Suprema Corte ha avuto modo di intervenire più volte e non sempre in modo univoco.

Nella pronuncia n. 11046/02, che ha trovato pubblicazione in questa rivista (2), i giudici di legittimità hanno affermato che «*il concetto di decisione definitiva non coincide con quello di sentenza passata in giudicato ben noto al nostro ordinamento, sicché il legislatore l'avrebbe adottato se ad esso avesse inteso riferirsi, bensì indica il momento in cui il diritto azionato ha trovato effettiva realizzazione*» (conf. Cass. 13768/02).

L'enunciazione della Cassazione, come autorevolmente notato (3), «*è in contraddizione con quella fornita dalle coeve sentenze (ad es. la n. 13422/02) secondo cui sentenza definitiva (significa) passaggio in giudicato*».

Il *dictum* della Suprema Corte si potrebbe interpretare nel senso che «*il momento in cui il diritto azionato ha trovato effettiva realizzazione*» non coincide con l'effettiva soddisfazione delle pretese azionate, bensì si realizza allorché viene soddisfatto il diritto del cittadino al provvedimento giurisdizionale sul merito con l'emissione dello stesso, e quindi con la pubblicazione della pronuncia, qualunque sia la decisione sul *petitum*.

Tale soluzione non appare però rispettosa del dettato della sentenza n. 11046/02, né pare confermare l'interpretazione adottata dalla Corte d'Ap-

(1) Vedi questa *Rassegna*, gennaio-marzo 2004, 276.

(2) Questa *Rassegna*, aprile-giugno 2002, 111.

(3) *Ivi*, nota di A. PALATIello, 141.

pello di Milano, in quanto la pronuncia della Suprema Corte non è volta a far coincidere la *definitività* con la pubblicazione, ma tesa ad ammettere la riparazione anche nella procedura esecutiva.

Sostengono i giudici di legittimità nella sentenza richiamata che il momento di effettiva realizzazione della domanda azionata, nella esecuzione del rilascio dell'immobile, «è quello della riconsegna del bene all'avente diritto, quando cioè la controversia rilevante ai fini della durata ragionevole del procedimento, perviene a definizione».

Emerge, in definitiva, un quadro interpretativo non esplicito e incerto come si ricava dal decreto della Corte d'Appello di Firenze 6 novembre 2003 (R.G. n. 274/2003), sotto pubblicato, con il quale il giudicante, riportandosi alla giurisprudenza di legittimità sopra menzionata, rileva che l'espressione «*decisione definitiva*» non coincide con quella di sentenza passata in giudicato e ritiene che per *definitività* della decisione si intende «(salvi i casi in cui il provvedimento del giudice che pone termine al processo in corso dinanzi a lui presupponga un'ulteriore fase attuativa, destinata a consentire l'effettiva realizzazione del diritto la cui tutela in quel processo era stata invocata) l'insuscettibilità di quella decisione di essere revocata, modificata e riformata dal medesimo giudice chiamato a provvedere in grado successivo e, quindi, che avverso quella decisione non siano possibili rimedi di impugnazione ordinaria».

Non si desume con chiarezza come tale «*insuscettibilità*» della decisione emessa ad «essere revocata, modificata e riformata» si differenzi dal passaggio in giudicato. Tuttavia, pare di rilevare dall'affermata esclusione della coincidenza fra *decisione definitiva* e pronuncia passata in giudicato un'avvertita «discordanza» fra il tenore della norma e la *ratio* della legge di riparazione.

Il recente orientamento assunto dalla Corte d'Appello di Milano che individua la *definitività* nella pubblicazione della pronuncia tende a risolvere tale «discordanza».

Il decreto *de quo* pare maggiormente osservare la *ratio* legislativa che ha inteso tutelare il cittadino e ristorarlo nell'ipotesi di mancato rispetto della ragionevole durata del giudizio. Non a torto la Corte d'Appello di Genova nella richiamata pronuncia sostiene che non vi è una fondata ragione perché il *dies a quo* per far valere la riparazione debba decorrere dal passaggio in giudicato della pronuncia e non, come più ragionevolmente dovrebbe ritenersi, dalla pubblicazione della stessa, ossia dal momento in cui il cittadino, che nell'esercitare l'azione ha fatto valere un suo diritto, ha conoscenza del provvedimento giudiziale ed è quindi in grado di valutare perfettamente se vi sia stata violazione del precetto sulla ragionevole durata e conseguente pregiudizio.

Va peraltro considerato che al ristoro previsto dalla cosiddetta «legge Pinto» accede non solo chi ha vinto la causa, ma altresì la parte soccombente (cfr. Corte d'Appello di Genova, decreto richiamato).

Non assume, dunque, particolare significato attendere il passaggio in giudicato posto che il danno o si è già verificato («*La domanda di riparazione*

può essere proposta durante la pendenza del procedimento nel cui ambito la violazione si assume verificata...», art. 4, legge n. 89/01) oppure si consolida al più tardi con il deposito dei motivi della decisione nella cancelleria del giudicante.

Concludendo, se, da un lato, un'interpretazione letterale della norma non è del tutto appagante, per contro, i motivi di ragionevolezza sopra esposti portano ad ascrivere al concetto di definitività un significato *atecnico* per la verità alieno alla nostra tradizione giuridica.

Una soluzione risolutiva sulla controversa questione può venire dall'intervento della Corte costituzionale, adita proprio dalla Corte d'Appello di Genova, che con ordinanza in data 5 novembre 2003 dubitava della legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge n. 89 del 2001 in relazione agli artt. 24 e 101 Cost., nella parte in cui la norma subordina l'ammissibilità della domanda all'osservanza del termine decadenziale di sei mesi decorrente *«dal momento in cui la decisione che conclude il procedimento è diventata definitiva»*.

In particolare, il Collegio sostiene che *«Il dies a quo da cui decorre il termine decadenziale non può essere inteso se non come coincidente col momento in cui il provvedimento conclusivo del procedimento (e non di un semplice grado) è diventato definitivo: vale a dire col momento in cui il provvedimento stesso non è più soggetto a impugnazione ordinaria»*.

Il giudice remittente lamenta che *«tale momento, nell'ipotesi di sentenza civile pubblicata, non è conoscibile dalla parte cui la legge attribuisce il potere di paralizzare l'azione avversaria attraverso l'esercizio del potere di eccezione né dal giudice investito del dovere di ufficio di verificare l'ammissibilità della domanda»*.

Sulla questione, discussa all'udienza del 14 dicembre 2004, il giudice delle leggi non si è ancora pronunciato.

In attesa della decisione giova rilevare che, con atto di intervento nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale, l'Avvocatura Generale dello Stato (ct. 45119/03, Avv. Palatiello), nell'interesse del Presidente del Consiglio dei Ministri in carica, ritenendo infondata la proposta questione, ha sostenuto che *«ogniquale volta la definitività della pronuncia risulta da atto formale e pubblico o comunque da atto che sia nella disponibilità della parte interessata a verificare la tempestività della domanda, nessun dubbio di costituzionalità è consentito»*. Tuttavia, *«nei casi in cui la definitività dipende dalla notifica ad istanza di parte, che non risulta da documenti disponibili, non resta che interpretare la disposizione coerentemente con la norma europea, nel senso che il calcolo di sei mesi si opera dal deposito della sentenza; sarebbe invero di eccessiva difficoltà, e dunque incompatibile con l'art. 24 Cost., l'onere, per il convenuto, di operare ricerche – spesso impedita dalla “riservatezza” – sull'avvenuta notifica ad istanza di parte ad un terzo, con il quale il convenuto ex “legge Pinto” non ha rapporto alcuno»*.

In tal senso, conclude l'Avvocatura Generale, *«la norma non appare come contraddittoria nel porre un termine decadenziale di impossibile verifica, così come contraddittoria non sarebbe se dovesse essere interpretata nel senso che in detta ipotesi sia onere dell'attore dare la prova della non intervenuta notifica della sentenza e dunque della tempestività della domanda di equa riparazione»*.

Dott. Francesco Vignoli

Corte di Appello di Genova, Sezione Lavoro, decreto 16 luglio-31 ottobre 2002 – Pres. G.Russo – Rel. E.Ravera – F.R. (Avv. S.Ceni) c/ Presidente del Consiglio dei Ministri.

«(Omissis) La Corte, letto il ricorso nei confronti del Presidente del Consiglio dei Ministri con il quale F.R. lamenta l'irragionevole durata del giudizio da lui promosso l'8 febbraio 1989 avanti alla Corte dei Conti, sezione giurisdizionale con sede in Roma, e poi dinnanzi alla sezione giurisdizionale della Toscana, contro il Ministero della difesa, Ministero che aveva negato al ricorrente il miglioramento pensionistico a fronte di intervenuto aggravamento della propria infermità, ricorso deciso con sentenza depositata il 19 ottobre 2001.

La durata del processo doveva ritenersi irragionevole tenuto conto che era durato oltre dodici anni e chiedeva la condanna della Presidenza del Consiglio a risarcirgli la somma di € 20.000,00 a titolo di danno morale.

Rilevato che la Presidenza del Consiglio dei Ministri si è costituita in giudizio chiedendo il rigetto del ricorso eccependo:

a) L'improponibilità del ricorso perché tardivo essendo stato depositato il 28 maggio 2002 e quindi dopo il decorso di sei mesi di cui all'art. 4 legge Pinto, tenuto conto che la sentenza era stata depositata il 19 ottobre 2001;

b) L'infondatezza della domanda;

Che all'udienza del 16 luglio 2002 in camera di consiglio le parti illustravano le rispettive difese e la Corte si riservava di decidere.

Osserva: La sentenza della Corte dei conti è stata depositata il 19 ottobre 2001 e l'Avvocatura ha eccepito la decadenza prevista dall'art. 4 della legge 89/01 in quanto il ricorso risulta depositato il 28 maggio 2002.

Tale eccezione appare fondata sia per ragioni di coerenza interpretativa con i principi giurisprudenziali affermati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (in seguito CEDU), sia per ragioni ermeneutiche interne allo stesso art. 4 della legge in esame.

Per quanto riguarda il primo punto ancora di recente la Suprema Corte ha affermato che

«ai sensi dell'art. 2, comma secondo, della legge n. 89 del 2001 spetta al giudice italiano accertare la violazione della convenzione «sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole», restando ovviamente soggetto ai principi delle leggi italiane, tra le quali, però, c'è per l'appunto la legge ora citata che richiama non un'astratta nozione di termine ragionevole o di ragionevole durata, bensì il «mancato rispetto dei termini ragionevoli di cui all'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione». Ciò significa che, se i principi elaborati dalla Corte di Strasburgo non possono avere carattere direttamente vincolante per il giudice interno, essi tuttavia vanno tenuti ben presenti ai fini dell'interpretazione della legge n. 89 del 2001, proprio in forza del rinvio da tale legge operato all'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione. Invero, un'operazione ermeneutica che si risolvesse in un'interpretazione elusiva dei principi affermati in sede europea non soltanto si porrebbe in contrasto con le finalità perseguite dalla legge n. 89 del 2001 (e, segnatamente, con l'esigenza di dare concreta attuazione all'impegno assunto con la Convenzione), ma renderebbero vano lo scopo pratico di tale legge, costituito dall'introduzione di un meccanismo riparatorio interno, idoneo a porre rimedio alle conseguenze delle violazioni contemplate dalla legge medesima ed ai riflessi che quelle violazioni hanno avuto in sede europea.

In altre parole, se può convenirsi con la tesi secondo cui la legge n. 89 del 2001 non ha determinato il «recepimento in blocco» nel nostro ordinamento della giurisprudenza europea, si deve anche affermare che i principi elaborati da quella giurisprudenza vanno considerati nell'interpretazione della citata legge, la quale, per assicurare concreta attuazione agli impegni assunti con la Convenzione, va interpretata in modo da garantire una tutela effettiva sia del termine ragionevole di durata dei procedimenti (secondo la nozione di questi elaborata dalla Corte di Strasburgo), sia del diritto all'equa riparazione in caso di sua violazione (così, Cass. 11046/02).

Deve allora verificarsi:

a) se la locuzione dell'art. 4, «a pena di decadenza, entro sei mesi dal momento in cui la decisione ... è divenuta definitiva», non trovasse già nella CEDU disposizione analoga e, in caso affermativo;

b) quale fosse stata l'interpretazione data a tale locuzione dalla giurisprudenza europea.

L'art. 35 della CEDU recita che «la Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, quale è inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti, ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione definitiva».

Tale disposizione esprime il carattere di c.d. sussidiarietà della funzione della Corte rispetto ai sistemi giuridici nazionali di protezione dei diritti affermati dalla Convenzione, principio di sussidiarietà che peraltro la giurisprudenza della Corte, proprio in tema di ragionevole durata del processo, ha sempre inteso in senso non formalistico ma sostanziale, ritenendo così ricevibile il ricorso relativo ad un processo «nei casi in cui si era constatato che esso per quanto ancora pendente, era già durato, al momento del ricorso un tempo eccessivamente lungo» (cfr. Relazione dell'Ufficio Studi e Documentazione del C.S.M. n. 310 del 15 giugno 2000).

In particolare, per quanto riguarda il *dies ad quem* del termine semestrale che decorre dalla data della decisione interna definitiva, la giurisprudenza europea lo ha ancorato all'atto che conclude definitivamente il procedimento o il giudizio, ed in particolare al momento del deposito nella cancelleria del giudice dei motivi della decisione. Infatti dopo una risalente pronuncia in cui il termine era stato ancorato alla lettura del provvedimento in pubblica udienza (cfr. decisione della Commissione 5759 del 20 maggio 1972 contro l'Austria), successivamente (decisione n. 9299/81 del 13 marzo 1984 contro la Svizzera) si è ritenuto che «*le délai de six mois devait être compté a partir de la notification du texte complet de l'arrêt*». Infatti tale termine risponde, oltre a finalità di certezza giuridica (cfr. dec. n. 9587/1981, 13 dicembre 1982) al bisogno di fornire all'interessato uno *spatium deliberandi* sufficiente per permettergli di valutare l'opportunità di introdurre la richiesta. Tale necessità non potrebbe essere soddisfatta che da quando il richiedente ha potuto prendere conoscenza non solamente della decisione, ma soprattutto dei motivi di fatto e diritto che la sostengono. In sostanza «*le délai de six mois*» non comincia a decorrere che dal momento in cui il richiedente ha potuto prendere conoscenza dei motivi della decisione, e quindi con il deposito nella cancelleria dei motivi della decisione (GMN/Italia, 2 novembre 1999; Valle/Italia, 4 luglio 1997; Savani/Italia, 9 aprile 1997; Massa/Italia, 8 luglio 1991, Ferrara/Italia, 15 maggio 1996, Gama da Costa/Portogallo, 5 marzo 1990, MG/Belgio, 1 settembre 1993, decisioni tutte consultabili, così come quelle dianzi e successivamente citate, in www.echr-coe.int).

Unica deroga a tale consolidato principio è quella del contumace nel cui caso, «*le point du départ du délai de six mois ne saurait se situer à la date à laquelle l'arrêt a été rendu, ni à la date du dépôt... la date à prendre en considération est celle à laquelle le requérant a eu connaissance de sa condamnation*» (MM/Italie, 8 gennaio 1993).

Orbene, salva la possibilità di ricorrere alla Corte anche in corso di causa, allorché la durata del processo doveva già considerarsi irragionevole, la giurisprudenza ha in sostanza ancorato il giorno da cui decorre il termine semestrale a quello della pubblicazione della decisione.

La giurisprudenza europea ha inoltre indicato, come è noto, tempi oltre i quali deve ritenersi sussistere la irragionevole durata del processo. E le prime pronunce delle Corti interne, a seguito dell'emanazione della legge 89/1991, hanno proprio parametrato la irragionevole durata del processo a tali tempi. Deve al riguardo sottolinearsi come la giurisprudenza della CEDU, se da un lato ha sempre avuto attenzione alla durata complessiva del procedimento (cioè a tutto l'iter processuale, costituito dai vari gradi), dall'altro ha avuto spesso modo di valutare singole fasi e gradi del processo compiendo anche la comparazione tra di loro, per affermare la violazione dell'art. 6 allorché ha riscontrato inezie che non giustificavano la durata complessiva del giudizio. E ciò soprattutto in casi in cui la durata complessiva non poteva dirsi particolarmente lunga, perché non superiore a sei-otto anni (cfr. Rapporto Commissione 21 maggio 1997 sul ricorso di Antonino Arconte c/Italia; rapporto della Commissione del 3 dicembre 1997 su ricorso di Giuseppe Frisaldi c/Italia: entrambi i casi riguardano processi penali e nell'ultimo di essi la valutazione ha riguardato le sole indagini preliminari durate oltre quattro anni).

In sostanza la durata globale del procedimento non salva l'eccessiva durata di una singola fase di esso che, posta in comparazione con i tempi degli altri gradi mostri di non avere avuto durata ragionevole.

Ciò posto, e venendo alla legge 89/1991, essa all'art. 4 riproduce quasi alla lettera l'art. 35 laddove recita che «la domanda di riparazione può essere proposta, a pena di decadenza entro sei mesi dal momento in cui la decisione, che conclude il medesimo procedimento, è divenuta definitiva».

L'art. 4 legge Pinto ha recepito in sostanza l'orientamento giurisprudenziale che consentiva di adire la Corte anche nella pendenza del processo, quando la sua durata fosse già di per sé irragionevole, nonché il caso previsto dall'art. 35 della Convenzione.

Il legislatore interno, così come quello della Convenzione, ha indicato nella definitività della decisione il *dies ad quem* da cui decorre il termine semestrale, termine semestrale che la Convenzione sanziona con la *irricevibilità* mentre il legislatore interno ha indicato a pena di *decadenza*.

Al riguardo può facilmente osservarsi come la decadenza prevista dall'art. 4 della legge Pinto assolve alla stessa funzione dell'istituto della irricevibilità cui la giurisprudenza europea ha sempre connesso la funzione *d'assurer un certaine sécurité juridique ed de veiller a ce que les affaires soulevant des problèmes ou regard de la Convention soient examinées dans un delain raisonnable* (Montanari/Belgio, 7 ottobre 1991). Infatti anche l'istituto della decadenza, secondo il nostro ordinamento, assolve alla funzione di far sì che l'esercizio del diritto sia compiuto entro un termine perentorio per rendere certa una determinata posizione giuridica: la decadenza implica infatti l'onere di esercitare il diritto nel tempo prescritto dalla legge.

Il legislatore della legge Pinto ha poi utilizzato la locuzione «decisione definitiva» che, oltre a ricalcare quella dell'art. 35 CEDU, è volutamente atecnica perché deve coprire necessariamente vari modelli di giudizio (civile, penale, amministrativo, contabile, militare): infatti locuzioni più tecniche mal si sarebbero adattate a modelli processuali diversi da quelli propri di riferimento. Si pensi ad esempio alla locuzione di «irrevocabilità della sentenza» tipica del processo penale applicata nel processo civile o viceversa alla locuzione «passaggio in giudicato», tipica del processo civile, applicata al processo penale.

L'espressione «decisione definitiva» non può quindi essere assimilata né alla irrevocabilità né tanto meno al passaggio in giudicato.

Se i motivi, per i quali il legislatore interno ha voluto ancorare la possibilità di ricorrere al giudizio di equa riparazione ad un termine di decadenza possono individuarsi negli stessi già sopra espressi dalla giurisprudenza europea con riferimento alla irricevibilità (di cui la decadenza è la traduzione interna), la specificità dell'art. 4 della legge Pinto, rispetto alla più generale previsione di irricevibilità di tutti i ricorsi diretti alla CEDU, impone una interpretazione della locuzione «decisione definitiva» quanto meno in linea all'elaborazione giurisprudenziale europea. In altre parole, e per chiarezza: la decisione deve intendersi definitiva quando chiude non il processo, ma appunto il procedimento, cioè la fase o il grado al cui termine la decisione si pone con carattere di conclusività e quindi di definitività per quel procedimento. Decisione definitiva nel senso che la pronuncia conclude quella fase ed il giudice, per effetto della pronuncia, si spoglia del processo: ed in tal senso è proprio la linea giurisprudenziale europea con riguardo sia al concetto di «decisione definitiva» sia con riguardo al significato da assegnare al termine «procedimento».

La tesi che in senso contrario viene sostenuta è quella che lega la definitività della decisione al suo passaggio in giudicato.

Tale conclusione, se suscita facili consensi perché per nostra cultura giuridica il concetto onnicomprensivo di definitività nel giudizio civile è sicuramente integrato dal passaggio in giudicato, ad una analisi più attenta si rivela non condivisibile.

Come si è detto il legislatore ha utilizzato una formulazione atecnica da cui fare decorre il termine semestrale entro cui il ricorso deve essere proposto. Occorre allora seguire la *ratio* sottesa all'istituto del passaggio in giudicato per verificare se tale istituto sia idoneo a fondare il concetto di decisione definitiva, così come inteso dalla giurisprudenza europea.

Ritiene il Collegio che ancorare il termine semestrale al passaggio in giudicato della decisione, ritenendola solo allora definitiva, comporti da un lato obliterare proprio la giurisprudenza sopra citata (dei cui principi invece deve tenersi conto: cfr. Cass. 11046/02) e dall'altro percorrere una strada non in sintonia con la nostra carta costituzionale.

Infatti può facilmente osservarsi che la *ratio* sottesa al «passaggio in giudicato» è di rendere incontrovertibile la decisione, di renderla definitiva nel senso di non metterla più in discussione. Se da un punto di vista formale per «cosa giudicata» si intende la sentenza che

non è più impugnabile (art. 324 c.p.c.), da un punto di vista sostanziale, si intende la indiscutibilità dell'accertamento contenuto nella sentenza al di fuori del processo nel quale è stata pronunciata (*facit de albo nigro*: art. 2909 c.c.).

Ma concetto e funzione della «definitività» della *res iudicata* sono del tutto diversi dalla funzione che la giurisprudenza della CEDU sottende alla locuzione «decisione definitiva».

Per la giurisprudenza della CEDU «decisione definitiva» ha l'esclusiva funzione di costituire il momento certo in cui la parte è in grado di valutare se vi sia stata violazione del precetto sulla «ragionevole durata», non sussistendo ragione per ancorare ad altro diverso termine il momento certo da cui fare decorrere il semestre per accesso alla Corte (v. giurisprudenza sopra citata): ed a tale funzione assolve altresì l'art. 4 legge Pinto che fa decorrere il termine di decadenza semestrale per l'accesso alla Corte di appello, dal momento cui la decisione è divenuta definitiva. Non vi è quindi motivo di interpretare in maniera diversa rispetto all'interpretazione della CEDU una decadenza che assolve funzioni sovrapponibili ed identiche alla irricevibilità dell'art. 35 CEDU. Inoltre, ed è bene sottolinearlo, nel momento in cui la decisione è definitiva il danno di cui si invoca il risarcimento si è già verificato. Se infatti alla legge Pinto accedesse solo chi vince la causa, poiché la decisione definitiva si avrebbe solo dopo la pronuncia di rigetto della Suprema Corte o il trascorrere del termine per impugnare, avrebbe allora significato attendere il passaggio in giudicato della sentenza, perché fino a quando è possibile l'impugnazione la *res litigiosa* è ancora incerta. Ma la violazione dell'art. 6 della CEDU può essere invocata anche da chi perde la causa (o è stato condannato) sicché non vi è motivo alcuno per ancorare il termine di decadenza al passaggio in giudicato.

Ed a tale conclusione si giunge altresì osservando come la CEDU ha sempre valutato la irragionevole durata non con riferimento a tutto il processo, ma alle singole fasi: e ciò coerentemente con il fatto che durante il tempo pendente per l'impugnazione nessun danno si può in concreto verificare. Ed anche le Corti interne, recependo il «*tariffario*» europeo sui tempi da assegnare alle varie fasi del processo, hanno accolto non solo tale giurisprudenza, ma anche la divisione nelle fasi procedurali: fasi procedurali, tra l'altro, cui fa riferimento lo stesso legislatore.

Infatti l'art. 4 è composto di due parti che devono essere lette congiuntamente, perché tra di loro strettamente collegate.

La prima parte infatti pone la regola generale secondo cui la domanda può essere proposta durante la pendenza del procedimento nel cui ambito la violazione si assume verificata: da un lato, il termine procedimento e, dall'altro, l'espressione «nel cui ambito» indicano che a procedimento pendente la domanda deve riguardare non la lungaggine di tutto il processo ma appunto la lungaggine del procedimento in cui si assume si sia verificata la irragionevole durata. Se il primo grado dura un anno, nel giudizio di appello dopo tre-quattro anni è possibile accedere all'equa riparazione, ma solamente per l'irragionevole durata del procedimento di appello e non di tutto il procedimento comprensivo anche del primo grado. Del resto se anche venisse invocata la violazione dell'art. 6 CEDU per tutto il processo verrebbe compiuta dalla Corte interna dapprima l'operazione di valutare il primo grado ritenendolo conforme ai parametri di durata elaborati proprio dalla giurisprudenza europea, poi verrebbe neutralizzato il termine per impugnare, infine verrebbe valutato il solo secondo grado.

Ma la seconda parte della disposizione in esame è logicamente collegata a tale interpretazione, e la conferma.

Infatti la decisione che diventa definitiva è quella che conclude «il medesimo procedimento», cioè quello stesso procedimento nel cui ambito si assume verificata la violazione: l'inciso «che conclude il medesimo procedimento» è collegato logicamente al precedente inciso «nel cui ambito la violazione si assume verificata».

Ed allora, riprendendo l'esempio di prima, è possibile accedere alla Corte di appello non solo durante il giudizio di appello che si stia protraendo da oltre 3-4 anni ma anche entro sei mesi da quando la decisione che ha concluso tale procedimento, cioè il grado di appello, è divenuta definitiva. L'attendere il passaggio in giudicato di quest'ultima decisione non avrebbe alcun significato perché il danno o si è già verificato, oppure si consolida al più tardi non con il passaggio in giudicato, ma con il deposito della decisione che chiude tale fase (a parte il caso limite della decisione resa a pochi mesi dal deposito del ricorso ma con motivazione che venga depositata a distanza di anni).

Da quest'ultimo momento in avanti il decorrere del tempo diventa neutro ai fini della violazione dell'art. 6 della CEDU e così come tale periodo era irrilevante per la giurisprudenza europea lo è anche per i giudici nazionali, sicché la definitività della decisione non è legata al giudicato.

Condivisibile è quindi quanto affermato dall'Avvocatura dello Stato che nella memoria di costituzione, ha precisato che il «procedimento» di cui all'art. 4 «è stato individuato in senso restrittivo (in quanto perimetrato tramite il riferimento alla violazione che all'interno dello stesso si assume verificata) e cioè limitatamente al periodo compreso fra la proposizione della domanda (notificazione della citazione ovvero deposito del ricorso) e la conclusione del procedimento stesso (nelle varie forme in cui ciò può avvenire) ad esclusione del periodo di tempo utile ai fini di un'eventuale impugnazione, periodo che si caratterizza per non esservi un giudice investito della lite».

Deve quindi concludersi che il giorno da cui decorre il termine semestrale è quello del deposito della decisione nella cancelleria del giudice che l'ha emessa.

Ma ulteriori considerazioni si impongono, perché diversamente opinando il rischio sarebbe di accogliere una interpretazione non conforme al dettato della Costituzione.

Occorre innanzitutto premettere che il giudizio che viene introdotto con la legge Pinto è nei confronti dello Stato che, a seconda dei casi previsti dall'art. 3, assume legittimazione passiva nella Presidenza del consiglio dei Ministri, nel Ministero della Giustizia e nel Ministero della difesa, tutti soggetti che comunque non hanno mai partecipato al giudizio nel quale si assume sia avvenuta la violazione dell'art. 6 CEDU.

Tale considerazione non è priva di conseguenze, perché tali soggetti si pongono rispetto al procedimento in cui si assume avvenuta la violazione come terzi nei confronti dei quali il passaggio in giudicato è fatto processuale *inter alias*, perché verificatosi in un giudizio in cui non ne erano parti.

Peraltro sia nel processo civile che amministrativo (come quello che avrebbe originato la violazione dell'art. 6 CEDU) il giudicato può formarsi oltre che per decorso del termine annuale anche per iniziativa di una parte per mezzo della notifica della sentenza, ovvero per l'acquiescenza alla sentenza (che ne esclude la proponibilità: art. 329 c.p.c.) e che può compiersi anche *per facta concludentia*.

In tali casi la decisione definitiva, se intesa con riferimento al suo passaggio in giudicato, diventa difficilmente verificabile non solo nel caso in cui una delle parti abbia compiuto la notifica della sentenza, ma soprattutto nel caso di acquiescenza. Infatti lo Stato sarebbe onerato di dare la prova di un fatto che riguarda un processo in cui è terzo, fatto che ben potrebbe essere sottratto alla sua conoscenza (si pensi ad una transazione subito dopo la sentenza, oppure dopo la notifica dell'atto di appello, senza che avvenga l'iscrizione della causa). E ciò avverrebbe proprio nella causa in cui la parte che agisce in giudizio per ottenere il ristoro previsto dalla legge Pinto non avrebbe alcun interesse a dedurre una vicenda processuale perché ne determinerebbe la decadenza dal giudizio.

In tali casi la «definitività» del procedimento sfuggirebbe al controllo dell'Amministrazione che, in quanto onerata dall'eccepire la decadenza, non potrebbe in concreto darne la prova: infatti l'eccezione verrebbe sollevata «al buio» in quanto il fatto processuale che determina la definitività non è a lei conosciuto.

Tale interpretazione si porrebbe così in contrasto con l'art. 24 della Cost. perché il diritto di difesa dell'Amministrazione verrebbe irrimediabilmente pregiudicato.

Peraltro è possibile, come sopra si è argomentato, una interpretazione della locuzione «decisione che conclude il procedimento» che non pone dubbi di costituzionalità e quindi, secondo l'insegnamento della Corte costituzionale, è l'interpretazione secondo Costituzione che deve essere seguita.

Nessuna violazione del diritto di difesa infatti si pone se la definitività del procedimento si ancora al deposito del provvedimento che lo conclude. In questo caso infatti si è in presenza di un dato processuale certo ed oggettivamente verificabile anche dall'Amministrazione che, come si è detto, è terzo estraneo al processo di cui si lamenta la irragionevole durata.

L'Amministrazione solo in questo caso può con cognizione di causa eccepire la decadenza e assolvere all'onere probatorio che le incombe.

Deve inoltre rilevarsi come la decadenza è vicenda che può essere sollevata d'ufficio: ed allora il controllo del giudice sull'intervenuta decadenza viene reso del tutto inutile accedendo proprio alla tesi della definitività della decisione legata al suo giudicato per gli stessi motivi già espressi con riferimento alla posizione in cui si trova l'Avvocatura dello Stato.

Per completezza deve tenersi anche conto della citata sentenza n. 11046/2002 della Cassazione in cui seppure sinteticamente si afferma che il concetto di «decisione definitiva» (espressione non a caso analoga a quella di «decisioni interne definitive», che si trova nell'art. 35, paragrafo 1, della Convenzione) non coincide con quello di sentenza passata in giudicato (ben noto al nostro ordinamento, sicché il legislatore l'avrebbe adottato se ad esso avesse inteso riferirsi), bensì indica il momento in cui il diritto azionato ha trovato effettiva realizzazione.

Orbene, se si passa ad esaminare il caso in esame risulta che la sentenza della Corte dei Conti resa al termine del procedimento in cui si assume violato l'art. 6 CEDU è stata depositata il 19 ottobre 2001, mentre il ricorso introduttivo del presente giudizio il 28 maggio 2002.

Pertanto, risultando tra la data del deposito della sentenza e il deposito del ricorso un tempo superiore a sei mesi, deve accogliersi l'eccezione di decadenza con conseguente dichiarazione di inammissibilità del ricorso.

Appare equo, tenuto conto della novità della questione, compensare integralmente tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M. Dichiara inammissibile il ricorso.

Genova, 16 luglio 2002».

Corte di Appello di Firenze, prima sezione civile, decreto nella Camera di Consiglio del 17 ottobre-6 novembre 2003 – Pres. G. Massetani – Est. V. Pezzuti – G.S.M. (Avv. A. Becattini) c/ Presidenza del Consiglio dei Ministri.

«*Omissis*» Esaminati gli atti e i documenti del procedimento;

premesso che G.S.M., con ricorso depositato il 13 maggio 2003, ha proposto domanda, nei confronti della Presidenza del Consiglio dei Ministri, per ottenere l'equa riparazione di cui alla legge 24 marzo 2001, n. 89, lamentando di avere subito un danno per effetto della violazione dell'articolo 6 della convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata con legge 4 agosto 1955 n. 848, danno derivante dall'eccessiva durata del processo da lui instaurato davanti alla Sezione Giurisdizionale Regionale dell'Umbria della Corte dei Conti;

verificato che la Sezione Giurisdizionale Regionale dell'Umbria della Corte dei Conti ha accolto la domanda proposta dal ricorrente con la sentenza depositata il 19 agosto 2002 e che il ricorso per ottenere l'equa riparazione è stato presentato oltre il termine di sei mesi previsto dall'articolo 4 della legge 24 marzo 2001 n. 89;

considerato, a questo fine, che per «definitività» della decisione concludente il procedimento nel cui ambito la violazione del termine ragionevole del processo si assume verificata, la quale segna il *dies a quo* del termine di decadenza di sei mesi per la proponibilità della domanda, s'intende (salvi i casi in cui il provvedimento del giudice che pone termine al processo in corso dinanzi a lui presupponga un'ulteriore fase attuativa, destinata a consentire l'effettiva realizzazione del diritto la cui tutela in quel processo era stata invocata) l'insuscettibilità di quella decisione di essere revocata, modificata o riformata dal medesimo giudice che l'ha emessa o da altro giudice chiamato a provvedere in grado successivo e, quindi, che avverso quella decisione non siano possibili rimedi di impugnazione ordinaria (cfr.: Cass., 5 dicembre 2002, n. 17261);

osservato pertanto che l'espressione «decisione definitiva» non coincide con quella di sentenza passata in giudicato (Cass., 20 settembre 2002, n. 13768; in *Giust. civ.* 2002, I, 3063; Cass., 22 ottobre 2002, n. 14885; Cass., 20 settembre 2002, n. 13768, in *Giust. civ.* 2002, I, 3063; Cass., 26 luglio 2002, n. 11046), né si può dubitare della costituzionalità della disposizione, visto che la domanda di equa riparazione è proponibile anche nella pendenza del grado di giudizio cui si assume imputabile il mancato rispetto del termine ragionevole (cfr.: Cass., 22 gennaio 2003, n. 920; Cass., 3 gennaio 2003, n. 8; Cass., 20 dicembre 2002, n. 18221; Cass., 7 novembre 2002, n. 15611);

rilevato che, in base al combinato disposto degli articoli 111, settimo comma, della Costituzione e 362, primo comma, del codice di procedura civile, nei confronti della Corte dei Conti è rimasto in vigore il limite dell'impugnazione per i soli motivi inerenti alla giurisdizione, cioè al rispetto dei limiti esterni delle attribuzioni di detto organo giurisdizionale;

considerato che nel caso di specie questa impugnazione non poteva essere proposta perché la Sezione Giurisdizionale Regionale dell'Umbria della Corte dei Conti ha accolto la domanda proposta dal ricorrente;

che, quindi, il ricorrente era privo di interesse ad impugnare per difetto di giurisdizione una pronuncia, peraltro a lui favorevole nel merito, per la non configurabilità di una soccombenza anche in punto di giurisdizione (cfr.: Cass., 27 settembre, 2002, n. 14006; Cass., 29 settembre 1997, n. 9539; Cass., 26 giugno 1992, n. 7981; Cass., 22 gennaio 1983, n. 622);

che, anche in pendenza dei termini per proporre impugnazione, può il giudice di altra causa verificare *incidenter tantum* che la decisione sia passata in giudicato, per essere le parti carenti di interesse ad impugnarla (cfr.: Cass., 28 giugno 2001, n. 8847);

ritenuto conseguentemente che il *dies a quo* del termine di decadenza di sei mesi per la proponibilità della domanda diretta ad ottenere l'equa riparazione di cui alla legge 24 marzo 2001 n. 89 deve essere individuato nella data di deposito della sentenza della Corte dei Conti e che l'eventuale decadenza è rilevabile d'ufficio dal giudice (Cass., 5 dicembre 2002, n. 17261);

verificato che nel caso di specie la domanda è stata proposta con ricorso depositato il 13 maggio 2003, oltre il termine semestrale dalla data di pubblicazione della sentenza con la quale la Sezione Giurisdizionale Regionale dell'Umbria della Corte dei Conti ha respinto la domanda proposta dal ricorrente, definendo il procedimento nell'ambito del quale si sarebbe verificato il ritardo irragionevole dedotto a fondamento della domanda di equa riparazione;

atteso che, conseguentemente, la domanda deve essere dichiarata inammissibile e, non sussistendo ragioni per derogare al principio stabilito dall'articolo 91 del codice di procedura civile, il ricorrente va condannato al rimborso delle spese processuali che, tenuto conto del valore della causa e dell'attività svolta, si liquidano in complessivi Euro 3.401,92, di cui Euro 217,12 per spese giustificate, Euro 895,27 per diritti, Euro 2.000,00 per onorari e Euro 289,53 per spese generali determinate nella misura del 10% ai sensi dell'articolo 15 della tariffa forense, oltre C.A.P. e I.V.A. come per legge;

P.Q.M. La Corte di Appello di Firenze, definitivamente decidendo, dichiara inammissibile la domanda proposta da G.S.M. con ricorso depositato il 13 maggio 2003 e condanna il ricorrente a rimborsare alla Presidenza del Consiglio dei Ministri le spese processuali, liquidate in complessivi Euro 3.401,92, oltre C.A.P. e I.V.A. come per legge.

Così deciso il 17 ottobre 2003 a Firenze (*omissis*)».

Corte di Appello di Milano, sezione seconda civile, decreto del 29 settembre – 22 ottobre 2004
– Pres. Rel. R. Odorisio – G.M.L. e P.S. (Avv. G. Croce) c/Ministero della Giustizia
(ct. 5149/04, Avv. dello Stato F. Vignoli).

«*Omissis* Letti i ricorsi con i quali i ricorrenti lamentano la violazione dell'art. 6 par. 1 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo sotto il profilo del mancato rispetto del «termine ragionevole» in un processo civile durato, nel complesso del primo e del secondo grado, oltre vent'anni;

considerato che le relative lagnanze sono state espressamente limitate al giudizio di primo grado durato circa quattordici anni;

rilevato che il Ministero della Giustizia ha preliminarmente proposto eccezione di inammissibilità dei ricorsi per intervenuta decadenza dal termine semestrale di cui all'art. 4 legge 89/01;

rilevato in fatto che gli atti introduttivi dei presenti giudizi riuniti sono stati depositati oltre il termine di sei mesi dalla pubblicazione sia della sentenza di primo grado che di quella di secondo grado;

ritenuto, alla luce delle circostanze che precedono, che l'eccezione del resistente Ministero appare meritevole di accoglimento, sotto il profilo che: a) la norma in questione fa

decorrere il termine semestrale dal momento in cui la decisione che conclude il procedimento, è divenuta definitiva; *b*) come ritenuto dalla giurisprudenza (citata dal resistente) l'espressione «decisione definitiva» non è equivalente né all'irrevocabilità né al passaggio in giudicato, posto che la definitività non chiude il processo ma solo la fase ed il grado onde il giudice, per effetto della pronunzia, si spoglia del processo, realizzandosi la coincidenza tra il momento da cui fa decorrere il semestre e quello del deposito in cancelleria dei motivi della decisione; *c*) se il legislatore avesse inteso far coincidere la definitività della decisione con il passaggio in giudicato avrebbe usato tale ultimo termine di carattere tecnico; *d*) in ogni caso i due ricorsi sono inammissibili posto che sono stati depositati successivamente al semestre dalla pubblicazione della pronuncia della Corte d'Appello di Torino avvenuta l'11 novembre 2003;

ritenuto pertanto che sussiste, alla luce delle osservazioni esposte, la decadenza invocata ed assorbente rispetto ad ogni altra questione;

ricorrono infine giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di causa tra le parti;

P.Q.M. dichiara inammissibili i ricorsi di cui in premessa, disponendo la compensazione delle spese di causa tra le parti.

Milano, 29 settembre 2004».

Il risarcimento del danno ambientale *ex lege* n. 349/1986

(Tribunale di Napoli, sentenza del 3 novembre 2004, n. 11235)

La lite *de qua* affronta *expressis verbis* vari profili in ordine all'azione di risarcimento del danno ambientale *ex lege* n. 349/1986, specialmente quello relativo alla operatività della prescrizione di tale diritto.

Nell'anno 1999 presso il Tribunale di Napoli, la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Ministero dell'Ambiente citarono la società individuata quale responsabile del danno ambientale. Alla società si ascriveva, nella citazione, una condotta di invasione e occupazione arbitraria di vastissimi terreni di proprietà dello Stato ubicati nel comune di Castelvolturmo in provincia di Caserta, con la costruzione di numerosi manufatti in zone sottoposte a vari vincoli (edilizi, paesaggistici, ambientali, ecc.). L'Amministrazione, assumendo che la condotta della società convenuta fosse lesiva dell'ambiente chiedeva, in prima battuta la condanna della società al ripristino dello stato dei luoghi e, in via gradata, la condanna al risarcimento per equivalente secondo i criteri di cui all'art. 18 legge n. 349/1986 (gravità della colpa individuale, costo necessario per il ripristino e profitto conseguito dal trasgressore).

Nel corso del giudizio veniva abbandonata la domanda principale di rimessione in pristino.

In accoglimento delle domande dell'Amministrazione il Tribunale di Napoli ha condannato la società convenuta al risarcimento del danno ambientale quantificato (come indicato dall'Amministrazione) in euro 30.000.000.

Importante nella sentenza è la individuazione della fattispecie perfezionativa dell'illecito.

Nel caso – all'esame del giudicante – del soggetto che illegittimamente costruisce manufatti e negli stessi svolge attività di gestione (occupazione, abitazione, svolgimento di attività alberghiera) si è in presenza di una lesione dell'interesse costituzionalmente protetto alla «conservazione, ... razionale gestione e ... miglioramento delle condizioni naturali (aria, acqua, suolo e territorio), l'esistenza e la preservazione dei patrimoni genetici terrestri o marini, di tutte le specie animali o vegetali che in essi vivono allo stato naturale ed in definitiva della persona umana in tutte le sue estrinsecazioni».

Lesione all'ambiente che trova fonte, quindi, non solo nella (primigenia) occupazione e costruzione di un manufatto, ma anche nell'attività di utilizzo con profitto economico di opere edilizie, nel mero sfruttamento del territorio abusivamente trasformato. Il giudice sul punto testualmente enuncia: «anche tale sfruttamento esclude la 'razionale gestione e il miglioramento delle condizioni naturali' nonché 'l'esistenza e la preservazione dei patrimoni genetici terrestri o marini'. D'altra parte, lo stesso fatto che l'art. 18 legge n. 349/1986, prevedente una disciplina per il danno ambientale al comma 6 individua tra i criteri di liquidazione del danno 'il profitto conseguito dal trasgressore' sta a significare che l'utilizzazione economica del territorio integra

l'illecito civile» (pag. 22 della sentenza). Il giudice, quindi, individua un danno complessivo rappresentato dall'unico evento dannoso derivato dalla trasformazione ed utilizzazione del territorio. Corollario di tale costruzione è che il *dies a quo* del termine di prescrizione dell'azione *ex art. 18* legge n. 349/1986 decorre dalla cessazione della permanenza dell'unico evento dannoso come sopra individuato. Il termine di prescrizione non decorre, quindi, dalla conclusione dell'opera di edificazione e altresì nel periodo in cui persistono le opere abusive, ma dalla cessazione della complessiva attività condotta di occupazione e gestione delle aree sulle quali si sono operate trasformazioni.

Ulteriore aspetto rilevante esaminato nella sentenza è costituito dalla problematica relativa alla anteriorità di parte della condotta lesiva dell'ambiente rispetto all'entrata in vigore dell'art. 18 legge n. 349/1986 che disciplina con date modalità l'azione di risarcimento del danno ambientale. Ossia l'individuazione dei caratteri dell'illecito ambientale anche in condotte poste in essere anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 18 *cit.* Sul punto il giudice recepisce i principi giurisprudenziali in materia attribuenti all'art. 18 citato una valenza meramente ricognitiva atteso che la fattispecie disciplinatrice del danno ambientale è individuabile nell'art. 2043 del codice civile (contenente il principio della atipicità dell'illecito civile) e nella Carta Costituzionale (aa 2, 3, 9, 41 e 42).

Avv. Michele Gerardo

Tribunale di Napoli, 8ª Sezione Civile, sentenza 3 novembre 2004, n. 11235 - Ministero dell'Ambiente e Presidenza del Consiglio dei Ministri (Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli) c/ F.B. S.p.A. (Avv. G. Olivieri) e altri.

«(Omissis) costituisce circostanza incontrovertibile, documentata nello stesso protocollo ed infine ammessa dalla stessa F.B., la partecipazione di quest'ultima, quale società del gruppo C., all'abusiva opera di edificazione sul territorio demaniale sito alla località P. Così come costituisce circostanza incontrovertibile ammessa dalla stessa società convenuta (vedi in particolare la comparsa di risposta e la ivi richiamata relazione tecnica) l'intestazione a detta società, in via originaria o per trasferimento dalla C.P. s.n.c. (vedi punto 5 della citata relazione), di tutti gli immobili indicati nell'atto introduttivo, tra cui quelli adibiti a civili abitazioni comprendenti unità immobiliari successivamente alienate a terzi (vedi anche il prospetto B allegato sempre dalla soc. F.B.).

La società convenuta contesta la propria responsabilità in ordine alle opere edilizie compiute prima del 5 agosto 1981, epoca di costituzione della società stessa, e in effetti non solo non esistono elementi che confermino che l'attività edificatoria sia avvenuta solo dopo il 1981 ma anzi dalla (già citata) relazione emergono dati attestanti un'attività di edificazione iniziata almeno in parte ben prima del 1981. Ma, al di là del fatto che in citazione sono contestate condotte edificatorie e di utilizzazione compiute dopo il 1981 (punto 1 della premessa), l'eventuale parziale inizio della speculazione edilizia in tempi pregressi, prima della stessa nascita della soc. F.B., non rileva, perché comunque detta società ha usufruito di tale attività percependone altresì i frutti con le relative vendite e/o la gestione dei complessi alberghieri, centri commerciali, parchi giochi, etc..

E già la sola attività di utilizzo con profitti economici di opere edilizie può costituire fonte di danno ambientale, perché, se quest'ultimo si identifica nella lesione dell'interesse, costituzionalmente protetto, alla «conservazione, ... razionale gestione e ... miglioramento delle condizioni naturali (aria, acqua, suolo e territorio), l'esistenza e la preservazione dei patrimoni genetici terrestri o marini, di tutte le specie animali o vegetali che in esse vivono allo stato naturale ed in definitiva della persona umana in tutte le sue estrinsecazioni»

(Corte Cost. n. 87/210), è evidente la sussistenza di tale tipo di danno anche in relazione al mero sfruttamento del territorio abusivamente trasformato, in quanto anche tale sfruttamento esclude la «razionale gestione e il miglioramento delle condizioni naturali» nonché «l'esistenza e la preservazione dei patrimoni genetici terrestri o marini». D'altra parte, lo stesso fatto che l'art. 18 legge 349/1986, prevedente una disciplina specifica per il danno ambientale, al comma 6 individui tra i criteri di liquidazione del danno «il profitto conseguito dal trasgressore» (vedi *infra*) sta a significare che l'utilizzazione economica del territorio integra l'illecito civile.

A ciò si aggiunga che, per ammissione della stessa F.B., quest'ultima ha partecipato alle attività edificatorie successive al 1981, subentrando alle altre società della famiglia C. o coadiuvando le stesse; unendo tale contributo al successivo sfruttamento economico delle opere realizzate, pare innegabile attribuire alla F.B. un ruolo rilevante, sotto il profilo causale, al danno complessivo, rappresentato dall'unico evento dannoso derivato dalla trasformazione ed utilizzazione del territorio.

In questa ottica, la convenuta può anche ritenersi responsabile in solido con i C. e/o le altre società del gruppo, ne sussiste un profilo di novità di una eventuale condanna fondata su tale solidarietà, in quanto il dato della solidarietà appare neutro rispetto all'individuazione della domanda, che è e resta quella di condanna della F.B. al risarcimento dell'intero danno per i fatti contestati in citazione.

D'altro canto, come si vedrà meglio in seguito, la pretesa risarcitoria è stata determinata sulla base dei criteri dell'art. 18 comma 6 legge n. 349/1986, per cui essa tiene in particolare conto di quanto addebitabile alla società convenuta quale fruitrice e formale intestataria dei beni abusivamente realizzati: ossia il «costo necessario per il ripristino» del territorio e il «profitto conseguito» dalla gestione di tali beni. Questo significa che, seppure in teoria si volesse ragionare in termini di una mera responsabilità *pro quota* della società convenuta, la domanda risarcitoria non appare sbilanciata rispetto alla partecipazione di tale società alla speculazione edilizia oggetto di causa.

Riassumendo, alla F.B. va ascritta, in via esclusiva, solidale o parziale (comunque sempre senza conseguenze sull'entità della pretesa risarcitoria), la seguente attività dannosa: trasformazione edilizia e successiva gestione a fini di profitto economico di un tratto demaniale del litorale domizio, quello oggi denominato «Riviera F.B.», dove un tempo, per circostanza pacifica, vi erano solo pinete sino alla spiaggia, terreni per il pascolo di animali, specie animali tipiche allo stato selvaggio (vedi anche i rilievi aerei prodotti dalla P.A.). Né, ai fini di escludere il danno, può avere rilievo il fatto che in quel territorio vi erano in precedenza anche zone paludose, perché anche tali zone facevano parte dell'*habitat* complessivo e ne costituivano una caratteristica e la loro eliminazione, non decisa dall'autorità competente ma collegata ad un progetto di speculazione edilizia, ha ugualmente inciso sul territorio, alterandone le qualità e caratteristiche originarie; e tale alterazione costituisce presupposto sufficiente per la configurazione del danno ambientale (*cf.* Cass. 94/439 e Cass. 99/13716).

In punto di diritto, gli elementi costitutivi dell'illecito sono costituiti dalla violazione, prima che del citato art. 18 legge n. 349/1986, dei precetti costituzionali degli artt. 9 e 32 Cost. con riferimento all'art. 2043 del codice civile, mentre sotto il profilo soggettivo rileva la dolosa o, quantomeno, colposa violazione di una serie di disposizioni di legge, a fronte: – dell'occupazione abusiva (legge n. 765/67 e legge n. 10/1977 prima della legge n. 47/1985) di una vastissima superficie costituente demanio forestale (art. 822 del codice civile) e riserva naturale (decreto ministeriale 13 luglio 1977), nonché sottoposta a vincolo ambientale (legge n. 1497/1939 e decreto ministeriale 19 maggio 1965 prima della legge n. 431/1985); – degli scarichi di acque reflue effettuati in mare senza le prescritte autorizzazioni (quale ultima legge in materia, vedi il D.Lgvo n. 258/2000); – dell'attività di preparazione, confezionamento e detenzione di sostanze alimentari svolta nell'ambito dell'attività alberghiera in assenza di relativa autorizzazione (art. 2 legge n. 283/1962); – della destinazione degli immobili ad uso abitativo in mancanza della prescritta licenza di abitabilità (art. 221 R.D. n. 1265/1934).

Qualche precisazione si impone per il rapporto tra art. 18 legge n. 349/1986 ed art. 2043 del codice civile, dal momento che la società convenuta fa leva sull'anteriorità dell'ultimaazione delle opere rispetto alla legge n. 349/1986 e da questo inferisce l'impossibilità di esercitare l'azione risarcitoria da parte delle Amministrazioni attrici e il difetto di legittimazione attiva del Ministero dell'Ambiente.

Come accennato appena sopra, la tutela dell'ambiente trova fondamento, prima che nella legge n. 349/1986, nelle norme costituzionali che indicano l'ambiente come bene e

valore essenziale, oggetto di un diritto assoluto innanzitutto spettante allo Stato-comunità e che, così come quello alla salute, trova la sua tutela indifferibile nella norma generale dell'art. 2043 del codice civile. Calzante è, in proposito, una sentenza del S.C., ove si legge: «L'ambiente in senso giuridico, quale bene unitario ma anche immateriale..., rappresenta ... un insieme che, pur comprendendo vari beni o valori, si distingue ontologicamente da questi e si identifica in una realtà, priva di consistenza materiale, ma espressione di un autonomo valore collettivo, specifico oggetto, come tale, di tutela da parte dell'ordinamento, rispetto ad illeciti, la cui idoneità lesiva va valutata con riguardo a siffatto valore e indipendentemente dalla particolare incidenza verificatasi su una o più delle dette singole componenti, secondo un concetto di pregiudizio che, sebbene riconducibile a quello di danno patrimoniale, si connota tuttavia per una più ampia accezione di danno svincolata da una concezione aritmetico-contabile» ed ancora, «... la configurabilità dell'ambiente come bene giuridico non trova la sua fonte genetica nella citata legge del 1986 (che si occupa piuttosto della ripartizione della tutela tra Stato, enti territoriali e associazioni protezionistiche) ma direttamente nella Costituzione, considerata dinamicamente, come diritto vigente e vivente, attraverso il combinato disposto di quelle disposizioni (art. 2, 3, 9, 41 e 42) che concernono l'individuo e la collettività nel suo «habitat» economico, sociale, ambientale. Tali disposizioni primarie elevano l'ambiente ad interesse pubblico fondamentale, primario e assoluto, imponendo allo Stato un'adeguata predisposizione di mezzi di tutela, per le vie legali, amministrative e giudiziarie. Pertanto anche prima della legge citata la Costituzione e la norma generale dell'art. 2043 del codice civile apprestavano all'ambiente ... una tutela organica e piena, di cui era già allora espressione la legittimazione attiva degli enti territoriali direttamente danneggiati, rappresentativi della collettività organizzata lesa in un suo bene primario ed assoluto» (così Cass. n. 98/1087; vedi anche Corte Cost. n. 87/641 e il citato parere C.d.S. n. 426/01, oltre a Cass. n. 96/5650, Cass. n. 95/9211 e Cass. n. 92/4362).

Attesa la natura meramente ricognitiva dell'art. 18 *cit.*, diventa irrilevante il dato temporale della conclusione dell'opera di edificazione, perché tale attività, ove pregiudizievole all'ambiente, resta sanzionata dall'art. 2043 del codice civile.

Ma nella specie vi è di più. Queste considerazioni, infatti, presuppongono la limitazione dell'area dell'illecito ambientale alla mera attività di trasformazione del territorio, senza considerare la sanzionabilità, sopra evidenziata, della successiva attività di gestione e sfruttamento del territorio; il tutto senza poi considerare quella continuità tra edificazione e gestione che, invece, come detto, appare inconfutabile e porta ad inquadrare in termini unitari l'intero danno ambientale subito dalla collettività in relazione alla trasformazione del territorio oggi occupato dalla Riviera F.B..

La valenza meramente ricognitiva dell'art. 18 legge n. 349/1986 incide anche sul tema della legittimazione ad agire, nel senso che deve ritenersi che anche prima di tale legge i soggetti abilitati ai sensi dell'art. 18, ovvero Stato ed enti locali, potessero agire in forza dell'art. 2043 del codice civile.

D'altra parte, se il danno ambientale in esame deve essere ricondotto in via unitaria all'opera di edificazione e di gestione delle opere abusive, ecco che l'illecito oggetto di causa, perdurando nel tempo, finisce per rientrare, anche sotto il profilo temporale, nell'ambito di applicabilità della legge n. 349/1986.

Ciò posto, nel caso in esame la domanda risulta essere stata presentata dal Ministero dell'Ambiente e dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, ossia dallo Stato e non dagli enti locali (come invece nel caso oggetto della sentenza del S.C. 98/1087). Ora, mentre l'assenza di un ente locale rende inutile discutere sul tipo di legittimazione attribuita in materia agli enti locali, se concorrente o sostitutiva rispetto allo Stato (comunque, la tesi prevalente in giurisprudenza è quella della legittimazione concorrente, indirettamente confermata dallo stesso legislatore laddove, con l'art. 9 comma 3 testo unico 267/00, ha previsto il diritto delle associazioni ambientaliste di agire a tutela del danno ambientale ottenendo un risarcimento «liquidato in favore dell'ente sostituito»), la proposizione dell'azione da parte sia del Ministero dell'Ambiente che della P.C.M. impone di accertare la legittimazione dell'uno e/o dell'altra.

E la conclusione deve partire dal rilievo che, seppure è vero che la P.C.M. rappresenta lo Stato nella sua unitarietà, è nondimeno vero che il Ministero dell'Ambiente è la specifica articolazione dello Stato avente competenza nella materia in esame, è la branca dell'amministrazione statale istituita, appunto con la citata legge n. 349/1986, per una più articolata e completa protezione dell'ambiente; dal che deriva che l'azione per il risarcimento del danno ambientale spetta, oggi, al Ministero dell'Ambiente; in tal senso depongono anche delle

peculiari disposizioni normative, visto che, in base all'art. 58 D.Lgvo n. 258/2000, è al Ministero che va data «prontamente notizia dell'erogazione delle sanzioni amministrative» in tema di inquinamento di acque «al fine del recupero del danno ambientale», e visto che, secondo i commi 9-bis e ter dell'art. 18 legge n. 349/1986 quali aggiunti dalla legge n. 388/2000, presso il Ministero dell'Ambiente è stato istituito un fondo di rotazione con le somme derivanti dalla riscossione dei crediti in favore dello Stato per il risarcimento del danno ambientale (per queste osservazioni, vedi la deliberazione della Corte dei Conti n. 1/2003, in *Foro it.* 2003, I, pag. 633).

Altra eccezione preliminare della società convenuta è quella secondo cui l'azione risarcitoria proposta *ex adverso*, formulata solo nel 1999, si sarebbe prescritta per decorso del quinquennio previsto dall'art. 2947 comma 1 del codice civile, essendosi l'opera di edificazione conclusa nel 1983 e decorrendo da tale data il *dies a quo* di prescrizione dell'azione risarcitoria.

Anche tale eccezione deve essere rigettata, e ciò nonostante l'infondatezza della tesi della difesa erariale dell'imprescrittibilità del diritto al risarcimento del danno ambientale *ex art.* 2934 comma 2 del codice civile, tesi che si basa sulla indebita confusione tra il diritto tutelato, quello alla protezione dell'ambiente, diritto sicuramente imprescrittibile, e l'azione di risarcimento per equivalente, che viceversa resta sottoposta alle generali regole fissate per l'azione aquiliana, ivi inclusa la prescrizione quinquennale (*cf.* parere C.d.S. n. 426/2001, in *Foro it.* 2001, I, pag. 634).

Il motivo di tale rigetto, piuttosto, sta in quanto evidenziato in precedenza circa la natura dell'illecito oggetto di causa, che, se si identifica unitariamente nell'attività di edificazione e gestione del territorio e se, comunque, perdura sino a che persistano le opere abusive, assume la veste di un «illecito permanente», il quale, a differenza dell'«illecito istantaneo ad effetti permanenti», è risarcibile mediante un'azione il cui *dies a quo* decorre dalla cessazione della permanenza. Trattasi di una conclusione in linea coi principi della giurisprudenza di legittimità, posto che le sezioni civili della Corte di Cassazione ritengono che «l'esecuzione di una costruzione in violazione di norme di edilizia dia luogo ad un illecito permanente, con la conseguenza che la prescrizione del diritto al risarcimento del danno non decorre dalla data di realizzazione della costruzione ma da quella di cessazione della permanenza, e cioè dal momento in cui la costruzione viene demolita, ovvero dal momento in cui essa viene resa legittima mediante rinuncia dell'amministrazione, che irroghi una sanzione pecuniaria, ad ordinarne la demolizione, ovvero dal decorso del termine utile per l'usucapione del diritto reale di mantenere la costruzione nelle condizioni in cui si trova» (così Cass. n. 90/594; conf. Cass. n. 97/6967 e Cass. n. 80/1624). Viceversa, la giurisprudenza richiamata dalla F.B. riguarda i reati in materia di protezione delle bellezze naturali, ove la cessazione della permanenza è collegata alla conclusione dell'attività edificatoria (ad esempio Cass. 03/28338 e Cass. 94/9983), ma in questi casi la diversa conclusione, avente risvolti in tema di prescrizione, si spiega nel fatto che la condotta sanzionata è solo e soltanto quella di costruzione.

Prima di discutere del *quantum debeatur*, qualche breve considerazione su un'altra eccezione formulata da parte convenuta nella comparsa di risposta, eccezione peraltro non riproposta in sede di comparsa conclusionale (probabilmente per la presa d'atto della sua infondatezza).

Secondo la F.B., la zona di Castel Volturno oggetto dell'attività di edificazione rientrava nell'ambito di applicabilità delle leggi n. 579/1993 e n. 177/1992, prevedenti un procedimento volto ad eliminare le preesistenti situazioni di incertezza sulla titolarità delle aree, legittimando le attività di trasformazione del territorio e disponendo il trasferimento dei beni realizzati prima ai comuni, fra cui quello di Castel Volturno, e poi ai privati utilizzatori; solo l'inerzia e, anzi, il rifiuto dell'amministrazione di Castel Volturno avrebbero impedito la conclusione di tale procedimento, la cui previsione proprio per il territorio della località P. escludeva ogni eventuale illiceità ai sensi dell'art. 18 legge n. 349/1986 e dell'art. 2043 del codice civile.

Ma l'assunto muove dall'erroneo presupposto di una cessione «automatica» o «imposta» dei beni, laddove la legge n. 177/1992, prevedente all'art. 1 tale «cessione automatica» (con successivo trasferimento ai privati *ex art.* 2), non riguarda il territorio di Castel Volturno, mentre la legge n. 597/1993 contempla un trasferimento dei beni la cui realizzazione non è obbligata ma dipende dalle scelte discrezionali dei comuni (*cf.* sul punto Cass., III sez. penale, 96/865, nonché TAR Campania 98/2032, confermata da CdS 027783); e il Comune di Castel Volturno non ha inteso attivare tale procedimento (come risulta dalle due sentenze da ultimo citate), per cui le leggi n. 177/1992 e n. 597/1993 non hanno trovato

attuazione, non si è realizzata la sanatoria ed è persistita la situazione di illegittima occupazione di aree del demanio forestale, situazione definita sotto il profilo dominicale e solo e soltanto su questo punto col più volte citato protocollo del 18 giugno 2002.

Venendo al *quantum debeatur*, si è detto dell'attività dannosa svolta sul territorio della località P., si è detto della responsabilità della società F.B., si è detto dei criteri di liquidazione fissati dall'art. 18 comma 6 legge n. 349/1986 e si è detto della congruità di tali criteri rispetto alla misura della responsabilità da riconoscersi in capo alla società convenuta, pur considerandola autonomamente rispetto alle altre società del gruppo C. nell'ambito del progetto di speculazione edilizia compiuto alla località P. nella parte oggi denominata «Riviera F.B.». Con riguardo al comma 6 dell'art. 18, va poi aggiunto che tale norma, nei casi come quello in esame, in cui «non sia possibile una precisa quantificazione del danno», indica «la gravità della colpa individuale» quale ulteriore e, soprattutto, imprescindibile (secondo il capoverso il giudice procede alla liquidazione equitativa «tenendo comunque conto ...») parametro di liquidazione del danno oltre ai già citati criteri «del costo necessario per il ripristino e del profitto conseguito dal trasgressore in conseguenza del suo comportamento lesivo dei beni ambientali».

Orbene, le Amministrazioni istanti sin dall'atto di citazione hanno quantificato le voci di danno «spese di ripristino» e «profitto conseguito» con una quantificazione mai specificamente contestata dalla società convenuta, nemmeno dopo la produzione *ex adverso* (in data 3 aprile 2003) di un'apposita cartella intitolata «Profitto conseguito e spese di ripristino» e contenente appunto alcuni documenti (prezzario generale delle opere edili '90, alcuni contratti di compravendita ed indagini di mercato) utili per la relativa liquidazione. In particolare, la F.B. si è limitata (in comparsa conclusionale, a pag. 15) a suggerire un diverso criterio di quantificazione del danno, agganciato alle indennità previste dal decreto ministeriale 26 settembre 1997 per le opere realizzate in zone sottoposte a vincolo, proponendo in tal modo un'interpretazione che non tiene conto del fatto che l'art. 18 legge n. 349/1986 prevede una specifica disciplina di tutela del danno ambientale, individuando al comma 6 specifici parametri di determinazione di detto danno; e questo rafforza il convincimento che le indennità *ex d.m.* settembre 1997 assolvono una funzione del tutto diversa costituendo mere sanzioni amministrative (così C.d.S. 0371729).

Ciò precisato e fermo che i criteri normativi dell'art. 18 comma 6, a prescindere dall'immediata applicabilità della legge n. 349/1986, appaiono congrui anche con riferimento ad un'azione fondata sul principio generale dell'art. 2043 del codice civile, ritiene il giudicante che la proposta quantificazione in £. 14.700.000.000 e in £. 30.500.000.000 delle voci «spese di ripristino» e «profitto conseguito» vada accolta.

Infatti, l'importo di £. 14.700.000.000, pari ad € 7.591.916,41, discende dalla moltiplicazione delle spese di demolizione e trasporto rifiuti per il numero dei metri cubi occupati, il tutto sulla base di dati (voci della tariffa opere pubbliche e metri cubi occupati dagli edifici) entrambi presenti nella citata cartella «profitto conseguito e spese di ripristino».

A sua volta, l'importo di £. 30.500.000.000, pari ad € 15.751.935,42, discende dalla sommatoria di £. 25.000.000.000 con £. 5.500.000.000: la prima cifra indicante il profitto per la vendita delle case e calcolata moltiplicando il prezzo di vendita al mq. delle unità abitative quale determinato sulla base delle indagini di mercato e dei prezzi di cui ai contratti allegati per il numero delle unità abitative quale risultante dai dati della cartella oltre che dal prospetto B allegato alla comparsa di risposta della convenuta, la seconda cifra indicante il profitto dei tre alberghi «Residence C.B.», «Residence F.B.» ed «Hotel A.» e determinata tenendo conto delle caratteristiche e della ricettività delle tre strutture, ossia dei dati riportati nella prodotta attestazione dell'EPT di Caserta del 3 agosto 1996 (vedi sempre i documenti della citata cartella), e calcolando poi una ricettività media nei vari periodi e detraendo le spese di costruzione, gestione e manutenzione (per questi conteggi vedi pagg. 11 e 12 dell'atto di citazione).

L'importo di € 23.343.851,83, risultante dalla conversione in euro della sommatoria di £. 14.700.000.000 con £. 30.500.000.000 (£. 45.200.000.000), deve essere poi aumentato ad € 30.000.000,00 individuando nello scarto di € 6.656.148,16 (30.000.000,00 - 23.343.851,83) la maggiorazione dovuta per la «grave colpa individuale» della F.B., responsabile o, comunque, corresponsabile della completa trasformazione di un tratto di costa un tempo disabitato ed avente le tipiche caratteristiche della «macchia mediterranea», trasformazione cui ha fatto seguito un'intensa e continuativa attività di gestione delle opere a fini di profitto economico.

Simile danno patrimoniale non va rivalutato siccome già quantificato all'attualità, nè va integrato con gli interessi compensativi da mancato godimento del controvalore economico del danno, in quanto tale voce di danno può ritenersi già compresa nella liquidazione equitativa e forfettaria del danno in € 30.000.000,00.

Per altro verso, tale importo non può di certo essere decurtato del valore dei beni che la società convenuta, col protocollo del 18 giugno 2002, si è impegnata a trasferire allo Stato, riconoscendo la demanialità delle aree oggetto d'edificazione; al di là del fatto che, nella transazione, a tale riconoscimento si è contrapposta la cessione di altre aree demaniali in favore delle società del gruppo C. (art. 2), va nuovamente evidenziato come la transazione abbia avuto ad oggetto solo i risvolti dominicali della controversia Stato-F.B., restando invece espressamente esclusi gli aspetti di natura «paesaggistica ed ambientale»; con la conseguenza che ove si considerasse, ai fini della riduzione del danno ambientale, il valore economico dei beni attribuiti allo Stato, si finirebbe ingiustamente per oltrepassare i limiti espliciti dell'accordo transattivo, confondendo gli aspetti della proprietà con quelli, diversi, della tutela ambientale.

Sinora si è parlato del danno patrimoniale all'ambiente, al quale le Amministrazioni attrici aggiungono il danno non patrimoniale all'ambiente, chiedendo per esso un risarcimento identico (punto 4 delle conclusioni dell'atto di citazione).

Orbene, se è vero che il danno prima riconosciuto, liquidato anche ai sensi dell'art. 18 legge n. 349/1986, ha valenza patrimoniale, non può sottacersi che trattasi di un danno derivante dalla lesione di un bene immateriale, di un valore collettivo di non immediata e facile determinazione monetaria. Già prima, nel definire il danno ambientale, si è fatta questa affermazione, citando quella giurisprudenza secondo cui «l'ambiente in senso giuridico, quale bene unitario ma anche immateriale, rappresenta ... un insieme che, pur comprendendo vari beni o valori, si distingue ontologicamente da questi e si identifica in una realtà, priva di consistenza materiale, ma espressione di un autonomo valore collettivo, specifico oggetto, come tale, di tutela da parte dell'ordinamento, rispetto ad illeciti, la cui idoneità lesiva va valutata con riguardo a siffatto valore e indipendentemente dalla particolare incidenza verificatasi su una o più delle dette singole componenti, secondo un concetto di pregiudizio che, sebbene riconducibile a quello di danno patrimoniale, si connota tuttavia per una più ampia accezione di danno svincolata da una concezione aritmetico-contabile» (Cass. 98/1087; vedi anche Corte Cost. 87/641 e il citato parere C.d.S. n. 426/01, oltre a Cass. 96/5650, Cass. 95/9211 e Cass. 92/4362).

Ma, se così stanno le cose, se il danno ambientale costituisce un *surplus* rispetto al danno alle singole componenti materiali dell'ambiente, pare davvero impossibile individuare una forma di danno non patrimoniale non già risarcita nell'ottica «pseudo-patrimoniale» appena evidenziata. Qui non si discute dell'esistenza ed autonomia risarcibilità *ex art.* 2059 c.c. dei danni non patrimoniali, figura più ampia del mero danno morale, inteso come dolore, mera sofferenza psichica (vedi ad esempio Cass. 04/10482, Cass. 03/19057, Cass. 03/8827 e 03/8828), ma si nega la lesione di interessi non già risarciti ai sensi dell'art. 2043 del codice civile ed art. 18 legge n. 349/1986.

Quanto poi al danno morale, a differenza di quanto ritenuto dalla società F.B., l'ostacolo non è dato dall'asserita genericità della domanda, in quanto le Amministrazioni attrici hanno dedotto una serie di illeciti penali, imputandoli implicitamente ai legali rappresentanti o, comunque, ai dipendenti delle società. Nè si può fare leva sull'irrisarcibilità di tale danno da parte delle persone giuridiche, visto che quest'ultime, sebbene *delinquere non possunt*, in forza del principio di immedesimazione organica sono civilmente responsabili della condotta dolosa o colposa dei propri dipendenti o rappresentanti (*cf.* per tutte Cass. 00/12719).

Viceversa, è la qualifica di persona giuridica della parte danneggiata, lo Stato, che esclude di per sé l'esistenza di un danno morale, non essendo configurabile in capo ad una persona giuridica una sofferenza psichica, un patema d'animo (Cass. 04/12110, Cass. 03/5664 e Cass. 02/11600).

In conclusione, la F.B. va condannata a pagare al Ministero dell'Ambiente, a titolo di risarcimento danni, la somma di € 30.000.000,00, cui vanno poi aggiunti gli interessi legali dal dì della sentenza al soddisfo, tenuto conto dell'effetto della conversione dei debiti di valore in debiti di valuta collegato all'emanazione della sentenza di condanna.

La società convenuta, quale ultima argomentazione difensiva, sostiene che la condanna in favore delle attrici dovrebbe essere posta non solo a proprio carico ma, almeno in ragione

del 50%, a carico del Comune di C. V., del Comune di P., del Sindaco del Comune di P. quale commissario straordinario del Ministero per la Protezione Civile del Ministero per la Protezione Civile, del Ministero degli Interni e del Ministero della Marina Mercantile, deducendone la corresponsabilità nell'evento dannoso oggetto di causa in particolare per avere utilizzato una parte delle opere abusive e per non aver eseguito il dovuto controllo repressivo in relazione all'attività edilizia posta in essere presso la località P. In questi sensi è la domanda *sub f* delle conclusioni della comparsa di risposta e dell'atto di chiamata in causa, domanda cui segue quella *sub g*, volta ad ottenere, nella denegata ipotesi di mancata condanna diretta di dette amministrazioni in favore del Ministero dell'Ambiente, la condanna di dette amministrazioni a rivalere essa società convenuta, almeno per il 50% di quanto eventualmente costretta a pagare in accoglimento delle domande attoree. (*Omissis*)».

Comparsa conclusionale per il Ministero dell'Ambiente e per la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

«(*Omissis*). Sussistono tutti i requisiti normativamente richiesti dell'azionato danno ambientale. All'uopo recita l'art. 18:

«Qualunque fatto doloso o colposo in violazione di disposizioni di legge o di provvedimenti adottati in base a legge che comprometta l'ambiente, ad esso arrecando danno, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, obbliga l'autore del fatto al risarcimento nei confronti dello Stato» (1° comma);

«L'azione di risarcimento del danno ambientale, anche se esercitata in sede penale, è promossa dallo Stato (...).» (3° comma);

«Il giudice, ove non sia possibile una precisa quantificazione del danno, ne determina l'ammontare in via equitativa, tenendo comunque conto della gravità della colpa individuale, del costo necessario per il ripristino e del profitto conseguito dal trasgressore in conseguenza del suo comportamento lesivo dei beni ambientali» (6° comma);

«Il giudice, nella sentenza di condanna, dispone, ove possibile, il ripristino dello stato dei luoghi a spese del responsabile» (8° comma).

Orbene, diversamente da quanto opinato dalla controparte F.B., nel caso *de quo* sussistono tutti i requisiti richiesti dalla normativa al fine della sussistenza del danno ambientale.

A) In prima analisi deve rilevarsi che la condotta della F.B. è stata posta in essere in violazione di disposizioni di legge o di provvedimenti adottati in base alla legge.

B) Come già detto in precedenza, a prescindere dal danno ambientale realizzato con la sua opera abusiva di costruzione e gestione, la F.B. S.p.A. ha violato:

a) gli art. 822 e ss. del codice civile in ordine al demanio pubblico ed al suo regime giuridico in quanto ha occupato arbitrariamente senza alcuna autorizzazione o concessione una vastissima superficie costituente il cd. demanio forestale. Tale occupazione si articolava e si articola altresì nella gestione sopra tale superficie di una vera e propria città abusiva costituita da vari fabbricati ampiamente descritta sopra in tutte le sue articolazioni;

b) la legge n. 1497/1939 sulla protezione delle bellezze naturali, (nel caso di specie, per ciò che riguarda in particolare il territorio di Castelvoturno il decreto ministeriale del 19 maggio 1965), integrata dalla legge n. 431/1985;

c) la condotta abusiva della convenuta si è posta in contrasto con la normativa di tutela derivante dalla classificazione a riserva naturale dello Stato delle aree *de qua* in virtù del decreto ministeriale 13 luglio 1977, ed in contrasto con la presenza del vincolo idrogeologico;

d) la condotta abusiva della convenuta si è posta in contrasto con la normativa di tutela in tema di smaltimento dei rifiuti in quanto realizzando la rete fognaria servente la cittadella abusiva ed avente recapito nella zona nord dell'insediamento abusivo, scaricava e comunque effettuava con condotta perdurante scarichi di acque reflue provenienti da insediamenti produttivi senza aver richiesto la prescritta autorizzazione;

e) la condotta abusiva della convenuta si è posta altresì in contrasto con la normativa di tutela in tema di idoneo esercizio dell'attività alberghiera in un dato contesto idoneo a sostenerla. Difatti la convenuta nel tempo ha esercitato l'attività alberghiera e quindi preparato, confezionato nonché detenuto in deposito sostanze alimentari presso gli alberghi ampiamente descritti sopra senza la prescritta autorizzazione di cui all'art. 2 legge n. 283/1962 (il difetto della quale costituiva illecito penale e poi a partire dal 1999 illecito amministrativo);

f) la condotta abusiva della convenuta si è posta altresì in contrasto con la normativa di tutela in tema di idonea abitabilità degli edifici al fine di garantire un corretto equilibrio tra il numero degli abitanti gli edifici di un luogo e l'*habitat* munito delle strutture, infrastrutture e opere di urbanizzazione primarie e secondarie idoneo ad ospitare in modo vivibile gli utilizzatori di essi edifici. Difatti la convenuta società nel tempo ha adibito gli immobili ampiamente descritti sopra ad uso abitativo senza essere munita della prescritta licenza di abitabilità richiesta dall'art. 221 del R.D. del 27 luglio 1934 n. 1265.

A tali normative strettamente inerenti al caso di specie, si deve aggiungere la violazione di norme di carattere generale, ma non meno rilevanti, quali gli artt. 2, 9 e 32 Cost. (che tutelano rispettivamente i diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità, il paesaggio e la salute), norme che da sempre giurisprudenza e dottrina pongono come base della tutela dell'ambiente, l'art. 2043 del codice civile, la cui diretta applicazione a tutela della salute e dell'ambiente è stata generalmente sostenuta dalla Cassazione che ha fatto propria l'impostazione della Corte Costituzionale (Cass. 9 marzo 1979, n. 1463), ed infine l'art. 18, legge n. 349/1986, la cui applicazione a fattispecie realizzatesi anche antecedentemente alla sua entrata in vigore è avallata dalla giurisprudenza della Cassazione che in più sentenze ha ribadito che: «l'ambiente come bene giuridico non trova la sua fonte genetica nella citata legge del 1986 (che si occupa piuttosto della ripartizione della tutela tra Stato, enti territoriali ed associazioni protezionistiche) ma direttamente nella Costituzione, considerata dinamicamente, come diritto vigente e vivente, attraverso il combinato disposto di quelle disposizioni (quali gli artt. 2, 3, 9, 41 e 42) che concernono l'individuo e la collettività nel suo *habitat* economico, sociale, ambientale; tali disposizioni primarie levano l'ambiente ad interesse pubblico fondamentale, primario ed assoluto, imponendo allo Stato (come Stato ordinamento, comprensivo dello Stato persona e degli altri enti territoriali) una adeguata predisposizione di mezzi di tutela, per le vie legislative, amministrative ed anche giudiziarie» (Cass. 19 giugno 1996, n. 5650, Cass. 1° settembre 1995, n. 9211 e Cass. 3 febbraio 1998, n. 1087).

B) La condotta della F.B. ha compromesso l'ambiente ad esso arrecando danno, alterandolo, deteriorandolo e distruggendolo in tutto o in parte.

Deve rilevarsi che l'ambiente oggetto della occupazione, costruzione e gestione abusiva *illo tempore* costituiva un tipico *habitat* naturale inabitato con pinete fino alla spiaggia, terreni per il pascolo di animali, vi erano specie animali tipiche.

Se si considera il concetto di ambiente, così come affermatosi in dottrina e giurisprudenza negli anni, non si può negare l'incidenza dell'attività della F.B. S.pa. su tale bene, e quindi la sua indubbia responsabilità.

Il concetto giuridico di ambiente ha una portata molto ampia.

In esso vi è da un lato la compresenza di oggetti materiali e di beni giuridici assai differenti tra di loro: il paesaggio, l'*habitat*, il territorio; dall'altro l'ambiente costituisce l'insieme delle risorse naturali (la riserva delle risorse disponibili sul pianeta terra) e culturali.

Alla individuazione di tale nozione ha offerto significativi contributi la Corte Costituzionale, la quale facendo riferimento ai precetti degli artt. 9 e 32 Cost., ha interpretato in modo evolutivo i medesimi principi secondo una concezione unitaria di ambiente, sia in senso oggettivo (come bene giuridico), sia in senso soggettivo (come diritto fondamentale della persona (Corte Cost., sent. n. 210/1982).

L'ambiente viene protetto quale elemento determinativo della qualità della vita ed un *habitat* naturale è necessario alla collettività e, per essa ai cittadini, secondo valori largamente sentiti (Cass. n. 4362/1992).

La tutela dell'ambiente, pertanto, secondo la Corte Costituzionale, deve garantire: «la conservazione, la razionale gestione ed il miglioramento delle condizioni naturali(aria, acqua, suolo e territorio), l'esistenza e la preservazione dei patrimoni genetici terrestri o marini, di tutte le specie animali o vegetali che in esso vivono allo stato naturale ed in definitiva della persona umana in tutte le sue estrinsecazioni» (sent. del 28 maggio 1987, n. 210).

Una definizione molto completa è data sempre dalla Corte Cost. nella sent. n. 302/1994 in cui è affermato che l'ambiente, costituisce un valore costituzionale dal contenuto integrale poiché in esso sono sommati una pluralità di valori non limitabili solo agli aspetti estetico-culturali, sanitari ed ecologici della tutela, ma ricomprensivi pure di esigenze e di istanze partecipative, la cui realizzazione implica l'attivazione di tutti i soggetti pubblici, in virtù

del principio della leale collaborazione ed anche dei membri della collettività statale dei quali non può essere trascurato il positivo contributo per una efficace tutela dei beni ambientali.

A ciò si aggiunga, infine, anche l'orientamento della Corte di Cassazione secondo cui: «ai fini dell'esistenza di un danno ambientale basta una semplice alterazione di una delle componenti ambientali». (Cass., Sez. III, 19 gennaio 1994, n. 439).

È questa, infatti, la differenza più significativa rispetto al danno civile, ossia la previsione della rilevanza anche solo di «un'alterazione» per la configurazione del danno ambientale.

Una qualsiasi modificazione, non necessariamente peggiorativa né irreversibile, di una caratteristica qualitativa della risorsa, indipendentemente dallo stato in cui essa si trovava prima dell'aggressione, è, dunque, sufficiente per fondare l'obbligo risarcitorio.

Il danno ambientale, normativamente inteso, è, quindi, ancorato al semplice cambiamento di qualità delle risorse provocato da una condotta tenuta *contra legem*, a prescindere sia dalla durata della modificazione indotta sia dalla intensità della stessa. (Trib. Venezia, Sez. Pen., 27 novembre 2002, n. 1286, in *Riv. Giur. Amb.* n. 1/03 con nota di G. Schiesaro; Cass., Sez. terza, 1° dicembre 1999, n. 13716).

Da ciò è evidente come la F.B. S.p.a. con la sua condotta di alterazione, distruzione dell'ambiente, bene della collettività e valore costituzionalmente garantito, abbia arrecato un danno che ora deve riparare, secondo i principi della Costituzione e delle leggi attuative.

Nel caso *de quo* la condotta della F.B. ha arrecato grave pregiudizio all'ambiente. Come già evidenziato sopra nel caso *de quo* ricorre l'ipotesi del fatto illecito (condotta pregiudizievole all'ambiente) da ascrivere a più soggetti nel tempo e nello spazio responsabili *ex art.* 2043 del codice civile, 18 legge n. 349/1986 e 2, 9, 32 Costituzione. Unico è il fatto illecito: danno all'ambiente sulle aree del c.d. demanio forestale del Comune di Castelvolturno. Più i soggetti danneggianti nel tempo. Ricorre, come detto, un'obbligazione solidale passiva. L'Amministrazione attrice ha agito contro il principale, il più importante dei responsabili.

Deve precisarsi che, diversamente da quanto ritenuto dalla F.B., il danno all'ambiente è arrecato dalla condotta di occupazione concretatesi tanto nella costruzione di edifici e di manufatti quanto nella gestione degli stessi. La società F.B. avendo avuto nel tempo (a partire dagli inizi degli anni '80 ad oggi) il pieno controllo dell'area costituente il c.d. demanio forestale all'evidenza si trova ad occupare la stessa. Difatti la costruzione di un edificio e la successiva gestione dello stesso – in violazione della normativa di tutela ambientale – ad opera di un soggetto che ha il pieno controllo della situazione e che lo potrebbe – ove lo volesse – volontariamente far cessare (mediante distruzione dell'edificio e/o abbandono dello stesso facendo venire meno o lenire la lesione alla normativa di tutela) all'evidenza costituisce situazione di occupazione perdurante di area vincolata.

Valsa un caso di scuola. Sul litorale domitio ancora incontaminato un soggetto invade un'area tra il mare e la pineta e vi costruisce esclusivamente quattro pali cementati al vertice dei quali installa una cabina. Non svolge esso occupatore alcuna attività collegata a tale costruzione. Decorrono dieci anni e l'occupatore inizia una attività industriale con scarichi che invadono l'ambiente installati nella già costruita cabina. All'evidenza un danno all'ambiente è cagionato in modo determinante dalla gestione dell'attività individuale e non solo dalla mera costruzione di un edificio.

Orbene nel caso *de quo* ricorre proprio l'ipotesi del danno ambientale arrecato anche dalla occupazione mediante gestione di attività nella costruzione edificata abusivamente. Va rilevato che il completamento dell'attività di costruzione, diversamente da quanto dedotto dalla F.B., si è avuta anche sul finire degli anni '80. All'uopo si richiama il prospetto indicato nell'atto di citazione in ordine alla costruzione e completamento degli edifici. Poi, come più volte detto, la F.B. ha provveduto alla occupazione mediante gestione di esse costruzioni con danno all'ambiente. Valga quale esempio la sola gestione degli alberghi: 1) Albergo A.; 2) Hotel Residence C.B.; 3) Hotel Residence F.B.

Intuitivamente lo svolgimento di una attività alberghiera arreca, ove costruito esso albergo in modo abusivo in un ambiente che non era destinato ad accoglierlo attesa l'esistenza di vincoli, quali il regime di demanio pubblico, la legge n. 1497/1939 e succ. mod., la classificazione come riserva naturale dello Stato *ex decreto ministeriale* 13 luglio 1977, la presenza del vincolo idrogeologico e di altri vincoli, tutti già ampiamente esplicitati in precedenza, produce danno all'ambiente. Ciò per gli scarichi inquinanti, per l'aumento delle persone insistenti in esso ambiente determinante ad esempio maggiore produzione di rifiuti.

Ciò vale anche per la gestione del restante patrimonio immobiliare. Il solo fatto di avere costruito una cittadella abusiva in luogo protetto *in re ipsa* arreca danno all'ambiente determinando ad esempio la produzione di rifiuti, emissioni inquinanti nell'aria, consumo di energia, inquinamento idrico dovuto agli scarichi in acqua, inquinamento acustico, inquinamento luminoso, inquinamento elettromagnetico, aumento mezzi di trasporto e quindi emissioni di CO₂, in conclusione tutte quelle conseguenze che seguono lo stanziamento in un luogo (nel caso di specie insediamento abusivo in un luogo incontaminato e non destinato all'urbanizzazione) di un'enorme mole di persone.

Che sussista un danno all'ambiente è provato dalla condotta della F.B..

Questa, come si desume dal contenuto narrativo del protocollo d'intesa ad anticipazione del ristoro del danno ambientale, ha già abbattuto determinate costruzioni assunte di più rilevante impatto in pregiudizio dell'ambiente.

C) Sussiste altresì l'elemento psicologico del dolo e/o quantomeno della colpa nella condotta materiale della F.B.. Da quanto ampiamente narrato in fatto sopra la condotta occupativi della F.B. si è estrinsecata nella violazione palese di norme di tutela. Tale condotta implica quantomeno la colpa perché si va ad occupare un'area senza informarsi minimamente sulla sussistenza di vincoli su essa area. Ciò tenuto conto altresì della piena coscienza della abusiva attività occupativi della F.B. atteso che la stessa ha svolto essa attività in palese contrasto con giudicati acclaranti la proprietà dello Stato (richiamati sopra nel fatto) e con l'attività di autotutela – nel tempo – svolta dall'Amministrazione forestale.

D) Alcun rilievo al fine di escludere il danno ambientale ha il fatto che parte delle condotte lesive sarebbero state poste in essere in epoca anteriore alla entrata in vigore della legge n. 349/1986 che avrebbe – a dire della controparte – disciplinato *ex novo* la materia.

Ciò per due ordini di ragioni.

In prima analisi la condanna di lesioni all'ambiente è reiterata nel tempo. Inizia negli anni '60 e persiste tuttora almeno sotto l'aspetto della gestione delle aree abusivamente costruite.

Inoltre deve rilevarsi, per la pacifica opinione della giurisprudenza sul punto, che l'art. 18 citato non ha innovato l'ordinamento giuridico in ordine alla individuazione del diritto all'ambiente salubre e al fatto illecito di lesione dell'ambiente.

Anzi, come già detto in precedenza, giurisprudenza e dottrina sono pienamente concordi nel ritenere che l'art. 18 legge n. 349/1986 abbia una funzione prettamente ricognitiva (Cass. Civ., Sez. III, 3 febbraio 1998, n. 1087) di una tutela già approntata dalla Costituzione (artt. 2, 9, 32, ...) e che possa essere applicato anche a fattispecie realizzatesi prima della sua entrata in vigore.

E) Tuttora vitale è il diritto dello Stato al risarcimento del danno all'ambiente.

Controparte assume che il diritto è prescritto venendo in rilievo un illecito istantaneo con effetto permanente. Ossia nel caso *de quo* attuata la costruzione abusiva sarebbe scattato il termine quinquennale di prescrizione *ex art.* 2947 del codice civile. Ciò non è per varie ragioni.

a) Deve rilevarsi che venendo in rilievo un diritto fondamentale vi è l'imprescrivibilità *ex art.* 2934 n comma del codice civile del diritto al risarcimento del danno arrecato al diritto all'ambiente salubre.

Come più volte citato in precedenza, sia la giurisprudenza della Corte Costituzionale, sia la giurisprudenza della Cassazione, sia, infine, la dottrina sono assolutamente concordi nel ritenere il diritto all'ambiente come un valore costituzionalmente garantito, che trova il suo fondamento negli artt. 2, 9 e 32 Cost.. Esso è inteso come diritto fondamentale dell'uomo e valore primario ed assoluto (Cass. Pen., Sez. III, 31 luglio 1990, n. 10900; Cass. Pen., Sez. III, 19 novembre 1996, n. 9837; Corte Cost. 22 maggio 1987, n. 210).

L'ambiente rappresenta un bene immateriale unitario di cui deve essere assicurato il godimento a tutta la collettività.

Rientra, cioè, tra quei diritti indisponibili per i quali, si ripete, è espressamente sancita l'imprescrivibilità *ex art.* 2934, II comma, del codice civile.

b) Come ampiamente ricostruito sopra il danno arrecato all'ambiente non è stato cagionato dalla occupazione mediante la sola costruzione abusiva. Tale danno è stato cagionato, ed è tuttora cagionato, anche dalla occupazione mediante attività di gestione che dura ancora. All'evidenza, viene in rilievo un illecito reiterato nel tempo; sicché non è prescritto

il diritto al ristoro del danno ambientale. Il *dies a quo* della prescrizione scatterebbe, in ipotesi, solo ove la F.B. che ha il pieno dominio della situazione occupativa rimetta tutte le cose nel pristino stato, oppure abbandoni la gestione.

Si ravvisa, cioè, accanto alla iniziale condotta illecita di occupazione mediante costruzione abusiva, una condotta di mantenimento nel tempo della condotta illegittima data dalla occupazione mediante gestione delle opere abusive, basti pensare alla proficua attività di alienazione degli immobili, che si è protratta almeno fino alla fine del 1998 (prospetto B), ed alla attività alberghiera tuttora svolta dalla F.B. S.p.a..

È, quindi, evidente che la suddetta società continua l'opera di alterazione dello stato dei luoghi, iniziato con la costruzione delle opere su aree altrui e continua, altresì, a trame profitto. La F.B. ha come detto il pieno controllo della situazione occupativa sull'area costituente il cd. demanio forestale; ciò in violazione di una molteplicità di norme di tutela; sicché è nel potere dell'occupatore rimuovere la lesione arrecata. All'evidenza il persistere nell'occupazione implica il persistere della condotta violativa delle norme a tutela dell'ambiente.

Corollario di quanto detto alla precedente lettera *b* è quindi che – venendo in rilievo un illecito permanente costituito dalla occupazione attuata mediante costruzione e gestione ad opera di un soggetto che ha il pieno dominio della situazione – il termine quinquennale di prescrizione *ex art. 2947 c.c.* non è iniziato neppure a decorrere.

Nel caso *de qua*, vi è stata un'occupazione *sine titulo* di aree del patrimonio dello Stato, che, secondo costante e concorde giurisprudenza, rappresenta un'ipotesi di illecito permanente, (*ex plurimis* – riferito anche al reato permanente ma con discorso intuitivamente valevole anche per l'illecito permanente atteso che quest'ultimo è il *genus* – si cita: Cass. civ., Sez. I, 25 luglio 1997, n. 6967; Cass. Pen., 7 marzo 1998, n. 4411; T.A.R. Basilicata, 10 novembre 1999, n. 616; Cons. Stato, Sez. IV, 2 giugno 2000, n. 3184).

Altresì va precisato che secondo il costante orientamento giurisprudenziale del Consiglio di Stato anche la mera condotta di costruzione in zona sottoposta a vincolo paesaggistico-ambientale in assenza dell'autorizzazione *ex art. 7 R.D. n. 1497/1939* costituisce «un illecito di carattere permanente caratterizzato dall'omissione dell'obbligo, perdurante nel tempo di ripristinare *secundum ius* lo stato dei luoghi con l'ulteriore conclusione che se l'Autorità emana un provvedimento repressivo (demolizione, ovvero di irrogazione di una sanzione pecuniaria) non emana un atto 'a distanza di tempo' dall'abuso, ma reprime una situazione anti-giuridica *contra ius* ancora sussistente» (così, tra le tante, Cons. Stato Sez. IV sent. del 2003 n. 4482); si enuncia altresì che «la situazione di illiceità può dirsi venuta meno solo quando è stato assolto l'obbligo di ripristino dello stato dei luoghi (ovvero sia stata pagata la sanzione pecuniaria)» (Cons. Stato Sez. IV sent. del 2004 n. 397).

Ciò comporta la rilevante conseguenza in tema di prescrizione che la stessa inizia il suo decorso dalla cessazione della permanenza della condotta illecita.

Nella specie, l'illecito permanente, come riconosciuto dalla stessa convenuta, perdura tuttora (ad esempio prospetti A e B).

Deve rilevarsi che alcun concorso di colpa sussiste in capo alle chiamate Amministrazioni in ordine alla causazione del danno ambientale.

Unico responsabile è la F.B. che ha costruito e gestito le opere. Ad opinare diversamente si dovrebbe dire ad esempio che anche il Comune, a fronte della realizzazione di un edificio abusivo, sarebbe responsabile del danno urbanistico ove non reagisca – in quanto obbligato per legge a rimuovere i siti abusivi – in repressione della condotta illecita del costruttore.

Inoltre il fatto che alcune Amministrazioni avrebbero usato alcuni dei locali non incide casualmente sul danno. Situazioni di emergenza determinarono, come ampiamente detto negli atti di causa l'utilizzo temporaneo di tali ambienti gestiti dalla F.B.

All'uopo si richiamano le note delle Prefetture dalle quali è evidente l'eccezionalità della situazione che ha portato i Comuni, colpiti da calamità naturali imprevedute ed imprevedibili come gli eventi sismici, ad adottare dei provvedimenti d'urgenza per far fronte ai gravi disagi verificatisi.

Ossia tali provvedimenti trovano il loro fondamento in ragione di emergenza, e non hanno certo il fine di legittimare gli abusi compiuti dalla società convenuta.

Tutto ciò premesso le Amministrazioni *ut supra* rappresentate e difese *insistono* nell'accoglimento delle domande formulate negli atti di causa con rigetto integrale delle richieste e domande della F.B. S.p.A.

Napoli, 28 giugno 2004 – Avvocato dello Stato Michele Gerardo».

Sulla giurisdizione dei «concorsi interni» del pubblico impiego

(Consiglio di Stato, Sezione sesta, sentenza 4 giugno 2004 n. 6511)

La pronuncia in esame accoglie la domanda inoltrata dal sig. A. A. per l'appello della sentenza n. 472/2003 del T.A.R. Marche, che aveva dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione il ricorso proposto contro il decreto del Direttore Generale dell'Ufficio Scolastico Regionale per le Marche in data 27 febbraio 2003, con il quale era stata disposta l'esclusione del ricorrente dal corso-concorso per il settore formativo per il reclutamento di dirigenti scolastici della scuola elementare e secondaria di I grado, indetto con D.D.G. del 17 dicembre 2002, riservato al personale in possesso di una determinata anzianità di servizio, e che aveva ricoperto le funzioni di preside per almeno tre anni..

In particolare, nel caso di specie, il T.A.R. Marche aveva ritenuto sussistere la giurisdizione del giudice ordinario, non essendo in presenza di una procedura concorsuale preordinata alla costituzione di un rapporto di lavoro con la P.A.

Investita della questione, la sesta sezione del Consiglio di Stato ribadisce che, così come stabilito dalla più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione (Sez. Unite 15 ottobre 2003, n. 15043) una controversia riguardante un concorso interno al quale possono partecipare pubblici dipendenti rientra nella giurisdizione del G.A.; pertanto, annulla con rinvio la decisione di primo grado che aveva dichiarato il ricorso inammissibile per difetto di giurisdizione in materia.

Con la sentenza in rassegna, la sesta sezione del Consiglio di Stato, prendendo atto del recente *revirement* delle S.U. della Cassazione, ha così occasione di pronunciarsi sulla *vexata questio* della determinazione della giurisdizione competente a decidere controversie in materia di concorsi interni.

Le conclusioni cui essa perviene sono perfettamente in linea con i principi di diritto più volte affermati al riguardo dalla Suprema Corte.

Esula dalla giurisdizione del giudice ordinario, per rientrare in quella del giudice amministrativo, una controversia avente ad oggetto l'impugnazione di un provvedimento di esclusione dalla partecipazione ad un corso-concorso, nel caso in cui la procedura selettiva sia stata attivata dalla P.A. per il passaggio del personale interno, in possesso di determinati requisiti, ad un'area dirigenziale superiore rispetto a quella richiesta per la partecipazione alla procedura selettiva medesima; in tal caso, infatti, la procedura selettiva deve ritenersi finalizzata al passaggio del personale ad una categoria giuridica più elevata, con conseguente novazione oggettiva del rapporto di lavoro, richiamata dalla S.C. quale indice che distingue le progressioni verticali (attribuite al G.A.) da quelle orizzontali (giurisdizione del G.O.).

Ora, come è noto, in base al nuovo assetto normativo, scaturito dalla legge n. 59/1997, cui hanno fatto seguito il D.lgs. n. 80/1998 e la legge n. 205/2000, il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo è determinato dal criterio della materia e non più dalle situazioni giuridiche soggettive poste a fondamento dell'azione. La legge n. 205/2000 ha individuato le controversie di competenza del G.A. secondo le materie,

indicate di volta in volta dal legislatore e non più in base alla tradizionale distinzione tra le posizioni giuridiche tutelate, ampliando così la cognizione del G.A. a tutte le azioni esperibili, comprese quelle di natura risarcitoria, prima riservate alla cognizione del giudice ordinario. Tale metodo del riparto per materie è conforme all'art. 103 della Costituzione, in quanto detta norma fondamentale concede al legislatore ordinario di riservare, in via esclusiva, al G.A. la giurisdizione, qualora esista una stretta commistione tra attività autoritativa e attività paritetica, da parte della P.A., e tra titolarità di interessi legittimi e di diritti soggettivi, da parte del privato.

Dal contesto generale del pubblico impiego, va scorporata la materia dei concorsi. In particolare, il quarto comma dell'art. 63 del D.lgs., n. 165/2001 stabilisce che «*restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*».

Il legislatore, quindi, ha individuato una materia, quella dei concorsi, devolvendola alla cognizione del giudice amministrativo. Va precisato che suddetta residuale riserva di giurisdizione amministrativa concerne esclusivamente le procedure concorsuali funzionali alla costituzione del rapporto con la Pubblica Amministrazione.

Nelle procedure concorsuali finalizzate alla progressione in carriera dei pubblici dipendenti, infatti, il bando di concorso deve qualificarsi come atto di gestione, espressione della capacità ed esercizio dei poteri del privato datore di lavoro.

Donde la non riconducibilità al concetto di assunzione del passaggio da una qualifica ad un'altra e la conseguente sottrazione alla giurisdizione amministrativa delle controversie concernenti selezioni espletate all'interno di categorie di personale già dipendente della pubblica amministrazione, nonché delle controversie vertenti sugli atti conclusivi le procedure conclusive, adottati successivamente all'approvazione della graduatoria definitiva.

La sesta sezione ricorda che in sede applicativa, l'art. 63 del D.lgs. n. 165/2001 ha avuto discordi soluzioni nell'ambito giurisprudenziale, in quanto restava incerto se la materia demandata al G.A. riguardasse tutti i tipi di concorsi per pubblico impiego o soltanto le procedure finalizzate all'accesso iniziale alla dipendenza presso Pubbliche Amministrazioni, quelli, cioè, impropriamente detti concorsi esterni, con la partecipazione di soggetti non legati già da rapporto di lavoro.

Tale discriminazione sarebbe stata voluta dal legislatore, con l'inserimento, nel comma 4 dell'art. 63 testo unico n. 165/2001, dell'espressione «*procedure concorsuali per l'assunzione*», che lascerebbe intendere la volontà di riservare alla cognizione del giudice ordinario le procedure mirate alla progressione in carriera dei dipendenti già legati da rapporto di lavoro con le Amministrazioni Pubbliche.

In particolare, sul riparto della giurisdizione in materia di procedure finalizzate all'assunzione di pubblici dipendenti, così come delineato dall'art. 63 citato, erano presenti due opposti orientamenti: il primo tendente ad attribuire alla cognizione del giudice ordinario ogni vicenda del rapporto di lavoro, compresi i concorsi interni e le selezioni per la progressione verti-

cale introdotte col nuovo ordinamento del personale pubblico dai contratti collettivi di comparto, con la sola eccezione relativa al concorso finalizzato alla costituzione del primo rapporto di lavoro con la Pubblica Amministrazione; il secondo, invece, volto a far rientrare nel concetto di selezione pubblica anche le procedure selettive interne, ai sensi dell'art. 97 Cost., con la conseguente affermazione della giurisdizione del G.A. fino al momento dell'approvazione della graduatoria. Secondo siffatto orientamento, con l'art. 63 D. lgs. n. 165, *cit.*, il legislatore avrebbe voluto attribuire alla cognizione del G.A. tutta la materia delle procedure concorsuali, nelle quali non vengono in rilievo diritti soggettivi, ma soltanto interessi legittimi. Il termine assunzione sarebbe stato usato dal legislatore del testo unico non nel senso privatistico d'instaurazione del rapporto di lavoro, ma nell'accezione pubblicistica, conforme all'art. 97 Cost., di assunzione all'impiego, accesso all'impiego, accesso al lavoro o alla qualifica, riferito, cioè, ad ogni ipotesi di accesso ad un nuovo posto della dotazione organica dell'ente che ha indetto il concorso.

La giurisprudenza delle S.U. della Corte di Cassazione si era, originariamente, orientata nel senso di ritenere riservate al G.A. le sole controversie relative alle procedure concorsuali per «l'assunzione», vale a dire per la costituzione di nuovi rapporti di lavoro, ma non anche quelle concernenti i concorsi (c.d. interni) per l'accesso alla qualifica superiore (v. Cass., sez. un., 10 dicembre 2001, n. 15602; 27 febbraio 2002, n. 2954; 12 marzo 2003, n. 3658).

Parallelamente all'evoluzione normativa sopra delineata ed al dibattito che intorno ad essa si svolgeva, già nel corso degli anni Novanta, anche la Corte Costituzionale interveniva con numerose pronunce (Corte Cost. 4 gennaio 1999 n. 1, 31 ottobre 1995 n. 478 per citarne solo alcune), fedele all'idea secondo cui il passaggio di qualifica nel lavoro pubblico, comportando l'immissione del dipendente in un nuovo posto dell'organico, si configurasse quale forma di accesso a tale posto, assoggettabile, quindi, alla regola del pubblico concorso *ex art. 97, comma 3, Cost.*

E proprio quando tali principi sembravano ormai destinati a solidificarsi nel tempo, con la sentenza n. 15403 del 15 ottobre 2003, le Sezioni Unite della Cassazione hanno mutato orientamento, sostenendo che il quadro costituzionale di riferimento imponesse un'interpretazione adeguatrice della norma di riserva alla giurisdizione amministrativa delle controversie concernenti le procedure concorsuali per l'assunzione, nel senso di ravvisare la sussistenza di queste ultime non già in relazione alla loro idoneità ad immettere nell'organizzazione amministrativa soggetti ad essa anteriormente estranei, ma per il solo fatto della loro destinazione alla copertura di posti vacanti. Ribaltando la posizione assunta in precedenza, la Suprema Corte stabiliva, quindi, che la giurisdizione amministrativa dovesse essere estesa non solo alle procedure volte alla costituzione per la prima volta del rapporto di lavoro, ma anche alle procedure finalizzate alla progressione dei dipendenti.

Successivamente, le stesse S.U. hanno precisato che per le controversie che riguardano concorsi interni che comportano un semplice passaggio di livello, senza variazione di area o di categoria, sussiste la giurisdizione dell'A.G.O. e non già quella del Giudice amministrativo (Cass. Civ., sez. un., ord. n. 18886 del 10 dicembre 2003 e n. 10183 del 26 maggio 2004), confer-

mando la giurisdizione del G.A. sulle controversie relative a concorsi per soli esterni, ai c.d. concorsi misti e ai concorsi per soli interni che comportino passaggio da un'area ad un'altra, spettando, poi, al giudice del merito la verifica di legittimità delle norme che escludono l'apertura all'esterno; hanno riconosciuto, invece, una residuale giurisdizione al G.O. sulle controversie attinenti a concorsi per soli interni, che comportino passaggio da una qualifica ad altra, nell'ambito della medesima area.

Ebbene, secondo la sezione sesta del Consiglio di Stato, la Cassazione, nell'affermare la sussistenza della giurisdizione dell'A.G.O. in ordine ai concorsi riservati al personale interno inerenti la gestione del rapporto di lavoro, quando si tratti di semplice passaggio di livello, senza variazione di area o di categoria ovvero senza novazione oggettiva del rapporto di lavoro, ha inteso in realtà riferirsi alle c.d. progressioni orizzontali, cioè a dire a quelle che avvengono all'interno della stessa area o categoria di classificazione, e non a quelle «verticali», previste, invece, per il passaggio del personale ad una categoria giuridica più elevata.

Ora, poiché le controversie relative allo sviluppo della carriera all'interno di una stessa categoria, costituendo un aspetto di gestione del rapporto di lavoro, sono riservate alla giurisdizione del G.O., risulta, pertanto, che ai fini del riparto di giurisdizione non rilevano le differenti previsioni contenute nei vari contratti collettivi in relazione alle modalità di progressione di carriera.

Trattasi, infatti, in ogni caso, di procedure di avanzamento interne alla stessa categoria (o area), rientranti nell'attività di gestione del rapporto di lavoro, andando ad incidere direttamente sulla prestazione richiesta a parità di categoria d'inquadramento (1).

Diverso sarebbe, invece, il caso di atto finalizzato all'assunzione di una categoria superiore, dove è riscontrabile quella novazione oggettiva del rapporto, in base alla quale la Cassazione distingue le progressioni verticali (attribuite al G.A.) da quelle orizzontali (attribuite al G.O.).

Avv. Pierpaolo Carbone

Consiglio di Stato, sezione sesta, sentenza 4 giugno 2004, n. 6511- Pres. Giovannini – Est. R. Chieppa – A.A. (Avv.ti Del Vecchio e Ranieri) c/ Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, e Ufficio Scolastico Regionale per le Marche (Avv.ra Gen. - Stato) e Sagratini (n.c.) – (annulla T.A..R. Marche n. 473/2003).

Rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo una controversia avente ad oggetto l'impugnazione di un provvedimento di esclusione dalla partecipazione ad un corso-concorso, nel caso in cui la procedura selettiva sia stata attivata dalla P.A. per il passaggio del personale interno, in possesso di determinati requisiti, ad un'area dirigenziale superiore rispetto a quella richiesta per la partecipazione alla procedura selettiva medesima; in tal caso, infatti, la procedura selettiva deve ritenersi finalizzata al passaggio del personale ad una categoria giuridica più elevata, con conseguente novazione oggettiva del rapporto di lavoro.

(1) Vedi anche T.A.R. Lazio, sez. 2ª ter, sent. 4 maggio 2004, n. 3757, in questa *Rassegna*, luglio-settembre 2004, p. 850, con nota di PAOLA CIRIACO.

«(Omissis) Fatto – Con il ricorso in appello in epigrafe A. A. ha chiesto l'annullamento della sentenza n. 472/2003 con la quale il T.A.R. per le Marche ha dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione il ricorso proposto avverso il decreto del Direttore Generale dell'Ufficio Scolastico Regionale per le Marche in data 27 febbraio 2003 con cui è stata disposta l'esclusione del ricorrente dal corso concorso per il settore formativo per il reclutamento di dirigenti scolastici della scuola elementare e secondaria di primo grado, indetto con D.D.G. del 17 dicembre 2002.

L'appellante ritiene che il T.A.R. abbia erroneamente dichiarato il proprio difetto di giurisdizione e richiama gli ultimi orientamenti della Cassazione in ordine al riparto di giurisdizione in materia di pubblici concorsi.

L'amministrazione intimata si è costituita in giudizio, chiedendo la reiezione dell'appello. All'odierna udienza la causa è stata trattata in decisione.

Diritto – 1. – Con l'impugnata sentenza il T.A.R. ha dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione un ricorso proposto da un candidato alla partecipazione ad una procedura concorsuale, bandita dall'amministrazione della pubblica istruzione per il reclutamento di dirigenti scolastici e riservata al personale, in possesso di una determinata anzianità di servizio e che ha ricoperto le funzioni di preside per almeno tre anni.

Secondo il giudice di primo grado, non trattandosi di procedura concorsuale preordinata alla costituzione di un rapporto di lavoro con la P.A., sussisterebbe la giurisdizione del giudice ordinario.

Il ricorso in appello è fondato.

Il Collegio ritiene, infatti, di dover applicare alla controversia in esame gli ultimi orientamenti delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in ordine al riparto di giurisdizione in materia di pubblici concorsi.

Si ricorda che l'art. 63 del d.Lgs. n. 165 del 2001, nel prevedere la devoluzione al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, di tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, ad eccezione dei c.d. settori non contrattualizzati e nell'includere in tali controversie quelle concernenti l'assunzione al lavoro, ha confermato la giurisdizione del giudice amministrativo per le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni.

La giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di Cassazione si era, originariamente, orientata nel senso di ritenere riservate al G.A. le sole controversie relative alle procedure concorsuali per «l'assunzione», vale a dire per la costituzione di nuovi rapporti di lavoro, ma non anche quelle attinenti a concorsi (c.d. interni) per l'accesso alla qualifica superiore (*cfr.*, fra le tutte, Cass., sez. un., 10 dicembre 2001, n. 15602; 27 febbraio 2002, n. 2954; 12 marzo 2003, n. 3658).

A seguito della formazione di una giurisprudenza costituzionale, tendente a ritenere applicabile anche alle progressioni dei lavoratori verso posizioni di lavoro più elevate l'art. 97 della Costituzione ed il previsto sistema del pubblico concorso, le Sezioni unite hanno mutato orientamento, pervenendo al convincimento che il quadro costituzionale di riferimento imponesse un'interpretazione adeguatrice della norma di riserva alla giurisdizione amministrativa delle controversie concernenti le procedure concorsuali per l'assunzione, nel senso di ravvisare la sussistenza di queste ultime non già in relazione alla loro idoneità ad immettere nell'organizzazione amministrativa soggetti ad essa anteriormente estranei, ma per il solo fatto della loro destinazione alla copertura di posti vacanti (Sezioni Unite, sent. n. 15403 del 15 ottobre 2003).

Successivamente, le Sezioni Unite hanno precisato che per le controversie che riguardano concorsi interni che comportano un semplice passaggio di livello, senza variazione di area o di categoria – ossia senza novazione oggettiva del rapporto di lavoro – sussiste la giurisdizione dell'A.G.O. e non già quella del Giudice amministrativo (Cassazione Civile, Sez. Unite, ordinanza n. 18886 del 10 dicembre 2003).

Le Sezioni Unite sono, di recente, tornate sulla questione, confermando tali ultimi orientamenti e riassumendo nei seguenti termini il quadro della giurisprudenza (Cass., sez. un., ordinanza 26 maggio 2004 n. 10183):

a) indubbia giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie relative a concorsi per soli esterni;

b) identica giurisdizione su controversie relative a concorsi misti (restando irrilevante che il posto da coprire sia compreso o meno nell'ambito della medesima area funzionale alla quale sia riconducibile la posizione di lavoro di interni ammessi alla procedura selettiva, perché, in tal caso, la circostanza che non si tratti di passaggio ad area diversa viene vanificata dalla presenza di possibili vincitori esterni, secondo il criterio di riparto originario);

c) ancora giurisdizione amministrativa quando si tratti di concorsi per soli interni che comportino passaggio da un'area ad un'altra, spettando, poi, al giudice del merito la verifica di legittimità delle norme che escludono l'apertura all'esterno;

d) residuale giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie attinenti a concorsi per soli interni, che comportino passaggio da una qualifica ad altra, ma nell'ambito della medesima area.

2. – Il Collegio ritiene di non doversi discostare dall'attuale orientamento delle Sezioni Unite della Cassazione, anche se devono essere fatte alcune precisazioni circa l'applicazione concreta dei principi sopra richiamati, in quanto il riferimento ai concorsi interni senza variazione di area o di categoria rischia non essere correttamente interpretato alla luce delle diverse terminologie utilizzate nei contratti collettivi dei diversi comparti.

Infatti, mentre a volte si fa riferimento al concetto di «area» per distinguere tra area dirigenziale ed area non dirigenziale, altre volte il termine viene utilizzato per la classificazione del personale non dirigenziale.

Ad esempio, i contratti collettivi del comparto Ministeri e del comparto Parastato suddividono il personale non dirigenziale nelle *aree* A, B e C, mentre i contratti del comparto Regioni ed autonomie locali e della Sanità prevedono la classificazione nelle *categorie* A, B, C e D (vedi: C.C.N.L. «Comparto Ministeri», quadriennio 1998/2001, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* 25 febbraio 1999 n. 46; C.C.N.L. «Comparto enti pubblici non economici», quadriennio 1998/2001, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* 13 marzo 1999 n. 60; C.C.N.L. «Comparto Regioni ed autonomie locali», quadriennio 1998/2001, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* 24 aprile 1999 n. 95; C.C.N.L. «Comparto Sanità», quadriennio 1998/2001, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* 19 aprile 1999 n. 90).

Come già detto, la Cassazione ha affermato la sussistenza della giurisdizione dell'A.G.O. in presenza di concorsi riservati al personale interno inerenti la gestione del rapporto di lavoro, quando si tratta di semplice passaggio di livello, senza variazione di area o di categoria ossia senza novazione oggettiva del rapporto di lavoro (Cassazione Civile, Sez. Unite, ordinanza n. 18886 del 10 dicembre 2003).

Deve ritenersi che la Cassazione abbia voluto riferirsi alle c.d. «progressioni orizzontali», che avvengono all'interno della stessa area o categoria di classificazione e si distinguono da quelle «verticali», previste invece per il passaggio del personale ad una categoria giuridica più elevata (o area secondo la terminologia del C.C.N.L. del comparto Ministeri).

In sede di contrattazione collettiva viene decisa la classificazione del personale in categorie (o aree) e da tale classificazione deriva che lo sviluppo della carriera all'interno della stessa categoria costituisce un aspetto di gestione del rapporto di lavoro, che avviene secondo le procedure previste nella contrattazione stessa, con conseguente attribuzione delle controversie al giudice ordinario.

Risulta pertanto irrilevante, ai fini del riparto di giurisdizione, il fatto che in alcuni contratti collettivi è prevista all'interno delle categorie (siano esse 3 o 4) una mera progressione economica senza attribuzione di nuove funzioni (ad esempio, il C.C.N.L. del comparto Regioni ed autonomie locali), mentre in altri all'acquisizione di un livello economico maggiore corrisponde anche l'attribuzione di mansioni più elevate nella categoria di appartenenza (C.C.N.L. comparto Ministeri).

In entrambi i casi si tratta di procedure di avanzamento interne alla stessa «categoria» (o area per il comparto Ministeri), rientranti nell'attività di gestione del rapporto di lavoro in quanto incidenti sulla prestazione richiesta a parità di categoria di inquadramento; mentre solo in caso di atto finalizzato alla assunzione in una categoria superiore vi è quella novazione oggettiva del rapporto, richiamata dalla Cassazione quale indice che distingue le progressioni verticali (attribuite al G.A.) da quelle orizzontali (giurisdizione del G.O.).

Sulla base di tali considerazioni la controversia in esame deve essere ricondotta all'ipotesi *sub c)*, attribuita alla giurisdizione del G.A., trattandosi di procedura selettiva attivata per il passaggio ad una area (dirigenziale), superiore rispetto a quella richiesta per la parteci-

pazione alla selezione stessa (accesso alla dirigenza, con corso concorso al quale possono partecipare i dipendenti con una determinata anzianità di servizio e che abbiano già ricoperto le funzioni di preside per almeno tre anni; fattispecie, del resto, simile a quella risolta nello stesso senso da Cass., sez. un., n. 10183/2004).

È evidente che non si tratta di un semplice passaggio di livello, senza variazione di area o di categoria (unica ipotesi di giurisdizione del G.O., secondo la richiamata giurisprudenza), ma che si è invece in presenza di una novazione del rapporto di lavoro con assunzione del dipendente nel superiore inquadramento dirigenziale.

3. – In conclusione, l'appello deve essere accolto e la sentenza impugnata deve essere annullata con rinvio al giudice di primo grado ai sensi dell'art. 35 della legge n. 1034/1971, sussistendo la giurisdizione del giudice amministrativo, esclusa invece dal T.A.R.

Ricorrono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio, tenuto conto dei precedenti contrasti giurisprudenziali.

P.Q.M. Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, accoglie il ricorso in appello indicato in epigrafe e per l'effetto, annulla la sentenza impugnata con rinvio al giudice di primo grado.

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, il 4 giugno 2004 (*omissis*)».

Gli atti di natura organizzativa nell'ambito scolastico

(Tribunale amministrativo Regionale della Toscana, Firenze, sezione prima, ordinanze del 27 ottobre 2004 n. 1117 e 10 novembre 2004 n. 1146)

SOMMARIO: 1. – Atti di organizzazione e impugnabilità 2. – Comunicazione dell'avvio del procedimento 3. – La motivazione 4. – Ampia discrezionalità dell'amministrazione scolastica 5. – L'esigenza della continuità didattica e la prevalenza dell'interesse pubblico.

1. – Atti di organizzazione e impugnabilità

La prima ordinanza che si commenta riguarda l'impugnazione di taluni provvedimenti di organizzazione con cui l'amministrazione ha inteso organizzare la suddivisione delle classi della scuola primaria del Circolo didattico tra due plessi scolastici nonché stabilire che le classi 3, 4, 5, vengono ubicate in un plesso invece che in un altro.

L'organizzazione adottata dalla direzione didattica di Borgo S. L. costituisce oggetto di delibere del Consiglio di istituto cui hanno partecipato i genitori eletti (anzi, esse per legge sono presiedute da un genitore) o di delibere del Collegio docenti opportunamente pubblicizzate e comunicate.

A ciò si aggiungano le numerose riunioni che si sono tenute con i genitori.

Gli atti rilevanti nel caso di specie sono: la delibera del Consiglio di Istituto relativa all'articolazione settimanale delle attività educative e didattiche, la delibera del Collegio dei Docenti relativa al numero dei rientri obbligatori nella scuola primaria, la delibera del Collegio Docenti relativa all'organizzazione delle classi 2, 3, 4, 5.

L'ordinanza non si esprime circa l'impugnabilità degli atti di organizzazione.

Tuttavia, in giurisprudenza si dubita della possibilità di impugnare atti come quelli oggetto del presente ricorso.

Trattasi, infatti, di atti di mera organizzazione che, oltre che appartenere alla più ampia discrezionalità dell'amministrazione, non presentano i caratteri della lesività.

I poteri di programmazione rappresentano, per espressa volontà di legge, il punto di primo raccordo tra livello politico e livello amministrativo e non possono neppure costituire oggetto di amministrazione per accordi (1).

Si tratta di provvedimenti di organizzazione in cui rientrano la soppressione di scuole o di sezioni staccate o di plessi scolastici, o coinvolgenti attività (esempio trasporto alunni o refezione scolastica per il tempo prolungato) di stretta pertinenza della sfera d'attribuzione dell'amministrazione scolastica.

L'elaborazione dei piani di razionalizzazione dell'organizzazione è devoluta, nella prima fase, all'amministrazione centrale e nella seconda, a quella decentrata.

Le definitive determinazioni, in ordine al funzionamento ed all'organizzazione delle scuole dell'obbligo rientrano nell'esclusiva competenza del Ministero della pubblica istruzione e delle amministrazioni decentrate.

(1) Cons. Stato, sez. IV, 9 dicembre 2002, n.6685, in *Foro Amm. C.D.S.*, 2002, 3133.

Ne consegue che anche l'interesse ad impugnare gli atti di organizzazione della Pubblica amministrazione va accertato con riferimento non già al solo fatto che i genitori abbiano iscritto i loro figli in una determinata scuola, oggetto della riorganizzazione, bensì all'incidenza lesiva che i provvedimenti assumono sulla posizione del singolo genitore e/o alunno, e cioè in riferimento ad un pregiudizio concreto.

Nel caso di specie solo una esigua parte dei genitori ha proposto ricorso.

In realtà, l'impugnazione di un atto generale richiede l'integrazione del contraddittorio nei confronti di tutti gli altri genitori dell'intero plesso.

L'accoglimento delle doglianze dei ricorrenti, se si considera che il plesso è composto da ben 1200 alunni, potrebbe confliggere con l'interesse di altri genitori alla conferma delle determinazioni scolastiche (ad esempio molti genitori si presume siano favorevoli alla settimana corta e ai rientri pomeridiani).

2. – *Comunicazione dell'avvio del procedimento*

Va da sé che la comunicazione dell'avvio del procedimento non doveva essere effettuata ai genitori degli alunni, trattandosi di mero atto di organizzazione o, nella migliore delle ipotesi, di atto generale non normativo.

L'art. 13 della legge 241 del 1990 prevede che: «Le disposizioni contenute nel presente capo non si applicano nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione» (2).

Il principio di comunicazione dell'avvio del procedimento, di cui all'art. 7 della legge 7 agosto 1990 n. 241, non trova applicazione nei confronti degli *atti amministrativi generali*, tra cui va certamente compreso quello di *organizzazione degli Uffici della P.A.*

Il principio della massima partecipazione procedimentale deve essere temperato con l'esigenza dell'amministrazione di concludere procedimenti di tipo organizzatorio e di portata generale senza rallentamenti e paralisi imposti dal generico obbligo di comunicazione di avvio del procedimento.

Nei confronti degli atti di programmazione e degli atti normativi a carattere generale trova applicazione l'art. 13, anziché l'art. 7 legge 7 agosto 1990 n. 241, con la conseguenza che nessun rimprovero può muoversi alla P.A. per non aver avvisato il ricorrente dell'avvio del relativo procedimento amministrativo (3).

La particolare natura di atto di organizzazione comporta che non sussista alcun obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento.

3. – *La motivazione*

Alla stessa stregua, ai sensi dell'art. 13 comma 1 legge 7 agosto 1990 n. 241, i provvedimenti aventi natura di atto generale non sottostanno alle regole sulla motivazione e sulla partecipazione al procedimento amministrativo (4).

(2) Cons. Stato, sez. IV, 31 maggio 2003, n.3037, in *Foro Amm. C.D.S.*, 2003, 1578.

(3) Giur. costante: Cons. Stato, sez. VI, 14 gennaio 2003, n.114; T.A.R. Lombardia, Brescia, 4 dicembre 2001, n.1220, in *Foro Amm.*, 2001; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 28 gennaio 2003, n.71.

(4) T.A.R. Lazio, sez. III, 2 dicembre 2002, n.10892, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2002, f. 12.

La P.A. non è tenuta a comunicare le ragioni tecniche, produttive o organizzative che ne sono alla base.

Non solo, ma nel valutare la legittimità di tali atti, il giudice deve limitarsi ad accertare l'esistenza di specifiche esigenze di servizio e la loro connessione con le disposizioni, e non può sostituirsi all'amministrazione nella valutazione delle proprie necessità organizzative, né nella scelta dei provvedimenti migliori da adottare per soddisfarle (5).

L'organizzazione che l'amministrazione scolastica ha predisposto è la diretta conseguenza, in realtà, dell'osservanza delle leggi vigenti ed in particolare la legge 28 marzo 2003, n. 5, la CC.MM. 37/2004 e il decreto lgs. 59/2004.

Come si legge nella comunicazione ai genitori degli alunni iscritti per l'anno 2004-2005 alle classi 1, 2, 3, 4, 5 (all. da 4 a 9) l'approvazione della legge di riforma degli ordinamenti scolastici (c.d. riforma Moratti) ha di fatto eliminato la distinzione fra classi a modulo e tempo pieno.

Ne è conseguito un necessario riesame in merito all'utilizzo ottimale delle strutture edilizie.

La concentrazione nel plesso di via don Minzoni di tutte le classi prime e seconde (a modulo e tempo pieno) per un totale di 10 classi è stata ritenuta preferibile a causa della età ravvicinata dei bambini e per la vicinanza della scuola materna.

Inoltre, la disponibilità degli spazi, le loro dimensioni e le attrezzature (l'ambiente usato come palestra, il laboratorio d'informatica, la sala audiovisivi e la biblioteca) appaiono più funzionali per ospitare bambini di tale età.

In secondo luogo, la riforma ha indotto l'amministrazione a deliberare una nuova organizzazione che prevede l'articolazione delle lezioni su cinque giorni settimanali come richiesto dalla maggioranza delle famiglie, dal collegio dei docenti e dal consiglio di circolo.

Si osserva che l'amministrazione ha operato in considerazione delle preminenti finalità di pubblico interesse alle quali deve essere ispirata l'attività dell'amministrazione.

È principio generale che la potestà amministrativa possa essere esercitata solo in conformità al quadro normativo vigente al momento del suo esercizio (6).

4. – *Ampia discrezionalità dell'amministrazione scolastica*

Non è dato al giudice di valutare la discrezionalità dell'amministrazione scolastica e di sindacare le modalità della sua organizzazione interna.

I provvedimenti amministrativi relativi all'organizzazione generale dei pubblici uffici costituiscono il risultato della discrezionalità dell'amministrazione, e il giudice ha il limite non entrare nel merito del contenuto delle scelte operate dall'Amministrazione.

L'operato organizzatorio dell'amministrazione è conforme ai principi di buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione.

(5) Cfr. su caso simile Trib. Roma, 4 marzo 2002, in *Giur. romana*, 2002, 414.

(6) Cons. Giust. Amm. Sic., sez. giurisdiz., 28 maggio 1991, n.220, in *Giur. Amm. Sic.*, 1991, 216.

La P.A. dispone di un potere ampiamente discrezionale nell'organizzazione dei propri servizi ed uffici ed incontra, in tali operazioni di riassetto, quale unico limite esterno, l'intangibilità della posizione economica acquisita dai dipendenti (7).

L'attività discrezionale dell'Amministrazione è strettamente tenuta al rispetto degli indici normativi che regolano lo svolgimento anche dei processi discrezionali; solo in presenza di una violazione degli stessi si rinvengono violazioni che sono ricorribili in sede di legittimità.

5. – *L'esigenza della continuità didattica e la prevalenza dell'interesse pubblico*

La seconda ordinanza sancisce un importante principio in materia scolastica.

La vertenza è originata dall'impugnazione dell'atto con cui il dirigente scolastico di una scuola media statale ha assegnato ad altro incarico la titolare della cattedra di italiano.

In realtà si tratta del mero avvicendamento che da sempre è previsto nella scuola media tra i due insegnanti di lettere e che potrebbe apportare anche un arricchimento del bagaglio culturale dei discenti e non necessariamente un danno.

In nome della continuità didattica viene chiesto al giudice di annullare il provvedimento che assegna il docente ad altra classe.

Il ricorrente invoca tale principio al fine di mantenere la docente nella stessa classe, prospettando un danno grave ed irreparabile causato dal cambio del docente.

Si rileva che in capo all'amministrazione vi è l'esigenza di tutelare, nel suo nucleo fondamentale, l'interesse pubblico all'organizzazione.

Il TAR Toscana, con l'ordinanza che si commenta, ha statuito che è quest'ultimo che deve essere ritenuto prevalente.

Inoltre si profila la necessità di evitare discontinuità nell'organizzazione amministrativa delle attività accademiche, didattiche e scientifiche della scuola (8).

L'anno scolastico è infatti iniziato da quasi due mesi.

Il TAR Toscana si è pronunciato in ordine ad un caso analogo avente ad oggetto l'impugnazione della scheda relativa all'organico di diritto di una scuola primaria, respingendo l'istanza di sospensione con ordinanza del 29 luglio 2004 n. 836/2004.

Oltre al contemperamento con l'interesse pubblico, è necessario valutare anche l'interesse privato, uguale e contrario, degli altri genitori.

Il desiderio del ricorrente di scegliersi gli insegnanti che più lo aggravano non solo è considerata eccessiva e non conforme ai principi del diritto amministrativo, ma non è dato configurare alcuna lesione immediata e diretta della situazione giuridica soggettiva del ricorrente.

(7) T.A.R. Campania, Salerno, 19 aprile 2000, n.241.

(8) Principio considerato prevalente: v. Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2633, in *Foro Amm. C.D.S.*, 2002, 1309.

Non può considerarsi una lesione immediata e diretta il fatto che alle scuole medie gli insegnanti di lettere (che notoriamente insegnano molte materie e intrattengono molte ore di lezione nelle stesse classi) si avvicindino tra loro in modo da ripartire in maniera equa il numero delle ore.

Né l'esigenza della continuità didattica può essere intesa in maniera aprioristica ed assoluta, dovendosi osservare l'interesse pubblico superiore al regolare avvicendamento delle classi, secondo le prescrizioni di legge e la indispensabile discrezionalità amministrativa della scuola, al fine di tutelare l'interesse di *tutti* gli alunni alla continuità didattica.

È proprio in nome di tale principio che l'amministrazione scolastica intende riportare alla regolarità l'avvicendamento degli insegnanti di lettere nelle classi del triennio: tra tre anni, infatti, sarà proprio la classe cui si tenta di sottrarre la docente «contesa» che potrà lamentare l'assenza di quella continuità didattica *ex adverso* tanto invocata.

L'interesse del singolo necessita di essere temperato con gli interessi della collettività e, dunque, degli «altri», che non sono portatori di un interesse minore, bensì di un'esigenza egualmente degna di essere preservata e rispettata.

Ciò soprattutto quando, come in questo caso, il provvedimento adottato dall'amministrazione non esaurisce i suoi effetti nella sfera di un unico soggetto destinatario.

Anche in questo caso, dunque, si profila come imprescindibile il principio della prevalenza delle esigenze organizzative dell'attività scolastica su quelle della continuità didattica.

Avv. Maria Vittoria Lumetti

Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana, Firenze, sezione prima, ordinanza nella Camera di Consiglio del 27 ottobre 2004, n. 1117 – Pres. G. Vacirca – Est. A. Migliozi – B. N. (per il minore B. J.) (Avv. ti M. Paolini e S. Grassi) c/ MIUR (Avv. dello Stato M. V. Lumetti).

L'esigenza di assicurare la continuità didattica incontra evidenti limiti nei profili organizzativi dell'intera attività didattica del corpo docente. Nella comparazione delle posizioni coinvolte la pretesa alla continuità didattica non appare prevalente sugli interessi pubblici sottesi all'attività organizzativa scolastica.

«(Omissis) annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, del provvedimento di incognito numero e di incognita data con cui il Dirigente Scolastico della Scuola Media Statale «M.-C.-D. M.» di Firenze ha interrotto la continuità didattica per l'insegnamento della lingua italiana in una classe della scuola media statale «I. C.» di Firenze, assegnando ad altro incarico, per l'anno scolastico 2004 – 2005, la Prof.ssa F. B., titolare della cattedra nell'anno scolastico appena concluso.

Nonchè, per quanto occorrer possa, della nota prot. n. 46/RIS del 7 luglio 2004 del Dirigente Scolastico della Scuola Media Statale «M.-C.-D. M.» di Firenze e di ogni altro atto presupposto connesso o conseguente, ancorché al momento non conosciuto.

Visti i motivi aggiunti depositati presso questo Tribunale l'11 ottobre 2004, proposti per l'annullamento, previa sospensiva, dell'esecuzione del provvedimento di assegnazione della professoressa F.B. ad altro incarico per il corrente anno scolastico, interrompendo la continuità didattica rispetto all'a.s. 2003/2004 e, se del caso, del provvedimento di assegnazione del professore R. B. alla attuale [classe] II della scuola M.-C.-D. M. in vece della professoressa B. (che a dire dell'Amministrazione sarebbero stati adottati l'8 settembre 2004), nonché delle note prot. 57/ris del 23 luglio 2004 della Scuola M.-C.-D. M. depositate in Segreteria direttamente dall'Amministrazione e dei documenti ad esse allegati, nonché *in parte qua* dei documenti tutti e senza alcuna eccezione comunque depositati in giudizio anche dall'Avvocatura dello Stato.

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;

Vista l'ordinanza collegiale istruttoria n. 154 emessa da questo Tribunale in data 9 settembre 2004;

Vista l'ordinanza collegiale n. 987 emessa da questo Tribunale in data 28 settembre 2004;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di: *Ministero della Pubblica Istruzione – Scuola Media Statale M.-C.- D. M. Firenze*,

Udito il relatore Cons. Andrea Migliozi e uditi, altresì, per le parti gli avv. F. Baldi, in sostituzione dell'avv. M. Paolini, e M. V. Lumetti (Avv. Stato);

Considerato:

– che, con riferimento al caso di specie, l'invocata esigenza di assicurare la continuità didattica da parte della prof.ssa B. incontra evidenti limiti nei profili organizzativi dell'intera attività didattica del corpo docente;

– che, nella comparazione delle posizioni coinvolte nella vicenda *de qua*, la pretesa della parte ricorrente qui fatta valere non appare prevalente sugli interessi pubblici sottesi all'adozione degli atti impugnati;

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.

La presente ordinanza sarà eseguita dalla Amministrazione ed è depositata presso la Segreteria della prima Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Firenze, 27 ottobre 2004».

Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana, Firenze, sezione prima, ordinanza 10 novembre 2004 n. 1146 – Pres. G. Vacirca – Est. G. Del Guzzo – S. E. ed altri (Avv. A. Pettini) c/ MIUR (Avvocato dello Stato M.V. Lumetti).

Rilevanza della natura organizzativa dei provvedimenti impugnati in sede giurisdizionale. L'ampia pubblicità che viene data a tali atti rileva ai fini della tempestività dell'impugnazione.

«(Omissis) Ordinanza nella Camera di Consiglio del 10 novembre 2004 (omissis) per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, dei provvedimenti, di estremi ignoti, con i quali le Amministrazioni intimate hanno disposto, ciascuna per quanto di propria competenza: a) la suddivisione delle classi della scuola primaria del Circolo Didattico di Borgo S. L. tra due plessi scolastici e con i quali viene stabilito che le classi 3°, 4° e 5° vengono ubicate nel plesso scolastico di via (...) mentre le 1° e 2° nel plesso di via (...); b) la modifica del modello organizzativo e didattico del Circolo Didattico di Borgo S. L. prevista per l'a.s. 2004/2005 senza la preventiva modifica del Progetto Educativo e del POF; nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale;

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:

Comune di Borgo S. L.; Direzione Didattica di Borgo S. L. – Ministero dell'Istruzione Università e Ricerca

Udito il relatore Cons. Giacinta Del Guzzo e uditi, altresì, per le parti gli avv. P. Rizzo per A. Pettini e M.V. Lumetti (Avv. Stato);

Vista la documentazione depositata dall'Amministrazione il 9 novembre 2004;

Considerata la natura organizzativa dei provvedimenti impugnati;

Considerato, altresì, che per molti dei ricorrenti il ricorso non appare provvisto di *fumus boni iuris* sotto il profilo della tempestività;

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.

La presente ordinanza sarà eseguita dalla Amministrazione ed è depositata presso la Segreteria della 1° Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Firenze, 10 novembre 2004».

Il sindacato giurisdizionale e la discrezionalità dell'amministrazione in tema di sanzioni disciplinari

(Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana, ordinanza 9 novembre 2004 n. 1142)

SOMMARIO: 1. – *L'inizio del procedimento disciplinare e la decorrenza dei termini istruttori* 2. – *Il buon andamento e la tutela dell'ordinamento interno della Polizia di Stato* 3. – *L'ampia discrezionalità dell'amministrazione e l'insindacabilità del giudice amministrativo.*

1. – L'inizio del procedimento disciplinare e la decorrenza dei termini istruttori
Il contenzioso trae origine dall'impugnazione del provvedimento di irrogazione della sanzione disciplinare della sospensione dal servizio per sei mesi nei confronti di un agente di polizia.

L'art. 19 del d.P.R. 25 ottobre 1981 n. 737 (*Sanzioni disciplinari per il personale dell'Amministrazione di pubblica sicurezza e regolamentazione dei relativi procedimenti*) prevede che l'autorità competente, ove ritenga che l'infrazione comporti l'irrogazione della sospensione dal servizio, disponga che venga svolta inchiesta disciplinare.

Ne affida lo svolgimento ad un funzionario istruttore che appartiene a servizio diverso da quello dell'inquisito, e che rivesta qualifica dirigenziale o direttiva superiore a quella dell'incolpato.

L'art. 19 prevede che l'«inchiesta dev'essere conclusa entro il termine di quarantacinque giorni, prorogabile una sola volta di quindici giorni a richiesta motivata dell'istruttore».

L'ordinanza cautelare chiarisce che il termine di 45 giorni non decorre dal giorno in cui il Questore ha disposto lo svolgimento dell'inchiesta, bensì dal momento in cui viene portato a conoscenza del trasgressore il compimento di una qualsiasi delle attività procedurali previste dall'art. 19.

La pronuncia è conforme all'orientamento dominante in giurisprudenza.

In particolare C.d.S. sez. IV, 30 aprile 1999, n. 762 sancisce: «Per quanto attiene lo speciale procedimento nei confronti del personale dell'Amministrazione di pubblica sicurezza, è stato ritenuto, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 9 comma 4 e 19 del d.P.R. n. 737 del 1981, che la procedura debba considerarsi iniziata nel momento in cui viene portato a conoscenza del trasgressore il compimento di una qualsiasi delle attività procedurali previste dal citato art. 19, e non necessariamente, solo con la contestazione degli addebiti prevista dal comma 4».

Ed ancora: «Ai sensi e per gli effetti di cui agli art. 9 comma 4 e 19, d.P.R. 25 ottobre 1981 n. 737 il procedimento disciplinare deve considerarsi iniziato con la notifica della contestazione degli addebiti, che serve a definire preventivamente l'illecito riferito all'inquisito ed a permettere il contraddittorio procedimentale» (C.d.S. Sez. V, 26 luglio 1999, n. 888).

Nel caso in esame, la notifica della contestazione degli addebiti è del 8 marzo 2004: è da tale data che decorre il termine dei 45 giorni.

Tenuto conto che l'inchiesta si è conclusa il 15 aprile 2004 e la relazione istruttoria conclusiva è stata depositata e protocollata il 16 aprile 2004 risulta evidente come il termine del 45 giorni sia stato osservato.

L'amministrazione ha, dunque, correttamente svolto l'istruttoria anche dal punto di vista formale.

Il ricorrente eccepiva, altresì, la mancata osservanza del termine di 10 giorni previsto per la convocazione del consiglio di disciplina dalla ricezione del carteggio, di cui all'art. 20 d.P.R.

La giurisprudenza, tuttavia, è univoca nel considerare tale termine di natura ordinatoria, in quanto riferito ad adempimento interno dell'ufficio, nell'ambito del procedimento disciplinare (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 2 settembre 1998, n. 2062, in *Trib. Amm. Reg.*, 1998, I, 3996).

Ne consegue che, anche a volere accogliere la censura del ricorrente, la natura ordinatoria del termine non inficierebbe in alcun modo la validità dell'*iter* istruttorio espletato.

2. – *Il buon andamento e la tutela dell'ordinamento interno della Polizia di Stato*

L'agente di polizia deve tenere un comportamento, anche al di fuori del servizio, conforme al decoro delle funzioni degli appartenenti al ruolo dell'amministrazione della pubblica sicurezza, e deve osservare le norme di contegno e di disciplina (*cfr.* sul punto Cons. Stato, Sez. IV, 21 novembre 2001, n. 5895, in *Foro Amm.*, 2001, 2761).

Il provvedimento risulta congruamente ed ampiamente motivato, con riferimento agli esiti dell'inchiesta formale (presupposto di fatto) e alle norme che si assumono violate (presupposto di diritto).

Infatti, dalla semplice lettura dell'atto stesso si evince in modo chiaro ed esaustivo quali sono state le ragioni che hanno portato l'amministrazione ad adottare la misura espulsiva.

Il provvedimento impugnato contiene una sufficiente indicazione delle norme applicate, oltre che dei motivi che hanno indotto l'amministrazione ad applicarle, nonché del carattere pregiudizievole per gli interessi dell'amministrazione stessa, derivante dal comportamento tenuto dall'agente (*cfr.* Cons. Stato, Sez. IV, 15 novembre 1991, n. 919).

L'interesse primario da perseguire è il buon andamento della pubblica amministrazione nonché la tutela dell'ordinamento interno della Polizia di Stato.

La sanzione della sospensione dal servizio è disciplinata dall'art. 6 del d.P.R. n. 737/1981.

La formulazione di tale disposto normativo sottolinea ancora di più, se mai fosse necessario, la discrezionalità del potere dell'organo che irroga la sanzione.

Non vi è dubbio che in seguito al comportamento del ricorrente si sia verificata una caduta di immagine e di considerazione della Polizia di Stato.

È innegabile, infatti, che il comune cittadino finisca col personificare l'Amministrazione identificando in essa ciascun appartenente alla Polizia di Stato.

Alla luce di quanto detto, la sanzione della sospensione non può certo considerarsi illegittima e sproporzionata.

Va ribadito che, nel caso della adozione di un provvedimento disciplinare, non solo la valutazione dei fatti e delle prove, ma anche la misura della sanzione da comminare, rientrano nella ampia discrezionalità che la legge accorda all'amministrazione, salvo il limite del travisamento dei fatti o della manifesta irragionevolezza.

Nel caso di specie la sanzione irrogata al ricorrente fa riferimento alla violazione di taluni articoli del d.P.R. citato: l'art. 4 n. 18, il quale punisce qualsiasi altro comportamento, anche fuori dal servizio, non espressamente previsto nelle precedenti ipotesi, comunque non conforme al decoro delle funzioni degli appartenenti ai ruoli dell'Amministrazione della pubblica sicurezza;

l'art. 6, n. 1: che punisce le mancanze previste dal precedente art. 4, qualora rivestano carattere di particolare gravità ovvero siano reiterate o abituali;

l'art. 6, n. 7: che punisce l'assidua frequenza, senza necessità di servizio ed in maniera da suscitare pubblico scandalo, di persone dedite ad attività immorale o contro il buon costume ovvero di pregiudicati.

È appena il caso di ricordare che l'art. 4 n. 18 d.P.R. 25 ottobre 1981 n. 737, prevede la sanzione disciplinare per ogni comportamento, anche fuori dal servizio, che sia comunque non conforme al decoro delle funzioni ricoperte dal personale di pubblica sicurezza (Cons. Stato, sez. IV, 9 ottobre 2002, n. 5350, in *Foro Amm. CDS*, 2002, f. 10).

Perché l'amministrazione di pubblica sicurezza possa legittimamente adottare provvedimenti sanzionatori ai sensi degli art. 4 n. 18 d.P.R. 25 ottobre 1981 n. 737, nei confronti di un soggetto appartenente alla polizia di Stato, è sufficiente che questi abbia un comportamento, anche al di fuori del servizio, non conforme al decoro delle funzioni degli appartenenti al ruolo dell'amministrazione della pubblica sicurezza, ovvero compia «gravi mancanze attinenti alla disciplina ed alle norme di contegno» (*cf.* Cons. Stato, sez. IV, 21 novembre 2001, n. 5895, in *Foro Amm.*, 2001, 2761).

Va da sé che, vista l'appartenenza del ricorrente alle forze di polizia, può ragionevolmente affermarsi che la sanzione comminata appare coerente ed in linea con le finalità perseguite dall'amministrazione procedente, e che la condotta del ricorrente non risulti consona all'appartenenza al Corpo e al ruolo di tutore della legge.

3. – *L'ampia discrezionalità dell'amministrazione e l'insindacabilità del giudice amministrativo.*

La sanzione viene comminata in seguito ad un *iter* procedimentale posto in essere dall'Amministrazione e caratterizzato da un forte profilo di discrezionalità.

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 a questa 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.

La valutazione dei fatti e delle prove nell'ambito del procedimento disciplinare rientrano nella ampia discrezionalità accordata dalla legge all'amministrazione, il cui giudizio non può essere sindacato in sede di legittimità, salve le ipotesi di travisamento dei fatti o di manifesta irragionevolezza (*cf.*, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 11 novembre 1998, n. 1546; T.A.R. Abruzzo, Sez. di Pescara, 2 marzo 1999, n. 281).

Pertanto, fermo restando che non risulta consentito al giudice amministrativo entrare nel merito di valutazioni discrezionali dell'amministrazione intimata, il T.A.R. Toscana ritiene che il giudizio dell'amministrazione risulti scevro dei vizi di cui sopra.

Gli artt. 4 e 6 del d.P.R. n. 737/1981 elencano una serie di fattispecie la cui valutazione deve essere eseguita solo dall'Amministrazione di appartenenza, non potendo in alcun modo l'autorità giudiziaria sostituirsi in tale attività.

Si evidenziano, ancora, a tal proposito, la delicatezza della funzione espletata dalla polizia, deputata a garantire l'ordine pubblico, e il particolare rigore che ad essa deve attribuirsi più che in altre amministrazioni, proprio in virtù dei compiti svolti.

Una pronuncia, quella del T.A.R. Toscana, che conferma i precedenti orientamenti giurisprudenziali (ord. n. 367/2004 e n. 1242/2004), nonché la linea di pensiero dominante del Consiglio di Stato.

Avv. Maria Vittoria Lumetti

Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana, Firenze, sezione prima, ordinanza 9 novembre 2004, n. 1142 – Pres. G. Vacirca – Est. B. Massari – P. C. (Avv.ti E. Brocchi, C. Buricchi) c/ Ministero dell'Interno (Avv. dello Stato M. V. Lumetti).

In caso di impugnazione della sanzione disciplinare della sospensione dal servizio per sei mesi di un agente di polizia il procedimento decorre dal momento in cui viene portato a conoscenza del trasgressore il compimento di una qualsiasi delle attività procedurali previste dall'art. 19 d.P.R. 25 ottobre 1981, n. 737, non rilevando, al fine del computo del termine di 45 giorni per la conclusione dell'istruttoria, la sola individuazione del funzionario istruttore. Non è sindacabile l'ampia discrezionalità di cui è titolare l'amministrazione in sede di irrogazione di sanzioni disciplinari, se non in presenza di manifesta irragionevolezza).

«(omissis) Considerato che, ad un primo sommario vaglio, il ricorso non appare sorretto da *fumus boni iuris*, atteso che, ai sensi e per gli effetti di cui agli art. 9 comma 4 e 19, d.P.R. 25 ottobre 1981 n. 737 il procedimento disciplinare deve considerarsi iniziato nel momento in cui viene portato a conoscenza del trasgressore il compimento di una qualsiasi delle attività procedurali previste dall'art. 19, *cit.*, non rilevando, al fine del computo del termine di 45 giorni per la conclusione dell'istruttoria, la sola individuazione del funzionario istruttore;

che quanto agli altri motivi non può in linea di principio essere sindacata in sede giurisdizionale l'ampia discrezionalità di cui l'Amministrazione intimata è titolare in tema di irrogazione di sanzioni disciplinari, se non in presenza di manifesta irragionevolezza, irrazionalità o contraddittorietà;

ritenuto quindi 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.

La presente ordinanza sarà eseguita dalla Amministrazione ed è depositata presso la Segreteria della I Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Firenze, 9 novembre 2004».

I PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO

A.G.S. – Parere del 25 ottobre 2004, n. 139502.

Definizione controversie tributarie ex art. 161 legge 27 dicembre 2002 n. 289 e succ. mod. — Spese giudiziali (consultivo n. 41298/04, avvocato A. Linguiti).

«Alcune Avvocature Distrettuali hanno posto il quesito relativo alla applicabilità o meno dell'art. 21/3 R.D. 1611/1933 alle vertenze tributarie definite in grado d'appello in base al condono di cui all'art. 16 legge 289/2002 dopo una sentenza di primo grado favorevole all'amministrazione portante o liquidazione di spese a carico di controparte o compensazione di spese.

Nel silenzio della legge la Scrivente non ritiene di scostarsi dalla interpretazione al riguardo formatasi in occasione delle precedenti leggi di condono e che è nel senso della applicabilità dell'art. 21/3 R.D. 1611/1933, attesa la assimilabilità delle definizioni per condono alle ipotesi di definizione per transazione.

Non appaiono ragioni sufficienti a diversamente concludere né il fatto che nella legge 289/2002 non venga ripetuta l'espressione «compensazione delle spese» per disciplinare la definizione per condono con riguardo alle spese legali, dal momento che tale espressione non potrebbe comunque riguardare il rapporto Amministrazione — Avvocatura dello Stato ma pur sempre il solo rapporto Amministrazione — contribuente (che si vuole estinto a seguito del condono sotto ogni profilo), né il fatto che nella legge 289/2002 si usi l'espressione «estinzione del giudizio» in luogo della espressione «estinzione della controversia» usata nelle precedenti leggi di condono, attesa la sostanziale equivalenza delle due espressioni.

Peraltro la circostanza che l'applicazione dell'art. 21 R.D. 1611/1933 rimanga invocabile solo per le residue vertenze tributarie ancora pendenti avanti l'A.G.O., nelle quali il patrocinio è svolto dalla Avvocatura dello Stato e non in tutte le altre vertenze tributarie attribuite ormai alla cognizione delle Commissioni tributarie avanti le quali di norma l'Avvocatura dello Stato non svolge alcuna attività, avvalorata la conclusione sopra indicata».

A.G.S. – Parere del 9 novembre 2004, n. 146082.

Legittimazione passiva nei processi di opposizione ad accertamento di violazioni al codice della strada nelle ipotesi di opposizione a verbale di contestazione elevato da organi appartenenti ad amministrazioni diverse dal Ministero

dell'Interno – Soggetti legittimati a star in giudizio per il Ministero dell'Interno in particolare con riguardo alla Regione Valle d'Aosta (consultivo n. 40529/2004, avvocato L. D'Ascia).

«1. – Con la nota sopra indicata, l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Torino sottoponeva a questo Generale Ufficio una questione di portata generale, sorta in un giudizio di opposizione a verbale di accertamento redatto dalla Polizia Stradale di Aosta.

Il problema sollevato attiene alla legittimazione passiva nei giudizi di opposizione a verbali di accertamento per violazioni del codice della strada (e in particolare alle ipotesi in cui legittimato passivo sia il Ministero dell'Interno e non il Prefetto), e investe altresì la possibilità per funzionari della Prefettura di rappresentare in giudizio l'Amministrazione convenuta.

Nel caso di specie, i funzionari delegati dal Presidente della Regione Valle d'Aosta, titolare delle funzioni prefettizie, costituitisi in un giudizio avverso un verbale di accertamento, si sono visti eccepire un difetto di legittimazione passiva della Regione Valle d'Aosta, e conseguentemente la mancanza di potere di rappresentanza in giudizio dell'Amministrazione.

Su questo tema, questo Generale Ufficio aveva già avuto modo di pronunciarsi, con nota prot. 27775 dell'11 marzo 2000 approvata dal Comitato Consultivo, nella quale però si prendeva atto di un orientamento della Cassazione ancora oscillante e incerto, dovendosi andare a colmare un vuoto normativo determinato dalle sentenze nn. 255 e 311 del 1994 della Corte Costituzionale, che avevano aperto la strada alla impugnazione diretta dei verbali di accertamento, impugnazione non regolata però dal codice della strada né dalla legge 689/1981.

Con la sentenza 15 gennaio 1999 n. 387, la Suprema Corte aveva affermato il principio secondo cui, nei giudizi di opposizione avverso verbali di accertamento, vi sarebbe una legittimazione alternativa del Ministero dell'Interno (quale organo preposto al coordinamento dei servizi di Polizia Stradale *ex art. 11*, codice della strada), e delle Amministrazioni Centrali cui appartiene il corpo che nel caso specifico ha redatto il verbale di contestazione.

La legittimazione passiva del Prefetto dunque sussisterebbe solo nelle ipotesi di opposizione avverso l'ordinanza ingiunzione da lui emessa.

Con altra sentenza pronunciata pochi mesi dopo (Cass., sez. I, 12 maggio 1999, n. 4711), la Cassazione abbracciava una tesi differente, sostenendo la legittimazione passiva del solo Prefetto nelle opposizioni a verbali di accertamento, ed escludendo che potesse configurarsi una legittimazione concorrente dell'Amministrazione di appartenenza dell'organo verbalizzante.

Tale ultima interpretazione appariva più coerente con l'art. 203, codice della strada, che assegna al Prefetto la cognizione dei ricorsi amministrativi avverso i verbali di accertamento (da qualunque autorità provengano), cognizione che dunque doveva ragionevolmente riaffermarsi nei ricorsi giurisdizionali.

Tuttavia, in attesa di un consolidamento della giurisprudenza, questa Avvocatura suggeriva di eccepire in ogni caso il difetto di legittimazione passiva del Prefetto, ogni qual volta fosse impugnato un verbale di accertamento proveniente da ente non statale.

Negli anni a seguire, la Suprema Corte ha avuto modo di superare le incertezze sopra evidenziate, consolidando un orientamento preciso, ossia quello della legittimazione passiva alternativa del Ministero dell'Interno e delle Amministrazioni Centrali di appartenenza dell'organo verbalizzatore.

In tal senso, si vedano Cass., sez. I, 1° settembre 2004, n. 17525; Cass., sez. I, 1° aprile 2004, n. 6364; Cass., sez. I, 7 maggio 2003, n. 6934; Cass., sez. I, 3 dicembre 2001, n. 15245.

Dall'altro lato, per le opposizioni a ordinanza ingiunzione, si è confermata la tesi della legittimazione passiva del solo Prefetto, disgiunto dal Ministero dell'Interno in quanto titolare di un potere sanzionatorio esercitato nell'ambito di una sua specifica autonomia funzionale (Cass., sez. I, 11 giugno 1998, n. 5827).

Tale orientamento, che traeva spunto dalla regola generale dell'art. 23, legge 689/1981, è stato peraltro ribadito nello specifico dalla recente modifica normativa dell'art. 205, codice della strada, il cui 3° comma (novellato dall'art. 4, comma 1-*octies*, decreto legge 27 giugno 2003, n. 151, convertito con modificazioni dalla legge 1° agosto 2003, n. 214) espressamente stabilisce che il Prefetto è legittimato passivo nel giudizio di opposizione.

Nell'ambito delle opposizioni a verbali di accertamento, invece, la Cassazione esclude la legittimazione passiva del Prefetto, la cui speciale competenza funzionale (derogatoria dell'art. 11, 1° comma, R.D. 1611/1933 secondo cui la rappresentanza dello Stato spetta unicamente ai Ministri) è limitata alle sole opposizioni ad ordinanza ingiunzione.

L'eccezione di difetto di legittimazione passiva del Presidente della Regione Valle d'Aosta, sollevata nel giudizio pendente dinanzi al Giudice di pace di Aosta, deve dunque ritenersi fondata.

2. – Una volta chiarito che nei giudizi in questione la legittimazione passiva spetta (oltre che alle Amministrazioni Centrali di appartenenza dell'organo verbalizzante) al Ministero dell'Interno e non al Prefetto, si pone il problema dell'individuazione dei soggetti che possono stare in giudizio in rappresentanza del Ministero.

Sul punto, va registrata una recente decisione della Suprema Corte (Cass., sez. I, 24 agosto 2004, n. 16726), che ha stabilito che nei giudizi avverso il verbale di contestazione deve *«negarsi che la Prefettura, oggi Ufficio Territoriale del Governo, possa [...] stare in giudizio per resistere all'opposizione in luogo del Ministero dell'Interno [...]; l'inidoneità della Prefettura a stare in giudizio per il Ministero dell'Interno è causa di nullità di tutti gli atti processuali illegittimamente compiuti in sede di merito, rilevabile d'ufficio in sede di legittimità, a meno che non vi sia giudicato sul punto a seguito di eccezione della parte interessata, disattesa dal giudice del merito e non riproposta con il ricorso per cassazione»*.

Una siffatta pronuncia non convince del tutto, non tenendo conto del fatto che l'Amministrazione è convenuta nel giudizio di opposizione al verbale di accertamento, e che l'individuazione del convenuto è rimessa alla Cancelleria del Giudice investito dell'opposizione, che notifica il ricorso con il decreto di fissazione dell'udienza all'autorità che ha emesso il provvedimento (v. art. 23, 2° comma, legge 689/1981) e che diventa parte resistente nel giudizio.

Pertanto, se la Cancelleria del Giudice identifica erroneamente nella Prefettura (e non nel Ministero dell'Interno), l'autorità che ha emesso il provvedimento impugnato, si verifica quella situazione di inesatta identificazione dell'organo abilitato a rappresentare lo Stato, che se non eccepita nella prima udienza, dovrebbe determinare il consolidarsi in capo a essa della legittimazione passiva, ai sensi dell'art. 4, legge 260/1958 (*cf.* Cass., sez. I, 19 novembre 2003, n. 17456, su una fattispecie del tutto analoga a quella decisa, in termini totalmente opposti, da Cass., 16726/2004; Cass., sez. I, 19 dicembre 2001, n. 16031), e conseguentemente la piena validità degli atti compiuti dall'autorità erroneamente evocata in giudizio, anche quando essa sia solo un organo periferico della compagine ministeriale.

Ovviamente, diversa è l'ipotesi in cui la Cancelleria del Giudice notifichi il ricorso correttamente al Ministero dell'Interno, e si costituisca però la Prefettura: in tal caso, la sanzione della nullità degli atti compiuti per conto della Prefettura, comminata da Cass., sez. I, 16726/2004 *cit.*, pare corretta.

Ad ogni modo, a prescindere dall'adesione o meno di questa Avvocatura alla tesi della Suprema Corte, è opportuno adottare alcune cautele in sede processuale, onde evitare di incorrere nelle nullità sanzionate dalla Cassazione, qualora si dovesse consolidare un tale orientamento.

In particolare, data la possibilità per il Ministero dell'Interno di difendersi in giudizio tramite propri funzionari delegati (ai sensi dell'art. 23, 4° comma, legge 689/1981), dislocati presso gli uffici periferici del Ministero (come per l'appunto gli Uffici Territoriali del Governo), nei giudizi di opposizione ai verbali di contestazione è sempre la Prefettura con propri funzionari ad assicurare la difesa in giudizio degli interessi dello Stato, ma è necessario che si costituisca tramite propri funzionari «per conto e nell'interesse del Ministero dell'Interno».

Per quanto concerne la Regione Valle d'Aosta, dalla quale è stato sollevato il problema, le considerazioni appena svolte vanno riferite al Presidente della Regione, quale titolare delle funzioni prefettizie (ai sensi del decreto luogotenenziale 7 settembre 1945, n. 545 e dello Statuto Speciale di Autonomia), e quindi, con riguardo ad esse, organo periferico del Ministero dell'Interno (*cf.* la recente sentenza della Corte Costituzionale, 16 gennaio 2003, n. 38).

Il Presidente della Regione Valle d'Aosta può costituirsi dunque in giudizio nelle opposizioni ai verbali di accertamento, a condizione che lo faccia come organo periferico del Ministero dell'Interno in relazione alle funzioni prefettizie, e comunque per conto e nell'interesse del Ministero dell'Interno.

In tal senso sembra orientarsi la già citata Cass., sez. I, 16726/2004, secondo cui «*solo se il Prefetto avesse agito e ricorso quale organo periferico del Ministero dell'Interno, questo poteva sanare la carenza di potere del Prefetto stesso che aveva posto in essere [...] atti per suo conto*».

3. – A questo punto va però affrontato un ultimo problema, legato alla delega dei funzionari chiamati a rappresentare in giudizio il Ministero dell'Interno nelle opposizioni ai verbali di accertamento.

L'art. 23, legge 689/1981 ammette infatti la difesa diretta in giudizio dell'Amministrazione con propri funzionari, a condizione però che siano «appositamente delegati» dall'autorità che ha emesso l'ordinanza ingiunzione.

Nel caso di specie, non vi è una ordinanza ingiunzione, ma un verbale di accertamento, che oltretutto potrebbe essere stato redatto da un organo non appartenente al Ministero dell'Interno.

Si pone allora il problema di individuare le modalità di applicazione della norma di cui all'art. 23, *cit.*, in modo che di fatto sia comunque sempre la Prefettura (o, nella Regione Val d'Aosta, il Presidente della Regione), ad assicurare in maniera unitaria la difesa in giudizio dello Stato nelle controversie in materia di violazioni del codice della strada.

Per quanto riguarda la Prefettura, il problema può essere superato sia attraverso una delega firmata dal Prefetto, nella qualità di rappresentante periferico del Ministero dell'Interno, sia richiamando, ad ogni buon fine, l'art. 3, R.D. 1611/1933, che dinanzi ai giudici di pace autorizza le Amministrazioni a stare in giudizio rappresentate da propri funzionari, d'intesa con l'Avvocatura dello Stato.

Nel caso della Regione Valle d'Aosta, si potrà ricorrere solo alla delega firmata dal Presidente della Regione, quale rappresentante periferico del Ministero dell'Interno con funzioni prefettizie, mentre non si ritiene che possa essere evocato anche l'art. 3, R.D. 1611/1933, visto che i funzionari della Regione Valle d'Aosta non sono certo funzionari del Ministero dell'Interno.

4. – In definitiva, dunque, le memorie difensive dovranno essere redatte con la seguente epigrafe: «Per il Ministero dell'Interno, in persona del Ministro p.t., rappresentato e difeso dal funzionario delegato dal Prefetto quale organo periferico del Ministero dell'Interno ai sensi dell'art. 23, legge 689/1981, e dell'art. 3, R.D. 1611/1933».

Per i giudizi relativi alla Regione Valle d'Aosta, si potrà ricorrere alla seguente formula: «Per il Ministero dell'Interno, in persona del Ministro p.t., rappresentato e difeso dal funzionario delegato dal Presidente della Regione Valle d'Aosta, quale titolare delle funzioni prefettizie ai sensi dell'art. 4, decreto luogotenenziale 545/1945, e pertanto organo periferico del Ministero dell'Interno medesimo».

Si evidenzia però che la materia è oggetto di continue oscillazioni (se non inversioni di rotta) della Cassazione, e che quindi non può escludersi la necessità, in futuro, di modificare e «aggiornare» la linea processuale suggerita con la presente nota».

A.G.S. – Parere del 10 novembre 2004, n. 146928.

Collaudo Telcal (consultivo n. 43637/04, avvocato V. Nunziata).

«Con la nota che si riscontra codesta Amministrazione sottopone a questa Avvocatura talune questioni concernenti il Progetto Telcal – Piano Telematico Calabria – affidato all'omonimo Consorzio con convenzione del 7 marzo 1990.

Tale Consorzio, costituito dalla Regione Calabria e da società del gruppo IRI – SIP, è articolato in dodici progetti (Giustizia, Regione, Centro Consortile, Formazione Diffusa, Sanità, Teledidattica, Agricoltura, Turismo, Ricerca, Comuni, Rete e CED Sviluppo).

In relazione ad un contenzioso Agenzia/Telcal sulle modalità operative di affidamento, la questione venne sottoposta al parere del Consiglio di

Stato; quindi, previa risoluzione amministrativa in danno del Consorzio, i lavori furono sospesi nel 1996 e ripresi nel 1998, a seguito di atto aggiuntivo del 17 dicembre 1997.

Codesta Amministrazione riferisce che, alla data del 31 dicembre 2001, i lavori del Piano si sono conclusi e che ne è stata oramai effettuata la consegna sia al Ministero della Giustizia che alla Regione Calabria.

In data 16 settembre 2003, la Commissione di collaudo del Piano ha trasmesso all'Amministrazione, con riferimento all'art. 20 della Convenzione citata (come modificato ed integrato dall'art. 6 del successivo II atto aggiuntivo del 17 dicembre 1997), il certificato di collaudo, afferente la parte amministrativa, non effettuato contestualmente al collaudo tecnico al fine di non ritardare, per la complessità delle verifiche occorrenti, la consegna dei beni alle Amministrazioni competenti.

Tale certificato conclude per la liquidabilità al Consorzio Telcal di Lit. 405.885.549.860 (pari a E. 209.622.392,47) fatte salve le anticipazioni corrisposte.

Tale importo tiene conto di alcune deduzioni che la Commissione ha ritenuto di effettuare per la voce di spesa «*Management*».

A seguito dell'esame di detto certificato, codesta Direzione, in considerazione delle osservazioni avanzate dalla Commissione di collaudo in merito al mancato adempimento da parte del Consorzio Telcal a taluni obblighi contrattuali, non ha ancora dato corso alla predisposizione del decreto di chiusura dell'intervento.

Anzi, codesta Amministrazione ha restituito alla Commissione di Collaudo il certificato di verifica amministrativa ai fini del suo adeguamento finale in relazione alle riferite osservazioni.

Con nota del 25 novembre 2003, la Commissione rimetteva al MIUR gli approfondimenti effettuati, con le controdeduzioni del Consorzio Telcal.

In particolare, a seguito degli approfondimenti su tali controdeduzioni di Telcal, la Commissione ha così concluso: «Ci si rimette, peraltro, alla valutazione di codesto Ministero, cui compete, in definitiva, la competenza ad assumere determinazioni conclusive riguardo a tutte le questioni che questa Commissione ha sottoposto alla propria verifica».

La Commissione, in definitiva, ha rimesso a codesto Ministero il certificato di verifica amministrativa, unitamente al certificato di collaudo finale, senza apportare o proporre alcuna detrazione del corrispettivo rispetto a quanto a suo tempo trasmesso.

Codesta Amministrazione sottopone ora le proprie perplessità sulle soluzioni da adottare su talune questioni, che paiono non sufficientemente definite.

Osserva al riguardo questa Avvocatura che la specifica situazione procedimentale impone all'Amministrazione di avere innanzitutto riguardo, sia pure eventualmente per dissentirne motivatamente, alle conclusioni dei vari organi tecnici che si sono pronunciati nelle fasi di affidamento, in corso d'opera e finale.

In particolare, risultano essersi espressi una Commissione di Esperti, al fine di approvare e verificare le progettazioni esecutive degli interventi e la congruità dei costi in termini di obiettivi e risultati, la citata Commissione di collaudo e la Commissione di monitoraggio.

Quest'ultima, tra l'altro, in data 29 dicembre 2003, a completamento degli adempimenti contrattuali, trasmetteva anche la relazione finale di propria competenza, riconoscendo il conseguimento degli obiettivi progettuali.

Tali conclusioni rappresentano un ulteriore punto fermo della procedura, sul quale anche codesta Amministrazione sembra convenire, in quanto gli obiettivi progettuali risulterebbero conseguiti ed anzi i risultati finali sono stati da tempo consegnati alle Amministrazioni (Ministero della Giustizia e Regione Calabria) destinatarie.

La situazione procedimentale è sostanzialmente da ricondurre alla fase di approvazione del collaudo. Ciò impone da un lato di considerare che dal punto di vista tecnico-esecutivo i lavori risultano positivamente conclusi, mentre dal punto di vista contabile-amministrativo l'Amministrazione può dissentire dalle conclusioni cui sono pervenuti gli appositi organismi previsti, purché adeguatamente motivando ed utilizzando gli (eventuali diversi) elementi istruttori a propria disposizione.

Tanto premesso in punto di diritto, questa Avvocatura non può che fornire indicazioni di tipo generale in merito all'atteggiamento da tenere nella fase di approvazione, che muovono dalla primaria necessità di evitare situazioni contenziose che possano avere esiti prevedibilmente sfavorevoli per l'Amministrazione.

Innanzitutto, il fatto che l'attività contrattuale si sia positivamente conclusa con la consegna dei lavori (sembra) senza contestazioni alle Amministrazioni fruitrici, impone la tutela dell'affidamento e buona fede del contraente, al quale potranno quindi essere mosse contestazioni soltanto a fronte di comportamenti inadempienti, rispetto a precise disposizioni contrattuali o prescrizioni comunque accettate, che siano stati contestati in sede di esecuzione (non potendosi trascurare che la commissione di collaudo ha operato anche in corso d'opera).

Analogamente, con riguardo ai costi sostenuti dal contraente per specifiche attività o adempimenti, è evidente che la relativa determinazione, od almeno i criteri oggettivi di successivo calcolo, devono (od avrebbero dovuto) essere definiti in sede contrattuale, anche considerando che è stato chiesto al Consorzio un piano dei costi, che risulta essere stato positivamente esaminato dalla apposita Commissione.

Ove questa abbia dato prescrizioni di carattere generale (obbligo di economicità e similari), la verifica del rispetto di tali indicazioni non potrà che muovere ancora dalla tutela del principio dell'affidamento e dalle risultanze di fatto ed istruttorie agli atti dell'Amministrazione.

Venendo alle specifiche questioni poste, che vengono esaminate in termini assolutamente generali in quanto, si ripete, questa Avvocatura non dispone di elementi conoscitivi o di particolare poteri istruttori, si osserva quanto segue.

Una prima questione è relativa al fatto che le società consorziate non avrebbero rispettato, per gli acquisti da terzi, le disposizioni in materia (D. Lgs. 24 luglio 1992 n. 358), nonostante le raccomandazioni della Commissione di collaudo, con richiamo ai pareri resi dal Consiglio di Stato.

Va precisato in proposito che, secondo il parere del Consiglio di Stato 29.5-2.7.96, reso sullo schema di atto aggiuntivo, e che ha confermato il precedente parere 13 luglio 1994, si sarebbero dovute osservare le disposizioni di cui al d.l.vo 358/92 per tutti gli affidamenti successivi alla sua entrata in vigore.

Ha osservato in proposito la Commissione di Collaudo nella seconda relazione che, conformemente a quanto osservato dal Consiglio di Stato, doveva ritenersi che la disciplina di realizzazione degli interventi, contenuta nella convenzione (art. 7) fosse stata modificata dal D. Lgs. 358, il quale risulterebbe quindi applicabile agli affidamenti successivi a soggetti terzi rispetto alle imprese consorziate.

In proposito, mentre è pacifico che il Consorzio Telcal ha proceduto all'affidamento diretto alle consorziate dell'attuazione delle varie azioni progettuali, non è univocamente desumibile, sulla base degli atti, se I. e T. abbiano provveduto in proprio a tutte le attività, ovvero quali abbiano affidato a terzi.

Risolta questa prima questione, occorrerà quindi verificare, come chiede codesta Amministrazione, se e quali conseguenze il comportamento in ipotesi inadempiente del Consorzio possa riverberare ai fini della liquidazione del corrispettivo.

In proposito, si è già detto che la Commissione di Collaudo ha formulato i suddetti rilievi, ma non ha poi ritenuto, anche a seguito delle controdeduzioni di Telcal, di trarne o proporre alcuna conseguenza, nè in particolare di suggerire detrazioni dal corrispettivo, come invece ha fatto per la voce «*management*».

Occorre pertanto che codesta Amministrazione valuti in concreto non solo se effettivamente vi sia stata acquisizione da terzi di beni e servizi in violazione delle disposizioni citate, ma anche se ciò abbia effettivamente comportato un maggior onere.

A fini puramente collaborativi si osserva che su entrambi gli aspetti non vi è in punto di fatto uniformità di vedute, in quanto, come si legge nella seconda relazione della Commissione di collaudo (pagg. 4 ss.), il Consorzio Telcal ha argomentato che «la consorziata T.I. (...) ha eseguito in proprio ed a titolo originario, l'intero intervento progettuale Rete, senza operare affidamenti ad imprese terze». Ne, ha affermato ancora il Consorzio, come si legge nella citata relazione, T. «ha effettuato specifiche procedure di acquisto, ma si è avvalsa dei prodotti propri o già acquisiti (...)».

Quanto alle condizioni di economicità, il Consorzio ha affermato che la centralizzazione degli acquisti avrebbe consentito un risparmio medio del 30% a fronte della contestazione della Commissione circa l'assenza di puntuali elementi di riscontro, il Consorzio ha prodotto alla medesima un documento contenente una tavola sinottica ove risultavano evidenziate le riduzioni percentuali conseguite per l'acquisto di un apparato.

Rispetto a tale documento, la Commissione di collaudo conclude che esso «rappresenta un contributo di chiarezza» e che «di tali dichiarazioni questa Commissione non può che prenderne atto».

Conclusivamente, su questo punto, pare doversi dedurre che la Commissione di collaudo abbia di fatto ritenuto soddisfattive le controdeduzioni.

Da tali vantazioni codesta Amministrazione potrà dissentire, come si è detto, solo in presenza di diverse circostanziate risultanze istruttorie.

Considerazioni analoghe la Commissione di collaudo formula con riguardo alla omessa preventiva presentazione delle analisi dei prezzi, che dovevano essere elaborate prima dell'affidamento alle Consorziato.

Anche su tale punto, questa Avvocatura deve osservare che lo stato ormai concluso delle attività contrattuali sembra rendere piuttosto tardiva la contestazione.

Peraltro, nel merito, la Commissione di collaudo riporta in proposito, senza formulare ulteriori osservazioni, le controdeduzioni del Consorzio, il quale ha sottolineato che il «Piano dei costi» è stato approvato dal C.T.S., sulla base del parere della Commissione T., e successivamente con provvedimenti ministeriali.

Osserva anzi a questo punto la Commissione che «ciò significa (...) che essendo state le azioni progettuali realizzate direttamente da consorziate (...) è venuta meno l'esigenza di redigere *ad hoc* analisi dei prezzi (...)».

Anche su tale punto, codesta Amministrazione potrà dissentire dalle conclusioni della Commissione solo in presenza di puntuali diverse risultanze istruttorie.

Sussistono inoltre dubbi con riferimento ad altro aspetto, lamentando la Commissione di collaudo che non sia stato possibile «valutare se gli oneri tariffari applicati dalle Consorziato siano stati adeguati nel tempo in relazione alle varianti apportate dall'AIPA per lavori similari effettuati per conto dello Stato».

Nella relazione 25 novembre 2003 la Commissione stessa dà atto del deposito da parte di Telcal del contratto similare Ministero Politiche Agricole c/ Finanze e di copia dell'atto 2.10.97 con cui l'AIPA aveva espresso parere favorevole sullo schema di atto esecutivo. Afferma inoltre la Commissione di non aver proposto detrazioni in merito per le seguenti ragioni:

- a) insussistenza di elementi per porre in dubbio la veridicità delle dichiarazioni Telcal;
- b) riferibilità dei dati riportati a dati aziendali la cui alterazione rappresenterebbe un falso perseguibile;
- c) positiva valutazione dei prezzi indicati nel Piano dei Costi da parte della Commissione T. e conseguente approvazione da parte del CTS.

Codesta Amministrazione rileva invece oggi (...), di avere rinvenuto un documento AIPA riferito all'anno 1999, lamentando che il Consorzio avrebbe applicato l'importo più alto del «delta» consentito dalle tariffe AIPA, talvolta anche superandolo, senza peraltro tenere conto di parametri (affidamento diretto, durata dell'appalto, rischio di commessa nulla, ecc.) che avrebbero potuto comportare una parziale diminuzione delle tariffe.

Si contesta dunque che il Consorzio abbia applicato tariffe non congrue rispetto alle modalità del lavoro da eseguire.

Questa Avvocatura non può naturalmente entrare nel merito tecnico della questione, nè esprimersi sulla congruità dei costi rappresentati. Ritiene però di segnalare a codesta Amministrazione che soprattutto l'osservazione della Commissione di collaudo sopra riportata *sub c)* appare in punto di diritto particolarmente significativa. Osserva cioè tale Commissione «che

uno dei compiti fondamentali attribuiti alla Commissione T. – composta da esperti di elevata qualificazione – era proprio quello di determinare la congruità dei costi del piano». Prosegue la Commissione che «l'affermazione che tale determinazione sia avvenuta solo in via programmatica, se può valere per le prime riunioni della Commissione T., non vale per le ultime valutazioni fatte, ove si consideri che l'ultima riunione è del 3 febbraio 2002, quando il piano Telcal era ormai ultimato».

Tali considerazioni non possono che essere rimesse al responsabile apprezzamento di codesta Amministrazione, ai fini delle proprie determinazioni di merito.

Analoghe considerazioni valgono per i canoni di rete, posto che la documentazione fornita alla Commissione di collaudo ha consentito a questa di affermare che per i servizi regolamentati non era consentito alcuno sconto, essendo gli stessi definiti con decreto ministeriale o con delibera dell'Autorità competente.

Quanto ai servizi deregolamentati, lo sconto sarebbe stato determinato in via preventiva nel Piano dei costi in misura pari al 30% del prezzo di listino commerciale di T.I.

Sul punto la Struttura osserva che la Commissione aveva raccomandato che i costi relativi a canoni e consumi tenessero conto della prevedibile dinamica «a scendere» dei prezzi, che essi fossero competitivi rispetto ai prezzi di mercato e congruenti con i costi e i canoni correntemente applicati.

Osserva ancora la Struttura di trovarsi nella «impossibilità di verificare il conseguimento della massima economicità».

Risulterebbe peraltro dagli atti che, successivamente alle anzidette raccomandazioni della Commissione T., il Consorzio presentò dei piani operativi, ivi compreso quello di «Rete» (contenente il piano complessivo, il piano dei costi e il piano di dettaglio) e che il tutto sarebbe stato approvato con provvedimenti espressi dall'Amministrazione, presumibilmente previa valutazione di congruità.

L'apprezzamento di tale circostanza, che se confermata assumerebbe evidentemente valore decisivo, viene rimesso a codesta Amministrazione.

Ultima questione posta riguarda le spese di *management*, rispetto alle quali la Commissione di Collaudo ha rilevato nella propria relazione del 16 settembre 2003 che la somma riconoscibile era più bassa di quella richiesta, e ciò in quanto per le prestazioni rese non risultava dimostrata l'autonomia del ruolo professionale. Conseguentemente, tali spese si sarebbero dovute imputare alle spese generali, definite in maniera onnicomprensiva.

Tale autonomia del ruolo professionale era richiesta dalla nota MURST del 1° luglio 2002, n. 2535, resa a seguito di specifica richiesta della commissione di collaudo.

Il consorzio Telcal ha controdedotto sul punto con documento n. 8985, nel senso che i suddetti professionisti avrebbero svolto funzioni analoghe agli altri.

La Commissione di Collaudo, peraltro, nella propria relazione del 25 novembre 2003 ha rilevato che «non sembra a questa Commissione che sia stata adeguatamente dimostrata, in concreto, l'autonomia del ruolo dei predetti soggetti», così confermando la detrazione.

Nella nota che si riscontra codesta amministrazione riferisce peraltro, in merito alla fondatezza di tale detrazione, le perplessità della struttura, la quale ha osservato quanto segue:

«La struttura ritiene che tale *management*, come richiesto dalla Commissione di Monitoraggio a necessario supporto dei propri compiti, abbia concorso al conseguimento degli obiettivi tecnici del PTC come valicati dalle stesse commissioni di collaudo e monitoraggio. Essendo il Consorzio Telcal rimborsato per tale personale non a tariffa ma a costo aziendale fa presente che una valutazione di merito qualitativo, potrebbe dar luogo ad un contenzioso ove si ritenga che le attività di *management* non vadano valutate autonomamente ma in correlazione al conseguimento degli obiettivi : nella fattispecie conseguiti».

Nella sostanza, secondo la struttura, presupposto per le valutazioni delle attività di *management* non sarebbe l'autonomia dell'attività professionale svolta, ma l'effettivo raggiungimento degli obiettivi previsti (nella specie pacificamente conseguiti).

In proposito questa Avvocatura, che non dispone naturalmente di elementi sufficienti per dare valutazioni in punto di fatto circa la natura delle attività svolte, deve dare atto che le osservazioni della struttura presentano un certo fondamento e che, tra l'altro, nella eventuale sede contenziosa, incomberebbe sull'amministrazione l'onere di provare, nel sostanziale silenzio sul punto degli strumenti contrattuali, che il riconoscimento delle spese di *management* dovesse intendersi ricollegato ad una autonomia sostanziale della prestazione professionale.

Pertanto, questa Avvocatura ritiene di rimettersi alle prudenti valutazioni in punto di fatto che codesta Amministrazione vorrà effettuare; ai fini della risoluzione della questione potrà anzi essere utile fare riferimento anche ai comportamenti tenuti nella successiva vicenda contrattuale, relativa al completamento del progetto, posto che sarebbe difficilmente giustificabile un diverso sistema di valutazione a fronte della sostanziale omogeneità dei contratti.

Dalla risoluzione delle anzidette questioni dipenderà naturalmente il conseguente pagamento di quanto dovuto e lo svincolo delle garanzie.

Ciò anche per la considerazione che, come riferisce codesta Amministrazione, con riguardo alla seconda convenzione, conclusa in data 28 marzo 2002, non sono sorte contestazioni, a seguito del riconoscimento da parte della Commissione di collaudo di E. 7.490.486,00.

Questa Avvocatura resta naturalmente a disposizione per quanto possa occorrere».

A.G.S. – Parere del 12 novembre 2004, n. 148481.

Spese legali collaboratori di giustizia – Cessione del credito – Profili fiscali (consultivo 27975/04, avvocato A. Collabolletta).

«Con la nota che si riscontra e con la successiva, a seguito del parere interlocutorio della Scrivente, si chiede allo Scrivente Generale Ufficio di valutare la validità della cessione del credito stipulata dall'avv. F.L. avente ad oggetto l'importo di alcune prestazioni professionali rese dalla stessa nei confronti di collaboratori di giustizia ammessi al programma di protezione.

Inoltre si sottopone all'attenzione dello Scrivente G.U. anche un secondo profilo, nell'ipotesi in cui si dovesse ritenere valida la predetta cessione del credito, se risulti possibile effettuare la ritenuta a titolo di acconto anche sui compensi oggetto del credito ceduto.

Preliminarmente appare opportuno un breve esame della normativa che trova applicazione nella fattispecie in esame.

La legge 15 marzo 1991, n. 82, nel testo vigente prima della recente riforma introdotta dalla legge 13 febbraio 2001, n. 45, prevedeva all'art. 10, 1° comma, che lo speciale programma di protezione definito in favore dei collaboratori della giustizia comprendeva «*se necessario, anche misure di assistenza*». Nel programma speciale di protezione, tra le misure di assistenza rientrano anche quelle relative all'assistenza legale, regolate da un apposito disciplinare, allegato al programma medesimo.

L'art. 4 del decreto interministeriale 24 novembre 1994 «*riservato*» stabilisce che l'assistenza legale ai collaboratori di giustizia è limitata, salvo diversa deliberazione motivata della Commissione Centrale, ai procedimenti penali per fatti commessi anteriormente alle ammissioni al programma.

Anche dopo l'entrata in vigore della legge n. 45/2001, è prevista tra le misure di assistenza quella legale.

Ai sensi dell'art. 13, 5° comma, della legge n. 82/1991, come modificata dalla legge n. 45/2001, recante «*Contenuti delle speciali misure di protezione e adozione di provvedimenti provvisori*», qualora la Commissione Centrale deliberi l'applicazione delle misure di protezione mediante la definizione di uno speciale programma, questo può comprendere misure di assistenza personale ed economica, tra le quali (per effetto dell'esplicito richiamo di cui al successivo comma) *l'assistenza legale* e l'assegno di mantenimento.

Il d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, recante il «*Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia*» ha introdotto, tra l'altro, alcune disposizioni che concernono il trattamento nei confronti dei collaboratori di giustizia.

Infatti, ai sensi dell'art. 115 del predetto Testo Unico, «*l'onorario e le spese spettanti al difensore di persona ammessa al programma di protezione di cui al decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 marzo 1991, n. 82, e successive modificazioni* (tra le quali la legge n. 45/2001), *sono liquidati dal magistrato nella misura e con le modalità previste dall'art. 82 ed è ammessa opposizione ai sensi dell'art. 84.*»

Inoltre, l'art. 299 del d.P.R. 115/2002 ha espressamente abrogato l'art. 13, 6° comma, ultimo periodo della legge n. 82/1991, come modificato dalla legge n. 45/2001; tale periodo prevedeva che «*le spese di assistenza legale sono liquidate dal giudice previo parere del Consiglio dell'ordine degli avvocati presso cui il difensore è iscritto.*»

Venendo alla fattispecie oggetto del presente parere si può ragionevolmente affermare, alla luce della normativa citata, che non sussista alcun rapporto di credito tra l'Amministrazione dell'Interno ed il legale che presta la sua attività professionale in favore del collaboratore di giustizia e d'altronde, con nota del 23 luglio 2004, codesta amministrazione ha confermato che i

legali dei collaboratori di giustizia vengono scelti in piena autonomia da questi ultimi, senza alcun conferimento di incarico da parte del Servizio Centrale di Protezione.

Lo Scrivente G.U. pertanto concorda con quanto afferma il Tribunale di Bologna nella sentenza n. 2488/2001, in particolare laddove sottolinea l'esclusione dell'esistenza di un obbligo *ex lege* di rimborso delle spese legali da parte dell'amministrazione in capo al legale e specifica che l'assistenza legale si traduce nell'impegno del Servizio Centrale di Protezione, di rimborsare al collaboratore di giustizia, titolare dello speciale programma di protezione, le spese e gli onorari.

Non rivestendo il Ministero dell'Interno la posizione di debitore ceduto, la cessione stipulata tra l'Avv. F.L. ed i Signori F.M. e D'A. L. in relazione ai compensi per prestazioni professionali svolte nei confronti di collaboratore di giustizia non può esplicare effetti nei confronti dello stesso.

Attesa la mancata efficacia della predetta cessione, risulta superflua la risposta al secondo quesito.

In relazione alla ulteriore documentazione trasmessa da Codesta Amministrazione, si rappresenta, che in virtù di quanto sin qui illustrato, sia nel procedimento di sequestro conservativo di crediti presso terzi che nella procedura esecutiva relativa all'atto di pignoramento presso terzi, entrambi notificati ad istanza dell'Avv. L. G. in cui codesto Ministero è stato citato per rendere la dichiarazione di terzo prevista dall'art. 547 c.p.c. si dovrà rendere la dichiarazione negativa, non sussistendo alcun rapporto di debito con il debitore principale F. L.».

A.G.S. – Parere del 13 dicembre 2004, n. 160218.

Art. 7, par. 3 lett. d) Direttiva CEE del Consiglio delle Comunità Europee del 14 giugno 1993 – Affidamento a trattativa privata dell'esecuzione di lavori di riallineamento di banchine (consultivo n. 53507/04, avvocato G. Zotta).

«Si apprende dalla nota in riferimento – ed allegato –, che a seguito dell'incendio sviluppatosi il 1° gennaio 2004 su una motonave all'ormeggio nel porto industriale di Porto Torres, si determinò uno stato di grave pericolo per le navi traghetto ormeggiate nelle immediate vicinanze. Tali navi erano ivi dislocate per l'inagibilità del porto commerciale, interessato dai lavori di costruzione dell'antemurale di ponente. Con l'occasione, si manifestò con tutta evidenza la necessità di eliminare con urgenza la situazione di pericolo, determinatasi nello scalo a causa dell'uso promiscuo delle strutture per il traffico industriale e per quello dei traghetti. Donde la proclamazione dello stato di emergenza a sensi della legge 24 febbraio 1992, n. 225, art. 5, comma 1 (d.P.C.M. 13 febbraio 2004) e la nomina del Sindaco di Porto Torres a Commissario straordinario a sensi del comma 4, art. 5 *cit.* (ordinanza P.C.M. 9 luglio 2004).

Acquisito il progetto esecutivo del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti – Settore infrastrutture – relativo ai lavori preordinati all'adeguamento, ampliamento e messa in sicurezza degli ormeggi del porto commerciale ed industriale, ed avendolo approvato, il Commissario straordinario deve ora procedere all'affidamento dell'appalto.

Al riguardo chiede se, in considerazione dell'estrema urgenza dell'eliminazione della situazione di pericolo in parola recuperando ad agibilità lo scalo civile ora inutilizzabile, sia possibile provvedere intanto a trattativa privata nel rispetto della direttiva comunitaria.

La direttiva 93/37/CEE, tuttora in vigore come poi vedremo, e il d.lgs. 19 dicembre 1991, n. 406, attuativo della direttiva 89/440/CEE (1), dispongono che possono essere affidati a trattativa privata – senza pubblicazione preliminare del bando di gara – lavori pubblici «*nella misura strettamente necessaria per motivi di imperiosa urgenza non compatibile con i termini imposti dalle altre procedure, in relazione ad eventi imprevedibili da parte delle amministrazioni aggiudicatrici purché le circostanze invocate a giustificazione dell'urgenza non siano in alcun modo imputabili alle amministrazioni stesse*» (per quanto riguarda il d.lgs. n. 406, *cfr* lett. c), comma 2, art. 9). La legge 11 febbraio 1994, n. 109, che deve intendersi anche attuativa, per quanto necessario, della direttiva 93/37/CEE però, ha ulteriormente circoscritto le possibilità di ricorso alla trattativa privata. L'art. 24, comma 1, invero, ha ridotto fortemente la discrezionalità dell'amministrazione, sia stabilendo specifiche e ben ristrette ipotesi in presenza delle quali è ammesso il ricorso alla trattativa privata, sia fissando taluni obblighi procedurali miranti a garantire la trasparenza e la correttezza della procedura negoziata.

I presupposti che legittimano la deroga sono:

1. – *motivi di imperiosa urgenza*: l'aggettivo *imperioso* lascia intendere che si debba trattare di lavori necessari per ovviare ad una grave situazione di pericolo o più in generale ad una grave situazione di emergenza in atto. Dunque non semplicemente paventata e/o futuribile, ovvero non semplicemente risultante dal calcolo di ragionevoli probabilità di avveramento;

2. – i motivi di urgenza, come sopra connotata, non devono essere *compatibili con i termini imposti dalle altre procedure*. Occorrerà considerare, al riguardo, i tempi tecnici medi per l'affidamento dei lavori pubblici mediante gara aperta o ristretta, tratti da precedenti esperienze. Nella valutazione possono essere presi in considerazione, peraltro con la prudenza richiesta dalla particolare severità della norma, le condizioni ambientali del momento storico e del luogo in cui avverrà la gara, che possano incidere negativamente sui tempi medi della medesima (ad es. in una regione sconvolta da eventi naturali può ipotizzarsi un appesantimento dei tempi richiesti per il completamento delle procedure di rito). Secondo la giurisprudenza (Corte Conti, sez. cont. Stato), l'urgenza deve essere tale da potersi fondatamente ritenere che il rinvio dell'intervento per il tempo necessario allo svolgimento della gara comprometterebbe la tempestività dell'intervento stesso;

3. – i motivi di urgenza devono essere l'effetto di *eventi imprevedibili da parte delle amministrazioni aggiudicatrici*. La dottrina (R. RAMETTA) ha notato che l'imprevedibilità non è una qualificazione assoluta, ma soggettiva dell'amministrazione aggiudicatrice, nel senso che, con la normale diligenza riferita al

(1) Per semplicità di esposizione, di seguito si farà riferimento solamente al d.lgs. di attuazione n. 406/1991, che del resto riproduce fedelmente, per quel che interessa, il testo della direttiva comunitaria.

caso concreto, la situazione che determina l'imperiosa urgenza deve apparire imprevedibile per detta amministrazione. La imprevedibilità dovrà essere rapportata, dunque, alle competenze specifiche dell'amministrazione. Eventi calamitosi che possono esse previsti da amministrazioni con competenze specifiche, possono non esserlo da amministrazioni con diverse competenze. Così, ad esempio, rischi di eventi marittimi potrebbero esser previsti dalle autorità del settore, ma non dalle autorità preposte al governo della circolazione aerea;

4. – *le circostanze invocate a giustificazione dell'urgenza non debbono in alcun modo essere imputabili alle amministrazioni stesse;*

5. – i lavori, infine, devono essere circoscritti a quelli *strettamente necessari* ad ovviare la situazione di emergenza in atto. Non è possibile, quindi, affidare a trattativa privata lavori di miglioramento, ampliamento *aut similia*;

6. – la sopravvenuta legge n. 109/1994, ha ulteriormente circoscritto le possibilità di ricorso alla trattativa privata, limitandole ai casi di «*ripristino di opere già esistenti e funzionanti, danneggiate e rese inutilizzabili da eventi imprevedibili di natura calamitosa*». Al riguardo la dottrina (CIANFLONE-GIOVANNINI) ha notato che l'evento calamitoso deve riguardare opere già esistenti e funzionanti e non opere in corso di realizzazione o la cui utilizzazione sia in atto dimessa o sospesa. Occorre, poi, che l'evento stesso ne abbia comportato non solo il danneggiamento, ma anche l'inutilizzabilità. La direttiva comunitaria 31 marzo 2004, n. 2004/18, che ha abrogato (o abrogherà, per quanto si dirà poi) la precedente 37/93/CEE, ha soppresso l'aggettivazione «*imperiosa*» per qualificare le ragioni di estrema urgenza che possono giustificare il ricorso alla trattativa privata e non contiene più le anzidette regole che limitano il ricorso alla trattativa privata agli interventi volti a ripristinare opere già esistenti e funzionanti danneggiate, aggettivazione ripresa e limitazioni introdotte dalla legge Merloni. Questa direttiva, però, che attenua in modo significativo la rigidità della legge n. 109/1994 – e suc. mod. –, ancora non è stata attuata in Italia, essendo il termine per l'incombente fissato al 31 gennaio 2006. Essendo, peraltro puntuale e concreta nel suo contenuto precettivo, può essere utilizzata come valido riferimento nella condotta del caso di specie.

Fino all'attuazione, peraltro, dovrebbe rimanere in vigore la direttiva n. 1993/37/CEE, come aggravata dalle integrazioni della Merloni.

Ciò premesso, venendo al caso specifico.

L'incendio verificatosi su una motonave chimichiera il 1° gennaio c.a., da un lato ha innescato una situazione accidentale di grave pericolo contingente per la vicinanza dell'ormeggio dell'unità in fiamme a quello delle navi traghetto ad alta capacità (2); dall'altro, ha evidenziato anche una grave situazione di pericolo persistente ma latente, probabilmente non percepita o sottovalutata nella sua gravità, dovuta alla vicinanza degli ormeggi destinati al traffico industriale e a quello civile. Situazione di pericolo che va ben al di là dei semplici inevitabili disservizi conseguenti alla interferenza e ai reciproci intralci per le diverse esigenze dei due tipi di movimentazione.

(2) La situazione di pericolo, che non risulta sia degenerata in disastri peggiori coinvolgendo altre navi, è stata ovviata con i provvedimenti tecnici del caso.

Questa situazione di pericolo, che non poteva essere ovviata in costanza dei lavori di costruzione dell'antemurale di ponente del porto di Porto Torres, avrebbe dovuto essere avvertita dall'Autorità marittima preposta alla regolamentazione del traffico portuale. L'Autorità marittima avrebbe dovuto intraprendere, conseguentemente, sin dal 2002 (da quando cioè fu necessario dirottare il traffico dei traghetti Tirrenia e Grimaldi ad alta capacità dal porto civile a quello industriale) le iniziative intese ad ovviarla.

In questa situazione, quanto alla configurabilità dei presupposti per l'affidamento con procedura negoziata dei lavori per l'eliminazione della situazione pericolosa sopra illustrati in via di principio, osserviamo.

I motivi di imperiosa urgenza che giustificerebbero il ricorso all'affidamento dei lavori a trattativa privata, probabilmente potrebbero configurarsi, anche se non è di tutti i giorni un evento quale quello verificatosi agli inizi dell'anno. Ma quando ci sono in gioco vite umane; la funzionalità di impianti industriali vitali per l'economia della regione; i collegamenti dell'isola con il nord-Italia, può ragionevolmente valutarsi come «imperiosa» la necessità dell'eliminazione della situazione di pericolo latente.

Più problematico, invece, potrebbe essere il riconoscimento di una *imprevedibilità* degli eventi calamitosi che potrebbero scatenare l'emergenza. Sembra proprio che questi dovevano essere prevedibili dalle autorità preposte al governo del traffico portuale. Altro discorso è poi vedere se la situazione di pericolo poteva essere ovviata e se chi di dovere aveva gli strumenti per farlo. Il che parrebbe da escludere.

Senonchè, l'imprevedibilità deve essere saggiata non tanto con riferimento all'Autorità marittima competente, quanto alla Protezione civile che, una volta deliberato lo stato di emergenza a sensi dell'art. 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225, avrebbe dovuto intervenire per porvi rimedio. E quanto ad essa la prevedibilità è da escludere, atteso che, prima dell'evento è da ritenere che neppure conosceva la difficile situazione del porto di Porto Torres.

Ma a prescindere da questa considerazione, deve ritenersi che il fatto stesso che il Consiglio dei Ministri ha riconosciuto il verificarsi di una situazione di fatto che richiedeva la dichiarazione dello stato di emergenza, comporta il superamento del presupposto non solo della imperiosa urgenza, ma anche quello dell'imprevedibilità degli eventi calamitosi da ovviare.

Più difficile, se non impossibile, è il superamento della disposizione della legge Merloni (art. 24) che circoscrive la possibilità del ricorso alla trattativa privata solamente in relazione al «*ripristino di opere già esistenti e funzionanti, danneggiate e rese inutilizzabili da eventi imprevedibili di natura calamitosa*».

Nel caso in esame non si tratta del ripristino di opere esistenti e funzionanti, ma dell'adeguamento, ampliamento e messa in sicurezza degli ormeggi del porto civile e di quello industriale, attraverso la demolizione di una banchina esistente, il dragaggio dei fondali serventi, per portarli ad una profondità adeguata al traffico che ivi si vorrebbe destinare e così via. Cioè si tratta non del ripristino della funzionalità di opere pubbliche esistenti e funzionanti, ma danneggiate e rese inutilizzabili, ma di una ristrutturazione radicale delle strutture portuali esistenti.

D'altra parte, appare problematico invocare la più permissiva direttiva 2004/18/CEE pur nella sua concretezza precettiva, perché non ancora attuata.

Stante, pertanto, l'impellente necessità di provvedere in tempi brevi all'affidamento dei lavori preordinati all'eliminazione della situazione di pericolo in atto e la conseguente incompatibilità con i termini imposti dalle altre procedure, per poter far ricorso all'affidamento con procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara, non rimane che far ricorso al potere di ordinanza dell'art. 5, comma 2 e 5, legge n. 225/1992.

Sappiamo, infatti, che una volta deliberato lo stato di emergenza a sensi dell'art. 5, comma 1, *cit.*, «per l'attuazione degli interventi di emergenza ... si provvede ... anche a mezzo di ordinanze in deroga ad ogni disposizione vigente, e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico». In questo modo, pertanto, sarà possibile derogare non tanto alla direttiva comunitaria 37/1993 – abbiamo visto che non ve n'è bisogno e probabilmente non sarebbe neppure possibile, stante le limitazioni alla delega contenute nell'atto relativo –, quanto all'aggravamento delle sue limitazioni poste dall'art. 24 legge n. 109/1994, sulle quali ci siamo già intrattenuti, per poter procedere all'affidamento a trattativa privata dei lavori in questione.

Si noti che l'ordinanza P.C.M. 9 luglio 2004, n. 3363 (in *G.U.* 17 luglio 2004, n. 166), con cui è stato delegato – nominato il Commissario straordinario per l'emergenza del porto di Porto Torres, nel dettare i contenuti della delega a mente del comma 5, art. 5, legge n. 225/1992 ha espressamente conferito il potere di deroga all'art. 24 della Merloni (art. 4 ord. P.C.M., n. 3363), pur nel rispetto della direttiva comunitaria 37/93/CEE e, naturalmente, dei principi generali dell'ordinamento giuridico.

Il percorso che conseguentemente dovrà essere seguito, comporterà l'adozione di un provvedimento *dichiaratamente* attuativo della ripetuta ordinanza n. 3363 PCM, quanto alla deroga delle norme della legge n. 109/1994 da cui occorre discostarsi, pur nel rispetto della direttiva 37/93/CEE, corredato di puntuale motivazione in ordine alle ragioni che inducono a tanto (*cf.* art. 5, comma 5). Sarà opportuno fare riferimento anche alla direttiva 18/2004/CEE, non ancora entrata in vigore, ma che come si è detto, per il suo contenuto di concretezza e puntualità vale quanto meno come significativa guida nella regolamentazione del caso. Sappiamo che la direttiva, invero, prossima ad essere attuata, ridurrà in modo significativo (*soppressione dell'aggettivazione «imperioso» e della limitazione degli interventi a quelli occorrenti per il mero ripristino della funzionalità di opere pubbliche danneggiate e rese inutilizzabili*), i limiti al ricorso alla trattativa privata. La motivazione dovrà riguardare la situazione di pericolo in atto; le correlate ragioni di urgenza quali rivelate dall'incendio del 1° gennaio 2004; l'incompatibilità dell'urgenza dei lavori intesi all'eliminazione della situazione di pericolo, con il rispetto dei termini delle procedure di affidamento mediante gara aperta, ristretta o a procedura negoziata previa pubblicazione del bando di gara. Il tutto per concludere per la necessità conseguente del ricorso alla trattativa privata, senza previa pubblicazione del bando di gara.

Il provvedimento, poi, preso atto della deroga disposta dall'ordinanza n.3363 P.C.M. e valendosi di essa, deciderà il ricorso alla trattativa privata e procederà all'individuazione dell'impresa esecutrice dei lavori.

In questa operazione, si potrà ragionevolmente tenere conto di presenze operative in loco (quale ad es. l'impresa affidataria dei lavori all'antemurale di ponente in corso).

Per assicurare la massima trasparenza al proprio operato, è bene motivare la scelta, al riguardo, evidenziando, *fra l'altro*

- le ragioni di intuibile economia di costi;
- il risparmio di tempo in riferimento a quello necessario per la mobilitazione del cantiere, trattandosi di Impresa già presente nell'area portuale con personale, attrezzature e macchinari;
- la necessità di un coordinamento dei lavori in corso con quelli da concedere in appalto, in modo da non compromettere ulteriormente l'agibilità dello scalo già resa problematica dai lavori all'antemurale di ponente, coordinamento che può essere assicurato solo dall'affidamento di tutti i lavori ad una sola impresa appaltatrice».

A.G.S. – Parere del 16 dicembre 2004, n. 162146.

Deducibilità accantonamenti ai fondi per indennità suppletiva di clientela e per indennità meritocratica. Istruzioni per l'abbandono di controversie pendenti (consultivo 51999/04, avvocato G. Mandò).

«Con il foglio a richiamo codesta Agenzia ha trasmesso – per le eventuali osservazioni – la bozza di una direttiva, da diramare alle dipendenti strutture, in relazione alle controversie coinvolgenti la questione in oggetto.

Le indicazioni operative di cui alla medesima bozza si ricollegano coerentemente alla precedente ris. n. 59/E/2004 con la quale codesta Agenzia ha, in sintesi, espresso l'avviso che l'accantonamento ai fondi per indennità di cessazione del rapporto di agenzia nelle sue diverse componenti, quali risultano dall'art. 12 dell'ivi richiamato accordo economico collettivo 26 giugno 2002 per il settore del commercio (indennità di risoluzione, indennità suppletiva di clientela, indennità meritocratica) sia fiscalmente deducibile per l'anno di competenza, peraltro nei limiti dell'importo massimo di cui al terzo comma dell'art. 1751 c.c..

Sembra, d'altronde, a questa Avvocatura che la conclusione cui è pervenuta codesta Agenzia nella predetta risol. n. 59/E – in conformità a quanto ritenuto con la più recente sent. n. 10221 del 2003 della Cass. Sez. trib., la quale peraltro era pervenuta a diversa soluzione nella precedente sua sent. n. 7690 dello stesso anno – possa essere condivisa.

In base al combinato disposto degli artt. 105, comma 1 e 4 e dell'art. 17 comma 1 lett. d) del d.P.R. n. 916 del 1986 (nel testo vigente a seguito del D.Leg.vo n. 344/2003) gli accantonamenti ai fondi relativi alle indennità di fine rapporto e cioè per la cessazione di rapporti di agenzia delle persone fisiche e delle società di persone sono deducibili “nei limiti delle quote maturate nell'esercizio in conformità alle disposizioni legislative e contrattuali” che regolano tale rapporto.

L'art. 1751 c.c., nel testo vigente, disciplina l'indennità in caso di cessazione di rapporto di agenzia, subordinandone il riconoscimento a favore dell'agente alla ricorrenza delle condizioni di cui al comma 1 del medesimo articolo, salva l'esistenza dei fatti impeditivi di cui al successivo comma 2. Al comma 3, il predetto articolo indica l'importo massimo dell'indennità (se) spettante all'agente e al pen. comma prevede che "le disposizioni di cui al presente articolo sono inderogabili a sfavore dell'agente": nel rispetto del principio fissato da tale ultima disposizione, è consentita pertanto una diversa regolamentazione dell'indennità di cessazione, secondo la volontà – anche espressa in sede di accordi collettivi conclusi dalle relative associazioni professionali, nei limiti della loro applicabilità – delle parti.

Nell'esercizio di tale autonomia contrattuale è stato concluso il riferito accordo economico collettivo del settore del commercio di data 26 giugno 2002, il quale, in particolare al suo art. 12, regola la materia della indennità di cessazione prevedendo che la stessa "sarà composta da tre emolumenti": i quali sono denominati rispettivamente "*indennità di risoluzione*" – che spetta all'agente (purché il rapporto non sia stato risolto per ritenzione indebita di somme o per concorrenza sleale da parte del medesimo) anche se non vi sia stato, ad opera sua, alcun incremento della clientela o del fatturato; *indennità suppletiva di clientela* – da corrisondersi aggiuntivamente all'agente, anche se questi non abbia procurato nuovi clienti o non abbia sensibilmente sviluppato gli affari con i clienti medesimi con sostanziali vantaggi per il preponente, nel caso di scioglimento del rapporto ad iniziativa di quest'ultimo per fatto non imputabile all'agente stesso ovvero nel caso di sue dimissioni a causa di invalidità permanente, decesso o conseguimento di pensione di vecchiaia; e *indennità meritocratica* – da erogarsi all'agente che abbia procurato nuovi clienti o abbia sviluppato gli affari con quelli esistenti con sostanziali vantaggi per il preponente, nella misura corrispondente alla differenza tra l'importo della indennità di risoluzione più la indennità suppletiva di clientela e quello massimo previsto dal comma terzo dell'art. 1751 c.c.

Tale essendo, nei limiti della sua applicabilità, l'assetto convenzionale dell'indennità di cessazione del rapporto di agenzia – assetto difforme rispetto a quello in generale previsto dall'art. 1751 c.c., ma sullo stesso prevalente, siccome concordato, in sede collettiva, tra le parti e quindi consentito dalla stessa norma, in quanto (come è indiscusso) non "a svantaggio dell'agente" – e considerato che, come già accennato, l'art. 105 del d.P.R. n. 917 ammette la deducibilità dell'accantonamento ai fondi delle quote maturate nell'esercizio relative alla predetta indennità "in conformità alle disposizioni legislative e *contrattuali*" – appare coerente conclusione quella che la deduzione per quote sia fiscalmente consentita, salva la necessaria verifica della sua quantificazione (sia sotto il profilo della sua "probabilità" – e cioè della sua verosimiglianza, sia sotto quello dell'attendibilità della relativa stima), per i predetti accantonamenti riferiti alla stessa indennità in *tutti* gli elementi che, secondo la disciplina pattizia (applicabile in luogo di quella legale), compongono la stessa indennità (indennità di risoluzione, indennità suppletiva di clientela, indennità meritocratica): salva ovviamente la ripresa a tassazione della sopravvenienza conseguente, all'atto della concreta cessazione del rap-

porto di agenzia, all'eventuale mancato riconoscimento dell'indennità di cessazione in tutti o in alcuni dei suoi componenti, o anche dell'eventuale successivo storno dell'accantonamento (per riferimenti v. anche il principio contabile internazionale n. 37, punto 8, adottato con Regol. (CE) n. 1725/2003 del 29 settembre 2003).

All'accoglimento di tale conclusione – di per sé non preclusa, in quanto fondata sulla ora indicata interpretazione dell'art. 105 del TUIR, dal principio della tassatività degli accantonamenti di cui al comma 4 del successivo art. 107 – non pare neppure di ostacolo il disposto del comma 1 del vigente art. 109 che in generale esclude la deducibilità nel periodo di competenza (anche) dei componenti negativi del reddito in difetto di certezza o di oggettiva determinabilità. Sotto tale profilo, il dubbio potrebbe prospettarsi in considerazione del connotato di eventualità che caratterizza la componente costituita dalla indennità suppletiva di clientela e quella costituita dalla indennità meritocratica (nessuna contestazione sussiste in ordine alla componente rappresentata dalla indennità di risoluzione): senonchè, da un lato, va osservato che il principio enunciato nel richiamato comma 1 dell'art. 109 è destinato ad operare in quanto “le precedenti norme della presente sezione non dispongono diversamente” (e, come si è accennato il precedente art. 105, contenuto nella stessa sezione, concerne e disciplina specificamente gli accantonamenti relativi alle indennità che trovano causa nella fine del rapporto anche di agenzia); e, d'altro lato che, per la natura loro propria, gli accantonamenti (pur fiscalmente deducibili per competenza nei casi e nei limiti fissati dalla legge), in quanto anticipano all'esercizio una quota del costo destinato a verificarsi in futuro, hanno necessariamente alla loro base un elemento previsionale e probabilistico (e non già certo o oggettivamente determinabile nel suo ammontare), come si desume anche dagli artt. 106 e 107 del TUIR ed, in definitiva, pur dall'u.c. dell'art. 105 il quale, come più volte rilevato, consente espressamente l'accantonamento per indennità di fine rapporto di agenzia, pur se tale indennità, per legge (e cioè in mancanza di regolamentazione patrizia), sarebbe da corrispondere all'agente solo nella ricorrenza delle condizioni di cui al comma 1 dell'art. 1751 c.c. (*omissis*)).

A.G.S. – Parere del 17 dicembre 2004, n. 162622.

Efficacia delle sentenze penali irrevocabili di «n.d.p. per estinzione del reato e morte del reo» sul relativo procedimento disciplinare, ai fini della definizione della posizione giuridico-retributiva del pubblico dipendente durante il periodo di sospensione cautelare dal servizio (consultivo n. 35053/04, avvocato E. Figliolia)

«Si riscontra la nota prot. n. 4800 del 22 giugno 2004, con la quale è stato richiesto il parere alla Scrivente Avvocatura Generale dello Stato in merito alla questione relativa alla definizione giuridica ed economica delle sospensioni cautelari dal servizio – c.d. *restitutio in integrum* – a seguito dei procedimenti penali conclusi con sentenza di proscioglimento di «non doversi procedere per morte del reo».

Ritiene al riguardo questa Avvocatura Generale di dover osservare quanto segue.

È principio consolidato in giurisprudenza che all'esito del giudicato penale di proscioglimento per estinzione del reato nei confronti di un dipendente pubblico sospeso cautelatamente dal servizio e deceduto nelle more del procedimento, l'Amministrazione possa dar luogo al procedimento amministrativo al limitato fine di regolare gli effetti della sospensione rispetto alla necessità di eventualmente procedere ad una reintegrazione patrimoniale riferita al periodo in cui il dipendente è stato autoritativamente e provvisoriamente allontanato dal servizio (Cons. Stato, Sez. VI, 26 giugno 2003 n. 3827). Tale convincimento riposa sul carattere evidentemente provvisorio della sospensione cautelare, la cui efficacia è, appunto, temporalmente limitata sino all'intervento di un provvedimento definitivo che assicuri assetto stabile e permanente al rapporto intercorrente tra l'Amministrazione e il dipendente incolpato; pertanto l'Amministrazione stessa, all'esito del procedimento penale, può optare di non dar luogo alla procedura amministrativa, conseguentemente provvedendo alla corresponsione del trattamento retributivo dovuto e non percepito, ovvero attivare la procedura, nei tempi previsti, per costituire il titolo giuridico che sostituisca la misura cautelare sospensiva che ha perduto la propria causa tipica a seguito della definizione del processo penale.

Orbene le superiori considerazioni, che muovono da un percorso interpretativo giurisprudenziale costante nel cui alveo si è pronunciata anche l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (decisione n. 8 del 1997), tengono doverosamente conto della fondamentale circostanza che la revoca della sospensione cautelare per effetto del disposto racchiuso nell'art. 97 del testo unico imp. civili dello Stato n. 3/1957, non trova applicazione nell'ipotesi in cui il giudizio penale si estingua per morte dell'imputato (*cfr.* Cons. Stato Sez. V, 1° dicembre 2003 n. 7818), per cui è del tutto evidente che l'Amministrazione per poter rimuovere la prefata misura cautelare e proprio nell'interesse degli aventi diritto, non può non attivare un procedimento amministrativo finalizzato alla regolazione degli effetti patrimoniali del periodo in cui è stata vigente la determinazione sospensiva di cui trattasi su specifica istanza di chi abbia interesse. E detta procedura, è bene chiarire, non essendo evidentemente preordinata all'irrogazione di alcuna sanzione disciplinare, e rispondendo assolutamente all'esigenza degli eredi e dei congiunti di conseguire il riconoscimento della spettanza di quanto non versato al dipendente durante la sospensione cautelare, può validamente espletarsi anche in mancanza del dipendente stesso, in relazione, appunto, alla citata «*ratio*» della procedura in questione. Detta soluzione, poi, risulta coerente con quanto più volte statuito dalla Suprema Corte di Cassazione in materia di sopravvenienza del decesso dell'imputato nel corso del procedimento penale: ha infatti motivatamente chiarito il giudice di legittimità la rilevanza sostanziale del riconoscimento della innocenza dell'imputato in relazione all'interesse dei congiunti e degli eredi alla tutela della memoria e degli interessi connessi alle obbligazioni civili comunque scaturenti dai fatti ascritti al soggetto incolpato (dec. n. 6682/1992).

Di tali principi, quindi, anche in assenza di diverse norme pattizie di cui ai pertinenti contratti collettivi, ritiene questa Avvocatura Generale che l'Amministrazione potrebbe fare applicazione anche nella fattispecie, e semprechè, ovviamente, risulti in tal senso attivata da istanze degli aventi diritto cui competono i necessari oneri probatori».

A.G.S. – Parere del 20 dicembre 2004, n. 163745.

Controlli antidoping ai sensi della legge n. 376/2000 su competizioni organizzate dall'UNIRE (consultivo 19156/04, avvocato P. Cosentino).

«Con la nota in riferimento codesto Ministero ha manifestato perplessità circa l'applicabilità della disciplina sui controlli *antidoping*, di cui alla legge 14 dicembre 2000 n. 376, e successivi regolamenti attuativi, alle gare di corsa di cavalli organizzate e gestite dall'UNIRE ai sensi dell'art. 2, co. 1, del decreto legislativo 29 ottobre 1999 n. 449 ed ha chiesto al riguardo il parere della Scrivente.

Il dubbio trae alimento, a quanto sembra di capire, dal fatto che l'UNIRE, Ente di diritto pubblico non economico vigilato dal Ministero per le Politiche Agricole e Forestali, pur organizzando e gestendo per scopo istituzionale gare di corsa di cavalli, non è di per sé una Federazione sportiva (anche se, per questa parte della sua attività, esso si comporta in pratica come tale: tant'è che, a quel che riferisce codesto Ministero, ha predisposto, nella specifica materia, un proprio regolamento, peraltro non acquisito agli atti, ai fini del controllo *antidoping* su guidatori e cavalieri. Evidenzia altresì codesto Ministero come la questione si presenti difficoltosa anche per l'assenza nei testi normativi in questione (ma anche, a quanto consta, altrove) di una precisa definizione di «atleta», atta a ben identificare i soggetti effettivamente destinatari oltre che beneficiari, per quanto concerne il bene della salute, della normativa di cui alla legge n. 376/2000, il cui art. 1, commi 1, 2 e 4, fa appunto ripetutamente riferimento a tale termine.

Ciò premesso, ritiene la Scrivente, partendo dal profilo lessicale della questione da ultimo accennato, che, a parte il significato ricavabile dai comuni dizionari della lingua italiana (pur sempre rilevante, ed anzi in primo luogo rilevante, ai fini della interpretazione delle norme secondo quanto impone l'art. 12, co. 1, delle disposizioni preliminari al codice civile), che, se è vero che non esiste una definizione normativa di «atleta», atta a ricomprendere anche i guidatori ed i cavalieri (si veda tuttavia quanto, seppur sotto altro profilo, ritenuto dalla giurisprudenza amministrativa: *cf.* T.A.R. Lazio, Sez. III, 13 febbraio 2003 n. 965), esiste tuttavia, e proprio nella materia di cui qui trattasi, la definizione di «sportivi» (o, il che è lo stesso, di «sportivo»), quale data dall'art. 2, co. 1, lett. c, della legge 29 novembre 1995 n. 522, di ratifica ed esecuzione della Convenzione *antidoping* di Strasburgo del 16 novembre 1989.

Secondo tale fonte per «sportivi» si intendono appunto le persone di entrambi i sessi che partecipano abitualmente ad attività sportive organizzate; e tale definizione, ad avviso della Scrivente, se non si identifica *tout*

court con quella del termine «atleta», può senz'altro ritenersi trasponibile e quindi utilizzabile anche ai fini della definizione di questo secondo termine. Ciò potrebbe argomentarsi anche già sulla base del solo art. 1, co. 1, della legge n. 376/2000, da cui chiaramente si evince che i controlli sulla *attività sportiva* sono finalizzati alla tutela, oltre che della regolarità delle gare, della salute e della integrità psicofisica degli *atleti* connotando perciò questi ultimi, beneficiari e destinatari della normativa, quali soggetti appunto svolgenti *attività sportiva*.

Della definizione recata dalla legge di ratifica della Convenzione di Strasburgo (n. 522/1995) merita, ai fini che qui interessano, sottolineare soprattutto il fatto che debba trattarsi di attività sportive «organizzate». È cioè l'elemento organizzativo che, come tale, rinvia ad una organizzazione e perciò ad un soggetto che organizza l'attività stessa e ne gestisce in particolare le manifestazioni agonistiche (o gare); ossia, in definitiva, a quei soggetti od enti di cui è parola nell'art. 6, co. 1, della stessa legge n. 376/2000.

Di tali soggetti ed enti organizzatori, uno (il CONI) è indicato secondo la sua ufficiale denominazione, tutti gli altri lo sono per categorie generali (Federazioni sportive, Società affiliate, Associazioni sportive ed Enti di promozione sportiva pubblici e privati). Per cui, a questo punto, il vero, ed altresì unico, problema è quello di verificare se, con riferimento all'UNIRE e più specificamente alla sua attività di organizzatore delle corse di cavalli, tale Ente, non contemplato nominativamente, rientri o meno in una delle categorie generali cui fa riferimento la norma da ultimo citata. La risposta, ad avviso della Scrivente, sembrerebbe evidentemente negativa quanto alle Federazioni sportive, Società affiliate ed Associazioni sportive, ma positiva quanto alla categoria Enti di promozione sportiva pubblici (l'UNIRE è ente pubblico: art. 1, co. 1, decreto legislativo n. 449/1999). Invero, che l'attività consistente nella organizzazione delle corse dei cavalli sia, tutto sommato, strumentale rispetto allo scopo istituzionale primario di tale Ente, scopo che è dato dall'incremento e il miglioramento qualitativo e quantitativo delle razze equine da competizione e da sella, è indubbio; ma ciò non toglie che questo particolare settore agonistico di cui l'UNIRE cura l'organizzazione possa senz'altro inquadrarsi nell'ambito di una attività di promozione sportiva. E questo dovrebbe essere sufficiente a dissipare ogni dubbio in ordine alla sottoponibilità anche a tale settore agonistico che l'Ente in questione ha in cura della normativa *antidoping* di cui alla legge n. 376/2000.

Da ciò derivano, in particolare, a carico di tale Ente gli obblighi previsti dall'art. 6 della legge, e cioè: *a*) l'adeguamento dei propri regolamenti alle disposizioni della stessa legge (comma 1), cosa che, peraltro, l'UNIRE parrebbe avere già fatto (ma, non essendo allo stato noto il contenuto del Regolamento da tale Ente adottato per il controllo delle sostanze proibite sui guidatori e cavalieri, non è possibile alla Scrivente formulare un più preciso e motivato giudizio in merito all'assolvimento di tale obbligo; *b*) la predisposizione di tutti gli atti necessari per il rispetto delle norme di tutela della salute di cui alla stessa legge (comma 3); *c*) l'aggiornamento e l'informazione dei dirigenti, dei tecnici, degli atleti e degli operatori sanitari sulle problematiche concernenti il *doping*, senza oneri aggiuntivi per la finanza pubblica (comma 5 *cfr.* altresì l'art. 3, co. 1, lett. *f*) della stessa legge).

Conclusivamente, ritiene la Scrivente che non abbiano motivo i dubbi insorti circa la posizione dell'UNIRE – per quanto concerne questo settore della sua attività – nei riguardi della legge n. 376/2000, non potendosi fondatamente disconoscere: 1) da un lato, che guidatori e cavalieri, in quanto abitualmente praticanti lo sport ippico in competizioni organizzate dal citato UNIRE siano da considerare a tutti gli effetti «atleti» e perciò destinatari-beneficiari della citata legge; 2) dall'altro, che l'UNIRE, in quanto organizzatore delle corse, sia da considerarsi, anch'esso a tutti gli effetti, come Ente di promozione sportiva».

A.G.S. – Parere del 24 dicembre 2004, n. 165765.

D.L. 168 del 12 luglio 2004, conv. in legge 191 del 30 luglio 2004 – Art. 1, co. 9 (consultivo n. 53273/04, avvocato E. Figliolia).

«Si riscontra la nota in epigrafe per rappresentare che si condividono le valutazioni ivi espresse in merito alla inapplicabilità alle Università ed alle Istituzioni equiparate del disposto racchiuso nell'art. 1, comma 9 del decreto-legge 12 luglio 2004 n. 168, convertito con modificazioni con la legge n. 191/2004.

Al riguardo, richiamate le puntuali considerazioni espresse da codesta Avvocatura Distrettuale, soprattutto rispetto alla difficile giustificabilità di una diversa interpretazione in relazione alla tipologia della struttura di cui trattasi, istituzionalmente deputata all'affidamento di incarichi per poter correttamente adempiere alle funzioni normativamente attribuite, va ulteriormente osservato che è la stessa lettera della legge a convincere della esattezza della soluzione interpretativa sostenuta, e dalla Scrivente condivisa.

Invero la dizione «escluse le Università, gli Enti di ricerca e gli organismi equiparati» costituisce senz'altro deroga a spettro pieno al principio generale del contenimento della spesa pubblica, statuito da tutto il comma 9, senza possibilità di limitare gli effetti della deroga stessa a determinate parti della norma in rassegna che, per converso, rappresenta un «*unicum*» inscindibile; dette articolazioni della norma sono strettamente connesse in termini di funzionalità, ed hanno la stessa «*ratio*» di assicurare una serie di rigorose condizioni ed immanenti controlli degli impegni finanziari delle pubbliche Amministrazioni per quanto concerne, appunto, l'affidamento di incarichi e di consulenze. Ed il superiore convincimento trova, ad avviso di questo G.U., riscontro certo nella lettera dell'ultima parte del comma 9, in cui il riferimento alla «disposizione del presente comma», con terminologia perciò al singolare, è sintomatico della volontà del legislatore di considerare il prefato articolato norma unica, ai cui precetti, quindi, debbono ritenersi sottratti «le Università, gli Enti di ricerca e gli organismi equiparati», oltre che quegli «organismi collegiali» che hanno specifico fondamento normativo.

Conclusivamente, pertanto, si opina di dover sostenere un'interpretazione del predetto comma 9 in termini di valorizzazione delle esclusioni ivi espressamente previste, tenuto conto di talune peculiarità strutturali e funzionali di determinati organismi pubblici, piuttosto che addivenire ad esegesi

fondate esclusivamente sulla necessità di soddisfare nella misura massima possibile, quadri di esigenze finanziarie attraverso l'attuazione dell'articolato sistema di monitoraggio e controllo contemplato nel comma medesimo, senza, peraltro, farsi carico di valutare gli effetti di ripercussione, probabilmente di segno negativo anche sotto l'aspetto degli oneri oltre che della funzionalità della struttura pubblica, derivanti da un «aggravio procedurale» che trova la sua unica causa in un'esigenza di contrazione della spese, estranea al contesto universitario e della ricerca per l'aspetto in trattazione».

A.G.S. – Parere del 24 dicembre 2004, n. 165867.

Ricorso a brokers da parte delle Pubbliche Amministrazioni in relazione a contratti assicurativi da aggiudicarsi con gara (consultivo n. 217680/03, avvocato D. Ranucci).

«Il Sindacato Nazionale Agenti di assicurazione ha chiesto, con nota già trasmessa a codeste Amministrazioni, di conoscere il parere di questa Avvocatura, nonché del Ministero della Funzione Pubblica, circa la legittimità o meno della preventiva designazione di un *broker*, nelle gare indette per le proprie coperture assicurative, con previsione dell'obbligo di remunerazione del *broker* stesso posto a carico della compagnia assicuratrice aggiudicataria della relativa gara.

Esaminato anche quanto da codeste Amministrazioni evidenziato nelle note in riscontro, osserva questa Avvocatura che i problemi legati alla tematica in discorso sono sostanzialmente quattro, di cui il primo, ed assorbente, è quello relativo alla legittimità della clausola *broker*, e, di seguito, in caso di soluzione positiva, della esatta individuazione della natura giuridica del contratto, della onerosità o gratuità dello stesso, da cui dipende l'ulteriore quarto problema relativo alla possibilità dell'affidamento diretto dell'incarico ovvero alla necessità di affidamento tramite le procedure previste nel d.lg.vo n. 157/1995.

1. – Data la complessità del quesito, risulta necessaria una premessa sull'inquadramento giuridico della figura del *broker*, alla luce della evoluzione normativa e giurisprudenziale ed in considerazione del fatto che la legge contempla, in via generale, la ammissibilità e la possibilità del ricorso a specifiche professionalità esterne alla amministrazione.

Con particolare riguardo ai servizi l'art. 29, co. 1, legge 448 del 2001, *Misure di efficienza delle pubbliche amministrazioni*, dispone che le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, co. 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165, nonché gli enti finanziati direttamente o indirettamente a carico del bilancio dello Stato sono autorizzati, anche in deroga alle vigenti disposizioni, a: a) acquistare sul mercato i servizi, originariamente prodotti al proprio interno, a condizione di ottenere conseguenti economie di gestione; b) costituire, nel rispetto delle condizioni di economicità di cui alla lettera a), soggetti di diritto privato ai quali affidare lo svolgimento di servizi, svolti in precedenza; c) attribuire a soggetti di diritto privato già esistenti, attraverso gara pubblica, ovvero con adesione alle convenzioni stipulate ai sensi dell'art. 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, e successive modificazioni, e dell'art. 59 della legge 23 dicembre 2000 n. 388 lo svolgimento di servizi di cui alla lettera b).

La direttiva 2002/92/Ce sulla intermediazione assicurativa, ancora non recepita in Italia, dà una definizione dell'intermediazione assicurativa ricomprendendovi «le attività consistenti nel presentare o proporre contratti di assicurazione, o compiere altri atti preparatori o relativi alla conclusione di tali contratti ovvero nel collaborare, segnatamente in caso di sinistri, alla loro gestione ed esecuzione».

Nell'ambito di questo quadro normativo di riferimento va collocata la figura del *broker*, disciplinata per la prima volta dalla legge n. 792/1984 che istituisce il relativo albo.

Il *broker* viene individuato dalla legge come un professionista che svolge attività di consulenza a favore dell'assicurando: tale consulenza rappresenta il *prius* logico giuridico rispetto all'attività, di natura latamente di mediazione, svolta dal *broker*. La legge non ricomponne tuttavia il contrasto in ordine alla natura giuridica del *broker*, non risolvendo il quesito se si tratti di mediatore o professionista intellettuale.

Ai sensi dell'art. 1 della citata legge n. 792/1984, «il *broker* è colui che esercita professionalmente attività rivolta a mettere in diretta relazione con imprese di assicurazioni o riassicurazioni, alle quali non sia vincolato da impegni di sorta, soggetti che intendano provvedere tramite la sua collaborazione alla copertura dei rischi, assistendoli nella determinazione del contenuto dei relativi contratti e collaborando eventualmente alla loro gestione ed esecuzione».

Prima dell'intervento di tale norma, secondo un orientamento consolidato, la Cassazione assimilava sostanzialmente il *broker* alla figura non del prestatore d'opera intellettuale, bensì del mediatore, distinguendolo dall'agente che, sia pure in veste autonoma, è vincolato da uno stabile rapporto di collaborazione con l'impresa assicurativa di riferimento; il *broker* si caratterizza invece per i profili di imparzialità ed indipendenza. Alla luce della giurisprudenza meno recente della Cassazione, pertanto, il *broker* non era assimilabile alla figura dell'agente, in quanto non titolare di un contratto stabile, né era configurabile come prestatore d'opera intellettuale.

Con la sentenza n. 8467 del 26 agosto 1998 la Corte di Cassazione ha sostanzialmente rivisto il proprio orientamento. Con tale sentenza il Supremo Collegio rammenta come la legge 792/1984 definisca il *broker* come mediatore, evidenziandone ad un tempo il relativo ruolo di consulenza dell'assicurando, che provvede anche ad assistere nella determinazione del contenuto dei contratti di assicurazione, collaborando con lui anche, eventualmente, in sede di esecuzione dei contratti stessi.

Afferma la Corte, in tale decisione, che la consulenza ed assistenza fornite all'assicurando compendiano il *prius* logico indefettibile rispetto al successivo momento della intermediazione con le imprese assicurative; addirittura la Corte sottolinea che il *broker* svolge, nel settore dell'intermediazione assicurativa, una vera e propria funzione sociale, assistendo la parte contrattuale debole e garantendogli effettiva tutela, quale peculiare espressione del principio di solidarietà sociale.

Il *brokeraggio* è dunque qualificato dalla Corte quale *contratto misto, di prestazione d'opera intellettuale nella fase di consulenza ed assistenza* all'assicurando; di mediazione nella successiva fase della messa in contatto dell'assicurando con l'impresa assicuratrice.

Da ultimo la giurisprudenza (Cass, Sez. III, n. 6874 del 6 maggio 2003) ha affermato che il *broker* è un *imprenditore che svolge attività di mediazione in forma di impresa*. La sua attività, aggiunge tuttavia il Supremo Collegio, non è peraltro scevra da profili di intellettualità: secondo la Corte, il fatto che si tratti di un mediatore-imprenditore è arguibile dagli artt. 4 e 5 della legge n. 792/1984, alla stregua dei quali il *broker* è tenuto ad iscriversi ad un apposito albo, ed, a tale fine, è tenuto previamente ad assicurarsi per la responsabilità civile propria, per fatti di negligenza o imperizia che coinvolgano gli assicurandi da un lato, ovvero le imprese di assicurazione dall'altro.

Questo profilo evidenzia che il *broker* corre pertanto, secondo la Cassazione, un tipico rischio di impresa, collegato all'attività di mediazione in quanto la relativa attività risulta connotata dal requisito dell'organizzazione, che non svolge un ruolo meramente interno e strumentale, come nel caso delle professioni intellettuali, quanto piuttosto funzionale ed esterno.

Coerentemente la Corte esclude nei suoi confronti la possibilità di configurare una responsabilità penale propria invece del libero professionista.

Sostanzialmente nello stesso senso pare orientato il Consiglio di Stato (decis. n. 1019 del 24 febbraio 2000) che, nell'esaminare il problema della natura giuridica del contratto di *brokeraggio* – se riconducibile al contratto di opera intellettuale ovvero a quello di appalto di prestazione di servizi – ha concluso per la seconda opzione nella considerazione che, pur essendo la figura del *broker* quella di un consulente che utilizza le proprie cognizioni tecniche ed intellettuali per ridurre il costo della copertura di rischi, tuttavia «l'affinamento e l'oggettivazione delle metodologie analitiche del rischio, con l'utilizzo di professionalità specialistiche differenziate, e la crescente organizzazione informatica di supporto, rendono preferibile la definizione in termini imprenditoriali dell'attività del *broker*.»

Ciò premesso, sulla scorta del richiamato quadro normativo e giurisprudenziale, deve ritenersi che, in linea generale, non sia precluso il «ricorso» al *broker* da parte di Pubbliche Amministrazioni in funzione della stipula di propri contratti di assicurazione, quando si ravvisi la necessità di ricorrere alle prestazioni del medesimo (in relazione alla importanza e la delicatezza sia per l'oggetto sia per il valore economico e con riguardo alle finalità da perseguire con lo stipulando contratto di assicurazione), per cui alla luce dell'attuale quadro normativo, nonché delle reali esigenze della Pubblica Amministrazione, già peraltro recepite in una prassi che va sempre più consolidandosi, non sembra sussistano ragioni per negare l'opportunità e la legittimità del ricorso a tali forme di intermediazione assicurativa da parte della P.A..

In particolare la assistenza e la consulenza del *broker* possono rivelarsi utili nella determinazione del contenuto del contratto, nella valutazione delle prestazioni da chiedere all'assicuratore nel relativo bando di gara e dei relativi oneri, nonché nella individuazione dei requisiti di partecipazione delle

imprese di assicurazione alla stessa gara, a condizione ovviamente che l'Amministrazione non disponga di proprio personale dipendente con le peculiari e specifiche conoscenze in materia.

Non è inutile infine ricordare che anche l'Antitrust in una segnalazione del 1999, ebbe modo di osservare che «deve guardarsi con favore alla possibilità che gli enti, ove non dispongano al loro interno delle risorse organizzative necessarie, si avvalgano dell'assistenza di intermediari indipendenti qualificati, ovviamente selezionati secondo le procedure di evidenza pubblica e nel rispetto della legislazione vigente», nonché recenti pronunce rese dal giudice amministrativo, in sede cautelare.

Il TAR Venezia, con ordinanza n. 211 del 29 aprile 2003, ha respinto la domanda di sospensione formulata dall'agente generale di una impresa di assicurazioni avverso un bando di gara contenente la clausola *broker*, consentendo al *broker*, costituitosi in giudizio in qualità di controinteressato, la conservazione dell'incarico ed il diritto alla percezione delle provvigioni. Sempre il TAR Venezia, con ordinanza n. 272 del 13 giugno 2003, ha respinto la domanda di sospensione formulata dagli agenti di altra società assicurativa avverso gli atti di una gara per l'aggiudicazione di contratti di assicurazioni, contenenti la cd. clausola *broker*, indetta dalla USL n. 2 di F. e nei confronti dell'ATI costituita da due *broker*.

2. – La conclusione sopra accolta conduce all'analisi del secondo quesito, relativo alla esatta qualificazione della natura giuridica del contratto di *brokeraggio*, quesito di non poco momento qualora si consideri che la soluzione accolta condiziona in modo determinante le scelte dell'Amministrazione in ordine alla procedura da seguire per l'affidamento dell'incarico.

In realtà dalle esaminate disposizioni non discende una soluzione univoca del problema, considerato che, come sopra detto, la legge non ricompona il contrasto sul punto, non precisando se si tratti di mediatore o professionista intellettuale, né ciò fanno le sopra menzionate analoghe disposizioni legislative, le quali tendono verosimilmente a prendere atto di una realtà diffusa, quale è quella del ricorso da parte della P.A. a specifiche professionalità esterne, ma che appaiono indifferentemente applicabili sia a fattispecie di prestazione d'opera professionale di contenuto intellettuale sia di prestazione di servizi di natura imprenditoriale.

Si è già ricordato il contrasto giurisprudenziale sul punto specifico in esame, e si sono analizzate sia le pronunce che hanno evidenziato come il conferimento di incarichi speciali a persone estranee all'Amministrazione dia luogo ad un rapporto di prestazione d'opera professionale (Cass. Sez. UU., n. 393 del 19 gennaio 1988), sia quelle, di contro, che tendono a valorizzare l'aspetto di mediazione presente nel contratto e quindi a qualificare in ultima analisi il *broker* quale mediatore-imprenditore, la cui obbligazione consiste nella prestazione di un servizio.

In realtà il dettato normativo, da cui emerge comunque il dato peculiare della legittimità del contratto di *brokeraggio* anche quando contraente sia la P.A., va interpretato in relazione alle specifiche caratteristiche del contratto in discorso, posto che, nella specie, pur venendo in sicuro rilievo l'aspetto

intellettuale della prestazione, sotto il profilo della assistenza e collaborazione, tuttavia non va certamente trascurata la rilevanza della componente imprenditoriale di mediazione.

In altri termini il valore ricavabile dalle cennate disposizioni è quello per cui è sicuramente consentito, nell'attuale ordinamento, il ricorso al *broker* da parte della P.A., con l'avvertenza che nella specie oggetto del contratto non è solo una *locatio operis*, ma anche una attività di natura mediatizia-imprenditoriale, atteso che anche nei rapporti con la P.A. il relativo contratto presenta inalterata la natura, individuata dalla giurisprudenza, di contratto misto di prestazione di opera intellettuale e mediazione esercitata in forma imprenditoriale.

Pur non sottacendo la esistenza di alcune pronunce di segno contrario (*cf.* App. Torino 8 marzo 2001), non sembra che a tale conclusione osti la peculiare circostanza che l'attività di *brokeraggio* deve relazionarsi con le procedure di evidenza pubblica, attraverso le quali deve essere concluso il (futuro) contratto di assicurazione. Al riguardo deve ricordarsi che il Consiglio di Stato, con la ricordata decisione n. 1019/2000, ha ritenuto che il «mettere in diretta relazione» i soggetti che intendono assicurarsi con le imprese di assicurazione non si esplica necessariamente nella sola forma della negoziazione singola con una impresa determinata dal *broker* medesimo, ma ben può esprimersi nella trattativa multipla derivante dall'espletamento di una procedura di gara per l'affidamento del contratto assicurativo; specie quando, come nel caso di specie, la procedura medesima si svolga mediante la partecipazione di quelle imprese i cui requisiti di partecipazione sono stati stabiliti con l'apporto essenziale del consulente. Ne deriva che, in ultima analisi, le imprese affidatarie dei servizi assicurativi sono comunque messe in relazione diretta con l'Amministrazione a seguito dell'intervento del *broker*, la cui attività ha avuto l'effetto, sul piano negoziale, di orientare in modo vincolante la sfera soggettiva dei potenziali contraenti e di prefissare il contenuto del contratto» (C.d.S. n. 1019/00 *cit.*). Tale specifica circostanza evidenzia che anche nella fattispecie in esame l'attività del *broker* non si esaurisce nella prestazione intellettuale, ma abbraccia anche la successiva fase della mediazione, e difatti il Consiglio di Stato qualifica il relativo contratto come appalto di servizi.

3. – Da ciò discendono significative conseguenze, quali in via principale, a parere della Scrivente, la impossibilità di un affidamento diretto dell'incarico, in virtù di un rapporto fiduciario, giustificabile solo sul presupposto che il contratto di *brokeraggio*, piuttosto che configurare un appalto di servizi costituisca una prestazione d'opera professionale di contenuto intellettuale, per cui sarebbe possibile immaginare un affidamento diretto del contratto basato sulla fiducia che l'ente ripone in un determinato professionista, al quale la struttura imprenditoriale fornisce, in genere, un mero supporto logistico per l'esercizio di una attività connotata da un contenuto tecnico.

Tale conseguenza urta tuttavia con la considerazione per cui oggetto del contratto stipulato da *broker* e P.A. non è una mera attività intellettuale di consulenza, il che potrebbe giustificare l'affidamento *intuitu personae*, ma anche la stipula di un futuro contratto assicurativo con relativo e consistente

impegno di spesa a carico della P.A., cioè in ultima analisi la produzione di un servizio di natura assicurativa che rientra nell'ambito della sfera applicativa del d.lg.vo n. 157/1995. D'altra parte, come sottolineato dal Consiglio di Stato, dec. n. 1019/2000, «risulterebbe elusivo della *ratio* della normativa di derivazione comunitaria che un contratto di prestazione di servizi fosse da considerare escluso dall'applicazione delle procedure che garantiscono trasparenza e concorrenzialità nella conclusione di contratti che comportano l'esborso di denaro pubblico».

Da tale premessa deriva la conseguenza che per la eventuale designazione del *broker* sarebbe necessario procedere ad una apposita gara, secondo i criteri di aggiudicazione previsti dal d.leg.vo n. 157 del 1995, il bando della quale – oltre a definire puntualmente le attività richieste al medesimo – dovrebbe indicare chiaramente che ogni remunerazione o compenso dello stesso, per la complessiva attività svolta, sarà esclusivamente a carico della società assicuratrice che risultasse aggiudicataria del contratto di assicurazione, nonché, in punto di criteri di valutazione per la scelta del *broker* contraente, valorizzare requisiti quali la professionalità, la specializzazione, la conoscenza del sistema pubblico, oltre quelli, peraltro attualmente per lo più richiesti, basati prevalentemente su requisiti dimensionali quali il numero degli Enti Pubblici gestiti, il volume complessivo dei ricavi, dei collaboratori o dipendenti dell'impresa.

Nell'ottica di un quadro di trasparenza e correttezza della spesa pubblica, ritiene questa Avvocatura che i bandi di gara dovrebbero essere formulati in modo tale da consentire la scelta del miglior contraente attraverso la valutazione, in termini di qualità e attualità, delle soluzioni proposte in tema di risparmio e di efficienza della spesa, nell'ottica di un attento esame del costo del rischio assicurativo trasferito nell'ambito della azione amministrativa.

4. – Quanto poi alla natura, gratuita ovvero onerosa, del contratto di *brokeraggio*, in cui sia previsto che il pagamento del compenso spettante al *broker* non sia a carico dell'Amministrazione sebbene esclusivamente a carico dell'impresa di assicurazione che risulterà aggiudicataria all'esito della relativa procedura, si ritengono condivisibili le considerazioni in proposito espresse dal Consiglio di Stato nella citata decisione n. 1019 del 2000. Premesso che la rilevanza del quesito si pone in quanto le prestazioni di servizi fondate su contratti a titolo gratuito sono escluse dall'ambito di applicabilità del d.lg.vo n. 157/1995, *ex art. 3* dello stesso, ha affermato il C.d.S. che la tesi della gratuità del contratto in esame non appare sostenibile, alla luce della oggettiva circostanza che il *broker* non è titolare di una pretesa creditoria nei confronti del soggetto che conferisce l'incarico in quanto la provvigione è formalmente posta a carico dell'assicuratore e non dell'assicurato, ma che tuttavia costituisce normale contenuto del contratto (trilatero) quello per cui il primo procede al recupero del relativo importo attraverso una corrispondente maggiorazione del premio dovuto dall'assicurato (cd. *caricamento*), il che esclude che possa concepirsi una irrilevanza economica dei costi di provvigione. Aggiunge comunque il Consiglio di Stato che ciò tuttavia non esclude che in concreto la provvigione, in tutto o in parte, gravi sull'assicuratore a titolo diretto di un proprio debito. Né d'altra parte la definizione

legale del contratto di *brokeraggio* prevede una attività gratuita dell'incaricato, ovvero che la provvigione debba fare carico esclusivamente sull'assicuratore. In realtà l'unica peculiarità del contratto in esame è che la prestazione del *broker viene remunerata in via differita*, allorché sia portato a conclusione il contratto per il quale lo stesso abbia prestato la consulenza e la mediazione. Concluso il contratto si attualizza la fase della corresponsione del premio assicurativo, e quindi il diritto del *broker* al pagamento da parte dell'assicuratore. Sottolinea ancora il Consiglio di Stato come la mancanza di pretesa del *broker* nei confronti del conferente l'incarico, confrontata con il naturale operare del contratto di *brokeraggio*, tale per cui la provvigione spettante al *broker* è normalmente posta a carico dell'assicuratore, altro non significa che carenza di attualità di una pretesa prima del buon fine dell'incarico, che avverrà mediante la conclusione del contratto assicurativo e della corrispondente corresponsione del premio, che funge da momento di attualizzazione del compenso del *broker*, che diviene così esigibile e immediatamente riscuotibile.

Sembra comunque opportuno sottolineare che per rendere meno aleatoria la misura del compenso provvigionale del *broker*, ed evitare che l'amministrazione possa restare esposta ad esborsi di gran lunga superiori al previsto, ipotesi verificabile quando nel bando sia indicata solo la misura percentuale del compenso che verrà riconosciuto al *broker* essendo la quantificazione finale legata al valore del futuro contratto, ed ipotizzando che il medesimo compenso rientri nell'aliquota che la compagnia è comunque tenuta a corrispondere alla propria rete agenziale, di guisa che il «costo» del *broker* vada ad incidere solo sul compenso provvigionale dell'agente determinandone una decurtazione, e non anche sull'entità del premio, il bando di gara dovrebbe poi già stabilire detto compenso in una misura fissa, indipendente da percentuali di premio e sganciato dall'effettivo valore che avrà lo stipulando contratto assicurativo, e prevedere che esso sia corrisposto dalla compagnia.

5. – Ritenuta ammissibile la scelta di un *broker* per la stipula di un contratto di assicurazione da parte della P.A. – con previsione (da ritenere di per sé non illegittima non essendo del resto inderogabile la disposizione di cui al co. 1 dell'art. 1755 c.c. nella parte in cui di regola è previsto l'obbligo della provvigione a carico di ciascuna delle parti) dell'onere del relativo compenso a esclusivo carico della (futura aggiudicataria) impresa di assicurazione – non si pone alcun problema in concreto ove successivamente la stessa P.A. addivenga – all'esito della relativa procedura ad evidenza pubblica nell'ambito della quale dovrebbe essere specificamente previsto siffatto onere con la specificazione della sua entità, nonché delle modalità e termini del suo adempimento – alla stipula di detto contratto di assicurazione: poichè, in tal caso, al pagamento del compenso del *broker*, sulla base delle previsioni del bando e del contratto, dovrà provvedere unicamente la società assicuratrice secondo quanto previsto.

Perplessità potrebbero invece sorgere per l'ipotesi in cui, nonostante l'opera prestata dal *broker*, la Amministrazione non provveda alla stipula del divisato contratto assicurativo. Avendo riguardo alla componente costituita dalla «intermediazione», ravvisabile certamente nell'attività prestata dal *broker*, la conclusione dovrebbe essere quella che – difettando la conclu-

sione del contratto – nessuna provvigione spetta in ogni caso al mediatore (art. 1755, co. 1, *cit.*), salvo il suo diritto al rimborso delle spese sostenute, in presenza di specifico incarico dell'Amministrazione (art. 1756 c.c.). Una previsione di tal genere – da inserire ovviamente nel bando o invito alla gara per l'affidamento del servizio di *brokeraggio*, con la precisazione del «tetto» massimo del rimborso spese – non dovrebbe, pertanto, ritenersi illegittima».

A.G.S. – Parere del 24 dicembre 2004, n. 165965.

Sanzione ex art. 5, co. 1, legge 18 gennaio 1994 n. 50 – Decreto Direttoriale del 31 luglio 2001 (prot. n. 04/21179) – T.A.R. Friuli Venezia Giulia – Sent. n. 885/02: dichiarazione dell'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione – Sanzioni cc.dd. punitive e cc.dd. ripristinatorie; alternatività e cumulo fra le stesse – Giurisdizione del G.O. e del G.A. nei vari casi – Onere dell'Amministrazione ai sensi dell'art. 3, co. 4, legge n. 241/90 – Omessa o non corretta indicazione – Correzione. (consultivo 3267/03, avvocato M. Mari)

«Con la nota a margine indicata, codesta Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato richiede l'avviso della Scrivente in ordine alla questione se i giudizi avverso i provvedimenti sanzionatori adottati a norma dell'art. 5 legge 18 gennaio 1994 n. 50 rientrino nella giurisdizione del giudice amministrativo o in quella del giudice ordinario, facendo al riguardo presente che un ingente numero di provvedimenti sanzionatori già emanati reca l'indicazione del G.A. quale autorità cui rivolgere l'eventuale impugnazione.

Ai fini d'una compiuta intelligenza della prospettata questione giova dare succintamente conto degli orientamenti delle giurisdizioni superiori, ordinaria ed amministrativa, relativamente al riparto di giurisdizione nel settore delle sanzioni non penali.

In proposito, costituisce principio consolidato – elaborato a partire da Cass., SS.UU., sent. n. 926 del 24 febbraio 1978, riaffermato dalla giurisprudenza di legittimità secondo varie decimazioni (si vedano, senza pretese di esaustività, *ex multis*, Cass., SS.UU., Sentt. nn. 1499 del 9 marzo 1982, 1881 e 1882 del 7 marzo 1985, 660 del 3 febbraio 1989, 1342 del 17 marzo 1989, 2003 del 28 aprile 1989, 718 del 2 febbraio 1990, 5502 del 16 maggio 1991, 3736 del 20 aprile 1994, 1714 del 17 febbraio 1995, 5473 del 18 maggio 1995, 94 del 4 aprile 2000, nonché, più di recente, nn. 134 del 27 marzo 2001, 8746 del 26 giugno 2001, 14633 del 21/11/2001) e ribadito altresì dal Supremo Consesso amministrativo (cfr. C.d.St., Sentt. nn. 793 del 19 novembre 1989, 959 del 21 novembre 1992, 112 del 4 febbraio 1999, cui *adde*, *in terminis*, C.G.A.R.S., Sent. n. 497 del 21 novembre 1997) – quello secondo il quale, nell'ambito delle sanzioni non penali applicate dalla P.A., al fine del riparto della giurisdizione tra G.O. e G.A. è necessario distinguere tra sanzioni cc.dd. punitive e misure cc.dd. ripristinatorie, riconoscendo solo nel secondo caso la giurisdizione del G.A.

Le sanzioni punitive, infatti, hanno carattere meramente afflittivo e sono ricollegate al verificarsi concreto della fattispecie legale, restando esclusa ogni discrezionalità in ordine alla loro irrogazione, se non quanto alla misura, con la conseguenza che la contestazione dell'intimato si risolve nel dedurre il proprio *diritto soggettivo* a non subire l'imposizione di sanzioni patrimoniali al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge.

Laddove, invece, la sanzione irrogata sia espressione del potere autoritativo della P.A. di settore, rivolto alla cura ed al governo del pubblico interesse sostanziale ad essa devoluto, si è in presenza di *misure ripristinatorie*, le quali consistono nell'imporre al contravventore una determinata condotta, volta a ricondurre la situazione lesa allo stato antecedente all'infrazione. Siffatte sanzioni, a differenza delle precedenti, tendono a realizzare in via diretta ed immediata l'interesse pubblico di settore leso dalla condotta violativa ed alla P.A. è data, di regola, la scelta della misura repressiva più idonea a soddisfare tale interesse, per modo che la situazione giuridica soggettiva del privato riveste natura ed ha consistenza di mero *interesse legittimo* e la giurisdizione, per l'effetto, appartiene al G.A.

Allorquando, però, l'ordinamento preveda una sanzione del secondo tipo *in alternativa* con una del primo tipo, rimettendone la scelta alla valutazione discrezionale della P.A., va affermata la giurisdizione del G.A., atteso che detta alternatività si traduce in una valutazione normativa di omogeneità funzionale delle due sanzioni, con conseguente attrazione anche di quella punitiva nella sfera del potere dell'autorità amministrativa di tutelare gli interessi pubblici, a fronte dei quali le posizioni soggettive del privato restano sempre degradate ad interessi legittimi.

Detto altrimenti, quando alla misura amministrativa di tipo ripristinatorio si accompagni la sanzione punitiva, se il potere d'infliggere tali due tipi di sanzioni è previsto come alternativo, la posizione del privato ha consistenza di interesse legittimo, giacché investe la legittimità del concreto esercizio del potere autoritativo da parte della P.A., nonché la valutazione della scelta discrezionale, da essa operata, tra la sanzione afflittiva e quella ripristinatoria (che non assume, pertanto, il carattere dell'accessorietà).

Ove, infine, la previsione normativa riguardi entrambe dette sanzioni *cumulativamente*, non essendo ravvisabile un problema di apprezzamento discrezionale della P.A., deve nuovamente riconoscersi la giurisdizione del G.O.

La norma, prevede, in tal caso, un unico tipo di sanzione principale, cui può ricollegarsi, in via obbligatoria ovvero facoltativa, una misura avente, ben è vero, diversa consistenza, ma denotata da identica funzione afflittiva.

Orbene, sulla scorta del tratteggiato indirizzo giurisprudenziale, la Scrivente ritiene che quest'ultima ipotesi si attagli pienamente alla fattispecie di cui in oggetto.

Alla sanzione amministrativa prevista dall'art. 5, comma 1, legge 18 gennaio 1994, n. 50 (rappresentata, nel caso di specie, dalla chiusura dell'esercizio) deve, infatti, riconoscersi contenuto punitivo, e non ripristinatorio, tenuto conto che essa, a ben vedere, non discende dall'esercizio di poteri autoritativi di vigilanza sull'attività dei pubblici esercizi, poteri di cui il Ministero dell'Economia e delle Finanze – autorità competente ad adottare la sanzione – è del tutto privo (cfr. Cass., SS.UU., sentt. nn. 12525 del 18 dicembre 1993, 3467 del 13 aprile 1994, 8583 del 1° ottobre 1996, 11937 del 25 novembre 1998).

Inoltre, la esplicita menzione dell'applicabilità dell'indicata sanzione "in aggiunta" alle specifiche sanzioni (penali od amministrative) previste per gli illeciti cui essa stessa consegue ne attesta la natura complementare ed accessoria rispetto alle stesse.

Accessorietà – si noti – da non assimilare a quella che qualifica le sanzioni interdittive elencate all'art. 19 c.p. in contrapposizione alle pene principali di cui all'art. 17 c.p.

Per il vero, il fatto che la sanzione della chiusura dell'esercizio acceda ad un illecito penale (nella specie, introduzione di merci sottoposte a diritti di confine con evasione dell'imposta dovuta, reato previsto e punito dall'art. 292, d.P.R. 23 gennaio 1973 n. 43) non implica una metamorfosi della sanzione stessa da amministrativa in penale, nè, d'altronde, l'indiscusso carattere amministrativo proprio di tale sanzione impedisce di affermarne la complementarità rispetto ad eventuali sanzioni penali cui essa dovesse correlarsi in sede applicativa. La sanzione conserva la sua natura amministrativa e l'accessorietà si limita a denunciare la circostanza che l'irrogazione di essa avviene sempre congiuntamente alle sanzioni, eventualmente penali, discendenti dalla violazione delle disposizioni contenute negli atti normativi precipuamente individuati nel contesto dell'articolo stesso (*i.e.*: d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43 e «altre leggi speciali in materia», nonché legge 22 dicembre 1957, n. 1293).

Va, inoltre, rimarcato che, nel caso in oggetto, non viene in questione la norma di cui all'art. 24, legge 24 novembre 1981, n. 689, a tenore della quale, nell'ipotesi in cui tra l'infrazione amministrativa e l'illecito penale sussista un rapporto di connessione obiettiva – nel senso che dall'accertamento della prima dipende l'esistenza del secondo – la competenza ad accertare la responsabilità dell'illecito amministrativo e ad irrogare la relativa sanzione spetta al giudice penale, e non all'autorità amministrativa.

Al contrario, essendosi in presenza di un'unica condotta antigiuridica sanzionata in via principale con sanzione penale ed in via accessoria con sanzione amministrativa, va fatta applicazione della norma di cui all'art. 20, comma 2, legge n. 689/1981, che dispone l'inapplicabilità delle sanzioni amministrative accessorie fino alla definizione del giudizio penale nell'ambito del quale sono destinate ad essere comminate, ad opera del giudice penale, le sanzioni principali.

Alla luce delle sopra esposte considerazioni, questa Avvocatura Generale, in accordo con la linea interpretativa fatta propria dall'Avvocatura Distrettuale di Trieste con atto di costituzione del 22 ottobre 2001, è dell'avviso che l'impugnazione della sanzione *de qua* vada proposta davanti al G.O., atteso che la sanzione stessa esibisce i segnalati profili di afflittività ed inoltre non è irrogata in via alternativa rispetto ad una misura ripristinatoria, nè costituisce autonoma manifestazione di un potere sanzionatorio ricollegabile direttamente alla funzione di vigilanza della P.A. sull'osservanza della regolamentazione propria di determinati settori economici.

Per quel che concerne l'esito dei provvedimenti di codesta Amministrazione, rispetto ai quali, alla stregua di quanto sopra esposto, l'indicazione dell'autorità a cui è possibile ricorrere dovesse rivelarsi erronea, la Scrivente reputa opportuno che si proceda ad una tempestiva rettifica, da notificarsi ritualmente all'intimato.

Non può, infatti, trascurarsi che la norma di cui all'art. 3, comma 4, legge n. 241/1990, la quale onera la P.A. di rendere avvertito il destinatario

dell'atto del termine e dell'autorità innanzi alla quale è possibile proporre impugnazione, impone all'amministrazione, nell'ambito del più generale principio di trasparenza dell'azione amministrativa, un dovere di cooperazione col privato, al fine di agevolarlo nell'individuazione degli strumenti apprestati dall'ordinamento per la tutela delle proprie posizioni soggettive (si veda, da ultimo, C. d. St., Ad. Plen., sent. n. 2 del 14 febbraio 2001).

È bensì vero che siffatta finalità, anche in presenza di omessa o erronea indicazione, non viene necessariamente ad essere frustrata, giacché costituisce *jus receptum* che tale irregolarità, comportando sul piano processuale il riconoscimento della scusabilità dell'errore in cui sia eventualmente incorso il ricorrente, impedisce il formarsi di preclusioni processuali alla proposizione dell'impugnazione stessa (cfr., *ex plurimis*, Cass., sent. n. 9080 del 13 settembre 1997, Corte Cost., sent. n. 86 del 1/4/1998).

Tuttavia, come autorevolmente ritenuto in giurisprudenza (cfr. Cass., sentt. nn. 3473 del 23 marzo 2000 e n. 17934 del 25 novembre 2003), l'aggiunta, ove pur tempestiva, di un giudice sfornito non già della *competenza* – intesa come porzione di giurisdizione spettante in concreto a ciascun giudice rispetto ad una determinata controversia – bensì della stessa *potestà giurisdizionale* – vista come capacità di attuazione del diritto sostanziale spettante ad un ordine giurisdizionale – non vale ad assicurare il rispetto del termine decadenziale per la proposizione dell'azione, poiché il primo procedimento, attuato innanzi ad autorità priva, in materia, della *potestas iudicandi*, non può in alcun modo confluire nel giudizio successivamente instaurato davanti ad un organo appartenente ad un diverso ordine giurisdizionale.

Gli effetti conservativi del termine decadenziale sono, in altre parole, in funzione della *translatio iudicii*, che consente di configurare la riassunzione davanti al giudice *competente* come prosecuzione del rapporto processuale precedentemente instaurato davanti al giudice *incompetente*, con ciò, appunto, valorizzando l'iniziale atto introduttivo, cui il rapporto, nella sua unitarietà, quindi, si ricollega.

Ed è evidente che una tale ricongiunzione di segmenti processuali può avvenire solo in quanto l'organo erroneamente per primo adito sia, a sua volta, titolare della *potestas iudicandi* ed interno al medesimo ordine giurisdizionale.

Dal che, appunto, la non idoneità del ricorso eventualmente proposto innanzi al T.A.R. ad impedire il consumarsi del termine di decadenza per il promovimento dell'azione davanti al Giudice ordinario.

Pertanto, onde evitare che si vanifichi, oltre alla portata precettiva dell'art. 3, comma 4, della legge n. 241/1990, anche l'esigenza di effettiva tutela del cittadino nei confronti degli atti della P.A. – essendo inibita, nel caso di pronuncia declinatoria della giurisdizione da parte del T.A.R., l'operatività dell'indicato meccanismo di rimessione in termini – questa Avvocatura è dell'avviso che codesta Amministrazione, laddove appaia necessario al lume dell'elaborazione giurisprudenziale di cui si è fin qui dato conto, debba eseguire la pronta correzione dell'indicazione prescritta ai sensi della legge citata, (facendo presente che tale correzione viene effettuata “sulla base della prevalente giurisprudenza in materia”) assicurandone una congrua pubblicità per l'intimato».

DOTTRINA

Grandi imprese societarie in crisi e strutture comunitarie: amministrazione straordinaria e ristrutturazione industriale (*)

di Oscar Fiumara

1. – Premessa

La nostra Costituzione proclama solennemente che l'iniziativa economica privata è libera. La Comunità (ex economica) europea è impostata sul libero mercato. La libertà di concorrenza è tutelata da un complesso di norme comunitarie e nazionali. Tutto ciò non significa, però, che nel mercato debbano sempre soccombere tutti coloro che per insipienza, incapacità, situazioni particolari, sfortuna, non sono più in grado di sostenere il loro ruolo nei confronti dei concorrenti. Talvolta una tale soccombenza può essere dannosa per il mercato. Da un lato l'eliminazione di un competitore ingombrante può far emergere una posizione dominante con i suoi probabili e paventati abusi, dall'altro la decozione di una grande impresa o di un gruppo può produrre indesiderati effetti negativi a catena, con pesanti riflessi sull'occupazione, sull'indotto e persino sull'economia dell'intero paese. Il rilancio di un'impresa in difficoltà, magari solo temporanea ed occasionale, mediante il sostegno ad un processo di ristrutturazione, con la razionalizzazione delle strutture, la riconversione degli impianti, l'eliminazione di rami o attività improduttive, può portare benefici per tutti, garantendo l'occupazione, assicurando una qualche maggiore protezione ai creditori insoddisfatti, evitando crisi di rimbalzo, con limitati effetti dannosi per la concorrenza.

In questa prospettiva la rigidità del sistema è mitigata dalla ammissibilità di alcuni interventi dei pubblici poteri: escluso ormai un pesante dirigismo ed elise, con un parallelo e deciso processo di privatizzazione, le acquisizioni allo Stato a carattere eminentemente protezionistico (talvolta salvifiche

(*) Tratto da intervento nel Convegno su «*Le società pubbliche*», svoltosi a Venezia nei giorni 25-27 novembre 2004.

settorialmente, ma nel complesso dannose per l'intera economia), v'è spazio oggi per limitate e mirate misure preordinate al salvataggio e alla ristrutturazione di imprese in difficoltà. Il tutto, ovviamente, impone un'armonia fra normativa comunitaria e normativa nazionale.

«Gli aiuti di Stato destinati a salvare dal fallimento le imprese in difficoltà e ad incoraggiarne la ristrutturazione – osserva la Commissione C.E. nei suoi *orientamenti* del 9 ottobre 1999 – possono essere considerati legittimi solo a determinate condizioni. Questo può avvenire, ad esempio, per ragioni di politica sociale o regionale o perché occorre tener conto degli effetti economici positivi dell'attività delle piccole e medie imprese, o ancora, eccezionalmente, perché può essere auspicabile conservare una struttura di mercato concorrenziale quando la scomparsa di imprese potrebbe determinare una situazione di monopolio o di oligopolio ristretto». Un'impresa è in difficoltà – secondo la Commissione – (e nei casi più gravi può già essere insolvente o essere già sottoposta a procedura concorsuale per insolvenza) qualora essa non sia in grado, con le proprie risorse finanziarie o ottenendo i fondi necessari dai proprietari/azionisti o dai creditori, di contenere le perdite che potrebbero condurla quasi certamente, senza un intervento esterno dei poteri pubblici, al collasso economico a breve o medio termine. Le difficoltà di un'impresa sono rivelate da livello crescente delle perdite, diminuzione del fatturato, aumento delle scorte, eccesso di autofinanziamento, aumento dell'indebitamento e degli oneri da interessi e basso o inesistente valore del capitale netto.

Salvataggio e ristrutturazione rappresentano spesso due aspetti, pur chiaramente distinguibili, di una medesima operazione: un aiuto al salvataggio è transitorio per sua stessa natura e deve consentire di mantenere in attività un'impresa in difficoltà per un periodo corrispondente al tempo necessario ad elaborare un piano di ristrutturazione o di liquidazione; una ristrutturazione, invece, è basata su un piano realizzabile, coerente e di ampia portata, volto a ripristinare la redditività a lungo termine dell'impresa; la ristrutturazione, industriale e parallelamente finanziaria, comporta riorganizzazione e razionalizzazione delle attività aziendali su base di una maggiore efficacia, con l'abbandono in generale delle attività non più redditizie, la riqualificazione delle attività che possono essere riportate a livelli competitivi, la eventuale riconversione verso nuove e migliori attività. Sia gli aiuti al salvataggio che quelli alla ristrutturazione possono falsare la concorrenza, sicché essi, in via di principio incompatibili con il Trattato C.E., possono essere considerati compatibili solo se – art. 87 par.3 lett.c) – (eccezion fatta per i danni causati da calamità naturali o da eventi eccezionali) possono contribuire allo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse. Ma in ogni caso gli aiuti debbono essere autorizzati dalla Commissione delle C.E., la quale potrà autorizzare un regime di aiuti solo se essi sono riferiti a piccole o medie imprese, mentre, al di fuori di questa applicazione, l'autorizzazione dovrà avere carattere individuale: sotto il profilo del salvataggio gli aiuti potranno essere concessi solo a fronte di un impegno alla presentazione entro un brevissimo termine (sei mesi) di un piano di ristrutturazione oppure un piano di liquidazione o ancora la prova

di una pronta estinzione del debito contratto, mentre sotto il profilo della ristrutturazione sarà decisiva la garanzia che gli eventuali effetti di distorsione della concorrenza provocati dagli aiuti stessi saranno compensati dai vantaggi derivanti dal mantenimento in vita dell'impresa (in particolare quando si accerti che l'effetto netto di licenziamenti conseguenti al fallimento dell'impresa, cumulati con gli effetti sui fornitori, accentuerebbero i problemi locali, regionali o nazionali in materia di occupazione oppure, eccezionalmente, che la sua scomparsa potrebbe condurre ad una situazione di monopolio o di stretto oligopolio).

In questo quadro si inserisce la disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, dettata in origine dal decreto legge 30 gennaio 1979 n. 26, conv. in legge 3 aprile 1979 n. 95 (la *legge Prodi*), poi, in via sostitutiva dal decreto legislativo 8 luglio 1999 n. 270 (la c.d. *legge Prodi bis*) e infine, in via aggiuntiva, dal decreto legge 23 dicembre 2003 n. 347, conv. in legge 18 febbraio 2004 n. 39 (il *decreto Marzano*), emesso in occasione della crisi Parmalat. Si prevede un intervento dei pubblici poteri – che, precisiamo subito, non si traduce in sé necessariamente in un aiuto di Stato –, attraverso una gestione commissariale preordinata alla conservazione di un prezioso patrimonio imprenditoriale, che può sfociare o in un ritorno *in bonis* del precedente assetto proprietario, o più probabilmente nella cessione di tutto o parte del complesso aziendale a mani più capaci, o in difetto in una pura e semplice liquidazione di stampo concorsuale. Questa ingerenza dei pubblici poteri, attraverso una gestione che si svolge, oltre che con il controllo dell'autorità giudiziaria, sotto la vigilanza e le autorizzazioni di un'autorità amministrativa, colloca l'istituto dell'amministrazione straordinaria in una posizione intermedia fra il pubblico e il privato: come avviene nei servizi di interesse generale, così anche qui v'è un ruolo delle autorità pubbliche in un' economia di mercato, che, pur garantendo il buon funzionamento del mercato e il rispetto delle regole del gioco da parte di tutti, mira a salvaguardare l'interesse generale, tutelando l'economia e la fiducia dei consumatori. Nella sua originaria previsione e poi nel suo sviluppo diacronico l'amministrazione straordinaria tende alla realizzazione di un programma conservativo e di rilancio che si sviluppi secondo gli indirizzi di politica industriale adottati dal Ministero competente tenendo conto nello stesso tempo degli interessi dei creditori, in un equo contemperamento – dunque – dell'interesse generale dell'economia e dell'interesse particolare dei soggetti privati: ciò non va visto nell'ottica di un rinnovato dirigismo, ma quale espressione di una funzione pubblica che media in una situazione di pluralismo di interessi coinvolti con possibili ricadute sull'intera economia nazionale, anche per il c.d. «effetto domino».

2. – *La legge Prodi*

La originaria sopra citata *legge Prodi* del 1979 aveva introdotto nel nostro ordinamento giuridico una nuova procedura concorsuale, destinata a regolare – in sostituzione obbligatoria di quella ordinaria fallimentare – gli effetti della insolvenza di grandi imprese. La legge era nata sulla spinta di grandi e preoccupanti crisi aziendali emerse alla fine degli anni '70, a seguito di un vasto dibattito dottrinario e ad una tendenza che andava affermandosi negli studi di riforma del diritto fallimentare internazionale, che avevano evidenziato i limiti di procedure seccamente fallimentari modellate su sistemi

economici in parte superati. Si avvertiva diffusamente l'esigenza di introdurre nell'ambito del procedimento concorsuale volto alla pura e semplice liquidazione del patrimonio del debitore e al pagamento dei creditori, un principio di conservazione e di tutela delle attività produttive e dei posti di lavoro.

La legge introduceva quindi una nuova procedura che pur rimanendo all'interno del sistema concorsuale, alla pari di quelle disciplinate dalla normativa fondamentale, consentiva la gestione della liquidazione, senza con ciò imporre l'automatica conseguenza della cessazione delle attività produttive e il conseguente licenziamento dei dipendenti, ma al contrario mirava alla vendita non già dei singoli beni, ma dell'azienda in funzionamento. L'applicazione della nuova procedura da un lato era limitata alle grandi imprese, perché nel caso delle piccole e medie imprese meno rilevante era l'impatto economico e sociale dell'insolvenza, e dall'altro lato attribuiva rilevanza giuridica al «gruppo» di imprese, ritenendosi opportuno riportare ad unità, anche nella gestione della liquidazione, quel complesso unitario e sinergico costituito dal gruppo stesso, in modo da consentire la complessiva valutazione delle potenzialità produttive ancora esistenti e la conseguente razionale estrapolazione, dall'insieme delle attività aziendali, di quelle suscettibili di un reale recupero di redditività e quindi di trasferimento a terzi.

Per l'apertura della procedura era innanzitutto necessaria la dichiarazione dello stato di insolvenza da parte dell'autorità giudiziaria, cui seguiva, sulla sola scorta della verifica dei requisiti dimensionali o di collegamento, il provvedimento dell'autorità amministrativa di apertura della procedura di amministrazione straordinaria, con il quale poteva disporsi la continuazione dell'esercizio d'impresa per due anni (prorogabili, alla scadenza, fino ad un totale di quattro).

La procedura era strutturata sulla falsariga di quella della liquidazione coatta amministrativa: le due procedure si differenziavano sostanzialmente da quella fallimentare – pur ricalcandone nella sostanza la struttura – per l'affidamento delle funzioni di vigilanza e quindi di direzione all'autorità amministrativa, anziché all'autorità giudiziaria (che conservava però tutti i poteri giurisdizionali a tutela degli interessi contrapposti), in relazione agli interessi pubblici sottesi e predeterminati dal legislatore per l'importanza che essi assumevano nell'economia nazionale, per la molteplicità degli assetti che involgevano, per le ripercussioni che un loro dissesto poteva avere e che richiedeva quindi non solo un'attività meramente liquidatoria ma anche l'adozione di misure che attutissero, nell'interesse generale, il rilevante impatto che l'insolvenza potesse avere sulla vita sociale e gli interessi di generalità di terzi.

L'apertura della procedura determinava nei riguardi dell'imprenditore e dei creditori gli stessi effetti del fallimento: come tutte le procedure concorsuali, mirava anch'essa ad attuare la responsabilità patrimoniale dell'imprenditore provvedendo alla soddisfazione dei creditori. Si applicavano pertanto le norme della legge fallimentare relative allo spossessamento dell'imprenditore, al blocco dei pagamenti dei crediti pregressi, alla sospensione del corso degli interessi sui crediti, alle revocatorie fallimentari, alle azioni di responsabilità nei confronti degli ex amministratori e sindaci, alla formazione dello stato passivo, alla graduazione dei crediti nelle ripartizioni ai creditori, ecc.

Veniva però in particolare evidenza – come elemento caratterizzante e specifico – un aspetto conservativo (non dell'impresa, ma del bene aziendale

che la caratterizza, o più precisamente di quella parte – normalmente ridotta – che avrebbe potuto sopravvivere nell'interesse dell'economia nazionale e dell'occupazione). E in questa prospettiva il principale atto della procedura era costituito dal programma, predisposto dal commissario e sottoposto all'approvazione dell'allora Ministero dell'industria. Esso consisteva sostanzialmente in un piano di fattibilità del risanamento aziendale, nella conseguente identificazione di quelle sole attività che potessero essere destinate alla continuità operativa e nella elaborazione di un budget relativo all'esercizio d'impresa da parte del commissario, contenente anche le fonti di copertura del fabbisogno finanziario.

Vigeva un articolato regime di autorizzazioni da parte del Ministro dell'industria, che attraverso esso esercitava la vigilanza sulla procedura (così come un analogo regime di vigilanza, attraverso autorizzazioni, svolge il giudice delegato nel fallimento). Gli atti di maggiore rilevanza riguardavano ovviamente il trasferimento dei complessi aziendali o rami d'azienda, che sarebbero stati ceduti sulla base di valori risultanti da perizie giurate attraverso procedimenti ad evidenza pubblica, tali da garantire la massima trasparenza e pubblicità, assicurando così la *par condicio* delle imprese interessate all'acquisto.

La procedura si chiudeva, di norma, con la vendita dell'azienda e degli altri beni di proprietà della società e con il riparto finale ai creditori. Era possibile anche la chiusura per ritorno *in bonis* dell'impresa conseguentemente all'integrale pagamento dei creditori (di difficilissima realizzabilità) ovvero a concordato con gli stessi.

In sintesi, dunque, la procedura di amministrazione straordinaria era strutturata come una procedura concorsuale con la quale non si intendeva certo sottrarre alle conseguenze del fallimento grandi imprese con l'intento di farle sopravvivere artificialmente, ma si perseguiva lo scopo, nel rispetto del fine precipuo della ordinaria procedura fallimentare e cioè quello del soddisfacimento dei creditori (nel rispetto della *par condicio*), di evitare la dispersione del patrimonio produttivo delle imprese e la conseguente perdita di posti di lavoro: attraverso un temporaneo esercizio d'impresa, durante il quale avrebbero potuto essere assunti tutti gli interventi opportuni (ristrutturazioni – riduzioni di capacità produttiva – chiusura di impianti antieconomici), si poteva conseguire il riequilibrio economico aziendale (più spesso di una parte dell'azienda) ed in funzione di questo pervenire alla vendita di aziende piuttosto che dei singoli cespiti.

In applicazione della *legge Prodi* del 1979 sono stati sottoposti ad amministrazione straordinaria ben 64 gruppi, per un totale di circa 450 imprese. In molti casi i risultati sono stati soddisfacenti, con il reinserimento nel mercato di buone ed efficienti imprese (si pensi a Indesit, Einaudi, Ferdofin, Liquigas, Bertrand); in altri casi i risultati sono stati modesti e talvolta anche insoddisfacenti. Molte procedure – in particolare quelle aperte negli ultimi anni di vigenza della legge – sono ancora aperte: è spiacevole dover constatare che ciò è spesso causato da una regola concorsuale dura a morire, cui non può sottrarsi l'amministrazione straordinaria, secondo cui una procedura non può chiudersi se non sono risolti tutti i problemi e in particolare definite tutte le cause in corso, con la conseguenza che l'impossibilità di comporre anche una sola vertenza, magari di modesta importanza, impedisce che si possa scrivere la parola fine.

A parte il contenzioso nazionale che può dirsi fisiologico in simili circostanze, per lungo tempo la normativa sopra riferita non ha dato invece problemi di carattere comunitario. Una vasta e complessa problematica di compatibilità di essa con il diritto comunitario è sorta solo negli anni '90, allorché la Commissione delle C.E., rimasta silente per tanti anni malgrado la perfetta conoscenza della situazione, nell'anno 1992 informava le autorità italiane che intendeva sottoporre la legge all'esame dell'art. 88 del Trattato CE (ex art. 93) «allo scopo di determinare le misure utili che apparissero necessarie per lo sviluppo progressivo ovvero per il funzionamento del mercato comune»: si noti come la Commissione parlasse allora, proprio in considerazione del suo silenzio per tanti anni, di «aiuti esistenti», meritandosi in prosieguo per ciò una bacchettata dalla Corte di giustizia, che notava come la normativa italiana non preesistesse al Trattato CE, ma fosse ad esso successiva (la differenza non è da poco: gli aiuti incompatibili «(pre) esistenti» non possono essere considerati illegali per il passato e cessano dal momento in cui la Commissione li dichiara per tali, mentre quelli «nuovi» non potrebbero operare se non previa notifica alla Commissione e suo benestare, sicché non sono validi *ab initio*, con ogni conseguenza in ordine al recupero). E quindi, mentre la Commissione sviluppava il suo esame in contraddittorio con l'amministrazione italiana, la problematica veniva portata all'esame della Corte di giustizia delle C.E. su rinvio pregiudiziale da parte di alcuni giudici nazionali e dal suo canto il legislatore italiano dava corso ad un *iter* di riforma dell'istituto. I tre filoni trovavano la loro quadratura negli anni 1999/2000: cronologicamente cominciava il legislatore nazionale ad adottare la legge 30 luglio 1998 n. 274 con la quale si delegava il Governo a dettare una nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, esternata poi nel decreto legislativo 8 luglio 1999 n. 270 – la c.d. *legge Prodi bis*; seguivano le sentenze della Corte 1° dicembre 1998, nella causa C-200/1997, nel caso *Ecotrade*, e 17 giugno 1999, nella causa C-295/1997, nel caso *Piaggio* (1) secondo le quali sotto alcuni profili la vecchia *legge Prodi* prevedeva aiuti di Stato esplicitamente o implicitamente incompatibili rispettivamente con il Trattato CECA e il Trattato CE; concludeva la Commissione, la quale, con decisione 16 maggio 2000, preso atto della sopravvenienza della nuova normativa sostitutiva della *legge Prodi* e ritenuta tale legge del 1979 in parziale contrasto con la normativa comunitaria, chiudeva la procedura di infrazione, senza obbligo di recupero in considerazione del legittimo affidamento degli operatori. Pochi giorni dopo vedeva la luce il regolamento CE n. 1346/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza, il quale inseriva l'«amministrazione straordinaria» italiana fra le «procedure concorsuali fondate sull'insolvenza del debitore che comportano lo spossessamento parziale o totale del debitore stesso e la designazione di un curatore».

(1) Entrambe in *questa Rassegna*, 1999, 327, cui *adde* ordinanza 24 luglio 2003, nella causa C-297/01, *ibidem*, 2003, III, 37.

In particolare la Corte comunitaria affermava che l'applicazione ad un'impresa di un regime come quello contenuto nella legge Prodi e derogatorio alle regole normalmente vigenti in materia di fallimento dà luogo alla concessione di un aiuto di Stato allorché è dimostrato che questa impresa: « – è stata autorizzata a continuare la sua attività economica in circostanze in cui tale eventualità sarebbe stata esclusa nell'ambito dell'applicazione delle regole normalmente vigenti in materia di fallimento; o – ha beneficiato di uno o più vantaggi, quali una garanzia di Stato, un'aliquota d'imposta ridotta, un'esenzione dall'obbligo di pagamento di ammende e altre sanzioni pecuniarie o una rinuncia effettiva, totale o parziale, ai crediti pubblici, dei quali non avrebbe potuto usufruire un'altra impresa insolvente nell'ambito dell'applicazione delle regole normalmente vigenti in materia di fallimento». Osservava parallelamente la Commissione, nella sua predetta decisione, che «la legge n. 95/1979 riprende alcuni aspetti della procedura di fallimento e contiene un certo numero di elementi di aiuto, pur rivelandosi derogatoria alla procedura fallimentare che, di massima, si applica alla generalità delle imprese;..., riflette la situazione di crisi delle grandi imprese industriali prodottasi in Italia e in Europa nel corso degli anni settanta essendo la sua finalità saliente il mantenimento del livello occupazionale mediante un piano di ristrutturazione che avrebbe permesso la sopravvivenza dell'impresa in difficoltà senza arrivare immediatamente alla sua liquidazione; ... rinvia per vari aspetti alla legge italiana sul fallimento e, laddove prevede l'applicazione in condizioni non derogatorie ai meccanismi di quest'ultima, tali meccanismi e procedure si configurano come misure generali prive di qualsiasi carattere selettivo. Tale legge prevede invece applicazioni particolari, che comportano la concessione di taluni vantaggi specifici e che implicano risorse pubbliche, a favore di beneficiari individuabili; in simili casi, essa configura un regime di aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1 del trattato CE».

È stato dunque chiarito ai massimi livelli comunitari ed è stato poi confermato ai massimi livelli giurisdizionali nazionali (cfr. da ultimo Cass. 19 marzo 2004 n. 5561) che la vecchia *legge Prodi* è inapplicabile non nel suo complesso ma solo per alcune misure in essa contemplate e comunque già in parte disapplicate nel corso degli anni: in particolare la garanzia del Tesoro per un finanziamento da parte di istituti di credito veniva ormai concessa solo previa autorizzazione della Commissione C.E. (quale aiuti al salvataggio e/o alla ristrutturazione) e a precise condizioni fra cui il pagamento di un compenso di mercato. È dunque risultato vano il tentativo di far disapplicare *in toto* la legge con la dichiarazione di invalidità dell'intera procedura (spesso al solo fine di rendere inoperanti azioni revocatorie svolte al di fuori della procedura fallimentare tipica, con conseguenze disastrose per le procedure in corso, rischiandosi così di buttare l'acqua sporca con il bambino. E nella stessa ottica va tenuta in conto l'ordinanza della Corte comunitaria 24 luglio 2003, nella causa C-297/01, nel caso *Sicilcassa*, che ha confermato il suo precedente indirizzo in ordine all'art. 106 del nuovo decreto legislativo 270/1999, sulla ultrattività della vecchia normativa alle procedure aperte sotto il vigore di essa (che ora proseguono in «gestione liquidatoria secondo le norme della liquidazione coatta amministrativa» per effetto dell'art. 7 della legge 12 dicembre 2002 n. 273, contenente misure per favorire l'iniziativa privata e lo sviluppo della concorrenza).

3. – *La c.d. legge Prodi bis*

Il legislatore nazionale non è stato da meno. «La proposta di riforma dell'istituto – si legge nella relazione al disegno di legge delega sopra indicato – muove, innanzitutto, dalla constatazione dell'utilità ed opportunità di mantenere, nel quadro delle procedure concorsuali presenti nel nostro ordinamento, una procedura con finalità conservative, quale l'amministrazione straordinaria. Ciò in considerazione della gravità dei riflessi economici connessi alla crisi delle grandi imprese... L'obiettivo di armonizzazione dell'istituto agli orientamenti comunitari, le indicazioni provenienti dall'esperienza attuativa, l'opportunità di procedere alla ridefinizione normativa di un unico modello generale di procedura, costituiscono il presupposto delle linee di riforma qui proposte. Come è noto, la Commissione ha avviato la procedura di infrazione con riferimento sia alla previsione della possibilità di concessione di garanzia del Tesoro sui finanziamenti contratti con il sistema bancario, sia più in generale alla complessiva disciplina dell'istituto, che sarebbe tale da consentire l'artificiosa permanenza sul mercato di imprese altrimenti destinate alla chiusura. In particolare, è criticata dalla Commissione la discrezionalità conferita dalla legge all'autorità amministrativa con il riferimento al potere di autorizzare e revocare l'esercizio d'impresa. Si palesa pertanto l'opportunità di armonizzare la disciplina dell'amministrazione straordinaria agli orientamenti comunitari, tenendo conto delle direttive della Commissione in materia. In sintesi, può essere evidenziato che: a) il «successo» della procedura è largamente condizionato dallo stato di decozione dell'impresa all'atto del suo assoggettamento; la previsione di automatico assoggettamento al ricorrere di certi requisiti dimensionali impedisce invece la selettività dell'intervento che dovrebbe essere riservato ad imprese per le quali non siano compromesse le potenzialità di recupero produttivo e di riequilibrio economico; b) l'esito «normale» nelle procedure di amministrazione straordinaria è quello della vendita a terzi del complesso aziendale, e tanto migliori sono i risultati della procedura, anche in termini di costi-benefici per i suoi creditori, quanto più celermente è realizzato tale obiettivo. Tali considerazioni suggeriscono di innovare la disciplina esistente, provvedendo a ridurre drasticamente la durata della procedura, ad orientarla più realisticamente alla celere individuazione di un nuovo assetto imprenditoriale ed a potenziare gli strumenti di tutela dei creditori... Viene introdotto un principio di selettività nell'assoggettamento ad amministrazione straordinaria fondato sulle prospettive di riequilibrio economico dell'azienda, il cui accertamento è rimesso all'autorità giudiziaria. Ciò consentirà di circoscrivere l'intervento alle aziende effettivamente risanabili, evitando interventi meramente «assistenziali»..., e la fase della prosecuzione dell'esercizio viene conformata secondo due possibili direttrici: l'una, da considerarsi la via «normale», consistente nella gestione indirizzata al trasferimento a terzi dei complessi aziendali o rami d'azienda, della durata massima di un anno; la seconda, riservata alle imprese anche finanziariamente risanabili, finalizzata invece al ritorno *in bonis* dell'impresa attraverso l'esecuzione di un piano di ristrutturazione... Infine viene apportato un sistema di tutela dei creditori molto più incisivo di quello previsto nella normativa vigente, attraverso il controllo da parte

del tribunale fallimentare sull'attuazione della vendita e/o del programma di risanamento ed il connesso potere di convertire la procedura in fallimento nel caso di riscontro del mancato raggiungimento dei fini prefissati».

Tratti salienti della nuova normativa, che espressamente richiama le «finalità conservative del patrimonio produttivo, mediante prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali» (art. 1), sono: – la dichiarazione dello stato di insolvenza da parte dell'autorità giudiziaria (art. 3) previa convocazione dell'autorità amministrativa (ora Ministero delle attività produttive) con un intervallo minimo ordinario di quindici giorni (art. 7); – la nomina di uno o più commissari (pubblici ufficiali) su designazione del Ministro con affidamento al medesimo o allo stesso imprenditore insolvente della gestione dell'impresa (art. 8); – l'ammissione delle imprese dichiarate insolventi alla procedura di amministrazione straordinaria solo se «presentino concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali» nella prospettiva di un «programma di cessione dei complessi aziendali» da realizzarsi proseguendo l'esercizio di impresa per non oltre un anno o di un «programma di ristrutturazione» economica e finanziaria attraverso un risanamento da realizzarsi in un tempo massimo di due anni (art. 27); – le linee programmatiche devono essere contenute in una relazione commissariale da presentarsi entro trenta giorni della dichiarazione dello stato di insolvenza (art. 28), sulla quale esprimerà parere l'autorità amministrativa nei dieci giorni successivi (art. 29) e l'autorità giudiziaria provvederà entro trenta giorni dalla relazione dichiarando l'apertura della procedura di amministrazione straordinaria ovvero, in dissenso, il fallimento (art. 30); – la procedura di amministrazione straordinaria, così aperta, si svolge a cura dell'ufficio commissariale (un commissario straordinario subentra al commissario giudiziale), sotto la vigilanza del Ministero delle attività produttive (art. 37), cui compete l'autorizzazione agli atti più rilevanti (art. 42), con l'ausilio di un comitato di sorveglianza a composizione mista fra esperti del settore nominati dal Ministro e rappresentanti dei creditori chirografari indicati dagli stessi (artt.45-46); le azioni revocatorie sono ammesse solo se è stata autorizzata l'esecuzione di un programma di cessione dei beni aziendali (o in caso di conversione in fallimento), con esclusione quindi di esse nel caso di approvazione di un programma di ristrutturazione (art. 49); entro i successivi sessanta giorni (prorogabili fino a centoventi giorni) viene prodotto il programma vero e proprio (di cessione o di risanamento) (art. 54), redatto «sotto la vigilanza del Ministero (delle attività produttive) ed in conformità degli indirizzi di politica industriale dal medesimo adottati, in modo da salvaguardare l'unità operativa dei complessi aziendali, tenuto conto dell'interesse dei creditori» (art. 55); – sono ammesse la garanzia dello Stato, previa autorizzazione della Commissione delle Comunità europee, e altre agevolazioni purché conformi alle disposizioni ed agli orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà (art. 55); – la procedura di amministrazione straordinaria si converte in fallimento, se non è in grado di proseguire, se non si realizza il programma di cessione nel termine stabilito, se alla scadenza del programma di ristrutturazione l'imprenditore non ha recuperato la capacità di

soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni (artt.69-70); – la procedura si chiude o per la conversione in fallimento nei casi suddetti, o con il soddisfacimento dei creditori con la massa attiva disponibile in caso di cessione dei beni o con il ritorno *in bonis* dell'imprenditore risanato (artt.73-74), ovvero con concordato se questo è conveniente e compatibile con il fine conservativo della procedura (art. 78).

Nel corso di questo primo quinquennio di sua vigenza il decreto legislativo 270/1999 è stato attivato per 33 gruppi, per un totale di oltre 100 imprese. In due casi si è avuta conversione in fallimento, rispettivamente per inutilità di proseguire la procedura e per mancata realizzazione del programma di cessione del complesso aziendale. Tutti i programmi finora approvati hanno adottato l'indirizzo della cessione dei complessi aziendali (e non quello di ristrutturazione). Non sono stati disposti aiuti di Stato per il salvataggio o per la ristrutturazione. Due procedure si sono chiuse per concordato.

L'esperienza ha dunque dimostrato che il vero e proprio risanamento di un'impresa decotta è in linea generale una pura chimera, mentre, come già per la prima *legge Prodi*, la prosecuzione dell'esercizio di impresa consente di salvare rami produttivi molto significativi, attraverso cessione a terzi in grado di gestirli efficacemente. Il controllo più stretto dell'autorità giudiziaria, la relativa ristrettezza dei termini entro i quali vanno eseguiti gli adempimenti e, soprattutto, devono essere limitate la prosecuzione dell'esercizio e la realizzazione della cessione, pena la conversione in fallimento, consentono un contenimento dei costi in prededuzione e una salvaguardia delle ragioni dei creditori, talvolta pregiudicate nella precedente normativa.

4. – *Il decreto Marzano*

Scoppia, però, all'improvviso e imprevedibilmente, nel dicembre 2003, il caso Parmalat. Le dimensioni del gruppo, le ramificazioni in tutto il mondo, il livello dell'indebitamento rendono subito evidente la necessità di un intervento radicale e immediato che superi le pause e i tempi morti della procedura ordinaria del decreto legislativo 270/1999, nella prospettiva di un rapido risanamento ritenuto essenziale.

Vede così la luce con il decreto legge 23 dicembre 2003 n. 347, convertito poi con modificazioni in legge 18 febbraio 2004 n. 39 (il c.d. *decreto Marzano*), contenente «misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza», poi integrato con il decreto legge 3 maggio 2004 n. 119, convertito con modificazione nella legge 5 luglio 2004 n. 166, una procedura accelerata, con effetti anticipati rispetto a quelli della procedura normale, che si applica per i casi eccezionali di imprese insolventi di grandissime dimensioni. (2)

(2) Con il decreto legge 29 novembre 2004, n. 281, emesso in occasione della crisi che ha colpito la compagnia aerea «Volare», convertito in legge 28 gennaio 2005, n. 6, sono stati ampliati i requisiti per l'ammissione alla nuova procedura. Cfr. anche la modifica introdotta con l'art. 6 del decreto-legge 28 febbraio 2005, n. 22

«Il presente provvedimento normativo – si legge nella relazione a quel che sarà il decreto legge 347/1973 – introduce una disciplina speciale diretta a regolare le conseguenze dello stato di insolvenza delle grandi imprese intervenendo nell'ambito di situazioni di crisi particolarmente rilevanti. Lo scopo della nuova normativa è quello di consentire un più rapido avvio e uno svolgimento accelerato delle procedure di gestione dello stato di insolvenza, garantendo la efficace e razionale ristrutturazione dell'impresa e del gruppo in cui essa è inserita. In tal modo, alla garanzia dei creditori si accompagna l'obiettivo; di conservare l'avviamento e la posizione di mercato dell'impresa, assicurando la ristrutturazione del passivo e l'eventuale dismissione delle sole attività non strategiche o non coerenti con l'oggetto principale dell'attività economica svolta dall'impresa. L'attuale disciplina contenuta nel decreto legislativo n. 270/1999 non risulta adeguata, sia per la complessità delle fasi previste, sia per la caratterizzazione prevalentemente liquidatoria della procedura. In particolare, la fase preliminare di accertamento prevista dal citato decreto legislativo n. 270/1999 si svolge in un arco temporale di non meno di tre mesi (prorogabili fino a cinque), che crea uno stato di ossessiva incertezza sullo stesso avvio della procedura di amministrazione straordinaria e sulle modalità della sua attuazione. Inoltre, nell'ipotesi della continuazione dell'impresa, finalizzata alla ristrutturazione, è assolutamente necessaria l'adozione di un provvedimento immediato, anche allo scopo di evitare l'avvio di molteplici e non coordinate iniziative dei creditori, in Italia e all'estero».

Si pone in luce, innanzitutto, il fine di «ristrutturazione economica e finanziaria di cui all'art. 27, co.2, lett.b), del dl.lgs. 270/1999» (non più anche l'indirizzo di cessione dei beni aziendali, che – come abbiamo visto – ha dominato la scena della c.d. *Prodi bis*), accentuandosi così l'aspetto più propriamente conservativo della procedura; si limita l'applicazione alle imprese di grandissime dimensioni, con almeno mille dipendenti e un indebitamento di almeno un miliardo di euro e si prevede l'apertura immediata della procedura di amministrazione straordinaria da parte del Ministro delle attività produttive, sulla sola base di una verifica dei requisiti di ammissibilità e senza un previo esame dell'autorità giudiziaria, la quale – informata immediatamente dell'emissione del decreto ministeriale – comunque interverrà subito dopo (entro quindici giorni dalla comunicazione) dichiarando lo stato di insolvenza ovvero, in caso contrario, facendo cessare gli effetti del provvedimento amministrativo. Il commissario straordinario nominato dal Ministro presenterà entro 180 giorni (termine prorogabile di ulteriori 90 giorni) il programma di ristrutturazione con una relazione particolareggiata delle cause di insolvenza e lo stato analitico delle attività e passività: il Ministro può autorizzare il programma o, in caso contrario, valutare la possibilità di passare ad un programma di cessione dei beni o in ultima analisi richiedere all'autorità giudiziaria la conversione in fallimento. Il programma di ristrutturazione può prevedere la soddisfazione dei creditori mediante un concordato.

È di assoluta evidenza che il c.d. decreto Marzano è intervenuto specificamente per cercare di fronteggiare la situazione di crisi economico-finanziaria del Gruppo Parmalat, emersa in tutta la sua drammaticità pochi giorni prima (finora la nuova normativa è stata applicata al gruppo Parmalat, con il coinvolgimento di oltre 60 imprese, e al gruppo Finmek con 14 imprese: nel primo caso è in corso l'esecuzione di un programma di ristrutturazione

mediante concordato per alcune delle imprese del gruppo, con programmi autonomi per le altre imprese; nel secondo caso è stata chiesta alla Commissione delle C.E. l'autorizzazione alla concessione di un aiuto al salvataggio, nella forma di una garanzia dello Stato su finanziamenti bancari da erogarsi per sostenere la gestione corrente nelle more della predisposizione del programma di ristrutturazione).

L'immediata apertura della procedura da parte dell'autorità amministrativa ha lo scopo di rendere possibile un'improcrastinabile gestione della situazione, avviando con rapidità ed immediatezza, senza attendere i tempi «morti» della c.d. fase di osservazione, cioè della previa verifica giudiziale di cui al d.lgs. 270/1999, che potrebbero vanificare – in certe situazioni macroscopicamente delicate – ogni tentativo di prosecuzione e risanamento, che, invece, risultasse *ab initio* praticabile. Di qui la logica disposizione che attribuisce al Ministro il potere di avvio della procedura, ancor prima della dichiarazione dello stato di insolvenza, al fine di assicurare al commissario straordinario l'immediato inserimento nella gestione dell'impresa.

Mentre nessun problema di incompatibilità con il diritto comunitario si è posto – dato che il fine di ristrutturazione viene perseguito senza la previsione di interventi di sostegno (e, in effetti il commissario europeo alla concorrenza, subito informato della nuova normativa, ha prontamente dato atto che non si presentano problemi rispetto alle regole comunitarie sugli aiuti di Stato, ferma, ovviamente, la necessità di notificare alla Commissione ogni eventuale caso di concessione di garanzie alle imprese), – sembra, sotto il profilo interno, che nulla possa obiettarsi a che il dissesto di un grande gruppo industriale solleciti il legislatore ad approntare norme di protezione del sistema economico del Paese, indirizzandolo a stabilire anche una procedura di estrema urgenza, necessitata dalle circostanze eccezionali, salva poi la riconduzione alle regole più generali, in una fase successiva, una volta tamponato l'effetto dirompente di una incontrollata decozione. In questa prospettiva va letta e considerata una disciplina speciale con la quale si è voluta accelerare la fase di avvio della procedura conservativa, in sostanza eliminando, in relazione a situazioni di crisi particolarmente rilevanti, la fase di c.d. osservazione prevista per la procedura normale, nella quale se da un lato si determina un'obiettiva incertezza sullo stesso avvio della procedura (a distanza di almeno due mesi dalla richiesta di dichiarazione di insolvenza) dall'altro, per imprese di rilevanti dimensioni e complessità, risulta del tutto esiguo il tempo concesso al commissario giudiziale (30 giorni dalla dichiarazione di insolvenza) per presentare al Tribunale ed al Ministero la relazione concernente l'esistenza delle concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali. Da ciò consegue che la previsione di un provvedimento del Ministro delle attività produttive di ammissione immediata dell'impresa istante alla procedura di amministrazione straordinaria e la contestuale nomina del commissario straordinario, lungi dall'assumere in sé il contenuto di detta fase, lo supera integralmente, rinviando ogni necessaria ed opportuna verifica, in ordine alla percorribilità stessa della procedura conservativa, al momento della approvazione del programma, lasciando peraltro sempre salva la verifica giudiziale quasi immediata.

Su questi punti si segnala una attenta analisi compiuta dal TAR Lazio con sentenza, sez. III ter, 12 luglio 2004 n. 6805, che ha respinto i ricorsi presentati da alcune società creditrici del gruppo Parmalat. «L'esercizio della potestà ministeriale (di aprire immediatamente la procedura) – osserva il TAR – che non riveste profili di discrezionalità propriamente detti, dà comunque luogo ad un provvedimento, più che insindacabile o peggio politico..., cautelare a delibazione sommaria, ossia allo stato degli atti e del contesto in cui deve essere curato l'interesse pubblico sotteso all'a.s... Esso, pur se basato su apprezzamenti tecnici assai ampi in ordine all'urgenza ed alla necessità di provvedere – secondo lo schema degli atti cautelari e/o a *sommaria cognitio* proprio delle fattispecie *ex art. 7 co.2 legge 241/1990* –, è più propriamente da definire necessitato e vincolato *ex lege* nella verifica del materiale istruttorio, del contenuto e degli effetti. Si tratta, invero, d'una misura interinale ed anticipatoria, più che dell'efficacia della dichiarazione dello stato di insolvenza – in ultima analisi rimessa in via esclusiva al Tribunale – dell'ammissione all'a.s.. Una volta accertati in capo all'impresa istante i presupposti materiali *ex art. 1 del decreto legge 347/2003* e la non manifesta infondatezza o l'assenza di serietà della richiesta – evincibili pure dal contesto procedimentale e dall'urgenza del provvedere –, la relativa procedura è aperta *rebus sic stantibus* e senz'uopo del giudizio *ex artt. 27 e 30 del d.lgs. 270/1999*, il cui contenuto è solo differito, non mai eliso... Per un verso, quindi, il decreto ministeriale (cioè il provvedimento ministeriale di apertura) muove dal mero riscontro preliminare di tali presupposti, valutati i quali deve aprire la procedura e, soprattutto, conferire al Commissario quei poteri d'indagine, cognizione, gestione e progettazione strategica dell'impresa, necessari alla predisposizione del programma di risanamento, a sua volta assoggettato all'autorizzazione ministeriale. Per altro verso, il decreto ministeriale stesso non è la *sedes materiae* dell'istruttoria sulla realizzabilità o meno di detto programma, né tampoco statuisce o anticipa alcunché sul punto, ché solo in esito a quest'ultimo ed al concordato *ex art. 4-bis* si definisce l'assetto dell'impresa e, se del caso, l'eventuale conversione della procedura in fallimento. Per altro verso ancora tutti gli effetti propriamente concorsuali sono prodotti solo in forza della sentenza del Tribunale, che ne dichiara lo stato di insolvenza e nei cui confronti è esperibile l'opposizione *ex art. 9 del d.lgs 270/1999*. Come si vede, non solo il ruolo dell'AGO è tutt'altro che residuale, ma soprattutto il decreto ministeriale *ex art. 2 del decreto legge 347/2003* non tiene luogo del decreto del Tribunale *ex art. 30, c.1 del d.lgs. 270/1999*, perché soltanto l'autorizzazione al programma di ristrutturazione, discrezionale e basata su accertamenti tecnici, è comparabile con il giudizio che il Tribunale stesso rende, ai sensi del precedente art. 27, c.1, sulle condizioni per l'ammissione all'a.s.. Appunto in quella sede si ha l'effettiva valutazione della realizzabilità della ristrutturazione, nella misura in cui il Ministro, prima d'approvare il programma, è tenuto a verificare la compatibilità del piano con il dichiarato obiettivo della ristrutturazione e della sua attuabilità nei termini proposto dal Commissario, con riguardo sia alle finalità di conservazione dell'attività, sia di soddisfazione dei creditori».

Altra ragione dell'urgenza dell'apertura della procedura va certamente ricercata nell'esigenza di prevenire la dispersione all'estero in mille rivoli di procedure liquidatorie di un gruppo con vaste e capillari ramificazioni internazionali. Il regolamento CE n. 1346/2000, relativo alle procedure di insolvenza, che ha ricompreso – come si è sopra detto – l'amministrazione straordinaria italiana fra le procedure concorsuali fondate sulla insolvenza del debitore (e che quindi va riferita anche alla procedura speciale affiancatasi a quella normale), precisa che sono competenti ad aprire la procedura d'insolvenza i giudici dello Stato membro nel cui territorio è situato il centro degli interessi principali del debitore, per tale presumendosi, fino a prova contraria, il luogo in cui si trova la sede statutaria, e aggiunge che la decisione di apertura della procedura di insolvenza da parte di un giudice di uno Stato membro competente come sopra detto va riconosciuta in tutti gli Stati membri non appena essa produce effetto nello Stato in cui è stata emessa. È evidente che nel caso di grandi gruppi costituiti con una società madre nazionale e più società figlie con sede all'estero può darsi il caso che, data la possibilità di definire la competenza alternativamente con il criterio principale e sostanziale del centro degli interessi e quello suppletivo e formale della sede statutaria, salva la priorità della dichiarazione fatta in un senso o nell'altro dai giudici di ciascuno Stato membro della Comunità, è possibile (e ben può essere artificialmente provocato) lo smembramento del gruppo con differenti e scollegate procedure liquidatorie aperte in vari Stati, il che potrebbe costituire un ostacolo insormontabile per la realizzazione di un valido programma di ristrutturazione e, soprattutto, per la tutela dei creditori in una visione complessiva. E in effetti nel caso Parmalat già si è proposta una ipotesi di conflitto fra autorità irlandesi, che, per una società del Gruppo con sede in Irlanda (la Eurofood) avevano emesso un provvedimento cautelare (nomina di un commissario provvisorio) e autorità italiane, che hanno aperto la procedura di amministrazione straordinaria e dichiarato l'insolvenza: la vicenda forma ora oggetto di una causa dinanzi alla Corte di giustizia delle comunità europee (causa C-341/04), chiamata dal giudice irlandese a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla interpretazione del regolamento comunitario sopra citato n. 1346/2000.

5. – Conclusioni

In definitiva possiamo ben confermare, richiamando quanto lucidamente affermato dal TAR Lazio nella sentenza sopra citata, che l'amministrazione straordinaria – nella duplice forma oggi ammissibile – «non è ever-siva ma correttiva del mercato, quando la «mano invisibile» di esso sembri preordinata non alle ragioni dell'equilibrio tra gli operatori, bensì, grazie al fallimento *tout court*, a liberarsi d'uno scomodo competitore e, quindi, alla diminuzione dei soggetti operanti nel mercato stesso, in ribellione al fine d'utilità sociale *ex art. 41, II c., Cost.*; non sempre, per vero, casi di non liquidità dell'impresa ne implicano l'impossibilità di continuare la produzione – specie se ciò derivi dall'uso dei mezzi finanziari per fini estranei o contrari a quest'ultima – e, superata la fase di difficoltà, di tornare *in bonis*, senza che ciò crei quella tanto paventata, quanto spesso improbabile distruzione di ricchezza; non va confusa la crisi di liquidità dell'impresa, soprattutto se indotta da operazioni illecite miranti a fini non aziendali, con l'incapacità di

essa di produrre secondo un criterio d'economicità, solo in questo caso potendosi affermare l'effettiva decozione e, quindi, la sottoposizione alla fase liquidatoria, una volta constatata l'irrealizzabilità della prospettiva di risanamento a seguito dell'a.s.».

«L'amministrazione straordinaria – prosegue il TAR – presuppone sempre, in ciò il decreto legge 347/2003 non derogando affatto al d.lgs 270/1999, il necessario bilanciamento tra la posizione dei creditori, cui è inibito l'esperimento di azioni esecutive dirette una volta ammessa l'impresa all'a.s., e gli interessi, parimenti meritevoli di tutela e salvaguardia, dell'economia nazionale, discendenti dalla conservazione dell'impresa e dei livelli d'occupazione. Si tratta d'un principio che, ben lungi dall'essere un'anomalia solo italiana, in realtà si riscontra anche in altri contesti normativi e si può riassumere nel tentativo del superamento dell'effetto meramente liquidatorio ed estintivo dell'impresa insolvente, connesso all'apertura d'una procedura concorsuale. Ciò deriva essenzialmente dai mutamenti intervenuti nel tessuto economico e sociale, per cui, stante una sempre maggior complessità ed interdipendenza tra i sistemi produttivi e di scambio, v'è la consapevolezza che il valore dell'organizzazione aziendale è superiore a quello dei singoli beni organizzati. In tal caso, non è irragionevole, né distorce l'equilibrio del mercato, quella scelta normativa che, a fronte d'una situazione d'insolvenza di grandi imprese di per sé ancora produttive, bilanci l'interesse dei creditori al soddisfacimento immediato con quello della produzione, inducendo costoro a considerare la necessità del mantenimento del valore dell'organizzazione mediante la prosecuzione dell'attività d'impresa, invece d'estinguerla, sia pur per quel tempo strettamente necessario a verificare se tale tentativo sia destinato, o no, ad avere successo.

In questa prospettiva, possiamo ben dire che la finalità conservativa delle attività produttive di un'impresa insolvente (perseguita dall'istituto italiano dell'amministrazione straordinaria, in particolare nel *decreto Marzano*, ma anche da procedure di altri Stati, come il *redressement judiciaire* francese e l'analogo *reglement amiable*) vuoi attraverso la cessione del bene aziendale a terzi (come avviene di norma secondo la *Prodi bis*), vuoi attraverso una ristrutturazione economico finanziaria, magari previo concordato con i creditori (e ciò persegue in particolare il *decreto Marzano*), è di per sé neutra con riferimento alle norme che tutelano la libera concorrenza tra le imprese e vietano perciò, in linea generale, gli aiuti di Stato. L'effetto distorsivo può intervenire solo allorché, allo scopo di ottenere l'effetto conservativo, dovessero essere impegnate risorse o facilitazioni statali in favore dell'impresa. Ma tutto ciò non avviene affatto, una volta esclusa la previsione di una garanzia statale svincolata da una verifica comunitaria, e la semplice continuazione dell'attività, anziché la sua cessazione, se indipendente da aiuti statali ma effettuata con la sola forza dell'impresa stessa, non può in alcun modo alterare il libero mercato.

Luci e ombre hanno accompagnato e accompagnano l'applicazione pratica della originaria *legge Prodi* prima e del successivo decreto legislativo di riforma poi. Ci auguriamo che la particolarissima normativa del *decreto Marzano* sia in grado di raggiungere il suo scopo mitigando gli effetti disastrosi, per i creditori (in particolare gli indifesi risparmiatori) e per l'intera economia, della crisi di alcuni grandi gruppi industriali.

L'esecutorietà provvisoria della condanna alle spese

di Maurizio Iacono Quarantino

Sull'esecutorietà delle sentenze in genere.

Uno dei problemi sicuramente più dibattuti della dottrina processualciviltistica è rappresentato dall'efficacia delle sentenze e cioè dalla produzione degli effetti, quali che essi siano, in relazione al contenuto di accertamento, costitutivo o di condanna della sentenza stessa.

Tra tali effetti, quello che riveste carattere pratico e teorico più rilevante è di certo l'esecutorietà, vale a dire l'attitudine della pronuncia stessa a fondare un'esecuzione forzata.

In vero, su tale effetto sono già stati spesi fiumi di inchiostro nel tentativo di dare una soluzione al quesito se l'esecutorietà riguardi solo le sentenze di condanna o anche quelle di accertamento e costitutive.

A tal rilievo, è da sottolineare infatti che, anche se la dottrina prevalente ha riconosciuto solo al primo tipo di sentenze l'attitudine a fondare un processo esecutivo in virtù della stretta correlazione esistente tra i concetti di condanna e di esecuzione forzata, non sono mancate voci fuori dal coro.

Alcuni autori hanno infatti sostenuto che il concetto di esecuzione di una sentenza non deve essere inteso in senso restrittivo, considerando cioè unicamente la «esecuzione forzata processuale», ma deve essere interpretato ricomprendendo tutte le ipotesi di c.d. esecuzione in senso improprio che coinciderebbero con l'adeguamento del soccombente alla volontà espressa nella sentenza (1).

In questo modo si è pervenuti ad una sostanziale omologazione dei termini «efficacia» ed «esecutorietà» e, di conseguenza, si è arrivati fino al punto di riconoscere l'esecutorietà provvisoria di primo grado *ex art. 282 c.c.* anche alle sentenze di accertamento e costitutive (2).

È da dire che il dibattito dottrinario e giurisprudenziale sul punto è rimasto sempre acceso, sia sotto il vigore della precedente formulazione dell'articolo 282 c.p.c. che prevedeva, quale facoltà per il giudice, la concessione, su richiesta della parte, della «clausola» di provvisoria esecuzione, sia a seguito delle modifiche apportate dalla riforma del '90 che ha introdotto l'esecuzione provvisoria *ex lege* delle sentenze di primo grado. E ciò è dipeso dal fatto che la formulazione letterale dell'art. 282 c.c. non permette di propendere né per l'interpretazione estensiva né per quella restrittiva del termine «esecutorietà».

Leggendo i lavori preparatori che portarono all'emanazione del riformato art. 282 c.p.c., si nota che i redattori della novella del '90 discussero

(1) SATTA, *Commentario*, II, 346.

(2) CARPI, *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milano, 1979, 59. È da precisare però che anche gli autori che propendono per questa interpretazione estensiva del termine esecutorietà, si sono preoccupati di distinguere tra sentenze costitutive e di accertamento, arrivando così ad affermare che solo le prime possono essere suscettibili di un'esecuzione provvisoria mentre le seconde produrrebbero effetti solo dal loro passaggio in giudicato.

ampiamente sulla necessità di puntualizzare il carattere condannatorio delle sentenze provvisoriamente esecutive ma che l'emendamento proposto per far comparire nel testo della norma il riferimento a questo tipo di provvedimenti fu criticato ritenendo che il suo accoglimento avrebbe ridotto l'utilità stessa della norma deputata a garantire la generale esecutorietà.

Eppure, nonostante ciò, si è sostenuto autorevolmente, anche in giurisprudenza, che l'efficacia anticipata rispetto al giudicato formale delle sentenze di accertamento e costitutive debba essere comunque contenuta in una espressa previsione normativa e che non possa essere desunta solo dai lavori preparatori dell'art. 282 c.p.c.

Si è tentato allora di trarre la chiave di soluzione del quesito dal confronto tra la disposizione dell'art. 282 c.p.c. e quella dell'art. 431 c.p.c. che, in tema di processo del lavoro, stabilisce espressamente l'esecutività *ex lege* delle sole «condanne» a favore del lavoratore.

Anche tale confronto ha dato, però, luogo a interpretazioni non coincidenti.

C'è infatti chi è arrivato a sostenere che le due disposizioni esprimerebbero un'identica scelta del legislatore di sottoporre a provvisoria esecuzione solo le sentenze aventi un contenuto condannatorio, e ciò indipendentemente dalla assenza di alcuna specificazione all'interno dell'art. 282 c.p.c. mentre c'è chi ha rilevato che la differenza espressiva tra l'art. 282 c.p.c. e l'art. 431 c.p.c. non può essere considerata una mera svista del legislatore ma, piuttosto, deve essere valutata come un chiaro intento della volontà di allargare l'ambito dell'esecutorietà provvisoria dei provvedimenti giurisdizionali di cui all'art. 282 c.p.c.

Tale ultima interpretazione, a parere di chi scrive, è soggetta, però, a due critiche insuperabili.

Da una parte, essa non tiene in considerazione il fatto che la disciplina del processo del lavoro è, rispetto a quella del processo di cognizione ordinario, preordinata alla tutela della parte debole del rapporto sostanziale e cioè del lavoratore. Ciò considerato, allora non si comprende la ragione per la quale il legislatore avrebbe dovuto concedere alle sentenze di primo grado in genere, comprese quelle costitutive e di accertamento, un'efficacia provvisoria, mentre in materia laburistica, avrebbe dovuto stabilire la provvisoria esecutorietà solo per le sentenze a contenuto condannatorio, attribuendo in tal modo una minore tutela al lavoratore.

Dall'altra, tale interpretazione rischia di sopravvalutare il carattere tecnico della terminologia utilizzata dal legislatore che quando parla di «esecuzione» o «esecutorietà», non può che riferirsi alle uniche sentenze che possono fondare un'esecuzione in senso proprio, cioè quelle di condanna.

A parere di chi scrive, l'interpretazione lata del termine «esecutorietà» costituisce allora un'evidente forzatura che rischierebbe tra l'altro di creare situazioni di precarietà nelle relazioni sociali. Si deve tener sempre conto infatti che, mentre la soddisfazione materiale di colui che ha ottenuto una sentenza di condanna è un fatto recuperabile mediante la restituzione di quanto adempiuto in sede esecutiva, invece la concessione dell'efficacia provvisoria ad un accertamento o, ancor più a una pronuncia costitutiva, potrebbe determinare una situazione di estrema incertezza nell'ordinamento nel caso in cui venisse riformata la relativa pronuncia.

Sulla condanna alle spese.

Il problema dell'esecuzione provvisoria delle sentenze di primo grado è strettamente connesso con quello dell'esecutorietà autonoma del capo relativo alla condanna alle spese e cioè al problema se la parte della sentenza in cui si condanna il soccombente alle spese del giudizio possa essere considerata una statuizione autonoma in grado di essere portata di per sé ad esecuzione a prescindere cioè dalla esecuzione della sentenza stessa.

È a tal rilievo da rilevare che, mentre sotto il vigore del codice di rito del 1865, tale autonomia era espressamente esclusa (art. 364), nell'attuale codice di procedura non c'è alcun riferimento chiaro che dia soluzione a tale quesito. Questa constatazione ha fatto ritenere che la mancanza di un divieto espresso all'esecuzione autonoma del capo relativo alle spese del giudizio debba essere interpretata come un'apertura del legislatore all'eseguibilità generale di tutte le parti della sentenza a contenuto condannatorio.

È da precisare però che questa rappresenta solo – e purtroppo, secondo chi scrive – un'opinione minoritaria della dottrina e della giurisprudenza.

Infatti, in tema di condanna alle spese, si ritiene tradizionalmente, in virtù di quanto disposto dall'art. 91 c.p.c., che esiste un vincolo di accessorialità tra la sentenza e la condanna alle spese di modo che la sorte di queste ultime sarebbe legata indissolubilmente alla natura e alla efficacia della sentenza (3). Di conseguenza, si è arrivati ad affermare che, solo se la condanna alle spese è accessoria ad una sentenza di condanna, essa sarebbe suscettibile di essere portata ad esecuzione (4).

Tale interpretazione anche se corrisponde all'opinione prevalente dei giudici di legittimità è però da criticare per una pluralità di ragioni.

In primo luogo, essa erra nel ritenere che la accessorialità che giustifica la pronuncia sulle spese si estenda anche alla efficacia del relativo provvedimento. Si vuole cioè dire che le spese processuali si dovrebbero ritenere elemento accessorio solo in fase di attribuzione, essendo stato codificato il principio in base al quale le spese seguono la soccombenza. Solo questo e non altro è, però, il collegamento tra pronuncia alle spese e la sentenza. Una volta che tale condanna è stata pronunciata, invece, essa acquista una sua propria autonomia che la rende passibile di essere portata ad autonoma esecuzione provvisoria *ex* art. 282 c.p.c (5), ad essere sospesa per gravi motivi e, addirittura, a passare in giudicato nell'ipotesi in cui non venisse impugnata specificamente.

In secondo luogo, l'interpretazione che marca il carattere dell'accessorialità mostra di non rispettare il dato legislativo che non opera alcuna distinzione tra capi principali e accessori delle sentenze. Di conseguenza, essa è frutto di un arbitrario intento limitativo della efficacia della pronuncia stessa non giustificabile positivamente.

(3) Cass., 24 maggio 1993 n. 5837; Cass. 13 luglio 1971 n. 229.

(4) Cass., 12 luglio 2000, n. 9236; Cass. 24 maggio 1993, n. 5837.

(5) Tribunale Lecco, sez. I, 31 ottobre 2002; Tribunale Milano, 21 marzo 2002; Tribunale Monza, 17 agosto 2001; Tribunale Velletri, 28 novembre 2000.

In terzo luogo, occorrerebbe sempre tener conto che la disciplina delle spese processuali è strettamente connessa con la tutela di valori costituzionalmente tutelati e, nello specifico, con il diritto di azione e di difesa (art. 24 Cost.). Tali diritti garantiscono che la necessità di agire o di difendersi non vada a danno della parte che nel giudizio risulti essere vittoriosa, anche se in base ad una sentenza di primo grado. In pratica, cioè, se una parte è riuscita ad ottenere il rigetto delle avverse pretese (pronuncia di accertamento) e la condanna in suo favore del rimborso delle spese processuali, non si comprende davvero il motivo, alla luce dei principi costituzionali richiamati, per il quale essa non possa ottenere subito il ristoro delle spese processuali sostenute con le quali eventualmente affrontare il successivo grado di appello.

In vero, l'interpretazione che qui si contesta, però, viola anche un altro fondamentale principio costituzionale, quello della parità delle parti, in base al quale non è giustificabile che la condanna alle spese sia esecutiva se pronunciata a favore dell'attore che ha ottenuto anche una favorevole condanna nel merito e invece non sia provvisoriamente esecutiva se emessa a favore del convenuto che avesse ottenuto il rigetto della domanda di controparte. E ciò sarebbe ancor più inaccettabile se si tiene a mente che, così ragionando, neanche la sentenza di appello che respingesse il gravame avverso il rigetto della domanda in primo grado, potrebbe contenere un capo sulle spese provvisoriamente esecutivo costringendo, per ben due volte, la parte vittoriosa a sopportare le spese del successivo giudizio proposto.

Alla luce di queste argomentazioni, si deve pertanto ritenere che la condanna alle spese debba considerarsi di per sé titolo esecutivo, autonomamente suscettibile di essere sospeso e suscettibile di passare in giudicato se non specificamente impugnato.

In ordine a tale ultimo profilo, la Corte Suprema ha, da ultimo, precisato che il giudicato sulle spese può aversi solo in presenza di due condizioni: primo, la mancata impugnazione del capo relativo e, secondo, la conferma della sentenza impugnata.

Nel caso in cui ci fosse, invece, la riforma o la cassazione parziale della precedente decisione, in virtù del meccanismo dell'art. 336, comma 1, c.p.c. (c.d. effetto espansivo interno), si avrebbe l'automatica modifica delle parti della sentenza «dipendenti» – tra cui è da ricomprendere anche la pronuncia sulle spese (6) – anche in assenza di specifica impugnazione.

(6) Cass. civ., sez. III, 7 gennaio 2004, n. 58: «In materia di procedimento civile, il potere del giudice d'appello di procedere d'ufficio ad un nuovo regolamento delle spese processuali, quale conseguenza della pronuncia di merito adottata, sussiste in caso di riforma in tutto o in parte della sentenza impugnata, in quanto il relativo onere deve essere attribuito e ripartito in relazione all'esito complessivo della lite; mentre in caso di conferma della decisione impugnata la decisione sulle spese può essere dal giudice del gravame modificata soltanto se il relativo capo della decisione abbia costituito oggetto di specifico motivo d'impugnazione. Ne consegue, a tale stregua –

Tale interpretazione della Corte di legittimità, però, deve essere – a parere di chi scrive – criticata in quanto essa non permette di definire a priori se il capo relativo alle spese del giudizio sia o no passato in giudicato, subordinando tale accertamento all'esito della controversia e creando, dunque, una situazione di incertezza su un fatto – il giudicato – che dovrebbe invece, per definizione, essere certo.

In secondo luogo, essa non tiene conto della possibilità che la sentenza di primo grado venga confermata in appello, con il conseguente passaggio in giudicato del capo sulle spese, e che venga poi cassata dalla Suprema Corte, la quale non potrebbe, di conseguenza, più incidere sul regime delle spese.

Al di là della criticabile opinione dei giudici di legittimità, si deve pertanto ritenere che le soluzioni astrattamente possibili siano in realtà unicamente due.

O si ritiene che il capo sulle spese debba essere impugnato sempre e autonomamente per evitarne il passaggio in giudicato. O, in alternativa, si deve sostenere che la condanna alle spese, in virtù della accessorietà, non può passare in giudicato autonomamente e quindi essa, indipendentemente dalla sua impugnazione, è suscettibile di essere modificata e revocata dal giudice dell'impugnazione mediante il meccanismo dell'art. 336 c.p.c.

A parere di chi scrive, la prima alternativa appare preferibile.

Essa presuppone, però, la consapevolezza che l'effetto espansivo interno della riforma o cassazione parziale non può applicarsi alla pronuncia alle spese che dovrebbe ritenersi non compresa tra le «parti della sentenza dipendenti dalla parte riformata o cassata». E, d'altronde, se si tiene conto della realtà giudiziaria, si deve riconoscere che spesso la pronuncia sulle spese è svincolata dalla pronuncia stessa e determinata più da ragioni di opportunità che non dall'applicazione del criterio della soccombenza effettiva. A tal rilievo, lo stesso art. 92 c.p.c. autorizza il giudice a compensare le spese tra le parti non solo quando vi sia soccombenza reciproca, ma anche quando «concorrono altri giusti motivi» (come la particolare difficoltà della materia o il comportamento delle parti in quella fase del giudizio).

È per tali ragioni che deve ritenersi che la pronuncia sulle spese non è strettamente dipendente dalla sentenza e che, una volta emessa, essa acquista un'autonoma efficacia che la svincola dalla sorte della pronuncia principale.

ed altresì in considerazione dell'operare del cosiddetto effetto espansivo interno dell'art. 336, primo comma, cod. proc. civ. in ordine ai capi della sentenza non espressamente impugnati solo in quanto dipendenti da quelli riformati o cassati –, che l'accoglimento parziale del gravame della parte vittoriosa in cui favore il giudice di primo grado ha emesso condanna alla rifusione delle spese di lite non comporta, in difetto di impugnazione sul punto, la caducazione della suddetta condanna. Con l'ulteriore conseguenza che la preclusione nascente dal giudicato impedisce al giudice dell'impugnazione di modificare la pronuncia sulle spese della precedente fase di merito qualora egli abbia valutato la complessiva situazione sostanziale in senso più favorevole alla parte vittoriosa in primo grado».

Arbitrato e Pubblica Amministrazione: diritti soggettivi e poteri autoritativi (*)

*di Carmela Pluchino
e Aldo Linguiti*

1. – Dal giudice unico al giudice amministrativo esclusivo

La giurisdizione amministrativa in Italia nasce – come è noto – dopo che con legge abolitiva del contenzioso amministrativo del 1865 si era voluto dar corpo alla idea della unità della giurisdizione, riconducendo tutte le controversie «su diritti civili e politici, comunque vi potesse essere interessata la pubblica amministrazione, ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa» alla cognizione di un solo giudice: quello ordinario.

Epperò fu contestualmente dettato, in nome del principio della divisione dei poteri, il divieto per questo giudice unico di revocare o modificare i provvedimenti del potere amministrativo, con riferimento ai quali era solo consentito di disapplicarli nel caso controverso ove fossero risultati non conformi a legge o meglio di «conoscere degli effetti dell'atto in relazione all'oggetto dedotto in giudizio».

Tale approdo fu dovuto all'opera di rigorosa perimetrazione del potere giurisdizionale nei confronti del potere esecutivo, sostenuta, da un lato, con l'eccezione di difetto di giurisdizione quando il *petitum* andava oltre la disapplicazione dell'atto e, dall'altro, con l'enucleazione di una categoria giuridica del tutto sconosciuta alla legge del 1865 (l'interesse legittimo) sulla quale al giudice unico era negata in radice ogni cognizione.

Fu così che al Consiglio di Stato, fino ad allora (1889) dotato di soli poteri consultivi, fu attribuito un potere di cognizione «su ricorsi, per incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge, contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse di individui o di enti morali giuridici, quando i ricorsi medesimi non siano di competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria», riconoscendosi poi natura giurisdizionale a tale attività (Cass. Roma 21 marzo 1893 n. 177).

Il giudice amministrativo, così venuto alla luce, fu quindi giudice di interessi, mentre il giudice ordinario fu giudice solo di diritti soggettivi; al primo si riconobbe il potere di annullare l'atto viziato da uno dei vizi indicati, al secondo si confermò il solo potere della disapplicazione dell'atto illegittimo.

Il giudice amministrativo investe con la sua indagine l'azione della amministrazione e, ove la riconosce viziata, la annulla, rimettendo alla amministrazione di adottare i provvedimenti conseguenti, lasciando salvo, in caso di inosservanza, l'adozione di detti provvedimenti attraverso il giudizio di ottemperanza.

(*) Da un intervento dell'Avv. A. Linguiti presso la LUISS in Roma nel maggio 2004, rivisto nel marzo 2005.

Il giudice ordinario invece decide chi abbia ragione e cosa debba essergli dato, rimettendo all'esercizio della azione esecutiva da parte del soggetto vincitore l'ottenimento del bene che gli è stato riconosciuto.

Il giudizio amministrativo tende a riportare la giustizia o meglio la legalità nell'azione della Amministrazione, quello ordinario a dare soddisfazione a chi ha ragione.

Fu solo nel 1923 col R.D. 2480/1923 che certe materie (connotate – secondo la relazione di accompagnamento al R.D. appena citato – dalla inestricabile commistione di diritti ed interessi) furono attribuite alla cognizione giurisdizionale del Consiglio di Stato, escludendo così quelle materie tanto dalla giurisdizione del G.O. quanto dalla giurisdizione del G.A. di legittimità.

Sintomatico però per giustificare la via prescelta della preferenza per il giudice amministrativo in luogo di quello ordinario è proprio il testo della relazione di accompagnamento al R.D. istitutivo della giurisdizione esclusiva: esistono materie «nelle quali è così connaturato col diritto *l'interesse pubblico*, che è impossibile o assai difficile separare l'uno dall'altro, mentre *l'interesse suddetto* è così prevalente ed assorbente da far scomparire o affievolire la questione patrimoniale di diritto privato».

Impostazione, questa, che dà l'indicazione della prevalenza dell'interesse pubblico nelle materie di giurisdizione esclusiva e che viene confermata nel testo della Costituzione che, nella formulazione dell'art. 103, primo comma, sembra configurare la giurisdizione esclusiva non come una giurisdizione su diritti soggettivi ed anche su interessi legittimi ma come una giurisdizione su interessi legittimi ed anche su diritti soggettivi.

Ed infatti, nella ricerca del criterio che giustifichi l'attribuzione di certe materie alla giurisdizione amministrativa esclusiva, deve sottolinearsi come tanto le materie individuate nel 1923 quanto quelle successivamente individuate nel corso del tempo e da ultimo con il D.Lg.vo n. 80/1998 e con la legge 205/2000 appaiono contrassegnate non solo dalla necessità di tener conto dei principi del diritto pubblico, ma soprattutto dal fatto che si tratti di materie rispetto alle quali la Pubblica Amministrazione agisce quale autorità.

In tal senso è stata l'interpretazione data della normativa che ha individuato nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva da parte della Corte Costituzionale. Con la sentenza n. 204/2004 Corte Cost. è stata così dichiarata illegittima l'istituzione della giurisdizione esclusiva tanto in materia di servizi pubblici indicata in modo generico e senza che ricorra il caso di esercizio di poteri autoritativi o di poteri sostitutivi di quelli autoritativi, quanto sui comportamenti della P.A. per ipotesi non implicanti esercizio di poteri autoritativi.

La giurisdizione esclusiva, vista in tale prospettiva, sembra segnare l'ampliamento della rilevanza del pubblico interesse e non la sua contrazione in nome di una prioritaria tutela del diritto soggettivo del privato.

Il fenomeno dell'ampliamento delle ipotesi di giurisdizione esclusiva si è accompagnato, almeno da ultimo, al fenomeno delle c.d. privatizzazioni di strutture, già rientranti nella organizzazione della P.A. (Agenzie – Azienda Ferrovie – Azienda Poste – ANAS S.p.A.) e, prima ancora, alla configurazione dell'agire della stessa P.A. per schemi e modi privatistici (accordi e con-

tratti di cui all'art. 11 legge 241/1990) sostitutivi dell'uso di poteri autoritativi anziché per provvedimenti che del potere autoritativo sono espressione fisiologica e primaria.

Ciò avrebbe dovuto teoricamente portare ad un ampliamento della giurisdizione dell'AGO ed invece si è verificato il fenomeno opposto dell'ampliamento di ipotesi di giurisdizione esclusiva.

Potrebbe dirsi allora che quel che conta non è la natura formale (struttura del soggetto o forma del suo agire) ma la sostanza delle cose; ne dà testuale conferma la introduzione nel nostro ordinamento (sia pure sulla spinta dell'ordinamento comunitario) della figura dell'organismo di diritto pubblico (art. 2 legge 109/1994, art. 2 d.leg.157/1995) che viene assoggettato alle regole di evidenza pubblica facendo spazio alla emersione della c.d. pubblicità sostanziale.

Potrebbe dirsi quindi che attualmente ad una rilevante riduzione della storica e tradizionale Pubblica Amministrazione corrisponde una dilatazione altrettanto rilevante di ambito di cognizione giurisdizionale del giudice amministrativo.

La cosa che al livello legislativo sembrerebbe essere il frutto, più istintivo che meditato, di una sorta di compensazione tra l'allontanarsi dell'agire dagli schemi tradizionali pubblici per la cura dei pubblici interessi (il consenso in luogo del provvedimento, i soggetti formalmente privati in luogo dell'apparato della pubblica amministrazione) e l'affidamento del possibile contenzioso ad un giudice tradizionalmente più capace di riconoscere e tutelare gli interessi pubblici effettivi, è stata ricondotta – attraverso la riaffermazione della ragione di fondo dell'insorgere di ipotesi di giurisdizione esclusiva da parte della Corte Costituzionale attraverso la già richiamata sentenza n. 204/2004 – nei limiti di tradizionali e più rigorosi principi.

Dall'ampliamento di attribuzioni del G.A. in sede esclusiva non è mai derivata però una indifferenza per la consistenza delle situazioni giuridiche che davanti a tal giudice vengano di volta in volta portate: se di interesse legittimo o di diritto soggettivo.

Anzi, sin dalla nascita della giurisdizione esclusiva, fu riprodotta, nel lodevole intento di dare garanzia di effettiva tutela ai diritti soggettivi assegnati al G.A. e cioè in modo eguale a quelli restati al G.O., la questione della consistenza della posizione portata in giudizio e cioè la necessità della distinzione tra diritti ed interessi nella prospettiva di consentire anche davanti al G.A. l'applicazione di regole proprie della giurisdizione sui diritti in luogo di quelle proprie della giurisdizione sugli interessi incompatibili con le prime.

Vanno in tal senso:

– la affermazione della irrilevanza o almeno della pariteticità dell'atto amministrativo per escludere l'applicabilità del termine decadenziale per la proposizione del ricorso;

– la affermazione della ammissibilità dei mezzi di prova previsti dal c.p.c. avanti l'AGO (v. sent. Corte Cost. 146/1987);

– la affermazione del potere di disapplicazione in luogo dell'annullamento;

– la ammissibilità di sentenza di condanna (v. ora art. 26/3 legge 1034/1971).

Quasi tutte tali affermazioni sono state frutto, in un primo momento, della interpretazione finalizzata ad evitare che nella trasmigrazione della cognizione di diritti dall'AGO al G.A. potesse verificarsi una riduzione di tutela dei diritti soggettivi e, in seguito, dell'opera del legislatore che, in tempi diversi e con intensità diverse, ha via via assimilato, nei limiti di compatibilità, il processo del G.A. (vertente in sede esclusiva anche su diritti soggettivi) al processo ordinario.

E tuttavia, pur dopo tali affermazioni, continua a non essere totalmente risolto il problema di quali regole applicare al giudizio in sede di giurisdizione esclusiva, dipendendo queste dalla individuazione della consistenza della posizione fatta valere in giudizio.

In questo scenario si poneva il problema della deferibilità ad arbitrato delle controversie attribuite al giudice amministrativo, e, più in particolare, della deferibilità ad arbitrato delle controversie attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo concernenti diritti soggettivi. Tale problema è stato ora positivamente risolto dall'art. 6/2 legge 205/2000, secondo il quale «le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto».

Sembra essere stato compiuto così un ulteriore passo verso l'assimilazione della giurisdizione amministrativa esclusiva alla giurisdizione ordinaria offrendo, attraverso la possibilità di ricorso all'arbitrato, un sistema di tutela altrettanto ricco di strumenti quanto quello esistente per i diritti soggettivi devoluti alla cognizione dell'AGO.

La scelta legislativa compiuta dà però luogo ad altri problemi che verranno più avanti esposti.

2. – *Collegi arbitrali e Pubblica Amministrazione: cenni storici*

L'odierno punto di arrivo della utilizzabilità dell'arbitrato per la definizione di controversie riguardanti la P.A. e devolute alla giurisdizione esclusiva del G.A. ha alle sue spalle un lungo percorso storico contrassegnato di volta in volta dall'accoglimento di differenti soluzioni.

In numerose leggi, che datano dalla unità d'Italia, è dato rinvenire la presenza di vari «collegi o giunte di arbitri» chiamati a decidere vertenze coinvolgenti la P.A. e caratterizzati dal fatto che ad essi erano attribuiti eccezionali poteri procedurali e decisorii mentre erano normalmente privi del carattere essenziale proprio dell'attuale istituto arbitrale di diritto comune: libertà nella scelta di ricorso ad esso e libertà nella scelta degli arbitri.

Tali collegi e giunte erano di norma di obbligatoria utilizzazione, costituiti da soggetti predeterminati o da scegliere in ambiti predeterminati per legge, configurandosi così come vere e proprie giurisdizioni speciali.

Possono esemplificativamente ricordarsi tra le fonti normative che riguardano tali collegi e giunte:

la legge del 23 aprile 1865 n. 2252 (seguita dalla legge 2 agosto 1897 n. 382) che decretò l'istituzione in ciascuna provincia della Sardegna di una giunta d'arbitri, composta di 5 membri per «decidere le controversie sui terreni ex-adempribili nelle quali sia interessato il governo o qualche comune,

anche quando la causa si svolga pure in contraddittorio di privati», cui spettava inoltre l'omologazione delle transazioni con le quali si fossero definite controversie di tal specie.

Le sentenze di tale giunta arbitrale non erano soggette ad altro mezzo d'impugnazione se non all'istanza per revocazione nei casi considerati ai nn. 2 e 3 dell'art. 494 c.p.c. (scoperta o accertamento della falsità di documenti o recupero di documento decisivo che non poté essere prodotto prima, per fatto della parte contraria).

È da osservare che ad ogni modo tale limitazione non sottraeva le sentenze al sindacato di ordine pubblico stabilito dall'art. 3 della legge n. 3 del 31 marzo 1877, per l'osservanza dei confini della rispettiva podestà da parte di qualsivoglia giurisdizione speciale. Si allude al ricorso alle S.U. della Corte di Cassazione per incompetenza e/o eccesso di potere: trattandosi di garanzia di carattere giuridico-politico non la si poteva ritenere derogata a favore delle giunte d'arbitri di cui trattasi.

Un altro gruppo di leggi abolitrici di «*usi civici o servitù civiche*» in varie Regioni d'Italia (legge 15 agosto 1867 n. 3910; legge 25 maggio 1876 n. 3124; legge 2 aprile 1882 n. 678; legge 24 giugno 1888 n. 5489) conferì speciali attribuzioni ad apposite giunte arbitrali, le cui sentenze dovevano essere omologate e rese esecutorie dal Tribunale civile in camera di consiglio ed erano inappellabili, salvo la modificazione conseguente ad un eventuale accertamento di un errore di fatto determinante.

Una certa analogia con le giunte di arbitri presentavano le Commissioni circondariali istituite mediante la legge 10 agosto 1862 sulle enfiteusi dei beni ecclesiastici e demaniali in Sicilia, nonché gli «arbitramenti» contemplati dalla legge 8 giugno 1873 che ebbe lo scopo di rinnovare e rinvigorire il precetto legislativo della abolizione degli oneri di prestazione di prodotti della terra, gravanti da secoli sopra la maggior parte delle proprietà private nelle province napoletane e della Sicilia.

In materia di emigrazione la legge 30 dicembre 1888 aveva stabilito una giurisdizione arbitrale avente ad oggetto le azioni per restituzione di somme, risarcimento danni e ogni altra controversia relativa alla medesima legge.

L'art. 98 della legge 17 luglio 1890 sulle istituzioni pubbliche di beneficenza stabiliva che le controversie fra gli ospedali e le facoltà medico-chirurgiche dovessero essere decise inappellabilmente da tre arbitri, con le funzioni di «amichevoli compositori», con l'osservanza delle forme imposte dal codice di procedura civile, anche per ciò che riguardava gli effetti della sentenza.

In tal caso, la libertà della scelta degli arbitri accosta l'istituto all'arbitrato di diritto comune del codice di procedura civile dell'epoca.

Nella legge 20 marzo 1865, allegato E, sulle opere pubbliche era concessa al Governo (art. 349) la facoltà di prestabilire nei capitolati d'appalto che le questioni tra l'Amministrazione e gli appaltatori venissero decise da arbitri.

In relazione a questo testo di legge, il Capitolato Generale per gli appalti delle opere dipendenti dal Ministero dei Lavori Pubblici, approvato con Decreto Ministeriale 28 maggio 1895 conteneva una serie di disposizioni regolanti la costituzione dei collegi arbitrali e i giudizi innanzi ad essi.

Non vi è dubbio che il Capitolato anzidetto conteneva le condizioni alle quali l'Amministrazione dello Stato invitava a sottoporsi coloro che con essa intendevano contrattare. Perciò l'assunzione di un appalto di lavori pubblici includeva l'accettazione di tali condizioni, e l'arbitrato traeva origine dal contratto, quantunque le parti rinunziassero al diritto di libera scelta degli arbitri, la nomina dei quali veniva effettuata secondo le norme del Capitolato stesso.

Avvalendosi dell'autorizzazione di cui al succitato art. 349 della legge sui lavori pubblici, infatti, quasi tutte le Amministrazioni statali, nei loro capitoli generali, prevedono la devoluzione ad un collegio arbitrale di tutte le controversie che eventualmente insorgessero tra amministrazione ed appaltatore e non potute definire in via amministrativa (*cfr.* art. 42 del Cap. Gen. - Min. ll.pp., 28 maggio 1895; art. 51 delle cond. Gen. Lav. Genio mil. del 1932; art. 43 del Cap. Gen. Min. ll.pp. emanato con d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063).

Gli arbitrati fin qui esaminati non sono riconducibili all'arbitrato di diritto comune utilizzabile di norma dai privati in alternativa alla giurisdizione ordinaria per la soluzione delle vertenze tra loro insorgenti.

Tale arbitrato di diritto comune trovava la sua disciplina nel codice di procedura civile del 1865 ed ora in quello del 1942 come modificato da recenti riforme.

3. - *L'arbitrato di diritto comune*

L'arbitrato rituale, come previsto e disciplinato dall'ordinamento statale italiano attuale, si configura come rito alternativo rispetto al processo di cognizione che, conformandosi alle regole statuali, beneficia delle conseguenze di tale modo di essere.

Al riguardo è ancora attuale quanto osservava il Chiovenda con riferimento al precedente codice di procedura civile: «*il codice riconosce un importantissimo contratto, che ha una rilevanza processuale negativa, in quanto dà alle parti una eccezione processuale, cioè il diritto di impedire la costituzione o la prosecuzione di un rapporto processuale: è il compromesso, ossia l'accordo delle parti di deferire la definizione delle controversie a uno o più privati (arbitri) - art. 8 e segg. - Il compromesso implica dunque una rinuncia "alla cognizione di una controversia per opera dell'autorità giudiziaria"*».

Se una delle parti compromettenti cita l'altra davanti al giudice, il convenuto può impedire l'esame del merito mediante la eccezione di compromesso, che non è né di competenza, né di litispendenza, ma di rinuncia al procedimento di cognizione giudiziaria.

Ciò che le parti sostituiscono al processo è affine al processo nella sua figura logica, è cioè una definizione di controversie mediante un giudizio altrui; ma l'arbitro non è funzionario dello Stato, non ha giurisdizione, né propria né delegata, non attua la legge, non eseguisce: le sue facoltà derivano dalla volontà delle parti espressa in conformità della legge; la sua decisione (sentenza arbitrale o lodo) è irrevocabile per volontà delle parti ma non è esecutiva».

Avvertiva però che «d'altro lato non bisogna esagerare la concezione privata dell'arbitrato fino a ricondurlo nel numero dei casi in cui l'arbitrio del terzo è elemento di determinazione della volontà privata. Ciò può dirsi dell'appaltatore, non dell'arbitro. Le parti chiedono all'arbitro non quale dovrà essere la volontà loro, ma qual è la volontà della legge che regola il loro rapporto. Non

vi è nel compromesso la manifestazione di una volontà incompleta, che l'arbitro debba integrare con la sua, ma l'incarico a lui dato dalle parti di ricercare qual è la volontà concreta della legge».

Osservava inoltre, il Chiovena che *«nel concedere questa facoltà alle parti, la legge non nasconde la sua diffidenza verso l'uso di essa e non ha rinunciato a regolarne l'esercizio determinando rigorosamente le condizioni di validità del compromesso, del procedimento e della sentenza arbitrale, assegnando termini per l'emanazione di questa e permettendo d'impugnarla per alcuni motivi davanti agli organi della giurisdizione nonostante qualunque rinuncia (art. 30 e 32 cod. proc. civ.). Questo spesso finisce col complicare anziché semplificare le controversie. È tanto esagerato considerare questo istituto come un mero residuo del passato, quanto come un prodromo di miglior giustizia a venire».*

4. – Arbitrato ed Amministrazione

È ormai da tempo un dato acquisito quello secondo cui non solo le liti tra privati, ma anche le controversie in cui è parte un soggetto pubblico che non abbia però fatto uso di pubbliche potestà, ma abbia agito *iure privatorum*, possono venire risolte mediante arbitrati.

L'arbitrato cui ci si riferisce è quello riconducibile, nella sua essenza, all'istituto disciplinato dagli artt. 806 ss. c.p.c., da considerare applicabili anche alle controversie coinvolgenti soggetti pubblici che abbiano agito *iure privatorum*.

Non appare infatti utilizzabile dalla Pubblica Amministrazione il cosiddetto «arbitrato irrituale» o «libero», il quale si esplica nel conferimento a terzi di una vera e propria capacità negoziale, intesa alla determinazione di un nuovo regolamento contrattuale degli interessi, che consenta di superare la controversia. Tale *modus operandi*, senz'altro lecito per i privati, non è invece ammissibile per la Pubblica Amministrazione, stante l'evidente impossibilità che essa deleghi a terzi la formazione della propria volontà negoziale, a meno che esistano norme esplicite deroganti al principio che impone l'esercizio diretto dell'attività (anche di quella di diritto privato) da parte degli organi pubblici.

Esclusa quindi la utilizzabilità dell'arbitrato irrituale quando sia coinvolta una pubblica amministrazione, va sottolineato che il ricorso all'arbitrato di diritto comune è possibile quante volte si tratti di controversie nascenti nell'ambito di rapporti sorti e disciplinati sulla base dell'uso di autonomia negoziale privatistica da parte anche del soggetto pubblico, che si trova così in posizione paritetica con la propria controparte. È al riguardo ricorrente l'affermazione secondo la quale *«qualora l'ente pubblico si avvalga di un professionista privato, l'atto di affidamento del relativo incarico, come pure gli atti che vengono successivamente ad interferire sul rapporto, sono espressione non di poteri pubblicistici, ma di autonomia negoziale privatistica. Ne consegue che a tale rapporto è applicabile l'istituto della transazione e, quindi la regola generale di cui agli articoli 806 e 808 c.p.c., in virtù della quale tutte le questioni suscettibili di transazione, anche se riguardanti gli Enti pubblici, purché non devolute alla cognizione di speciali giurisdizioni esclusive, possono formare oggetto di compromesso e clausola compromissoria»* (Cass., Sez. I, 30 agosto 1995, n. 9159).

Alla stregua del pluralismo istituzionale e del diffondersi del processo di privatizzazione che accompagna una più moderna concezione del diritto amministrativo, si può ben comprendere come l'ambito delle controversie «arbitrabili» in cui è parte una P.A. appare destinato ad espandersi, proporzionalmente all'avvento di moduli consensuali che tendono – sia pur limitatamente ad alcuni settori – a sostituire l'esercizio del potere unilaterale ed autoritativo.

Indicativa di tale prospettiva è la legge 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo, che, attraverso la previsione di un contraddittorio effettivo tra tutti soggetti titolari di interessi coinvolti nel procedimento, può sboccare nella conclusione di un «accordo».

La crescente rilevanza degli accordi non consente più di sostenere che le situazioni coinvolte e definite consensualmente sono giuridicamente «indisponibili»; piuttosto occorre vagliare il grado di vincolatività di tali accordi che devono pur sempre tener conto dell'interesse pubblico, immanente al rapporto, pur se consensualmente regolato (cfr. VITTORIO DOMENICHELLI, *Le prospettive dell'arbitrato nei rapporti amministrativi (tra marginalità, obbligatorietà e consensualità)*, in *Dir. Proc. Amm.* 2/1998).

Ed infatti è previsto che i suddetti accordi siano conclusi con la clausola «*rebus sic stantibus*», riservando cioè alla P.A. interessata il potere-dovere di verificarne la compatibilità con le esigenze sopravvenute, nell'esercizio delle sue funzioni e l'attribuzione del conseguente potere di recesso (art. 11 legge 241/1999).

Non può dirsi coerente con la linea evolutiva di cui sopra la scelta del legislatore che, nello stesso anno 1994, mentre con la legge 25/1994 ha innovato la disciplina dell'arbitrato rituale testimoniando così la crescente attenzione per questo istituto, dall'altro lato, con l'art. 32 della legge n. 109/1994 sui lavori pubblici nella sua versione originaria (“nei capitolati generali o speciali non può essere previsto che la soluzione della controversia sia deferita ad un collegio arbitrale ai sensi dell'art. 806 ss. c.p.c.”), ha offerto un inequivocabile segno di sfiducia verso l'istituto dell'arbitrato, quanto meno nel settore dei lavori pubblici (sfiducia poi superata con le modifiche degli articoli 31 e 32 della legge n. 109/1994 apportate dalle leggi 216/1995 e 415/1998) (cfr. GIOVANNI VERDE, *Arbitrato e Pubblica Amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.* 2/1996).

5. – Arbitrato e giurisdizione amministrativa

Fino a pochi anni fa era affermazione pacifica in giurisprudenza e dominante anche in dottrina che le controversie in cui sia parte una P.A. non potessero essere compromesse in arbitri, non solo quando esse riguardassero interessi legittimi, e fossero dunque devolute alla giurisdizione amministrativa di legittimità ma anche quando attenessero a diritti soggettivi compresi in materie affidate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Tale opinione – come evidenziato da autorevole dottrina (cfr. VITTORIO DOMENICHELLI, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato: riflessioni e interrogativi*, in *Dir. Proc. Amm.* 2/1996) – si fondava da un lato sul concetto che una P.A. non può essere giudicata da privati ma solo da un organo pubblico e dall'altro sulla funzione dell'arbitrato quale sistema di composizione delle

liti alternativo al processo civile, così che sarebbe stato precluso quando la legge ne affida la cognizione esclusiva ad altri giudici destinati appunto a risolvere liti in cui sia coinvolta la P.A..

A tale impostazione concettuale si obiettava che la disciplina codicistica non le offre un supporto atteso che invero esclude dal giudizio arbitrale soltanto le situazioni giuridiche indisponibili senza riguardo alla natura dei soggetti coinvolti (art. 806 c.p.c.).

5.1. – *Arbitrato e materie devolute alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo*

Per quanto concerne in particolare l'attività dell'Amministrazione esercitata in posizione di supremazia, si è sempre esclusa la compromettibilità in arbitri delle relative controversie e la nullità delle clausole compromissorie eventualmente stipulate, sull'assunto dell'indisponibilità della funzione amministrativa, per sua natura insuscettibile di trasferimento, rinuncia o limitazione.

Al riguardo la giurisprudenza ha assunto una posizione costante immutata nel tempo secondo la quale: «*Il potere giurisdizionale degli arbitri, in quanto trova fondamento in una deroga convenzionale alla competenza del giudice ordinario, sussiste solo nell'ambito della giurisdizione di quest'ultimo e perciò non possono essere deferite al giudice privato controversie che esorbitino dalla giurisdizione del giudice ordinario stesso, per essere la materia deferita al giudice amministrativo*» (T.A.R. Lazio, Sez. III, 23 maggio 1992, n. 635). Ed ancora più specificamente «*la sostituzione della cognizione arbitrale a quella giurisdizionale è ammissibile solo con riguardo alle attribuzioni del giudice ordinario, e non anche per le materie oggetto della giurisdizione amministrativa che coinvolgano interessi legittimi*» (T.A.R. Campania, Sez. V, 21 maggio 1996, n. 255).

Altro limite addotto da parte della dottrina per escludere che gli interessi legittimi possano costituire oggetto di compromesso per arbitri o, in via generalizzata, che l'arbitrato possa riguardare controversie in cui sia parte una Pubblica Amministrazione, è quello tecnico secondo cui tale istituto non è concepibile laddove le successive fasi processuali non siano ricordabili ad un giudizio innanzi a giudici ordinari.

L'impostazione giurisprudenziale ora riferita si basa sull'assunto che non possono stipularsi validi «patti di deroga» alla giurisdizione, mentre ove fosse possibile il contrario, non vi sarebbero ostacoli a scorgere nell'adesione al compromesso o alla clausola compromissoria una rinuncia alla giurisdizione amministrativa (sempre che la situazione sostanziale fosse «disponibile»).

Ebbene, anche questo assunto potrebbe oggi essere contestato rilevandosi che l'impostazione originaria del codice di procedura civile del 1942, fondata sulla assoluta indisponibilità della «giurisdizione» e della «competenza», per ragioni di ordine pubblico, ha subito un mutamento significativo con l'intervento del legislatore del 1990 e del 1995.

In particolare, la riformulazione dell'art. 38 c.p.c. (che ha reso derogabile la competenza per materia valore e territorio ex art. 28 c.p.c. se non eccepita nella prima udienza) rende ragionevole il dubbio che non si possa più parlare di nullità assoluta dei patti in deroga ai criteri (c.d. forti) di com-

petenza; mentre l'art. 4 della legge 31 maggio 1995 n. 218, ribaltando il principio di cui all'art. 2 originario del c.p.c., ha disposto che, nel campo dei diritti disponibili, i patti in deroga in tema di giurisdizione italiana sono pienamente validi ed efficaci.

Quanto da ultimo osservato sembra trovare conforto nei principi propri del diritto comunitario, nel quale le posizioni riconducibili ad interessi legittimi non appaiono essere differenziate dai diritti soggettivi per ragioni ontologiche, ma soltanto per i modelli di tutela, essendoci situazioni meglio tutelate secondo il modulo della giurisdizione di annullamento ed altri meglio tutelati con forme ripristinatorie (piena o per equivalente).

La devoluzione ad arbitri delle vertenze su interessi legittimi perciò affidati alla cognizione del giudice amministrativo di legittimità non trova però neppure oggi soluzioni positive prevalendo le opinioni negative sopra riportate.

5.2. – Arbitrato e giurisdizione esclusiva

L'impostazione tradizionale con riguardo alle controversie su materie affidate alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo sottolinea – come si è ricordato – che nei casi di giurisdizione esclusiva vi è una profonda commistione tra attività autoritativa e attività paritetica, da parte della P.A., e tra titolarità di interessi legittimi e di diritti soggettivi, da parte del privato.

Giova, innanzitutto, evidenziare che anche in tali ipotesi i diritti soggettivi non diventano indisponibili per il fatto di essere inglobati nella giurisdizione esclusiva, in quanto la disponibilità o meno del diritto deriva dalle norme sostanziali e non dalle regole in materia di giurisdizione.

Ciò malgrado, l'esclusione dell'istituto dell'arbitrato è stata sostenuta in base alle considerazioni che di seguito si espongono.

In primo luogo, si è evidenziato che il ricorso all'arbitrato avrebbe comportato la *frammentazione giurisdizionale* della materia, in contrasto con la *ratio* della giurisdizione esclusiva che mira alla concentrazione presso un sola autorità giudiziaria (il giudice amministrativo) delle materie in cui è più stretto l'intreccio tra diritti soggettivi ed interessi legittimi.

In secondo luogo, la devoluzione al giudice amministrativo colliderebbe con il ricorso al giudizio arbitrale, che, confluendo nella giurisdizione ordinaria attraverso la (eventuale) dichiarazione di esecutività ed i mezzi di impugnazione del lodo, comporterebbe un'alterazione del riparto tra le giurisdizioni.

Tale preclusione ha trovato l'avallo della giurisprudenza che ha statuito (cfr. Cass., sez. V, sentenza n. 353 del 31 gennaio 2001): «*posto che il potere di deferire agli arbitri la decisione di una controversia trova fondamento nella volontà delle parti di derogare convenzionalmente alla competenza del giudice civile, ne consegue che il relativo potere sussiste solo nell'ambito della giurisdizione di quest'ultimo e non anche per le controversie relative a materia deferita al giudice amministrativo, sia come giurisdizione generale di legittimità, sia come giurisdizione esclusiva*» (nella specie si è ritenuta nulla la clausola compromissoria contenuta in una convenzione che accedeva alla concessione di costruzione e di gestione di un'opera pubblica).

Sulla stessa linea la giurisprudenza amministrativa che ha evidenziato (T.A.R. Campania, sez. I, sentenza n. 3071 dell'1 ottobre 1998) che «*la com-*

promissione in arbitri può trovare spazio unicamente per le questioni riservate all'autorità giudiziaria ordinaria ed è preclusa per quelle rientranti nella giurisdizione esclusiva del Tribunale Amministrativo; infatti, la sfera di competenza del giudizio arbitrale, derivante dalla volontà delle parti di derogare convenzionalmente alle attribuzioni del giudice civile, non può esorbitare rispetto all'ambito della giurisdizione assegnata a quest'ultimo, con conseguente nullità della clausola compromissoria eventualmente stipulata, per la parte in cui risulti in contrasto con le regole di riparto della giurisdizione».

È stata pure ritenuta non incidente sulla giurisdizione del G.A. la clausola compromissoria inserita in una convenzione stipulata tra P.A. e privato in materia di parcheggi, sulla base del principio della non deferibilità ad arbitri delle controversie rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (T.A.R. Umbria, 24 marzo 1999 n. 218).

Il T.A.R. Lombardia, sez. I, sentenza dell' 8 marzo 1999, ha in altro ambito affermato che *«l'arbitrato sulle sanzioni disciplinari, previsto dall'art. 9 del D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, non è esperibile fintantoché sussiste in materia la giurisdizione amministrativa. Conseguentemente, il lodo emesso dal Collegio arbitrale di disciplina è inesistente, ed il provvedimento disciplinare, oggetto del lodo, è direttamente impugnabile dinanzi al giudice amministrativo».*

In questo scenario appare particolarmente interessante la decisione del T.A.R. Friuli Venezia Giulia, che con sentenza n. 548 del 13 giugno 1996 ha affermato che *«qualora nella deliberazione approvativa dello schema di convenzione di una concessione-contratto sia contenuta una clausola compromissoria che affida ad un Collegio arbitrale ogni controversia che possa insorgere tra le parti, la giurisdizione, ancorché per legge sia affidata al giudice amministrativo, nel caso concreto spetta a detto Collegio, in quanto non può essere disapplicato quanto disposto con provvedimento amministrativo autoritativo ormai divenuto inoppugnabile».*

5.3. – La svolta della legge 205/2000, art. 6

Il problema dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione amministrativa è tornato alla ribalta con la svolta operata dalla legge n. 205/2000 che, all'articolo 6, capoverso, prevede espressamente la possibilità di risolvere, mediante arbitrato rituale di diritto, le controversie concernenti le posizioni di diritto soggettivo affidate alla giurisdizione del giudice amministrativo.

La particolare formulazione della norma preclude l'accesso a forme di arbitrato irrituale o rituale *«secundum aequitatem»* allo scopo di assicurare una tutela più forte e «controllata» degli interessi alla cui cura è deputata la Pubblica Amministrazione, e rinvia – nel silenzio del legislatore sul punto – alla disciplina del codice di procedura civile.

Occorre innanzitutto esaminare, letteralmente ed in un'ottica sistematica, la portata dell'articolo 6, capoverso, onde comprenderne i risvolti innovativi.

In primo luogo, preme evidenziare che si fa riferimento non solo ai diritti soggettivi ricompresi nella «giurisdizione esclusiva» del giudice amministrativo, ma, in senso più ampio, ai diritti soggettivi rientranti nella «giurisdizione» del giudice amministrativo.

Al riguardo non ci si può esimere dal sottolineare che il succitato art. 6, mentre al comma 1 prevede l'attribuzione delle controversie concernenti le

procedure di affidamento di lavori, servizi forniture alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, al comma 2 non si riferisce più alla giurisdizione esclusiva.

Invero, quanto evidenziato, più che essere frutto di una svista o di un difetto di coordinamento che dir si voglia, risponde ad un chiaro intento ampliativo del legislatore.

La previsione di largo respiro induce a chiedersi:

- a) se effettivamente vi siano diritti soggettivi nell'ambito della giurisdizione amministrativa di legittimità;
- b) se tali eventuali diritti siano solo quelli al risarcimento del danno derivanti dalla lesione di interessi legittimi;
- c) se siano quindi solo queste, per quanto concerne la giurisdizione di legittimità, le controversie affidate a giudice amministrativo compromettibili in arbitrati.

La soluzione affermativa di tali questioni sembra essere suggerita dall'attenta lettura della nota sentenza n. 500/1999 della Suprema Corte, laddove riconosce l'autonomia del diritto soggettivo al risarcimento ex art. 2043 c.c. rispetto alla posizione di interesse legittimo (sulla cui lesione si fonda appunto la pretesa risarcitoria).

Tale soluzione implicherebbe però – tenendo conto di quanto deciso in tema di pregiudiziale amministrativa dall'Adunanza Plenaria C.d.S. 1/2004 e 4/2004 – una frattura tra giudizio di annullamento dell'atto e giudizio risarcitorio, in quanto il primo sarebbe affidato al Giudice amministrativo, mentre il secondo ad un Collegio arbitrale, con il rischio di conflitti che una tale scissione può comportare.

Le prime pronunce successive all'entrata in vigore della legge n. 205/2000 hanno dato ampia applicazione al dettato normativo di cui all'articolo 6 suindicato.

In particolare, il T.A.R. Lombardia (sez. III, 31 luglio 2002, n. 3280) ha affermato che «*nell'ambito della giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo di cui all'art. 33, d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80, rientrano tutte le controversie attinenti alla gestione di pubblici servizi, comprese quelle insorgenti tra il gestore del pubblico servizio di raccolta scommesse ed i soggetti dallo stesso autorizzati alla raccolta, poiché il rapporto tra i due ha natura pubblicistica. Ai sensi dell'art. 6, legge 21 luglio 2000 n. 205, le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto; pertanto, in tal modo possono essere risolte anche le controversie in materia di raccolta scommesse e gestione pronostici*».

Con portata più ampia il T.A.R. Veneto (sez. I, 1 marzo 2003, n. 1583) ha statuito che «*prima dell'entrata in vigore della legge 21 luglio 2000 n. 205, la compromissione in arbitri era ammissibile soltanto per le questioni riservate all'Autorità giudiziaria ordinaria e preclusa per quelle rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, atteso che la sfera di competenza del giudizio arbitrale, derivante dalla volontà della parte di derogare convenzionalmente alle attribuzioni del giudice civile, non poteva esorbitare l'ambito di giurisdizione assegnata a quest'ultimo, con la conseguenza che la clausola compromissoria eventualmente stipulata era nulla per la parte contrastante con le*

regole del detto riparto», aggiungendo però che «la nullità della clausola compromissoria derivante da violazione di norme imperative in materia di giurisdizione (e non da vizi intrinseci dell'atto negoziale) è sanata ex tunc dalla sopravvenienza dell'art. 6 comma 2 legge 21 luglio 2000 n. 205 di interpretazione autentica delle norme relative ai presupposti per l'instaurazione del giudizio arbitrale nella parte in cui, modificando la disciplina anteriore, stabilisce la compromettibilità in arbitri di controversie rientranti nella giurisdizione del Giudice amministrativo; pertanto, la detta clausola è valida qualora, relativamente a controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi, determini la competenza arbitrale in deroga alla competenza del Giudice amministrativo, benché inserita in convenzioni o contratti stipulati in data anteriore all'entrata in vigore della legge n. 205 citata».

Sulla situazione così descritta e conseguente alla lettura del testo originario delle norme in materia di giurisdizione esclusiva contenute nella legge n. 205/2000 hanno prodotto rilevanti effetti la sentenza n. 4/2004 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in tema di pregiudiziale amministrativa e la sentenza n. 204/2004 della Corte Costituzionale.

In particolare, tale sentenza della Corte Costituzionale ha da un lato ridimensionato l'ampiezza delle materie affidate alla cognizione del Giudice Amministrativo in sede esclusiva, escludendo tutte quelle ipotesi nelle quali non vi sia esercizio di potere autoritativo della Pubblica Amministrazione, e dall'altro confermato l'affidamento al Giudice Amministrativo della possibilità di riconoscere a chi ha subito lesione di un interesse legittimo non solo la tutela demolitoria dell'atto lesivo ma anche quella ripristinatoria per equivalente, quando la tutela demolitoria non risulti sufficiente.

La configurazione della pretesa ripristinatoria per lesione di interessi legittimi, operata dalla Corte Costituzionale nel senso di cui sopra, sembra escludere l'esistenza di una «nuova materia risarcimento del danno» autonomamente intesa e svincolata dalla simultanea presenza di un interesse legittimo violato attraverso il cattivo uso del potere autoritativo, e conseguentemente impone una diversa risposta alle domande che sopra sono state poste, rispetto a quelle che si potevano dare a seguito della sentenza Cassazione S.U. n. 500/1999 e dell'originario dettato della legge n. 205/2000, già significativamente alterate dalla sentenza n. 4/2004 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

5.4. – L'arbitrato sui diritti devoluti alla giurisdizione del G.A. ed il giudice delle impugnazioni

Altro rilevante problema che la nuova normativa rende concreto e di urgente soluzione è quello della individuazione del giudice competente per la impugnazione del lodo, atteso che il legislatore nulla ha dettato sul punto.

Al riguardo sono prospettabili tre soluzioni.

La prima soluzione va nel senso di individuare quale giudice della impugnazione il giudice ordinario e precisamente quello indicato dal codice di procedura civile: la Corte d'Appello del distretto nel cui ambito il lodo è stato sottoscritto.

La seconda soluzione individua il giudice dell'impugnazione nel Consiglio di Stato in sede di giurisdizione esclusiva.

La terza soluzione individua quale giudice competente per la fase rescisoria del lodo (valutazione cioè di suoi eventuali vizi) il Consiglio di Stato in sede di giurisdizione esclusiva e per la fase rescindente (valutazione del merito della vertenza) la Corte d'Appello.

A sostegno della prima tesi vengono portati i seguenti argomenti:

Le norme che disciplinano il processo hanno carattere pubblicistico e sono perciò imperative. Ne consegue che la disciplina dell'impugnazione del lodo arbitrale deve essere inderogabilmente ricercata nelle norme che espressamente disciplinano la materia (e cioè nelle disposizioni contenute negli artt. 827 e ss. c.p.c.), rimanendo esclusa la possibilità di effettuare manipolazioni o adattamenti della disciplina processuale in base a considerazioni soggettive, incentrate sull'individuazione del giudice che sarebbe stato competente nel caso alternativo in cui non fosse stata proposta la domanda di arbitrato.

Viene pure osservato che nel nostro sistema non esisterebbe un *principio assoluto di separazione delle competenze* del giudice amministrativo e del giudice ordinario come dimostrano le recenti trasfusioni di competenze tra l'uno e l'altro giudice; con la conseguenza che nulla osta a ritenere che il giudice ordinario possa conoscere le questioni relative a diritti soggettivi ordinariamente rimesse al giudice amministrativo, allorché le parti, nell'esercizio delle proprie facoltà, abbiano inteso sottrarre la vertenza ai normali schemi giurisdizionali per ridurla in una dimensione privatistica e negoziale.

Per altro verso, nel silenzio del legislatore, *non è configurabile una doppia forma di arbitrato rituale, soggetto a diversi strumenti di impugnazione, di cui uno alternativo al giudizio dinanzi al giudice ordinario ed uno alternativo al giudizio dinanzi al giudice amministrativo.*

L'individuazione di una competenza «*praeter legem*» del giudice amministrativo in tema di impugnazione del lodo arbitrale comporterebbe altresì gravi profili di legittimità costituzionale, perché comporterebbe gravi limiti alla potestà di ricorrere per Cassazione, secondo il disposto dell'*art. 111 Cost.* (sul punto va però tenuto presente quanto osservato da Corte Costit. in sent. 204/2004 p. 3.4.1).

A sostegno della seconda tesi (cui ha fatto adesione il C.d.S. con decisione 19 giugno 2003 n. 3655) vengono portati i seguenti argomenti:

– la riconduzione delle impugnazioni del lodo alla competenza del G.A. rispetta il principio della uniformità di interpretazione, assicurando, almeno attraverso il grado di impugnazione, che sia il sistema giudiziario T.A.R. – C.d.S. ad indicare la interpretazione da dare alle norme che vengono in considerazione,

– poiché il giudice naturale preconstituito per legge per le questioni risolubili con arbitrato è il G.A., è a questo giudice che bisogna affidare la cognizione della impugnazione del lodo;

– l'arbitrato non si pone più come alternativo alle competenze del G.O. ma costituisce strumento di composizione delle controversie alternativo alla giurisdizione statale in generale (sia dell'AGO che del G.A.);

– la giurisdizione amministrativa è esclusiva non tanto in relazione alla natura dell'atto, provvedimento o comportamento contestato ma soltanto in

relazione alla materia, l'individuazione della giurisdizione per l'impugnativa del lodo deve essere perciò fatta sulla base delle materie e se questa è affidata al G.A. a questi dovrà affidarsi la cognizione della impugnazione del lodo;

– può dirsi superata la concezione del giudice amministrativo come giudice speciale rispetto a quello ordinario, posto che gli articoli 103 e 113 Cost. individuano nel giudice amministrativo il giudice ordinario della pubblica amministrazione, sicché il rapporto tra giurisdizione amministrativa ed arbitrato è stato completamente travolto;

– i diritti soggettivi restano tali (epperò disponibili) anche se conoscibili dal G.A., non dipendendo la loro natura dalle regole sulla giurisdizione ma dalla loro sostanza sicché rimangono suscettibili di arbitrato ancorché conoscibili dal G.A., ed al G.A. vanno in sede di impugnazione;

– la giurisdizione esclusiva nasce, non tanto per dare ad un giudice specializzato (e non speciale) la cognizione di materie permeate da pubblico interesse, quanto per rendere certo il giudice per certe materie.

A sostegno della terza tesi viene addotto il seguente argomento:

– la tendenziale trasformazione del processo amministrativo da processo su atti in processo su rapporto o meglio in processo volto ad assicurare la soddisfazione di una pretesa (oppositiva o pretensiva) nei confronti della P.A. attraverso la cognizione di due momenti uno relativo alla legittimità o meno della azione amministrativa ed un altro relativo alla valutazione delle conseguenze della accertata illegittimità in termini di bene da riconoscere al promotore del giudizio amministrativo comporta la conseguenza di sdoppiare l'impugnazione del lodo nella fase rescissoria (legittimità del lodo sotto il profilo dell'esame della legittimità della azione amministrativa) e nella fase rescindente (legittimità del lodo sotto il profilo dell'esame della attribuzione del dovuto bene al ricorrente), attribuendo la prima fase al G.A. in sede di esclusiva e la seconda al G.O. rispettandosi in tal modo il principio secondo il quale la P.A. nelle manifestazioni di tutela del pubblico interesse e cioè nel momento dell'esercizio delle attività amministrative non può essere affidata al giudizio del G.O..

Non è condivisibile l'ultima opinione perché riprodurrebbe – contro quanto deciso nella sentenza 204/2004 della Corte Costituzionale – una defatigante necessità di formali simmetrie non rispondenti alle sostanziali esigenze di giustizia celere nei risultati e unica nella individuazione dell'organo giudicante che l'ordinamento ormai persegue, e sembra invece da condividere la soluzione accolta dal Consiglio di Stato nella ricordata sentenza n. 3655/2003 nel senso della spettanza del giudizio di impugnazione della decisione arbitrale al G.A. di secondo grado.

La *ratio* della nuova disposizione in esame è quella di consentire alle parti, le cui situazioni – diritto soggettivo del privato e posizione non autoritativa della P.A. sono «disponibili», di ricorrere all'arbitrato per la risoluzione delle controversie insorte tra le stesse.

Né può tacersi che, come si è osservato, l'attribuzione di determinate controversie alla giurisdizione esclusiva non vale ad «allargare» la tutela dei diritti soggettivi, ma piuttosto ad assicurare una più adeguata tutela all'interesse pubblico.

6. – *Le tipologie di arbitrato volte alla soluzione delle vertenze con la Pubblica Amministrazione: l'arbitrato amministrato dell'art. 32 legge n. 109/1994*

Si sono fin qui affrontati i temi dei rapporti tra Amministrazione e giudizio arbitrale e tra giurisdizione amministrativa ed arbitrato.

Altro discorso è quello relativo alle tipologie di arbitrato che il nostro ordinamento prevede per la soluzione delle vertenze coinvolgenti la Pubblica Amministrazione in dipendenza della natura della vertenza da risolvere.

Al riguardo va preliminarmente osservato che, ferma restando l'esclusione – già sopra sottolineata – delle forme di arbitrato irrituale per la soluzione di vertenze coinvolgenti la Pubblica Amministrazione, lo stesso arbitrato rituale, mentre nelle liti tra privati ha fonte nel compromesso o nella clausola compromissoria, ossia in un negozio riconducibile alla libera volontà delle parti, con riferimento alle controversie amministrative ha sempre posto il problema concernente l'ammissibilità degli arbitrati «obbligatori», così detti perché imposti dalla legge o, comunque, da norme giuridiche autoritative, in sostituzione della tutela offerta dalla giustizia togata; problema risolto, come si è visto, originariamente, con netta preferenza per tali forme di arbitrato e, poi, invece, nel senso dell'illegittimità costituzionale delle previsioni di arbitrati obbligatori (sent. n. 152/1986 C. Cost.) in ossequio proprio alla libera ed autonoma volontà delle parti.

È anche vero, però, che non mancano forme di arbitrato c.d. «amministrato», in relazione alle quali la disciplina processualciviltistica comune subisce delle modificazioni dirette ad adattare l'istituto dell'arbitrato alle esigenze dell'azione amministrativa.

In tali ipotesi, essendo la disciplina dell'arbitrato dettata per legge o regolamento, sembrerebbe «sconfessarsi» il primato della «volontà delle parti» che permea l'arbitrato propriamente detto.

Ma anche tali forme risultano essere compatibili con l'ordinamento costituzionale, purché si conservi alle parti la possibilità di incardinare la lite presso un giudice diverso da quello togato, a seguito di una libera scelta.

Con riferimenti all'arbitrato nel contratto di appalto delle opere pubbliche, viene in rilievo l'art. 10, comma I, della legge n. 415 del 1998 il quale prevede, in ossequio al delineato principio di facoltatività, che tutte le controversie derivanti dall'esecuzione del contratto (comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario di cui al comma 1 dell'art. 31 *bis*) possono essere deferite ad arbitri; mentre il comma 4-*bis* dell'art. 32 della legge n. 109/1994, aggiunto dall'art. 7, comma 1, lett. v) della legge n. 166/2002, ha ampliato la portata della norma disponendo che «*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 all'articolo 2*».

Preme subito evidenziare che va nettamente distinta, per quel che in questa sede rileva, l'area di operatività dell'art. 6 della legge n. 205/2000 da quella dell'art. 10 della legge n. 415/1998 suindicato.

Quest'ultimo, invero, riguarda le controversie derivanti dall'«esecuzione del contratto», ossia quelle concernenti l'attuazione del rapporto, che restano devolute alla giurisdizione del giudice ordinario; mentre l'art. 6, 2° comma, della legge n. 205/2000 consente di deferire agli arbitri – limitatamente alle

questioni attinenti a diritti soggettivi – le controversie attribuite al giudice amministrativo, ovvero quelle ora contemplate dal 1° comma del medesimo art. 6, aventi ad oggetto le «procedure di affidamento» degli appalti, quindi quelle riguardanti il momento genetico del rapporto oltre a quelle inerenti diritti soggettivi risarcitori nascenti da lesioni di interessi legittimi.

Da quanto ora detto può dedursi che alle controversie in materia di opere pubbliche di cui al succitato art. 6, comma 20, proprio perché differenti da quelle indicate nell'art. 32 della legge n. 109/1994, (cioè quelle che sorgono in fase di esecuzione) non si applicano -qualora siano rimesse al giudizio di arbitri – le regole sull'arbitrato «amministrato» dettate dal novellato art. 32 e dal relativo regolamento approvato con d.P.R. n. 554/1999.

Per ciò che concerne tale arbitrato «amministrato», così detto in quanto le regole alle quali soggiace non sono il frutto di autonoma pattuizione delle parti, secondo la potestà loro attribuita dall'art. 816, comma 2, c.p.c., ma vengono autoritativamente imposte da una fonte eteronoma, va sottolineato che tale disciplina ha di recente subito una sorta di «*lifting*» riduttivo, a seguito della decisione del Consiglio di Stato, sez. IV, 17 ottobre 2003 n. 6335, proprio a causa della evidenziata ridotta rilevanza della autonomia delle parti.

Invero, tre sono gli aspetti salienti dell'attuale disciplina legislativa dell'arbitrato in materia di lavori pubblici: 1) la natura facoltativa, volontaria o consensuale, che dir si voglia, dell'arbitrato, in ossequio all'orientamento costante della Consulta; 2) la previsione di un procedimento arbitrale che si svolge sotto l'egida della Camera Arbitrale, istituita presso l'Autorità per la Vigilanza sui lavori pubblici; 3) la rimessione ad un regolamento, adottato con decreto ministeriale, della determinazione delle norme di procedura del giudizio arbitrale, pur «nel rispetto dei principi del codice di procedura civile».

Orbene, lo scrutinio di legittimità operato dalla sentenza n. 6335/2003 del C.d.S. ha colpito alcune delle norme regolamentari di cui al punto 3) ed ha sottratto alla Camera Arbitrale il potere di nomina del terzo arbitro, previsto dall'art. 150, comma 3 del d.P.R. n. 554/1999, sulla base del seguente rilievo: «*l'arbitrato non può che essere facoltativo e volontario, sia per la scelta di esso compiuta dalle parti in luogo dei rimedi ordinari che per la scelta degli arbitri fatta liberamente dalle parti stesse, tanto che, se i componenti di un collegio fossero designati con criteri diversi da quelli della libera scelta delle parti, si tratterebbe di un vero e proprio organo di giurisdizione speciale, come tale, illegittimo. ...I principi di diritto processuale generale che costituiscono l'intelaiatura fondamentale dell'intero codice di procedura civile sono applicabili anche al procedimento arbitrale. Gli arbitrati amministrati, altro non sono che forme assistite da un'istituzione a ciò preposta, che provvede ad una serie di incombenze pratiche, svolgendo sostanzialmente una funzione di controllo dell'intero processo arbitrale, al fine di rendere meno litigioso lo svolgimento della procedura arbitrale, senza che ciò comporti alcun rapporto tra gli arbitri e l'istituzione, arbitri che, nel momento in cui accettano, s'impegnano esclusivamente nei confronti delle parti...».*

Specificando ulteriormente che «*quand'anche si potesse configurare una deroga, allorché la nomina sia attribuita ad un organo giurisdizionale (Presi-*

dente di Corte d'Appello, Presidente del Consiglio di Stato), come avveniva nel precedente Capitolato generale, ciò non sarebbe sicuramente consentito allorché l'organo che procede alla nomina come nel caso della Camera Arbitrale sia un organo che, pur operando in piena autonomia ed indipendenza, è pur sempre amministrativo, facente parte della Pubblica Amministrazione, che nella maggioranza dei casi è parte in causa nel giudizio arbitrale. Trattasi comunque di un organo che non risponde a quei requisiti di terzietà che il titolo IV della parte seconda della Costituzione richiede per tutti i giudici e per tutti i giudizi...».

6.1. – Segue: l'arbitrato e le concessioni

Terreno privilegiato per la verifica dei rapporti fra giurisdizione e arbitrato, quando sia interessata la Pubblica Amministrazione, è quello dell'istituto concessorio, in cui si incontrano emblematicamente tutti i nodi della giustizia amministrativa italiana: il rapporto tra autoritatività del provvedimento e pariteticità del regolamento convenzionale degli interessi che al primo acede (c.d. concessione-contratto); il rapporto fra giurisdizione amministrativa e ordinaria, risolto dal legislatore del 1971 nel senso di aver configurato entrambe tali giurisdizioni come esclusive, senza tener conto dei nessi inscindibili che legano il provvedimento al regolamento contrattuale, gli aspetti pubblicistici dell'uno agli aspetti patrimoniali dell'altro.

Al riguardo, infatti, la previsione dell'art. 5 della legge n. 1034/1971 ha demandato alla giurisdizione esclusiva dei T.A.R. i ricorsi contro atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni e servizi pubblici, riservando alla giurisdizione ordinaria le controversie sull'indennità, canoni ed altri corrispettivi.

Tale sistemazione normativa della materia è stata inevitabilmente fonte di controversie cui è seguita una serie di pronunce giurisprudenziali che hanno finito per travolgere anche il ruolo dell'arbitrato, nonostante tale istituto sia usualmente previsto nelle convenzioni, come mezzo tipico di risoluzione delle controversie tra concedente e concessionario.

In particolare, la nota sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione del 3 dicembre 1991 n. 12966 ha negato la giurisdizione ordinaria a vantaggio della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e di conseguenza dichiarato la nullità delle clausole compromissorie contenute nelle convenzioni che accedono alle concessioni amministrative, qualora l'arbitrato non trovi fondamento in fonti legislative tutte le volte che le controversie, pur riguardando indennità, canoni e corrispettivi, investano la portata della concessione amministrativa.

Tale pronuncia della Suprema Corte è stata fortemente contestata soprattutto laddove ha ritenuto che possano porsi nel nulla le clausole arbitrali liberamente sottoscritte dalle parti, salvo che le stesse non siano previste da leggi speciali; con ciò di fatto rimettendo alla scelta del legislatore il ricorso o meno all'arbitrato.

Tale impostazione, portata alle estreme conseguenze, ha consentito di osservare che, a spostare la giurisdizione (dal giudice ordinario al giudice amministrativo) sarebbe sufficiente che la controversia sul *quantum* del corrispettivo investa la portata della concessione, sicché basterebbe, ad escludere l'operatività della clausola arbitrale che il convenuto contestasse, magari del

tutto strumentalmente, lo stesso diritto all'*an* sulla base della concessione stessa; con ciò vanificando di fatto l'intera portata del 2° comma dell'art. 5 e la clausola compromissoria, pur sottoscritta dalle parti.

Una svolta in materia era stata attuata dal legislatore, ed infatti, essendo state soppresse al comma 2 dell'art. 5 della legge n. 1034/1971 le parole «*o di servizi*», in virtù dell'art. 33, 3° comma, del decreto legislativo n. 80/1998, come sostituito dall'art. 7, 10° comma, lettera *a*), della legge n. 205/2000, la disciplina dell'art. 5 avrebbe dovuto riguardare ormai soltanto le concessioni di beni pubblici, con conseguente devoluzione alla giurisdizione amministrativa esclusiva anche delle controversie in tema di «*indennità, canoni ed altri corrispettivi*», in caso di gestione di un servizio pubblico.

Sul punto è ora però aperta la verifica degli effetti della sentenza n. 204/2004 della Corte Cost. che dovrebbe andare nel senso della restituzione al G.O. delle controversie in materia di indennità, canoni ed altri corrispettivi conseguenti a rapporti concessori anche di servizi (v. in tal senso T.A.R. Campania n. 10999/2004; T.A.R. Lazio, Sez. Latina, n. 645/2004).

6.2. – *L'arbitrato e le controversie in materia di servizi pubblici*

La legge n. 205/2000, all'art. 7, 1° comma, lett. *a*), innovando la fonte dell'art. 33 del D.Lg.vo n. 80/1998, aveva tra l'altro devoluto «alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481», e nel 2° comma ulteriormente specificava le possibili controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di pubblici servizi.

L'indicazione esemplificativa ma non esaustiva di cui al richiamato art. 7, suggerita dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (parere 12 marzo 1998, n. 30), veniva letta nella prospettiva di attribuire maggiore concretezza e definitività alla nozione di «servizio pubblico», con l'intento di superare le questioni di giurisdizione sorte sulla natura dei servizi, rendendo irrilevante la sussistenza di un formale titolo concessorio in favore del gestore e collegando la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alla inerenza delle questioni comunque riconducibili alla materia dei pubblici servizi.

Era l'attinenza delle controversie alla gestione del servizio a dar fondamento alla loro riconducibilità alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Al riguardo la Corte di Cassazione aveva in più occasioni rilevato che gli atti del concessionario, o del gestore in generale, quando siano rivolti all'esercizio delle pubbliche funzioni trasferite dal concedente, hanno carattere di atti amministrativi, ancorché provenienti da un organo indiretto della P.A., e la ricorrenza di questo profilo «pubblicistico» che permea i rapporti concessori induceva ad escludere il ricorso all'arbitrato, posto che l'ammissione dell'arbitrato avrebbe potuto mettere a rischio un'adeguata tutela dell'interesse pubblico, tradizionalmente affidata alla cognizione del giudice amministrativo.

D'altra parte, però, anche in tempi in cui si riteneva precluso il ricorso all'arbitrato per le controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del G.A., non erano mancate pronunce che avevano tentato di aprire brecce al riguardo anche su controversie diverse da quelle strettamente inerenti a indennità, canoni, ed altri corrispettivi.

Il T.A.R. Puglia, ad esempio, con sentenza del 10 gennaio 1990, n. 26, statuiva che *«all'interno di un rapporto di concessione relativo alla costruzione e gestione di una opera pubblica, in caso di controversia tra concedente e concessionario, così come rientra nell'autonomia negoziale delle parti una definizione stragiudiziale della controversia mediante un negozio transattivo (ovvero di accertamento), allo stesso modo può essere demandata la definizione delle controversie all'opera di mandatarî delle due parti investiti della funzione arbitrale finalizzata al raggiungimento di una bonaria composizione della lite, la quale viene automaticamente ricondotta, per volontà delle parti che intendono avvalersi della procedura arbitrale, in un ambito più limitato rispetto a quello della cognizione del giudice amministrativo, con contestuale ed implicita rinuncia ad una tutela di diversa natura (ripristinatoria e costitutiva) affidata al giudice amministrativo e, invece, estranea ai poteri di un Collegio Arbitrale»*.

Nel caso di specie, a fronte della deliberazione dell'Amministrazione con cui si dichiara risolto il contratto di appalto che ha acceduto alla concessione, per inadempimento dell'appaltatore-concessionario, a quest'ultimo si prospetta in alternativa, da un lato, di adire il giudice amministrativo con automatica reviviscenza del rapporto contrattuale, dall'altro di avvalersi della clausola compromissoria, optando per una tutela di tipo risarcitorio, mentre non è dato, invece, di adire entrambi i tipi di tutela (giudice amministrativo e arbitrato)».

Tale ricerca, all'interno di un rapporto concessorio di pubblico servizio, di posizioni di diritto soggettivo idonee all'accesso alla procedura arbitrale era, dopo la innovazione positiva introdotta dall'art. 6, capoverso, della legge 205/2000, da condursi non più alla luce di stimolazioni interpretative volte ad allargare, nel preesistente silenzio della legge l'ambito di utilizzabilità dell'arbitrato, ma proprio nella doverosa prospettiva di rispettare rigorosamente il limite dettato dal legislatore per consentire anche nell'ambito dei rapporti concessori di pubblici servizi nell'ipotesi della ricorrenza di posizioni di diritto soggettivo, il ricorso ad arbitrato.

Situazione questa che appare ancor più difficile a riscontrarsi dopo che la devoluzione al G.A. in sede esclusiva è stata delimitata dalla Corte Costituzionale sicché non appare più possibile sulla sola base di una libera scelta del legislatore, vincolato, infatti, all'obbligo di giustificare tale scelta con la ricorrenza nella materia di cui si tratta della imminente presenza non solo di un pubblico interesse ma di una manifestazione del potere autoritativo della P.A.

È evidente infatti che all'interno di una materia devoluta alla giurisdizione esclusiva del G.A. in quanto necessariamente contrassegnata dalle manifestazioni di potere autoritativo sarà ben difficile individuare ipotesi di diritti soggettivi al di fuori di quelle classiche di indennità, canoni o altri corrispettivi (che restano devoluti alla cognizione del giudice ordinario) ovvero di diritti risarcitori conseguenti alla lesione di interessi legittimi derivata dal cattivo uso del potere autoritativo e che residuino non soddisfatti pur dopo l'esercizio del potere demolitorio di annullamento del giudice amministrativo, che sono attribuiti al giudice amministrativo.

Responsabilità solidale della P.A. per danni arrecati a terzi da propri dipendenti.

(È auspicabile il recupero di una nozione più rigorosa di *occasionalità necessaria* con i fini istituzionali)

di Vito Tenore (*)

SOMMARIO: 1. Premessa sulla responsabilità solidale della P.A. in caso di danni arrecati a terzi da pubblici dipendenti. – 2. L'elaborazione giurisprudenziale sulla *occasionalità necessaria* tra la condotta dannosa e i compiti d'istituto. – 3. L'*occasionalità necessaria* nei contenziosi risarcitori ex art. 2049 cc. nei confronti di datori di lavoro privati. – 4. Critiche all'attuale interpretazione giurisprudenziale dell'*occasionalità necessaria* e conclusioni.

1. Premessa sulla responsabilità solidale della P.A. in caso di danni arrecati a terzi da pubblici dipendenti.

Il patrimonio culturale che accomuna i giuristi appartenenti alle più diversificate carriere è rappresentato dai principi fondamentali del diritto elaborati, sulla scorta della lettura logico-sistematica del quadro normativo complessivo, dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Uno di questi principi, sui quali si sono formati molti operatori del diritto, è rappresentato da una nota puntualizzazione-limitazione afferente il peculiare regime della responsabilità civile verso terzi della P.A. a fronte di danni arrecati da un proprio dipendente, tematica sovente protagonista di contenziosi risarcitori, ma non adeguatamente esplorata nei pur numerosissimi studi in materia di responsabilità civile della P.A. (1). Come è noto, a

(*) Magistrato della Corte dei Conti – Professore presso la Scuola Superiore dell'economia e delle Finanze. L'articolo, su autorizzazione dell'editore, è già stato pubblicato su www.lexitalia.it

(1) Sulla responsabilità civile del dipendente pubblico e della P.A. cfr. FOLLIERI (a cura di), *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Milano, 2004; GARRI-GIOVAGNOLI, *Responsabilità civile delle amministrazioni e dei dipendenti pubblici*, Itaedizioni Torino, 2003; NAPOLITANO, *La responsabilità civile*, in DE BRANCO-NAPOLITANO-PENNONI-DE BRANCO, *Le responsabilità del pubblico dipendente*, Padova, 2003; CARANTA, *Attività amministrativa ed illecito aquiliano*, Milano, 2001; TORCHIA, *La responsabilità*, in CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II, Milano, 2000, 1455; GARRI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Torino, 2000; ALPA-BESSONE-CARBONE, *Atipicità dell'illecito*, IV, *Illecito della p.a.*, Milano, 1995, 387; BIANCA, *Diritto civile*, V, Milano, 1995, 633 ss.; BERTI, *La responsabilità pubblica: costituzione e amministrazione*, Padova, 1994; MARONE, *La responsabilità della p.a. nel rapporto di pubblico impiego*, in *Corr.giur.*, 1993, 1488; BRONZETTI, *La responsabilità nella pubblica amministrazione*, Padova, 1993; CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, 1993; BILANCIA, *Una rimeditazione della responsabilità civile della p.a. e dei dipendenti pubblici alla luce di due recenti decisioni della Corte Costituzionale*, in *Giur.cost.*, 1992, 1618; MERUSI-CLARICH, commento all'art. 28 cost., in *Commentario alla Costituzione* fondato da BRANCA e continuato da PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 1991, 370 ss.; CASSETTA, *Responsabilità civile*, III) *responsabilità della p.a.*, in *Enc.giur.*, XXVI, 1991, 1 ss.; CLARICH, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione nel diritto italiano*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 1989, 1985; SANDULLI, *Manuale cit.*, II, 1166 ss.; SATTA, *Responsabilità della p.a.*, in *Enc.dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, 1378; PIGA, *La responsabilità civile dei pubblici amministratori*:

differenza della responsabilità per danno arrecato dall'“uomo della strada”, che ne risponde (di regola) in via personale ed esclusiva, qualora a produrre il danno sia il lavoratore pubblico, l'art. 28 della Costituzione e l'art. 22 del d.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3 (non abrogato né disapplicato dalla c.d. privatizzazione del rapporto di impiego pubblico) sanciscono la corresponsabilità solidale diretta della P.A. *ex art.* 2043 c.c. (e non già indiretta *ex art.* 2059 c.c.) (2) in considerazione del rapporto di immedesimazione organica che lega il lavoratore al datore, che agisce necessariamente (e può dunque arrecare danni) tramite propri dipendenti (3), risultando inipotizzabile una visione antropomorfa della P.A. (che si muova personalmente nello spazio e nel tempo come un “omone” di Ascarelliana memoria producendo danni).

Tale regola subisce tuttavia una attenuazione logico-giuridica ad opera del predetto «principio generale» del diritto: la pubblica amministrazione può essere chiamata a rispondere di tali danni arrecati a terzi solo qualora il proprio dipendente li abbia arrecati nell'esercizio di compiti istituzionali o di compiti legati da «occasionalità necessaria» con compiti di istituto.

Trattasi di una doverosa limitazione, logica ancor prima che giuridica, alle sistematiche e crescenti evocazioni (e condanne) in giudizio della P.A., soggetto

nuovi profili, in *Foro amm.*, 1988, 746; SANVITI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione: gli aspetti specifici e gli spunti di carattere generale*, in *La responsabilità civile*, a cura di ALPA e BESSONE, vol. III, Milano, 1987, 460 ss.; MERUSI, *La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la costituzione: l'art. 28 rivisitato*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 1986, 41 ss.; CANNADA BARTOLI, *Introduzione alla responsabilità civile della pubblica amministrazione in Italia*, in *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Torino, 1976; ALESSI, *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, Milano, 1972; PICARDI, *Sulla responsabilità della p.a. e dei dipendenti pubblici*, in *Studi vari di dir.pubblico*, Milano, 1968; DI CIOMMO, *La responsabilità civile del dipendente statale e dell'amministrazione dello Stato*, in *Rass.Av. Stato*, 1957, 42; CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953.

(2) Oltre agli scritti citati nella precedente nota, per una felice sintesi sul dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla natura diretta *ex art.* 2043 c.c. (tesi prevalente in dottrina ed univoca in giurisprudenza) o indiretta *ex art.* 2049 c.c. (tesi minoritaria in dottrina) della responsabilità civile della p.a., si rinvia alla limpida nota di SERRAINO a Cass., sez. III pen., 11 giugno 2003, in *Foro it.*, 2004, II, 522.

(3) Molto chiaramente la Cassazione ha più volte chiarito che la fattispecie di responsabilità della P.A. verso terzi per condotta di propri dipendenti è disciplinata dall'art. 2043 (responsabilità soggettiva diretta) c.c. e non dall'art. 2049 c.c. (responsabilità obbiettiva indiretta), in quanto «lo Stato e gli altri enti pubblici non possono agire che a mezzo dei propri organi, il cui operato non è di soggetti distinti, ma degli enti stessi in cui essi s'immedesimano: ed è in virtù di tale rapporto organico che la responsabilità derivante dalla loro attività risale appunto alle persone giuridiche pubbliche delle quali sono espressione. La pubblica amministrazione risponde quindi immediatamente e direttamente (e non indirettamente, per rapporto institorio) per i fatti illeciti dei suoi funzionari e dipendenti – secondo un'accezione onnicomprensiva – quali che siano le mansioni espletate (di concetto o d'ordine, intellettuali o materiali). L'art. 28 della Costituzione, invero, non ha inteso immutare la natura della responsabilità diretta dell'amministrazione e sanzionare il principio della responsabilità indiretta, non riferibile istituzionalmente alla P.A., ma ha solo voluto sanire accanto ad essa quella propria degli autori dei fatti lesivi delle situazioni giuridiche altrui. Perché ricorra tale responsabilità della P.A. non basta, ovviamente, il semplice comportamento lesivo del dipendente; deve sussistere, infatti, oltre al nesso di causalità fra il comportamento e l'evento dannoso, la riferibilità all'amministrazione del comportamento stesso» (così testualmente *Cass.civile*, sez. III, 12 agosto 2000, n. 10803, in *Foro it.*, 2001, I, 3289 con nota di GIRACCA).

notoriamente più «solvibile» del proprio dipendente autore del danno arrecato a terzi, e, pertanto, raramente citato personalmente innanzi alla magistratura in sede risarcitoria, ferma restando la rivalsa dell'amministrazione innanzi alla Corte dei conti in caso di condanna, che, tuttavia, per varie ragioni non sortisce quasi mai un reale recupero, con conseguente accollo in capo alla collettività dei danni risarciti dall'amministrazione e solo in minima parte refusi dal lavoratore (4).

La miglior dottrina (5) ha chiarito che tale «occasionalità necessaria» con compiti istituzionali viene meno qualora la condotta dannosa del dipendente sia frutto di comportamenti *dolosi* o *egoistici* e, in particolare, qualora questi si traducano in un *illecito penale* doloso, comportante, come tale, una cesura del rapporto organico con la P.A. che non può essere ritenuta corresponsabile di reati dolosi o di scelte (illecite, stravaganti, egoistiche) esclusivamente personali del lavoratore, in quanto il delinquere, almeno per la pubblica amministrazione (per alcuni enti privati, riconosciuti o meno, le conclusioni potrebbero non essere le stesse!), non è un compito istituzionale, ispirandosi le scelte pubbliche a principi costituzionali di liceità, ancor prima che di legalità e buon andamento della P.A.

Anche in altri ordinamenti, quale quello francese, la pubblica amministrazione non può essere chiamata a rispondere di *faute personelle* dei propri dipendenti, ma di soli *faute de service* (6).

Obiettivo di questo studio è quello di evidenziare come la magistratura, pur condividendo in via di principio tale approdo dottrinale, che ha contribuito essa

(4) Dopo la condanna della P.A. in sede civile (o, oggi, anche innanzi al giudice amministrativo ex art. 7, l. n. 205 del 2000), scatta l'obbligo di denuncia del danno erariale patito alla Corte dei Conti, che attraverso il c.d. giudizio di rivalsa in sede amministrativo-contabile, provvede al recupero del danno arrecato dal singolo pubblico dipendente autore della condotta materiale. Tuttavia, in occasione delle inaugurazioni degli anni giudiziari della Corte dei Conti, i vari Procuratori generali hanno chiarito che delle condanne pronunciate dalla Corte si recupera concretamente meno del 10%, a causa della scarsa solvibilità del pubblico dipendente, notoriamente incapiente e tutelato da una legislazione di *favor* che impedisce aggressioni della retribuzione, della pensione e della buonuscita oltre il quinto. Ne consegue che il costo dei danni arrecati a terzi da pubblici dipendenti a terzi, dopo la condanna della P.A., non viene recuperato e resta a carico della collettività! Sul tema TENORE, *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, 2004, 7 ss.

(5) SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, 1117, secondo il quale «non sono riferibili all'Amministrazione ...le azioni che non provengono da soggetti i quali possano essere considerati agenti di essa, ...gli atti personali degli agenti (lettere e negozi privati), ...gli atti vizianti da incompetenza assoluta (straripamento di potere) e i comportamenti posti in essere volutamente (dolosamente) in violazione di norme proibitive (diversamente dall'opinione corrente nella dottrina francese, si ritiene che il fatto che costituisca reato doloso istituzionalmente non può essere ascritto all'Amministrazione)». Sul punto v. anche CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2004, 575; GRECO, *La responsabilità civile dell'amministrazione e dei suoi agenti*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2003, 1741; PASSERONE, *Il requisito della riferibilità all'amministrazione del comportamento illecito del pubblico dipendente nell'accertamento della responsabilità civile della p.a.*, in *Resp.civ.*, 1996, 620; CLARICH, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione nel diritto italiano*, in *Riv.trim.dir pubbl.*, 1989, 1085.

(6) Sulla distinzione tra *faute personelle* e *faute de service* v. CUOCCI, *Tutela dei singoli e responsabilità civile della p.a. nell'esperienza francese*, in FOLLIERI (a cura di), *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Milano, 2004, 528 ss.

stessa a creare e consolidare (7), così da farlo assurgere a «principio generale del diritto», spesso, nelle concrete applicazioni, si discosta vistosamente dalla regola posta in via astratta, effettuando strappi applicativi nell'individuare la sussistenza della cennata occasionalità necessaria, che lasciano talvolta sconcertati non solo le parti in lite e i relativi difensori (soprattutto l'Avvocatura dello Stato, difensore istituzionale della P.A. in frequentissimi giudizi risarcitori), ma gli stessi studiosi e «addetti ai lavori» che, non limitandosi alla superficiale lettura della massima enunciante il corretto principio di diritto suddetto, estendono l'esame della sentenza alla applicazione del principio alla vicenda fattuale *sub iudice*.

Tale lettura estensiva, in sede applicativa, della nozione di occasionalità necessaria da parte del giudice di legittimità, già in passato criticabile (giuridicamente) e pericolosa (per l'equilibrio finanziario della P.A.), è destinata a produrre devastanti ricadute sulle casse erariali a seguito del progressivo ampliamento del concetto di «danno risarcibile» operato dal legislatore (8) e dalla stessa giurisprudenza (9), della devoluzione al giudice amministrativo del contenzioso risarcitorio concernente proprie materie (10) e della

(7) Oltre alle sentenze citate nel successivo paragrafo 2, v., tra le decisioni in materia di occasionalità necessaria, Cass.penale, sez. VI, 15 dicembre 2000, n. 1269, in *Rass. avv. Stato*, 2000, I, 344 con nota di PLUCHINO e *id.* Cass.civile, sez. III, 12 agosto 2000, n. 10803, in *Foro it.*, 2001, I, 3289 con nota di GIRACCA, secondo cui «...a tale riguardo, l'attività può essere riferita all'Ente se sia e si manifesti come esplicazione dell'attività di quest'ultimo, cioè tenda (pur con abuso di potere) al conseguimento dei suoi fini istituzionali, nell'ambito delle attribuzioni dell'ufficio o del servizio cui esso dipendente è addetto; e questo riferimento all'ente può venire meno solo quando il dipendente agisca come un semplice privato, per un fine strettamente personale ed egoistico, che si rilevi assolutamente estraneo all'amministrazione – o addirittura contrario ai fini che essa persegue – ed escluda ogni collegamento con le attribuzioni proprie dell'agente (così, sostanzialmente, Cass., 17 settembre 1997, n. 9260; Cass., 6 dicembre 1996, n. 10896; Cass., 13 dicembre 1995, n. 12786, Cass., 7 ottobre 1993 n. 9935, Cass., 3 dicembre 1991, n. 12960)».

(8) Tra i più noti interventi legislativi volti ad ampliare la nozione di danno risarcibile v. l'art. 13, l. 19 febbraio 1992, n. 142 (poi abrogato dall'art. 35, comma 5, d.lgs n. 80 del 1998) e l'art. 17, comma 1, lett. f), l. n. 59 del 1997.

(9) Il riferimento è: a) all'ormai nota apertura alla risarcibilità dell'interesse legittimo operata da Cass, sez.un., 22 luglio 1999, n. 500, edita, tra l'altro, in *Foro it.*, 1999, I, 2487, 320, con note di CARANTA, FRACCHIA e ROMANO, in *Foro amm.*, 2000, 2062, con note di SALEMME, CARPINELLI; in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, 1108, con nota di GRECO e in *Giur. it.* 2000, 21, con nota di MOSCARINI, al cui indirizzo si riporta anche Cass., 26 settembre 2003, n. 14333, in *Foro it.*, 2004, I, 794 con ampia nota di TRAVI e Cass., sez.un., 24 settembre 2004, n. 192000, in *www.lexitalia.it*, n.10, 2004; b) all'ampliamento del danno risarcibile all'interesse negativo in caso di responsabilità precontrattuale e alla perdita di *chances* anche nei confronti della p.a. (es. in materia di gare e contratti); c) all'interpretazione estensiva e costituzionalmente orientata data all'art. 2059 c.c. dalla Cassazione (Cass., sez.III, 31 maggio 2003 n. 8827 e 8828, in *TAR*, 2003, n. 10, 1991 con nota di VIOLA, *Il danno esistenziale nella responsabilità civile della p.a. dopo gli interventi della Cassazione e della Corte costituzionale*) e dalla Consulta (C.cost., 11 luglio 2003 n. 233, *ivi*), che hanno dato il definitivo imprimatur alla nozione di danno esistenziale, sul quale, da ultimo, DI MARZIO, *Il danno esistenziale nella giurisprudenza di merito e di legittimità*, in *Il merito*, 2004, n. 6, 2 ss.

(10) Sulla devoluzione al giudice amministrativo del contenzioso risarcitorio ex art. 7, l. n. 1034 del 1971 novellato dall'art. 7, l. 205 del 2000 sia nelle materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva che in quelle affidate alla sua giurisdizione di legittimità, v., *ex pluribus*, VAR-

(discussa) scomparsa della «pregiudiziale» amministrativa del previo annullamento dell'atto illegittimo rispetto alla connessa pretesa risarcitoria⁽¹¹⁾. L'ampliamento del concetto di danno risarcibile, affiancato alla sistematica evocazione in giudizio della sola P.A. per danni cagionati da propri dipendenti potrebbe dunque comportare una più frequente evocazione in giudizio della P.A., circostanza che richiederà una più attenta valutazione dei presupposti logico-giuridici per una sua condanna.

2. *L'elaborazione giurisprudenziale sulla occasionalità necessaria tra la condotta dannosa e i compiti d'istituto.*

Venendo alla disamina dei principali pronunciamenti dell'ultimo ventennio della Corte di Cassazione e di qualche altro organo giudicante sul rapporto di occasionalità necessaria tra condotta dannosa verso terzi del dipendente pubblico e compiti di istituto, può operarsi uno schematico richiamo alle più recenti decisioni che hanno fatto concreta applicazione della portata applicativa di tale legame.

a) Innanzi al giudice amministrativo è stata vagliata la illiceità (dolosa o gravemente colposa) dei comportamenti di dipendenti pubblici nell'attività di controllo e di contabilizzazione da parte di una impresa esecutrice di lavori di ristrutturazione del porto di Bari, la quale aveva effettuato false contabilizzazioni non riscontrate dalla P.A., che aveva portato alla successiva rescissione del contratto con l'impresa esecutrice e l'adozione del fermo amministrativo da parte della P.A. creditrice nei confronti della stessa con

RONE, *Giurisdizione amministrativa e tutela risarcitoria*, in CERULLI IRELLI (a cura di), *Verso il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2000, 36; TRAVI, *Giustizia amministrativa e giurisdizione esclusiva nelle recenti riforme*, in *Foro it.*, 2001, V, 68 ss. Tale devoluzione pone un delicato problema in punto di giurisdizione, qualora nell'ambito di un giudizio su atti illegittimi e dannosi devoluto alla giurisdizione di legittimità venga proposta una azione risarcitoria nei confronti anche del singolo dipendente, oltre che nei confronti della P.A. (quest'ultima sicuramente conveniente innanzi al g.a.): sulla domanda nei confronti del singolo lavoratore sussiste la giurisdizione amministrativa (come in dottrina ritenuto da MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, 2002, 131 ss. e da PICONE, *I temi generali del diritto amministrativo*, vol.I, Napoli, 2000, 190 ss., che evidenziano il rischio di una doppia giurisdizione a seconda del corrispondente solidale – P.A. o lavoratore – evocato in giudizio, con possibile contrasto di giudicati) o la domanda va proposta esclusivamente innanzi all'a.g.o. (come ritenuto da Tar Friuli-Venezia Giulia, 26 luglio 1999 n. 903, in *Urb.appalti*, 1999, 1350 e, assai sinteticamente, e prima della novella della l.n.205 *cit.*, da Cass., sez.un., 10 marzo 1999, n. 113, in *Giust.civ.Mass.*, 1999, 529), come accade per i giudizi risarcitori avverso comportamenti non provvedimenti (ergo non giudicabili dal g.a.) della P.A. che arrechino un danno a terzi? Sul punto si attende un intervento chiarificatore delle sezioni unite della Cassazione.

(11) Sull'ampio dibattito concernente la c.d. pregiudiziale amministrativa demolitoria per l'azione risarcitoria (richiesta da Cons.St., ad.plen., 26 marzo 2003 n. 4, in *Foro it.*, 2003, III, 433 con osservazioni di TRAVI e probabilmente esclusa, in un *obiter*, da Cass., sez.un., 26 maggio 2004 n. 10180/ord., in *Foro it.*, 2004, I, 2738 con osservazioni di FRACCHIA) è sufficiente il richiamo a FRACCHIA, nota a Cass, sez.un., 26 maggio 2004 n. 10180/ord., in *Foro it.*, 2004, I, 2738. V. altresì GARRI, *Il problema della pregiudizialità amministrativa*, in GARRI-GIOVANNOLI, *Responsabilità civile cit.*, 1 ss.

pretesa alla restituzione di quanto indebitamente versato per lavori non eseguiti e contabilizzati oltre al risarcimento danni. L'impresa appaltatrice tenuta a restituire e risarcire ha eccepito la corresponsabilità della PA nei fatti (incidente sul *quantum* da risarcire, ma non su *quantum* da restituire da parte dell'impresa) per il mancato controllo da parte di suoi funzionari sulle contabilizzazioni.

Il Consiglio di Stato (12) ha rilevato che «*i comportamenti illeciti tenuti da funzionari ed organi dell'amministrazione, ove eventualmente riconducibili a fattispecie penali, ad illeciti commessi con dolo sono suscettibili di interrompere, nella prospettiva tradizionale di ricostruzione della responsabilità civile della P.A., il nesso organico, con conseguente impossibilità di ritenere concretato un concorso del creditore nel fatto colposo causativo di danno. Per ipotizzare una responsabilità civile della P.A. in presenza di dolo (ammessa dopo la sentenza n. 500/1999 da una corrente giurisprudenziale ben rappresentata da Cass., sez. III, 26 giugno 1998, n. 6334 secondo cui in virtù del principio dell'immedesimazione organica gli atti compiuti dagli organi della P.A. sono imputabili direttamente all'amministrazione stessa; ne consegue che l'atto amministrativo formalmente imputabile ad un organo collegiale (nella specie, al consiglio comunale), ove lesivo dei diritti dei terzi, obbliga l'amministrazione al risarcimento del danno, a nulla rilevando che il danno del terzo fosse stato dolosamente preordinato dalle persone fisiche che hanno materialmente deliberato l'atto) è necessario effettuare una complessa valutazione di occasionalità necessaria tra comportamento criminoso e mansioni sulla quale non sono stati forniti elementi univoci. In proposito il Collegio ritiene, in adesione ad una tesi intermedia, che, ai fini della responsabilità diretta dell'amministrazione, il fatto doloso del funzionario non è necessariamente non riferibile alla P.A., dovendo ritenersene al contrario la riferibilità allorché sussista un nesso di occasionalità necessaria tra il comportamento dell'impiegato e le incombenze allo stesso affidate: nesso che va accertato considerando non solo lo specifico comportamento dell'impiegato pubblico costituente abuso, ma il complesso dell'attività nella quale esso si riferisce (Cass., sez. III, 14 maggio 1997, n. 4232). Nella specie non è chiarito neanche dall'appellante se le condotte dei funzionari siano dovute a colpa grave (che non interrompe il nesso organico) o dolo (che può interromperlo in caso di non riferibilità dell'azione, per la sua palese abnormità, all'amministrazione) e sono ancora in corso i procedimenti penali relativi alle ipotesi di falso: sicché la condotta tenuta dai funzionari è largamente indeterminata, anche se potrà rilevare per future eventuali azioni risarcitorie».*

In assenza di prova certa sulla condotta dolosa o gravemente colposa dei pubblici dipendenti-controllori, il Consiglio di Stato ha escluso una responsabilità degli stessi e della P.A. datrice di lavoro verso l'impresa appaltatrice.

b) La Cassazione (13) ha invece chiarito che la P.A. deve ritenersi civilmente responsabile, in base al criterio della cd. «occasionalità necessaria», degli illeciti

(12) Cons.St. sez. VI, 26 giugno 2003, n. 3850, in *Riv. giur. Edilizia*, 2004, I, 275 con nota di RAGAZZO.

(13) Cass.pen., sez. III, 11 giugno 2003, n. 33562, in *Foro it.*, 2004, II, 522, con osservazioni di SERRAINO e in *Riv. pen.*, 2003, 974.

penali commessi da propri dipendenti ogni qual volta la condotta di costoro non abbia assunto i caratteri della assoluta imprevedibilità ed eterogeneità rispetto ai loro compiti istituzionali, sì da non consentire il minimo collegamento con essi. Nel caso di specie, trattandosi di atti di violenza sessuale posti in essere da una insegnante di scuola materna nei confronti dei minori a lei affidati, sotto pretesto di finalità di igiene attinenti alla sfera sessuale, la Corte ha ritenuto correttamente affermata la concorrente responsabilità civile della P.A., considerando che tra i compiti delle maestre di scuola materna rientra anche quello di insegnare agli alunni gli elementi essenziali dell'igiene personale. L'indirizzo è confermativo di pregressi interventi del giudice di legittimità su analoghi reati sessuali, purtroppo «ambientali» nell'amministrazione scolastica (14).

c) La Cassazione (15) nel ribadire che l'attività del dipendente è riferibile all'ente pubblico e ne comporta la responsabilità diretta, *ex art. 28 Cost. e 22 d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3*, in quanto sia e si manifesti come esplicazione dell'attività dell'ente stesso, cioè sia volta al perseguimento dei suoi fini istituzionali nell'ambito delle attribuzioni dell'ufficio o del servizio al quale il dipendente è addetto e che detto nesso di occasionalità non è escluso dal carattere doloso dell'illecito posto in essere dal pubblico funzionario, ha ritenuto, nel caso di specie, sussistere una corresponsabilità risarcitoria della P.A. nella condotta di un sottufficiale dell'Esercito condannato per truffa in quanto, avvalendosi della sua qualità di comandante di un distaccamento militare, aveva indotto talune imprese a consegnargli, a titolo di cauzione, assegni circolari intestati all'amministrazione – dei cui importi si era appropriato negoziando i titoli in banca – con la falsa prospettazione della opportunità, per dette imprese, di ottenere appalti per l'esecuzione di opere edili nella sede del distaccamento. La Corte ha ritenuto che l'attività criminosa del sottufficiale si era svolta in rapporto di occasionalità necessaria con le sue attribuzioni e si era manifestata come attività propria dell'ente da cui egli dipendeva, non potendo evidentemente affermarsi che l'esecuzione di opere edili su installazioni dell'esercito non rientrasse nei fini istituzionali dell'amministrazione militare.

d) L'occasionalità necessaria è poi frequente protagonista di contenziosi risarcitori originati dall'uso imperito di armi da fuoco da parte di appartenenti a forze di polizia o militari. La Cassazione (16) ha pertanto avuto modo di affermare che presupposto della responsabilità diretta della P.A. per fatto del proprio dipendente è la c.d. «occasionalità necessaria» (che sussiste tutte

(14) Con sentenza Cass.penale, sez. III, 2 luglio 2002, n. 36503 (in *Cass. pen.*, 2004, 886), la Corte ha annullato la decisione di merito che aveva escluso la responsabilità civile del Ministero della pubblica Istruzione per gli atti di violenza sessuale compiuti dal maestro di una scuola elementare in danno di sue alunne.

(15) Cass.civile, sez. III, 13 novembre 2002, n. 15930, in *Foro amm.-CDS*, 2002, 2799.

(16) Cass.civile, sez. III, 12 agosto 2000, n. 10803, in *Foro it.*, 2001, I, 3289 con nota di GIRACCA. La sentenza cita, a conforto del proprio iter motivazionale, le conformi pronunce Cass., sez.III, 14 maggio 1997, n. 4232, in *Rass. Avv. Stato*, 1997, I, 139; Cass., sez.III, 3 dicembre 1991 n. 12960, in *Rass.Avv.Stato*, 1991,525; Cass., sez.III, 17 dicembre 1986 n. 7631, in *Giust.civ. Mass.*, fasc. 12

le volte in cui la condotta del dipendente sia strumentalmente connessa con l'attività d'ufficio), nesso che va accertato «considerando non solo lo specifico comportamento dell'impiegato pubblico costituente abuso, ma il complesso dell'attività nella quale esso si riferisce. Allorché, infatti, il comportamento si innesta nel meccanismo di una attività complessivamente, ed avuto riguardo alla sua finalità terminale, non estranea rispetto agli interessi e alle esigenze pubblicistiche dell'amministrazione, quel collegamento non può non essere ritenuto. In tal senso va ravvisata la connessione con le finalità istituzionali della pubblica amministrazione, che può essere anche anomala, in presenza di un'attività riconducibile a prassi di comportamenti distorte, ma pur sempre riconducibili ad uno specifico interesse dell'amministrazione. Una siffatta puntualizzazione è dato riscontrare anche in qualche decisione che sembrerebbe dare adesione alla teoria tradizionale, laddove si precisa che per accertare il nesso tra il comportamento del dipendente e le finalità istituzionali proprie dell'ente per il quale egli opera deve aversi riguardo allo scopo ultimo che il dipendente deve raggiungere, per cui l'abuso di potere commesso nel corso delle operazioni tendenti a quel fine non esclude il collegamento di necessaria occasionalità con le attribuzioni istituzionali del dipendente quando, quale che sia il motivo che lo ha determinato, risulti strumentale rispetto alla attività d'ufficio o di servizio».

Alla luce di tale premessa sistematica, il giudice della legittimità ha concluso che il semplice possesso dell'arma, ancorché trovi titolo nella qualità dell'agente di appartenente al corpo dei carabinieri (militare ausiliario in libera uscita che abbia prodotto lesioni colpose ad un collega attraverso un uso non accorto dell'arma di cui stava spiegando il funzionamento), non è sufficiente, di per sé, a rendere operante il nesso di occasionalità necessaria, poiché quest'ultimo va valutato non in relazione al solo possesso dell'arma, ma anche al comportamento tenuto con quell'arma (17).

Pertanto in più occasioni la giurisprudenza ha escluso il collegamento con l'attività d'istituto e con i fini istituzionali della P.A., relativamente al comportamento di un agente di P.S. o di un militare consistente nell'imprudente uso dell'arma in un colloquio del tutto privato (18), a nulla rilevando l'art. 68, legge n. 121 del 1981, laddove prescrive che gli agenti di P.S., come i militari, devono osservare, anche fuori servizio, i doveri inerenti alla loro funzione, così imponendo che gli stessi siano da considerare in servizio permanente, trattandosi di norma che non esclude affatto l'ipotizzabilità di condotte dannose strettamente personali «da privato cittadino» e non istituzionali del poliziotto (o del militare).

(17) La sentenza n. 10803 del 2000 citata ha cassato la sentenza di merito, in quanto contraddittoria ed incongrua, nella parte in cui aveva affermato che il carabiniere, al momento dell'illecito era in libera uscita e che, allorché il colpo partì dalla pistola, egli «non stava svolgendo un'egoistica attività fuori servizio, ma stava maneggiando stolidamente l'arma affidatagli» e aveva ritenuto che tale fatto non fosse del tutto indipendente dal suo servizio «tanto più che pare che egli malaccortamente stesse spiegando ai commilitari come si maneggiava la pistola».

(18) Cass., sez. III, 22 maggio 2000, n. 6617, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1079.

Il legame di occasionalità necessaria è stato invece ritenuto sussistere (19) in una fattispecie in cui il Ministero della difesa-esercito è stato condannato per le lesioni colpose cagionate in una caserma, ove era ospitato, da un carabiniere ausiliario, che, scaricando la pistola di ordinanza, accidentalmente faceva partire un colpo che attingeva un commilitone, in violazione della disposizione che fa divieto di tenere l'arma carica nella caserma.

e) Con riferimento alle condotte dolose dei propri dipendenti, la Cassazione (20) ha chiarito che ai fini dell'affermazione della responsabilità civile della P.A. per reato commesso dal dipendente, deve essere accertata l'esistenza di un nesso di *occasionalità necessaria* tra il comportamento doloso posto in essere dall'agente e le incombenze affidategli, verificando che la condotta si innesti nel meccanismo dell'attività complessiva dell'ente e che l'espletamento delle mansioni inerenti al servizio prestato abbia costituito *conditio sine qua non* del fatto produttivo del danno per averne in modo decisivo agevolato la realizzazione. (Nella fattispecie, relativa ad un serie di reati commessi da agenti di polizia, la Corte ha cassato la sentenza impugnata che aveva ritenuto la responsabilità civile del Ministero degli Interni senza accertare la contestualità tra svolgimento delle mansioni e comportamento criminoso, nonché le relative specifiche connessioni e l'eventuale condotta, anche omissiva, di altri dipendenti dell'amministrazione che avrebbero potuto agevolare la commissione dei reati, e, in particolare, senza valutare se il comportamento degli imputati, ancorché deviato, risultasse in ogni caso inquadrabile nel meccanismo delle attività complessive dell'ente e delle correlative finalità, o, viceversa, avesse determinato una completa responsabilità per la P.A.).

f) In un peculiare contenzioso, espressivo di «italica astuzia» del protagonista della vicenda, la Cassazione (21) è partita dalla classica (e condivisibile) premessa secondo cui ai fini della configurabilità di una responsabilità extracontrattuale diretta della P.A. verso terzi *ex art. 28 cost.*, è riferibile alla P.A. la condotta del proprio dipendente che, ancorché dolosa e configurante reato (truffa nel caso di specie) sia esplicazione dell'attività dell'ente e sia rivolta al conseguimento dei fini istituzionali di esso e che detta responsabilità va esclusa nell'ipotesi in cui il dipendente agisce fuori dalle funzioni pubbliche cui è deputato e per fini del tutto personali ed egoistici che escludano il rapporto di «necessaria occasionalità» tra le incombenze stesse e l'attività che ha determinato il verificarsi del danno, nesso che va accertato – ed è questo il punto decisivo – considerando non solo lo specifico comportamento dell'impiegato pubblico costituente abuso, ma il complesso dell'attività nella quale esso si riferisce. Il giudice di legittimità ha però ritenuto, nel caso di specie, che tale nesso di occasionalità esistesse nel comportamento di un direttore di un ufficio postale (all'epoca dipendente pubblico) che, sulla base di una prassi discutibile, ma reiterata negli anni e tollerata dai vertici, si recava presso l'agenzia di un Istituto di credito per acquisire denaro contante da riversare presso il proprio ufficio postale per l'ordinaria e quotidiana

(19) Cass. penale, sez. IV, 11 dicembre 1980 (Rossi), in *Giur. it.*, 1982, II, 225.

(20) Cass. penale, sez. VI, 20 giugno 2000, n. 13048, in *Cass. pen.*, 2002, 1417.

(21) Cass., sez. III, 14 maggio 1997, n. 4232, in *Rass. Adv. Stato*, 1997, I, 139.

gestione di cassa (surrogando tali versamenti ai tardivi versamenti della competente direzione provinciale del Tesoro) e che un bel giorno, abusando della sua qualità e traendo profitto della favorevole situazione di esser l'unico impiegato dell'Ufficio Postale – senza, quindi, immediati controlli – distrasse a proprio profitto una parte dei fondi acquisiti anziché destinarli all'assolvimento degli scopi istituzionali dell'Ente. Orbene, la Cassazione ha ritenuto che il dipendente, nell'appropriarsi di tali somme, non avesse agito a fini privati ed egoistici, estranei all'Amministrazione di appartenenza, ma nell'ambito delle sue attribuzioni e nell'espletamento di attività proprie dell'Ente, in quanto la finalità (astratta, ovviamente) dell'operazione era quella di approvvigionare l'Ente di denaro liquido, e che quindi la relativa attività non poteva dirsi estranea all'amministrazione.

g) In un ulteriore contenzioso, la Cassazione (22) ha ritenuto sussistere tale rapporto di «occasionalità necessaria» in connessione con un intervento di chirurgia estetica posto in essere da medici militari in una infermeria militare nei confronti di un soldato, consistito nel prelievo biotico di un neo, poi risultato all'esame istologico melanoblastoma e seguito, presso altra struttura civile, da un intervento di radicale di asportazione di metà del mento, da cui era derivato uno sfregio permanente con disturbi nervosi. L'organo giudicante ha ritenuto l'«intervento estetico» posto in essere da medici militari né privato né egoistico, ben potendo attenersi allo stato di salute (in senso lato) dei militari.

h) Altro intervento della Cassazione (23) sul punto in esame ha tratto origine da una pretesa risarcitoria azionata da un cittadino-contribuente per ottenere la condanna in solido del Ministero delle Finanze al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali, con interessi, rivalutazione e spese, danni derivati dal fatto che il contribuente dopo aver pagato una imposta di successione nelle mani di un funzionario fiscale, si è visto richiedere dall'amministrazione tributaria nuovamente il pagamento della stessa imposta perché detto dipendente si era appropriato della somma versata in precedenza, tanto da essere poi condannato, con sentenza divenuta irrevocabile, per delitto di peculato. In tale evenienza la Cassazione, seppur incidentalmente, ha condiviso la valutazione dei giudici di merito tendente ad escludere una responsabilità solidale della P.A. a fronte del peculiare illecito penale posto in essere dal dipendente.

i) In altra fattispecie, afferente il ricco e frequente contenzioso risarcitorio legato al mondo scolastico, la Cassazione (24) ha premesso che per la responsabilità (definita indiretta) della P.A. per il danno arrecato dal fatto illecito di proprio dipendente, ai sensi dell'art. 2049 c.c., è sufficiente che sussista un nesso di occasionalità necessaria tra l'illecito stesso ed il rapporto che lega detti soggetti, nel senso che le mansioni o incombenze affidate al secondo abbiano reso possibile, o comunque agevolato, il comportamento produttivo del danno, a nulla rilevando che tale

(22) Cass., sez. III, 3 dicembre 1991 n. 12960, in *Rass. Avv. Stato*, 1991, 525.

(23) Cass., sez. III, 17 dicembre 1986 n. 7631, in *Giust. civ. Mass.*, fasc. 12.

(24) Cass., sez. III, 10 dicembre 1998, n. 12417, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 2559.

comportamento si sia posto in modo autonomo nell'ambito dell'incarico o abbia addirittura ecceduto dai limiti di esso, anche se in trasgressione degli ordini ricevuti, sempre che il commesso abbia perseguito finalità coerenti con quelle in vista delle quali le mansioni gli furono affidate e non finalità proprie alle quali la P.A. non sia neppure mediatamente interessata o compartecipe.

Da tale premessa il giudice di legittimità ha fatto discendere la sussistenza del nesso di occasionalità necessaria in caso di danno arrecato ad una allieva di prima media che cadde e riportò la perdita di due incisivi durante il gioco cosiddetto «del tocco», eseguito dagli alunni durante l'ora di educazione musicale sotto la direzione del docente, che aveva preso personalmente parte al gioco e con il quale [l'alunna] si era scontrata. Difatti, secondo la Cassazione, era esente da vizi il ragionamento del giudice di merito che aveva ritenuto che «il fatto che un insegnante di musica abbia condotto in cortile la classe affidatagli ed abbia organizzato per gli allievi un gioco non può essere riguardato come violazione da parte dell'insegnante stesso d'una disposizione ostatica allo svolgimento di una qualsiasi attività diversa dall'insegnamento della educazione musicale, disposizione obiettivamente inesistente, o d'un canone di comportamento usualmente applicato incompatibile con l'organizzazione di momenti di svago e socializzazione, del pari inesistente e non ipotizzabile in quanto contrario alla libertà dell'insegnante nell'adozione degli strumenti pedagogici ritenuti più confacenti all'instaurazione di rapporti costruttivi con i singoli allievi e degli stessi tra loro. Tanto più ove, come nel caso di specie, si tratti d'un giorno particolare, l'ultimo giorno dell'anno scolastico, nel quale, ormai esaurite le esigenze propriamente didattiche con il completamento del programma, ben possono essere considerate meritevoli di maggior cura quelle di socializzazione e di rafforzamento della coesione del gruppo, in vista della ripresa autunnale dell'attività, da prospettarsi come piacevole ricostituzione del microcosmo della classe nella quale stemperare l'inevitabile peso del dovere da compiere».

l) Una evidente cesura del rapporto organico con la P.A. di appartenenza, e l'assenza di qualsiasi «occasionalità necessaria» con compiti di istituto è stata giustamente ravvisata dalla Cassazione (25) – in occasione di un noto giudizio concernente il risolto civilistico-risarcitorio della vicenda, assunta a rilevanza anche mediatica, dei delitti della c.d. «uno bianca» –, nella condotta di un poliziotto autore di omicidi e rapine, in quanto l'incombenza disimpegnata, e cioè la qualità di poliziotto in se stessa, non poteva ritenersi agevolativa del fatto illecito, con conseguente irresponsabilità civile del Ministero dell'Interno.

m) Altro filone contenzioso in cui la Cassazione ha vagliato la sussistenza o meno del predetto nesso di occasionalità necessaria ha riguardato i danni derivanti dall'utilizzo non istituzionale di beni d'ufficio da parte di pubblici dipendenti e, in particolare, delle autovetture di servizio. La magistratura (26) ha così chiarito che va esclusa la responsabilità della P.A. in ordine al sinistro provocato da un militare di leva (incidente stradale con morte di uno dei commilitoni trasportati e ferimento

(25) Cass. penale, sez. V, 9 dicembre 1998, n. 1386, in *Riv. pen.*, 1999, 357.

(26) Cass. civile, sez. I, 13 dicembre 1995, n. 12786, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, fasc. 12.

di altri due) il quale, nel condurre l'autovettura di servizio, dopo aver espletato il proprio compito di consegna del rancio alla truppa, aveva deviato dal percorso durante il viaggio di ritorno in caserma, per portarsi in un bar sito in una località che non avrebbe dovuto raggiungere in relazione al servizio affidatogli.

n) La Suprema Corte ha poi ribadito anche in sede penale (27) (per i conseguenziali riflessi civilistico-risarcitori) che per stabilire la sussistenza del nesso di occasionalità necessaria e la conseguente riferibilità all'amministrazione dell'evento dannoso, deve aversi riguardo allo scopo ultimo che il dipendente deve raggiungere, e perciò il solo fatto che egli, nel corso delle operazioni tendenti a quel fine, commetta un abuso di potere, non vale ad escludere il collegamento di *necessaria* occasionalità con le sue attribuzioni istituzionali, quando l'abuso, da qualsiasi motivo provocato, risulti strumentale all'attività di ufficio o di servizio. La Corte ha pertanto ritenuto sussistere la responsabilità civile del Ministero degli interni per omicidio preterintenzionale da parte di carabinieri che avevano percosso un arrestato mentre lo accompagnavano nelle camere di sicurezza.

o) In un più datato precedente, anteriore alla privatizzazione delle Ferrovie dello Stato, la Cassazione (28) ha ritenuto sussistere il legame di occasionalità necessaria affermando la responsabilità dell'azienda ferroviaria per i danni verificatisi a seguito dell'investimento di un veicolo da parte di un treno ad un passaggio a livello custodito, negando rilevanza alla circostanza che il casellante avesse aperto il passaggio a livello al di fuori dell'orario di servizio e su richiesta di terzi.

p) La lettura estensiva del concetto di occasionalità necessaria è stata ribadita anche in contenziosi in cui il comportamento danno verso terzi non era stato posto in essere da pubblici dipendenti, ma da soggetti legati alla P.A. dal c.d. rapporto di servizio (29). In particolare, la magistratura ha chiarito che il rapporto tra i dipendenti della banca delegata alla riscossione dei tributi con lo svolgimento delle attività istituzionali pubbliche è un rapporto di occasionalità necessaria, con la conseguenza che l'amministrazione è responsabile in via extracontrattuale per i danni causati a terzi nell'esercizio delle loro funzioni (30).

3. *L'occasionalità necessaria nei contenziosi risarcitori ex art. 2049 c.c. nei confronti di datori di lavoro privati.*

Anche nell'impiego privato, individuato un parallelismo tra la responsabilità «diretta» (art. 2043 c.c.) della P.A. e quella «indiretta» (art. 2049 c.c.) del datore di lavoro-committente privato, si è posto analogo problema di

(27) Cass. penale, sez. V, 22 settembre 1987 (Curcio), in *Cass. pen.*, 1989, 823. V. anche Cass. penale, sez. IV, 14 giugno 1984 (Cipriani), in *Cass. pen.* 1986, 286 e in *Giur. it.* 1986, II, 41; Cass. penale, sez. I, 2 settembre 1982 (Lenza), in *Cass. pen.*, 1984, 912.

(28) Cass. civile, sez. III, 18 giugno 1983, n. 4195, in *Giust. civ. Mass.*, 1983, fasc. 6.

(29) Sul rapporto di servizio, oggetto di frequenti interventi interpretativi della Corte dei Conti (presso la quale la nozione è rilevante per radicarne la giurisdizione in caso di danni erariali arrecati da privati legati alla p.a. da rapporto di servizio), cfr. TENORE, *La nuova Corte dei Conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, 2004, 46.

(30) Tribunale Roma, 21 maggio 2002, in *Giur. Merito*, 2003, 573.

limiti alla corresponsabilità del datore per danni a terzi arrecati da propri dipendenti ed anche in quest'ultima ipotesi la dottrina ha colto una lettura eccessivamente «dilatata» della nozione di occasionalità necessaria(31). Difatti, la presunzione di responsabilità sancita dall'art. 2049 c.c. a carico dei padroni e committenti (non tanto frutto della immedesimazione organica che giustifica la responsabilità diretta della P.A., ma correlata al rischio che, per solidarietà sociale, deve gravare sul preponente a fronte dell'utilità tratta dall'attività commissionata) postula, da un lato, l'esistenza di un rapporto di lavoro o di commissione e, dall'altro, un collegamento tra il fatto dannoso del dipendente (o commesso) e le mansioni da quest'ultimo disimpegnate: a tal fine non si richiede un vero e proprio nesso di causalità, ma il predetto rapporto di occasionalità necessaria, configurabile quando l'incombenza disimpegnata abbia determinato una situazione tale da agevolare o rendere possibile l'evento dannoso, anche se il dipendente abbia operato oltre i limiti delle sue incombenze o, addirittura, trasgredendo gli ordini ricevuti, purché nell'ambito dell'incarico affidatogli e per finalità coerenti con quelle per le quali le mansioni furono affidate.

Tuttavia, come detto, anche in sede applicativa di tali condivisibili premesse sistematiche recepite e addirittura elaborate dalla Corte di Cassazione, si assiste ad una estensiva lettura giurisprudenziale della «occasionalità necessaria», idonea a ricomprendere anche ipotesi di responsabilità del datore per comportamenti dolosi del lavoratore tradottisi in illeciti penali.

a) In particolare la giurisprudenza di merito (32) ha avuto modo di chiarire che in ipotesi di atti di libidine violenti e di violenza carnale commessi in danno di lavoratrice subordinata (da intendere come terzo danneggiato) dal superiore diretto, non sussiste una concorrente responsabilità del datore di lavoro in ordine alle domande risarcitorie avanzate dalla lavoratrice per avere egli omesso, in violazione dell'art. 2087 c.c., di adottare le cautele necessarie a evitare danni all'integrità personale e alla dignità della propria dipendente, qualora gli atti posti in essere dal superiore siano risultati non prevedibili e non sia emerso in altro modo un comportamento negligente da parte del datore di lavoro; nel caso di specie, la Corte ha ritenuto sussistere la responsabilità in solido del datore di lavoro e dell'autore dei fatti delittuosi ai sensi dell'art. 2049 c.c., ricorrendo una situazione di occasionalità necessaria tra la posizione lavorativa attribuita all'autore dei fatti delittuosi e il compimento dei medesimi.

b) La Cassazione(33) ha poi chiarito, in altre fattispecie analoghe all'art. 2049 c.c., che la disposizione dell'art. 5, comma 4, della legge n. 1 del 1991, secondo la quale la società di intermediazione mobiliare è responsabile

(31) Cfr. ALPA-BESSONE-ZENO ZENCOVICH, in *Tratt. di dir. priv.* diretto da RESCIGNO, Padova, vol. XIV, 341 ss.; VISINTINI, *Tratt. breve della resp. civile*, 666; MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile* diretto da SACCO, Padova, 979 ss.

(32) Trib. Milano, 9 maggio 2003, in *D.L. Riv. Crit. dir. lav.*, 2003, 649 con nota di BERNINI.

(33) Cass.civile, sez. III, 19 luglio 2002, n. 10580, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1290.

in solido degli eventuali danni arrecati a terzi nello svolgimento delle incombenze affidate ai promotori finanziari anche se tali danni siano conseguenti a responsabilità accertata in sede penale, richiede, ai fini della sussistenza della responsabilità di detta società, un rapporto di «necessaria occasionalità» tra incombenze affidate e fatto del promotore, rapporto che, peraltro, è ravvisabile in tutte le ipotesi in cui il comportamento del promotore rientri nel quadro delle attività funzionali all'esercizio delle incombenze di cui è investito. La Corte ha pertanto ritenuto che il rapporto di occasionalità necessaria non fosse escluso dalla circostanza che il promotore aveva indotto gli investitori da lui avvicinati a sottoscrivere valori mobiliari che sarebbero stati acquistati sul mercato non già dalla società che gli aveva affidato l'incarico, ma da altra società.

c) Il concetto di occasionalità necessaria è poi frequente protagonista di contenziosi in cui la Cassazione (34), sia in sezioni civili che in sezioni lavoro, ha avuto modo di ribadire che ai fini della configurabilità della responsabilità indiretta del datore di lavoro-committente *ex art. 2049 c.c.*, non è necessario che fra le mansioni affidate e l'evento sussista un nesso di causalità, essendo invece sufficiente che ricorra un semplice rapporto di occasionalità necessaria, nel senso che l'incombenza affidata deve essere tale da determinare una situazione che renda possibile, o anche soltanto agevoli, la consumazione del fatto illecito e, quindi, la produzione dell'evento dannoso, anche se il lavoratore abbia operato oltre i limiti dell'incarico e contro la volontà del committente o abbia agito con dolo, purché nell'ambito delle sue mansioni.

Tale indirizzo è stato confermato in contenziosi risarcitori *ex art. 2049 c.c.* con istituti di credito intrapresi da clienti vittime di comportamenti penalmente illeciti di funzionari (35).

d) La sussistenza della responsabilità *ex art. 2049 c.c.* del datore a fronte di illeciti penali dei propri lavoratori è stata poi ammessa nel caso di un dipendente che, rimproverato da un compagno per questioni concernenti le modalità di ese-

(34) Cass.civile, sez. lav., 7 gennaio 2002, n. 89, in *Giust. civ.*, 2003, I, 524 (nella specie, la sentenza di merito, confermata dalla S.C., aveva configurato la responsabilità indiretta del datore di lavoro in relazione alla condotta del dipendente che, guidando un trattore per espletare un servizio del quale era incaricato, aveva consentito ad un altro dipendente di collocarsi come passeggero sul parafrangente del mezzo e ne aveva cagionato la morte a seguito di una manovra errata); *in terminis* Cass.civ., sez. III, 22 maggio 2001 n. 6970, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 871 nota di BOERI; *id.*, sez. III, 26 giugno 1998 n. 6341, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1406; *id.*, sez. III, 9 ottobre 1998 n. 10034, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 2055; *id.*, sez. lav., 7 agosto 1997, n. 7331, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1364; *id.*, sez. III, 14 novembre 1996, n. 9984, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, 455 con nota di BOTTI; *id.*, sez. lav., 9 giugno 1995 n. 6506, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, fasc. 6; *id.*, 16 marzo 1990 n. 2154, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, fasc. 3.V. anche Cass.civile, sez. III, 17 maggio 2001, n. 6756 (in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 365 nota di MEOLI) che ha confermato la sentenza con cui il giudice di merito aveva ritenuto un istituto di credito responsabile dell'operato di alcuni suoi dipendenti – i quali, all'insaputa dell'istituto stesso, si erano fatti consegnare somme di danaro da alcuni clienti al fine di impiegarle in operazioni finanziarie definite di particolare redditività – sull'assunto che il comportamento dei funzionari infedeli era stato tenuto nell'orario di lavoro e nei locali della banca.

(35) Cass., sez. I, 20 marzo 1999, n. 2574, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 621 e in *Danno e resp.*, 1999, 1021, con nota di PEDRAZZI; *id.*, sez. III, 26 giugno 1998 n. 6341, in *Danno e resp.*, 1999, 429 con nota di PIZZETTI.

cuzione dell'attività lavorativa, ne aveva causato preterintenzionalmente la morte, lanciandogli contro un mattone (36). In detta occasione la Cassazione ha ribadito che la responsabilità del committente per l'attività del preposto sussiste non solo quando sia configurabile una dipendenza causale tra il fatto illecito e le mansioni affidate dall'autore di esso, ma anche quando fra tali due elementi sussista un rapporto di occasionalità necessaria, ferma comunque, anche nel secondo caso, la necessità di un collegamento funzionale o strumentale tra lo svolgimento dell'incarico e l'evento lesivo, dovendo escludersi la responsabilità del proponente allorché il danno sia imputabile all'attività privata dell'autore dell'illecito, commesso nell'esercizio della sua personale autonomia.

e) Anche in contenziosi afferenti (la concettualmente distinta) responsabilità contrattuale di banche, il giudice di legittimità ha vagliato il problema della c.d. «occasionalità necessaria», affermando che ai sensi dell'art. 1229 c.c. in tema di nullità di clausole esonerative, o limitative, della responsabilità del debitore per dolo o colpa grave, sussiste la responsabilità della banca per il maggior danno rispetto al limite convenzionalmente previsto con riguardo al servizio delle cassette di sicurezza, nella ipotesi in cui sia stata perpetrata, all'interno del *caveau* della stessa, una rapina alla quale abbia partecipato un suo dipendente, trovando applicazione, in tale ipotesi, l'art. 1228 c.c., a condizione che, con riferimento a siffatta partecipazione, sia fornita la dimostrazione – il cui onere incombe al danneggiato – di una relazione di *occasionalità necessaria* tra il fatto del dipendente e le mansioni a lui affidate, nel senso che queste abbiano reso possibile o, comunque, agevolato il comportamento produttivo del danno, restando, invece, irrilevante che tale comportamento abbia esorbitato dai limiti di dette mansioni (37) (nella specie, alla stregua dell'indicato principio, la S.C. ha confermato la decisione dei giudici di merito, che avevano escluso la sussistenza della colpa grave della banca, in considerazione della mancanza di prova in ordine al collegamento tra le informazioni fornite ai rapinatori dal dipendente della banca correo e la consumazione della rapina).

4. Critiche all'attuale interpretazione giurisprudenziale dell'occasionalità necessaria e conclusioni.

Dalla sunteggiata complessiva lettura delle massime dell'ultimo ventennio di giurisprudenza di legittimità, ci sembra di poter concludere che, ferma restando la tendenziale corretta applicazione nel caso concreto del principio di occasionalità necessaria, in alcuni giudizi appare evidente, anche al profano, lo strappo logico-interpretativo operato dalla Cassazione, che ha dilatato oltre misura il concetto, mosso da una lettura a dir poco...egoistica (questa volta non del dipendente autore del danno, ma dell'autorevole giudicante) dello stesso, così coinvolgendo la pubblica amministrazione in risarcimenti onerosissimi, frutto di scelte dolose e penalmente rilevanti di propri dipendenti. E analogo rilievo critico vale per l'ampia portata data all'analogo concetto in conten-

(36) Cass., sez. lav., 30 ottobre 1981, n. 5724, in *Giust. civ. Mass.*, 1981, fasc. 10. *In terminis* Cass., sez. III, 11 gennaio 1982, n. 100, in *Giust. civ. Mass.*, 1982, fasc. 1.

(37) Cass., sez. I, 15 febbraio 2000, n. 1682, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 340.

ziosi *ex art.* 2059 c.c. da parte del giudice della nomofilassi, che ha parimenti accolto su «padroni e committenti» privati ingenti risarcimenti, originati da condotte illecite e, come tali incoerenti con finalità lavoristiche, di propri dipendenti o commessi.

In particolare, non è dato comprendere per quale motivo una P.A. debba rispondere per danni psicologici e fisici causati ad alunni minori da parte di un insegnante che abbia approfittato dell'accompagnamento in bagno dei propri allievi per abusarne sessualmente (38).

Parimenti non condivisibile è l'accollo in capo all'amministrazione postale di un danno subito da una banca (soggetto terzo) frutto dell'appropriazione, penalmente rilevante (truffa), di somme di denaro da parte di un direttore di un ufficio postale (all'epoca ente pubblico) che abbia utilizzato le stesse per proprie esclusive finalità egoistiche (39).

Del tutto incomprensibili, inoltre, appaiono le ragioni per cui un datore privato debba essere chiamato a risarcire danni *ex art.* 2059 c.c. per lo stupro perpetrato da un proprio dirigente aziendale nei confronti di una dipendente subordinata (40), o per un mattone lanciato, con risvolti letali, da un proprio dipendente nei confronti di un collega durante una discussione originata da contrasti di lavoro (41).

A nostro avviso, senza inutili giri di parole, la *ratio*, inespressa e inesprimibile, di talune pronunce sembra da ricercare in mal celate esigenze assistenzialiste o di ristoro sociale di gravi danni patiti da soggetti socialmente o economicamente «deboli» i quali, senza l'adeguato intervento pecuniario della solvibile pubblica amministrazione o del ricco imprenditore «padrone o committente», assai difficilmente riuscirebbero ad ottenere un minimale risarcimento da parte della persona fisica autrice materiale del comportamento dannoso. In altri termini, sembra evidente, in alcune decisioni, l'intento,divino più che terreno, di accollare sulla collettività (in caso di danni arrecati da dipendenti pubblici: art. 28 Cost.), o su soggetti economicamente capienti, quali i padroni o committenti (in caso di danni arrecati da lavoratori o commessi privati: art. 2059 c.c.), il costo di ingenti danni, sicuramente non rifondibili attraverso il modesto patrimonio dell'autore materiale dell'illecita condotta. Ma una tale scelta, di distribuzione sociale del rischio, potrebbe competere (nei limiti della ragionevolezza) al legislatore e non può certo essere frutto di *judge made law*.

Tali finalità, occasionalmente coglibili in talune decisioni, sebbene formalmente ammantate da una doverosa e imprescindibile veste tecnico-giuridica, sovente tautologica ed autoreferenziale, a sostegno dell'opzione ermeneutica effettuata, non hanno, ovviamente, alcun conforto normativo o logico e andrebbero accantonate attraverso il recupero non solo di una più coerente e rigorosa lettura del principio di occasionalità necessaria, ma, soprattutto, attraverso

(38) Il riferimento è alla citata Cass, sez. III, 11 giugno 2003.

(39) Il riferimento è alla citata Cass., sez. III, 14 maggio 1997, n. 4232.

(40) Il riferimento è al citato Trib. Milano, 9 maggio 2003.

(41) Il riferimento è alla citata Cass., sez. lav., 30 ottobre 1981, n. 5724.

una più attenta analisi della concreta riconducibilità di taluni comportamenti illeciti del pubblico dipendente (o del lavoratore o commesso privato *ex art. 2059 cc.*) a tale nozione.

In particolare, secondo chi scrive, il criterio della «occasionalità necessaria» andrebbe incondizionatamente e sistematicamente escluso in quattro ipotesi-tipo:

- a) qualora l'autore materiale non sia qualificabile come pubblico dipendente (e non sia legato alla P.A. da rapporto di servizio);
- b) qualora il pubblico dipendente produca un danno con comportamenti o provvedimenti che siano espressivi di straripamento di potere (incompetenza assoluta);
- c) qualora il dipendente produca un danno con comportamenti o provvedimenti che attengano alla sua vita privata e/o che non abbiano alcun riferimento alla sua qualifica di pubblico dipendente (es. fuori dall'orario di servizio);
- d) qualora il dipendente, pur nell'esercizio di proprie funzioni (es. durante l'orario di servizio), agisca per finalità e motivazioni assolutamente incompatibili con le finalità istituzionali dell'ente di appartenenza.

A quest'ultima delicata ipotesi sono a nostro avviso riconducibili le fattispecie, in precedenza richiamate, in cui il lavoratore pubblico arrechi un danno a terzi ponendo in essere un *reato doloso*, poiché la commissione di un illecito penale, soprattutto se doloso (per quello colposo l'affermazione potrebbe non essere così radicale), non può in nessuna occasione essere espressiva di compiti anche *latu sensu* istituzionali della P.A., in quanto nessuna P.A. ha tra i propri fini *ex lege* codificati il delinquere, e, anzi, il sistema normativo si ispira alla repressione di tali illeciti posti in essere da pubblici dipendenti a tutela proprio della P.A.: si pensi alla tutela in sede amministrativo-contabile dell'amministrazione pubblica lesa (anche nell'immagine) da condotte penalmente rilevanti ed economicamente dannose di propri dipendenti (42); si pensi alla tutela disciplinare, tesa a sanzionare il dipendente che, commettendo illeciti penali, violi doveri contrattualmente assunti con la P.A. – datrice (43).

Occorre pertanto ribadire che, poiché il delinquere dolosamente, *ergo* per finalità egoistiche (*faute personnelle* e non *faute de service*, secondo la dottrina e la giurisprudenza francesi), non è attività istituzionale, in caso di commissione di un reato doloso da parte di un pubblico dipendente, ancorché occasionato dall'espletamento di compiti d'ufficio, il legame di immedesimazione organica con la pubblica amministrazione-datrice di lavoro si elide e da tale cesura discende la non riferibilità all'ente pubblico del danno arrecato a terzi dal dipendente, che ne risponderà in via esclusiva. Non condividere tale conclusione, ritenendo, attraverso la irragionevole dilatazione del concetto di «occasionalità necessaria», che la P.A. debba rispondere di danni arrecati a seguito di reati dolosi di propri dipendenti, comporterebbe, nella sostanza, la creazione giurisprudenziale di una deroga al basilare principio della non assicurabilità dei sini-

(42) Sulla responsabilità amministrativo-contabile del pubblico dipendente per danni arrecati alla P.A., è sufficiente il rinvio a TENORE (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, 2004, 2 ss. e 107 ss.

(43) Sulla responsabilità disciplinare del pubblico dipendente v. NOVIELLO-TENORE, *La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, Milano, 2002.

stri cagionati con dolo codificato nell'art. 1900 c.c.: la P.A. diverrebbe, senza volerlo, il garante-assicuratore verso terzi di danni arrecati da propri lavoratori che, in quanto dolosi, nessuna compagnia potrebbe assicurare.

Il tragico risvolto, poco noto ai non addetti ai lavori, dell'attuale largheggiante indirizzo giurisprudenziale è il seguente: dopo la condanna della P.A. in sede civile (o, oggi, anche innanzi al giudice amministrativo *ex art. 7*, legge n. 205 del 2000), scatta l'obbligo di denuncia del danno erariale patito alla Corte dei Conti, che, attraverso il c.d. giudizio di rivalsa in sede amministrativo-contabile, dovrebbe provvedere al recupero del danno arrecato dal singolo pubblico dipendente autore della condotta materiale. Tuttavia, come evidenziato dalle relazioni della magistratura contabile in occasione delle più recenti inaugurazioni degli anni giudiziari della Corte dei Conti, delle condanne pronunciate dalla Corte si recupera concretamente meno del 10%, a causa della scarsa solvibilità del pubblico dipendente, notoriamente incapiente e tutelato da una legislazione di *favor* che impedisce aggressioni della retribuzione, della pensione e della buonuscita oltre il quinto.

Ne consegue che il costo dei danni arrecati a terzi da pubblici dipendenti, dopo la condanna della P.A., coobbligato solidale, non viene quasi mai recuperato presso l'autore materiale e resta a carico della collettività!

Su tale conclusione dovrebbe meditare la Corte di Cassazione, dalla cui autorevole giurisprudenza si auspica di poter presto ricevere, magari a sezioni unite, una massima ufficiale che finalmente affermi a chiare lettere «la non ipotizzabilità di un legame di occasionalità necessaria tra i compiti istituzionali della P.A. e il comportamento penalmente doloso di un proprio dipendente che, in situazione di mera occasionalità materiale con l'attività lavorativa, arrechi danni patrimoniali a terzi estranei all'amministrazione, con conseguente responsabilità civile esclusiva dell'autore materiale del danno non estensibile alla P.A.».

INDICI SISTEMATICI

1 - ARTICOLI, NOTE, DOTTRINA, RECENSIONI

- Il contenzioso a tutela dell'ambiente. Atti del seminario del 1° marzo 2004.*
Interventi di: GIORGIO CESARI, FRANCESCO COCCO, GIANPAOLO COGO,
ALDO COSENTINO, GIANCARLO FERRERO, GIUSEPPE FIENGO, MAURIZIO
FIORILLI, SERGIO LA PORTA, PIO GIOVANNI MARRONE, GIANFRANCO
MASCAZZINI, GIUSEPPE NOVARESI, GIANPAOLO POLIZZI, ESTER RENELLA,
GIANPAOLO SCHIESARO, MARIO ANTONIO SCINO, GIUSEPPE STIPO, PAOLO
TOGNI. Studi e contributi di: MAURIZIO FIORILLI, PIO GIOVANNI MAR-
RONE, GIAMPAOLO SCHIESARO. pag. I, 1
- Tecniche normative, orientamenti interpretativi e contenzioso. Dal seminario
svoltosi il 5 marzo 2004 presso l'Avvocatura Generale dello Stato.*
Interventi di: FRANCESCO PAOLO CASAVOLA, GLAUCO NORI, FRANCESCO
GALGANO, LORENZA CARLASSARE. » II, 449
- GIUSEPPE ARPAIA, *Il divieto di arbitrato nelle controversie relative ad opere
pubbliche di ricostruzione dei territori colpiti da calamità naturali, tra pre-
sunta abrogazione ed interpretazione autentica.* » III, 905
- MASSIMO BACHETTI, MARTINA SINISI, *Omesso avviso al difensore nel giudizio
di cassazione penale. Mancanza di strumenti di tutela.* » II, 603
- FEDERICO BASILICA, *La Public Governance in Europa.* » III, 910
- FEDERICO BASILICA, *La qualità della regolamentazione tra ordinamento inter-
nazionale e ordinamento nazionale.* » III, 786
- BARBARA BOMBACI, *Valore legale dell'archivio digitale.* » III, 1023
- LUCIANO BOLOGNA, *recensione a Il rapporto di lavoro alle dipendenze degli enti
locali, a cura di Giuseppe De Marzo, Roberto Tomei.* » II, 731
- FAUSTO CAPELLI, *L'accordo raggiunto dai 25 Stati membri sul testo della
«Costituzione europea» rappresenta un grande successo.* » II, 485
- IGNAZIO FRANCESCO CARAMAZZA, *Federalismo e autonomie locali.* » IV, 1041
- IGNAZIO FRANCESCO CARAMAZZA, *Limiti all'irresponsabilità del Presidente
della Repubblica.* » II, 547
- IGNAZIO FRANCESCO CARAMAZZA, *Le nuove frontiere della giurisdizione ammi-
nistrativa (dopo la sentenza della Corte Costituzionale 6 luglio 2004 n. 204).* » III, 741

PIERPAOLO CARBONE, <i>Sulla giurisdizione dei «concorsi interni» del pubblico impiego</i>	pag. IV, 1275
ANTONIO CINGOLO, <i>Sul c.d. «effetto orizzontale» delle direttive comunitarie</i>	» IV, 1126
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>	» III, 848
NICOLA CIRILLO, <i>Il diritto di accesso e l'attività di diritto privato della pubblica amministrazione</i>	» II, 675
GIANNI CORTIGIANI, <i>Ancora sull'ICI nella concessione di arenili</i>	» III, 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 Basilica e Stefano Sepe</i>	» III, 1032
GIORGIO D'AMATO, <i>Il controllo sulle concentrazioni: questioni processuali e di sostanza</i>	» I, 332
GIORGIO D'AMATO, <i>Enunciati non normativi dei nuovi statuti regionali</i>	» IV, 1210
ROBERTO DE FELICE, <i>La Corte CE entra nel diritto di famiglia</i>	» I, 135
ROBERTO DE FELICE, <i>Ma è diritto dell'uomo avere anche un giudice indipendente, nel dossier: Il termine ragionevole del processo e le Sezioni Unite: davvero non c'è altro da dire?</i>	» I, 289
MARIO DI CARLO, <i>dossier, A proposito di recenti controversie sull'esposizione del crocefisso nelle aule scolastiche</i>	» I, 231
PIER LUIGI DI PALMA, <i>L'attuazione della direttiva 96/67/Ce relativa al libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità</i>	» IV, 1136
VALENTINA DI VINCENZO, <i>Autorità indipendenti e tutela giurisdizionale</i>	» III, 917
WALLY FERRANTE, <i>L'arbitrato come strumento di risoluzione delle controversie con la Pubblica Amministrazione</i>	» I, 405
GIANNI CARLO FERRERO, <i>Sulle agenzie di disbrigo pratiche per gli stranieri</i>	» III, 840
GIUSEPPE FIENGO (a cura di), <i>dossier, Un confine non ben demarcato in tema di ricorso per cassazione</i>	» I, 291
GIUSEPPE FIENGO, <i>La via amministrativa sul condono edilizio</i>	» II, 572
MAURIZIO FIORILLI, <i>La tutela dell'ambiente come «valore costituzionale» e come «materia»</i>	» I, 59
OSCAR FIUMARA, <i>Grandi imprese societarie in crisi e strutture comunitarie: amministrazione straordinaria e ristrutturazione industriale</i>	» IV, 1328
OSCAR FIUMARA, <i>Modifiche nel riparto di competenze fra Corte di Giustizia e Tribunale di primo grado delle Comunità europee</i>	» III, 783
OSCAR FIUMARA, <i>La nuova disciplina del falso in bilancio al vaglio della Corte Costituzionale</i>	» II, 561
OSCAR FIUMARA, <i>I processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato: una questione di costituzionalità</i>	» I, 298
OSCAR FIUMARA, <i>Le «quote latte»: l'Italia è in regola</i>	» I, 157

- OSCAR FIUMARA, *Le sentenze della Corte di Giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europee dell'anno 2004 emesse in cause cui ha partecipato l'Italia*. pag. IV, 1073
- OSCAR FIUMARA, *Sulla nozione di agente commerciale*. » II, 488
- MARCO FRATINI, *La pubblicazione per estratto della VIA: congruità della forma al raggiungimento dello scopo*. » I, 327
- MARIA ROSARIA FUMAROLA, *Inquinamento elettromagnetico da elettrodotti*. . . » II, 685
- MICHELE GERARDO, *Il risarcimento del danno ambientale ex legge n. 349/1986*. » IV, 1263
- MAURIZIO IACONO QUARANTINO, *Il demansionamento per breve periodo rappresenta comunque una violazione dell'art. 2103 del codice civile*. » I, 311
- MAURIZIO IACONO QUARANTINO, *Dismissione del patrimonio pubblico: l'interpretazione autentica (mente ingiusta)*. » III, 937
- MAURIZIO IACONO QUARANTINO, *L'esecutorietà provvisoria della condanna alle spese*. » IV, 1343
- MAURIZIO IACONO QUARANTINO, *La tutela giuridica del mobbizzato*. » I, 432
- MARIA VITTORIA LUMETTI, *Accesso, riservatezza e tutela dei controinteressati* » I, 379
- MARIA VITTORIA LUMETTI, *Atto meramente confermativo e impugnativa*. . . . » II, 630
- MARIA VITTORIA LUMETTI, *Gli atti di natura organizzativa nell'ambito scolastico*. » IV, 1282
- MARIA VITTORIA LUMETTI, *L'attività amministrativa di valutazione: punteggio numerico e obbligo di motivazione*. » III, 853
- MARIA VITTORIA LUMETTI, *La discrezionalità tecnica dell'amministrazione e il controllo del giudice amministrativo*. » III, 864
- MARIA VITTORIA LUMETTI, *Impugnazione della Conferenza dei Servizi e legittimazione ad agire*. » II, 635
- MARIA VITTORIA LUMETTI, *I mobili confini tra vizio di merito ed eccesso di potere*. » III, 945
- MARIA VITTORIA LUMETTI, *Il provvedimento amministrativo delineato dalla legge 15/2005 di modifica della legge 241/1990*. » IV, 1051
- MARIA VITTORIA LUMETTI, *Il sindacato giurisdizionale e la discrezionalità dell'amministrazione in tema di sanzioni disciplinari*. » IV, 1288
- MARIA VITTORIA LUMETTI, *Il T.A.R. Toscana rigetta le censure di incostituzionalità in materia di regolarizzazione di immigrati clandestini*. » I, 373
- MARIA VITTORIA LUMETTI, *Tempus regit actum e provvedimento amministrativo*. » I, 364
- PIO GIOVANNI MARRONE, *Il processo in Cassazione per gli abusi di Punta Perotti (Bari)*. » I, 104
- IOLE MORICCA, *Espropriazione per pubblica utilità. Opposizione al valore di stima dei beni espropriati*. » IV, 1248
- IOLE MORICCA, (a cura di), dossier, *Lo stato degli atti sull'in house providing (resoconto di un viaggio di studio alla Corte di giustizia)*. » IV, 1087

- MARCO NATOLI, *Ambiti di operatività della discrezionalità amministrativa e di quella tecnica alla luce dell'informatizzazione dell'attività amministrativa. . .* pag. II, 712
- SILVANA PAGLIARA, *La tutela della salute nelle attività sportive e il divieto di doping* » I, 415
- ROBERTO PALASCIANO, *La natura «secundum statutum» della composizione mista del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana.* » IV, 1187
- ANTONIO PALATIELLO, *Ancora sul caso del Crocifisso.* » III, 823
- ANTONIO PALATIELLO, *«Legge Pinto» e controversie tributarie* » II, 614
- ANTONIO PALATIELLO (a cura di), dossier, *Il termine ragionevole del processo e le Sezioni Unite: davvero non c'è altro da dire?* » I, 276
- ANTONIO PALATIELLO, *Scelte discrezionali e giudizio contabile: fino a dove può spingersi il sindacato della Corte dei Conti?* » I, 306
- GIANCARLO PAMPANELLI, *In tema di annullamento dell'aggiudicazione: riflessi sul contratto d'appalto stipulato per la realizzazione di opera pubblica e tutela risarcitoria* » II, 618
- CLAUDIO PARIS, *Accertamento della mancanza dello stato di insolvenza nel giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento.* » III, 984
- CARMELA PLUCHINO, ALDO LINGUITI, *Arbitrato e Pubblica Amministrazione: diritti soggettivi e poteri autoritativi.* » IV, 1348
- VINCENZO RAGO, dossier, *La Croce, «scandalo per i Giudei, stoltezza per i pagani» è ancora un segno di contraddizione per la nostra società?* » I, 248
- VINCENZO RAGO, *In tema di giurisdizione sulla remunerazione dei medici specializzandi 1983-91* » I, 317
- VINCENZO RAGO, *Il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato a favore delle Regioni a statuto ordinario.* » III, 775
- VINCENZO RAGO, *Università degli studi: giudice amministrativo e ordinario concordano sul patrocinio esclusivo ed obbligatorio dell'Avvocatura dello Stato.* » III, 769
- EMANUELA ROSANÒ, *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.* » III, 1007
- ILARIA SANASI, *Fermo amministrativo: è sufficiente il fumus boni iuris del credito vantato dalla P.A.* » III, 836
- GIAMPAOLO SCHIESARO, *Il risarcimento del danno ambientale ex art. 18, legge 349/86: caratteri tipici, casistica e risultati ottenuti.* » I, 69
- MARIO ANTONIO SCINO, ALESSANDRO DE ROCCHI, *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici.* » I, 131
- VITO TENORE, *Responsabilità solidale della P.A. per danni arrecati a terzi da propri dipendenti. È auspicabile il recupero di una nozione rigorosa di occasionalità necessaria con i fini istituzionali.* » IV, 1368
- FRANCESCO VIGNOLI, *Ragionevole durata del processo e decisione definitiva: spunti critici da una recente pronuncia della Corte d'appello di Milano.* » IV, 1251
- PIETRO CESARE VINCENTI, *Ferie e congedo di maternità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia* » I, 142

2 - INDICE DELLE SENTENZE**CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE**

Plenum, 7 gennaio 2004, nella causa C-117/01	<i>pag.</i> I, 137
sez. 1 ^a , ord. 10 febbraio 2004, nella causa C-85/03	» II, 489
sez. 6 ^a , 18 marzo 2004, nella causa C-342/01	» I, 155
sez. 6 ^a , 25 marzo 2004, nelle cause riun. C-231/00, 303/00 e 451/00; C-480, 481, 482, 484, 489, 490, 491, 495, 497, 498, 499.	» I, 160
Grande Sezione, 5 ottobre 2004, nelle cause riunite da C-397/01 a C-403/01	» IV, 1131
Sez. 1 ^o , 9 dicembre 2004, nella causa C-460/02	» IV, 1139
Sez. 1 ^o , sent. 11 gennaio 2005, nella causa C-26/03.	» IV, 1100

CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA

Dec. 26 aprile 2004, n. 2004/407/Ce	» III, 783
---	------------

CORTE COSTITUZIONALE

sent. 13-20 gennaio 2004, n. 24	» I, 299
Sent. 24-26 maggio 2004 n. 154.	» II, 547
Sent. 26 maggio-1 giugno 2004 n. 161	» II, 563
Ord. 26 maggio-1 giugno 2004 n. 165	» II, 563
Sent. 28 giugno 2004 n. 196	» II, 576
Ord. 28 giugno 2004 n. 197.	» II, 596
Sent. 28 giugno 2004 n. 198	» II, 597
Sent. 28 giugno 2004 n. 199	» II, 599
Sent. 28 ottobre – 4 novembre 2004, n. 316	» IV, 1205
Sent. 29 novembre – 6 dicembre 2004, n. 372.	» IV, 1214
Sent. 29 novembre – 6 dicembre 2004, n. 378.	» IV, 1226
Sent. 29 novembre – 6 dicembre 2004, n. 379.	» IV, 1236
Ord.. 15 dicembre 2004, n. 389	» III, 832

CORTE DI CASSAZIONE

Ord. 27 luglio 2000	» II, 613
Sez. Unite, 6 maggio 2003 n. 6851.	» I, 307
Sez. Unite, 26 gennaio 2004, n. 1338	» I, 276
Sez. Unite, 26 gennaio 2004, n. 1339	» I, 282
Sez. Unite, 26 gennaio 2004, n. 1340	» I, 283
Sez. trib., 4 febbraio 2004, n. 2090	» I, 295
Sez. lav., 25 febbraio 2004, n. 3772	» I, 312
Sez. trib., sent. 2 marzo 2004, n. 4219	» III, 838
Sez. 1 ^o , sent. 6 aprile 2004 n. 12318	» IV, 1249
Sez. Un., sent. 29 aprile 2004, n. 8211	» III, 776
Sez. 1 ^a , sent. 17 giugno 2004 n. 11350	» II, 614

CORTE D'APPELLO DI MILANO

Sez. 2 ^o , decr. 22 ottobre 2004, n. 871	» IV, 1261
---	------------

TRIBUNALE DI FIRENZE

Sez. 2 ^a civ., sent. 11 dicembre 2003, n. 3387	» I, 319
---	----------

TRIBUNALE DE L'AQUILA

- Ord. 23 ottobre 2003 pag. I, 254
 Ord. 29 novembre 2003, n. 1563 » I, 268

TRIBUNALE DI NAPOLI

- Sent. 3 novembre 2004, n. 11235 » IV, 1264

TRIBUNALE DI TORINO

- Sez. 1°, ord. 7 luglio 2004 » III, 846

COMMISSIONE TRIBUTARIA REGIONALE DI FIRENZE

- Sez. 16°, sent. 7 settembre 2004, n. 9 » III, 871

COMMISSIONE TRIBUTARIA DI 2° GRADO DI TRENTO

- Sez. 3ª, sent. 18 maggio 1999, n. 100 » I, 292

CONSIGLIO DI STATO

- Sez. 4ª, 27 ottobre 2003 n. 6666 » II, 624
 Sez. 6ª, sent. 30 gennaio 2004, n. 316 » I, 329
 Sez. 6°, 4 giugno 2004, n. 6511 » IV, 1278
 Sez. 4°, sent. 19 luglio 2004, n. 5175 » III, 862

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO

- sez. 1ª, sent. 20 febbraio 2004, n. 1631 » I, 337
 Roma, sez. 2° *ter*, sent. 4 maggio 2004, n. 3757 » III, 850

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA TOSCANA

- Firenze, ord. 25 novembre 2003, n. 1200 » I, 369
 Firenze, sez. 1ª, sent. 2 febbraio 2004, n. 201 » I, 377
 Firenze, sez. 1ª, sent. 2 febbraio 2004, n. 266 » I, 381
 Firenze, sez. 1ª, ord. 4 febbraio 2004 n. 165 » II, 633
 Firenze, sez. 1ª, sent. 24 febbraio 2004, n. 522 » I, 370
 Firenze, sez. 1ª, ord. Cam. cons. 20 aprile 2004, n. 456 » II, 638
 Sez. 1°, sent. 20 aprile 2004, n. 1214 » III, 859
 Sez. 1°, sent. 19 luglio 2004, n. 2649 » III, 860
 Sez. 1°, ord. 9 settembre 2004, n. 924 » III, 863
 Sez. 1°, ord. 14 luglio 2004, n. 798 » III, 870
 Firenze, sez. 1°, ord. 27 ottobre 2004, n. 1117 » IV, 1286
 Firenze, sez. 1°, ord. 9 novembre 2004, n. 1142 » IV, 1291
 Firenze, sez. 1°, ord. 10 novembre 2004, n. 1146 » IV, 1287

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL VENETO

- Sez. 1ª, ord. 14 gennaio 2004, n. 56 » I, 271

3 - INDICE DEGLI ARGOMENTI

- ACCESSO E RISERVATEZZA – Improcedibilità per difetto d'interesse – Inammissibilità per mancata notifica ai controinteressati (*T.A.R. Toscana, sez. 1^a, 2 febbraio 2004 n. 266*) pag. I, 381
- ACCESSO E RISERVATEZZA – Improcedibilità per difetto di interesse – Inammissibilità per mancata notifica ai controinteressati (*TAR Toscana, Firenze, sez. 1^a, ord. 4 febbraio 2004 n. 165*) » II, 630
- AMBIENTE – Azione di risarcimento del danno ambientale – Prescrizione (*Tribunale di Napoli, 3 novembre 2004, n. 11235*). » IV, 1263
- AMBIENTE – Urbanistica – Condonò edilizio – Questioni di legittimità costituzionale – Conflitto tra Governo e autonomie regionali – Decisioni sulla fase amministrativa – Spetta alle regioni (*Corte Cost.le, 28 giugno 2004 nn. 196, 197, 198, 199*) » II, 572
- APPALTI – Contratti per realizzazione di opera pubblica – Annullamento dell'aggiudicazione – Tutela risarcitoria (*C.d.S., sez. 4^a, 27 ottobre 2003 n. 6666*) » II, 618
- AVVOCATURA DELLO STATO – Patrocinio – Regioni a statuto ordinario (*Cassaz., S.U., sent. 29 aprile 2004 n. 8211*) » III, 776
- COMUNITÀ EUROPEE – Direttiva 92/50/CEE – Appalti pubblici di servizi – Affidamento senza pubblica gara d'appalto – Affidamento dell'appalto ad una società mista pubblico-privata – Tutela giurisdizionale – Direttiva 89/665/CEE (*Corte di Giustizia CE, sez. 1^a, 11 gennaio 2005, nella causa C-26/03*). » IV, 1100
- COMUNITÀ EUROPEE – Diritto alle ferie – Ferie collettive – Congedo di maternità – Direttive 93/104 art. 7 n. 1; 76/207 art. 5 n. 1; 92/85 art. 11 n. 2 lett. a) – Coincidenza periodo ferie e congedo di maternità – Differimento ferie – Applicazione norme nazionali più favorevoli in tema di durata delle ferie – Applicazione accordi collettivi (*Corte di Giustizia CE, sez. 6^a, 18 marzo 2004, nella causa C-342/01*) » I, 155
- COMUNITÀ EUROPEE – Divieto di discriminazione dei lavoratori in base al sesso – Pensione di reversibilità – È retribuzione – Famiglia di fatto costituita da donna e da transessuale FTM – Impossibilità di rettifica del sesso anagrafico e di contrarre matrimonio – Ostatività alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo – Sussistenza – Relativo ostacolo al membro transessuale della coppia di ricevere la pensione di reversibilità – Discriminazione in base al sesso – Sussistenza – Condizioni (*Corte di Giustizia CE, Plenum, 7 gennaio 2004, nella causa C-117/01*) » I, 137
- COMUNITÀ EUROPEE – Nozione di agente commerciale – Direttiva del Consiglio 86/653/CEE – Coordinamento dei diritti degli Stati membri – Si applica alle persone che agiscono in nome proprio (*Corte di Giustizia CE, sez. 1^a, ord. 10 febbraio 2004, nella causa C-85/03*) » II, 488

- COMUNITÀ EUROPEE – Politica sociale – Sicurezza e salute dei lavoratori – Direttiva 93/104/CE – Ambito di applicazione – Operatori del soccorso che accompagnano le ambulanze nell’ambito di un servizio di soccorso organizzato dal *Deutsches Rotes Kreuz* – Portata della nozione di «trasporti stradali» – Durata massima dell’orario lavorativo settimanale – Principio Effetto diretto – Deroghe – Presupposti (*Corte di Giustizia CE, Grande Sezione, 5 ottobre 2004, nelle cause riunite da C-397/01 a C-403/01*) pag. IV, 1128
- COMUNITÀ EUROPEE – Quote latte – Denuncia di produzione – Autocertificazione del produttore – Sufficienza del controllo individuale (*Corte di giustizia CE, sez. 6^a, 25 marzo 2004, nella causa C-231/00 ed altre*) » I, 160
- COMUNITÀ EUROPEE – Trasporti aerei – Assistenza a terra (*handling*) – Direttiva 96/67/CE (*Corte di Giustizia CE, sez. 1, 9 dicembre 2004, nella causa C-460/02*) » IV, 1139
- CONCORRENZA – Società – Concentrazioni – Controllo (*T.A.R. Lazio, sez. 1^a, 20 febbraio 2004 n. 1631*) » I, 337
- CONCORSO PUBBLICO O ESAME – Motivazione espressa a mezzo di coefficienti numerici – Discrezionalità tecnica – Attività di giudizio e non propriamente provvedimentale – Punteggio numerico sufficiente – Finalità di economicità, celerità e chiarezza dell’attività amministrativa di valutazione (*C.d.S., sez. 4^o, sent. 19 luglio 2004 n. 5175; T.A.R. Toscana, sez.1^o, sent. 20 aprile 2004 n. 1214; sez. 1^o, sent. 19 luglio 2004 n. 2649; sez. 1^o, ord. 9 settembre 2004 n. 924*) » III, 859 ss.
- CONFERENZA DI SERVIZI – Impugnazione – Legittimazione ad agire dei cittadini di Firenze – Non sussistenza del *fumus* (*TAR Toscana, Firenze, sez. 1^a, ord. 20 aprile 2004, n. 456*) » II, 635
- CONFLITTO DI ATTRIBUZIONI tra poteri dello Stato – Legittimazione a sollevare il conflitto – Presidente della Repubblica – Responsabilità in relazione a dichiarazioni rese durante il mandato – Spetta all’Autorità giudiziaria accertare se costituiscano esercizio delle funzioni (*Corte Cost.le, 24-26 maggio 2004 n. 154*) » II, 547
- CORTE COSTITUZIONALE – Giudizi incidentali di legittimità costituzionale – Statuto della Regione siciliana – Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana – Composizione mista – Natura «*secundum statutum*» (*Corte Costituzionale, 28 ottobre 4 novembre 2004, n. 316*) » IV, 1205
- CORTE COSTITUZIONALE – Giudizi di legittimità costituzionale – Statuti regionali – Enunciati non normativi – Tutela delle «forme di convivenza» (*Corte Costituzionale, 29 novembre – 6 dicembre 2004, nn. 372,378,379*) » IV, 1214
- CORTE COSTITUZIONALE - Istruzione pubblica – Arredi scolastici – Laicità dello Stato – Inammissibilità della questione di legittimità costituzionale (*Corte Cost., ord. 15 dicembre 2004, n.389*) » III, 832
- CORTE COSTITUZIONALE – Lodo Schifani – Processi penali alte cariche dello Stato (*Corte Cost., 13-20 gennaio 2004, n. 24*) » I, 299
- CORTE DEI CONTI – Giudizio di responsabilità – Scelte amministrative – Limiti al sindacato giurisdizionale della Corte dei Conti (*Cassaz., S.U. civili, 6 maggio 2003, n. 6851*) » I, 307

DEMANSIONAMENTO – Art. 2103 Cod. civ. – Perentorietà – Dergoghe – Brevità del demansionamento – Esclusione (<i>Cassaz., sez. lav., 25 febbraio 2004, n. 3772</i>)	pag. I, 312
DIRITTO PROCESSUALE AMMINISTRATIVO – Motivi aggiunti – Inammissibilità del ricorso principale (<i>T.A.R. Lazio, sez. 1ª, 20 febbraio 2004 n. 1631</i>)	» I, 337
DIRITTO PUBBLICO – Ambiente – VIA – Pubblicità – Raggiungimento dello scopo (<i>C.d.S., sez. 6ª, 30 gennaio 2004 n. 316</i>)	» I, 329
DIRITTO PUBBLICO – Istruzione pubblica – Arredi – Questione di costituzionalità – Laicità dello Stato (<i>T.A.R. Veneto, sez. 1ª, ord. 14 gennaio 2004 n. 56</i>)	» I, 271
DIRITTO PUBBLICO – Istruzione pubblica – Scuole – Arredi scolastici – Crocifisso (<i>Tribunale de l'Aquila, ord. 23 ottobre 2003 e 29 novembre 2003, n. 1563</i>)	» I, 268
DIRITTO TRIBUTARIO – Diritto di credito vantato da una P.A. avverso un creditore di altra P.A. – Provvedimento cautelare di sospensione del pagamento ex art. 69 R.D. n.2240/1923 (c.d. «fermo amministrativo») – Sufficienza del <i>fumus boni iuris</i> della ragione di credito della P.A. (<i>Cassaz., sez. trib., sent. 2 marzo 2004, n. 4219</i>)	» III, 838
DIRITTO TRIBUTARIO – IRPEF – Indennità di esproprio – Programma di alloggi di edilizia economica e popolare (<i>Comm. Trib. 2º grado di Trento, sez. 3ª, sent. 18 maggio 1999 n. 100</i>)	» I, 292
DISCREZIONALITÀ TECNICA – Accertamenti sanitari – Controllo del G.A. – Insindacabilità (<i>T.A.R. Toscana, sez. 1º, ord. 14 luglio 2004 n. 798</i>)	» III, 870
ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITÀ – Valore di stima dei beni espropriati – Opposizione proposta dall'ente espropriante – Decorrenza del termine (<i>Cassaz., sez. I, 6 aprile 2004 n. 12318</i>)	» IV, 1249
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. 1º, ord. 7 luglio 2004</i>)	» III, 846
EXTRACOMUNITARI – Art. 1, co. 8, lett. a), d.l. 195/02 – Divieto di revoca del provvedimento di espulsione – Fattispecie – Legittimità costituzionale (<i>T.A.R. Toscana, sez. 1ª, 2 febbraio 2004 n. 201</i>)	» I, 377
GIUDIZIO CIVILE – Ricorso per Cassazione – Omessa motivazione – Prospettazione delle parti (<i>Comm. Trib. 2º grado di Trento, sez. 3ª, sent. 18 maggio 1999 n. 100</i>)	» I, 292
GIUDIZIO PENALE – Mancata comparizione del difensore dell'imputato per omessa notifica – Nullità della sentenza, sanata dal giudicato (<i>Cassaz., ord. 27 luglio 2000</i>)	» II, 603
GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA – Atti di natura organizzativa – Comunicazione dell'avvio del procedimento, motivazione – Non tempestività dell'impugnazione (<i>T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, ord. 10 novembre 2004, n. 1146</i>)	» IV, 1287

- ISTRUZIONE PUBBLICA – Attività organizzativa scolastica – Esigenza della continuità didattica – Profili organizzativi dell’attività didattica del corpo docente – Prevalenza degli interessi pubblici (*T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, ord. 27 ottobre 2004, n. 1117*) pag. IV, 1286
- MEDICI SPECIALIZZANDI – Remunerazione – Il Tribunale dichiara il difetto di giurisdizione dell’Autorità giudiziaria ordinaria (*Trib. Firenze, sez. 2^a civ., 11 dicembre 2003, n. 3387*) » I, 319
- PROCESSI – Ragionevole durata – Definitività della decisione (*Corte d’appello di Milano, sez.2, decr.22 ottobre 2004, n. 871*) » IV, 1261
- PROCESSI – Ragionevole durata («legge Pinto») – Equa riparazione – Controversie tributarie (*Cassaz., sez. 1^a, 17 giugno 2004 n. 11350*) » II, 614
- PUBBLICA AMMINISTRAZIONE – Sanzioni disciplinari – Sospensione dal servizio – Inizio del procedimento – Discrezionalità amministrativa – Controllo del Giudice amministrativo – Insindacabilità (*T.A.R. Toscana, Firenze, sez.1, ord. 9 novembre 2004, n. 1142*) » IV, 1291
- PUBBLICO IMPIEGO – Giurisdizione e competenza – Concorso – Controversie in materia di concorsi interni – Progressione verticale – Giurisdizione del G.A. – Sussiste – Ragioni – Fattispecie (*C.d.S., sez.6, 4 aprile 2004, n. 6511*) » IV, 1278
- PUBBLICO IMPIEGO – Procedure di riqualificazione del personale – Giurisdizione del G.A. – Insussistenza (*T.A.R. Lazio, Roma, sez. 2^o ter, sent. 4 maggio 2004 n. 3757*) » III, 850
- REATI E PENE – False comunicazioni sociali – Dichiarazione infedele – Ipotesi contravvenzionale e ipotesi delittuosa – Prescrizione – Questioni di legittimità costituzionale – Inammissibilità (*Corte Cost.le, 26 maggio-1 giugno 2004, sent. n. 161 e ord. n. 165*) » II, 561
- SITUAZIONE DI FATTO E DI DIRITTO E LEGITTIMITÀ DEL PROVVEDIMENTO – Applicabilità disciplina vigente al momento dell’adozione dell’atto – I fatti e le norme sopravvenuti non possono essere presi in considerazione ai fini dell’annullamento d’ufficio (*T.A.R. Toscana, sez. 1^a, 24 febbraio 2004, n. 522*) » I, 370
- TEMPUS REGIT ACTUM E PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO – Disciplina applicabile al momento dell’adozione del provvedimento finale (*T.A.R. Toscana, sez. 1^a, ord. 25 novembre 2003, n. 1200*) » I, 369
- TRATTATI E CONVENZIONI INTERNAZIONALI – Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo – Diritto allo svolgimento del processo in un termine ragionevole – Violazione – Indennità *ex* L. 89/01 – Prova del danno – Presunzione per il solo superamento del termine – Sussistenza (*Cassaz., S.U., 26 gennaio 2004, n. 1339*) » I, 282
- TRATTATI E CONVENZIONI INTERNAZIONALI – Liquidazione del danno – Misura – Obbligo del giudice di adeguarsi alla media dei risarcimenti accordati dalla Corte CEDU – Sussistenza (*Cassaz., S.U., 26 gennaio 2004, n. 1338*) » I, 276
- 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^o, sent. 7 settembre 2004 n. 9*) » III, 871

4 - PARERI, COMUNICAZIONI, CIRCOLARI

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). pag. III, 876

A.G.S. – Parere del 20 dicembre 2003, n. 144445.

Nozione di personale civile e militare in servizio all'estero ai sensi dell'art. 58

del d.P.R.200/1967 (*consultivo n. 11741/01, avvocato R. Tortora*). » I, 384**A.G.S. – Parere dell'8 gennaio 2004, n. 1141.**

Se sussiste il diritto alla ripetizione delle spese sostenute dal dipendente qua-

lora il giudizio di responsabilità amministrativa si sia concluso con sen-

tenza che afferma il difetto assoluto di giurisdizione per avere il giudice

contabile sindacato il merito dell'attività amministrativa (*consultivo*

n. 14654/03, avvocato P.U. Di Palma) » I, 385

A.G.S. – Comunicazione di servizio n. 12, prot. n. 6484 – Circolare n. 3, prot. n. 6493, del 19 gennaio 2004.

Direttiva in materia di produzioni documentali davanti al T.A.R. ed al

Consiglio di Stato » I, 383

A.G.S. – Parere del 22 gennaio 2004, n. 8790.

Liquidazione spese di custodia – Opposizione – Se l'Amministrazione delle

Finanze sia ancora legittimata dopo l'entrata in vigore del d.P.R. n. 115

del 2002 (*consultivo n. 13825/03, avvocato C. Sica*) » I, 386**A.G.S. – Parere del 23 gennaio 2004, n. 9544.**

T.U. n. 490/99, art. 58 e segg. – Ampiezza dei vincoli storico-artistici con par-

ticolare riguardo a nuove opere autorizzate ricomprese nel perimetro vin-

colato (*consultivo n. 5265/03, avvocato M. E. Scaramucci*) » I, 387**A.G.S. – Parere del 9 febbraio 2004, n. 20036.**

Decreto Legislativo 19 marzo 2001 n. 69, art. 50: conseguenze della retrodata-

zione di promozioni – Presupposti per le promozioni a generali di corpo

d'Armata della Guardia di Finanza (*consultivo n. 5835/04, avvocato A. Lin-**guiti*) » I, 388**A.G.S. – Parere dell'11 febbraio 2004, n. 21425.**

Avvalimento da parte delle Amministrazioni dei Provveditorati Regionali

OO.PP. in qualità di stazioni appaltanti – Onere delle spese di missione,

indennità varie ed altro – Responsabile del procedimento – Alta Vigilanza

(*consultivo n. 4444/02, avvocato M. Corsini*) » I, 391**A.G.S. – Parere del 13 febbraio 2004, n. 23358.**

D.Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 – Attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa

alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (*con-**sultivo n. 8229/03, avvocato P. Palmieri*) » I, 395**A.G.S. – Parere del 17 febbraio 2004, n. 25110.**

D.P.R. n. 218/1978, artt. 101 e 105 – Esenzione IRPEG e ILOR delle imprese

di nuova costituzione nei territori di cui all'art. 1 d.P.R. n. 218/1978 –

Estensione (*consultivo n. 7994/03, avvocato M.L. Guida*) » I, 398

A.G.S. – Parere del 12 marzo 2004, n. 37959.

Possibilità di costituire una garanzia ipotecaria su apparecchio per il volo da diporto e sportivo (*consultivo n. 11889/03, avvocato F. Clemente*) pag. I, 400

A.G.S. – Parere del 23 marzo 2004, n. 43625.

Richiesta di patrocinio da parte degli eredi di dipendente dell'Università (*affare legale n. 43064/03, avvocato A. Soldani*) » I, 401

A.G.S. – Parere del 23 marzo 2004, n. 44028.

Legge 22 dicembre 1999, n. 512, istitutiva del Fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso. Notifiche ex art. 5 (*consultivo n. 18678/02, avvocato S. Sabelli*) » II, 644

A.D.S. Bari – Parere del 1° aprile 2004, n. 10178. (Parere in via ordinaria).

Liquidazione spese di custodia veicoli sequestrati – Prescrizione (*consultivo n. 2419/03, avvocato P. G. Marrone*) » II, 669

A.G.S. – Parere del 1° aprile 2004, n. 48630.

Legge 22 dicembre 1999, n. 512 – Istituzione Fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso – Surrogazione di cui all'art. 6, comma 4 (*affare legale n. 40782/03, avvocato G. Fiengo*) » I, 402

A.G.S. – Parere del 7 aprile 2004, n. 51314.

Segretario comunale – Richiesta rimborso spese legali ex art. 18 decreto legge n. 67/1997 convertito con legge 135/1997 (*consultivo 5597/03, avvocato I. Massarelli*) » I, 404

A.G.S. – Parere dell'8 aprile 2004, n. 51975.

Determinazione indennità di carica spettante ai Presidenti delle Autorità portuali (*consultivo n. 39223/03, avvocato F. Clemente*) » II, 647

A.G.S. – Parere del 9 aprile 2004, n. 52725.

Gara a procedura ristretta per lo svolgimento di servizi di sviluppo e gestione del Sistema Informativo dell'Istruzione – Comportamento da adottare a seguito delle sentenze n. 1458/04 e 1459/04 (*contenziosi n. 13160/03 e 12629/03, avvocato V. Nunziata*) » II, 649

A.G.S. – Parere del 9 aprile 2004, n. 52885.

Se l'Istituto per il Commercio con l'Estero, quale ente pubblico, possa avvalersi del disposto dell'art. 8 del D.L. n. 79/1997, conv. con legge n. 140/1997, cedendo a terzi i propri crediti relativi ad attività istituzionali e promozionali (*consultivo n. 15296/00, avvocato V. Nunziata*) » II, 654

A.G.S. – Parere del 19 aprile 2004, n. 56997.

Art. 21 R.D. 1611/1993 – Applicabilità alle liquidazioni di diritti ed onorari dell'incremento del 10% a titolo di «spese generali» ex art. 15 D.M. n. 585/1994 (*consultivo n. 6526/03, avvocato G. D'Elia*) » II, 655

A.G.S. – Parere del 23 aprile 2004, n. 59153.

Questioni di massima concernenti procedura esecuzione obbligo alimentare – Convenzione internazionale di New York del 20 giugno 1956 (*consultivo n. 5736/01, avvocato S. Sabelli*) » II, 658

A.G.S. – Parere del 23 aprile 2004, n. 59384.

Modalità di recupero dei crediti erariali nei confronti di dipendenti statali da sentenza della Corte dei Conti (ritenuta – esecuzione mobiliare o immobiliare - iscrizione a ruolo). Parere reso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Milano. Art. 2, commi 1 e 4 del d.P.R. n. 260/1998 (*consultivo n. 12383/1999, avvocato P. Marchini*) pag. II, 661

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*). » III, 881

A.G.S. – Parere del 24 maggio 2004, n. 75845.

Esami di avvocato – Ordinanze cautelari di sospensione del giudizio – Riesame della commissione: limiti ed effetti – Condotta da tenere nella gestione del contenzioso (*consultivo n. 19542/04, avvocato W. Ferrante*) » II, 663

A.G.S. – Parere del 28 maggio 2004, n. 78259.

Rimborsabilità delle spese di giudizio sostenute da funzionari dello Stato nel corso di giudizi di responsabilità amministrativa conclusisi con una sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione (*consultivo n. 1156/04, avvocato M. Giannuzzi*). » II, 666

A.G.S. – Parere del 16 giugno 2004, n. 86211.

Appello avverso sentenza del Giudice di Pace – Operatività del «foro erariale» (*consultivo n. 22380/04, avvocato A. Palatiello*) » II, 667

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*).. . . . » III, 883

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*). » III, 899

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*).. . . . » III, 885

A.G.S. – Comunicazione di servizio n. 107, prot. n. 93110 – Circolare n. 37, prot. n. 93115, del 1° luglio 2004.

Contenzioso in materia di tasse e concessioni governative. Istruzioni operative » II, 641

A.G.S. – Comunicazione di servizio n. 115, prot. n. 101275, del 20 luglio 2004.

Contenzioso in materia di beni culturali » III, 875

- 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. III, 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*)..... » III, 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*)... » III, 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*)..... » III, 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*)..... » III, 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*)..... » III, 894
- 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*)..... » III, 901
- A.G.S. – Parere del 25 ottobre 2004, n. 139502.**
 Definizione controversie tributarie ex art. 161 legge 27 dicembre 2002 n. 289 e succ. mod. — Spese giudiziali (*consultivo n. 41298/04, avvocato A. Linguiti*)..... » IV, 1293

A.G.S. – Parere del 9 novembre 2004, n. 146082.

Legittimazione passiva nei processi di opposizione ad accertamento di violazioni al codice della strada nelle ipotesi di opposizione a verbale di contestazione elevato da organi appartenenti ad amministrazioni diverse dal Ministero dell'Interno – Soggetti legittimati a star in giudizio per il Ministero dell'Interno in particolare con riguardo alla Regione Valle d'Aosta (*consultivo n. 40529/2004, avvocato L. D'Ascia*). pag. IV, 1293

A.G.S. – Parere del 10 novembre 2004, n. 146928.

Collaudo Telcal (*consultivo n. 43637/04, avvocato V. Nunziata*). » IV, 1297

A.G.S. – Parere del 12 novembre 2004, n. 148481.

Spese legali collaboratori di giustizia – Cessione del credito – Profili fiscali (*consultivo 27975/04, avvocato A. Collabolletta*). » IV, 1303

A.G.S. – Parere del 13 dicembre 2004, n. 160218.

Art. 17, par. 3 lett. d) Direttiva CEE del Consiglio delle Comunità Europee del 14 giugno 1993 – Affidamento a trattativa privata dell'esecuzione di lavori di riallineamento di banchine (*consultivo n. 53507/04, avvocato G. Zotta*). » IV, 1305

A.G.S. – Parere del 16 dicembre 2004, n. 162146.

Deducibilità accantonamenti ai fondi per indennità suppletiva di clientela e per indennità meritocratica. Istruzioni per l'abbandonamento di controversie pendenti (*consultivo 51999/04, avvocato G. Mandò*). » IV, 1310

A.G.S. – Parere del 17 dicembre 2004, n. 162622.

Efficacia delle sentenze penali irrevocabili di «n.d.p. per estinzione del reato e morte del reo» sul relativo procedimento disciplinare, ai fini della definizione della posizione giuridico-retributiva del pubblico dipendente durante il periodo di sospensione cautelare dal servizio (*consultivo n. 35053/04, avvocato E. Figliolia*). » IV, 1312

A.G.S. – Parere del 20 dicembre 2004, n. 163745.

Controlli antidoping ai sensi della legge n. 376/2000 su competizioni organizzate dall'UNIRE (*consultivo 19156/04, avvocato P. Cosentino*). . . » IV, 1314

A.G.S. – Parere del 24 dicembre 2004, n. 165765.

D.L. 168 del 12 luglio 2004, cons. in legge 191 del 30 luglio 2004 – Art. 1, co. 9 (*consultivo n. 53273/04, avvocato E. Figliolia*). » IV, 1316

A.G.S. – Parere del 24 dicembre 2004, n. 165867.

Ricorso a brokers da parte delle Pubbliche Amministrazioni in relazione a contratti assicurativi da aggiudicarsi con gara (*consultivo n. 217680/03, avvocato D. Ranucci*). » IV, 1317

A.G.S. – Parere del 24 dicembre 2004, n. 165965.

Sanzione ex art. 5, co. 1, legge 18 gennaio 1994 n. 50 – Decreto Direttoriale del 31 luglio 2001 (prot. n. 04/21179) – T.A.R. Friuli Venezia Giulia – Sent. n. 885/02: dichiarazione dell'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione – Sanzioni cc.dd. punitive e cc.dd. ripristinatorie; alternatività e cumulo fra le stesse – Giurisdizione del G.O. e del G.A. nei vari casi – Onere dell'Amministrazione ai sensi dell'art. 3, co. 4, legge n. 241/90 – Omessa o non corretta indicazione – Correzione. (*consultivo 3267/03, avvocato M. Mari*) » IV, 1324

