

ANNO LVII - N. 1

GENNAIO-MARZO 2005

RASSEGNA
AVVOCATURA
DELLO STATO

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE DI SERVIZIO

ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO
ROMA 2005

COMITATO SCIENTIFICO: Presidente: *Luigi Mazzella*. Componenti: *Franco Coppi – Giuseppe Guarino – Natalino Irti – Eugenio Picozza – Franco Gaetano Scoca*.

DIRETTORE RESPONSABILE: *Oscar Fiumara* – Condirettori: *Giuseppe Fiengo – Giacomo Arena*.

COMITATO DI REDAZIONE: *Giacomo Aiello – Vittorio Cesaroni – Roberto de Felice – Maurizio Fiorilli – Massimo Giannuzzi – Maria Vittoria Lumetti – Antonio Palatiello – Giovanni Paolo Polizzi – Mario Antonio Scino – Tito Varrone*.

HANNO COLLABORATO INOLTRE AL PRESENTE NUMERO: *Massimo Bachetti – Vincenzo Balsamo – Barbara Bombaci – Ignazio Francesco Caramazza – Gianni De Bellis – Pierluigi Di Palma – Fabrizio Fedeli – Serena Iannicelli – Luigi Lepri Gallerano – Paolo Marchini – Glauco Nori – Carmela Pluchino – Vincenzo Rago – Giacomo Santi*.

SEGRETERIA DI REDAZIONE: *Francesca Pioppi*.

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

ABBONAMENTI ANNO 2005

	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 Arte/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

(P505015/101) Roma, 2005 — Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A. – S.

INDICE – SOMMARIO

TEMI ISTITUZIONALI

Paolo Marchini, <i>Nuova distribuzione delle competenze e foro erariale</i> (Cassaz., sez. 1 ^a , ord. 9 febbraio-19 aprile 2005 n. 8187)	Pag.	1
<i>La «consulenza legale» dell'Avvocatura dello Stato</i> (C.d.S., sez. 2 ^a , parere del 20 ottobre 2004 n. 9032).	»	5

IL CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

Pierluigi Di Palma, <i>La liberalizzazione dei diritti di traffico per le compagnie comunitarie all'interno dell'Unione</i>	»	9
Giacomo Santi, <i>I criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici tra direttive comunitarie e legislazione nazionale</i> (Corte di Giustizia CE, sent. 7 ottobre 2004, nella causa C-247/02)	»	15
1. — <i>Le decisioni</i>		
Antonio Palatiello, <i>Il principio dell'esaurimento dei rimedi interni quale condizione di ammissibilità del ricorso alla CEDU, e i criteri di calcolo del danno non patrimoniale</i> . (CEDU, sez. 1 ^a , sent. 21 ottobre 2004; sez. 3 ^a , sent. 2 dicembre 2004; sez. 1 ^a , sent. 10 novembre 2004)	»	55
Oscar Fiumara, Glauco Nori, <i>Applicazione retroattiva della pena più mite e limiti all'efficacia verticale delle Direttive comunitarie</i> (Corte di Giustizia CE, Grande Sez., sent. 3 maggio 2005, nelle cause riun. C-387/02, C-391/02, C-403/02)	»	63
2. — <i>I giudizi in corso</i>	»	74

IL CONTENZIOSO NAZIONALE

Luigi Lepri Gallerano, <i>Storia di un silenzio. Le recenti sentenze sull'ammissibilità dei referendum sulla procreazione medicalmente assistita alla luce della precedente giurisprudenza della Corte Costituzionale</i> . Dossier a cura di Ignazio Francesco Caramazza. (Corte Cost., sentt. 13-28 gennaio 2005, nn. 45, 46, 47, 48, 49)	»	105
Vincenzo Rago, <i>La legge sulla fecondazione medicalmente assistita ha aperto la possibilità per le coppie sterili di avere un figlio. Progresso scientifico e questioni giuridiche. Tutela dell'embrione, tra libertà di ricerca scientifica e diritto alla salute della donna: tre interessanti pronunce del T.A.R. Lazio</i> (T.A.R. Lazio, sez. 3 ^a ter, sentt. cam. cons. 7 aprile-5 maggio 2005, nn. 3452, 4046, 4047).	»	172
Serena Iannicelli, <i>La «longa manus» della modernizzazione del diritto antitrust europeo</i> (Cassaz., S.U., sent. 4 febbraio 2005 n. 2207).	»	218
<i>La produzione di nuovi documenti nel processo civile ordinario e del lavoro</i> (Cassaz., S.U., sentt. 20 aprile 2005 nn. 8202 e 8203)	»	224
Roberto de Felice, <i>Giurisdizione del giudice amministrativo in pubblici concorsi riservati a dipendenti interni, fuori ruolo e comandati</i> (Corte d'appello di Roma, sez. lav., sent. 26 gennaio-22 marzo 2005, n. 639)	»	239
Fabrizio Fedeli, <i>L'omissione di pronuncia come errore di fatto revocatorio delle sentenze del Consiglio di Stato</i> (C.D.S., sent. 3 maggio 2005, n. 2138).	»	245
Maria Vittoria Lumetti, <i>Il sindacato del Giudice Amministrativo sul giudizio di non ammissione alla classe successiva</i> (T.A.R. Toscana, sez. 1 ^a , sent. 21 dicembre 2004, n. 6555)	»	251
Maria Vittoria Lumetti, <i>Autorizzazione al lavoro e distacco di lavoratori stranieri</i> (T.A.R. Toscana, sez. 1 ^a , sent. 19 gennaio 2005, n. 171)	»	263

I PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO.	»	269
-------------------------------------------	---	-----

CONTRIBUTI DI DOTTRINA

Oscar Fiumara, <i>Pratiche di conciliazione nel sistema federale italiano</i>	Pag.	311
Massimo Bachetti, Carmela Pluchino, <i>Costituzione di parte civile dei familiari di un agente della Polizia di Stato deceduto in un conflitto a fuoco con i terroristi. Questioni sulla legittimazione rispetto al reato associativo</i>	»	316
Vincenzo Balsamo, <i>Esclusione del diritto di accesso per gli atti politici</i>	»	320
Barbara Bombaci, <i>Azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di una società a responsabilità illimitata</i>	»	326
Maria Vittoria Lumetti, <i>La nuova analisi della validità dell'atto: l'irregolarità per omessa comunicazione dell'avvio del procedimento</i>	»	330
INDICI SISTEMATICI	»	349

ANSA	CONSIGLIO MINISTRI: OSCAR FIUMARA AVVOCATO GENERALE STATO	
	<i>22/07/2005 - 16:43 - Politica Interna</i>	
<p>CONSIGLIO MINISTRI: OSCAR FIUMARA AVVOCATO GENERALE STATO</p> <p>(ANSA) - ROMA, 22 LUG - Il vice avvocato generale Oscar Fiumara(*) è stato nominato dal Consiglio dei ministri Avvocato generale dello Stato. (ANSA).</p>		

(*) Dal gennaio 1999 l'Avv. Oscar Fiumara è il Direttore responsabile della *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*.

Il Vice Avvocato Generale Ignazio Francesco Caramazza è stato insignito del premio Antonio Sorrentino 2005 da parte della Società Italiana degli Avvocati Amministrativisti.

Roma, 8 giugno 2005

Premio Antonio Sorrentino 2005 *Società Italiana degli Avvocati Amministrativisti*

Motivazione

«Ignazio Caramazza ha svolto per oltre quaranta anni le funzioni di Procuratore e Avvocato dello Stato, essendo stato nominato in data 17 agosto 1964 a seguito della vittoria — primo classificato — del relativo concorso ed avendo per soli quattro mesi prestato servizio quale Referendario della Corte dei Conti nel 1968 contemporaneamente al superamento del concorso per Sostituto Avvocato dello Stato (in ambedue le ipotesi primo classificato). Nel corso della sua attività ha confermato le brillanti doti manifestate negli studi universitari e nei concorsi di assunzione, esercitando la propria attività professionale in importanti giudizi dinanzi ai Giudici sia nazionali che internazionali: nello stesso periodo ha anche svolto importanti funzioni all'interno dell'Avvocatura dello Stato, quale Segretario Generale dal 1986 al 1996, e nell'ambito del Governo, quale Sottosegretario di Stato per l'interno per il periodo gennaio 1995-maggio 1996, oltre allo svolgimento di Corsi a livello universitario e alla partecipazione, prima come Componente poi come Vice Presidente, alla Commissione per l'accesso e quale Componente alla Commissione tributaria centrale. Autore, altresì, di importanti e numerose pubblicazioni giuridiche, è Vice Avvocato Generale dello Stato dal gennaio 2002, manifestando anche nei più impegnativi compiti connessi a tale incarico le doti professionali, organizzative ed umane che degnamente lo inseriscono nella tradizione del Premio Antonio Sorrentino.

Roma, 8 giugno 2005

Prof. Avv. Giuseppe Abbamonte
Dott. Alberto De Roberto
Prof. Avv. Filippo Lubrano
Avv. Luigi Mazzella
Prof. Avv. Federico Sorrentino»

Intervento (*)

di Ignazio Francesco Caramazza

È inutile nascondervi che è con profonda emozione che prendo la parola per ringraziare tutti voi dell'onore che mi viene fatto.

Si tratta di un'emozione che nasce da diversi e commisti sentimenti. Quello del ricordo, anzitutto: il ricordo di colui al cui nome è intitolato questo premio, Antonio Sorrentino. Un mito per gli avvocati amministrativisti della sua generazione. Un mito anche per quelli della mia. Un mito, ancora, per i giovani che si affacciano oggi nelle aule di giustizia, sol che abbiano il gusto della storia della giustizia amministrativa. Una giustizia amministrativa che quando esercitava Antonio Sorrentino viveva ancora i suoi tempi eroici.

Il principio di trasparenza era, all'epoca, *in mente dei* ed il diritto di accesso ai documenti amministrativi era un iperboreo mito cullato solo nella lontana Svezia.

L'avvocato amministrativista doveva, quindi, costruire il suo ricorso avendo come fonte d'informazione soltanto la parola del cliente, in quanto, il più delle volte, non solo non conosceva i documenti dell'Amministrazione ma non conosceva nemmeno l'atto da impugnare, il cui deposito veniva surrogato con il deposito dell'atto di interpello notificato — di regola inutilmente — all'Amministrazione resistente.

L'avvocato amministrativista doveva, quindi, essere buon conoscitore dei meccanismi amministrativi ed avere le capacità immaginative necessarie per ricostruire credibilmente una realtà giustiziabile, per poi calare questa creatura di fantasia negli stampi rigorosi del formalismo giuridico.

Soleva dirsi, all'epoca, che se la regola di giudizio del processo civile era quella dell'onere della prova, regola di giudizio del processo amministrativo era quella dell'onere del principio di prova da fornirsi dal ricorrente e che sarebbe stato poi integrato dai poteri «acquisitivi» del giudice.

In realtà, come dimostrò Mario Nigro nel suo famoso scritto sul «giudice amministrativo signore della prova» la differenza era ancora più profonda, in quanto se il giudice civile diceva alle parti «datemi il fatto, vi darò il diritto», il giudice amministrativo diceva al ricorrente «dammi dei motivi di ricorso plausibili e ben fatti e ti darò fatto e diritto».

Sulla base di un buon ricorso il Consiglio di Stato ordinava, infatti, all'Amministrazione l'esibizione della documentazione rilevante e l'avvocato del ricorrente poteva finalmente, *causa cognita*, aggiustare il tiro con i motivi aggiunti.

Antonio Sorrentino eccelleva in tutti i momenti di questa complessa attività. L'esperienza maturata nel pubblico, come avvocato dello Stato, magistrato del Consiglio di Stato e Capo di gabinetto del Presidente del Con-

(*) Si pubblica il testo dell'intervento di ringraziamento svolto dal Vice Avvocato Generale Ignazio Francesco Caramazza all'atto del conferimento del premio.

siglio, gli consentiva di individuare, attraverso la narrazione partigiana e confusa del cliente, la plausibile realtà amministrativa sottostante e la sua profonda cultura giuridica gliela faceva calettare in taglienti motivi di ricorso.

Un capitolo a parte merita, poi, la sua tecnica di discussione orale, che era un capolavoro di brevità e di efficienza. Antonio Sorrentino metteva anzitutto in luce i due o tre elementi di fatto più rilevanti nel giudizio e su di essi costruiva poi, con rigore secondo solo alla chiarezza, un sillogismo giudiziale già pronto per la sua trasfusione in sentenza. La sua eloquenza non indulgeva alle barocche ridondanze all'epoca tanto frequenti: era invece asciutta ed essenziale, senza essere, però, mai fredda né distaccata. Pronta, invece, a vibrare di profonda passione civile quando la causa lo richiedesse.

Ho avuto il privilegio di ascoltarlo più volte, talvolta come temibilissimo avversario o come rassicurante consorte in lite ed ho sempre tratto preziosi insegnamenti dalle sue discussioni.

Ancora oggi, quando mi trovo a dover preparare una difesa tanto complessa che non so da che parte cominciare, mi sorprendo a chiedermi: come l'avrebbe impostata Antonio Sorrentino?

Il secondo sentimento è quello della amicizia e dell'affetto per Federico Sorrentino, dalle cui mani ho ricevuto il premio ed a cui mi lega una ultratrentennale amicizia, maturata attraverso incontri e scontri nelle aule di giustizia ed incontri conviviali. Un Federico Sorrentino che, con il passar del tempo e l'ingrignarsi dei capelli, ricorda sempre più da vicino «la cara e buona immagine paterna».

Il terzo sentimento è quello dell'inadeguatezza: una mia inadeguatezza a questo premio e che sento quando penso ai nomi di coloro che mi hanno preceduto nel riceverlo e che rappresentano il Gotha degli amministrativisti dell'ultimo quarto di secolo.

Non starò certo a ricordarvi tutti, mi permetto di ricordarne due soltanto come rappresentativi di quel livello di eccellenza e scelti non certo come primi di una inammissibile graduatoria ma solo per circostanze estrinseche.

Il primo nome è quello di Mario Nigro, che è stato il primo amministrativista insignito del premio Sorrentino.

Il secondo è quello di Massimo Severo Giannini, che ricordo perché è proprio in questa sala che, non molto tempo fa, fu ricordato in una cerimonia commemorativa alla quale ho avuto l'onore di partecipare.

A fronte di nomi di questo livello non stenterete a credere che il mio sentimento di inadeguatezza è sincero e lontano quanto possibile da ogni falsa modestia e che sono altrettanto sincero quando dico che devo questo premio non tanto ai miei meriti, che sono pochi, quanto alla benevolenza della commissione giudicatrice, che è stata tanta.

Un ultimo sentimento è quello di dimestichezza. Dimestichezza con il luogo e le persone. Ricevo il premio in questo *Sancta Sanctorum* della giustizia amministrativa che è la Sala di Pompeo di Palazzo Spada ed io ho trascorso grandissima parte della mia vita lavorativa nell'Avvocatura dello Stato, che con la giustizia amministrativa ha un particolare legame. Consiglio di Stato ed Avvocatura dello Stato affondano infatti le loro radici in un comune *humus* storico ed istituzionale.

Il Consiglio di Stato non sarebbe mai diventato un giudice se l'Avvocatura — allora non dello Stato ma erariale — non avesse vittoriosamente sostenuto davanti al giudice civile tesi che negavano in quella sede la possibilità di rendere giustizia nei confronti dell'Amministrazione e l'Avvocatura non sarebbe mai passata dalla angusta veste di «erariale» a quella totalizzante di patrocinatore dello Stato se non avesse difeso l'Amministrazione nella sua veste autoritativa dinanzi al Consiglio di Stato.

Al momento istituzionale si aggiunge quello personale, perché moltissimi magistrati amministrativi mi onorano della loro amicizia per cui in quest'aula mi sento in certo qual senso, se il Presidente De Roberto me lo consente, «a casa». Il che rende ancora più gradito, se possibile, l'onore che mi si fa con il conferimento del premio.

Ma non vorrei venir meno al primo dovere che incombe al premiato quando la cerimonia faccia da prologo ad un convegno di studi di alto livello, primo dovere che è quello di non sottrarre troppo tempo ai relatori.

Concludo quindi con una sola parola riassuntiva, indirizzata all'Associazione Italiana degli Avvocati Amministrativi, ai membri della Commissione che mi ha ritenuto degno di questo premio, a tutti voi: grazie. Grazie, dal profondo del cuore.

Scheda

Premio Antonio Sorrentino

Il premio Sorrentino è stato istituito nel 1984 in base ad accordo tra la Società Italiana degli Avvocati Amministrativisti e la Famiglia Sorrentino per ricordare l'avvocato Antonio Sorrentino che è stato il primo Presidente dell'associazione. Viene assegnato ogni anno, in base alla valutazione di una Commissione costituita dal Presidente del Consiglio di Stato, dall'Avvocato Generale dello Stato, da due rappresentanti della Famiglia Sorrentino e dal Presidente e dal Segretario della Società italiana degli Avvocati amministrativisti, ad una personalità che si sia particolarmente distinta nel settore della giustizia amministrativa: la consegna del premio, consistente in una riproduzione della medaglia dedicata a suo tempo all'avv. Antonio Sorrentino, avviene nel corso di un Convegno tenuto presso il Consiglio di Stato.

I premiati negli anni trascorsi:

1984 – Mario Nigro; 1985 – Guido Landi; 1986 – Guglielmo Roehrssen; 1987 – Walter Prosperetti; 1988 – Feliciano Benvenuti; 1989 – Gabriele Pescatore; 1990 – Carlo Lessona; 1991 – Vincenzo Caianiello; 1992 – Giorgio Azzariti; 1993 – Alberto De Roberto; 1994 – Massimo Severo Giannini; 1995 – Giorgio Crisci; 1996 – Filippo Lubrano; 1997 – Carlo Anelli; 1998 – Alberto Predieri; 1999 – Riccardo Chieppa; 2000 – Giuseppe Guarino; 2001 – Renato Laschena; 2002 – Filippo Satta; 2003 – Federico Sorrentino; 2004 – Mario Egidio Schinaia.

TEMI ISTITUZIONALI

Nuova distribuzione delle competenze e foro erariale

(Corte di cassazione, sezione prima civile, ordinanza 9 febbraio-19 aprile 2005, n. 8187)

Nihil novi sub sole. La Suprema Corte ribadisce l'ormai consolidato orientamento, già espresso con le richiamate pronunce n. 15853 e 4212 del 2003 (rispettivamente, sentenza e ordinanza) poi con l'ordinanza n. 5004/2003, secondo il quale, salvi i casi in cui la competenza per territorio ordinaria del Tribunale debba permanere in quanto ancorata a criteri di collegamento previsti dal legislatore in ragione del *favor* per alcuni soggetti deboli (cause lavoristiche, previdenziali ed attinenti al diritto all'unità familiare: ricongiungimento, permesso di soggiorno), non può ritenersi che l'art. 7 del r.d. 1611 del 1933 sia rimasto in vigore con riferimento ai Tribunali in composizione monocratica, perché diversamente opinando si avrebbe «*l'abnorme risultato che anche nei prossimi decenni in qualsiasi causa in cui è parte lo Stato, occorrerebbe sempre ricercare se la stessa fosse in passato devoluta da una delle numerose leggi pregresse ed ormai abrogate, alla competenza del Pretore: posto che in tal caso rientrerebbe comunque nella deroga dell'art. 7*».

In effetti, la diversa interpretazione proverebbe troppo: tutte indistintamente le cause ora attribuite al Tribunale monocratico non provenienti dalla originaria competenza pretorile verrebbero ad essere drasticamente sottratte al foro erariale.

Corroborata, infine, l'orientamento della Cassazione la espressa esclusione di tale foro operata dal sesto comma dell'art. 413 c.p.c., esclusione inutile se fosse vera la tesi inversa.

Da ultimo, sarebbe interessante conoscere le tesi del P.M. che ha concluso difformemente.

Avv. Paolo Marchini

Corte di Cassazione, sezione prima civile, ordinanza del 9 febbraio – 19 aprile 2005 n. 8187 – Pres. R. De Musis – Rel. S. Salvago – P.G. A. Martone – T.L. (avv. V. Vitale) c. Ministero delle Politiche agricole e forestali (avv. dello Stato F. Favara, cont. 743/04).

Le controversie instaurate successivamente alla nuova disposizione dell'art. 9 cod. proc. civ. e rientranti, in base alla generale previsione della norma, nella competenza del Tribunale (in composizione monocratica o collegiale), sono soggette alla disciplina processuale stabilita per le cause di cognizione di detto giudice, ivi compresa quella posta dalla sezione III «della competenza del Tribunale» in cui è incluso il combinato disposto dell'art. 25 cod. proc. civ. e 6 r.d. 1611/1933 relativo al c.d. foro erariale.

La nuova normativa ha necessariamente abrogato per incompatibilità tutte le disposizioni (non di natura speciale) che prevedevano e regolavano «competenze» già del Pretore, ivi compreso dunque l'art. 7 r.d. 1611 del 1933 nella parte in cui regolava la competenza territoriale di detto organo nelle cause in cui era parte un'amministrazione dello Stato.

«(omissis) Svolgimento del processo – Il Tribunale di Brindisi, sez. distaccata di Ostuni, con sentenza del 16 ottobre 2003, ha dichiarato la propria incompetenza per territorio e la competenza del Tribunale di Lecce, sede dell'Avvocatura dello Stato, a conoscere della domanda di pagamento del contributo di cui all'art. 2 della legge 31 del 1991, avanzata da T.L. nei confronti della Regione Puglia o, in alternativa, del comune di C., in quanto: a) la Regione Puglia aveva chiesto di chiamare in causa il Ministero delle Politiche agricole e forestali, il quale aveva preliminarmente eccepito l'incompetenza territoriale del giudice adito; b) l'eccezione era fondata per il disposto dell'art. 25 cod. proc. civ. che prevede la competenza del c.d. foro erariale in tutte le controversie in cui sia parte un'amministrazione dello Stato. E perché non rilevava in contrario la giurisprudenza formatasi in merito alle controversie di lavoro o a quelle di natura previdenziale, in cui veniva in rilievo la figura del Pretore, in funzione di giudice del lavoro.

Il T.L. ha proposto regolamento di competenza fondandolo sull'art. 7 del r.d. 1611/1933 che esclude dal foro erariale i giudizi davanti ai Pretori, ora sostituiti dai Tribunali in composizione monocratica. Il Ministero si è opposto al regolamento, cui invece ha aderito il P.G., chiedendo che venga dichiarata la competenza del Tribunale di Brindisi.

Motivi della decisione – Il collegio deve anzitutto rilevare che il ricorso pur notificato presso l'Avvocatura distrettuale di Lecce, anziché presso l'Avvocatura generale dello Stato è ammissibile in quanto la nullità di detta notificazione è stata sanata, con effetto «*ex tunc*» (e conseguenziale esclusione del verificarsi di decadenza per il sopravvenuto decorso del termine d'impugnazione), dalla costituzione in giudizio dell'Amministrazione medesima rappresentata dall'Avvocatura generale (Cass. 4138/2003, 2148/2003).

Con il regolamento di competenza proposto, il ricorrente censura la sentenza impugnata per non aver considerato la disposizione dell'art. 7 r.d. 1611 del 1933, il quale esclude dal foro erariale i giudizi davanti ai Pretori, competenti per valore sulle cause aventi per oggetto, come quella in esame, una somma inferiore a £. 50 milioni; e deve oggi leggersi, per effetto dell'art. 244 della legge 51 del 1998 «giudizi innanzi ai Tribunali in composizione monocratica già attribuiti alla competenza dei Pretori». Con la conseguenza che essendo stato istituito il Tribunale in composizione monocratica cui sono state attribuite le cause già di competenza del Pretore, il Tribunale di Brindisi non avrebbe potuto declinare la propria competenza né applicare le norme sul foro erariale espressamente escluse dalla menzionata norma speciale del 1933.

Il ricorso è infondato.

Allorquando è stata notificata alla Regione Puglia la richiesta di contributo previsto dall'art. 2 del d.l. 367 del 1990, già vigeva la nuova disciplina processuale introdotta dal d.lgs. 51 del 1998, pur dopo la proroga concessa dalla legge 188 del 1998, la quale: a) ha soppresso l'ufficio del Pretore (art. 1); b) ha abrogato l'art. 8 cod. proc. civ. che ne regolava la competenza per valore (art. 49); c) ha modificato il testo dell'originario art. 9, attribuendo al Tribunale la competenza a conoscere di tutte le cause che non sono di competenza di altro giudice, nonché quelle rientranti nelle particolari materie indicate nel 2 comma (art. 50); d) ha suddiviso queste ultime controversie, in cause in cui il Tribunale giudica in composizione collegiale e cause in cui giudica in composizione monocratica (art. 56).

Pertanto deve nel caso trovare applicazione il combinato disposto degli art. 25 cod. proc. civ. e 6 r.d. 1611 del 1933, secondo cui per tutte le cause di competenza del Tribunale – quale che ne sia la composizione – la cognizione di quelle nelle quali è parte una Amministrazione dello Stato è devoluta al giudice del luogo in cui ha sede l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato nel cui distretto si trova il Tribunale che sarebbe competente secondo le norme ordinarie.

Vero è che il menzionato art. 6 fa «salva la disposizione dell'articolo seguente»; e che per l'art. 7 «Le norme ordinarie di competenza rimangono ferme, anche quando sia in causa un'Amministrazione dello Stato, per i giudizi innanzi ai Pretori ed ai Conciliatori».

Ma nel caso non vi era alcun giudizio pendente davanti al Pretore, né in materia di contributi alle aziende agricole della Regione Puglia, sussiste una norma che ne attribuisca la competenza al Pretore, posto che soltanto in presenza dell'uno o dell'altro presupposto può trovare applicazione l'art. 244 del ricordato d.lgs. 51/1998 per il quale «Salvo che sia diversamente previsto dal presente decreto e fuori dei casi di abrogazione per incompatibilità, quando leggi o decreti fanno riferimento ad uffici o organi giudiziari da esso soppressi il riferimento si intende agli uffici o agli organi cui sono state trasferite le relative funzioni. (2° comma) Le funzioni del pretore non attribuite espressamente ad altra autorità sono attribuite al tribunale in composizione monocratica, anche se relative a procedimenti disciplinati dagli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile o nei quali è previsto l'intervento obbligatorio del pubblico ministero»: come si verifica in materia di immigrazione in cui l'art. 30, 6 comma del testo unico appr. con d.lgs. 286 del 1998 stabilisce tuttora che «contro il diniego del nulla osta al ricongiungimento familiare e del permesso di soggiorno per motivi familiari, nonché contro gli altri provvedimenti dell'autorità amministrativa in materia di diritto all'unità familiare, l'interessato può presentare ricorso al pretore del luogo in cui risiede, il quale provvede, sentito l'interessato, nei modi di cui agli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile».

Ragion per cui questa Corte ha ritenuto che in tale peculiare materia, l'operatività del criterio di competenza del foro erariale è destinata a venir meno in presenza della norma di competenza (territoriale) di carattere speciale posta dal menzionato art. 30, rivolta a favorire l'accesso al giudice della parte più bisognosa: senza che detto sistema possa restare pregiudicato dall'avvenuta soppressione del Pretore/titolare della relativa competenza in quanto il riferimento a quest'ufficio deve intendersi ora al Tribunale in composizione monocratica in forza del ricordato art. 244 del d.lgs. 51/1998 (Cass. 11862/2004; 5004/2003; 2871/2001); la cui finalità è quella di evitare che in fattispecie come queste, in conseguenza della soppressione dell'ufficio del Pretore non sussista più alcun giudice competente a conoscere della causa, e più in generale di individuare una volta per tutte con un criterio univoco che non lasci adito a dubbi, l'organo chiamato a compiere una specifica attività processuale, allorché una qualsiasi norma la devolveva al Pretore.

Ma le controversie instaurate successivamente alla nuova disposizione dell'art. 9 cod. proc. civ. e rientranti in base alla generale previsione della norma, nella competenza del Tribunale (in composizione monocratica o collegiale), non possono che essere soggette alla disciplina processuale stabilita per le cause di cognizione di detto giudice, ivi compresa quella posta dalla sezione III «della competenza del Tribunale»: in cui è incluso il combinato disposto dell'art. 25 e 6 r.d. 1611/1933 relativo al c.d. foro erariale. Mentre la nuova normativa ha necessariamente abrogato per incompatibilità (art. 15 disp. sulla legge) tutte le disposizioni (non di natura speciale) che prevedevano e regolavano «competenze» già del Pretore, ivi compreso dunque l'art. 7 r.d. 1611 del 1933 nella parte in cui regolava la competenza territoriale di detto organo nelle cause in cui era parte un'amministrazione dello Stato: posto che l'applicazione di quest'ultima norma renderebbe impossibile la contemporanea operatività della competenza del Tribunale che l'ha abrogata, implicando necessariamente l'inapplicabilità e l'inosservanza dei ricordati art. 9 e segg. cod. proc. civ.

Né può ritenersi che l'art. 7 sia mantenuto in vigore dal fatto che l'espressione in esso contenuta «per i giudizi innanzi ai Pretori» sostituita dal citato art. 244 con quella «per i giudizi innanzi ai Tribunali in composizione monocratica», in quanto: a) quest'ultima disposizione esclude espressamente dalla sua applicazione proprio «i casi di abrogazione per incompatibilità»; b) non è rivolta ad incidere sulla disciplina delle competenze territoriali,

ma costituisce, come già rilevato dalla Corte Costituzionale, «una norma di chiusura del nuovo sistema processuale inserita infatti tra le norme di coordinamento e finali del Titolo VII del decreto legislativo n. 51 del 1998, istitutivo del giudice unico di primo grado che si limita ad attribuire al tribunale in composizione monocratica le funzioni del pretore non attribuite espressamente ad altra autorità, anche se relative a procedimenti camerali o nei quali è previsto l'intervento obbligatorio del pubblico ministero»; *c)* una diversa interpretazione comporterebbe l'abnorme risultato che anche nei prossimi decenni in qualsiasi causa in cui è parte lo Stato, occorrerebbe sempre ricercare se la stessa fosse in passato devoluta da una delle numerose leggi pregresse ed ormai abrogate, alla competenza del Pretore: posto che in tal caso rientrerebbe comunque nella deroga dell'art. 7; *d)* quest'ultima norma, in tal modo riletta ed intesa finirebbe per attrarre nel suo ambito di applicazione (quanto meno) tutte indistintamente le cause ora di competenza del Tribunale in composizione monocratica: e quindi anche quelle non comprese in passato nella competenza del Pretore. Il che questa Corte ha ripetutamente escluso, evidenziando l'inaccettabilità di siffatto risultato comportante «una arbitraria drastica riduzione dell'ambito di applicazione della regola del foro erariale» (Cass. 15853/2003;4212/2003).

Va aggiunto che l'interpretazione qui recepita trova conferma nel nuovo testo dell'art. 413 cod. proc. civ. che avendo istituito per le cause di lavoro di cui all'art. 409, la competenza del tribunale in funzione di giudice del lavoro, ha introdotto nel 6° comma per quelle in cui è parte una Amministrazione dello Stato onde evitarne l'attrazione nella disposizione generale sul foro erariale, una specifica deroga stabilendo che per esse «non si applicano le disposizioni dell'art. 6 del r.d. 30 ottobre 1933 n. 1611»: deroga altrimenti inutile, ove dette controversie già di competenza del Pretore, in funzione di giudice del lavoro, dovessero ritenersi comprese nella previsione dell'art. 7 del r.d. che già escludeva l'applicazione del foro dello Stato.

Mentre è significativo che per le cause previdenziali sia stata necessaria la previsione di una norma particolare istitutiva di un foro speciale (art. 444 cod. proc. civ.) che ne attribuisce comunque la competenza «al tribunale, in funzione di giudice del lavoro, nella cui circoscrizione ha la residenza l'attore».

In conclusione, nella specie di causa appartenente fin dalla data della citazione alla competenza del Tribunale (in composizione monocratica) trova applicazione la regola del foro erariale e perciò il ricorso va respinto.

Sussistono giusti motivi per dichiarare interamente compensate tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M. – La Corte, rigetta il ricorso e dichiara interamente compensate tra le parti le spese processuali.

Così deciso in Roma il 9 febbraio 2005».

La «consulenza legale» dell'Avvocatura dello Stato

Consiglio di Stato, Sezione Seconda, parere del 20 ottobre 2004 n. 9032
– Pres. L. Barberio Corsetti – Rel. Est. V. Borea – *Ministero delle Politiche Agricole e forestali – Applicazione dell' art. 13 del decreto legislativo 30 aprile 1998 n. 173 – Erogazione di aiuti alle imprese che operano nel settore agroalimentare.*

«Con il quesito in oggetto l'Amministrazione richiedente documentatamente riferisce che, previa fissazione dei criteri generali da seguire per dare applicazione alla disposizione di cui all'art. 13 decreto legislativo 30 aprile 1998 n. 173, concernente l'erogazione di aiuti alle imprese operanti nel settore agroalimentare che propongono investimenti finalizzati a realizzare interventi sotto vari profili giovevoli all'economia di settore (decreto 21 marzo 2000), cui ha fatto seguito dapprima l'individuazione dei soggetti legittimati e la predisposizione dei parametri di valutazione e di attribuzione dei punteggi (decreto 19 aprile 2000), e, da ultimo, la nomina del Gruppo tecnico di valutazione (decreto 23 maggio 2000), è stato infine adottato il provvedimento di approvazione della graduatoria delle imprese ritenute meritevoli (decreto 30 giugno 2000, rettificato poi, per errori materiali, con decreto 26 luglio 2000).

Aggiunto poi che con decreto 29 agosto 2000 è stata costituita una Commissione tecnica incaricata di accertare gli eventuali problemi insorti nell'applicazione della suddetta disposizione di legge (precisandosi che detta Commissione ha relazionato in proposito il successivo 9 novembre 2000), si continua specificando che successivamente si è provveduto all'erogazione delle anticipazioni previste previa approvazione dei progetti esecutivi previsti, e si conclude poi specificando che, a seguito della costituzione, con decreto 1° marzo 2004, di una Commissione di indagine incaricata di accertare la correttezza e legittimità delle varie fasi del procedimento, quest'ultima, con relazione 7 maggio 2004, ha formulato taluni rilievi con riguardo agli aiuti concessi alla s.p.a. P. e alla s.p.a. C., in sintesi così pronunciandosi:

1) *P.*:

a) non si sarebbe rilevato che in uno degli stabilimenti ammessi a contributo si prevedeva la realizzazione di un impianto di microfiltrazione all'epoca non autorizzata;

b) il progetto presentato non evidenzia adeguatamente il vantaggio che ne deve risultare a favore dei produttori di latte;

c) stupisce che si possano prevedere spese in pubblicità superiori, sia pure di poco, agli assenti vantaggi per i produttori fondandosi sul maggior prezzo (10%) offerto per l'acquisto di latte, quando è noto che il prezzo del latte è oggetto di contrattazione collettiva e non può essere determinato autonomamente.

2) *Nei confronti poi sia di P. che di C., si dubita poi che delle società di capitali possano essere destinatarie degli aiuti.*

A tali rilievi ribatte l'Amministrazione, sostenendo la legittimità del proprio operato.

Tutto ciò premesso, ritiene la Sezione di dover in via pregiudiziale verificare se l'articolato quesito or ora sinteticamente riassunto possa considerarsi ricompreso nella sfera di competenza di questo Consiglio in sede consultiva: in altre parole occorre verificare se sussistano i presupposti necessari affinché questo Consiglio sia tenuto a esprimersi sul merito delle questioni poste.

Tale verifica porta ad un risultato negativo.

La giurisprudenza, anche di questa Sezione, ha infatti chiarito da tempo quali sono i limiti entro i quali il Consiglio di Stato può emettere pareri su richiesta facoltativa delle pubbliche amministrazioni, limiti che sono particolarmente evidenti dopo la novella introdotta dall' art. 17, commi 25 e ss. della legge 15 maggio 1997 n. 127, che ha rigorosamente circoscritto, drasticamente riducendole, le competenze in materia del Consiglio di Stato (*cf.*, tra le tante, di questa Sezione, le pronunce 17 aprile 2002 n. 190 e 21 maggio 2003 n. 2564).

Ciò premesso, appare innanzi tutto agevole rilevare che il quesito che pone il Ministero delle Politiche Agricole e Forestali non riguarda l'interpretazione da darsi in via generale ed astratta ad una particolare normativa, utilizzabile in futuro per una serie indeterminata ed allo stato indeterminabile di specifici casi concreti, bensì mira a risolvere in via consultiva un problema concreto e specifico di natura squisitamente gestionale, insorto a seguito dei dubbi insorti, nei modi che si sono visti, in ordine alla correttezza e legittimità, rispetto alla normativa di riferimento, della procedura posta in essere al fine di individuare i soggetti destinatari di contributi a carico della collettività: problema tale da ingenerare, già, potenzialmente, il venir in essere di situazioni litigiose su iniziativa di chi alla procedura aveva inutilmente partecipato, situazioni litigiose di fatto poi realizzatesi, come risulta dalla relazione stesa dalla Commissione di indagine in data 7 maggio 2004, ove si legge che sono pendenti almeno sette ricorsi al T.A.R. Lazio.

Appare perciò più che certo che la situazione litigiosa venutasi a formare, per di più già concretatasi in una pluralità di reazioni giurisdizionali avverso l'atto finale della procedura di concessione dei contributi, non potrà non coinvolgere il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, con conseguente evidente inopportunità in questa sede di una pronuncia in ordine ai prospettati dubbi di illegittimità che caratterizzerebbero la procedura seguita.

Inopportunità che del resto trova un conforto anche normativo, e cioè nella disposizione contenuta nell'art. 33 del R.D. 26 giugno 1924 n. 1054, la cui attualità risulta espressamente confermata dallo specifico richiamo che ne opera il comma 26 del ricordato art. 17 legge n. 127/1997, disposizione con la quale si prevede espressamente che, negli affari *che possono formare oggetto di ricorso giurisdizionale*, il Governo *non può* richiedere, in via amministrativa, il parere dell'Adunanza Generale (con ciò derogandosi alla regola generale, sancita dal precedente art. 25, in base alla quale l'Amministrazione, avuto il parere di una Sezione, poteva richiedere che l'affare fosse riproposto all'intero Consiglio in adunanza generale).

A ben vedere, peraltro, non è già solo per ragioni di opportunità che la Sezione ritiene di dover declinare la propria competenza, dato che a tale conclusione porta infatti anche un'altra specifica disposizione di legge.

Soccorre qui l'art. 13 del R.D. 30 ottobre 1933 n. 1611, testo unico delle leggi sull'Avvocatura dello Stato, a tenore del quale spetta a quest'ultima, tra l'altro, provvedere «alle consultazioni legali richieste dalle Amministrazioni ed inoltre consigliarle e dirigerle quando si tratti di promuovere, contestare o abbandonare giudizi» nonché suggerire «provvedimenti intorno a reclami o questioni mossi amministrativamente *che possano dare materia di litigio*».

Da ciò deriva, nel quadro di un armonioso e razionale assetto organizzativo ed ordinamentale, che non risulta logicamente ammissibile la possibilità di una doppia, concorrente competenza tanto dell'Avvocatura dello Stato quanto di questo Consiglio qualora una pubblica amministrazione si trovi ad essere parte in presenza di una *res litigiosa*, non importa se già concretamente in atto ovvero soltanto potenziale, dovendosi ritenere che la specifica e puntuale competenza affidata all'Avvocatura dello Stato per entrambe le ipotesi porti ad escludere la sovrapposizione di un'analoga competenza di questo Consiglio.

Sovrapposizione del resto da escludersi anche in ragione delle profonde differenze che funzionalmente distinguono le due istituzioni, giacché l'attività di tutela legale dei diritti e degli interessi della P.A. affidata all'Avvocatura è attività squisitamente di parte, in nulla differenziandosi, sostanzialmente, da quella svolta dai professionisti del libero foro a difesa di privati interessi, mentre l'attività consultiva svolta dal Consiglio di Stato si configura come *super partes*, viene resa cioè in posizione di terzietà, in armonia con la posizione di autonomia che gli assicura l'art. 100 della Costituzione quale organo ausiliario del Governo, non già a difesa dell'Amministrazione bensì nei limiti di una rigorosa e imparziale interpretazione della legge, e, quindi, come sopra si è anticipato, ben si colloca a monte di ogni possibile coinvolgimento di interessi privati in fase applicativa delle norme sulla cui interpretazione il Consiglio è chiamato a pronunciarsi, risolvendosi, tale pronuncia, nella proposta di soluzione di questioni di larga massima, ben prima e a prescindere dal verificarsi di fattispecie concrete, in occasione delle quali l'Amministrazione potrà semmai (anche al fine di prevenire possibili contenziosi) avvalersi dei suggerimenti e delle proposte interpretative ricevuti.

In conclusione, per le ragioni sopra espresse, ritiene la Sezione che non v'è luogo a pronunciarsi sul quesito in oggetto.

P.Q.M. Nei sensi suindicati è il parere della Sezione».

IL CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

La liberalizzazione dei diritti di traffico per le compagnie comunitarie all'interno dell'Unione

di Pierluigi Di Palma

Nel corso degli ultimi decenni il diritto comunitario si è gradualmente interessato del trasporto aereo, dapprima con alcuni interventi della Corte di Giustizia delle Comunità Europee volti a colmare le lacune della normativa di settore e, in seguito, con l'adozione di una serie di Regolamenti che ne hanno profondamente e progressivamente mutato la disciplina.

Nel periodo iniziale del Mercato Comune, invero, il trasporto aereo presentava caratteristiche talmente specifiche da rendere l'ipotesi dell'integrazione dei mercati nazionali improponibile, non reputandosi possibile applicare al settore in esame principi fondamentali dell'ordinamento comunitario quale, in particolare, quello in tema di concorrenza.

In sostanza, il trasporto aereo era del tutto sottratto alle regole del mercato ed invece sottoposto alla potestà ed alla regolamentazione degli Stati membri.

I traffici internazionali, secondo la Convenzione di Chicago del 1944 (Annessi ICAO), risultavano completamente regolati mediante accordi bilaterali ripartitivi della capacità di trasporto su base paritetica, mentre quelli interni erano, in regime concessorio, gestiti in monopolio dalle compagnie di bandiera, operanti in modo sostanzialmente svincolato da criteri di mercato. In tale contesto, le tariffe erano fissate da parte ministeriale, su proposta delle compagnie di navigazione aerea nazionale.

In ogni caso, anche rispetto ai principi contenuti nel Trattato, è del tutto verosimile che gli Stati membri, al momento della loro adesione, avessero ritenuto di condividere una disciplina del settore aereo rivolta, anche solo in via programmatica, a creare un «mercato comune europeo» dei trasporti aerei, ispirato ai canoni della concorrenza e delle regole del mercato.

Il vuoto normativo è stato colmato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia CE, che ha dato il necessario impulso al legislatore comunitario per allineare progressivamente il trasporto aereo alla disciplina degli altri ser-

vizi e, in generale, alle norme ed ai principi comunitari, avendo avuto la possibilità di chiarire, già dalla metà degli anni '70, che i principi del Trattato erano da considerarsi interamente applicabili a tutto il settore dei trasporti, ivi compresi quelli marittimi ed aerei.

Comunque, la validità propulsiva delle decisioni giurisprudenziali risultava fortemente circoscritta da norme che escludevano l'applicazione diretta delle disposizioni sulla libera circolazione dei servizi, fino a quando non fossero state adottate dal Consiglio le correlate ed espressamente previste disposizioni attuative.

Successivamente, nella metà degli anni '80, proprio per il segnalato ritardo nella definizione delle norme attuative, la Corte di Giustizia ha condannato il Consiglio e ha sancito, nello stesso periodo, l'applicabilità al settore aereo dei principi della concorrenza, anche in assenza delle disposizioni attuative del Trattato, dando, così, il definitivo impulso per l'adozione di norme specifiche di settore (I e II pacchetto).

Da quanto brevemente esposto appare, dunque, chiaro che la liberalizzazione del trasporto aereo, in ambito comunitario e nazionale, è avvenuta, sotto il profilo dell'elaborazione normativa, per tappe progressive nell'arco di un decennio, dalla metà degli anni '80 alla metà degli anni '90.

È comunque da precisare, per maggiore chiarezza, che la presenza nel settore aereo di una disciplina di diritto internazionale come la Convenzione di Chicago (Annessi ICAO) continua ad escludere la piena applicazione delle libertà comunitarie, con riferimento ai traffici aerei tra la Comunità e gli Stati terzi (III pacchetto).

Per quanto concerne specificatamente la normativa comunitaria di settore, occorre segnalare, innanzitutto, il Regolamento n. 2407/1992 che identifica i vettori aerei comunitari e stabilisce i requisiti che le compagnie aeree devono possedere per poter essere ricomprese tra tali vettori, potendo fruire così delle libertà di accesso ai servizi garantite dall'appartenenza al sistema comunitario.

In particolare, i soggetti in possesso dei requisiti richiesti dalla normativa comunitaria hanno titolo ad ottenere dagli Stati membri, in cui hanno il principale «stabilimento», la licenza di vettore aereo.

Inoltre, secondo i noti principi del mutuo riconoscimento, tutti gli Stati membri devono permettere alle compagnie aeree detentrici di una licenza comunitaria, rilasciata da un altro Stato membro, di accedere ai propri traffici.

È importante sottolineare che il Regolamento in esame condiziona l'accesso ai traffici aerei intracomunitari in base al solo possesso di requisiti qualitativi e non più quantitativi, come in passato. Ciò comporta, conseguentemente, la nascita di nuove compagnie europee di trasporto aereo alle quali sono riconosciuti i medesimi diritti di accesso e partecipazione al traffico spettanti alle compagnie c.d. di bandiera, il cui tradizionale monopolio, specie sui traffici nazionali, viene così, progressivamente, conteso dalla comparsa sui mercati di nuove imprese.

La liberalizzazione del settore aereo, dunque, ha comportato, da un lato, l'adozione di una specifica disciplina applicativa degli artt. 81 e 82 (*ex* artt. 85 e 86) del Trattato che è stata definita con il Regolamento

n. 3975/1987, il cui ambito di applicazione copre sia i trasporti intracomunitari che quelli di cabotaggio (trasporto commerciale per via aerea di cose e persone tra due aeroporti del territorio di uno stato) e, dall'altro, una liberalizzazione delle tariffe, prevista dal Regolamento n. 2409/1992, nel quale l'unico spazio riservato alle autorità competenti è un limitato controllo «a posteriori» sulla congruità delle tariffe passeggeri di linea.

Di rilevante interesse ai fini della libera circolazione dei servizi di trasporto aereo, inoltre, è il Regolamento n. 2408/1992 che attua in modo pieno la libera circolazione dei servizi nel settore, stabilendo un principio generale di libertà di accesso ai traffici intracomunitari e, a partire dall'aprile 1997, anche nazionali per tutte le compagnie della Comunità.

L'esercizio del diritto di accesso ai traffici deve esplicitarsi, da parte dei singoli vettori, in conformità alle norme comunitarie, nazionali o locali in materia di sicurezza ed ambiente, e resta comunque soggetto alla disponibilità di bande orarie (*slots*) negli scali aeroportuali interessati, da assegnarsi ai diversi vettori richiedenti in relazione alla capacità effettiva dello scalo aeroportuale, nelle diverse ore della giornata e nel rispetto delle norme comunitarie che ne disciplinano l'allocazione (cfr. *Reg.* n. 95/1993 e successive modifiche ed integrazioni).

È da segnalare, poi, che talune eccezioni al generale regime di libero accesso ai traffici aerei sono previste dall'art. 8 del Regolamento del '92, ove nella medesima area si trovino più aeroporti (sistemi aeroportuali elencati in allegato al Regolamento n. 2408/1992), potendo, in tal caso, lo Stato, senza discriminazione basata sulla nazionalità o sull'identità del vettore aereo, specificare alle compagnie l'aeroporto sul quale sono autorizzate a fare scalo.

Con l'entrata in vigore del Regolamento n. 2408/1992, pertanto, i vettori aerei in possesso della licenza comunitaria *ex* Regolamento n. 2407/1992 possono istituire servizi di linea o non di linea su una determinata rotta intracomunitaria e, dal 1997, anche nazionale, fruendo della libera prestazione dei servizi.

Nel concreto operare delle preposte Autorità dell'aviazione civile degli Stati membri, tuttavia, si è riscontrato che, nell'ambito dell'esercizio dei normali poteri di controllo e verifica sulle condizioni, modalità ed eventuali limiti di accesso al traffico, vi è una tendenza a restrizioni alla libera circolazione dei servizi e/o al godimento della relativa libertà.

Si pensi all'ipotesi in cui le autorità nazionali competenti ritardino la definizione del procedimento di autorizzazione ovvero consentano l'accesso al traffico da e per un aeroporto diverso e assai meno interessante di quello dal quale o verso il quale la linea aerea vorrebbe operare, ovvero neghino l'accesso al traffico con il pretesto di mancanza di adeguati «*slots*» disponibili.

A volte, la reale motivazione può essere quella di evitare l'ingresso sul mercato di un nuovo operatore al fine di proteggere le compagnie che storicamente presidiano quel traffico, nella superata logica di suddivisione dei mercati, tipica del modello vigente prima dei processi di liberalizzazione sorti a seguito delle norme comunitarie di riferimento.

In questi casi, a livello comunitario, è immediata la protezione delle libertà di prestazione dei servizi che viene garantita secondo modalità applicative e canoni interpretativi assai efficaci, eventualmente con l'imposizione di limiti all'esercizio dei poteri di controllo e gestione dei traffici aerei in capo agli Stati membri, ovvero alle autorità e/o gestori dei traffici all'uopo preposti.

V'è da dire, per completezza, che sino ad oggi la Commissione ha sviluppato la propria giurisprudenza rispetto a casi nei quali le restrizioni al godimento della libera prestazione dei servizi apparivano evidentemente collegate a discriminazioni basate sulla nazionalità, ovvero al desiderio di proteggere i traffici già in essere sullo scalo di interesse e si inquadravano, per lo più, in un contesto fattuale e procedurale caratterizzato da scarsa trasparenza.

In tale ottica, comunque, è stato considerato incompatibile con il diritto comunitario ed in particolare col diritto di accesso ai traffici aerei previsto dal Regolamento n. 2408/1992, un provvedimento di diniego della domanda di apertura di un servizio di linea effettuata da una compagnia aerea, fondato sulla semplice comunicazione che non vi erano bande orarie disponibili.

Sempre in sede comunitaria, inoltre, è stato chiarito che i provvedimenti degli Stati membri che limitano o impediscono l'accesso al traffico aereo nei confronti di vettori comunitari, oltre che compiutamente motivati, devono essere impugnabili dinanzi alle giurisdizioni nazionali.

Dal quadro appena tracciato emerge l'estrema attenzione della Commissione rispetto a qualunque possibile restrizione alle libertà di prestazione dei servizi di trasporto aereo, rilevabile su denuncia o *ex officio*. In effetti, si è sviluppata un'interpretazione delle disposizioni del Regolamento in forza della quale lo stesso potere degli Stati membri, teso ad introdurre limitazioni alle libertà di prestare servizi di trasporto aereo, risulta esercitato, di fatto, nell'ambito di una costante e penetrante attività di consultazione e di informazione della Commissione, con la quale lo Stato membro è tenuto ad interloquire anche in fase di predisposizione dei provvedimenti di organizzazione/razionalizzazione del traffico aereo di appartenenza.

L'accesso alle infrastrutture aeroportuali in un regime di trasporti liberalizzati e tendenzialmente congestionato soprattutto con riferimento al traffico che si sviluppa nei grandi aeroporti europei, è comunque condizionato dalla disponibilità di sufficienti bande orarie (*slots*).

Al riguardo, è da segnalare che il Regolamento n. 95/1993, di recente integrato e modificato dal regolamento n. 793/04 del 21 aprile 2004, ha introdotto norme e procedure comuni per l'assegnazione di bande orarie negli aeroporti della Comunità, con particolare riferimento alla necessità che il soggetto che ha la potestà di assegnare gli *slots*, il coordinatore, risulti terzo e indipendente rispetto agli interessi in gioco.

In particolare, la predetta disciplina prevede che, in relazione ad una analisi della capacità infrastrutturale ed operativa dello scalo di interesse, lo Stato membro possa qualificare un aeroporto insistente sul proprio territorio quale pienamente coordinato (oggi coordinato) quando la domanda di collegamenti superi, anche solo negli orari di picco, la possibilità di libero accesso

allo scalo e risulti, conseguentemente, necessaria una regolamentazione in materia di assegnazione di bande orarie, da rimettere al coordinatore indipendente, per l'Italia Assoclearance (*Italian Agency for Airport Coordination*).

In tal caso, onde evitare che i vettori richiedano bande orarie in eccesso rispetto all'offerta di servizio da essi effettivamente prestata, tutte le bande orarie non utilizzate, restituite al soggetto competente a coordinare le assegnazioni degli *slots*, o comunque perdute per mancato utilizzo, vengono messe in un «*pool*» di bande orarie, a disposizione per il 50% dei vettori nuovi entranti.

Appare evidente, da quanto sopra esposto, che la società di gestione non ha titolo diretto né può richiedere che venga impedito l'accesso a qualsiasi operatore aereo in possesso di una licenza rilasciata secondo le disposizioni della regolamentazione comunitaria in materia.

Ciò vale anche nell'ipotesi in cui l'aeroporto interessato, pur appartenendo ad un sistema aeroportuale di cui all'art. 8 del Reg. (CEE) n. 2408/1992 (cfr. All. al Reg n. 2408/1992) non consti di una specifica regolamentazione di ripartizione del traffico che permetta di destinare, autoritativamente, parte del traffico in ciascuno degli aeroporti costituenti il sistema (per l'Italia i sistemi aeroportuali di Roma Fiumicino, Roma Ciampino e gli scali di Venezia e Treviso - il sistema di Milano è regolamentato).

Peraltro, gli scali appartenenti ad un sistema aeroportuale, ai sensi dell'art. 5 del Reg. CE n. 95/1993 (cfr. art. 8 decreto ministeriale 44 T del Ministro dei trasporti e della navigazione) di norma risultano già classificati quali aeroporti pienamente coordinati (ora, ai sensi dell'art. 1.2 del Reg. n. 793/04, aeroporti coordinati) e, pertanto, l'assegnazione delle bande orarie è materia riservata ad Assoclearance e non rientra, quindi, nella disponibilità dei singoli gestori aeroportuali.

In tale contesto, le società di gestione hanno l'obbligo di garantire l'esercizio dei servizi di linea dei vettori che risultino avere ottenuto l'accesso all'aeroporto in relazione all'assegnazione delle bande orarie disposte da Assoclearance.

Naturalmente, la società di gestione potrà legittimamente rifiutarsi, trattandosi di rapporti di natura commerciale, di prestare i servizi di assistenza a terra laddove non pagati e richiedere ad ENAC, informando anche ENAV, di impedire il decollo *ex art. 1058 c.n.* (Provvedimenti per impedire la partenza dell'aeromobile), nei limiti di cui al precedente art. 1057 (aeromobili non soggetti a pignoramento e a sequestro) ovvero, previo riscontro della sussistenza di una formale diffida nei confronti dell'operatore, negare l'atterraggio del volo se il vettore non risulti, nell'esercizio dei collegamenti, in regola con il pagamento dei diritti aeroportuali. Tali diritti, infatti, secondo le convenzioni stipulate con l'ENAC, rappresentano per le società di gestione totale il corrispettivo ad esse versato per l'utilizzazione delle infrastrutture dell'aeroporto, utilizzazione che si realizza per il solo fatto di atterrare, parcheggiare e decollare.

Sia per quanto concerne i servizi di assistenza a terra e sia in caso di rifiuto da parte di ENAC e/o ENAV di attenersi ad una eventuale richiesta di impedimento del decollo o rifiuto di atterraggio per mancato pagamento

dei diritti aeroportuali, qualsiasi provvedimento autoritativo che obblighi a garantire *l'handling* (servizio di assistenza a terra) o che non impedisca il decollo o che permetta l'atterraggio del vettore inadempiente, potrà determinare l'instaurazione, da parte della società di gestione, di una azione risarcitoria extracontrattuale nei confronti dei soggetti che abbiano permesso al vettore di eludere le garanzie del credito.

Per completare questa sintetica panoramica sulle tappe più salienti del processo di liberalizzazione del trasporto aereo in ambito comunitario non può non tenersi conto, infine, della recente formalizzazione che il diritto alla mobilità ha ricevuto in seno alla nuova Costituzione europea.

Il diritto alla libera circolazione nel territorio di ogni Stato membro è assunto, infatti, a diritto fondamentale di ogni cittadino dell'Unione (artt. I-10 e II-105 del Trattato che adotta Una Costituzione per l'Europa) e, conseguentemente, ha ricevuto dall'ordinamento comunitario una tutela ancora più intensa che nel passato ed è espressamente prevista una riserva di legge per eventuali limitazioni al suo esercizio, che, comunque, non possono intaccarne il contenuto essenziale (art. II-112).

In tale ottica, atteso che la liberalizzazione del trasporto aereo si pone come una condizione essenziale per garantire il pieno esplicarsi di tale diritto, il superamento di ogni residuo baluardo monopolistico rappresenta l'ultima tappa del processo volto alla concreta realizzazione di un mercato comune europeo del trasporto aereo, ispirato ai canoni della concorrenza e delle regole del mercato.

I criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici tra direttive comunitarie e legislazione nazionale.

(Sentenza della Corte di Giustizia 7 ottobre 2004, in causa C-247/02
Sintesi S.p.A. c. Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici).

di Giacomo Santi (*)

SOMMARIO: 1. — Il criterio dell'«offerta economicamente più vantaggiosa» nelle procedure di affidamento dei contratti di lavori pubblici 2. — La determinazione n. 53 del 7 dicembre 2000 dell'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici: il criterio del «prezzo più basso» come garanzia di concorrenza 3. — Il tendenziale «revirement» del legislatore nazionale: il comma 1-ter dell'articolo 21 della legge n. 109 del 1994. 4. — La sentenza della Corte di Giustizia, 7 ottobre 2004, in causa C-247/02.5. — Criterio del «prezzo più basso» e criterio dell'«offerta economicamente più vantaggiosa»: alternatività pura o qualificata? 6. — La disciplina dei pubblici appalti fra direttive comunitarie e legislazione nazionale. Considerazioni conclusive.

1. Il criterio dell'«offerta economicamente più vantaggiosa» nelle procedure di affidamento dei contratti di lavori pubblici.

La radicale scelta del Legislatore nazionale del 1994 di ridurre, nel settore dei contratti aventi ad oggetto l'esecuzione di lavori pubblici, la possibilità di avvalimento del criterio di aggiudicazione dell'«offerta economicamente più vantaggiosa» («offerta più vantaggiosa sotto il profilo economico», adottando la dizione comunitaria) ai soli casi di concessione di lavori pubblici e di «appalto concorso» ha rappresentato, come noto, una delle più significative espressioni del disegno riformatore avviato con l'approvazione della legge 11 febbraio 1994, n. 109 («legge quadro in materia di lavori pubblici»)(1).

Le ragioni di detta scelta si collegano in modo evidente ai principi ed intendimenti ispiratori dell'intera legge quadro, come concepita ed approvata nella sua versione originaria e – soprattutto – al contesto storico all'interno del quale l'approvazione di detta legge si colloca.

La reazione rispetto ai fenomeni illeciti o comunque di «mala-amministrazione» rinvenuti nella prassi operativa e peraltro assurdi agli «onori» della cronaca si è manifestata nella tendenziale soppressione degli elementi discrezionali rinvenibili nella fase intermedia (e per taluni versi anche in quella finale esecutiva) del ciclo di realizzazione dei lavori pubblici (intendendo come fase intermedia quella relativa alla scelta dell'impresa appalta-

(*) Docente di Legislazione delle opere pubbliche e dell'edilizia presso l'Università degli Studi di Bologna.

Il saggio è stato pubblicato in www.giustamm.it - aprile 2005.

(1) In *G.U.* 19 febbraio 1994, n. 41, *S.O.*

trice): il cattivo o sviato esercizio del potere discrezionale in detta fase è stato in un certo senso «prevenuto» attraverso la drastica riduzione delle occasioni di esercizio dello stesso (2).

Secondo le intenzioni del legislatore, la «moralizzazione» del travagliato settore (3) doveva essere altresì raggiunta attraverso la centralità attribuita al criterio di valutazione delle offerte cd. «automatico», quale il criterio del «prezzo più basso», connessa all'imposizione di una onnicomprensiva fase programmatoria (4) ed alla determinazione esaustiva dei prezzi di contratto mediante la ridefinizione del concetto e dei contenuti del «progetto esecutivo» individuato come livello *standard* a base delle procedure per la scelta della impresa costruttrice, il divieto di revisione prezzi (art. 26) e l'irrigidimento della disciplina delle varianti in corso d'opera (art. 25).

D'altro canto, la evidente residualità del criterio dell'«offerta economicamente più vantaggiosa» risultava in modo immediato dalle ipotesi contrattual-procedimentali nelle quali la stessa veniva prevista (o più correttamente, imposta): da un lato, la «concessione di lavori pubblici», specifico strumento di realizzazione caratterizzato dall'assunzione in capo al privato realizzatore dell'onere (precipuo) di finanziamento dell'opera da realizzare e della relativa alea di gestione (5), dall'altro l'«appalto con-

(2) È lo stesso Governo italiano ad avere rilevato, nell'ambito del procedimento a fronte della Corte di Giustizia conclusosi con la sentenza 7 ottobre 2004, in causa C-247/02, che, con l'approvazione della legge n. 109 del 1994, il legislatore «ha inteso, in particolare, lottare contro la corruzione nel settore dell'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, eliminando il margine di discrezionalità dell'amministrazione nell'aggiudicazione dell'appalto e stabilendo procedure trasparenti idonee a garantire la libera concorrenza» (così leggasi in C.d.G., sentenza 7 ottobre 2004, in causa C-247/02, punto 27).

(3) Significativa è la nota circostanza che il testo normativo in esame venne elaborato nel corso di un dibattito parlamentare giunto a conclusione alla vigilia dello scioglimento delle assemblee legislative.

(4) Come noto, l'onnicomprendività della «programmazione dei lavori pubblici» è venuta meno a seguito della novella apportata all'art. 14 della legge n. 109 del 1994, dall'art. 7 della legge 1 agosto 2002, n. 166 (in *G.U.* 3 agosto 2002, n. 181, *S.O.*) che ne ha limitato l'ambito operativo ai lavori «di singolo importo superiore a 100.000 euro» (art. 16, comma 1, succ. mod.).

(5) Non è questa la sede per soffermarsi sull'istituto della «concessione di lavori pubblici», come ridelineata dal legislatore comunitario nell'unica forma della «concessione di costruzione e gestione» e come successivamente adattata nell'ordinamento nazionale nelle successive versioni della legge quadro in materia di lavori pubblici. Per inquadramento dell'istituto nel nuovo quadro normativo nazionale si v., fra gli altri, non senza note critiche, AMOROSINO, *La concessione di progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche da figlia prediletta (del potere) a figlia cadetta un pò rimpannucciata*, in *Riv. Trim. appalti*, 2003, 403 ss.. A porre definitivamente in evidenza il rilievo del trasferimento al concessionario dell'alea relativa alla gestione rispetto ad altri elementi comunemente assunti a caratterizzazione della sussistenza del rapporto concessorio (quali la finalizzazione del servizio gestito alla collettività, ovvero la corresponsione di un «prezzo» non superiore ad una determinata percentuale del valore dell'investimento) è stata, forse per la prima volta in modo definitivo, la «Comunicazione Interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario» (in *G.U.C.E.*, 29 aprile 2000, n. C 121/2); per un commento si cfr. fra gli altri BARONE – BASSI U., *La Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario: spunti ricostruttivi*, in *Foro it.*, 2000, 4, 389 ss.; SPINELLI-QUARTA, *Appalti pubblici europei: la comu-*

corso» (6), storico sistema di scelta del contraente privato – esplicantesi nella valutazione dei progetti presentati dai concorrenti unitamente alle relative proposte economiche (7) – il cui avvalimento, peraltro, veniva ridotto a marginali ipotesi e comunque condizionato da puntuali oneri procedurali (8).

In altri termini, la riforma operata con la legge n. 109 del 1994 eliminava quella «alternativa» fra i criteri di aggiudicazione del «prezzo più basso» e dell'«offerta economicamente più vantaggiosa» che aveva caratterizzato l'esperienza normativa nazionale dei precedenti ultimi decenni sulla scorta dell'impostazione comunitaria già rinvenibile nella direttiva 71/305/CEE (9).

D'altro canto, meno di tre anni prima dell'approvazione della legge n. 109 del 1994, il legislatore delegato nazionale, in sede di recepimento della direttiva 89/440/CEE e in speculare riproposizione dei contenuti della stessa (tanto che sul punto si parlò di recepimento «fotocopia»), aveva riaffermato, quantomeno con riferimento alle commesse di importo superiore alla soglia comunitaria, non solo la interscambiabilità dei due criteri di aggiudicazione

nicazione interpretativa della Commissione in tema di concessioni, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 565 ss.; LEGGIADRO, *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Urbanistica e appalti*, 2000, 1072 ss., nonché l'opera monografica di CARANTA, *I contratti pubblici*, 2004, Torino, 95 ss.

(6) Sull'«appalto concorso» sono vastissimi i contributi in dottrina; di particolare rilievo, con specifico riferimento alla ricostruzione storica dell'istituto, fra gli altri, SANDULLI, *Strumenti giuridici in Quaderni Isgea*, n. 20, 1981, 29 ss.; PREDIERI, *Strumenti giuridici della contrattazione pubblica per programmi nelle opere pubbliche: modelli stranieri e loro utilizzazione in Italia*, ivi, 97 ss.; SCOCA, *Principi generali e finalità delle procedure di scelta del concessionario e dell'appaltatore nella esecuzione dei lavori pubblici*, in *Atti Convegno CERISOP*, Roma, 4/5 giugno 1982, 34; BENNATI, *Manuale di contabilità di Stato*, Napoli, 1983, 97.; FAZIO, *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, Milano 1984, 87 ss.; GRECO, *I contratti dell'amministrazione fra pubblico e privato*, Milano 1986, 15 ss.; PREDIERI, *Strumenti giuridici della contrattazione pubblica per programmi nelle opere pubbliche: modelli stranieri e loro utilizzazione in Italia*, in *Quaderni Isgea*, n. 20, 1981, 97 ss.; PITTALIS, *Appalto concorso* (voce), in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1987, Vol. I, 287 ss..

(7) Dalla combinazione di elementi apprezzabili secondo valutazioni discrezionali ed elementi oggetto di valutazioni automatiche (sull'importo contrattuale, sul tempo di realizzazione) discende la qualificazione dell'appalto concorso (al pari delle altre procedure indette sulla base del criterio dell'«offerta economicamente più vantaggiosa») come procedura «semiautomatica» (così, T.a.r. Liguria, II, 29 agosto 2001, n. 899, in *Ragiusan* 2002, f. 219, 126; T.a.r. Campania, Napoli, 12 ottobre 1998, n. 3166, in *Ragiusan*, 1999, f. 185, 156.).

(8) Sin dalla versione originaria della «legge quadro», il ricorso all'«appalto concorso» è stato circoscritto alle ipotesi di realizzazione di «speciali lavori ... di opere complesse o ad elevata componente tecnologica, la cui progettazione richiede il possesso di competenze particolari o la scelta tra soluzioni tecniche differenziate» (art. 20, comma 4, legge n. 109 del 1994). Il parere «vincolante» del Consiglio Superiore dei Lavori pubblici sulla ammissibilità della scelta del sistema di gara è stato «degradato» ad «obbligatorio» con la riforma *ter* (legge 18 novembre 1998, n. 415, in *G.U.* 4 dicembre 1998, n. 284, *S.O.*) ed infine limitato alle ipotesi di appalto di importo pari o superiore ai 25.000.000 Euro dalla legge 1 agosto 2002, n. 166 (in *G.U.* 3 agosto 2002, n. 181, *S.O.*).

(9) A tal proposito si opera riferimento al contenuto dell'art. 24 della legge 8 agosto 1977, n. 584 (in *G.U.* 26 agosto 1977, n. 232) di (tardivo) recepimento della direttiva 71/305/CEE.

(cfr. art. 29, decreto legislativo 19 dicembre 1991, n. 406(10)) ma anche la loro indifferente applicazione – ovviamente nei limiti della logicità e ragionevolezza – a tutte le procedure di scelta del contraente formalizzate nell'ambito del medesimo testo normativo (aperta/pubblico incanto; ristrette/licitazione privata o appalto concorso; negoziate/trattativa privata con bando o senza bando).

La scelta del Legislatore del 1994 ha rotto detta continuità: la limitazione della facoltà di avvalimento del criterio dell'«offerta economicamente più vantaggiosa» ad ipotesi del tutto residuali si pone in netta antitesi rispetto alla flessibilità delle soluzioni amministrative consentite dalle direttive comunitarie.

Restava peraltro il problema – più che mai evidente – della effettiva compatibilità di detta scelta con l'ordinamento comunitario. Problema, quest'ultimo, non solo rilevato immediatamente da parte della dottrina(11), ma anche al centro della significativa vicenda giurisdizionale cui diedero avvio i numerosi ricorsi alla Corte Costituzionale proposti da svariate Regioni avverso la legge n. 109 del 1994 e conclusasi con la sentenza 7 novembre 1995, n. 482 della stessa Corte(12).

In particolare, fu la Regione Emilia Romagna a sollevare, fra i vari profili di doglianza, la contrarietà dell'art. 21, comma 1, della legge n. 109 del 1994 con la disciplina comunitaria e con gli articoli 11 e 97, comma 1 della Costituzione e la correlata violazione dell'autonomia legislativa regionale discendente dall'attribuzione alle disposizioni della legge del valore di «norme fondamentali di riforma economico-sociale e principi della legislazione dello Stato»(13), sotto due distinti, ma correlati, profili.

Da un lato, laddove l'art. 21 escludeva la facoltà delle stazioni appaltanti di aggiudicare le licitazioni private con il «criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa» (con esclusione di quelle finalizzate all'affidamento di concessioni); dall'altro, laddove lo stesso articolo non ammetteva la possi-

(10) In *G.U.* 27 dicembre 1991, n. 302 *S.O.*

(11) Così, fra gli altri, BOSETTI, *La nuova legge sui lavori pubblici*, Bergamo 1999, 179.

(12) In *Cons. Stato*, 1995, II, 1927. Per un commento di carattere generale, si v., fra gli altri, MORBIDELLI, *Esiste ancora la materia «lavori pubblici di interessi regionale»? Ovvero dal regionalismo «cooperativo» al regionalismo «vigilato»*, in *Le Regioni*, 1996, I, 394 ss.; POLICE, *L'ambito di applicazione della legge quadro in materia di lavori pubblici e l'«actio finium regundorum» della Corte Costituzionale*, in *Giur. It.*, 1996, I, 398 ss.; ANELLI, *L'articolo 1, comma 2, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 alla luce della sentenza della Corte Costituzionale 482 del 7 novembre 1995*, in *Riv. Trim. Appalti*, 1995, I, 105 ss..

(13) La qualificazione come «norme fondamentali di riforma economico-sociale e principi della legislazione dello Stato» delle disposizioni della legge n. 109 del 1994, operata dall'art. 1, comma 2 della stessa legge, è tale da superare la pacifica considerazione sulla non qualificazione in punto di illegittimità costituzionale – ma di disapplicazione – del contrasto fra disposizioni statali e normativa comunitaria. Ciò in quanto dette disposizioni, così qualificate, si sarebbero poste rispetto alla legislazione regionale in un rapporto di vincolante condizionamento che lo Stato avrebbe potuto far valere in sede di controllo. Di qui, anche in relazione al principio della certezza del diritto, l'interesse di una pronuncia della Corte Costituzionale anche su detti contrasti.

bilità per le imprese – ove sollecitate in tal senso dalle stazioni appaltanti – di presentare offerte in variante rispetto al progetto a base di gara (da valutare chiaramente in senso prioritariamente qualitativo) (14).

Ovviamente, il tema della compatibilità della legge quadro al diritto ed ai principi comunitari non poteva essere sfuggito al Legislatore già ripreso in precedenza dalla Corte di Giustizia su specifici profili disciplinari in materia di appalti di lavori pubblici (15), tanto che all'art. 1 della legge veniva solennemente ed espressamente affermata la primazia del diritto comunitario e della libertà di concorrenza nel sistema nazionale dei lavori pubblici: affermazione di per sé non pleonastica in quanto significativa dell'introduzione nella disciplina dei lavori pubblici del valore giuridico della libera concorrenza non unicamente nei limiti di un recepimento doveroso del diritto comunitario, ma anche – e questo dato risulta particolarmente significativo con riferimento alla sentenza della Corte di Giustizia in commento – come scelta autonoma del legislatore nazionale da realizzare altresì in situazioni non rilevanti per il commercio intracomunitario. In quest'ottica, la protezione del libero mercato fondato sulla competizione degli operatori ha assunto non solo rilievo strumentale all'interesse pubblico delle amministrazioni, ma anche forza di limite esterno all'azione amministrativa vincolata al rispetto della libertà di concorrenza.

Ma, ciò nonostante, è proprio sotto il profilo della contrarietà all'ordinamento comunitario che si sono poste gran parte delle doglianze delle ricorrenti Regioni, le quali, oltre al profilo qui di interesse, mossero specifiche censure con riferimento sia alle evidenti discordanze esistenti in punto alla definizione dell'oggetto del contratto di «appalto di lavori pubblici» (16),

(14) Sotto detto profilo venne sollevato il contrasto della norma nazionale con il disposto dell'art. 20-bis della direttiva 71/305/CEE come integrato dalla direttiva 89/440/CEE (traslato nell'art. 30 della direttiva 93/37/CE) secondo cui, sempre in sede di gara secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, «le amministrazioni aggiudicatrici possono prendere in considerazione le varianti presentate dagli offerenti qualora esse siano conformi ai requisiti minimi prescritti dalle suddette amministrazioni». La mancata previsione di detta facoltà venne considerato dalla ricorrente Regione Emilia Romagna come un irrazionale irrigidimento del progetto e delle offerte, trattandosi di meccanismo che avvantaggia sia l'impresa a tecnologia più avanzata sia la stessa amministrazione, non vincolata ai dettagli di progetto quando questo possa essere più vantaggiosamente realizzato in altro modo nel rispetto di minimi prestabiliti.

(15) Si ricordi, su tutti, il caso «Costanzo c. Comune di Milano», (C.d.G. 22 giugno 1989, in causa 103/1988, in *Racc. giur. C.d.g.* 1989, 1839), in punto alla contrarietà fra disciplina nazionale e comunitaria in materia di «offerte anormalmente basse», commentata, fra gli altri da CARANTA, *Sull'obbligo dell'amministrazione di disapplicare gli atti di diritto interno in contrasto con disposizioni comunitarie*, in *Foro amm.*, 1990, 1372 ss.; MARZONA, *P.A. ed integrazione diritto interno-diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 1991, 435 ss.; TASSONE, *Ancora sui rapporti fra diritto interno e diritto comunitario in materia di appalti pubblici: direttive immediatamente applicabili e obbligo dell'amministrazione di disapplicare le norme nazionali con esse contrastanti*, ivi, 1992, 554 ss.; COLABIANCHI, *Direttive comunitarie sugli appalti: efficacia diretta per la pubblica amministrazione*, 1990, I, 8 ss.; BARONE, *L'efficacia diretta delle direttive Cee nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte Costituzionale*, in *Foro It.*, 1991, IV, 1, 30 ss.

(16) La definizione dell'oggetto dell'«appalto di lavori pubblici» rinvenibile nella legge n. 109 del 1994 – anche come successivamente modificata dal decreto legge 3 aprile 1995, n. 101 (convertito in legge 2 giugno 1995, n. 216), dalla legge n. 415 del 1998, cit. e dalla legge 1° agosto 2002., n. 166 – è sicuramente più ristretta rispetto a quella rinvenibile nelle

nonché alla radicale restrizione delle ipotesi di procedura negoziata/trattativa privata per la scelta del contraente rispetto a quelli ammessi dalla normativa comunitaria (17).

2. *La determinazione n. 53 del 7 dicembre 2000 dell'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici: il criterio del «prezzo più basso» come garanzia di concorrenza.*

Il rilievo che si è dato alla vicenda è ampiamente motivato dal fatto che la questione pregiudiziale su cui si è espressa la Corte di Giustizia con la sentenza 7 ottobre 2004, in causa C-247/02, *Sintesi S.p.A./Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici*, trae propria origine dall'impugnazione di una determinazione dell'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici che ha tratto

direttive comunitarie (89/440/CEE, 93/37/CEE, nonché, da ultimo, 2004/18/CE) potendo ricomprendere, oltre alla mera realizzazione dei lavori, anche la «progettazione ed esecuzione» (consentita nell'ordinamento nazionale unicamente nelle specifiche ipotesi di «appalto integrato» ex art. 19 comma 1, lett. b, della legge n. 109 del 1994 succ. mod. e comunque con prestazione progettuale riferita al solo livello esecutivo) e l'«esecuzione con qualsiasi mezzo» (ammessa unicamente nella forma dell'«affidamento a contraente generale» per la realizzazione delle infrastrutture strategiche ex lege 21 dicembre 2001, n. 443 – in *Gazzetta Ufficiale* 27 dicembre 2001, n. 299, S.O. n. 279 – e d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190 – in *Gazzetta Ufficiale* 26 agosto 1999, n. 199, S.O. n. 174).

(17) L'articolo 7, ai commi 2 e 3, della direttiva 93/37/CE dispone che «le amministrazioni aggiudicatrici possono attribuire gli appalti di lavori mediante la procedura negoziata, dopo aver pubblicato un bando di gara e selezionato i candidati secondo criteri qualitativi e resi noti nei casi seguenti: a) in caso di offerte irregolari in esito ad una procedura aperta o ristretta, o in caso di deposito di offerte inaccettabili ai sensi delle disposizioni nazionali compatibili con le prescrizioni del titolo IV, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate ...; b) per i lavori realizzati unicamente a scopo di ricerca, sperimentazione o messa a punto e non per assicurare una redditività o il recupero dei costi di ricerca e di sviluppo; c) in casi eccezionali, qualora si tratti di lavori la cui natura o i cui imprevisti non consentano una fissazione preliminare e globale dei prezzi. 3. Le amministrazioni aggiudicatrici possono attribuire gli appalti di lavori mediante la procedura negoziata, senza pubblicazione preliminare di un bando di gara, nei casi seguenti: a) quando nessuna offerta o nessuna offerta appropriata è stata depositata in esito ad una procedura aperta o ristretta, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate; b) per i lavori la cui esecuzione, per motivi tecnici, artistici o inerenti alla tutela dei diritti d'esclusiva, può essere affidata unicamente ad un imprenditore determinato; c) nella misura strettamente necessaria, quando l'urgenza imperiosa, risultante da eventi imprevedibili per le amministrazioni aggiudicatrici in questione, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate di cui al par. 2.; d) per i lavori complementari che non figurano nel progetto inizialmente aggiudicato nel primo contratto concluso e che sono divenuti necessari, a seguito di una circostanza imprevista, all'esecuzione dell'opera quale è ivi descritta, a condizione che siano attribuiti all'imprenditore che esegue tale opera: - quando tali lavori non possono essere, tecnicamente o economicamente, separati dall'appalto principale senza gravi inconvenienti per le amministrazioni aggiudicatrici; - oppure quando tali lavori, quantunque separabili dall'esecuzione dell'appalto iniziale, siano strettamente necessari al suo perfezionamento. Tuttavia, l'importo cumulato degli appalti aggiudicati per i lavori complementari non deve superare il 50% dell'importo dell'appalto principale; e) per nuovi lavori consistenti nella ripetizione di opere simili affidate all'impresa titolare di un primo appalto dalle medesime amministrazioni aggiudicatrici, a condizione che tali lavori siano conformi a un pro-

argomenti a fondamento delle conclusioni formulate proprio da una – comunque impropria – lettura di alcune considerazioni svolte dalla Corte Costituzionale nella citata sentenza n. 482 del 1995 in merito alla problematica del contrasto fra specifici contenuti della legge n. 109 del 1994 rispetto a vincoli discendenti da norme della Comunità europea (18).

In particolare, l'attenzione dell'Autorità si è soffermata sulle specifiche considerazioni svolte dal giudice delle leggi in merito alla denunciata difformità della disciplina della «trattativa privata» rispetto al regime comunitario della «procedura negoziata». In quella sede, le questione era stata reputata infondata reputando inappropriato qualsiasi giudizio formale di conformità rispetto al tenore letterale della disposizione di cui alla direttiva (indiscutibilmente dissimile) in favore di un esame finalizzato a verificare, in via sostanziale, la sussistenza di una effettiva lesione del diritto comunitario degli appalti sotto il profilo della violazione dei principi di massima trasparenza e concorrenza (19). Ciò posto, è stato abbastanza agevole per la Corte Costituzionale, traendo argomenti dalla natura «eccezionale» della procedura negoziata comunitaria, escludere qualsiasi «effettiva lesione» nel caso contestato, posto che, in forza della disciplina posta dal legislatore nazionale, il connotato di «eccezionalità» assumeva caratteri ancora più rigorosi.

Nel caso oggetto di analisi, l'Autorità ha traslato in blocco il sopra descritto approccio interpretativo della Corte anche alla ben diversa questione relativa alla compatibilità fra il disposto dell'articolo 20, comma 1

getto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo appalto attribuito secondo le procedure di cui al par. 4» (aperte o ristrette).

Di ben più ristretta portata l'ambito applicativo della trattativa privata nella legge n. 109 del 1994. Si riporta a tal proposito quanto disposto dall'articolo 24 della citata legge nel testo vigente secondo cui «l'affidamento a trattativa privata è ammesso per i soli appalti di lavori pubblici esclusivamente nei seguenti casi: 0a) lavori di importo complessivo non superiore a 100.000 euro; a) lavori di importo complessivo compreso tra oltre 100.000 euro e 300.000 euro, nel rispetto delle norme sulla contabilità generale dello Stato e, in particolare, dell'articolo 41 del regio decreto 23 maggio 1924, n. 827; b) lavori di importo complessivo superiore a 300.000 euro, nel caso di ripristino di opere già esistenti e funzionanti, danneggiate e rese inutilizzabili da eventi imprevedibili di natura calamitosa, qualora motivi di imperiosa urgenza attestati dal dirigente o dal funzionario responsabile del procedimento rendano incompatibili i termini imposti dalle altre procedure di affidamento degli appalti».

(18) Si tratta della determinazione n. 53 del 07/12/2000 (in *Gazzetta Ufficiale*, 28 dicembre 2000, n. 301), *Il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Art. 21. co. 2, lett. a), della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni*.

(19) «La legge denunciata stabilisce, negli appalti di opere pubbliche, il principio della gara per la selezione del contraente cui affidare la realizzazione delle opere. L'esigenza di fondo è quella di assicurare la massima trasparenza nella scelta dei contraenti e la concorrenza tra diverse imprese. La trattativa privata è ammessa solo in ambiti più ristretti e rigorosi di quanto non preveda la normativa comunitaria, che peraltro configura il ricorso alla procedura negoziata come eccezione rispetto alla regola della procedura aperta o della procedura ristretta, le quali implicano una gara tra imprese concorrenti. La norma nazionale assicura in modo ancor più esteso la concorrenza e non determina una lesione del diritto comunitario, che consente, ma non impone, la trattativa privata» (Corte Cost. 7 novembre 1995, n. 482, punto 15, *cit.*).

legge n. 109 del 1994 ed l'articolo 30, direttiva 93/37: l'imposizione di un criterio di aggiudicazione di natura «automatica» e non discrezionale, quale quello del «prezzo più basso», operata «in una ritenuta – da parte del legislatore – prospettiva di maggior rigore», è fattore reputato dall'Autorità come tale da assicurare «in modo più esteso» la concorrenza.

Conseguentemente – seguendo sempre l'Autorità – non potrebbe dirsi sussistente alcun contrasto fra normativa interna e comunitaria, non essendo determinata alcuna «lesione del diritto comunitario». La «tendenziale» ispirazione «al rispetto dei principi del diritto comunitario»⁽²⁰⁾ dell'intero impianto della legge n. 109 del 1994 – legge quadro organica sull'intero settore dei lavori pubblici e non mera normativa di recepimento – costituirebbe garanzia di compatibilità con l'ordinamento comunitario. In quest'ottica, secondo l'Autorità, la tutela della libera concorrenza è connessa inscindibilmente al «maggior rigore» rappresentato dal criterio del «prezzo più basso», il cui carattere automatico è tale da precludere ogni possibilità – se non di comportamenti collusivi fra le imprese – quantomeno di «discutibili» valutazioni da parte delle stazioni appaltanti.

Alla luce delle suddette considerazioni, l'Autorità ha quindi censurato l'avvenuta indizione ed aggiudicazione, nel pieno regime della legge n. 109 del 1994, di una licitazione privata avente ad oggetto la realizzazione di un parcheggio sotterraneo, bandita da una Società partecipata dal Comune di B. sulla base del criterio dell'«offerta economicamente più vantaggiosa», da valutarsi sulla base del prezzo, del valore tecnico e del tempo necessario alla realizzazione dell'opera, in diretta applicazione dell'art. 30 della direttiva 93/37/CE.

Le conclusioni dell'Autorità destano alcune perplessità immediatamente percepibili dalla impropria enfattizzazione, nel caso di specie, delle considerazioni svolte dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 482 del 1995. A prescindere, difatti, da qualsivoglia considerazione sul ruolo assunto in quella sede della Corte in punto di verifica della compatibilità del diritto nazionale a quello comunitario, un'analisi attenta della sentenza avrebbe dovuto motivare un ben diverso atteggiamento, in quanto, proprio con riferimento alla specifica censura proposta in merito dalla regione Emilia Romagna, la Corte non assunse alcuna posizione, non esprimendosi in alcun modo sul quesito. Ciò, ben diversamente rispetto a quanto occorso rispetto ad altre scelte operate nella legge n. 109 del 1994 – quali, su tutte, l'eliminazione della possibilità di selezione delle imprese da invitare alle procedure ristrette e la drastica riduzione delle ipotesi di trattativa privata – qualificate, come si è visto, alla stregua di ulteriori garanzie del principio comunitario di massima concorrenza. Già sotto questo profilo la connessione privilegiata fra «libertà di concorrenza» e «offerta al prezzo più basso» non pareva quindi avere ragionevole fondamento.

(20) Cfr. Autorità per la Vigilanza sui lavori pubblici, *cit.*

D'altro canto, anche il riferimento alla «tendenziale ispirazione» della legge n. 109 del 1994 «ai principi del diritto comunitario» non pare sufficientemente precisa: se il rapporto fra direttive comunitarie e normativa nazionale di recepimento dovesse difatti qualificarsi sotto il profilo della semplice «ispirazione» e non invece sotto quello della «conformità» verrebbe immediatamente meno l'obiettivo proprio delle direttive di «armonizzazione» delle discipline nazionali.

La questione, portata alla cognizione del giudice amministrativo, ha consigliato, per ovvie ragioni di competenza, il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia (21).

Nella fattispecie, il giudice, dopo avere reputato come «l'assenza» nell'articolo 30 della direttiva 93/37 di connessioni strette fra criteri di aggiudicazione e procedure di gara assuma «l'univoco significato» di attribuire all'Amministrazione appaltante la scelta se aggiudicare la gara «in base all'uno o all'altro criterio ... in base ad una valutazione da operarsi in concreto ed *ex ante*» con riferimento al singolo appalto, ha «costruito» il quesito da sottoporre alla Corte di Giustizia, partendo dal rilievo dell'insussistenza di un contrasto immediato e palese fra articolo 21, comma 1, legge n. 109 del 1994 ed articolo 30 della direttiva 93/37 e correlando, in via dubitativa, la facoltà di scelta fra criteri di aggiudicazione attribuita dalla direttiva 93/37 alla garanzia del principio di libera concorrenza di cui all'art. 81 (ex art. 85) del Trattato (22). Solo nel caso in cui sussista detta correlazione fra principio di libera concorrenza e facoltà di scelta del criterio da parte della stazione appaltante è possibile rinvenire – a giudizio del giudice lombardo – «un *vulnus* all'ordinamento comunitario», con conseguente facoltà o obbligo (a seconda di come ci si ponga nel caso specifico) di disapplicazione dell'art. 21, comma 1, legge n. 109 del 1994 (23).

(21) Il rinvio alla Corte di Giustizia è avvenuto con l'ordinanza T.a.r. Lombardia, Brescia, 26 giugno 2002, n. 997.

(22) «È opinione del Collegio ...che occorra ... indagare sul reale significato della potestà discrezionale riconosciuta dall'art. 30 della Direttiva alle Amministrazioni aggiudicatrici, atteso che la conclusione che l'interpretazione di detta norma pare rilevante sul piano della garanzia del principio di libera concorrenza fra le imprese sancito dall'art. 81 (ex art. 85) del Trattato, che esige che quest'ultimo non sia impedito, ristretto o falsato all'interno del mercato comune con riferimento all'omogenea valutazione delle offerte presentate in sede di gara» (così ordinanza T.a.r. Lombardia, Brescia, *cit.*, punto 2).

(23) Si riportano le questioni poste dal T.a.r. Lombardia, Brescia:

«Se l'art. 30, 1° comma della Direttiva 14 giugno 1993, n. 93/37, laddove attribuisce alle singole Amministrazioni aggiudicatrici la scelta del criterio d'aggiudicazione, individuato alternativamente nel prezzo più basso o nell'offerta più vantaggiosa, costituisca conseguente applicazione del principio di libera concorrenza già sancito dall'art. 85 (ora 81) del Trattato, che esige che ogni offerta nelle gare indette all'interno del mercato unico siano valutate in modo che non sia impedito, ristretto o falsato il confronto fra le stesse».

«Se in via strettamente conseguente l'art. 30 della Direttiva 1 giugno 1993, n. 93/37 osti a che l'art. 21 della L. 11 febbraio 1994, n. 109 precluda per l'aggiudicazione degli appalti a procedura aperta e ristretta in materia di lavori pubblici la scelta da parte delle Amministrazioni aggiudicatrici del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prescrivendo in via generale solo quello del prezzo più basso».

A *latere* della descritta questione, il T.A.R. Lombardia ha offerto un ulteriore elemento in punto di fatto che aveva assunto rilievo specifico nel procedimento di fronte all’Autorità (24) e che – come si vedrà – costituirà spunto di un’importante precisazione nella sentenza della Corte di Giustizia. Si tratta della precisazione della duplice circostanza che l’appalto, pur bandito sulla base di un progetto esecutivo predisposto dall’Amministrazione, riguardava un’opera interrata in zona sottoposta a vincolo storico-artistico (25), di natura molto complessa e che nel progetto esecutivo – insuscettibile di proposte in variante in sede di gara – si innestavano «una serie di elementi tecnici, da fornirsi da parte degli offerenti, la cui valutazione» appariva «comunque utile, se non indispensabile per individuare il soggetto più idoneo cui affidare i relativi lavori» (26).

3. *Il tendenziale «revirement» del legislatore nazionale: il comma 1-ter dell’articolo 21 della legge n. 109 del 1994.*

Non è corretto pensare che il problema di compatibilità della normativa nazionale sui lavori pubblici in materia di criteri di aggiudicazione rispetto all’ordinamento comunitario non abbia trovato considerazione alcuna in sede normativa già antecedentemente al pronunciamento della Corte di Giustizia.

Con una scelta comunque in linea con ulteriori indicazioni normative di poco precedenti, il Legislatore, nell’ambito della riforma *quater* della legge n. 109 del 1994 (legge 1 agosto 2002, n. 166), ha introdotto, all’articolo 21, il comma 1-ter, nel quale – con intento palesemente «correttivo» della radicale impostazione originaria della legge – è stata espressamente ampliata la possibilità di utilizzazione del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, estendendola anche ai pubblici incanti ed alle licitazioni private relative ad appalti di importo superiore alla soglia comunitaria e sempre che si tratti di appalti in cui «*per la prevalenza della componente tecnologica o per la particolare rilevanza delle possibili soluzioni progettuali, si ritiene possibile che la progettazione possa essere utilmente migliorata con integrazioni tecniche proposte dall’appaltatore*» (27).

Oltre a richiamare l’attenzione sulla significativa assonanza fra la locuzione «*integrazioni tecniche proposte dall’appaltatore*» (nel senso di concorrente-offerente aggiudicatario) di cui al comma 1-ter dell’art. 21, come integrato, e la locuzione «*elementi tecnici, da fornirsi da parte degli offerenti*»

(24) Il tema, trattato in sede di procedimento di fronte all’Autorità, verteva sulla necessità o meno che, per la valutazione dell’elemento «valore tecnico» nella concreta applicazione del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, il progetto posto a base di gara fosse modificabile da parte dei concorrenti in sede di offerta.

(25) In particolare, si trattava della realizzazione di un parcheggio interrato alle pendici del Castello di Brescia che si colloca sulla sommità della collina nel centro storico della città.

(26) Cfr. Ordinanza T.a.r. Lombardia, Brescia, *cit.*

(27) Sul punto, *ex multis*, cfr. DE NICTOLIS, *I criteri di aggiudicazione e le commissioni di gara*, in AA.VV. (a cura di CARINGELLA-DE MARZO), *La nuova disciplina dei lavori pubblici*, Milano, 2003, 1018 ss.; ID., *Novità in materia di lavori pubblici (L. n. 116 del 2002 e L. n. 190 del 2002)*, in www.giustizia-amministrativa.it.

utilizzata dal T.A.R. Lombardia nell'ordinanza di rinvio alla Corte di Giustizia per trarre indicazioni circa l'opportunità, nel caso oggetto di cognizione, del ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, deve essere altresì significato come la novella testé riportata costituisca solo uno degli svariati elementi di «ravvicinamento» della normativa in materia di lavori pubblici alla rappresentazione letterale degli istituti della direttiva 93/37/CE (28), che trova, ad oggi, l'esempio maggiormente compiuto non nell'ordinamento generale ma nella specifica disciplina sulla realizzazione di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici di cui alla legge 21 dicembre 2001, n. 443 (cd. «legge Obiettivo») (29) ed al relativo decreto attuativo (decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190) (30). Sotto quest'ultimo profilo, significativa la scelta del legislatore di prevedere, per la realizzazione di dette opere, un «regime speciale anche in deroga» non solo «agli articoli 2, da 7 a 16, 19, 20, 21, da 23 a 30, 32, 34, 37-bis, 37-ter, 37-quater, della legge 11 febbraio 1994, n. 109», ma anche «alle ulteriori disposizioni della medesima legge che non siano necessaria ed immediata applicazione delle direttive comunitarie».

Alla significativa introduzione di una bipartizione fra norme della legge n. 109 del 1994 che costituiscono o meno «necessaria ed immediata applicazione delle direttive comunitarie», si accompagnano nel decreto n. 190 del 2002 (spec. art. 10) il rinvio, per quanto ivi non disciplinato, al regime procedimentale della direttiva 93/37/CE (e non della legge n. 109 del 1994, succ. mod.) (31), l'espressa reintroduzione, nelle procedure ristrette, del meccanismo della «forcella» per la preselezione delle imprese da invitare alla presentazione delle offerte (32), nonché – elemento questo centrale al fine della presente analisi – la perfetta ed assoluta «alternatività» (normativa) dei due criteri di aggiudicazione previsti dalla direttiva 93/37 (comma 4). Già dal 2002, quindi, la scelta degli affidatari (in qualità di concessionari o contraenti generali) della realizzazione di opere di cui alla «legge Obiettivo», può potenzialmente avvenire sia sulla base del criterio del prezzo più basso sia su quello dell'offerta più vantaggiosa mediante la valutazione di una pluralità di elementi quali-quantitativi, in piena corrispondenza a quanto previsto dall'art. 30, direttiva 93/37/CE (ora art. 53, direttiva 2004/18/CE).

Ma, anche ove si prescindia dai contenuti e dalla finalità indubbiamente del tutto peculiari proprie della normativa di cui alla «legge Obiettivo» che

(28) Ulteriore significativa innovazione in tal senso introdotta dalla legge n. 116 del 2002 è la semplificazione del regime degli appalti del concessionario (art. 2, comma 3) attraverso il defatigante – e per certi versi poco chiaro – rinvio alla disciplina degli appalti del concessionario rinvenibile nella direttiva 93/37.

(29) In *Gazzetta Ufficiale* 27 dicembre 2001, n. 299, *S.O.*.

(30) In *Gazzetta Ufficiale* 26 agosto 2002, n. 199, *S.O.*.

(31) Per completezza si segnala che per i soggetti aggiudicatori operanti nei settori cd. «speciali» si applicano residualmente, in luogo della direttiva 93/37, «le norme di cui al decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158» (art. 10, comma 5, d.lgs. n. 190 del 2002).

(32) Il meccanismo della «forcella» è stato espunto dall'ordinamento generale dei lavori pubblici dall'art. 23, comma 1 della legge n. 109 del 1994.

hanno motivato l'allontanamento dal rigorismo della legge n. 109 del 1994 (33), non può sfuggire, nelle esemplificazioni operate, la sussistenza di un intendimento, espressamente dichiarato dal legislatore, a rivedere nella sua complessità la legislazione in materia di lavori pubblici (tanto da qualificare l'intervento modificativo della «Merloni *quater*» come «parziale e provvisorio» – art. 7, legge n. 166 del 2002).

L'apparente superamento – in termini storico-istituzionali – della situazione di urgenza e rischio a fondamento della legge n. 109 del 1994 (peraltro già progressivamente rimaneggiata con i successivi interventi normativi), unitamente alla riconosciuta necessità di adeguamento della stessa al rinnovato sistema di competenze legislative conseguente alla riforma del Titolo V Cost. (34) e non da ultimo l'obbligo di dare recepimento, per quanto di spettanza, alla direttiva «unificata» 2004/18/CE (35), costituiscono altrettanti motivi per l'annunciata radicale revisione.

Ma al di là di detti rilievi, quello che pare in via di superamento – e il recepimento della direttiva unificata costituirà di ciò un importante banco di prova per i legislatori nazionale e regionali – è l'assioma secondo cui il rigore procedimentale sia caratteristica rinvenibile unicamente nei meccanismi automatici di valutazione. Assioma questo che aveva portato a conseguenze paradossali sul piano normativo, quali, in primo luogo, al rilievo secondo cui l'automaticità della valutazione costituisca presupposto indefetti-

(33) Per commenti al proposito, si v., fra gli altri, AA.VV. (a cura di CAIA-CUGURRA-DEPRETIS-SCIULLO), *La realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 2003, 897 ss.

(34) In tal senso, testualmente, il disposto dell'articolo 7, legge n. 166 del 2002. Si precinde, in questa sede, da qualsiasi analisi prognostica sui futuribili sviluppi normativi regionali sulla materia dei lavori pubblici conseguenti alla riforma costituzionale del Titolo V; sul punto si v. fra gli altri, FALCON, *Il nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, 3 ss.; STELLA RICHTER, *I lavori pubblici dopo la riforma del Titolo V della Costituzione: competenza dello Stato e competenza delle regioni*, in *Giust. Civ.*, 2002, II, 411 ss.; GRECO M., *Prime valutazioni in merito agli effetti della riforma costituzionale sulla normativa in materia di appalti*, in *www.giust.it.*, 10/2001; OLIVIERI, *Problemi di costituzionalità della riforma degli appalti pubblici*, in *www.giust.it.*, n. 7-8-2002; ROSSANO, *I lavori pubblici nel quadro della legge costituzionale 3 del 2001*, in *Riv. Trim. app.*, 2002, 508; BANDINI ZANIGNI, *Stato, Regioni ed enti locali davanti alla disciplina degli appalti pubblici dopo la legge costituzionale n. 3 del 2001*, in *Riv. Trim. app.*, 2003, 556 ss.; MIELE, *La riforma costituzionale del Titolo V della seconda parte della Costituzione: gli effetti sull'ordinamento*, in *www.giust.it.*, 11/2001; CAMELLI, *Amministrazione (e interpreti) davanti al nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, 1276 ss.; CARAVITA, *La costituzione dopo la riforma del titolo V*, Torino, 2002; CINTIOLI, *I lavori Pubblici e la riforma del titolo V della Costituzione*, in *Urb. e App.*, 5/2002, 507 ss.; CARULLO, *L'accrescimento della competenza legislativa della Regione in materia di lavori pubblici dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Riv. trim. app.*; 4/2002, 622 ss..

(35) Per un primo commento alla direttiva unificata, PROTTO, *Il nuovo diritto europeo degli appalti*, in *Urbanistica ed appalti*, 2004, 755 ss..

bile per garantire trasparenza nelle gare aventi ad oggetto la realizzazione di lavori pubblici, mentre, per contro non lo sia se la prestazione da acquisire è costituita da una fornitura o un servizio attesa la stretta «alternatività» fra criteri di aggiudicazione prevista nelle rispettive normative (36).

Ed a ciò ha indubbiamente contribuito non solo la non meno rigorosa ottica «sostanziale» propria dell'impostazione comunitaria sia normativa che giurisprudenziale ma anche – pur con tutti i limiti sulla certezza delle regole che ne sono derivati – l'applicazione che del principio di trasparenza, massima concorrenzialità e *par condicio* hanno dato i giudici amministrativi in sede di sindacato di legittimità sulle pubbliche gare.

4. La sentenza della Corte di Giustizia, 7 ottobre 2004, in causa C-247/02.

Nel procedimento di fronte alla Corte di Giustizia, la posizione assunta dall'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici ha trovato elementi di condivisione nelle osservazioni svolte dalla Commissione UE, la quale ha escluso che l'art. 21, comma 1 della legge n. 109 del 1994, laddove impone il ricorso al criterio del prezzo più basso «al fine di garantire la maggiore trasparenza possibile delle operazioni relative agli appalti di lavori pubblici» (37), potesse essere reputato in contrasto con l'articolo 30, par. 1 della direttiva 93/37/CE, in quanto l'intendimento espresso dal legislatore nazionale, con l'approvazione del citato articolo 21, «sarebbe conforme all'obiettivo perseguito dalla direttiva, consistente nel garantire lo sviluppo di una concorrenza effettiva» (38). Poiché difatti la direttiva non esprime preferenze nei confronti di alcun criterio di aggiudicazione, è opinione della Commissione che la scelta del criterio appropriato possa spettare alternativamente o alla singola Amministrazione aggiudicatrice ovvero, laddove se ne presenti l'opportunità sul piano interno, al «legislatore nazionale, il quale ben potrà emanare una normativa applicabile a tutti gli appalti di lavori pubblici ovvero solamente a taluni tipi di appalti» (39). In quest'ottica la scelta del legislatore nazionale di vincolare l'esperimento delle aste pubbliche e delle licitazioni private all'adozione del criterio del prezzo più basso non determinerebbe alcuna lesione in capo alle imprese potenzialmente interessate all'aggiudicazione, «atteso che lo stesso criterio, definito a priori, si applicherebbe ad ognuna di esse» (40).

(36) Il riferimento è all'art. 19 del d.lgs. 24 luglio 1992, n. 358 (in *Gazzetta Ufficiale* 11 agosto 1992, n. 188) per quanto attiene agli appalti di forniture ed all'art. 23 del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157 (in *Gazzetta Ufficiale* 6 maggio 1995, *S.O.*) per quanto concerne gli appalti pubblici di servizi.

(37) Corte di Giustizia, 7 ottobre 2004, *cit.*, punto 34.

(38) Cort. Giust., 7 ottobre 2004, *cit.*, punto 34.

(39) Rilievo questo avanzato anche dal governo austriaco secondo cui l'articolo 30 della direttiva, collocando i due criteri su un piano di parità, «non escluderebbe che, in considerazione degli appalti di cui trattasi, il legislatore nazionale proceda esso stesso direttamente» alla scelta del criterio da utilizzare «autorizzando o i due criteri o uno di essi, dato che la direttiva non attribuisce all'amministrazione aggiudicatrice alcun diritto soggettivo all'esercizio di tale scelta» (C.d.g. 7 ottobre 2004 *cit.*, punto 31).

(40) Cort. Giust. 7 ottobre 2004, *cit.*, punto 29.

La Corte di Giustizia non è stata dello stesso avviso.

Primo profilo considerato dal giudice comunitario è stato quello, invero centrale, relativo alla afferenza del principio di concorrenza ai principi fondamentali del diritto comunitario in materia di appalti pubblici cui, sulla scorta di precedente giurisprudenza (41), è stata data soluzione positiva (42).

A giudizio della Corte (43), depone in tal senso, in primo luogo, il contenuto del preambolo della direttiva 93/37, dove «lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti di lavori pubblici» viene annoverato come specifico obiettivo della direttiva di armonizzazione (44).

In secondo luogo, il principio della concorrenza trova espressione in specifiche disposizioni della direttiva. In via esemplificativa, la Corte di Giustizia individua il disposto dell'articolo 22, punto 2 della citata direttiva, ove testualmente viene previsto che i concorrenti da invitare alle procedure ristrette devono essere comunque in numero tale da garantire una «concorrenza reale» (45).

(41) Cfr. Cort. Giust. 16 settembre 1999, in causa C-27/1998, Fracasso e Leitschultz, punto 26; 27 novembre 2001, cause riunite C-285/1999 e C-286/1999, Lombardini e Mantovani, punto 34; 12 dicembre 2002, in causa C-470/1999, Universale Bau e altri, punto 89.

(42) Ciò sebbene come rilevato dall'Avvocato Generale Christine Stix-Hackl, 1 luglio 2004, la direttiva 93/37 non sia funzionale all'attuazione dell'art. 81, Trattato.

(43) Punti 35 e 36, Sent. *cit.*.

(44) Ciò al pari di quanto recato dai preamboli delle direttive 93/37 in materia di appalti pubblici di forniture e 92/50 in materia di appalti pubblici di servizi (così conclusioni Avvocato Generale, punto 31) e ribadito dal «considerando» n. 2 e 36 (oltre che incidentalmente nn. 8, 12, 13, 15, 29, 31, 41, 46) del preambolo della direttiva 2003/18/CE.. Seguendo quanto argomentato dall'Avvocato Generale, nel settore degli appalti pubblici, il principio di concorrenza «risponde ad una serie di finalità di tutela. In primo luogo, ... ha per oggetto i rapporti tra imprese, vale a dire tra concorrenti o offerenti. Tra tali soggetti deve sussistere una concorrenza parallela in relazione alla richiesta di acquisto. In secondo luogo, il principio della concorrenza riguarda la relazione tra le amministrazioni aggiudicatrici, che vanno qualificate come imprese, e le imprese, segnatamente il *modus operandi* di un'amministrazione aggiudicatrice dominante nei confronti delle imprese o di un'impresa dominante nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice e la valutazione di tale *modus operandi* alla luce dell'art. 82 CE. In terzo luogo, ... deve tutelare la concorrenza dal punto di vista istituzionale». Sul punto, in giurisprudenza, cfr. C.d.G., 20 settembre 1988, in causa 31/1987, Beentjes, punto 21; 22 giugno 1993, in causa C-243/1989, Commissione/Germania, punto 33, 16 settembre 1999, *cit.*, punto 26; 17 settembre 2002, in causa C-513/1999, Concordia Bus Finland Oy, punto 81; 12 dicembre 2002, *cit.*, punto 89.

(45) L'Avvocato Generale, nelle conclusioni formulate, *cit.* (punti 37, 38, 39, 40) individua ulteriori disposizioni delle direttive in materia di lavori pubblici dove il principio di concorrenza trova concreta espressione. In particolare, si opera riferimento alle disposizioni «relative ai tipi di procedure di aggiudicazione ammissibili nonché al loro iter procedurale», segnatamente riguardanti «i termini da osservare nelle diverse fasi della procedura nonché il divieto di trattative a posteriori (anche se – ad onor del vero – quest'ultimo divieto è di stretta elaborazione giurisprudenziale), a quelle «relative al capitolato d'oneri, soprattutto in materia di specifiche tecniche, le disposizioni riguardanti la selezione qualitativa delle imprese nonché» proprio a quelle «concernenti i criteri di aggiudicazione». Sotto quest'ultimo profilo, «l'obbligo dell'amministrazione aggiudicatrice di stabilire preventivamente i criteri nonché di rispettarli è funzionale alla concorrenza» al pari, in taluni casi dell'obbligo di «non divulgare ad altre imprese talune informazioni riguardanti un'impresa».

Profilo chiave della sentenza della Corte è il rilievo al punto 37, ove il giudice comunitario collega il perseguimento dello sviluppo di una «concorrenza effettiva» nel mercato dei lavori pubblici ad un'organizzazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti «in modo tale che l'amministrazione aggiudicatrice sia in grado di comparare diverse offerte e scegliere la più vantaggiosa in base a criteri obiettivi». Ciò nel presupposto che l'applicazione di entrambi i criteri individuati all'art. 30, par. 1 della direttiva deve garantire una concorrenza effettiva (46).

Il centrale tema della distinta valutazione sotto il profilo dell'effetto (più o meno favorevole) sulla concorrenza dei due criteri di aggiudicazione – che assume centrale rilevanza nella posizione assunta dall'Autorità sui Lavori Pubblici e parzialmente condivisa dalla Commissione – non è oggetto di espresse considerazioni da parte della Corte di Giustizia. Genericamente, nelle conclusioni dell'Avvocato Generale, si legge che trattasi di tema non oggetto della domanda di pronuncia pregiudiziale e che, comunque, una valutazione generica della questione «non può essere oggetto di un'analisi giuridica» nell'ambito del procedimento pregiudiziale. Ciò nonostante viene fatto rilevare che «*il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non consente solo una concorrenza di prezzo, ma anche una concorrenza di altri fattori, vale a dire una concorrenza di posizioni*» (47).

Più radicale, l'impostazione della Corte di Giustizia che – invero senza eccessivo dettaglio nelle argomentazioni – dalla necessità di «obiettività» dei criteri di valutazione (rinvenuta nella elencazione dei due criteri di cui all'art. 30 della direttiva) giunge ad affermare la possibilità per le amministrazioni di optare per l'uno o per l'altro criterio – ovviamente mediante preventiva determinazione dello stesso – anche laddove esista una disposizione nazionale che restringa detta libertà di scelta («nell'ambito delle procedure di gara aperte e ristrette») imponendo il ricorso al prezzo più basso come unico criterio di aggiudicazione (48).

La ragione che sta alla base di detta affermazione si fonda sull'individuazione del livello amministrativo come livello «naturale» per la scelta del criterio di aggiudicazione da utilizzare per il singolo appalto.

A *contrario*, il giudice comunitario esprime perplessità che lo strumento legislativo possa possedere quelle caratteristiche di flessibilità ed adattabilità per giustificare l'eliminazione di qualsivoglia espressione di discrezionalità

(46) Cfr «considerando» n. 46, direttiva 2003/18/CE, ove si legge «l'aggiudicazione dell'appalto deve essere effettuata applicando criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento e che assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza. Di conseguenza occorre ammettere soltanto l'applicazione di due criteri di aggiudicazione: quello del "prezzo più basso" e quello dell'"offerta economicamente più vantaggiosa"».

(47) Cfr. Conclusioni, *cit.*, punti 42 e 43; in ogni caso – secondo l'Avvocato Generale – «una valutazione sugli effetti di un determinato criterio sulla concorrenza va condotta sulla base di circostanze concrete, in particolare sulla base del mercato interessato ed incombe, conseguentemente al giudice nazionale».

(48) Cfr. C.d.G. 7 ottobre 2004, *cit.*, punto 39.

dell'amministrazione nella scelta del criterio di aggiudicazione da applicare caso per caso. Di qui la considerazione secondo cui l'imposizione in via legislativa di un unico criterio di aggiudicazione (nella fattispecie, il criterio del prezzo più basso, ma – in linea di principio – anche quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa) per un determinata tipologia di contratti (nella specie, l'appalto) in un determinato settore merceologico (nella specie, quello dei «lavori pubblici») «priva le amministrazioni aggiudicatrici della possibilità di prendere in considerazione la natura e le caratteristiche peculiari di tali appalti, isolatamente considerati, scegliendo per ognuno di essi il criterio più idoneo a garantire la libera concorrenza e ad assicurare la selezione della migliore offerta» (49).

Sebbene espresso in termini oltremodo stringati, il ragionamento della Corte di Giustizia pare fondarsi sull'esistenza di una correlazione fra il criterio di obiettività (tipico in linea di principio di entrambi i criteri) e la sua attuazione in fase applicativa: non garantisce scelte obiettive quella legge nazionale (tanto più se «legge quadro» (50)) che preclude alla singola amministrazione aggiudicatrice di riportare la scelta del criterio di aggiudicazione alle caratteristiche dell'affidamento da disporre.

Trattasi, questo, di limite indubbiamente condizionante la discrezionalità del legislatore in sede di recepimento. La volontà del legislatore nazionale di operare peculiari scelte in via normativa – anche se con l'obiettivo di perseguire obiettivi comunitari, quale quello della trasparenza nel settore delle commesse di lavori pubblici – incontra o comunque deve adeguarsi, quindi, al descritto limite imposto dall'ordinamento comunitario.

Maggiormente articolate sono sul punto le considerazioni dell'Avvocato Generale che trae motivo delle proprie conclusioni da un'analisi positiva delle direttive in materia di appalti sotto il profilo dei «poteri» riconosciuti e degli «obblighi» imposti in via distinta agli «Stati membri» ed alle «Amministrazioni aggiudicatrici».

Per quanto attiene ai primi, vengono rinvenuti «due tipi di poteri» da esplicitarsi «a valle» in fase di recepimento ed applicativa e rispettivamente riconosciuti agli Stati membri ed alle Amministrazioni Aggiudicatrici (51). In questo senso, le direttive legittimano, sotto un primo profilo, la predisposizione da parte degli Stati membri di regole integrative (anche sotto il profilo derogatorio) di quanto previsto nelle stesse direttive al soddisfacimento di

(49) Cfr. C.d.G., 7 ottobre 2004, punto 40. Sottolinea a tal proposito MANGANI (*La Corte frena il massimo ribasso: alla Pa la scelta delle regole di gara*, in *Edilizia e territorio*, n. 40/2004, 46 ss.) che la sentenza della Corte evidenzia una lettura del principio della libera concorrenza, in relazione ai criteri di aggiudicazione, profondamente diversa da quella del legislatore nazionale («il giudice comunitario contesta ... il presupposto di fondo E cioè che il criterio del prezzo più basso ... sarebbe di per sé idoneo a garantire una concorrenza effettiva»).

(50) A maggior ragione – rileva l'Avvocato Generale, *cit.*, 51 – la determinazione/imposizione di un criterio «è stata operata mediante una legge quadro».

(51) Cfr. Conclusioni, *cit.*, punto 53.

determinate condizioni (52), nonché sotto distinto profilo, l'esercizio di poteri di scelta od opzione da parte delle Amministrazioni aggiudicatrici rispetto alle previsioni della direttiva in sede di indizione e gestione delle singole procedure (53).

La medesima bipartizione è rinvenibile con riferimento agli «obblighi» imposti dalle direttive (54). Con riferimento all'espresso tenore dell'art. 30, par. 1 della direttiva 93/37 (al pari delle medesime disposizioni nelle altre direttive in materia di appalti pubblici), esso viene reputato comprensivo di un obbligo rivolto espressamente alle «amministrazioni aggiudicatrici», nella fattispecie il tassativo obbligo di scegliere uno dei due criteri di aggiudicazione in esso previsti e disciplinati: l'imposizione di detto obbligo – a giudizio dell'Avvocatura Generale – «implica anche la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di optare per uno dei due» (55). Così inteso, l'obbligo di cui all'art. 30 acquisirebbe connotazione indiretta di «potere» riconosciuto alle Amministrazioni aggiudicatrici, potere che verrebbe meno nella misura in cui lo Stato membro limitasse la possibilità di scelta fra i criteri, imponendo, in taluni casi, l'offerta al prezzo più basso o anche l'offerta «economicamente più vantaggiosa».

Sul quesito se detto potere limitativo sia da reputarsi conforme all'ordinamento comunitario, la risposta negativa discende da un'ulteriore analisi della normativa di cui alla direttiva 93/37 in esito alla quale viene rilevata l'insussistenza del riconoscimento in capo agli Stati membri di alcun espresso potere esercitabile nei confronti delle Amministrazioni aggiudicatrici in merito alla scelta dei criteri di aggiudicazione.

Insussistenza tanto più rilevante in quanto è la stessa direttiva a riconoscere espressi poteri degli Stati membri rispetto alle Amministrazioni aggiudicatrici su ulteriori e diversi profili disciplinari: l'art. 23, par. 1 della direttiva 93/37/CE, ad esempio, espressamente dispone che «Le amministrazioni aggiudicatrici possono indicare o *possono essere obbligate da uno Stato mem-*

(52) Si cita esemplificativamente quanto previsto dall'art. 18, par. 2 della direttiva 93/37/CE, che disciplinando le modalità di presentazione delle offerte, dispone che «Le offerte sono presentate per iscritto e recapitate direttamente o a mezzo posta. *Gli Stati membri possono autorizzare la presentazione delle offerte con qualsiasi altro mezzo che consenta di garantire che: – ogni offerta contenga tutte le informazioni necessarie alla sua valutazione; – sia salvaguardata la riservatezza sulle offerte in attesa della valutazione; – se necessario per motivi di prova giuridica, le offerte siano confermate al più presto per iscritto o mediante invio di copia certificata; – l'apertura delle offerte abbia luogo dopo la scadenza del termine previsto per la loro presentazione.*» (i corsivi sono nostri).

(53) Le esemplificazioni sono molteplici e vanno dalla possibilità di ammettere la presentazione di offerte in variante nel rispetto di requisiti minimi (art. 19, par. 1, direttiva 93/37) alla possibilità di avvalersi dello strumento della procedura negoziata per la scelta del contraente («Le amministrazioni aggiudicatrici possono attribuire gli appalti di lavori mediante la procedura negoziata, nei casi seguenti – così articolo 7, par. 3 e 4, direttiva 93/37).

(54) Cfr. per quanto attiene agli obblighi espressamente rivolti agli Stati membri, *ex multis* art. 29, direttiva 93/37 «Gli *Stati membri* in cui esistano elenchi ufficiali di imprenditori riconosciuti devono adattare tali elenchi alle disposizioni dell'art. 24, lettere da *a)* a *d)* e *g)*» (cause di esclusione) «e degli articoli 25» (registri) «, 26» (capacità finanziaria) «e 27» (capacità tecnica).

(55) Cfr. Conclusioni, *cit.*, punto 54.

bro ad indicare nel capitolato d'oneri l'autorità o le autorità presso le quali gli offerenti possono ottenere le informazioni pertinenti sugli obblighi relativi alle norme in materia di sicurezza ed alle condizioni di lavoro in vigore nello Stato membro, nella regione o nella località in cui devono essere eseguiti i lavori e che saranno applicabili ai lavori effettuati nel cantiere durante l'esecuzione dell'appalto».

Il rilievo assoluto attribuito ai contenuti della direttiva trova poi conferma nella centralità che, ai fini della risposta al quesito, viene attribuita alla posizione di parità di rango dei due criteri, deducibile sempre dal tenore dell'articolo 30. La considerazione formulata dal governo austriaco in sede di osservazioni secondo cui detta innegabile parità non escluderebbe che, in considerazione di specifiche categorie di appalti, il legislatore nazionale possa provvedere esso stesso direttamente» alla scelta del criterio da utilizzare «autORIZZANDO o i due criteri o uno di essi», dovrebbe reputarsi quindi priva di pregio, quantomeno – sia consentito aggiungere – per quanto e nei limiti in cui detta scelta legislativa determini un'alterazione sostanziale della situazione di equivalenza, con conseguente impossibilità per le Amministrazioni aggiudicatrici, anche in casi del tutto giustificati, di scegliere il criterio dell'«offerta economicamente più vantaggiosa» per le procedure aperte e ristrette.

Ulteriori argomenti vengono tratti dall'Avvocato Generale attraverso un rinvio alla giurisprudenza sviluppata dalla Corte di Giustizia in merito alla definizione degli elementi relativi all'individuazione dell'«offerta economicamente più vantaggiosa» sulla scorta del pacifico rilievo secondo cui gli elementi indicati all'interno delle direttive (ora della direttiva unificata) sono da considerarsi assolutamente esemplificativi e comunque modulabili dalle stazioni appaltanti in relazione all'oggetto della procedura (56).

La facoltà di scelta di detti elementi – riconosciuta in capo alle Amministrazioni aggiudicatrici – comproverebbe la sussistenza della medesima facoltà di scelta «a monte» in sede di individuazione del criterio di aggiudicazione da applicare.

È peraltro vero che detta trasposizione, se da un lato può essere espressiva del riconoscimento su un tema affine di significativi margini di discrezionalità in capo alle Amministrazioni aggiudicatrici, dall'altro non è del tutto pertinente in quanto non attiene alla problematica dei limiti ed ambito di recepimento della normativa comunitaria da parte degli Stati membri e del rapporto fra detti limiti/ambito ed il potere di organizzazione e gestione della singola procedura da parte delle stazioni appaltanti; problematica che, per contro, rappresenta il nucleo della questione pregiudiziale in questa sede trattata (57).

(56) Il riferimento è a C.d.G., 18 ottobre 2001, in causa C-19/00, *SIAC Construction* (spec. punto 36); 19 giugno 2003, in causa C-315/01, *Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH*.

(57) D'altra parte si può rilevare – anche se esulante dalla presente trattazione – come le considerazioni svolte dall'Avvocatura Generale, in uno con la giurisprudenza della Corte di Giustizia, richiamata nella precedente nota, parrebbe deporre per la non linearità con le direttive comunitarie di un'interpretazione – avanzata dall'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici nell'ambito del procedimento che ha dato origine alla questione in esame – dell'art. 21, comma 2, della legge n. 109 del 1994 sulla obbligatoria applicazione gli elementi

Più significative, sotto quest'ultimo profilo, sono le specifiche considerazioni sulla effettiva portata limitatrice della libera concorrenza di norme nazionali a loro volta limitatrici del «margine di discrezionalità» delle Amministrazioni aggiudicatrici «in termini non espressamente consentiti» dalla direttiva. Muovendo dai contenuti della nota sentenza Lombardini in materia di «offerte anomale» (58) – che ha reputato in contrasto con l'articolo 30, par. 4, della direttiva 93/37 (59) una norma nazionale che, ai fini della verifica delle offerte anormalmente basse, impone all'amministrazione aggiudicatrice solo talune giustificazioni limitativamente elencate, escludendo taluni ulteriori tipi di giustificazioni (60) – l'Avvocatura generale individua un parallelismo fra facoltà di scelta degli elementi giustificativi delle offerte

di valutazione dell'«offerta economicamente vantaggiosa» indicati, all'art. 21, comma 2, legge n. 109 del 1994, ai punti da 1 a 4 di cui alla lettera *a* (per l'appalto concorso): “1) prezzo; 2) valore tecnico ed estetico delle opere progettate; “il tempo di esecuzione dei lavori; “4) il costo di utilizzazione e di manutenzione”) e da 1 a 6 di cui alla lettera *b* (per la “concessione di lavori pubblici”: “1) il prezzo di cui all'art. 19, comma 2; 2) il valore tecnico ed estetico dell'opera progettata; 3) il tempo di esecuzione dei lavori; 4) il rendimento; 5) la durata della concessione; 6) le modalità di gestione». Deve peraltro essere registrato come, recentemente, il Consiglio di Stato (VI, sentenza 29 novembre 2004, n. 7784, in *Urb. e appalti*, 49/2004, 29 ss., con nota di PETULLÀ, *Offerta più vantaggiosa, è tassativo l'elenco dei criteri di valutazione*) ha avvalorato l'approccio interpretativo della Autorità per la Vigilanza sui lavori pubblici, sottolineando che la possibilità per le stazioni appaltanti, riconosciuta dallo stesso articolo 21, di individuare, ulteriormente agli elementi da 1 a 6 sopra citati – di obbligatoria individuazione –, anche “5) ulteriori elementi di valutazione individuati al tipo di lavoro da realizzare”, rappresenta una sufficiente esplicazione dell'ambito di discrezionalità attribuita dall'art. 30, della direttiva 93/37, alle stesse stazioni appaltanti in sede di determinazione degli elementi dell'«offerta economicamente più vantaggiosa”.

(58) C.d.g. 27 novembre 2001, cause riunite C-285/1999 e C-286/1999, *cit.*.

(59) Si riporta il testo integrale dell'art. 30, par. 4, che costituisce normativa comunitaria di riferimento in materia di «offerte anomale»: «4. Se, per un determinato appalto, delle offerte appaiono anormalmente basse rispetto alla prestazione, l'amministrazione aggiudicatrice prima di poterle rifiutare richiede, per iscritto, le precisazioni che ritiene utili in merito alla composizione dell'offerta e verifica detta composizione tenendo conto delle giustificazioni fornite. L'amministrazione aggiudicatrice può prendere in considerazione giustificazioni riguardanti l'economia del procedimento di costruzione o le soluzioni tecniche adottate o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per eseguire i lavori o l'originalità del progetto dell'offerente. Se i documenti relativi all'appalto prevedono l'attribuzione al prezzo più basso, l'amministrazione aggiudicatrice deve comunicare alla Commissione il rifiuto delle offerte giudicate troppo basse. Tuttavia, per un periodo che si estende sino alla fine del 1992 e se la legislazione nazionale in vigore lo permette, l'amministrazione aggiudicatrice può eccezionalmente e fatta esclusione di qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità, rifiutare le offerte che presentano un carattere anormalmente basso rispetto alla prestazione, senza dover rispettare la procedura prevista al primo comma, nel caso in cui il numero delle offerte per un appalto determinato sia talmente importante che l'attuazione di questa procedura condurrebbe ad un ritardo sostanziale e comprometterebbe l'interesse pubblico per la realizzazione dell'appalto in questione. Il ricorso a questa procedura eccezionale è menzionato nell'avviso di cui all'articolo 11, paragrafo 5».

(60) Nella fattispecie è stata reputata in contrasto con la direttiva la normativa di uno Stato membro che impone «all'amministrazione aggiudicatrice di prendere in considerazione, ai fini della verifica delle offerte anormalmente basse, solamente le giustificazioni fondate sull'economicità del procedimento di costruzione o delle soluzioni tecniche adottate o

anomale e facoltà di scelta del criterio di aggiudicazione, qualificate entrambe quali elementi facilitanti «il gioco della libera concorrenza fra tutti gli offerenti» (61).

In quest'ottica, la prospettiva diviene particolarmente interessante in quanto viene rovesciato l'assunto su cui poggiano le osservazioni rese non solo dagli Stati membri in sede di partecipazione al procedimento, ma anche dalla Commissione, secondo cui il perseguimento dell'obiettivo di garanzia dello sviluppo di una concorrenza effettiva legittima l'assunzione da parte del legislatore nazionale di norme di recepimento che impongano l'adozione del criterio del «prezzo più basso».

Ciò, sul controverso assunto secondo cui il criterio del prezzo più basso sarebbe tale da assicurare con maggior ambito di certezza la trasparenza dell'azione amministrativa. E se la trasparenza delle operazioni amministrative è condizione ineliminabile per garantire la libera concorrenza nel settore degli appalti non si vede come la predisposizione di norme nazionali orientate in detto senso possa reputarsi in contrasto con l'ordinamento comunitario.

Vero è il contrario per il Giudice Comunitario: l'obiettivo della libera concorrenza fra gli operatori del settore è raggiungibile unicamente ove il Legislatore nazionale garantisca la flessibilità dell'azione delle Amministrazioni aggiudicatrici, da un lato non incidendo sugli ambiti di discrezionalità loro attribuiti – se non addirittura riservati (v. *ultra*) – dalla normativa comunitaria, dall'altro ammettendo la parametrizzazione degli elementi della singola procedura alle caratteristiche del contratto da stipulare.

Ciò, è evidente, non equivale ad abdicare alla trasparenza che permane una caratteristica essenziale dell'evidenza pubblica comunitaria come sistematizzata nelle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (62): detto obiettivo può comunque essere egualmente garantito anche nell'ambito di procedimenti valutativi di natura discrezionale tipici del criterio dell'«offerta economicamente più vantaggiosa» laddove gli elementi della stessa siano – ovviamente a priori – specificati in modo sufficientemente preciso da consentire un controllo effettivo (a posteriori) sui processi motivazionali che portano alla formulazione di una graduatoria di merito fra le offerte ammesse.

La sentenza della Corte di giustizia, in altri termini, supera l'assioma nazionale secondo cui la trasparenza nella valutazione delle offerte impone la primazia dei sistemi di valutazione di natura automatica. Se, difatti, l'adozione del criterio del prezzo più basso elimina la tentazione di comportamenti poco trasparenti se non addirittura illeciti da parte dell'Amministrazione (ma non certo delle imprese concorrenti), detto rilievo – a giudizio della Corte – non è sufficiente per acconsentire norme nazionali che, riferite

sulle condizioni particolarmente favorevoli di cui gode l'offerente, ad esclusione di giustificazioni relative a tutti quegli elementi i cui valori minimi sono stabiliti da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative ovvero i cui valori sono rilevabili da dati ufficiali» (C.d.g. 27 novembre 2001, cause riunite C-285/1999 e C-286/1999, *cit.*).

(61) Cfr. Conclusioni, *cit.*, punti 63-64-65.

(62) Cfr., esemplificativamente, quanto puntualmente esposto nei «considerando» nn. 2, 12, 14, 35, 49 nonché i contenuti del Capo VI della direttiva 2004/18/CE.

ad un settore della contrattualistica, impongano tassativamente alle Amministrazioni l'adozione di un solo criterio di aggiudicazione dei due previsti dalle direttive.

D'altra parte, non è accettabile che per impedire i fenomeni degenerativi si privino le amministrazioni di strumenti pur necessari, se bene usati, per una buona e corretta amministrazione.

In quest'ottica, il «criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa» costituisce il punto di equilibrio tra le esigenze di garanzia tipiche delle «procedure ristrette» e le esigenze di una valutazione qualitativa e non meramente quantitativa delle offerte. Detto punto di equilibrio soddisfa in una logica costituzionale interna, le istanze dell'art. 97, comma 1 della Costituzione, assicurando all'Amministrazione la prestazione migliore anche, ma non solo, in relazione al prezzo.

Sotto questo profilo, l'esclusione aprioristica del criterio dell'«offerta economicamente più vantaggiosa» appare in contrasto con il carattere unitario del regime europeo e con il principio di buon andamento dell'amministrazione.

5. Criterio del «prezzo più basso» e criterio dell'«offerta economicamente più vantaggiosa»: *alternatività pura o qualificata?*

In attesa della conclusione del procedimento giurisdizionale avanti il T.A.R. Lombardia (63), deve essere segnalato come, ad appena tre mesi dalla pronuncia della Corte di Giustizia (64), il giudice nazionale ha già dato concreta applicazione del principio in una ipotesi, per così dire, diametralmente opposta, anch'essa inerente al quadro normativo nazionale sui lavori pubblici e riferita al criterio di aggiudicazione, previsto sempre dall'art. 21, legge n. 109 del 1994, succ. mod., per l'affidamento di «concessioni di lavori pubblici» (v *supra* par. 1).

In questa ipotesi, il Consiglio di Stato, sez. VI, con sentenza 4 gennaio 2005, n. 2 (65), ha reputato conforme al diritto comunitario la scelta di una Amministrazione aggiudicatrice di affidare una concessione di lavori pubblici sulla base del criterio del prezzo più basso, sebbene l'unico criterio previsto per detti contratti dalla normativa nazionale sia, come noto, quello dell'«offerta economicamente più vantaggiosa» (art. 21, comma 2, legge n. 109 del 1994 succ. mod.) (66).

(63) Nelle more della pubblicazione del presente lavoro, il T.a.r. Lombardia, con sentenza n. 168/2005 del 18 marzo 2003, nel rinviare ai contenuti della sentenza della Corte di Giustizia C-247/02, ha disapplicato l'art. 21, legge n. 109 del 1994, nel testo antecedente le modifiche apportate dalla legge n. 166/02, «in quanto dichiarato incompatibile con le regole generali dell'ordinamento comunitario».

(64) Interessanti sono i commenti e reazioni (oscillanti fra l'entusiasmo ed il sarcasmo) delle stazioni appaltanti alla sentenza della Corte di Giustizia (raccolte in *Edilizia e territorio*, 18-23 ottobre 2004).

(65) In www.dirittodeiservizipubblici.it.

(66) Medesima scelta è stata quella operata, a livello regionale, dal Friuli Venezia Giulia (L.R. 6 luglio 1999, n. 20, art. 8, in *B.U.R.* 7 luglio 1999, n. 27; L.R. 31 maggio 2002, n. 14, art. 17, in *B.U.R.* 29 maggio 2002, n. 22).

La legittimità della disapplicazione del citato articolo 21 si fonda sulla considerazione secondo cui l'articolo 30, paragrafo 1, della direttiva 93/37/CE pone i due diversi criteri di aggiudicazione del «prezzo più basso» e dell'«offerta economicamente più vantaggiosa», su un piano di tendenziale paritarietà ed alternatività, prescindendo peraltro da qualsivoglia collegamento con l'esperimento di alcuna particolare procedura di gara e tantomeno con alcuna fattispecie contrattuale ivi disciplinata (appalto e concessione di lavori pubblici).

Detta circostanza appare sotto ulteriore profilo assolutamente significativa ove si consideri che, laddove la Comunità ha inteso individuare regimi «eccezionali» o «prioritari» di applicazione di determinati istituti propri della disciplina sui pubblici appalti, lo ha sempre fatto in modo chiaro ed univoco. L'esempio più evidente lo si ritrova proprio nella peculiare disciplina della «procedura negoziata con bando di gara», la quale da sistema di gara «eccezionale» (rispetto alla procedura aperta e ristretta) all'interno delle direttive 92/50, 93/36 e 93/37 (ora 2004/18) diviene sistema «alternativo» alle procedure aperte e ristrette nella disciplina dei settori speciali di cui alla direttiva 93/38 (ora 2004/17).

Ma vi è di più. Appellandosi alle risultanze della sentenza della Corte di Giustizia 7 ottobre 2004, C-247/2002, il Consiglio di Stato ha testualmente «osservato che il diritto comunitario non pone limiti di scelta, rimessa alle stazioni appaltanti, tra i due criteri di selezione dell'offerta e sono piuttosto illegittime le norme interne, contenute nella legge n. 109 del 1994, che pretendono di imporre ex ante alle stazioni appaltanti, l'uno o l'altro criterio» (67).

Si tratta, a ben vedere, di considerazione che parrebbe confortare una lettura della pronuncia della Corte di Giustizia da cui trarre due importanti conseguenze sotto il profilo dei limiti imposti legislatore nazionale in sede di disciplina degli appalti pubblici.

Sotto un primo profilo – seguendo, almeno letteralmente, quanto affermato dal Consiglio di Stato – parrebbe possibile sostenere che sia precluso in senso assoluto ai legislatori nazionali imporre a priori alle amministrazioni aggiudicatrici l'avvalimento del criterio del prezzo più basso ovvero di quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'espressione di un simile potere normativo dovrebbe quindi considerarsi in insanabile contrasto con l'ordinamento comunitario e, più precisamente, con la specifica normativa in materia di criteri di aggiudicazione, ora «unificata» per tutte le *species* contrattuali nell'art. 53 della direttiva 2004/18/CE. Affetta da detta patologia sarebbe quindi la normativa nazionale che «impone» il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in materia di affidamento di servizi tecnici inerenti la realizzazione di lavori pubblici (ed *in primis* di incarichi di progettazione) (68), così come – sebbene possa essere comunque considerato un «caso limite» – il disposto comma 7, secondo periodo, dell'art. 113 del

(67) Cons. Stato, VI, n. 2/2005 *cit.* (i corsivi sono nostri).

(68) Cfr. Titolo IV, Capi IV e V, d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, in *Gazzetta Ufficiale* 28 aprile 2000, n. 98, *S.O.*

d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, succ. mod. integr. – peraltro oggetto di declaratoria di incostituzionalità (69) – ove prescriveva il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa per l’affidamento di attività qualificabili come «servizi pubblici di rilevanza economica». Contrarietà, ovviamente, rinvenibile sempre che il rapporto da instaurarsi non solo sia qualificabile non solo come appalto pubblico di servizi ma anche sia soggetto alla integrale disciplina di cui alle direttive 92/50 o 93/38.

Sul versante dei contratti aventi ad oggetto prestazioni comunque ricondotte nel novero dei «lavori pubblici» che scontano di una affine imposizione in via legislativa del criterio di aggiudicazione sono poi da annoverare gli appalti aventi ad oggetto la «progettazione e realizzazione» di interventi concernenti i beni mobili ed immobili e gli interventi sugli elementi architettonici e sulle superfici decorate di beni del patrimonio culturale, sottoposti alle disposizioni di tutela di cui al decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490, per i quali l’art. 9 comma 5, della legge 22 gennaio 2004, n. 30 (70) prevede quale criterio da applicarsi «in ogni caso» l’offerta economicamente più vantaggiosa (71). Si tratta peraltro di ipotesi controversa, stante la dubbio – almeno a parere di chi scrive – sottoposizione di buona parte degli affidamenti ricompresi nell’ambito applicativo della legge n. 30 del 2004 alle direttive comunitarie in materia di appalti.

Più significativa, sempre sul versante dell’affidamento di «servizi pubblici locali», è la scelta di alcune Regioni di imporre il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa per l’affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale (72), i quali se ricondotti allo schema dell’appalto (anche se il modello contrattuale che si attaglia maggiormente alla fattispecie appare quello della concessione di servizi espressamente esclusa dall’ambito di applicazione della direttiva 2004/18 (73)) potrebbero scontare anch’essi delle problematiche sin qui descritte.

Peraltro, il condizionale fino a questo momento utilizzato nel descrivere le presunte ipotesi di contrarietà è d’obbligo.

(69) In tal senso, Corte Cost. 27 luglio 2004, n. 272.

(70) In *Gazzetta Ufficiale* 22 gennaio 2004, n. 30. Cfr., sul punto, DE FELICE, *Relazione al corso su «La nuova disciplina in tema di gestione e appalti di lavori relativi ai beni culturali»*, Roma, Ambasciatori Palace Hotel, 20 e 21 maggio 2004, in www.giustizia-amministrativa.it; M. GRECO, *Le nuove norme per i lavori sui beni culturali* (in www.appaltiecontratti.it), oltre che SANTI, *Verso l’istituzione di un sistema autonomo degli affidamenti dei lavori nel settore dei beni culturali (decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 30)*, in *Aedon*, n. 2/2004.

(71) Così DE NICTOLIS, *La Corte CE e l’art. 21, legge Merloni: le amministrazioni aggiudicatrici possono scegliere il criterio di aggiudicazione*, in *Urbanistica ed appalti*, 2004, 1271.

(72) Ci si riferisce esemplificativamente a L.R. Lazio, 16 luglio 1998, n. 30, succ. mod., art. 19 (in *B.U.R.* 30 luglio 1998, n. 21), L.R. Lombardia, 29 ottobre 1998, n. 22, art. 20, succ. mod. (in *B.U.R.* 2 novembre 1998, n. 44).

(73) L’art. 1, par. 4, della direttiva 2004/18/CE definisce la «concessione di servizi» come quel «contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo». Dette concessioni sono a tutt’oggi escluse dall’ambito di applicazione della direttiva 2004/18/CE (art. 17) pur essendo assoggettate ai principi del Trattato riferibili all’attività contrattuale dell’Amministrazione Pubblica (cfr *supra sub* nota 5).

Per quanto attiene la portata applicativa dei contenuti della pronuncia della Corte di Giustizia, non può sottacersi come sia stata la Corte stessa (in ciò contraddistinguendosi dalle conclusioni dell'Avvocatura generale) ad introdurre, in motivazione, una precisazione che, se da un lato esplica le ragioni di flessibilità e di maggiore idoneità alla selezione della migliore offerta sottese al limite imposto al legislatore nazionale, dall'altro introduce un elemento argomentativo che, senza disconoscere il rapporto di alternatività fra criteri di aggiudicazione proprio della normativa comunitaria, àncora la opportunità (se non anche la legittimità) della scelta del criterio di aggiudicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa alla effettiva sussistenza di ragioni che ne consiglino l'adozione, quali, nel caso di specie, la «complessità dell'opera da realizzare» (dato questo accertato dal giudice del rinvio – v. *supra sub par. 2*) (74).

Proprio nel caso di specie, difatti, la rilevata impossibilità per una normativa nazionale di imporre «in termini generali ed astratti» il ricorso «unicamente al criterio del prezzo più basso» trovava la propria esplicazione fattuale nella impossibilità per la stazione appaltante di scegliere un criterio di aggiudicazione che desse conto di un elemento caratterizzante l'appalto da affidare, qualificato nella «complessità» dell'opera da realizzare.

Sotto questo profilo, la Corte di Giustizia, con la sentenza *Sintesi S.p.A.*, ha di fatto – e probabilmente volontariamente – individuato un elemento di precisazione dei risultati dell'operazione ermeneutica sull'articolo 30 della direttiva 93/37/CE operata dalla stessa, per cui la scelta del criterio di aggiudicazione è conseguente sì ad una determinazione della stazione appaltante, ma non può non seguire ad una valutazione della sussistenza nelle singole ipotesi considerate, di elementi di fatto che consiglino l'adozione di un criterio piuttosto che un altro, quale – esemplificativamente – la «complessità» della commessa da realizzare (75).

Alla luce di quanto sopra rilevato, se l'accertamento in via concreta degli elementi che motivano il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa spetta senza dubbio alla stazione appaltante, non si può dire esclusa dalla posizione assunta dalla Corte di Giustizia una precisazione in via normativa degli elementi o dei presupposti fattuali il cui accertamento consente il ricorso a detto criterio di aggiudicazione. Ciò nei limiti – non agevolati a rinvenirsi – in cui detta definizione in via normativa possa reputarsi assolutamente esaustiva e, in quanto tale non limitativa della possibilità di

(74) Cfr. C.d.G. sentenza 7 ottobre 2004, *cit.*, punto 41, secondo cui testualmente «nella causa principale, il giudice del rinvio ha proprio sottolineato la complessità, sul piano tecnico, dell'opera da realizzare e, conseguentemente, l'amministrazione aggiudicatrice avrebbe potuto tener utilmente conto di tale complessità scegliendo criteri di aggiudicazione dell'appalto oggettivi, come quelli indicati, a titolo esemplificativo, all'art. 30, n. 1, lett. b), della direttiva».

(75) «Man mano che la componente tecnologica e i problemi impiantistici si fanno sempre più complessi, aumentano le sfumature che possono fare di un'offerta dal prezzo più alto rispetto ad altre, quella più “concorrenziale” e al tempo stesso più conveniente per l'amministrazione»; così AUDITORE, *Brevi note sui problemi di compatibilità tra l'art. 21 della legge n. 109 del 1994 e la normativa comunitaria*, in www.giurisprudenza.it.

procedere ad una logica e ragionevole ponderazione sul criterio di aggiudicazione maggiormente idoneo ai fini dell'appalto da affidare (76).

Le considerazioni operate non possono non richiamare la già riportata (v. *supra sub* par. 3) novella introdotta dalla legge n. 166 del 2002 all'articolo 21 della legge n. 109 del 1994 (al comma 1-*ter*) che, come visto, limitatamente agli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria, ammette l'adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa qualora, a fronte di un lavoro caratterizzato dalla prevalenza della componente tecnologica o dalla particolare rilevanza delle possibili soluzioni progettuali, l'amministrazione appaltante ritenga possibile che la progettazione possa essere utilmente migliorata con le integrazioni tecniche proposte dai concorrenti.

Se si considera che il giudice comunitario, per quanto attiene alle «procedure ristrette», pare non avere reputato sufficiente, per assicurare il rispetto dell'articolo 30, della direttiva 93/37 nell'ambito dell'ordinamento nazionale dei lavori pubblici, l'esistenza, del sistema di gara dell'«appalto concorso» – anch'esso riconducibile al *genus* delle procedure ristrette (a due fasi) – la cui peculiare caratterizzazione impone l'adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (77) necessario per la valutazione del progetto esecutivo presentato dai concorrenti (art. 20, comma 4, legge n. 109 del 1994 succ. mod.) ci si può chiedere se i presupposti individuati dal legislatore del 2002 per l'adozione nelle licitazioni private (e nei pubblici incanti) del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa siano compatibili con la disciplina comunitaria come interpretata dalla Corte di Giustizia.

Il tenore dell'articolo 21, comma 1-*ter* della legge n. 109 del 1994, non è sicuramente tale da fugare ogni dubbio in ordine alla esaustività della previsione legislativa (78). Se difatti, da un lato, la formulazione della citata dispo-

(76) Possono trarsi elementi in tal senso dalla comparazione delle posizioni assunte dall'Avvocatura Generale e dalla Corte di Giustizia nel caso *Sintesi* con particolare riferimento al rapporto fra le conclusioni dell'Avvocatura e l'effettivo contenuto della sentenza. Si ricordi difatti che l'Avvocatura aveva proposto di risolvere le questioni non solo rilevando l'impossibilità per il legislatore nazionale di precludere la scelta del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa mediante l'imposizione in via generale unicamente quello del prezzo più basso, ma altresì attraverso la ben più incisiva notazione secondo cui «l'art. 30, n. 1 ... deve essere interpretato nel senso che attribuisce alle singole amministrazioni aggiudicatrici la scelta del criterio di aggiudicazione, individuato alternativamente nel prezzo più basso o nell'offerta economicamente più vantaggiosa. Inoltre, il giudice nazionale è tenuto ad interpretare tale disposizione alla luce del principio della libera concorrenza ai sensi dell'art. 81 CE». Conclusione quest'ultima che il giudice comunitario ha reputato di non fare propria nella sentenza, limitandosi ad assumere la prima (nell'articolato delle conclusioni dell'Avvocatura Generale, la seconda) che presenta un carattere ben più limitato.

(77) La tradizionale correlazione fra «appalto concorso» ed un sistema di valutazione «multicriteri» e comunque di natura discrezionale (quale quello dell'«offerta economicamente più vantaggiosa») discende, come ovvio, dalla peculiare caratterizzazione dell'oggetto dell'offerta della citata procedura di gara, consistente nella presentazione da parte dei concorrenti di un «progetto» della commessa da eseguire, unitamente alla formulazione dell'offerta economica.

(78) A parere di AUDITORE (*Brevi note sui problemi di compatibilità tra l'art. 21 della legge n. 109 del 1994 e la normativa comunitaria*, cit.) l'inserimento del comma 1-*ter* – se «va parzialmente incontro alle osservazioni formulate dalla Corte di Giustizia» – «non risolve il

sizione potrebbe lasciare presupporre un intendimento del legislatore di collegare l'esercizio della facoltà di scelta del criterio dell'«offerta economicamente più vantaggiosa» ad una riscontrata opportunità di acquisire apporti sul progetto posto a base di gara (ciò, sia nel caso in cui ci si trovi di fronte ad un appalto a prevalente componente tecnologica sia ove venga in rilievo la rilevanza tecnologica delle soluzioni progettuali dei lavori oggetto d'appalto), dall'altro l'adozione della perifrasi «integrazione tecnica», nella sua genericità, parrebbe essere tale da non restringere in modo arbitrario l'ambito di avvalimento del suddetto criterio di aggiudicazione.

In tal senso, pare evidente che le «integrazioni tecniche» alla progettazione di cui al comma 1-ter non debbano forzatamente manifestarsi in varianti alla progettazione approvata dalla Amministrazione ovvero presupporre la possibilità per i concorrenti di introdurre modificazioni rispetto a quanto previsto dagli elaborati a base di gara. Né pare deporre in tal senso un'interpretazione sistematica dell'art. 21, comma 1-ter in relazione all'impianto normativo della legge n. 109 (sempre che ciò sia ammissibile stante il carattere alluvionale assunto dalla stessa nelle sue successive riscritture) visto che, ove il legislatore dei lavori pubblici ha inteso esplicitare il rilievo delle varianti progettuali proposte dai concorrenti nell'ambito dei procedimenti di valutazione, lo ha fatto in termini espressi (79).

In altri termini, le «integrazioni tecniche» di cui all'articolo 21, comma 1-ter, se trovano nel progetto a base di gara il proprio primo riferimento (ci si potrebbe peraltro chiedere quale è il margine di apporti integrativi su un progetto esecutivo – che rappresenta il livello ordinario posto a base di gara degli affidamenti *ex lege* n. 109 del 1994 succ. mod. (80) – come descritto e puntualmente disciplinato nelle sue componenti dagli articoli 35 ss., d.P.R. n. 554 del 1999 (81)) e la correlazione in chiave valutativa dell'elemento «valore tecnico», lungi dal caratterizzarsi forzatamente in apporti modificativi degli elaborati progettuali approvati dall'Amministrazione, possono manifestarsi in profili altrettanto rilevanti ai fini dell'individuazione della migliore offerta, quali apporti originali alla progettazione ovvero, più in generale e a titolo esemplificativo, l'indicazione di specifiche modalità e

problema di fondo rilevato dal giudice comunitario, vale a dire la perdurante impossibilità per le amministrazioni italiane di scegliere liberamente tra le due opzioni proposte dalla direttiva» addirittura «a prescindere dalle caratteristiche dell'opera da appaltare».

(79) È quanto avviene, ad esempio con riferimento all'applicazione del «criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa alle licitazioni private per l'affidamento di concessioni di lavori pubblici. A tal proposito l'art. 20, comma 2, della legge n. 109 del 1994, succ. mod., dispone che «... l'offerta ha ad oggetto ... le eventuali proposte di varianti al progetto posto a base di gara» (i corsivi sono nostri).

(80) Escludendo la peculiare ipotesi dell'«appalto concorso» e quella assolutamente diversa della «concessione di lavori pubblici», l'unica fattispecie in cui è prevista l'indizione di una procedura di gara sulla base di un livello progettuale inferiore all'esecutivo (progetto definitivo) è quella dell'«appalto integrato» di cui all'art. 19, comma 1, lett. b), legge n. 109 del 1994.

(81) Si abbia riguardo a quanto testualmente previsto dall'art. 35, comma 1, decreto del Presidente della Repubblica n. 554 del 1994, secondo cui «restano esclusi» dal livello esecutivo «soltanto i piani operativi di cantiere, i piani di approvvigionamenti nonché i calcoli ed i grafici relativi alle opere provvisoriali».

metodi costruttivi ovvero di soluzioni attinenti alla organizzazione e gestione del lavoro, ivi compresi gli aspetti di mitigazione degli eventuali impatti ambientali del cantiere.

Sotto questo profilo, la razionalità della scelta del criterio dell'«offerta economicamente più vantaggiosa» trova il proprio fondamento nelle caratteristiche intrinseche della commessa: una norma nazionale che impedisca a priori all'Amministrazione di optare per la più efficace soluzione organizzativa nel singolo caso concreto si porrebbe in contrasto con l'ordinamento comunitario. Alla luce di tutto ciò, non pare possibile escludere a priori la possibilità di interpretare la disposizione di cui all'art. 21, comma 1-ter, in senso conforme ai contenuti della sentenza sul caso Sintesi, attraverso l'assunzione del concetto di «integrazioni progettuali» in senso non riduttivo rispetto alla sua possibile portata (82).

D'altra parte, al di là della insussistenza di un'evidente discrasia della norma in esame con l'ordinamento comunitario, il dato che, alla luce della sentenza del giudice comunitario, parrebbe acquisire assoluto valore non è rappresentato soltanto dai limiti nel recepimento imposti al legislatore nazionale sull'argomento (invero alquanto rigorosi e comunque forieri di innumerevoli astratte ipotesi di contrasto), né, conseguentemente, dall'individuazione sempre in via normativa dei presupposti per l'adozione di un criterio di aggiudicazione, ma, in modo oltremodo evidente, dalla centralità conferita alla motivazione della scelta amministrativa sul criterio da assumere.

In un'ottica *de jure condendo*, difatti, non può non rilevarsi come l'impostazione interpretativa discendente dalla pronuncia della Corte paia tollerare che il legislatore nazionale individui, anche per categorie o tipologie di commesse, un criterio di aggiudicazione da assumere in via preferenziale sempre che, ovviamente, sia fatta comunque salva la piena facoltà dell'Amministrazione di optare per l'altro criterio quando sia preferibile per il miglior soddisfacimento dell'interesse pubblico cui lo stipulando contratto è finalizzato, ove ciò sia giustificato dalle caratteristiche dello stesso o dagli obiettivi che si pone l'Amministrazione (83).

Sotto questo profilo, il portato che pare discendere dalla pronuncia del giudice comunitario è una rinvigorita rilevanza dell'onere motivazionale sulla scelta discrezionale del criterio di aggiudicazione (84), che non pare corretto

(82) Molto decisa è la posizione di MANGANI (*op. cit., loc. cit.*) secondo cui, a seguito della sentenza della Corte di Giustizia sul caso *Sintesi*, il comma 1-ter dell'articolo 21, legge n. 109 del 1994, ha perso ogni efficacia nei fatti, potendo le stazioni appaltanti «utilizzare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in tutte le ipotesi in cui lo riterranno opportuno».

(83) La correlazione fra oggetto dell'appalto e scelta da parte dell'Amministrazione dei meccanismi valutativi della migliore offerta (più precisamente, degli elementi di valutazione nel caso di applicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa) è già stato oggetto di attenzione da parte della Corte di Giustizia in alcuni recenti pronunciamenti (C.d.G., VI, 4 dicembre 2004, in causa 448/2001, in *Foro amm. CDS*, 2003, 3505, con nota di GARZIA, *Bandi di gara per appalti pubblici e ammissibilità delle clausole cd. «ecologiche»*, ivi, 3515 ss.; C.d.G. 17 settembre 2002, in causa 513-99, in *Dir. Economia*, 2003, 158).

(84) Sottolinea il rilievo della motivazione nella scelta del criterio di aggiudicazione DE NICTOLIS, in *La Corte CE e l'art. 21, legge Merloni: le amministrazioni aggiudicatrici possono scegliere il criterio di aggiudicazione*, loc. cit., 1272.

potersi relegare in una stretta dimensione di merito amministrativo (85), ma che deve trovare negli atti approvativi della procedura una comunque esauritiva esplicazione (86).

Il secondo rilevante aspetto inerente al rapporto fra diritto comunitario degli appalti e normativa nazionale sotto il profilo dei limiti imposti al legislatore assume un rilievo di più ampia portata e, conseguentemente, potrà in questa sede essere analizzato solo incidentalmente.

Alla luce dei contenuti della pronuncia della Corte di Giustizia sul caso *Sintesi*, ci si può difatti chiedere se le limitazioni al legislatore nazionale che ne derivano possano estendersi anche alla contrattualistica non ricompresa nell'ambito di applicazione delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici. Più precisamente, deve essere verificato se la affermata impossibilità per il legislatore nazionale di imporre in termini generali ed astratti il ricorso al criterio di aggiudicazione del prezzo più basso sia ravvisabile anche con riferimento agli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria che, in quanto tali, non sono soggetti alle direttive (87).

Una lettura piana della norma comunitaria, alla luce della pronuncia della Corte di Giustizia, parrebbe deporre per la perdurante esistenza di una differenziazione fra contrattualistica di rilievo comunitario («sopra soglia») e contrattualistica di esclusivo rilievo nazionale («sotto soglia») (88);

(85) *Contra* nel senso della assoluta insindacabilità della scelta del criterio di aggiudicazione, intesa come stretta espressione di merito amministrativo, si v., da ultimo, T.a.r. Puglia, Lecce, II, 24 luglio 2003, n. 5244, in *Foro amm TAR*, 2003, 2409.

(86) Esemplificativamente cfr. T.a.r. Sardegna 29 aprile 2003, n. 496 (in *Foro amm. TAR*, 2003, 1407) secondo cui la scelta del criterio di aggiudicazione può essere sindacata sotto il profilo della manifesta irragionevolezza ed illogicità..

(87) Pare propendere per la soluzione affermativa, sebbene alla sola luce delle conclusioni dell'Avvocatura Generale, DE LIETO (*Aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici e criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa: elementi per una riflessione*, in *www.giustamm.it*). Più prudente, in sede di commento alla sentenza sul caso *Sintesi*, è la posizione di DEGNI, *Il criterio de prezzo più basso e l'aggiudicazione degli appalti di lavori: la svolta viene dalla Corte di Giustizia*, ancora in *www.giustamm.it*; che ipotizza comunque una possibile censura dell'art. 21, comma 1-ter, legge n. 109 (per quanto attiene agli «appalti sotto soglia») sotto il profilo della violazione dell'art. 3 della Costituzione («la Corte Costituzionale potrebbe rilevare l'irragionevolezza ... di un sistema che, nonostante la parità di situazioni sostanziali, ovvero la partecipazione all'affidamento di appalti di lavori di uguale difficoltà tecnica, prevede un trattamento differenziato in base al solo valore delle opere da realizzare»).

(88) Cfr, da ultimo, il disposto dell'articolo 7 della direttiva 2004/18 secondo cui «la presente direttiva si applica agli appalti pubblici che non sono esclusi in virtù delle eccezioni di cui agli articoli 10 e 11 e degli articoli da 12 a 18 e il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA) è pari o superiore alle soglie seguenti: a) 162 000 EUR, per gli appalti pubblici di forniture e di servizi diversi da quelli di cui alla lettera b), terzo trattino, aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali indicate nell'allegato IV; per quanto riguarda gli appalti pubblici di forniture aggiudicati da tali amministrazioni operanti nel settore della difesa, ciò vale esclusivamente per gli appalti concernenti i prodotti menzionati nell'allegato V; b) 249 000 EUR, – per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici diverse da quelle indicate nell'allegato IV, – per gli appalti pubblici di forniture aggiudicati dalle amministrazioni

differenziazione che ha peraltro trovato riscontro nel più volte citato articolo 21, comma 1-ter, della legge n. 109 del 1994, il cui ambito oggettivo è circoscritto agli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria.

Sotto questo profilo, non può certo sostenersi che, con la novella all'articolo 21 apportata con l'articolo 7 della legge n. 166 del 2002, abbia inteso ripristinare quella alternatività fra criteri di aggiudicazione propria dell'esperienza normativa anteriore alla esperienza «Merloni» (89). Come visto, difatti, l'emendamento apportato all'articolo 21 assume quale più convincente significato quello di rappresentare il tentativo di ricondurre la normativa nazionale in materia di appalti pubblici di lavori al quadro normativo comunitario a fronte di una disciplina previgente in contrasto con lo stesso.

Ma se il legislatore nazionale – sebbene con una norma sicuramente perfettibile e non scevra da perplessità – ha già tentato di adeguare la disciplina nazionale sui criteri di aggiudicazioni nei lavori pubblici alla specifica normativa comunitaria (rappresentata attualmente dall'art. 53 della direttiva 2004/18 (90)), occorre chiedersi se il necessitato rispetto dei principi fondamentali del Trattato – che informa l'intera attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni senza differenziazioni collegate all'importo delle commesse (91) – presuppone l'estensione delle limitazioni discendenti dalla giurisprudenza sul caso *Sintesi* anche all'attività di regolamentazione della materia degli appalti di importo inferiore alla «soglia comunitaria».

aggiudicatrici indicate nell'allegato IV che operano nel settore della difesa, allorché tali appalti concernono prodotti non menzionati nell'allegato V, – per gli appalti pubblici di servizi, aggiudicati da una qualsivoglia amministrazione aggiudicatrice, aventi per oggetto servizi della categoria 8 dell'allegato II A, servizi di telecomunicazioni della categoria 5, le cui voci nel CPV corrispondono ai numeri di riferimento CPC 7524, 7525 e 7526 e/o servizi elencati nell'allegato II B; c) 6 242 000 EUR, per gli appalti pubblici di lavori».

(89) Il suddetto rapporto di alternatività trova conferma nella giurisprudenza amministrativa; si v. fra le tante T.a.r. Lazio, II, 14 febbraio 1995, in *TAR* 1995, I, 1002.

(90) Per un primo specifico commento sui criteri di aggiudicazione nella nuova direttiva comunitaria, cfr. DE NICTOLIS, *La Corte CE e l'art. 21, legge Merloni: le amministrazioni aggiudicatrici possono scegliere il criterio di aggiudicazione*, in *Urbanistica ed appalti*, 2004, 1272-1273.

(91) In tal senso si v. già quanto rilevato prima dalla Commissione al punto 3, III, B, b, del «Libro Verde – Gli appalti pubblici nell'Unione Europea – Spunti di riflessione per il futuro» del 27 novembre 1996, nonché nella Comunicazione sulle concessioni nel diritto comunitario (in *Gazzetta Ufficiale* C.E. 29 aprile 2000 C 121) e, successivamente, dalla Corte di Giustizia (ordinanza 3 dicembre 2001, in C-59/00, e sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324, Teleaustria c. Post & Telekom Austria); rilievi ripresi anche dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le politiche comunitarie nella Circolare 6 giugno 2002, n. 8756, sulla «normativa applicabile agli appalti pubblici “sottosoglia”», nonché da parte della giurisprudenza nazionale (cfr. fra le varie C.d.S., IV, 15 febbraio 2002, n. 934).

Cfr., da ultimo, quanto rilevato nel «considerando» n. 2 della direttiva 2004/18 ove si legge: «L'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di

Ciò evidentemente rileva anche con riferimento all'attuale quadro normativo, stante la perdurante esclusività del criterio del prezzo più basso per l'aggiudicazione di aste pubbliche e licitazioni private relativamente ad appalti di lavori pubblici «sotto soglia».

In altri termini, ci si deve chiedere se l'esistenza nell'ordinamento nazionale della suddetta normativa riferita agli appalti «sotto soglia» costituisca di per sé violazione dei principi della libera circolazione delle merci (artt. 28, ex 30, ss.), della libertà di stabilimento (artt. 43, ex 53, ss.) e della libera prestazione dei servizi (artt. 49, ex 59, ss.), nonché dei principi che ne derivano, quali quelli di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza, prescindendo quindi dall'esistenza di una norma secondaria di coordinamento delle legislazioni nazionali, quale, appunto, l'art. 30 della direttiva 93/37/CE.

Non pare sinceramente agevole, pena l'obliterazione di qualsivoglia rilievo alla esistenza di un ambito applicativo circoscritto ai contratti di importo superiore ad una determinata soglia, estendere le conclusioni di cui alla sentenza Sintesi anche alla normativa nazionale «sotto soglia» (92). Se, difatti, non solo ben si comprendono, ma altresì si condividono, le ragioni deponenti per il superamento della radicale scelta del 1994, non paiono, nel caso di specie, emergere elementi sufficientemente convincenti per la soluzione opposta (93).

proporzionalità e di trasparenza. Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore ad una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni di coordinamento comunitario delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti fondate su tali principi, in modo da garantirne gli effetti ed assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. Di conseguenza, tali disposizioni di coordinamento dovrebbero essere interpretate conformemente alle norme e ai principi citati, nonché alle altre disposizioni del trattato».

(92) Parrebbero deporre in tal senso le conclusioni dell'Avvocato Generale Julianne Kokott, presentate in data 1 marzo 2005, relative alla causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, secondo cui "35... 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, ai vincoli del diritto comunitario derivanti dalle norme fondamentali del Trattato CE, segnatamente dalle libertà fondamentali e dal divieto di discriminazione in esse contenuto. 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. 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» (C.d.G., 7 dicembre 2000, in causa C-324/1998 – *Racc. pag. I-10745, punti 57 e 58*)

(93) Di opinione diversa DE LIETO, *op. cit., loc. cit.*, che – oltre all'inesistenza nelle conclusioni dell'Avvocato Generale all'importo dei lavori – sottolinea, come dato sostanziale, l'illogicità del permanere di un'impossibilità per le stazioni appaltanti di optare per il criterio dell'«offerta economicamente più vantaggiosa» nel caso di appalti complessi.

Non ci si dimentichi, in primo luogo, come, a fronte di una ben precisa questione interpretativa sollevata dal giudice nazionale strutturata sull'evdenziamento di una possibile violazione in via mediata dell'articolo 81 (ex articolo 85) del Trattato, il giudice comunitario, in sede di pronuncia interpretativa, ha più linearmente rilevato la difformità della norma nazionale rispetto a specifica disposizione della direttiva comunitaria (94).

In secondo luogo, non minimale rilievo a tal proposito discende anche dal fatto che – difformemente da quanto emerge nelle conclusioni dell'Avvocatura Generale – la Corte di Giustizia, in sede di interpretazione dell'articolo 30 della direttiva 93/37/CE, non è giunta a riconoscere in via assoluta alle singole amministrazioni la facoltà di scelta del criterio di aggiudicazione (95).

Depone infine per una soluzione nel senso della non estensibilità, anche una sommaria analisi delle ipotesi su cui Commissione, giudici comunitari ed amministrazioni nazionali hanno rinvenuto ipotesi di lesione dei principi fondamentali del Trattato nel caso di contratti di appalto di importo inferiore alla «soglia»; ipotesi che, almeno fino ad oggi, si segnalano per una ben più evidente e manifesta carica di lesività rispetto a quella che potrebbe essere rinvenuta nel caso in esame.

A tal stregua, in contrasto con i citati principi è stata reputata, nell'ambito di una gara «sotto soglia», la richiesta dell'«impiego di un prodotto di una determinata marca senza aggiungere la menzione “o equivalente”» (96), fatto questo che, se da un lato rappresenta un espresso divieto proprio delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici di importo superiore alla soglia, rappresenta, sotto distinto ma correlato profilo, diretta violazione dell'art. 28 (ex 30) in materia di libera circolazione delle merci, in quanto volto a porre ostacoli alle correnti di importazione nel commercio infracomunitario mediante la conservazione di un regime di riserva del mercato ai soli concorrenti che intendono utilizzare materiali prodotti in un determinato Stato (97).

(94) Supera il rilievo MANGANI (*op. cit.*, *loc. cit.*, 48) secondo cui le conclusioni rinvenibili nella sentenza, fondandosi sulla necessità che «la scelta in merito ai criteri di aggiudicazione ... avvenga in modo tale da assicurare la più efficace attuazione del principio della libera concorrenza di cui all'art. 81, del trattato UE», depongono per l'affermazione che «la libertà di scelta in merito al criterio di aggiudicazione» deve essere intesa quale «applicazione di un principio generale del diritto comunitario con la conseguenza che la disposizione limitativa dell'art. 21 verrebbe a cadere indistintamente per tutti i lavori disciplinati dalla legge n. 109, a prescindere dal loro importo».

(95) Cfr. supra nota 66.

(96) Così C.d.G., ord. 3 dicembre 2001, *cit.*

(97) La questione è stata riproposta nella Circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri – Dipartimento per le politiche comunitarie del 15 novembre 2001 (*Gare sub-comunitarie per la fornitura di veicoli*) – in *Gazzetta Ufficiale* 10 gennaio 2002, n. 8 – conseguente ad una procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea, nei confronti della Repubblica italiana, a seguito della indizione di gare per la fornitura di autocarri, per importi sub-comunitari, attraverso la richiesta di automezzi di marca e modello predeterminati ed escludendo nel contempo la possibilità di fornire modelli equivalenti di differente marca. Osserva il Dipartimento per le politiche comunitarie che «la richiesta che siano forniti solo autoveicoli di una marca e un modello particolare, escludendo la possibilità di fornirne altri di caratteristiche equivalenti, corrisponde, per la Commissione, ad un diniego assoluto di accesso al mercato di prodotti di marche differenti; ciò che costituisce adozione

Ancora più evidente, sotto il profilo della violazione dei principi del Trattato, è la ricorrente condanna all'avvalimento in via ordinaria di sistemi di scelta del contraente fondati sull'affidamento diretto, prescindendo, quindi, anche da un minimo di concorsualità; condanna che ha avuto, a livello comunitario, la massima espressione nella creazione in via giurisprudenziale del cd. «rapporto *in house providing*» che delimita, in senso fortemente restrittivo, la possibilità di ricorso all'affidamento diretto (98).

Conseguentemente, sicuramente in contrasto con i principi comunitari di trasparenza e concorrenza deve essere reputata la contrattazione diretta laddove la stessa, anche in settori non ricompresi nell'ambito applicativo delle direttive comunitarie in materie di appalti, non presenti il carattere «eccezionale» che le deve essere proprio, ovvero non sia motivata da specifiche ragioni tecniche ed economiche che «rendano impossibili in termini di razionalità l'individuazione di un soggetto diverso da quello prescelto», oppure «che evidenzino la non rilevanza di un'operazione sul piano della concorrenza nel mercato unico europeo» (99). Con riferimento all'attività contrattuale «sotto soglia», la deroga del principio di concorsualità e le differenti possibili modulazioni dello stesso (*in primis*, in punto agli oneri prodromici di pubblicità) nell'ambito delle singole procedure seguono il rispetto di criteri di condotta «che, in proporzione alla rilevanza economica della fattispecie ed alla sua pregnanza sotto il profilo della concorrenza nel mercato comune, consentano senza discriminazioni su base di nazionalità e di residenza, a tutte le imprese interessate di venire per tempo a conoscenza dell'intenzione amministrativa di stipulare il contratto e di giocare le proprie *chances* competitive attraverso la formulazione di un'offerta appropriata» (100).

di una misura suscettibile di ostacolare, in violazione del predetto art. 30, gli scambi comunitari e la libera circolazione delle merci».

Altrettanto rilevante, sotto questi profili, è la sentenza del Consiglio di Stato, V, 30 gennaio 2002, n. 505, (in *Giust. Civ.*, 2002, I, 1701), che ha ritenuto illegittima per contrasto con gli articoli 48, 49 e 50 Trattato UE, e conseguentemente disapplicato, la normativa nazionale in materia di incarichi di progettazione che escludeva, per gli affidamenti di importo inferiore alla «soglia comunitari», la partecipazione delle società di ingegneria.

(98) Non è questa la sede per soffermarsi sulla nascita ed evoluzione dell'istituto dell'affidamento «*in house*». Sul punto, oltre a segnalare la recente sentenza della Corte di Giustizia 11 gennaio 2005, in causa C-26/03, *Stadt Halle – RPL Recyclingpark Lochau GmbH – Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfal und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, nonché le conclusioni dell'Avvocato Generale Julianne Kokott, presentate in data 1 marzo 2005, relative alla causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, si rinvia, sempre in giurisprudenza, C.d.G., 18 novembre 1999, in C-107/1998, *Teckal*; 8 maggio 2003, in C-349/1997, *Spagna/Commissione*; 11 gennaio 2005, in C-26/03, *Stadt Halle*, nonché in dottrina, *ex multis*, GRECO, *Gli affidamenti «in house» di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio ed il principio della gara*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2000; PROTO, *La direttiva 93/36/CEE sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici è applicabile anche ai contratti fra amministrazioni aggiudicatrici*, in *Urbanistica ed appalti*, 2000, 1149 ss.; MAZZAMUTO, *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing*, in *Dir. UE*, 2001, 544 ss.; CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003.

(99) Così, testualmente, Circolare 6 giugno 2002, n. 8756, *cit.*.

(100) Ancora testualmente Circolare 6 giugno 2002, n. 8756, *cit.*.

Il rilievo del principio di «proporzionalità» ai fini del rispetto delle libertà comunitarie e del principio di non discriminazione nell'attività contrattuale «sotto soglia» (in uno con il principio di libera concorrenza) potrebbe peraltro motivare il quesito se, con riferimento a detto ambito, l'imposizione in via normativa di un unico criterio di aggiudicazione per categoria di contratti ne costituisca diretta violazione, laddove detta misura possa reputarsi, oltre che irrazionale, anche ultronea rispetto all'obiettivo da perseguire (101).

È ben vero, peraltro, che la posizione prudente che si è prospettata in ordine ai possibili sviluppi della posizione assunta dalla Corte di Giustizia sul caso *Sintesi* è dovuta, quantomeno in parte, ad oggettiva difficoltà di individuare specifiche ipotesi di contrasto fra puntuali norme dell'«evidenza pubblica» nazionale (e regionale) ed i principi fondamentali del Trattato. Se poi si considera che l'individuazione di suddette ipotesi di contrasto costituisce il presupposto per delineare l'ambito di possibili futuri interventi disciplinari (anche a livello regionale) nel settore, ben si comprende come il tema assuma ulteriori caratteri di complessità che non possono essere sciolti in questa sede.

Basti, sul punto, segnalare, a titolo esemplificativo, il delicato tema relativo alla normativa sulle cd. «offerte anomale» (102) nel settore dei lavori pubblici (art. 21, comma 1-*bis*, legge n. 109 del 1994 succ. mod.), laddove l'attuale discrasia esistente fra disciplina relativa agli appalti «sopra soglia» (rispettosa della specifica normativa comunitaria che impone il perfezionamento di un contraddittorio fra amministrazione ed impresa anteriormente alla eventuale esclusione) e specifica disciplina relativa agli appalti «sotto

(101) Sul principio di proporzionalità, cfr. *ex multis* in giurisprudenza, C.d.G. 22 gennaio 2004, in causa 353/2001, in *D&G – Dir e Giust.*, 2004, f. 14, 126; *Id.*, 23 settembre 2003, in causa 192/2001, in *Rag iusan* 2004, f. 237-8, 193; *Id.*, 13 maggio 2003, in causa 463/2000., in *Foro it.*, IV, 405; *Id.*, 16 gennaio 2003, in causa 12/2000, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2003, 1515; *Id.*, 26 novembre 2002, in *Giust. Civ.* 2003, I, 3; *Id.*, 17 settembre 2002, in causa 413/2001; in *Giur. It.* 2003, 861; *Id.*, 4 giugno 2002, in causa 483/1999, in *Foro amm. CDS*, 1595.

(102) Cfr. l'articolata disciplina introdotta dall'art. 55, direttiva 2004/18/CE, ai sensi della quale «1. Se, per un determinato appalto, talune offerte appaiono anormalmente basse rispetto alla prestazione, l'amministrazione aggiudicatrice, prima di poter respingere tali offerte, richiede per iscritto le precisazioni ritenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell'offerta in questione. Dette precisazioni possono riguardare in particolare: a) l'economia del procedimento di costruzione, del processo di fabbricazione dei prodotti o del metodo di prestazione del servizio; b) le soluzioni tecniche adottate e/o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per eseguire i lavori, per fornire i prodotti o per prestare i servizi; c) l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente; d) il rispetto delle disposizioni relative alla protezione e alle condizioni di lavoro vigenti nel luogo in cui deve essere effettuata la prestazione; e) l'eventualità che l'offerente ottenga un aiuto di Stato. 2. L'amministrazione aggiudicatrice verifica, consultando l'offerente, detti elementi costitutivi tenendo conto delle giustificazioni fornite. 3. L'amministrazione aggiudicatrice che accerta che un'offerta è anormalmente bassa in quanto l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato può respingere tale offerta per questo solo motivo unicamente se consulta l'offerente e se quest'ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine sufficiente stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice, che l'aiuto in questione era stato concesso legalmente. Quando l'amministrazione aggiudicatrice respinge un'offerta in tali circostanze, provvede a informarne la Commissione.»

soglia» (che prevede l'«esclusione automatica» delle offerte anormalmente basse individuate sulla base di un calcolo aritmetico (103)), sebbene reputata compatibile con il dettato costituzionale (104), potrebbe dare adito ad imprevedibili sviluppi interpretativi, influenzati da un'analisi dell'effettiva incidenza del meccanismo automatico di esclusione sulla normale dinamica concorrenziale del mercato dei lavori pubblici (sotto soglia) (105), con possibili ricadute sul rapporto della previsione nazionale con l'ordinamento comunitario.

Ma, al di là di quanto sin qui rilevato, pare più che probabile che le sollevate questioni sulla portata applicativa delle conclusioni della sentenza *Sintesi* su un quadro normativo invariato, debbano essere superate dalla svolta preannunciata dal Disegno di «legge Comunitaria 2004» (106) che, all'articolo 25, quale specifico criterio direttivo dell'ampia delega al Governo per il recepimento delle due direttive 2004/17 e 2004/18, individua l'adeguamento della normativa nazionale alla sentenza della Corte di Giustizia in causa C-274/02; circostanza questa che lascerebbe presupporre un intendimento del legislatore nazionale – come visto ravvisabile in altre occasioni – di acconsentire interventi anche radicali sulla vigente disciplina generale sui criteri di aggiudicazione nei lavori pubblici (107).

(103) Assai significativa, sul punto, anche se origine di fraintendimenti fra alcuni primi annotatori (fraintendimenti peraltro involontari attesa l'assoluta logicità della motivazione in diritto) è la recente sentenza del T.A.R. Piemonte, II, 11 ottobre 2004, n. 2190, che, sulla base di articolata operazione ermeneutica di carattere sia letterale che sistematico, ha reputato derogabile, da parte delle stazioni appaltanti, la previsione di cui all'art. 21, comma 1-bis, sull'«esclusione automatica» delle offerte anomale negli appalti di lavori «sotto soglia» in favore di un meccanismo di diverso meccanismo di verifica di natura discrezionale, fondato sulla verifica effettiva della congruità dell'offerta anormalmente bassa, «coerente con il principio della partecipazione al procedimento amministrativo e con quello della massima concorrenzialità».

(104) La disciplina che prevede è stata a più riprese ritenuta non in contrasto con la Costituzione; sul punto cfr. Corte Cost., 5 marzo 1998, n. 40, nonché Corte Cost., ord. 18 marzo 1999, n. 74, in cui si è sottolineato che «tale regola si giustifica considerando che una più complessa procedura di analisi delle offerte sarebbe troppo onerosa rispetto al beneficio derivante dal minor prezzo eventualmente ottenibile e ritarderebbe l'aggiudicazione dei lavori».

(105) Particolarmente interessanti sono i contenuti della deliberazione della Giunta Comunale di Torino 28 gennaio 2003 richiamata dalla sentenza del T.A.R. Piemonte n. 2190/2004 e recante all'oggetto «Gara d'appalto di lavori. Provvedimenti a tutela della concorrenza e della trasparenza» secondo cui per tutti i tipi di gara aventi ad oggetto la realizzazione di lavori pubblici «il sistema della media ex art. 21 della legge 109/1994 e s.m.i.» ha indotto «una progressiva omogeneizzazione delle offerte» che ha raggiunto «livelli paradossali, con decine e decine di offerte nella stessa gara distanziate tra loro di centesimi o millesimi di punto percentuale» a testimonianza di «un'alterazione della normale dinamica concorrenziale». Trattandosi di situazione caratterizzata da «anomalia ed eccezionalità ... si impone la revisione delle modalità di aggiudicazione, in conseguenza dell'anomalo andamento delle gare d'appalto ... legato al sistema di automatica esclusione delle offerte» anormalmente basse, la cui applicazione portato ad un appiattimento delle offerte sullo stesso valore che ha disatteso «ogni dinamica concorrenziale oltre che la *ratio* del legislatore nazionale, dei principi della Costituzione e del Trattato CEE».

(106) Si tratta del Disegno di legge Senato n. 2742-B. Nelle more della pubblicazione del presente lavoro, il citato Disegno di legge è stato approvato in via definitiva (legge 18 aprile 2005, n. 62 in *G.U.*, n. 96 del 27 aprile 2005, *S.O.* n. 76).

(107) È quanto auspicato da AUDITORE (in *Brevi note sui problemi di compatibilità tra l'art. 21 della legge n. 109 del 1994 e la normativa comunitaria*, cit.) che reputa necessario il riconoscimento alle amministrazioni appaltanti «una incondizionata possibilità di scelta tra i due criteri, a prescindere dal livello di complessità dell'opera».

6. *La disciplina dei pubblici appalti fra direttive comunitarie e legislazione nazionale. Considerazioni conclusive.*

Al di là delle considerazioni sopra svolte, deve essere comunque rilevato che la portata della sentenza della Corte di Giustizia pare essere assai più significativa in termini generali rispetto a quello che risulta dal suo tenore letterale, indubbiamente stringato.

Non può difatti sottacersi, come le conclusioni rinvenibili nella stessa, così come l'approccio argomentativo che ne è alla base, potrebbero rilevare in modo evolutivo in punto di ridefinizione dell'ambito di discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici nell'adozione di sistemi e di criteri di aggiudicazione che garantiscano il miglior livello di concorrenzialità, assumendo così una portata in un certo senso additiva rispetto alla discrezionalità propria del legislatore nazionale o regionale, quanto meno laddove a livello legislativo sia stato operato un recepimento riduttivo delle disposizioni della direttiva senza che la stessa consentisse espressamente un simile adattamento.

Il che rileverebbe sotto due profili, entrambi sicuramente prospettici, ma non per questo di secondario rilievo.

In primo luogo, come conferma della autorevole riflessione (108) che ha individuato uno degli strumenti di impossessamento da parte dell'Unione del diritto amministrativo nazionale nella limitazione dell'autonomia legislativa, fornendo una garanzia diretta alle singole amministrazioni nazionali nei confronti dello stesso Stato membro che non potrà disattendere le scelte operate da tali amministrazioni, pena l'applicazione delle sanzioni per violazione del diritto comunitario. La atipica «riserva di amministrazione» che ne discende è tale da tratteggiare in modo innovativo il rapporto fra legislatore nazionale e gli apparati burocratici, nonché, a monte, il rapporto fra legislatore comunitario e nazionale (109).

In secondo luogo, sotto il profilo dei riflessi sul tema della sufficienza-insufficienza, nella logica della migliore concorrenzialità, del sistema rigido della legge «Merloni» ancora fondato sulla tipizzazione dei sistemi di realizzazione delle attività qualificate come «lavoro pubblico» e dei relativi contratti (110), rispetto alla ricomprensione nella definizione comunitaria dell'oggetto dell'ap-

(108) In tal senso, CASSESE, *La Signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2002, 298. anche se con riferimento a direttive di generazione successiva rispetto a quella sui cui vi è stata la pronuncia interpretativa della Corte, recanti disposizioni sia di carattere organizzativo riferite agli apparati nazionali, sia norme di carattere procedurale cui devono attenersi le amministrazioni nazionali

(109) Ciò, anche se sul punto sarà interessante verificare altresì eventuali posizioni che potrebbe assumere la Commissione UE che, si ricordi, nella fattispecie in considerazione, si espresse nel senso della non contrarietà della previsione nazionale rispetto al diritto comunitario.

(110) Si opera riferimento all'art. 19 della legge n. 109 del 1994 «Sistemi di realizzazione dei lavori pubblici» secondo cui «01. I lavori pubblici di cui alla presente legge possono essere realizzati esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici, salvo quanto previsto all'articolo 24, comma 6» (che rinvia al sistema delle «econo-

palto di lavori pubblici anche della «esecuzione con qualsiasi mezzo» ammessa nell'ordinamento nazionale nella figura dell'«affidamento a contraente generale» unicamente per la realizzazione di infrastrutture strategiche di cui alla già citata legge 21 dicembre 2001, n. 443 (cd. «legge obiettivo») ed al relativo decreto attuativo (decreto legislativo 4 settembre 2002, n. 190) (111).

Non può non rilevarsi, difatti, come, il difforme recepimento della nozione di appalto di lavori pubblici rispetto a quanto risulta in sede comunitaria, comportando un elemento di differenziazione di carattere discriminatorio rispetto a ciò che può formare oggetto di appalto negli altri Paesi della Comunità, potrebbe reputarsi pregiudizievole sia per Amministrazioni che si trovano limitate nella loro sfera d'azione sia per le Imprese che possono concorrere solo se e in quanto i lavori pubblici presentano quelle caratteristiche indicate dal legislatore nazionale.

Si tenga presente, peraltro, come il tema della disomogeneità nella definizione dell'ambito oggettivo dell'appalto di lavori pubblici ha costituito

mie»), nonché.»1. I contratti di appalto di lavori pubblici di cui alla presente legge sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra un imprenditore e un soggetto di cui all'articolo 2, comma 2, aventi per oggetto: *a*) la sola esecuzione dei lavori pubblici di cui all'articolo 2, comma 1; *b*) la progettazione esecutiva di cui all'articolo 16, comma 5, e l'esecuzione dei lavori pubblici di cui all'articolo 2, comma 1, qualora: 1) riguardino lavori di importo inferiore a 200.000 euro; 2) riguardino lavori la cui componente impiantistica o tecnologica incida per più del 60 per cento del valore dell'opera; 3) riguardino lavori di manutenzione, restauro e scavi archeologici; 4) riguardino lavori di importo pari o superiore a 10 milioni di euro. L'elencazione tassativa dei sistemi di realizzazione di «lavori pubblici» recata al citato articolo 19 della legge quadro ha creato non pochi problemi alla convivenza nell'ordinamento nazionale del contratto di *leasing immobiliare* pubblico; in generale sul *leasing immobiliare* delle pubbliche amministrazioni, si v. BARETTONI ARLERI, *Il leasing finanziario delle pubbliche amministrazioni fra le maglie della contabilità di Stato*, in AA.Vv. (a cura di CLARIZIA e VELO), *Il leasing pubblico*, Milano, 1985, 66 ss.; MORBIDELLI, *realizzazione di opere pubbliche tramite contratti di leasing finanziario: profili procedurali*, in *Riv. Trim. app.*, 1988, 11 ss.; FISCHIONE, *Il leasing per la realizzazione delle opere pubbliche (pubblica amministrazione ed uso di un modulo contrattuale alternativo)*, in *Giur. It.*, 1988, 330 ss.; TUCCI, *Aspetti contrattuali del leasing pubblico*, in *Riv. Trim. app.*, 1989, 19 ss.; TORREGROSSA, *L'opera pubblica fra leasing e concessione di costruzione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1987, 329 ss.; VARRONE, *L'inammissibilità del leasing finanziario per la realizzazione di opere pubbliche*, in AA.Vv., *Scritti in onore di Guido Capozzi*, vol. II, Milano, 1992, 800 ss.; CAPITANI, *Il contratto di leasing pubblico: caratteri generali e problematiche connesse alla sua utilizzazione per la realizzazione di opere pubbliche*, in *Comuni d'Italia*, n. 7-8/2000. Sulle nuove prospettive del *leasing immobiliare* e delle sue relazioni con la disciplina degli appalti di lavori e del *project financing*, cfr. da ultimo, G. MONTEDORO, *Leasing pubblico e capacità generale di diritto privato della p.a.*, in *Rivista Diritto e formazione* www.lexfor.it, Milano e sul sito www.giustizia-amministrativa.it. Rilevante è peraltro la recente «apertura» dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici all'utilizzo del *leasing* quale modalità di realizzazione di opere pubbliche alternativa all'appalto ed alla concessione; cfr., sul punto, la deliberazione 23 settembre 2004, n. 29, in *Edilizia e territorio*, n. 41, 2004, 18 ss.

(111) Sull'«esecuzione con qualsiasi mezzo» come configurata nella fattispecie dell'appalto a «contraente generale», cfr. DE PRETIS, *Commento all'articolo 9 del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190*, in AA.Vv. (a cura di CAIA-CUGUARRA-DE PRETIS-SCIULLO), *La realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 2003, 1019 ss.

anch'esso oggetto di questione di costituzionalità risolta dalla Consulta nella più volte citata sentenza n. 498 del 1995 (112). Più precisamente, la Corte Costituzionale ha reputato non fondata la questione, sulla base della considerazione secondo cui «la diversità delle definizioni espresse dalle norme comunitarie rispetto a quelle enunciate dalla legislazione statale non determina necessariamente un conflitto di discipline, anche in ragione della relatività delle qualificazioni normative dei distinti ordinamenti. Comunque, nel caso in esame, il contrasto non si verifica, giacché l'esclusione della progettazione dall'appalto per l'esecuzione delle opere è conseguenziale rispetto all'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di predisporre, per i lavori pubblici, progetti esecutivi, sicché non è dato avere appalti che implicino una attività di progettazione, ammessa ma non imposta dalla normativa comunitaria». L'approccio della Corte, fondato sulla affermazione della esistenza di un ben preciso spazio del legislatore nazionale per un recepimento-adattamento anche parzialmente difforme rispetto alle disposizioni della direttiva comunitaria per ragioni, peraltro, diverse rispetto ad un preteso miglior perseguimento della libera concorrenza nel settore, è ora messo in discussione dal portato della giurisprudenza comunitaria.

Ma oltre alla ipotesi su cui la Corte si è pronunciata, ciò che colpisce è, alla luce del caso *Sintesi*, la potenziale contrarietà rispetto all'ordinamento comunitario (con i conseguenti problemi in tema di disapplicazione) di significativi profili disciplinari di cui alla normativa nazionale in materia di lavori pubblici.

Fra i più emblematici, in via esemplificativa, sicuramente in primo luogo la disciplina della «procedura negoziata»-«trattativa privata», che, oltre ad essere decisamente differenziata con riferimento alle ipotesi in cui è ammesso il ricorso all'affidamento «senza bando» (113), ha espunto, non riconoscen-

(112) Si tenga presente che il problema della pretesa difformità con la definizione comunitaria era nel 1995 particolarmente evidente atteso che nella prima versione della «legge quadro» (sui cui si è espressa la Corte Costituzionale) non erano neppure contemplate le ipotesi di «appalto integrato» (appalto avente ad oggetto la progettazione esecutiva e la realizzazione dei lavori) introdotta solo in seguito.

(113) Si riportano in stralcio le ipotesi di procedura negoziata «senza bando» previste per l'affidamento di lavori pubblici dall'art. 31, Direttiva 2004/18/CE: par. 1 «a) qualora non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata o non sia stata depositata alcuna candidatura in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate e purché una relazione sia trasmessa alla Commissione a richiesta di quest'ultima; b) qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, l'appalto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato; c) nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le amministrazioni aggiudicatrici in questione, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate con pubblicazione di un bando di gara di cui all'articolo 30. Le circostanze invocate per giustificare l'estrema urgenza non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici»; par. 4, «a) per i lavori o i servizi complementari, non compresi nel progetto inizialmente preso in considerazione né nel contratto iniziale, che sono divenuti necessari, a seguito di una circostanza imprevista, all'esecuzione dell'opera o del servizio quali ivi descritti, a condizione che siano aggiudicati all'operatore economico

dolo, il sistema concorsuale della «procedura negoziata con bando» la cui previsione nel sistema normativo comunitario consegue alla risposta di dotare le amministrazioni, in ipotesi sì limitate ma comunque assolutamente significative, di uno strumento di scelta del contraente sempre di natura concorsuale e fondato su un momento preventivo di pubblicità, ma caratterizzato al contempo da un elevato tasso di flessibilità (114).

Presenta le medesime perplessità, anche se in un'ottica evolutiva, il sistema della qualificazione degli esecutori (d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 (115), attuativo dell'art. 8 della legge n. 109 del 1994) la cui adattabilità rispetto alle novità introdotte in punto alla riferibilità dei requisiti economici e tecnici dalla direttiva 2004/18 (116) sul portato della giurisprudenza della Corte di Giustizia (117) è tutta da verificare.

che presta tale servizio o esegue tale opera: – qualora tali lavori o servizi o complementari non possano essere separati, sotto il profilo tecnico o economico, dall'appalto iniziale senza recare gravi inconvenienti all'amministrazione aggiudicatrice – qualora tali lavori o servizi, pur essendo separabili dall'esecuzione dell'appalto iniziale, siano strettamente necessari al suo perfezionamento. Tuttavia, l'importo cumulato degli appalti aggiudicati per lavori o servizi complementari non deve superare il 50% dell'importo dell'appalto iniziale; *b*) per nuovi lavori o servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario dell'appalto iniziale dalle medesime amministrazioni aggiudicatrici, a condizione che tali lavori o servizi siano conformi a un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo appalto aggiudicato secondo le procedure aperte o ristrette. La possibilità di valersi di questa procedura è indicata sin dall'avvio del confronto competitivo nella prima operazione e l'importo totale previsto per la prosecuzione dei lavori o della prestazione dei servizi è preso in considerazione dalle amministrazioni aggiudicatrici per l'applicazione dell'articolo 7. Il ricorso a questa procedura è limitato al triennio successivo alla conclusione dell'appalto iniziale».

(114) Cfr. art. 30, comma 1, Direttiva 2004/18/CE, secondo cui «1. Le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti pubblici mediante procedura negoziata, previa pubblicazione di un bando di gara, nelle fattispecie seguenti:

a) in caso di offerte irregolari o di deposito di offerte inaccettabili secondo le disposizioni nazionali compatibili con le disposizioni degli articoli 4, 24, 25, 27 e quelle del capo VII, presentate in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta o di un dialogo competitivo, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate. Le amministrazioni aggiudicatrici possono non pubblicare un bando di gara se includono nella procedura negoziata tutti, e soltanto, gli offerenti in possesso dei requisiti di cui agli articoli da 45 a 52 che, nella procedura aperta o ristretta o nel dialogo competitivo precedente, hanno presentato offerte conformi ai requisiti formali della procedura di aggiudicazione; *b*) in casi eccezionali, qualora si tratti di lavori, forniture o di servizi la cui natura o i cui imprevisi non consentano una fissazione preliminare e globale dei prezzi;; *d*) nel caso di appalti pubblici di lavori, per i lavori realizzati unicamente a scopo di ricerca, sperimentazione o messa a punto e non per assicurare una redditività o il recupero dei costi di ricerca e di sviluppo».

(115) In *Gazzetta Ufficiale* 29 febbraio 2000, n. 49, *S.O.*.

(116) Il riferimento è agli articoli 47, par. 2 e 48, par. 3 che, con riferimento ai requisiti di capacità economica e tecnica, dispongono che «un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi», salvo l'obbligo di dimostrare di avere a disposizione i mezzi e le risorse necessarie per l'esecuzione dell'appalto.

(117) Cfr. le centrali sentenze della Corte di Giustizia, 2 dicembre 1999 in causa C – 176/1998, *Holst* e 18 marzo 2004, C – 314\01, *Telecom & Partner* riprese a livello interno, fra le altre, da Cons. Stato, V, 7 febbraio 2003, n. 645; *Id.*, sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5517.

Come già notato in precedenza, almeno per ora, il giudice amministrativo nazionale (118) ha escluso che la disciplina del criterio dell'«offerta economicamente più vantaggiosa» di cui all'articolo 21, comma 2 (che impone l'assunzione di alcuni elementi di valutazione individuati dalla stessa come obbligatori, lasciando alla discrezionalità della stazione appaltante l'individuazione di eventuali ulteriori elementi) sia in contrasto con il parallelo art. 30 della direttiva 93/37, interpretato comunemente, anche sulla base dell'autorevole avallo del giudice comunitario (119), come norma attributiva alle singole amministrazioni aggiudicatrici del potere di individuare, appalto per appalto, gli elementi di valutazione da considerare. Peraltro svolte interpretative in senso contrario non dovrebbero meravigliare.

Comunque la si veda, pare comunque sufficientemente chiaro che ogni qualvolta il legislatore nazionale o regionale fisserà, nella materia degli appalti «sopra soglia», regole che inibiscano, non consentano o comunque limitino l'utilizzazione di formule e procedure gestionali contemplate e consentite a livello europeo, potrà configurarsi uno scostamento dalla posizione di parità e pari opportunità che il legislatore comunitario ha posto a fondamento del suo disegno uniformatore, ancora più evidente a seguito della definitiva approvazione della direttiva unificata in materia di appalti di lavori, forniture e servizi, e che è garanzia di parità per tutte le amministrazioni a livello comunitario.

Gli evidenziati timori appaiono in particolar modo evidenti, laddove l'atteggiamento del legislatore nazionale e regionale si ponga in soluzione di continuità con l'esperienza normativa che ha avuto avvio con l'approvazione della legge n. 109 del 1994 e con i successivi provvedimenti attuativi (120), caratterizzata da una «iperregolamentazione» delle procedure di scelta dei contraenti nella già indagata ottica di prevenire comportamenti illegittimi od illeciti delle stazioni appaltanti attraverso una quanto più possibile dettagliata predeterminazione delle regole operative in via normativa (121).

Approccio, questo, che – almeno a livello statale per ragioni di competenza (122) – parrebbe in fase di netta revisione come risulta non solo dalle scelte della più recente normativa statale, sia speciale sia generale, in materia

(118) V. *supra* nota 50.

(119) Trattasi delle già richiamate sentenze 18 ottobre 2001, causa C-19/00, *SIAC Construction* e 19 giugno 2003, causa C-315/01, *Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT)*.

(120) Come visto, detta esperienza ha subito una netta battuta d'arresto con l'approvazione della legge n. 443 del 2001 (e del d.lgs. n. 190 del 2002) ed una evidente deviazione di corso con la riforma *quater* (legge n. 166 del 2002).

(121) Critiche alla *overregulation* nel settore della contrattualistica sono state mosse da NAPOLITANO (*Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 206 ss.) e da CAFA-GNO (*Lo Stato banditore*, Milano, 2001, 122 ss.).

(122) Cfr. *supra* nota 34; il tema assume peculiare rilevanza dalla conservazione alla competenza esclusiva statale della materia – anche se più correttamente deve parlarsi di «ambito materiale trasversale», cfr. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V: Stato, Regioni ed autonomie fra Repubblica ed Unione Europea*, Torino, 2002, 71 – della «tutela della

di lavori pubblici(123), ma anche dai principi e criteri direttivi al Governo per il recepimento delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, rinvenibili nel già citato Disegno di «legge Comunitaria 2004» che, per quanto attiene alle «procedure di affidamento che non costituiscono diretta applicazione delle normative comunitarie» individua la «semplificazione ... finalizzata a favorire il contenimento dei tempi e *la massima flessibilità degli strumenti giuridici*»(124), quale principio cardine della redigenda disciplina nazionale di attuazione delle nuove direttive in materia di appalti pubblici(125).

concorrenza». Cfr., sul delicato tema della «dubbia» esistenza della materia «lavori pubblici», Corte Cost. 1 ottobre 2003, n. 303, in *www.federalismi.it*. In senso critico rispetto ai contenuti della pronuncia cfr., su tutti, CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., 65 ss..

(123) Cfr *supra* nota 119.

(124) Art. 25, comma 1, lett. *b*), disegno di legge n. 2742-B come approvato dal Senato il 20 luglio 2004 e modificato dalla Camera dei deputati il 2 dicembre 2004 (i corsivi sono nostri) – *cfr*, ora, legge 18 aprile 2005, n. 62.

(125) Ciò anche in relazione alla già richiamata disposizione di cui all'art. 7, legge n. 166 del 2002 (cd. *Merloni quater*), secondo cui le novelle alla legge n. 109 ivi apportate devono intendersi come propedeutiche alla integrale «revisione della legge quadro sui lavori pubblici, anche allo scopo di adeguare la stessa alle modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione».

Il principio dell'esaurimento dei rimedi interni quale condizione di ammissibilità del ricorso alla CEDU, e i criteri di calcolo del danno non patrimoniale

(Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sezione prima, 21 ottobre 2004; sezione terza, 2 dicembre 2004; sezione prima, 10 novembre 2004)

Le sentenze in rassegna approfondiscono il tema dell'esaurimento dei rimedi interni ai fini della proponibilità della domanda davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo con riferimento alla «legge Pinto». Il rimedio interno, osserva la Corte Europea, deve essere effettivo e cioè tale da garantire un risarcimento adeguato, per tale intendendosi quello non dissimile da ciò che il giudice europeo accorda e tale da essere corrisposto senza intralci o eccessive formalità o in tempi troppo lunghi. La Corte di Cassazione, osserva la CEDU, ha ormai consolidato la propria giurisprudenza in termini coerenti con la Convenzione, e dunque non c'è ragione per esonerare gli interessati dal proporre la relativa impugnazione avverso gli sfavorevoli dettati della Corte di Appello. È interessante notare che la CEDU, specie nella seconda delle sentenze qui pubblicate, lascia al sistema probatorio degli Stati membri l'accertamento dell'esistenza dei danni patrimoniali, definiti quali «perdite effettivamente subite come diretta conseguenza della presunta violazione»; e sottolinea che «la stessa Convenzione esige che i ricorrenti, quando presentino richiesta di risarcimento, quantifichino e valutino le loro pretese e allegghino i necessari giustificativi». È anche interessante evidenziare che nella specie esaminata dalla seconda sentenza è stata riconosciuta congrua la misura di Euro 1.032,91 per ogni anno di ritardo a titolo di danno non patrimoniale; più specificamente, nella serie delle sentenze pubblicate si danno concrete indicazioni per la quantificazione coerente con la Convenzione per come essa vive nella giurisprudenza della Corte Europea, la quale è vincolo giuridico per il giudice interno (*). Giova tuttavia ricordare che le stesse Sezioni Unite della Corte di Cassazione in particolare con la sentenza 26 gennaio 2004, n. 1338, hanno sottolineato che il dovere per il giudice italiano «di interpretare detta legge (n. 89/01) in modo conforme alla CEDU per come essa vive nella giurisprudenza della Corte Europea opera 'per quanto possibile' e quindi solo nei limiti in cui detta interpretazione conforme sia resa possibile dal testo della stessa legge n. 89, non potendo certo

(*) Si vedano, in particolare, in questa *Rassegna*, le mie brevi notazioni «*Il monito della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sulla «legge Pinto», 2003, 41 e «Il termine ragionevole del processo e le Sezioni Unite: davvero non c'è altro da dire?»*, 2004, 276.

il giudice violare quest'ultima legge alla quale egli è pur sempre soggetto». Dunque, nel diritto interno, resta fermo che il periodo da considerare ai fini dell'equa riparazione è solo quello *eccedente* la durata ragionevole, come, appunto, dispone la «legge Pinto».

Avv. Antonio Palatiello

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sezione prima, sentenza 21 ottobre 2004 – Pres. Rosakis – *G. ad hoc* Ferrari Bruno – Tammaro c. Italia.

Ai fini dell'esaurimento delle vie di ricorso interno, non è indispensabile che l'interessato promuova anche il ricorso per cassazione quando la giurisprudenza della Corte sia consolidata in senso a lui sfavorevole. Tale deroga alla regola dell'esaurimento dei rimedi interni non opera quando la Corte di Appello, chiamata a giudicare sulla durata irragionevole del processo ex lege Pinto, abbia affermato che la durata del procedimento non era stata eccessiva: in tali casi la Corte di Cassazione ben può annullare per vizio di motivazione, sicché l'interessato non può rivolgersi alla Corte Europea se non ha adito la Corte di Cassazione.

«(Omissis) *In diritto.* La richiesta del ricorrente riguarda la durata del procedimento iniziato il 17 luglio 1992 e terminato il 18 marzo 2003, e durato quindi dieci anni e otto mesi per quattro gradi di giudizio.

Secondo il ricorrente, la durata del procedimento non corrisponde all'esigenza del «tempo ragionevole» così come previsto dall'articolo 6 § 1 della Convenzione. Il Governo contesta questa tesi.

Dopo l'entrata in vigore della legge Pinto, il Governo eccepì il mancato esaurimento delle vie di ricorso interne.

Il ricorrente investì quindi la competente Corte d'appello ma non ricorse in cassazione.

La Corte ricorda anzitutto che, trattandosi del ricorso dinanzi alla Corte d'appello, essa ha ritenuto, in procedimenti recenti, che il rimedio introdotto dalla «legge Pinto» sia accessibile e che nulla permetta di dubitare della sua efficacia (vedi decisione *Brusco* succitata, e *Di Cola c. Italia* (dec.), n. 44897/1998, 11 ottobre 2001).

Inoltre, la Corte ricorda che nella causa *Scordino* (vedi *Scordino c. Italia* (dec.), n. 36813/1997, 27 marzo 2003), la Corte ha ritenuto che nell'ambito di una procedura «Pinto», i ricorrenti non fossero obbligati, ai fini dell'esaurimento delle vie di ricorso interne, a ricorrere in cassazione contro la decisione della Corte d'appello nel momento in cui contestavano l'ammontare concesso a titolo di equo soddisfacimento. La Corte di cassazione non aveva, fino a quel giorno, mai preso in considerazione un motivo di ricorso relativo al fatto che l'ammontare concesso dalla Corte d'appello fosse insufficiente rispetto al danno presunto o inadeguato rispetto alla giurisprudenza di Strasburgo in quanto si trattava di questioni di fatto, non di sua competenza, o di questioni sollevate alla luce di norme non direttamente applicabili.

La Corte osserva che nella fattispecie non è in questione il calcolo dell'ammontare dell'equo soddisfacimento, ma la motivazione che ha implicato il rigetto della richiesta.

Nella fattispecie, la Corte osserva che la corte d'appello di Roma ha respinto la domanda del ricorrente limitandosi ad affermare che la durata del procedimento, di circa otto anni per tre gradi di giudizio, non poteva essere ritenuta eccessiva.

La Corte sottolinea in proposito che la Corte di cassazione, investita di un ricorso contro una decisione della corte d'appello di Roma emessa nell'ambito di una procedura «Pinto», ha affermato, nella sua sentenza n. 17653 del 1° ottobre 2002, che la corte d'appello aveva omesso di spiegare perché, secondo lei, la durata del procedimento dovesse essere considerata ragionevole. Secondo la Corte di cassazione, la decisione della Corte d'appello di Roma non faceva riferimento agli elementi di cui all'articolo 2 § 2 della «legge Pinto» e non aveva indicato quali elementi fossero alla base di tale decisione. Di conseguenza, la Corte di cassazione aveva accolto il ricorso per violazione dell'articolo 2 § 2 della «legge Pinto» e per assenza di motivazione.

Ora, contrariamente alla succitata causa Scordino, nel presente procedimento il ricorrente non ha fornito alcun elemento che permetta di dubitare che il ricorso in cassazione nei confronti della decisione della corte d'appello sarebbe efficace (vedi, *mutatis mutandis*, *Contarino c. Italia (dec.)*, n. 46383/1999, 19 febbraio 2004).

In tali circostanze, la Corte ritiene che il ricorrente avrebbe dovuto presentare ricorso in cassazione al fine di fornire allo Stato convenuto l'opportunità di riparare la presunta violazione.

Ne deriva che il ricorso deve essere respinto per mancato esaurimento delle vie di ricorso interne, ai sensi dell'articolo 35 § 1 e 4 della Convenzione. La Corte, infine, ritiene che occorra porre fine all'applicazione dell'articolo 29 § 3 della Convenzione.

Per questi motivi, la Corte, all'unanimità dichiara il ricorso inammissibile (*omissis*)».

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sezione terza, sentenza 2 dicembre 2004 – Pres. est. Tupančič – Provvedi c. Italia.

L'art. 35 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo è coerente con il carattere sussidiario della tutela accordata dalla Convenzione e trova la sua ratio nella possibilità lasciata agli Stati di rimediare alle violazioni.

È effettivo il rimedio accordato dalla legge Pinto, come interpretata dalla giurisprudenza nazionale, anche per quanto attiene al ristoro dato ai proprietari di immobili per i ritardi nell'esecuzione degli sfratti.

Per poter ritenere effettivo il ricorso interno è necessario che la riparazione accordata sia adeguata e corrisposta in tempi ragionevoli.

«(*Omissis*) *Motivi di ricorso.* Appellandosi all'articolo 6 § 1 della Convenzione, i ricorrenti denunciano la violazione del loro diritto a un tribunale nonché la durata del procedimento.

I ricorrenti lamentano, ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo n 1, il fatto che l'impossibilità di ritornare in possesso del loro appartamento costituisca una violazione del loro diritto di proprietà.

In diritto. Anzitutto i ricorrenti sostengono una violazione del loro diritto a un tribunale, nonché del loro diritto a vedere la loro causa esaminata in un tempo ragionevole, e si appellano all'articolo 6 § 1 della Convenzione che, nella sua parte pertinente, è così formulato:

«1. Ogni persona ha diritto che la sua causa sia esaminata (...) in un tempo ragionevole, da parte di un tribunale (...) che deciderà (...) in ordine alle controversie sui suoi diritti ed obbligazioni di natura civile (...)».

I ricorrenti lamentano altresì il fatto che l'impossibilità protratta nel tempo di ritornare in possesso del loro appartamento, in mancanza del sostegno della forza pubblica, costituisca una violazione del diritto di proprietà, così come riconosciuto dall'articolo 1 del Protocollo n 1, che dispone:

«Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità ed alle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale.

Le disposizioni precedenti non ledono il diritto degli Stati di applicare quelle leggi che giudicano necessario per disciplinare l'uso dei beni in relazione all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri tributi o ammende».

A. Eccezioni del Governo

Il Governo solleva due eccezioni per mancato esaurimento delle vie di ricorso interno.

a) Non esercizio del ricorso «Pinto».

Nelle sue osservazioni, arrivate in cancelleria il 30 ottobre 2002, il Governo ha eccepito il mancato esaurimento delle vie di ricorso interne relativamente al rimedio «Pinto».

I ricorrenti hanno investito la competente corte d'appello ma non hanno presentato ricorso in cassazione. Ritengono che la corte d'appello non abbia risarcito i loro danni in modo sufficiente, in quanto il risarcimento concesso era di molto inferiore ai risarcimenti della Corte in altri casi analoghi. In ogni caso, sottolineano che il rimedio «Pinto» non protegge né il diritto ad un tribunale né il diritto di proprietà.

b) Non esercizio del ricorso di cui all'articolo 1591 del codice civile.

In via sussidiaria, il Governo eccepisce il mancato esaurimento delle vie di ricorso interne, in quanto i ricorrenti non hanno utilizzato il metodo previsto dall'articolo 1591 del codice civile.

Il Governo spiega che l'ordine contenuto in una decisione giudiziaria riguarda solo la parte contro cui è rivolto. Lo Stato ha soltanto un obbligo accessorio, e cioè garantirne l'esecuzione. La sospensione degli sfratti non implica la sospensione dell'efficacia del comando di liberare l'appartamento, e quindi l'affittuario è sempre tenuto a restituirlo ed è considerato messo in mora dal momento della scadenza del contratto. In materia di sfratto degli affittuari, le autorità nazionali si limitano quindi a differire un'esecuzione forzata realizzata *manu militari* dalla polizia.

Il solo caso in cui un'azione basata sull'articolo 1591 del codice civile sia a priori inutilizzabile è quello in cui l'affittuario ha diritto alle proroghe legali.

In tutti gli altri casi, invece, l'azione può essere esercitata con ragionevoli possibilità di successo, a condizione, naturalmente, che il danno presunto esista e che possa essere provato; il che costituisce un'usuale condizione di ogni azione di risarcimento danni, e quindi difficilmente potrebbe essere considerata un ostacolo incompatibile con il criterio dell'efficacia del ricorso.

Poiché l'articolo 1591 del codice civile è un rimedio efficace nella maggioranza dei casi, spetta al proprietario che vuole investire la Corte europea provare che il suo caso presentava condizioni assolutamente particolari che gli impedivano di presentare ricorso.

Nella fattispecie, il ricorrente non ha nè sostenuto nè provato che l'affittuario faceva parte di una categoria «protetta» che implicava il rigetto di un'eventuale azione.

In mancanza di tale prova, la via di ricorso deve essere ritenuta adeguata, efficace ed accessibile, tenuto conto, per quanto riguarda quest'ultimo criterio, del moderato costo dell'accesso alla giurisdizione civile in Italia.

I ricorrenti non si pronunciano.

B. Valutazione della Corte

La Corte ricorda anzitutto che, secondo la sua giurisprudenza, il motivo relativo all'articolo 6 § 1 della Convenzione sulla durata della procedura di sfratto deve essere visto come relativo al diritto a un tribunale. Infatti, il diritto al tribunale garantito dall'articolo 6 tutela altresì l'attuazione delle decisioni giudiziarie definitive e obbligatorie, e di conseguenza l'esecuzione di una decisione giudiziaria non può essere rinviata in modo eccessivo (vedi sentenza *Immobiliare Saffi c. Italia*, succitata, § 66).

In proposito, la Corte ricorda altresì che secondo la «legge Pinto» le persone che abbiano subito un danno patrimoniale o non patrimoniale, a causa della durata del procedimento, possono investire la competente Corte d'appello per far constatare la violazione dell'articolo 6 § 1 e chiedere la concessione di una somma a titolo di equo soddisfacimento. Inoltre, la Corte ha già constatato in numerose decisioni sull'ammissibilità (vedi, tra le altre, *Brusco c. Italia* (dec.), n. 69789/01, CEDH:2001-IX, e *Giacometti e altri c. Italia*, (dec.), n. 34939/1997, CEDH 2001-XII) che il rimedio introdotto dalla «legge Pinto» è un ricorso che il ricorrente deve tentare prima che la Corte non si pronunci sull'ammissibilità del ricorso e ciò qualunque sia la data di presentazione del ricorso dinanzi alla Corte.

Nella sua decisione sull'ammissibilità del ricorso *Mascolo c. Italia* precitata, la Corte ha ritenuto che, in questo tipo di cause, la violazione del diritto di proprietà era «strettamente legata alla durata del procedimento, di cui costituisce un'indiretta conseguenza» e che era quindi probabilmente nell'ambito del rimedio «Pinto» che i ricorrenti avrebbero potuto far valere le loro affermazioni relative alle ripercussioni finanziarie della durata eccessiva del procedimento sul loro diritto di proprietà.

Di conseguenza, in considerazione delle particolari circostanze di tale causa, la Corte ritiene che occorra esaminarla distinguendo due periodi, uno precedente alla decisione della corte d'appello di Genova e l'altro successivo.

a) Il periodo precedente alla decisione della Corte d'appello di Genova.

La Corte ritiene che la questione da esaminare sia quella di sapere se, dopo aver utilizzato il ricorso «Pinto», i ricorrenti possano sempre sostenere di essere «vittime» di una violazione della Convenzione.

Secondo la costante giurisprudenza della Corte, se le autorità nazionali hanno constatato una violazione e la loro decisione costituisce un'adeguata e sufficiente correzione di tale violazione, la parte interessata non può più ritenersi vittima ai sensi dell'articolo 34 della Convenzione (vedi *Scordino* succitata).

La Corte ritiene quindi che lo *status* di vittima di un ricorrente possa dipendere dal risarcimento che gli è stato concesso a livello nazionale per la situazione che questi denuncia dinanzi alla Corte nonché dal fatto che le autorità nazionali hanno riconosciuto, in modo esplicito o nella sostanza, la violazione della Convenzione (vedi *Normann c. Danimarca* (dec.), n. 44704/1998, 14 giugno 2001; *Jensen e Rasmussen c. Danimarca* (dec.), n. 52620/1999, 20 marzo 2003; *Scordino* succitata). È solo quando tali due requisiti sono soddisfatti che la natura sussidiaria del meccanismo di tutela della Convenzione impedisce un esame da parte della Corte (vedi *Eckle c. Germania*, sentenza del 15 luglio 1982, serie A n 51, p. 32, §§ 69 e ss.; *Jensen c. Danimarca* (dec.), n. 48470/1999, 20 settembre 2001, e *Scordino* succitata).

Nella fattispecie, la Corte osserva che la corte d'appello ha riconosciuto che vi era stata una violazione dell'articolo 6 § 1 della Convenzione relativamente al principio di «tempo ragionevole», e che il ritardo nell'esecuzione dell'ordinanza di sfratto si traduceva in un diniego di giustizia.

Inoltre, anche se non vi è stato alcun accertamento formale relativamente all'articolo 1 del Protocollo n. 1, la corte d'appello ha esaminato le dichiarazioni del ricorrente relative alle conseguenze della durata del procedimento sul loro diritto di proprietà, soprattutto sull'impossibilità di affittare l'appartamento ad un prezzo corrispondente al valore di mercato.

La Corte ritiene perciò che l'impostazione seguita, nella fattispecie, dalla corte d'appello corrisponda a quella che ispira la propria giurisprudenza (vedi, tra molte altre, le sentenze *Ciccariello c. Italia*, n. 34412/1997, §§ 30-32, 9 gennaio 2003, *Del Beato c. Italia*, n. 41427/1998, §§ 26-28, 3 aprile 2003, e *Tassinari c. Italia*, n. 47758/1999, §§ 33-36, 16 ottobre 2003).

In tali circostanze, la Corte ritiene che la prima condizione enunciata dalla sua giurisprudenza, ossia il riconoscimento esplicito o nella sostanza da parte delle autorità di una violazione dei diritti tutelati dalla Convenzione, sia soddisfatta.

Resta quindi da valutare se le autorità nazionali abbiano corretto in maniera adeguata e sufficiente le violazioni di cui i ricorrenti sono stati vittime.

Quanto alla mancanza di risarcimento del danno materiale, la Corte ricorda che secondo la sua giurisprudenza, questo consiste nelle perdite effettivamente subite come diretta conseguenza della presunta violazione (vedi la sentenza *Comingersoll SA. c. Portogallo* [GC], n. 35382/1997, § 29, CEDH 2000-IV) e che l'articolo 60 del suo regolamento esige che i ricorrenti, quando presentano richieste di risarcimento, quantifichino e valutino le loro pretese e allegino i necessari giustificativi.

Alla luce degli elementi in suo possesso, la Corte osserva che i ricorrenti hanno omesso a livello interno di quantificare le loro pretese e di allegare i necessari giustificativi.

Di conseguenza, la Corte ritiene che la decisione della corte d'appello su tale punto non sia contestabile.

Per quanto attiene al risarcimento del danno morale, la Corte ricorda che secondo la sua giurisprudenza, questo consiste nello stato di angoscia, di disappunto e di incertezza derivante dalla presunta violazione, nonché da altri danni non materiali (vedi *Comingersoll S.A.*, succitata, § 29).

Tenuto conto degli elementi del fascicolo e delle particolari circostanze del caso, la Corte ritiene che la somma concessa ai ricorrenti possa essere considerata nell'insieme adeguata e quindi adatta a risarcire la violazione subita.

Infine, nella misura in cui il motivo di ricorso dei ricorrenti relativo alla presunta insufficienza dell'equa riparazione deve essere esteso altresì al rimborso delle spese di procedimento, la Corte fa osservare che hanno ottenuto la totalità della somma richiesta e non vede quindi in quale misura potrebbero considerarsi insoddisfatti relativamente a tale punto.

Alla luce di quanto sopra, la Corte ritiene che la decisione della corte di appello di Genova sia conforme alla giurisprudenza europea e che i ricorrenti non possono più ritenersi «vittime» nel senso della Convenzione (vedi, *mutatis mutandis*, *Lo Giudice c. Italia* (dec.), n. 32803/2003, 18 marzo 2004, e *Cataldo c. Italia* (dec.), n. 45656/1999, 3 giugno 2004).

Ne segue che tale parte del ricorso è palesemente infondata e deve essere respinta, ai sensi dell'articolo 35 §§ 3 e 4 della Convenzione.

b) Il periodo successivo alla decisione della Corte l'appello di Genova.

La Corte prende atto del fatto che il Governo non presenti alcuna argomentazione relativamente alla possibilità che sembra essere stata sviluppata nella giurisprudenza della Corte di cassazione di avviare un'azione per risarcimento danni nei confronti dello Stato in seguito alla mancanza, ingiustificata, di aiuto da parte della forza pubblica.

La Corte osserva quindi che attualmente, in considerazione degli elementi del fascicolo, i ricorrenti possono investire la competente corte d'appello ai sensi della «legge Pinto» presentando, come già fatto, una richiesta di risarcimento nei confronti dello Stato.

Come dimostrato dalla loro [*sic*] esperienza, tale ricorso permette di richiedere una decisione che può inserirsi nella logica della giurisprudenza della Corte relativamente al diritto d'accesso a un tribunale e all'articolo 1 del Procollo n 1. La Corte ricorda che, nell'ambito del rimedio «Pinto», le corti devono applicare i principi che derivano dalla sua giurisprudenza (vedi sentenze *Mascolo*, *Scordino* e *Di Sante* succitate).

Ora, la regola dell'esaurimento delle vie di ricorso interne deve essere applicata con una certa elasticità e senza eccessivi formalismi, ma non richiede solo l'investitura delle competenti giurisdizioni nazionali e l'esercizio di ricorsi destinati a contrastare una decisione controversa già emessa che violerebbe un diritto tutelato dalla Convenzione: essa obbliga altresì, in linea di principio, a sollevare dinanzi alle stesse giurisdizioni, almeno nella sostanza e nelle forme e tempi indicati dal diritto interno, i motivi di ricorso che si intende formulare successivamente a livello internazionale (vedi, tra molte altre, *Fressoz e Roire c. Francia* [GC], n 29183/1995, § 37, CEDH 1999-1).

La finalità della norma relativa all'esaurimento delle vie di ricorso interne è quella di permettere alle autorità nazionali (in particolare alle autorità giudiziarie) di esaminare il motivo di ricorso relativo alla violazione di un diritto tutelato dalla Convenzione e, eventualmente, di riparare tale violazione prima che la Corte ne sia investita (*Kudla c. Polonia* [GC], n. 30210/1996, § 152, CEDH 2000-XI). Nel momento in cui esiste a livello nazionale un ricorso che permette alle giurisdizioni interne di esaminare, almeno nella sostanza, l'argomento relativo alla violazione di un diritto tutelato dalla Convenzione, è tale ricorso che deve essere esaurito. Se il motivo di ricorso presentato dinanzi alla Corte (per esempio un'ingiustificata violazione del diritto di proprietà) non è stato sottoposto — in maniera esplicita o nella sostanza — alle giurisdizioni nazionali nel momento in cui avrebbe potuto essere loro esposto nell'esercizio di un ricorso che si proponeva al ricorrente, l'ordine giuridico nazionale è stato privato della possibilità di esaminare la questione derivante dalla Convenzione che la norma dell'esaurimento delle vie di ricorso interne dovrebbe dargli. È quindi il motivo di ricorso derivante dalla Convenzione che deve essere stato esposto a livello nazionale perché vi sia esaurimento dei «ricorsi effettivi». Sarebbe contrario al carattere sussidiario del dispositivo della Convenzione che un ricorrente, trascurando una possibile argomentazione relativamente alla Convenzione, possa dinanzi alle autorità nazionali invocare un altro mezzo per contestare una misura controversa, e in seguito introdurre dinanzi alla Corte un ricorso basato sull'argomentazione derivante dalla Convenzione (vedi, *mutatis mutandis*, la sentenza *Azinas c. Cipro*, n. 56679/00, § 38,28 aprile 2004).

Sarebbe questo il caso se, per esempio, in tale tipo di cause, un ricorrente usasse il ricorso «Pinto» per denunciare, a livello nazionale, l'eccessiva durata del procedimento di espulsione e presentasse successivamente dinanzi alla Corte un ricorso basato sulla violazione del diritto di accesso o del diritto di proprietà.

Per tali motivi, la Corte ritiene che l'azione basata sulla «legge Pinto» è una via di ricorso di cui i ricorrenti devono servirsi, in tale tipo di cause, per osservare l'articolo 35 § 1 della Convenzione non solo per le affermazioni relative all'articolo 6 § 1 ma altresì per quelle relative all'articolo 1 del Protocollo n. 1 (vedi al contrario *Molteni e Ghisi c. Italia* (dec.), n. 67911/01, 18 marzo 2004; *mutatis mutandis*, *Mascolo c. Italia* (dec.), n. 68792/01, 16 ottobre 2003; al contrario, *Mosconi c. Italia* (dec.), n. 68011/01, 13 maggio 2004). Ciò qualunque sia la data di presentazione del ricorso dinanzi alla Corte (vedi, *mutatis mutandis*, le sentenze *Brusco*, *Giacometti* e *altri*, *Scordino* succitate).

La Corte vuole tuttavia precisare che tale conclusione è valida soltanto nei limiti in cui tale azione è essa stessa un ricorso efficace, adeguato ed accessibile (vedi, *mutatis mutandis*, *Paulino Tomàs c. Portogallo* (dec.), n. 58698/00, CEDH 2003-VIII, e *Gouvela Da Silva Torrado c. Portogallo* (dec.), n. 65305/01, 27 marzo 2003).

Ecco perché sarebbe auspicabile che le giurisdizioni interne pongano attenzioni particolari a tali azioni, soprattutto facendo in modo di esaminare tutte le questioni che implicano.

La Corte sottolinea che, per poter affermare che le autorità nazionali hanno riconosciuto nella sostanza che vi è stata violazione della Convenzione, occorre che le circostanze da cui si può dedurre un tale accertamento da parte loro siano perfettamente evidenti (vedi, *mutatis mutandis*, *Jensen c. Danimarca* (dec.), n. 48470/1999, CEDH 2001-X).

La Corte ricorda infine e del resto che l'adeguatezza dell'azione può dipendere altresì dal livello del risarcimento (vedi sentenze *Paulino Tomás e Gouvela Da Silva Torrado* succitate) nonché da altri elementi che possano ridurne il valore, quali un periodo di tempo per il versamento delle somme eventualmente concesse che non può essere definito ragionevole (vedi, *mutatis mutandis*, *Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis c. Grecia*, sentenza del 9 dicembre 1994, serie A n. 301-B, p. 90, § 82).

La Corte, poiché i ricorrenti non hanno esercitato il ricorso «Pinto», ritiene che non abbiano lasciato alle giurisdizioni interne la possibilità, eventualmente, di riparare i presunti danni, e quindi non abbiano esaurito le vie interne di ricorso (vedi sentenza succitata *Palawski; mutatis mutandis*, *Mastromatteo c. Italia* [GC], n. 37703/1997, § 95, 24 dicembre 2002, e *Colombo c. Italia* (dec.), n. 54638/00, 11 settembre 2003).

Questa parte del ricorso deve perciò essere respinta ai sensi dell'articolo 35 §§ 1 e 4 della Convenzione (*omissis*).

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sezione prima, sentenza 10 novembre 2004 – Pres. Rozakis – G. ad hoc Ferrari Bruno – Procaccini c. Italia.

Il danno morale sofferto per la durata irragionevole del processo va liquidato, di regola, in una somma compresa tra Euro 1.000,00 ed Euro 1.500,00 per ogni anno di durata del procedimento, da aumentarsi ad Euro 2.000,00 se la posta in gioco è importante e da ridursi congruamente con riguardo al comportamento dei protagonisti del processo e al livello di vita del paese.

«(Omissis) A. I criteri seguiti dalla Corte.

1. Criteri generali.

24. — La Corte ricorda che una sentenza che stabilisce che vi è stata una violazione comporta per lo Stato convenuto l'obbligo giuridico rispetto alla Convenzione di porre fine alla violazione e di rimuoverne le conseguenze.

Se il diritto interno non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, l'articolo 41 della Convenzione conferisce alla Corte il potere di accordare una riparazione alla parte lesa dall'atto o dall'omissione per i quali è stata constatata una violazione della Convenzione. Nell'esercizio di tale potere, essa dispone di una certa libertà; l'aggettivo «equa» e l'espressione «se del caso» lo dimostrano.

Tra gli elementi presi in considerazione dalla Corte, quando essa delibera in materia, vi sono il danno materiale, ossia le perdite effettivamente subite come conseguenza diretta della violazione riscontrata, e il danno morale, ossia la riparazione dello stato di angoscia, delle inquietudini e delle incertezze derivanti da tale violazione, e di altri danni non materiali.

Inoltre, laddove i vari elementi che costituiscono il danno non si prestano ad un calcolo esatto o nei casi in cui la distinzione tra il danno materiale e il danno morale risulti difficile, la Corte può essere portata a esaminarli globalmente (v. *Comingersoll c/Portogallo* [GC], n. 35382/1997, § 29, CEDU 2000-1V).

2. Criteri specifici del danno morale.

25. — Per quanto riguarda la valutazione in equità del danno morale subito a causa della durata di un procedimento, la Corte ritiene che una somma compresa tra 1.000 e 1.500 EUR per ogni anno di durata del procedimento (e non per ogni anno di ritardo) costituisca una base di partenza per il calcolo da effettuare. L'esito del procedimento nazionale (che la parte ricorrente perda, vinca o finisca per concludere un accordo amichevole) non incide in quanto tale sul danno morale subito a causa della durata del procedimento.

L'importo globale sarà aumentato di 2.000 EUR se la posta in gioco della controversia è importante, in particolare in materia di diritto del lavoro, di stato e di capacità delle persone, di pensioni, di procedimenti particolarmente gravi in relazione alla salute o alla vita delle persone.

L'importo di base sarà ridotto in considerazione del numero di giurisdizioni che hanno deliberato durante il procedimento, del comportamento della parte ricorrente — in particolare del numero di mesi o di anni legati a rinvii ingiustificati imputabili alla parte ricorrente — alla posta in gioco della controversia — ad esempio quando la posta in gioco a livello patrimoniale è poco importante per la parte ricorrente — e in funzione del livello di vita del paese. Una riduzione può essere prevista anche quando il ricorrente ha preso parte solo brevemente al processo che ha continuato in qualità di erede.

Tale importo potrà essere ridotto anche quando la parte ricorrente abbia già ottenuto a livello nazionale una constatazione di violazione o una somma di denaro nell'ambito di una via di ricorso interna. Oltre al fatto che l'esistenza di una via di ricorso a livello interno si accorda pienamente con il principio di sussidiarietà proprio alla Convenzione, tale via di ricorso è più vicina e accessibile del ricorso dinanzi alla Corte, è più rapida, e si esercita nella lingua della parte ricorrente; essa presenta dunque dei vantaggi che è opportuno prendere in considerazione.

B. Applicazione dei criteri nella fattispecie

1. Danno morale.

26. — Le ricorrenti chiedono ciascuna la somma di 8.875 EUR per il danno morale che esse avrebbero subito.

27. — Il Governo considera che la constatazione di violazione costituirebbe, di per sé, all'occorrenza, un'equa soddisfazione sufficiente.

28. — La Corte ritiene che per un procedimento durato tredici anni per un grado di giudizio una somma di 20.000 EUR per ciascuna ricorrente potrebbe essere considerata equa. Tuttavia, la Corte osserva che il comportamento del padre delle ricorrenti ha un po' contribuito a ritardare il procedimento, e che queste ultime non hanno partecipato al procedimento sin dall'inizio. Inoltre, anche la modesta posta in gioco della controversia deve essere presa in considerazione. Pertanto, la Corte ritiene che sarebbe opportuno accordare a ciascuna ricorrente la somma di 10.000 EUR ridotta del 30% per la constatazione di violazione da parte della giurisdizione interna (v. § 25 supra), ossia 7.000 EUR.

29. — Da tale somma è inoltre opportuno sottrarre l'importo del risarcimento l'indennità accordata alle ricorrenti a livello nazionale, ossia 1.125 EUR ciascuna. Pertanto, ciascuna ricorrente ha diritto, a titolo di riparazione del danno morale, alla somma di 5.875 EUR, aumentata dell'importo eventualmente dovuto a titolo di imposta sulla stessa (*omissis*)».

Applicazione retroattiva della pena più mite e limiti all'efficacia verticale delle direttive comunitarie

(Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Grande Sezione, sentenza 3 maggio 2005 nelle cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02).

I

1. — Nelle osservazioni scritte presentate dalla Corte (riportate in parte in *questa Rassegna*, 2002, fasc. 4, pag. 244) l'Avvocatura dello Stato aveva espresso l'avviso che l'art. 6 della prima Direttiva sulle società 69/151/CEE, che impone agli Stati membri di stabilire adeguate sanzioni per i casi di mancata pubblicità del bilancio e del conto profitti e perdite, riguardasse solo l'inosservanza dell'obbligo di pubblicità dei bilanci e dei conti annuali e non anche quello di veridicità e di fedeltà di essi, sanzionabile (certamente in modo più grave) secondo il diritto penale interno di ciascuno Stato al di fuori di un'armonizzazione ancora incompleta. La Corte ha disatteso questa tesi, affermando (paragrafi da 53 a 63) che la norma comunitaria concerne non solo i casi di un'omissione di qualsiasi pubblicità dei conti annuali, ma anche quelli di una pubblicità di conti annuali (non però di conti consolidati) non redatti conformemente alle disposizioni previste dalla quarta Direttiva sul diritto societario relativamente al contenuto di tali conti.

2. — Parziale e perplessa appare la soluzione adombrata per il secondo quesito relativo alla adeguatezza delle sanzioni fissate da ciascuno Stato membro: la Corte (paragrafi 64 e 65) si è limitata a dire che «pur conservando la scelta delle sanzioni, gli Stati membri devono segnatamente vegliare a che le violazioni del diritto comunitario siano punite, sotto il profilo sostanziale e procedurale, in forme analoghe a quelle previste per le violazioni del diritto interno simili per natura e importanza e che, in ogni caso, conferiscono alla sanzione stessa un carattere effettivo, proporzionale e dissuasivo». Non indica la Corte chi sarebbe competente a compiere una tale valutazione. Ma una valutazione da parte del giudice nazionale non potrebbe che sottostare alle regole proprie del diritto interno: e del resto una mera disapplicazione della norma interna per un ritenuto contrasto con la norma comunitaria incontrerebbe poi il limite di cui al paragrafo successivo.

3. — Di ben più decisiva portata è il principio affermato dalla Corte nella seconda parte della pronuncia (paragrafi da 66 a 78), in piena adesione alle tesi esposte dall'Avvocatura dello Stato, contrastate sia dalla Commissione delle Comunità europee che dall'Avvocato Generale della Corte, i quali entrambi avevano sostenuto che, dimostratesi inadeguate secondo la normativa comunitaria le sanzioni stabilite dalla nuova normativa italiana sul falso in bilancio (artt. 2621 e 2622 cod. civ. quali mod. dal decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61), dovesse il giudice nazionale disapplicare tale normativa sopravvenuta per applicare quella precedente pur se già abrogata, per il principio di supremazia del diritto comunitario, cui non potrebbe opporsi il principio sancito dall'art. 2 del codice penale italiano secondo il quale in caso di successione di leggi penali trova comunque applicazione la pena più mite.

Sviluppando quanto già esposto nelle osservazioni scritte, l'Avvocatura dello Stato, richiamata innanzitutto, nella discussione orale delle cause, la

soppravvenuta sentenza della Corte costituzionale italiana 1° giugno 2004, n. 161 (in *questa Rassegna*, 2004, pag. 561, con nota), aveva ricordato come essa avesse dichiarato inammissibili le questioni proposte relativamente ad una presunta attenuazione delle sanzioni sul falso in bilancio rispetto al passato e alla esclusione della punibilità per ipotesi di illecito al di sotto di una certa soglia. E ciò perché: *a)* le questioni poste risultavano espressamente finalizzate ad ottenere una pronuncia di estensione dell'ambito di applicazione della norma incriminatrice a fatti che attualmente non sono (o non sono più) in essa compresi; *b)* il principio secondo cui nessuno può essere punito se non in forza di legge entrata in vigore prima del fatto commesso (art. 25 Cost.) esclude che l'effetto di una sentenza della Corte possa essere quello di introdurre nuovi reati o di ampliare o aggravare figure di reato già esistenti, essendo ammesso il sindacato di costituzionalità *in malam partem* solo in presenza delle c.d. norme penali di favore (la cui rimozione, comunque, non rimuove il divieto di applicazione retroattiva del regime penale più severo ai fatti commessi sotto il vigore della norma di favore rimossa); e nella specie — aveva precisato espressamente la Corte — non è configurabile alcuna norma penale di favore, trattandosi di una scelta a carattere generale del legislatore, che può anche presentare margini di opinabilità, ma che resta comunque sottratta al sindacato della Corte.

Posta questa premessa — si era proseguito nel corso della discussione orale — è evidente che quale che sia la portata del diritto comunitario applicabile, l'impossibilità di riapplicare una sanzione più severa cui è subentrata una meno severa, in forza del principio di legalità di cui è espressione anche l'art. 2 del cod. pen. italiano, sarà applicabile anche se dovesse essere ripristinata dallo Stato la sanzione più grave in adeguamento al diritto comunitario.

Secondo i principi del diritto comunitario le direttive impongono agli Stati un certo comportamento. Nei confronti dei singoli l'eventuale inadempimento dello Stato non può produrre effetti negativi. Su questi punti non v'è discussione.

Ex adverso, però, prima la Commissione CE e poi l'Avvocato Generale della Corte hanno segnalato una presunta peculiarità del caso: se una direttiva impone allo Stato membro di prevedere una sanzione adeguata e lo Stato stesso prima fissa tale sanzione adeguata e in un momento successivo la modifica rendendola diversa e più leggera (in ipotesi, «non adeguata» secondo il diritto comunitario), la sopravvenuta contrarietà al diritto comunitario della nuova norma renderebbe applicabile la vecchia norma più severa ai reati commessi sotto la sua vigenza senza che si possa invocare il principio di legalità, proprio in forza della preminenza del diritto comunitario.

Queste argomentazioni non sono apparse condivisibili.

La direttiva comunitaria che invita uno Stato a prevedere una sanzione — ha sostenuto l'Avvocatura dello Stato, — rimette allo Stato membro il potere di determinarla, facendogli obbligo di fissarlo in misura «adeguata». Finché la norma nazionale non è emessa, nessuna sanzione, ovviamente, potrà essere applicata nei confronti del trasgressore. Il potere punitivo nei confronti di quest'ultimo potrà essere esercitato solo dal momento della entrata in vigore della norma sanzionatoria nazionale. Se questa norma sanzionatoria viene abrogata in tutto o in parte, o se comunque sopravviene

una norma sanzionatoria diversa e più favorevole, è da ritenere che la vecchia norma non esiste più nel diritto interno e che esiste invece la nuova norma. Se per effetto di ciò si dovesse constatare (come è richiesto nel nostro caso) che la nuova norma, a differenza della vecchia, contrasta con il diritto comunitario, si constaterà una inadempienza dello Stato membro, il quale sarà tenuto dunque a reintrodurre (non certo a ripristinare ora per allora) una norma sanzionatoria adeguata, ma giammai potrà dirsi che riprende vigore la vecchia norma!

Invero, è improprio parlare di una preminenza del diritto comunitario in forza della quale riprende vigore la vecchia norma nazionale ad esso conforme, perché qui non si è in presenza di una norma comunitaria direttamente applicabile, quanto di una direttiva la cui attuazione è rimessa allo Stato membro, che potrà anche risultare inadempiente: ma quel che è certo è che la vecchia norma è irrimediabilmente perduta! Essa è stata abrogata e non può rivivere automaticamente! C'è solo, se del caso, un obbligo di dettarne un'altra, magari uguale ma forse anche diversa!

E comunque, per il principio di legalità di cui il principio della applicazione della legge successiva più favorevole al reo è un logico corollario, giammai potrebbe applicarsi al reo una sanzione più pesante di quella successivamente prevista: questo principio di civiltà, espresso nell'art. 2 del codice penale italiano e riaffermato perentoriamente nella sopraccitata sentenza della Corte Costituzionale, e che già trova riscontro oggi nella nuova Costituzione europea la quale nell'art. 109 enuncia che «se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima», è stato ora reso manifesto anche dalla Corte di Lussemburgo.

Avv. Oscar Fiumara

II

La motivazione della sentenza della Corte di Giustizia si fonda sulle risposte a tre domande nelle quali si sono concentrati i quesiti che erano stati sottoposti dai giudici nazionali:

- se l'applicazione retroattiva della pena più mite sia anche un principio di diritto comunitario;
- se il principio sia applicabile nel caso in cui sia contrario ad altre norme di diritto comunitario;
- se i nuovi articoli 2621 e 2622 del codice civile abbiano soddisfatto l'obbligo di diritto comunitario relativo all'adeguatezza delle sanzioni.

Prima domanda.

Dalla motivazione della sentenza non si ricava perché la Corte abbia ritenuto rilevante domandarsi se l'applicazione retroattiva della pena più mite fosse un principio anche di diritto comunitario.

I giudici nazionali non avevano chiesto la verifica della legittimità comunitaria di quanto dispone l'art. 2 del codice penale italiano, che per questo dalla Corte è stato richiamato solo nella ricostruzione della *Normativa nazionale*.

Che la questione non fosse rilevante si desume dalla sentenza.

Vi si trova enunciato che «tale principio deve essere considerato come parte integrante dei principi generali di diritto comunitario che il giudice nazionale deve osservare quando applica il diritto nazionale adottato per attuare l'ordinamento comunitario e, nella fattispecie, in particolare, le direttive di diritto societario»; ma questa enunciazione rimane a sé stante, senza nessuna incidenza sulle conclusioni tratte dalla Corte.

La ragione è quella già accennata: sulla legittimità, anche comunitaria, del principio i giudici remittenti non avevano manifestato dubbi e per questo non avevano formulato un quesito apposito.

L'orientamento della Corte a mantenersi rigorosamente nei limiti dei quesiti che gli sono rivolti ed ad evitare sin dove possibile la enunciazione di principi, in questo caso ha trovato una deroga.

Seconda domanda.

La Corte l'ha dichiarata irrilevante «poiché la norma comunitaria in questione è contenuta in una direttiva fatta valere nei confronti di un soggetto dall'autorità giudiziaria nell'ambito di procedimenti penali».

Terza domanda.

Con il d.lgs. n. 61/2002 (art. 1) gli artt.2621 e 2622 c.c. sono stati modificati riducendo la rilevanza penale dei fatti che vi sono previsti e, quindi, creando una situazione più favorevole per gli imputati.

Dalle ordinanze di rinvio, richiamate dalla Corte, risultava che, «se i nuovi artt.2621 e 2622 del codice civile dovessero essere disapplicati a causa della loro incompatibilità con il detto art. 6 della prima direttiva sul diritto societario, ne potrebbe derivare l'applicazione di una sanzione penale manifestamente più pesante, *come quella prevista dall'originario art. 2621 di tale codice* (1), durante la cui vigenza sono stati commessi i fatti all'origine delle azioni penali avviate nella cause principali» (n.76 della sentenza).

Su queste premesse la Corte ha concluso che «una tale conseguenza contrasterebbe con i limiti derivanti dalla natura stessa di qualsiasi direttiva, che vietano, come risulta dalla giurisprudenza ricordata ai punti 73 e 74 delle presente sentenza, che una direttiva possa avere il risultato di determinare o aggravare la responsabilità penale degli imputati».

La Corte ha poi ribadito che una direttiva comunitaria non può essere invocata *in quanto tale* per condannare un imputato «poiché una direttiva non può avere come effetto, di per sé e *indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione*, di determinare o di aggravare le responsabilità penali degli imputati» (2).

(1) Il corsivo, utilizzato anche in passi successivi, non si trova nella sentenza.

(2) È questo un principio sul quale la Corte non ha mai avuto perplessità.

Nella sentenza 26 settembre 1996, *Arcaro*, C 168/99 (n. 36), la Corte, richiamandosi alle sentenze 26 febbraio 1986, *Marshall*, 152/1984 e 8 ottobre 1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, 80/1986, ha ribadito che «la possibilità di far valere dinanzi a un giudice nazionale la disposizione incondizionata e sufficientemente precisa di una direttiva non trasposta esiste solo a favore dei singoli e nei confronti dello 'Stato membro cui è rivolta'. Ne consegue che una

Nel caso, per il quale era stata investita, la sanzione penale più grave sarebbe stata applicata, come era stato rilevato nelle ordinanze di rinvio, in base agli artt. 2621 e 2622 c.c., nel loro testo originario. La condanna, in altre parole, sarebbe intervenuta in base a norme nazionali che avevano attuato la direttiva (come era previsto espressamente nell'art. 1, comma 2, della legge di delega 3 ottobre 2001, n. 366) e non in base alla direttiva «in quanto tale» e «indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione».

Stando alla motivazione, sembrerebbe che la Corte non abbia tenuto conto di questa peculiarità, che avrebbe dovuto portare a conclusioni diverse.

La non applicabilità delle norme nazionali più recenti, se ritenute in contrasto con la direttiva, non avrebbe comportato né l'applicazione della

direttiva non può *di per sé* creare obblighi a carico di un singolo e che una disposizione di una direttiva non può quindi essere fatta valere *in quanto tale* nei confronti dello stesso».

È questa la conseguenza del fatto che la c.d. *efficacia verticale* della direttiva opera come sanzioni nei confronti dello Stato inadempiente.

Il principio si trova ribadito nella sentenza 12 dicembre 1996, X, C 74/1995 e C 129/1995 (n.24): «...l'obbligo del giudice nazionale di riferirsi al contenuto della direttiva nell'interpretare le pertinenti norme di diritto nazionale incontra i suoi limiti, in particolare nel caso in cui siffatta interpretazione abbia l'effetto di determinare o aggravare, in base alla direttiva e *indipendentemente da una legge adottata per la sua attuazione*, la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni».

La inefficacia della direttiva si estende, dunque, anche al caso in cui, interpretando il diritto nazionale in conformità ad essa, si arrivasse ad aggravare la posizione penale del singolo, ma «indipendentemente da una legge adottata per la sua attuazione».

La Corte si è riferita al caso in cui, attraverso la direttiva, si fosse interpretato il diritto interno preesistente; il problema non poteva sorgere quando la responsabilità penale del singolo fosse prevista da una legge nazionale di attuazione.

Il principio ha trovato una estensione ulteriore nella sentenza 7 gennaio 2004, X, C 60/02. Anche in questo caso sorgeva la questione della *interpretazione conforme* in materia penale che, secondo la Corte, trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, che fanno parte integrante del diritto comunitario, in particolare quello della certezza giuridica e della non retroattività.

Dopo aver ribadito che una direttiva non può avere come effetto, *per se stessa e indipendentemente da una legge interna di attuazione*, di determinare o aggravare le responsabilità penale di coloro che hanno tenuto condotte in contrasto con essa, ha concluso (n.62): «Anche se, nel giudizio di merito, la normativa comunitaria da applicare è un regolamento, vale a dire una norma che, per sua natura, non richiede misure nazionali di attuazione, e non una direttiva, va rilevato che in base all'articolo 11 del regolamento n. 3295/1994 sono gli Stati membri competenti ad adottare le sanzioni per le infrazioni all'art. 2 di questo regolamento, ciò che consente di estendere al caso le argomentazioni adottate dalla Corte per le direttive».

Di interesse particolare è l'affermazione successiva della Corte (n. 63): nell'ipotesi in cui il giudice nazionale pervenga alla conclusione che il diritto nazionale non interdice la condotta vietata dal regolamento, «il principio di legalità delle pene, consacrato dall'art. 7 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che è un principio generale di diritto comunitario comune alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, impedisce di sanzionare penalmente un tale comportamento, anche nel caso in cui la norma nazionale sia contraria al diritto comunitario» (la traduzione non è ufficiale).

Secondo la Corte, il *principio di legalità* in materia penale, in quanto principio generale di diritto, fa sì che una norma nazionale continui ad essere applicabile anche se in contrasto

direttiva *di per sé* né la violazione del principio di legalità poiché sarebbe stata applicata la sanzione prevista da norme statali precedenti di attuazione della direttiva.

La contraddittorietà della motivazione induce a verificare se, come talvolta si riscontra nelle sue sentenze, la Corte non abbia lasciato inespresso alcune argomentazioni di principio, date come presupposte.

Una normativa nazionale, che non abbia attuato correttamente una direttiva, è inapplicabile (3).

Secondo principi enunciati da tempo dalla Corte, la norma nazionale, comunitariamente illegittima, non può trovare applicazione sin dalla sua emanazione ed è incapace di produrre effetti. In questo senso va intesa la *inapplicabilità* di diritto comunitario.

La non applicabilità è un effetto che deriva dal rapporto tra norma comunitaria e norma statale.

Nel caso, nel quale la Corte si è pronunciata, si riscontrava anche un rapporto di diritto interno tra le due versioni degli artt. 2621 e 2622 c.c.

con un regolamento comunitario.

È questo un caso in cui un *principio* di diritto comunitario, quale è quello della inapplicabilità delle norme nazionali in contrasto con un regolamento comunitario, deve cedere ad un *principio generale* di ordine superiore quale è il *principio di legalità*.

Da questa giurisprudenza si ricava che da una norma dell'ordinamento comunitario non si può desumere la condotta soggetta alle sanzioni penali previste dal diritto interno, sempre che, nel caso della direttiva, manchino le norme nazionali di attuazioni o, nel caso del regolamento, siano state conservate in contrasto norme di diritto interno.

Le norme comunitarie, in genere, non prevedono sanzioni, per le quali si rimettono al diritto interno. «Qualora una normativa comunitaria non contenga alcuna disposizione specifica che preveda una sanzione in caso di trasgressione o faccia rinvio, al riguardo, alle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative nazionali, l'art. 10 impone agli Stati membri di adottare tutte le misure atte ad assicurare la portata e l'efficacia del diritto comunitario» (si è trascritto dalla sentenza 15 gennaio 2004, *Penycoed Farming Partnership*, C 230/01 (n.36)). Il principio era stato enunciato in diverse sentenze precedenti, a cominciare dalla sentenza 21 settembre 1989, *Commissione/Grecia*, 89/1988, talvolta con la precisazione che «a tal fine, pur mantenendo la scelta delle sanzioni, essi devono segnatamente vegliare a che le violazioni del diritto comunitario siano punite, sotto il profilo sostanziale e procedurale, in forme analoghe a quelle previste per le violazioni di diritto interno simili per natura e importanza e che, in ogni caso, conferiscano alla sanzione stessa un carattere effettivo, proporzionale e dissuasivo» (sentenza 30 settembre 2003, *Inspire Art Lmd*, C 167/01 (n.62)).

(3) La giurisprudenza sul punto è ampia. Tra le tante può essere richiamata la sentenza 24 ottobre 1996, *Aannemersbedrijf P.K. Fraaijeverld BV e.a. c. Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, C 72/1995 (nn. 60 e 61) dove è precisato che «quando, in virtù del diritto nazionale, un giudice ha l'obbligo o la facoltà di sollevare d'ufficio motivi di diritto basati su una norma interna di natura vincolante che non siano stati addotti dalle parti, detto giudice è tenuto a verificare d'ufficio, nell'ambito della sua competenza, se gli organi legislativi o amministrativi dello Stato membro siano rimasti entro i limiti del margine di discrezionalità... della direttiva e di tenerne conto nel contesto dell'esame del ricorso... Nel caso in cui sia stato superato tale margine di discrezionalità e, pertanto, le disposizioni nazionali debbano essere a tal riguardo disapplicate, spetta agli organi dello Stato membro, nell'ambito delle loro attribuzioni, adottare tutti i provvedimenti necessari, generali o particolari...».

Lo stesso principio non è richiamato espressamente, perché dato per presupposto, nella sentenza 5 ottobre 2004, *Bernhard Pfeiffer ed altri*, C da 397/01 a 401/01.

Più precisamente, si trattava di accertare se le norme successive mantenevano il loro effetto abrogante delle norme precedenti.

La questione, come evidente, era di diritto interno ed era distinta da quella di diritto comunitario sulla inapplicabilità.

La non applicabilità della norma statale, illegittima dal punto di vista comunitario, incide solo sugli effetti della norma nell'ambito comunitario, norma che, come atto di diritto interno, rimane in vita.

L'abrogazione è un effetto che, secondo l'ordinamento statale di riferimento, la norma successiva produce su quella precedente incompatibile.

Data la separazione tra i due ordinamenti, la illegittimità della norma nazionale nell'ordinamento comunitario non incide di per sé sulla sua efficacia di diritto interno, che va verificata secondo i principi ordinari dell'ordinamento di riferimento.

Se la Corte avesse accertato la illegittimità comunitaria degli artt. 2621 e 2622 c.c. nel nuovo testo, con la loro conseguente inapplicabilità, si sarebbe dovuta fermare. Non avrebbe potuto ritenere applicabili i due articoli nella loro formulazione precedente perché si sarebbe pronunciata su una questione di diritto interno sulla quale non aveva giurisdizione.

Per la loro illegittimità comunitaria, le due norme di diritto interno sarebbe state inapplicabili, ma la loro inapplicabilità, che è effetto di diritto comunitario, non avrebbe potuto comportare effetti di diritto interno; comunque, la Corte non avrebbe avuto la competenza ad accertarlo.

In particolare la inapplicabilità non avrebbe potuto incidere, eliminandolo, sul loro effetto abrogativo di norme statali precedenti, effetto che si sarebbe conservato perché le norme successive, in quanto atti di diritto interno, continuavano ad operare, sempre che una norma statale non le avesse abrogate espressamente.

Si può così spiegare perché la Corte abbia ritenuto che l'aggravamento della posizione degli imputati sarebbe in pratica stato prodotto dalla direttiva.

La motivazione, apparentemente contraddittoria, può trovare la sua coerenza nella impossibilità per la Corte di interferire su questioni attinenti ai rapporti tra norme nazionali penali successive.

L'effetto abrogativo delle norme sottoposte al suo giudizio non sarebbe venuto meno se fossero risultate comunitariamente illegittime e, comunque, non poteva essere la Corte a pronunciarsi circa i rapporti tra norme di diritto interno tra le quali il giudice nazionale aveva riferito che si erano verificati effetti abrogativi.

Di conseguenza, per la inapplicabilità delle norme nazionali successive ed a seguito dell'abrogazione di quelle precedenti, nel giudizio penale avrebbero finito con l'assumere rilievo quelle desumibili dalla direttiva, che non poteva produrre effetti in questo senso sia per le ragioni di principio, richiamate dalla Corte, sia perché non vi erano fissate sanzioni, tanto meno penali.

Nello stesso modo potrebbe trovare una sua giustificazione anche il richiamo al principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite.

La norma penale successiva continuava ad avere vigore nell'ordinamento interno e di conseguenza rimaneva applicabile l'art. 2, secondo comma, c.p.

Quel principio, come ha chiarito la Corte, è parte integrante dei principi generali del diritto comunitario. Di conseguenza il giudice nazionale lo deve osservare anche quando applica il diritto nazionale adottato per attuare l'ordinamento comunitario e, in particolare, le direttive sul diritto societario.

Veniva meno, pertanto, qualsiasi dubbio circa la legittimità comunitaria dell'art. 2, secondo comma, c.p..

Le argomentazioni inespresse che possono spiegare perché la Corte abbia affrontato l'argomento si possono desumere dalla ordinanza del 13 gennaio 2004, con la quale è stata riaperta la procedura orale nel giudizio *Bernhard Pfeiffer*, già richiamato.

Vi si legge (la traduzione non è ufficiale): «in primo luogo, la normativa tedesca sulla durata del lavoro è speciale nel senso che questa disposizione interna costituisce una disciplina derogatoria, perché, nell'attuare la direttiva suddetta, porta altre disposizioni più generali, relative alla determinazione dei tempi di lavoro e dei periodi di riposo, che risultano conformi al diritto comunitario e *che permetterebbero, da sole, di dare tutela alle pretese degli attori nella causa principale.*».

E successivamente: «In queste condizioni, si propone la questione di sapere se la verifica della incompatibilità di una disposizione di diritto interno adottata per attuare una norma portata da una direttiva implica, in quanto per quest'ultima norma ricorrono le condizioni per produrre un effetto diretto, che la giurisdizione, investita di una controversia tra privati, debba disapplicare la disposizione interna e, ricorrendone le condizioni, non fare applicazione che delle sole disposizioni della normativa nazionale che sono conformi alle previsioni del diritto comunitario, così da assicurare sia la effettività di quest'ultimo che la tutela del prestatori di lavori, perseguita dalla direttiva...».

Anche se per questo era stata riaperta la fase orale, la questione non si trova affrontata nella sentenza (5 ottobre 2004).

La Corte, nella sentenza che si sta esaminando, trovandosi a giudicare di un caso in cui la norma interna non era speciale rispetto ad una disciplina generale, ma abrogativa di una norma nazionale precedente, ha seguito la soluzione più prudente, che potesse riuscire utile al giudice nazionale per ogni orientamento che avesse seguito.

Ha accertato la legittimità comunitaria del principio dell'applicazione della legge successiva più favorevole.

Sul presupposto che, dichiarata la illegittimità comunitaria della norma sottoposta al suo esame, i suoi effetti abrogativi si fossero conservati, ha ribadito che in sede penale la direttiva non avrebbe potuto trovare applicazione perché non consentito dall'ordinamento comunitario.

Corte di Giustizia delle Comunità europee, Grande Sezione, sentenza 3 maggio 2005, nelle cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02. – Pres. Skouris – Rel. Timmermans – Avv. Gen. Kokott – Domande di pronuncia pregiudiziale proposte dal Tribunale di Milano e dalla Corte di Appello di Lecce in vari procedimenti penali – Interv.: imputati vari (avv.ti G. Pecorella e N. Ghedini; P. Corleto; G. Roberti e P. Siniscalchi); Proc. Repubblica di Milano (G. Colombo e I. Boccassini); Governo italiano (avv. Stato O. Fiumara); Commissione delle C.E. (ag. V. Di Bucci e C. Schmidt).

In circostanze come quelle in questione nelle cause principali (reato di falso in bilancio sanzionato con pena più mite con norma nazionale successiva al fatto in ipotesi commesso, eventualmente contrastante con il principio di adeguatezza stabilito da...) la 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'articolo 58, secondo comma, del Trattato per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi, non può essere invocata in quanto tale dalle autorità di uno Stato membro nei confronti degli imputati nell'ambito di procedimenti penali, poiché una direttiva non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale degli imputati.

(Trattato CE, artt. 10 e 44; direttive sulle società – prima – 68/151/CEE – quarta – 78/660/CEE – settimana 83/349/CEE; artt. 2621 e 2622 cod. civ. e art. 2 cod. pen. italiano)

«(omissis) 52. — Con le questioni sollevate, i giudici del rinvio cercano essenzialmente di sapere se, in ragione di talune disposizioni che essi contengono, i nuovi artt. 2621 e 2622 del codice civile siano compatibili con l'esigenza del diritto comunitario afferente all'adeguatezza delle sanzioni per violazione di disposizioni dell'ordinamento comunitario (v. punto 36 della presente sentenza).

Sull'esigenza del diritto comunitario relativa all'adeguatezza delle sanzioni.

53. — In via preliminare, occorre esaminare se l'esigenza afferente all'adeguatezza delle sanzioni per reati risultanti da falsità in scritture contabili, come quelli previsti dai nuovi artt. 2621 e 2622 del codice civile, venga imposta dall'art. 6 della prima direttiva sul diritto societario, oppure derivi dall'art. 5 del Trattato che, secondo una giurisprudenza costante ricordata al punto 36 della presente sentenza, implica che le sanzioni per la violazione di disposizioni del diritto comunitario devono essere effettive, proporzionate e dissuasive.

54. — A tal riguardo, va constatato che sanzioni per reati risultanti da falsità in scritture contabili, come quelli previsti dai nuovi artt. 2621 e 2622 del codice civile, mirano a reprimere violazioni gravi e manifeste del principio fondamentale, il cui rispetto costituisce l'obiettivo di massima rilevanza della quarta direttiva sul diritto societario, che deriva dal quarto "considerando" e dall'art. 2, nn. 3 e 5, di questa direttiva, secondo cui i conti annuali delle società a cui si riferisce la detta direttiva devono fornire un quadro fedele della situazione patrimoniale e finanziaria nonché del risultato economico della stessa (v., in tal senso, sentenza 7 gennaio 2003, causa C-306/1999, BIAO, *Racc.* pag. I-1, punto 72 e giurisprudenza ivi citata).

55. — Tale constatazione può essere estesa del resto alla settima direttiva sul diritto societario che, all'art. 16, nn. 3 e 5, prevede in sostanza, in materia di conti consolidati, disposizioni identiche a quelle enunciate dall'art. 2, nn. 3 e 5, della quarta direttiva sul diritto societario per i conti annuali.

56. — Per quanto riguarda il regime sanzionatorio previsto all'art. 6 della prima direttiva sul diritto societario, la formulazione di tale disposizione fornisce di per sé un indizio nel senso che tale regime deve essere inteso come concernente non solo i casi di un'omissione di qualsiasi pubblicità dei conti annuali, ma anche quelli di una pubblicità di conti annuali non redatti conformemente alle disposizioni previste dalla quarta direttiva sul diritto societario relativamente al contenuto di tali conti.

57. — Infatti, il detto art. 6 non si limita a prevedere l'obbligo per gli Stati membri di stabilire sanzioni adeguate per mancata pubblicazione del bilancio e del conto profitti e perdite, ma prevede un obbligo di tale tipo per mancata pubblicazione di tali documenti come prescritta dall'art. 2, n. 1, lett. f), della prima direttiva sul diritto societario. Orbene, quest'ultima disposizione fa espresso riferimento all'armonizzazione prevista delle norme relative al contenuto dei conti annuali, la quale è stata realizzata dalla quarta direttiva sul diritto societario.

58. — Dall'economia della quarta direttiva sul diritto societario, la quale completa, per gli stessi tipi di società, gli obblighi stabiliti dalla prima direttiva sul diritto societario, e dall'assenza in tale direttiva di norme generali relative alle sanzioni, risulta che, a prescindere dai casi coperti dalla deroga specifica prevista all'art. 51, n. 3, della quarta direttiva sul diritto societario, il legislatore comunitario ha voluto effettivamente estendere l'applicazione del regime sanzionatorio di cui all'art. 6 della prima direttiva sul diritto societario alle violazioni degli obblighi contenuti nella quarta direttiva sul diritto societario e, in particolare, alla mancata pubblicazione di conti annuali conformi, quanto al loro contenuto, alle norme previste a tal riguardo.

59. — La settima direttiva sul diritto societario prevede, invece, una norma generale di tale tipo all'art. 38, n. 6. Non si può contestare che tale norma generale si applichi anche alla pubblicità di conti consolidati non redatti conformemente alle norme stabilite da questa stessa direttiva.

60. — Tale differenza di contenuto tra la quarta e la settima direttiva sul diritto societario si spiega per il fatto che l'art. 2, n. 1, lett. *f*), della prima direttiva sul diritto societario non fa alcun riferimento ai conti consolidati. L'art. 6 di questa direttiva non può quindi essere considerato come applicabile al caso di inosservanza degli obblighi relativi ai conti consolidati.

61. — Un'interpretazione del detto art. 6 nel senso che esso si applica anche alla mancata pubblicazione di conti annuali redatti conformemente alle norme previste per quanto riguarda il contenuto degli stessi è inoltre confermata dal contesto e dagli obiettivi delle direttive in questione.

62. — A tale riguardo, occorre prendere in considerazione, in particolare, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 72-75 delle sue conclusioni, il ruolo fondamentale della pubblicità dei conti annuali delle società di capitali e, a maggior ragione, dei conti annuali redatti conformemente alle norme armonizzate relative al loro contenuto, al fine di tutelare gli interessi dei terzi, obiettivo chiaramente sottolineato nei preamboli sia della prima sia della quarta direttiva sul diritto societario.

63. — Ne consegue che l'esigenza relativa all'adeguatezza delle sanzioni come quelle previste dai nuovi artt. 2621 e 2622 del codice civile per i reati risultanti da falsità in scritture contabili è imposta dall'art. 6 della prima direttiva sul diritto societario.

64. — Ciò non toglie che, per chiarire la portata dell'esigenza relativa all'adeguatezza delle sanzioni stabilite al detto art. 6, può essere utilmente presa in considerazione la giurisprudenza costante della Corte relativa all'art. 5 del Trattato, da cui deriva un'esigenza di identica natura.

65. — Secondo tale giurisprudenza, pur conservando la scelta delle sanzioni, gli Stati membri devono segnatamente vegliare a che le violazioni del diritto comunitario siano punite, sotto il profilo sostanziale e procedurale, in forme analoghe a quelle previste per le violazioni del diritto interno simili per natura e importanza e che, in ogni caso, conferiscano alla sanzione stessa un carattere effettivo, proporzionale e dissuasivo (v., in particolare, sentenze Commissione/Grecia, *cit.*, punti 23 e 24; 10 luglio 1990, causa C-326/1988, Hansen, *Racc.* pag. 1-2911, punto 17; 30 settembre 2003, causa C-167/01, Inspire Art, *Racc.* pag. I-10155, punto 62, e 15 gennaio 2004, causa C-230/01, Penycloed, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, punto 36 e giurisprudenza ivi citata).

Sul principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite

66. — A prescindere dall'applicabilità dell'art. 6 della prima direttiva sul diritto societario alla mancata pubblicazione dei conti annuali, va osservato che, in virtù dell'art. 2 del codice penale, che enuncia il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite, i nuovi artt. 2621 e 2622 del codice civile dovrebbero essere applicati anche se sono entrati in vigore solo successivamente alla commissione dei fatti che sono all'origine delle azioni penali avviate nelle cause principali.

67. — Va a tal riguardo ricordato che, secondo una giurisprudenza costante, i diritti fondamentali costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte garantisce l'osservanza. A tal fine, quest'ultima s'ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali in materia di tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito (v., in particolare, sentenze 12 giugno 2003, causa C-112/00, Schmidberger, *Racc.* pag. I-5659, punto 71 e giurisprudenza ivi citata, e 10 luglio 2003, cause riunite C-20/00 e C-64/00, Booker Aquaculture e Hydro Seafood, *Racc.* pag. I-7411, punto 65 e giurisprudenza ivi citata).

68. — Orbene, il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite fa parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri.

69. — Ne deriva che tale principio deve essere considerato come parte integrante dei principi generali del diritto comunitario che il giudice nazionale deve osservare quando applica il diritto nazionale adottato per attuare l'ordinamento comunitario e, nella fattispecie, in particolare, le direttive sul diritto societario.

Sulla possibilità di invocare la prima direttiva sul diritto societario.

70. — Si pone tuttavia la questione se il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite si applichi qualora questa sia contraria ad altre norme di diritto comunitario.

71. — Non è però necessario decidere tale questione ai fini delle controversie principali, poiché la norma comunitaria in questione è contenuta in una direttiva fatta valere nei confronti di un soggetto dall'autorità giudiziaria nell'ambito di procedimenti penali.

72. — È vero che, nel caso in cui i giudici del rinvio, sulla base delle soluzioni loro fornite dalla Corte, dovessero giungere alla conclusione che i nuovi artt. 2621 e 2622 del codice civile, a causa di talune disposizioni in essi contenute, non soddisfano l'obbligo del diritto comunitario relativo all'adeguatezza delle sanzioni, ne deriverebbe, secondo una giurisprudenza consolidata della Corte, che gli stessi giudici del rinvio sarebbero tenuti a disapplicare, di loro iniziativa, i detti nuovi articoli, senza che ne debbano chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale (v., in particolare, sentenze 9 marzo 1978, causa 106/1977, *Simmenmal*, *Racc.* pag. 629, punti 21 e 24; 4 giugno 1992, cause riunite C-13/1991 e C-113/1991, *Debus*, *Racc.* pag. I-3617, punto 32, e 22 ottobre 1998, cause riunite da C-10/1997 a C-22/1997, *IN. CO. GE.'90 e a.*, *Racc.* pag. I-6307, punto 20).

73. — Tuttavia, la Corte ha anche dichiarato in maniera costante che una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un soggetto e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti (v., in particolare, sentenza 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer e a.*, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, punto 108 e giurisprudenza ivi citata).

74. — Nel contesto specifico di una situazione in cui una direttiva viene invocata nei confronti di un soggetto dalle autorità di uno Stato membro nell'ambito di procedimenti penali, la Corte ha precisato che una direttiva non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle dette disposizioni (v., in particolare, sentenze 8 ottobre 1987, causa 80/1986, *Kolpinghuis Nijmegen*, *Racc.* pag. 3969, punto 13, e 7 gennaio 2004, causa C-60/02, X, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, punto 61 e giurisprudenza ivi citata).

75. — Orbene, far valere nel caso di specie l'art. 6 della prima direttiva sul diritto societario al fine di far controllare la compatibilità con tale disposizione dei nuovi artt. 2621 e 2622 del codice civile potrebbe avere l'effetto di escludere l'applicazione del regime sanzionatorio più mite previsto dai detti articoli.

76. — Infatti, dalle ordinanze di rinvio risulta che, se i nuovi artt. 2621 e 2622 del codice civile dovessero essere disapplicati a causa della loro incompatibilità con il detto art. 6 della prima direttiva sul diritto societario, ne potrebbe derivare l'applicazione di una sanzione penale manifestamente più pesante, come quella prevista dall'originario art. 2621 di tale codice, durante la cui vigenza sono stati commessi i fatti all'origine delle azioni penali avviate nelle cause principali.

77. — Una tale conseguenza contrasterebbe con i limiti derivanti dalla natura stessa di qualsiasi direttiva, che vietano, come risulta dalla giurisprudenza ricordata ai punti 73 e 74 della presente sentenza, che una direttiva possa avere il risultato di determinare o di aggravare la responsabilità penale degli imputati.

78. — Tenuto conto di tutto quanto precede, le questioni pregiudiziali vanno risolte dichiarando che, in circostanze come quelle in questione nelle cause principali, la prima direttiva sul diritto societario non può essere invocata in quanto tale dalle autorità di uno Stato membro nei confronti degli imputati nell'ambito di procedimenti penali, poiché una direttiva non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale degli imputati. (*omissis*)».

I GIUDIZI IN CORSO ALLA CORTE DI GIUSTIZIA CE

Causa C-125/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Direttiva 93/314/CEE – Art. 13 B, lett. *d*), n. 6 – art. 4, n. 4, lett. *a*) – Clausole contrattuali vincolanti per il consumatore – Nullità – Ordinanza del «*Collège d'arbitrage de la Commission Litiges Voyages*» (Belgio), emessa il 4 dicembre 2003, notificata il 14 giugno 2004 – Causa tra Guy Denuit e Betty Cordennier contro Transorient – Mosaïque voyages et culture s.a. (cs. 38991/04, avv. dello Stato G. De Bellis).

IL FATTO

La convenuta si era impegnata, a proprio nome, previo pagamento del prezzo globale di EUR 2 765, a fornire agli attori un viaggio e un soggiorno in Egitto che comprendeva, tra altro, il trasporto in aereo (andata e ritorno) in partenza da Bruxelles, nonché una crociera Luxor-Assouan-Luxor, in cabina tripla, a bordo del battello *Beau Soleil*, dal 2 al 9 marzo 2003.

La convenuta aveva pertanto concluso con ciascuno degli attori un contratto di organizzazione di viaggi ai sensi dell'art. 1, primo comma, della legge 16 febbraio 1994, relativa ai contratti di organizzazione e di intermediazione di viaggi.

Gli attori chiedono la condanna della convenuta a rimborsare loro parte del prezzo globale pagato.

I QUESITI

1. – Qualora la clausola contrattuale che vincola il consumatore all'organizzatore e/o al dettagliante preveda solo la possibilità di modifica del prezzo in aumento e ne indichi le precise modalità di calcolo unicamente al fine di tenere conto delle variazioni tassativamente indicate dalla norma suddetta, se la stessa debba essere interpretata nel senso che comporti tacitamente la modifica del prezzo in diminuzione secondo le medesime modalità di calcolo.

2. – Qualora la clausola contrattuale che vincola il consumatore all'organizzatore e/o al dettagliante preveda la possibilità di modifica del prezzo in aumento come pure in diminuzione senza indicarne le precise modalità di calcolo e unicamente al fine di tenere conto delle variazioni tassativamente indicate dalla norma suddetta, se la stessa debba essere interpretata nel senso che comporti la nullità dell'intera clausola ovvero nel senso che limita la nullità della modifica del prezzo in aumento.

3. – Qualora la clausola contrattuale che vincola il consumatore all'organizzatore e/o al dettagliante preveda la possibilità esclusivamente a favore dell'organizzatore di viaggi e/o del dettagliante di modifica del prezzo in aumento come pure in diminuzione e ne indichi le modalità precise di calcolo unicamente al fine di tenere conto delle variazioni tassativamente indicate dalla norma suddetta, se la stessa debba essere interpretata nel senso che comporti la nullità dell'intera clausola ovvero la nullità di questa si limita alla modifica del prezzo in aumento.

4. – Qualora la clausola contrattuale che vincola il consumatore all'organizzatore e/o al dettagliante preveda la possibilità, a favore di entrambe le parti, di una modifica del prezzo in aumento come pure in diminuzione e ne indichi le modalità precise di calcolo, unicamente al fine di tenere conto delle variazioni tassativamente previste dalla norma suddetta, se la stessa debba essere interpretata nel senso che faccia obbligo all'organizzazione del viaggio e/o al dettagliante di procedere alla modifica del prezzo in diminuzione, quand'anche non sia richiesta dal consumatore.

Causa C-141/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore – Direttiva del Consiglio 89/48/CEE – Artt. 39CE e 43CE – Ordinanza del «*Symvoulío tis Epikrateias*» (Grecia), emessa il 30 dicembre 2003, notificata il 24 maggio 2004 (cs. 35091/04, avv. dello Stato G. De Bellis).

IL FATTO

Controversia fra un ingegnere, cittadino greco che aveva conseguito il titolo di studi in ingegneria nella Repubblica Federale di Germania nel 1980, e l'Ordine degli ingegneri di Grecia, avente ad oggetto la pretesa illegittimità delle decisioni del Consiglio amministrativo dell'Ordine, che respingeva la richiesta del ricorrente di essere iscritto nell'albo degli ingegneri per poter esercitare il diritto alla professione.

I QUESITI

1. – Se le disposizioni degli artt. 3, 4, n. 1, lett. *a)* e *b)*, e n. 2, nonché 6, nn. 1-4 della direttiva del Consiglio 89/48/CEE, relativa ad un sistema generale di riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore che sanzionano formazioni professionali di una durata minima di tre anni (*Gazzetta Ufficiale* L 19, pag. 16) come inizialmente vigenti, siano incondizionate e sufficientemente precise, di modo che, nel periodo intercorso tra la scadenza del termine di trasposizione della direttiva stessa e la sua trasposizione tardiva nell'ordinamento giuridico interno di un determinato Stato membro (Stato membro ospitante), esse possano essere invocate dinanzi un organo amministrativo di quest'ultimo Stato membro a cui la legislazione nazionale, come vigente prima della trasposizione della direttiva, attribuiva la competenza a concedere l'abilitazione ad esercitare una determinata professione regolamentata da parte di un singolo che, facendo valere la titolarità di un diploma conseguito in un altro Stato membro e rientrando nell'ambito di applicazione della citata direttiva, chieda, in applicazione di tali disposizioni, di poter accedere a una determinata professione e di poterla poi esercitare nello Stato membro ospitante.

2. – In caso di soluzione negativa della prima questione pregiudiziale: per il caso in cui, nel periodo intercorso tra la scadenza del termine di trasposizione della direttiva 89/48/CEE e la sua trasposizione tardiva nell'ordinamento giuridico interno di un determinato Stato membro (Stato membro ospitante), le disposizioni della direttiva non potessero essere invocate da un singolo dinanzi a un organo amministrativo di quest'ultimo Stato membro, al quale la legislazione nazionale, come vigente prima della trasposizione

della direttiva, assegnava la competenza a rilasciare l'abilitazione all'esercizio di una determinata professione previo il superamento di esami, per partecipare ai quali occorreva essere in possesso di un diploma rilasciato da un istituto di istruzione superiore dello Stato membro ospitante o di un diploma straniero, riconosciuto equivalente ai titoli rilasciati dagli istituti di istruzione superiore di tale Stato (previo espletamento di una procedura, di applicazione generale, di riconoscimento dell'equivalenza accademica dei titoli stranieri, avente caratteristiche come quelle esposte nella motivazione della presente sentenza, si chiede se il citato organo potesse, tenuto conto degli artt. 39 e 43 (*ex* artt. 48 e 52) del Trattato che istituisce la Comunità europea, subordinare l'accoglimento della richiesta di un singolo – il quale, facendo valere un titolo conseguito in un altro Stato membro, chiedeva, nel periodo in questione, di poter accedere alla citata professione e di poterla esercitare nello Stato membro ospitante – previo riconoscimento, in base alla citata procedura generale, dell'equivalenza accademica del titolo di cui egli era in possesso rispetto ai titoli rilasciati dagli istituti di istruzione superiore di tale Stato, nonché al superamento degli esami previsti dalla legislazione nazionale, o se tale organo fosse tenuto a procedere esso stesso al raffronto tra le competenze attestate dal titolo presentato e le conoscenze e qualifiche richieste dalla legislazione nazionale e, a seconda dell'esito di tale raffronto, ad esonerare l'interessato, del tutto o in parte, dall'obbligo di partecipare agli esami.

Causa C-142/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore – Direttiva del Consiglio 89/48/CEE – Direttiva del Consiglio 92/51/CEE – Artt. 40 CE, 47 CE e 55 CE – Ordinanza del «*Symvoulio tis Epikrateias*» (Grecia), emessa il 30 dicembre 2003, notificata il 24 maggio 2004 (cs. 35093/04, avv. dello Stato G. De Bellis).

IL FATTO

Controversia fra una ergoterapeuta, cittadina greca, e il Ministero della Salute e della Previdenza Sociale di Grecia avente ad oggetto la pretesa illegittimità della decisione del Consiglio per il riconoscimento dei titoli professionali di ergoterapeuta che respingeva la richiesta della ricorrente diretta ad ottenere il riconoscimento del suo titolo professionale, conseguito nella Repubblica Federale di Germania.

I QUESITI

1. – Se le disposizioni degli artt. 3, 4, n. 1, lett. *a*) e *b*), e n. 2, nonché 10, nn. 1-4, della direttiva del Consiglio 92/51/CEE, relativa ad un secondo sistema generale di riconoscimento della formazione professionale, che integra la direttiva 89/48/CEE (*G. U. L* 209 pag. 25) siano incondizionate e sufficientemente precise, di modo che, nel periodo intercorso tra la scadenza del termine di trasposizione della direttiva stessa e la sua trasposizione tardiva nell'ordinamento giuridico interno di un determinato Stato membro (Stato membro ospitante), esse possano essere invocate dinanzi un organo amministrativo di quest'ultimo Stato membro – a cui la legislazione nazionale, come vigente prima della trasposizione della direttiva, attribuiva la competenza a

concedere l'abilitazione ad esercitare una determinata professione regolamentata – da parte di un singolo che, facendo valere la titolarità di un diploma conseguito in un altro Stato membro e rientrando nell'ambito di applicazione della citata direttiva, chieda, in applicazione di tali disposizioni, di poter accedere a una determinata professione e di poterla poi esercitare nello Stato membro ospitante.

2. – Inoltre, in caso di soluzione negativa della prima questione pregiudiziale:

per il caso in cui, nel periodo intercorso tra la scadenza del termine di trasposizione della direttiva 92/51/CEE e la sua trasposizione tardiva nell'ordinamento giuridico interno di un determinato Stato membro (Stato membro ospitante), le disposizioni della direttiva non potessero essere invocate da un singolo dinanzi a un organo amministrativo di quest'ultimo Stato membro, al quale la legislazione nazionale, come vigente prima della trasposizione della direttiva, assegnava la competenza a rilasciare l'abilitazione all'esercizio di una determinata professione, vuoi ai diplomati presso il relativo istituto tecnologico di formazione, vuoi ai titolari di un diploma straniero, riconosciuto come equivalente ai titoli rilasciati dagli istituti tecnologici di formazione di tale Stato, previo espletamento di una procedura, di applicazione generale, come descritta al punto 75, si chiede se il citato organo potesse, tenuto conto degli artt. 39 e 43 (*ex artt.* 48 e 52) del Trattato che istituisce la Comunità europea, subordinare l'accoglimento della richiesta di un singolo – il quale, facendo valere un titolo conseguito in un altro Stato membro, chiedeva, nel periodo in questione, di poter accedere alla citata professione e di poterla esercitare nello Stato membro ospitante – al previo riconoscimento, in base alla citata procedura generale, dell'equivalenza del titolo di cui egli era in possesso rispetto ai titoli rilasciati dagli istituti tecnologici di formazione di tale Stato, o se il detto organo fosse tenuto a procedere esso stesso al raffronto tra le competenze attestate dal titolo presentato e le conoscenze e qualifiche richieste dalla legislazione nazionale, giudicando di conseguenza.

Causa C-169/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CE (sesta direttiva IVA) – Art. 13 *B*, lett. *d*), n. 6 – Gestione di fondi comuni d'investimento – Definizione – Potere degli Stati membri – Direttiva del Consiglio 85/611/CEE (la direttiva OICVM) – Servizi prestati da un gestore terzo – Ordinanza del «*VAT and Duties Tribunal, London*» (Regno Unito), emessa il 29 marzo 2004, notificata il 14 giugno 2004 nella causa tra *Abbey National plc* e *Inscape Investment Limited* contro *The Commissioners of customs and excise* (cs. 38988/04, avv. dello Stato G. De Bellis).

IL FATTO

Il procedimento pendente dinanzi al *VAT and Duties Tribunal* è dato da due ricorsi riuniti proposti dall'*Abbey National Plc*. I membri del gruppo fiscale IVA dell'*Abbey National* sono gestori di taluni organismi d'investimento collettivo in valori mobiliari (in prosieguo: gli «OICVM»). La *Inscape* ha subappaltato talune attività cui per legge doveva provvedere, per esempio, i servizi amministrativi e contabili, alla *Bank of New York Europe Limited*

(«BNYE») e successivamente alla *Bank of New York* («BNY»). Inoltre la disciplina relativa agli OICVM prescrive che il fondo deve avere un fiduciario («trustee») separato, se è un fondo comune di investimento, o un depositario, se è una società di investimenti a capitale variabile (SICAV) e nell'uno e nell'altro caso il fiduciario o il depositario espone commissioni per i suoi servizi.

L'Abbey National impugna l'addebito dell'IVA alla sua società controllata *Inscope* da parte della BNYE e della BNY, per le attività di amministrazione e contabili che queste avevano prestato in qualità di amministratrici del fondo. *L'Abbey National* propone altresì appello avverso l'addebito dell'IVA da parte di taluni fiduciari di fondi comuni gestiti dalle sue società controllate. *L'Inscope Investment Found*, che è una della SICAV gestite dalle società controllate dall'*Abbey National*, impugna altresì l'addebito dell'IVA da parte del suo depositario.

L'Abbey National sostiene che i servizi forniti dalla BNYE e dalla BNY, quali amministratrici del fondo, alle sue società controllate facenti parte del suo gruppo IVA sono esonerati da IVA, in quanto rientrano nella «gestione di fondi comuni di investimento», ai sensi dell'art. 13 B, lett. d), n. 6, della sesta direttiva IVA. *L'Abbey National* e *l'Inscope Investment Found* sostengono quindi che i servizi prestati dai fiduciari e dai depositari sono esonerati ai sensi del medesimo articolo. I «*Commissioners of Customs and Excise*» sostengono che per tali servizi sono adeguatamente previste aliquote standard di IVA.

I QUESITI

1. – Se l'esenzione per la «gestione di fondi comuni d'investimento, quali definiti dagli Stati membri» («*management of special investments funds as defined by Member States*»), figurante all'art. 13 B, lett. d), n. 6, della sesta direttiva IVA, implichi che gli Stati membri dispongono del potere di definire le attività rientranti nella «gestione» dei fondi comuni d'investimento oltre che del potere di definire i fondi comuni che possono beneficiare dell'esenzione.

2. – Qualora la soluzione della questione *sub* 1) sia negativa e al termine della «gestione» di cui alla ridetta norma debba attribuirsi un significato autonomo, se, alla luce della direttiva del Consiglio 85/611/CEE, concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative in materia di taluni organismi d'intervento in valori mobiliari, nella versione successivamente modificata («la direttiva OICVM»), le spese esposte da un depositario o da un fiduciario per i servizi da lui forniti ai sensi degli artt. 7 e 14 della direttiva OICVM, delle norme regolatrici nazionali e delle pertinenti disposizioni del fondo, siano prestazioni di «gestione di fondi comuni d'investimento» ai sensi dell'art. 13 B, lett. d), n. 6, della sesta direttiva IVA.

3. – Ancora, nel caso in cui la soluzione della questione *sub* 1) sia negativa e al termine «gestione» debba attribuirsi un significato autonomo di diritto comunitario, se l'esenzione per la gestione di «fondi comuni d'investimento» di cui all'art. 13 B, lett. d), n. 6, della sesta direttiva IVA si applichi ai servizi prestati da un gestore terzo per quanto riguarda la gestione amministrativa dei fondi.

Causa C-200/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Imposta sul giro di affari – Armonizzazione delle legislazioni fiscali degli Stati membri – Disposizione speciale per le agenzie di viaggio – Direttiva 77/388/CEE – Ordinanza del «Bundesfinanzhof» (Germania) notificata il 14 giugno 2004 (cs. 35104/04, avv. dello Stato G. De Bellis).

IL FATTO

La ricorrente e resistente in cassazione (*Revision*) – una società a responsabilità limitata – organizza viaggi di studio e per corsi linguistici a livello internazionale. È membro della DFH *Deutscher Fachverband High School e V.*, e offre, tra l'altro, i cosiddetti «*High - School - Programme*» e i cosiddetti «*College-Programme*». Il procedimento per cassazione (*Revision*) ha ad oggetto il trattamento sotto il punto di vista della normativa sull'imposta sul giro di affari del fatturato connesso a tale attività che la ricorrente ha conseguito negli anni controversi dal 1995 fino al 1997.

IL QUESITO

Se la disposizione speciale prevista per le agenzie di viaggio, di cui all'art. 26 della direttiva 77/388/CEE, viga anche per i giri di affari di un organizzatore di cosiddetti «*High-School-Programmen*» e di «*College-Programmen*» con un soggiorno all'estero da 3 a 10 mesi, che vengono offerti ai partecipanti a proprio nome e per la cui esecuzione vengono in considerazione prestazioni di altri soggetti passivi di imposta.

Causa C-207/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Incentivi fiscali sul TFR per agevolare l'esodo dei lavoratori – Direttiva 76/207/CEE e art. 141 CE – Direttiva 77/388/CEE – Ordinanza della «Commissione Tributaria Provinciale di Novara» (Italia) emessa il 26 aprile 2004, notificata il 21 luglio 2004 (ct. 35105/04, avv. dello Stato G. De Bellis).

IL FATTO

Il quesito è sorto nell'ambito di una controversia fra l'Agenzia delle Entrate e un contribuente. Quest'ultimo chiedeva all'Agenzia un rimborso parziale dell'IRPEF corrisposta sul TFR, ritenendo di avere diritto alla riduzione del 50% sull'aliquota ordinaria prevista dall'art. 17, comma 4-*bis*, del testo unico sulle imposte dirette n. 917/1986 quale incentivo per i lavoratori sopra i 55 anni o le lavoratrici sopra i 50 anni che si fossero collocati a riposo. Il ricorrente lamentava che, nel suo caso di specie, la norma nazionale che prevede una facilitazione maggiore per l'esodo delle lavoratrici fosse discriminatoria nei suoi confronti e ne deduceva la contrarietà al diritto comunitario.

IL QUESITO

Se violi, contrasti o comunque crei condizioni di disparità di trattamento tra uomo e donna vietate dall'art. 141 CE e dalla Direttiva 76/207/CEE, l'art. 17, comma 4-*bis*, del d.P.R. n. 917/1986, laddove concede, a parità di condizioni, il vantaggio della tassazione dell'incentivo all'esodo e delle somme erogate in occasione della cessazione del rapporto di lavoro alla metà (50%) ai lavoratori che abbiano superato i 50 anni, se donne, e i 55 anni, se uomini.

LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

«(omissis) Il governo italiano ritiene che al quesito formulato dalla Commissione Tributaria Provinciale di Novara debba essere data risposta negativa, in quanto la disparità di trattamento risulta strettamente connessa al fatto che l'età pensionabile è diversa per uomini e donne, e precisamente 65 anni per i primi e 60 per le seconde (art. 1 e tabella 1 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 503 (1)).

10. – Scopo dell'agevolazione fiscale infatti, è quello di incentivare la cessazione anticipata del rapporto di lavoro per quei lavoratori che hanno raggiunto un'età prossima a quella prevista per la pensione di vecchiaia.

11. – Ed infatti l'agevolazione spetta in sostanza a coloro che hanno un tempo residuo di lavoro (prima di ottenere la pensione di anzianità) uguale o inferiore a cinque anni.

12. – Probabilmente se la norma fosse stata scritta in tal modo, la questione non sarebbe stata sollevata.

13. – Codesta Corte ha già avuto modo di pronunciarsi in fattispecie analoga, nella sentenza 4 marzo 2004 (in causa C-303/02, Peter Haackert) dove si discuteva della violazione della parità di trattamento tra uomo e donna in presenza di una legislazione nazionale (austriaca) che consentiva l'attribuzione di una pensione di vecchiaia anticipata per disoccupazione a lavoratori che avevano l'età di 61 anni e 6 mesi, se uomini, ovvero 56 anni e 6 mesi, se donne.

14. – Orbene la Corte, accertato che l'età pensionabile era stabilita in misura diversa per uomini e donne (rispettivamente 65 e 60 anni, come avviene in Italia) ha dichiarato che:

La deroga prevista dall'art. 7, n. 1, lett. a), della direttiva del Consiglio 19 dicembre 1978, 79/197/CEE, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale, dev'essere interpretata nel senso che essa si applica ad una prestazione quale la pensione di vecchiaia anticipata per disoccupazione, per la quale è prevista un'età diversa a seconda del sesso, dato che siffatta condizione, ai sensi della detta disposizione, può essere reputata una conseguenza che può derivare dalla previsione, nella normativa nazionale, di un'età diversa a seconda del sesso per la concessione delle pensioni di vecchiaia.

15. – La situazione italiana non è diversa. La norma agevolativa è strettamente connessa all'età pensionabile e, come si è rilevato, tende a favorire il pensionamento dei lavoratori (tutti, sia uomini che donne) per i quali è prossima (inferiore ai 5 anni) l'età pensionabile.

16. – Il diverso trattamento deriva pertanto dalla scelta del legislatore nazionale di fissare anzianità differenti per la pensione di vecchiaia tra uomini e donne; scelta da ritenersi però conforme all'ordinamento comunitario alla luce di quanto previsto dall'art. 7, n. 1 lett. a) della direttiva 79/197/CEE.

17. – Non si ritiene infine che possa sussistere una violazione della direttiva 76/207/CEE, in quanto tale normativa esula dal caso in esame, essendo la

(1) Recante «Norme per il riordinamento del sistema previdenziale dei lavoratori privati e pubblici, a norma dell'art. 3 della legge 23 ottobre 1992, n. 421», in G.U.R.I. 30 dicembre 1992, n. 305 S.O.

stessa «relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro», mentre nella fattispecie si discute di agevolazioni fiscali.

18. – Solo per completezza si precisa che l'agevolazione fiscale riguarda le sole somme eccedenti il normale trattamento di fine rapporto e finalizzate ad incentivare l'esodo dei lavoratori sulla base di precisi presupposti. Tutte le altre somme vengono assoggettate a tassazione ordinaria. In conclusione il Governo italiano suggerisce alla Corte di rispondere al quesito sottoposto al suo esame affermando che:

La deroga prevista dall'art. 7, n. 1, lett. a), della direttiva del Consiglio 19 dicembre 1978, 79/7/CEE, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale, dev'essere interpretata nel senso che essa si applica ad una disposizione nazionale quale quella contenuta nell'articolo 17, comma 4-bis, del d.P.R. n. 917/1986, per la quale è prevista un'età diversa a seconda del sesso, dato che siffatta condizione, ai sensi della detta disposizione, può essere reputata una conseguenza che può derivare dalla previsione, nella normativa nazionale, di un'età diversa a seconda del sesso per la concessione delle pensioni di vecchiaia.

Roma, 28 settembre 2004 - Avvocato dello Stato Gianni De Bellis».

Cause riunite C-226 e C-228/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale): appalti servizi – Direttiva 92/50/CEE del Consiglio del 18 giugno 1992 – Notificate il 21 luglio 2004 (cs. 36049/04, avv. dello Stato D. Del Gaizo).

IL FATTO

Entrambe le controversie hanno ad oggetto l'esclusione da gare di appalto delle società ricorrenti per alcuni motivi, fra cui rileva, per quanto riguarda l'oggetto delle presenti cause pregiudiziali, quello concernente la violazione di obblighi di pagamento di contributi previdenziali, assistenziali e tributari. Ai sensi della normativa nazionale vigente (articolo 12, lett. d) ed e) del D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157) può infatti essere escluso dalla partecipazione ad una gara d'appalto qualunque prestatore di servizi che non sia in regola con alcuni obblighi relativi al pagamento di contributi previdenziali e assistenziali a favore dei lavoratori nonché relativi al pagamento delle imposte e delle tasse.

I QUESITI

1. — Se la Direttiva in discorso debba interpretarsi nel senso che, laddove il legislatore comunitario impiega le locuzioni «non abbia adempiuto obblighi riguardanti il pagamento dei contributi di sicurezza sociale conformemente alle disposizioni legislative del Paese in cui è stabilito o di quello dell'amministrazione», ovvero «non abbia adempiuto obblighi tributari conformemente alle disposizioni legislative del Paese dell'amministrazione», questi abbia inteso riferirsi solo ed esclusivamente alla circostanza che il soggetto stesso abbia alla data di scadenza del termine di presentazione delle domande di partecipazione ad una pubblica gara [ovvero, in epoca comun-

que anteriore all'aggiudicazione della gara, secondo quanto indicato al precedente punto IV.4(*)] — assolto, mediante integrale e tempestivo pagamento, gli obblighi stessi.

2. — Se, conseguentemente, la norma nazionale italiana attuativa (art. 12, lett. *d*) ed *e*), del D.Lgs. 17 marzo 1995 n. 157) — laddove, diversamente dalla norma comunitaria, consente l'esclusione dalle gare per i soggetti che «non sono in regola con gli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali a favore dei lavoratori, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti», ovvero che «non sono in regola con gli obblighi relativi al pagamento delle imposte e delle tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti» — debba necessariamente essere interpretata con esclusivo riferimento al mancato adempimento — verificabile alla data di cui sopra (scadenza del termine per la presentazione delle domande di partecipazione; ovvero, momento immediatamente precedente l'aggiudicazione, anche provvisoria, della gara) — degli oneri rivenienti da tali obblighi, con esclusa rilevanza di ogni successiva «regolarizzazione» della propria posizione.

3. — Ovvero se, diversamente (e laddove, alla luce di quanto indicato al precedente punto 2., dovesse la norma nazionale essere ritenuta non aderente alla *ratio* ed alla funzione della norma comunitaria), possa ritenersi consentita al legislatore nazionale, alla luce dei vincoli al medesimo rivenienti in sede di attuazione della normativa comunitaria integrata dalla Direttiva in discorso, l'introduzione di ipotesi di consentita ammissibilità alle gare anche di soggetti che, pur non essendo «in regola» al momento della scadenza del termine per la partecipazione alla gara, dimostrino tuttavia di poter regolarizzare la propria posizione (e di aver intrapreso positive azioni al riguardo) prima dell'aggiudicazione;

4. — E, ancora, laddove dovesse ritenersi praticabile l'interpretazione di cui al precedente punto 3. — e, per l'effetto, consentita l'introduzione di ipotesi normative maggiormente flessibili rispetto ad una più rigorosa accezione della nozione di «adempimento» espressa dal legislatore comunitario — se tale disciplina normativa non si ponga in contrasto con fondamentali principi di carattere comunitario, quali quelli di trattamento paritario riservato a tutti i soggetti dell'Unione, ovvero — limitatamente alla materia delle pubbliche gare — di garanzia della *par condicio* in favore di tutti i soggetti che ad esse abbiano richiesto di essere ammessi.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

«Sulla base delle su esposte considerazioni il Governo italiano propone alla Corte di rispondere, in modo assorbente, come segue ai quesiti posti dal Giudice nazionale:

«L'articolo 29, par. 1, lettere e) ed f) della Direttiva 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992 che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, nel prevedere la possibilità che venga escluso dalla

(*) «punto III.4» nell'ordinanza di cui alla causa C-226/04.

partecipazione ad un appalto qualunque prestatore di servizi che non abbia adempiuto obblighi riguardanti il pagamento dei contributi di sicurezza sociale conformemente alle disposizioni legislative del Paese in cui è stabilito o di quello dell'amministrazione, ovvero non abbia adempiuto obblighi tributari conformemente alle disposizioni legislative del Paese dell'amministrazione, si interpreta nel senso che l'esclusione in essa stabilita opera laddove il soggetto interessato non abbia integralmente adempiuto agli obblighi prescritti al più tardi entro la scadenza del termine di presentazione delle domande di partecipazione ad una pubblica gara. L'esclusione opera altresì nelle ipotesi in cui il predetto soggetto, entro il termine sopra menzionato, non abbia contestato in via giudiziale, con lite ancora pendente, la pretesa contributiva o tributaria, ovvero non abbia, entro tale termine, usufruito di sanatorie o condoni, nel pieno ed integrale rispetto della normativa nazionale che ad essi abbia dato luogo, ovvero entro lo stesso termine non abbia fatto constare alla stazione appaltante l'esistenza di una delle suddette circostanze.

Roma, 1° ottobre 2004 - Avvocato dello Stato Danilo Del Gaizo».

Causa C-345/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) Doppia imposizione –

Art. 59 del Trattato CE – Ordinanza del «*Bundesfinanzhof*» (Germania), notificata il 7 ottobre 2004 (ct. 51456/04, avv. dello Stato G. De Bellis).

IL FATTO

La questione pregiudiziale è sorta nell'ambito di una causa che vede contrapposti il Centro Equestre da Leziria Granda LDA, società di capitali di diritto portoghese con sede in Portogallo, e l'Amministrazione finanziaria tedesca. La società ha chiesto il rimborso delle imposte versate, mediante ritenuta, sui compensi percepiti durante una tournée in Germania nel 1996, durante la quale «venivano presentate esibizioni e lezioni relative allo sport dell'ammaestramento dei cavalli». La richiesta di rimborso è stata respinta sia per motivi formali (mancanza dei documenti originali attestante le spese sostenute), sia perché trattavasi di spese non aventi un nesso economico diretto tra i costi e le entrate ottenute in Germania. Poiché la legge tedesca subordina l'accoglimento dell'istanza di rimborso: — al fatto che le spese professionali sostenute presentino un nesso diretto con i redditi percepiti; — al fatto che l'imposta da restituire superi il 50% della differenza tra redditi percepiti e le relative spese professionali; il Giudice *a quo* ha formulato alla Corte il quesito sopra riportato dubitando della compatibilità della legislazione nazionale con l'articolo 59 CE.

IL QUESITO

Se è in contrasto con l'art. 59 del Trattato che istituisce la Comunità europea il fatto che un cittadino di uno Stato membro, parzialmente soggetto ad imposta in Germania, possa richiedere la restituzione dell'imposta gravante sui redditi conseguiti in Germania e riscossa mediante trattenuta fiscale alla fonte solo quando le spese professionali che presentano un nesso economico diretto con tali redditi sono superiori alla metà dei redditi.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

«(Omissis) 6. — Il Governo italiano ritiene che al quesito debba essere data risposta negativa.

7. — In sostanza il Giudice remittente intende sapere dalla Corte se la diversità di trattamento nei confronti del debitore d'imposta, che si verifica nei casi in cui egli sia o meno residente in Germania, sia giustificabile alla luce del principio contenuto nell'art. 59 CE.

8. — Orbene, è innegabile che le due situazioni siano molto diverse tra loro.

9. — A tale riguardo si può richiamare quanto espresso dalla Corte di Giustizia nella sentenza 12 giugno 2003 (in causa C-234/01, citata nell'ordinanza di rimessione) nella quale si afferma:

Come è già stato ricordato, in materia di imposte dirette la situazione dei residenti e quella dei non residenti in uno Stato non sono di regola comparabili, in quanto il reddito percepito nel territorio di uno Stato da un non residente costituisce il più delle volte solo una parte del suo reddito complessivo, concentrato nel suo luogo di residenza, e in quanto la capacità contributiva personale del non residente, derivante dalla presa in considerazione di tutti i suoi redditi e della sua situazione personale e familiare, può essere valutata più agevolmente nel luogo in cui egli ha il centro dei suoi interessi personali ed economici, che corrisponde in genere alla sua residenza abituale (citare sentenze Schumacker, punti 31 e 32; Gschwind, punto 22, e 16 maggio 2000, causa C-87/1999, Zurstrassen, *Racc.* pag. 1-3337, punto 21). (punto 43)

Pertanto, il fatto che uno Stato membro non faccia fruire un non residente di talune agevolazioni fiscali che concede al residente non è di regola discriminatorio, tenuto conto delle differenze obiettive tra la situazione dei residenti e quella dei non residenti per quanto attiene sia alla fonte dei redditi, sia alla capacità contributiva personale, sia ancora alla situazione personale e familiare (citare sentenze Schumacker, punto 34, e Gschwind, punto 23). (punto 44)

La residenza costituisce d'altra parte il fattore di collegamento all'imposta sul quale si fonda, di norma, il diritto tributario internazionale odierno, in particolare il modello di convenzione dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) (modello di convenzione in materia di doppie imposizioni concernente i redditi e il patrimonio, relazione del comitato degli affari fiscali dell'OCSE, 1977, versione del 29 aprile 2000), allo scopo di ripartire tra gli Stati la competenza tributaria nelle situazioni che comportano elementi di estraneità. (punto 45)

10. — È vero che nella stessa sentenza 12 giugno 2003 la Corte ha affermato che:

Ciò considerato, una normativa nazionale che, in materia di imposizione fiscale, nega ai non residenti la detrazione delle spese professionali, concessa invece ai residenti, rischia di sfavorire principalmente i cittadini di altri Stati membri e comporta pertanto una discriminazione indiretta fondata sulla nazionalità, contraria, in via di principio, agli artt. 59 e 60 del Trattato. (punto 28)

11. — *Ma a tale conclusione la Corte è pervenuta in quanto «non è stato dedotto alcun argomento preciso per giustificare una differenza di trattamento siffatta».*

12. — *Orbene, nel caso in esame le diversità di trattamento appaiono giustificate.*

13. — *Nel caso in cui il percettore del reddito è un soggetto residente, la possibilità di portare in detrazione qualsiasi spesa sostenuta in relazione all'attività economica svolta è giustificata dal fatto che in Germania questi vede assoggettato ad imposta progressiva il suo reddito mondiale, tra cui il compenso percepito.*

14. — *Viceversa un soggetto non residente è assoggettato ad imposizione in Germania solo sul reddito ivi prodotto (nella specie, di natura professionale) per cui è logico che possano essere prese in considerazione le sole spese strettamente connesse a tale reddito, mentre le altre potranno essere fatte valere nel paese di residenza (nella specie il Portogallo), dove verrà in considerazione il suo reddito mondiale.*

15. — *Anche la limitazione del rimborso ai soli casi in cui l'imposta assolta sia superiore al 50% della differenza tra il reddito percepito e spese professionali sembra giustificata dall'esigenza di concedere rimborsi solo per un ammontare di un certo rilievo.*

16. — *Tenuto conto infatti che l'importo della ritenuta operata è del 45%, il tetto al di sotto del quale non è possibile ottenere il rimborso dell'imposta lo si raggiunge quando le spese superano il 10% dei proventi (infatti dato 100 il reddito e 10 la spesa, la differenza è pari a 90 e la ritenuta operata di 45 corrisponde esattamente il 50% di 90).*

17. — *In sostanza non potranno ottenere il rimborso totale o parziale dell'imposta versata solo i non residenti che hanno percepito un reddito (assoggettato a ritenuta del 45%) le cui spese professionali non raggiungono il 10% del reddito medesimo.*

18. — *Esigenze di semplificazione e economicità si ritiene che giustificano tale limitazione, tenuto conto altresì del fatto che, come riconosce lo stesso Giudice a quo, al contribuente portoghese sulla base delle convenzioni contro la doppia imposizione viene comunque riconosciuta la deducibilità integrale dell'imposta corrisposta in Germania.*

19. — *In conclusione il Governo italiano suggerisce alla Corte di rispondere al quesito sottoposto al suo esame affermando che:*

l'art. 59 CEE non osta ad una normativa, come quella di cui si discute nel giudizio *a quo*, in base alla quale un cittadino di uno Stato membro, parzialmente soggetto ad imposta in Germania, possa richiedere la restituzione dell'imposta gravante sui redditi conseguiti in Germania e riscossa mediante trattenuta fiscale alla fonte solo quando le spese professionali che presentano un nesso economico diretto con tali redditi sono superiori alla metà dei redditi.

Roma, 10 dicembre 2004 - Avvocato dello Stato Gianni De Bellis»

Causa C-390/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Sovvenzioni pubbliche e detrazioni IVA – Sesta Direttiva – Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta davanti alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, dal «*Regeringsrätt*» (Svezia), notificata il 27 ottobre 2004 (cs. 54569/04, avv. dello Stato G. De Bellis).

IL FATTO

La controversia nel giudizio *a quo* ha ad oggetto la possibilità di considerare le sovvenzioni pubbliche ai fini delle detrazioni IVA.

La *GöteborgsOperan AB* appartiene al *Västra Götalandsregionen* (Amministrazione della Regione Götaland). Tale società opera nel settore culturale e organizza, *inter alia*, spettacoli musicali, di opera e di balletto. Essa finanzia la propria attività mediante i proventi derivanti dalla vendita di biglietti d'ingresso nonché dalla vendita di programmi, sponsorizzazioni e produzione di dischi. La società beneficia, inoltre, di sovvenzioni statali. Ai fini della copertura del deficit risultante da tale attività deve inoltre intervenire economicamente la detta Regione. Ciò avviene attualmente sotto forma di versamenti diretti da parte della detta Regione, che è detentrica dell'intero pacchetto azionario della società. La Regione medesima ha peraltro preso in considerazione un'altra struttura organizzativa, secondo cui la società verrebbe conferita in un gruppo imprenditoriale operante nel settore culturale, gruppo al quale la Regione metterebbe a disposizione i capitali necessari. In tal caso la società riceverebbe i contributi necessari dalla società madre del gruppo. Al fine di acclarare se il fatto che le sovvenzioni provengano dalla Regione ovvero dalla società madre del gruppo imprenditoriale si ripercuote sulla detraibilità dell'imposta a monte da parte della società, venivano sottoposti allo *Skatterättsnämnden* i seguenti quesiti: 1. – se, nel caso in cui la società riceva sovvenzioni dalla Regione sotto forma di finanziamento da parte dei soci, ciò debba essere considerato quale sussidio pubblico con conseguente limitazione della detraibilità dell'imposta, ai sensi del capitolo 8, paragrafo 13, lett. *a*), della ML; 2. – se, nel caso in cui sia invece la società madre del gruppo imprenditoriale a sovvenzionare la società, tali sovvenzioni debbano essere parimenti considerate quale aiuto di Stato, con conseguente riduzione della detraibilità dell'imposta ai sensi del capitolo 8, paragrafo 13, della ML.

La *Skatterättsnämnden* rispondeva con avviso di accertamento preliminare del 19 luglio 2003 dichiarando che i fondi messi a disposizione della società dalla Regione del *Västra Götalandsregionen* ovvero dalla società madre del gruppo devono essere in ogni caso considerati quali aiuti ovvero sovvenzioni di natura pubblica, con conseguente limitazione della detraibilità dell'imposta a monte ai sensi del capitolo 8, paragrafo 13, lett. *a*), della ML.

Avverso tale avviso di accertamento preliminare dello *Skatterättsnämnden* la società proponeva ricorso, chiedendo al *Regeringsrätt* di dichiarare che le somme messe a disposizione dalla società stessa dalla Regione ovvero dalla società madre del gruppo sotto forma di finanziamento da parte dei

soci, non rappresentano sovvenzioni o aiuti di natura pubblica, con conseguente limitazione della detraibilità dell'imposta a monte ai sensi del capitolo 8, paragrafo 13, lett. a), della ML.

I QUESITI

1. — Se sia o meno compatibile con gli artt. 17 e 19, n. 1, primo comma, secondo trattino, della sesta direttiva, il fatto che sovvenzioni, del genere di quelle indicate in quest'ultima disposizione, vengano prese in considerazione ai fini della detraibilità dell'importo a monte, anche quando l'imposta a monte riguardi beni o servizi utilizzati unicamente per operazioni che prevedono altrimenti il diritto alla detrazione dell'imposta.

In caso di soluzione affermativa della prima questione, questo *Regeringsrätt* chiede di voler risolvere anche le seguenti questioni:

2. — Se sia o meno compatibile con la disciplina delle sovvenzioni di cui all'art. 19, n. 1, primo comma, secondo trattino, della sesta direttiva il fatto che, per motivi di neutralità della concorrenza ovvero per ragioni diverse, la detta disposizione trovi applicazione solamente in determinati settori specifici stabiliti dallo Stato membro.

3. — Se la disciplina in materia di sovvenzioni di cui all'art. 19, n. 1, primo comma, secondo trattino, della sesta direttiva ricomprenda anche gli aiuti economici erogati da una Regione ad una società da essa interamente controllata, affinché tale società possa perseguire attività di carattere culturale che la Regione stessa potrebbe direttamente svolgere. Se rilevi la circostanza che l'aiuto alla detta società provenga dalla società madre della medesima, interamente controllata dalla Regione stessa.

Cause riunite C-393/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Esenzione dalla tassa sulla forza motrice per imprese che trattano gas naturale – Ripercussioni sugli scambi tra gli Stati membri ai sensi dell'art. 87 CE – Ordinanza della «Corte di Appello di Liegi» (Belgio), notificata il 24 gennaio 2005 (cs. 8180/05, avv. dello Stato G. Aiello).

IL FATTO

L'appellante contesta sostanzialmente la validità del regolamento in materia di tasse sotto il profilo del diritto comunitario; a suo avviso, l'esenzione dalla tassa sulla forza motrice a favore delle società che trattano gas naturale rientra nella nozione di aiuto e avvantaggia indiscutibilmente le imprese che commercializzano tale gas rispetto a quelle che distribuiscono altri tipi di gas, dato che le prime possono praticare prezzi più bassi poiché non sono costrette a compensare gli oneri fiscali derivanti dalla detta tassa, oneri che nel caso di specie ammontano a più di un milione di euro. Sostiene inoltre che l'esenzione dalla tassa sulla forza motrice a favore delle imprese

che trattano gas naturale incide sugli scambi tra gli Stati membri ai sensi dell'art. 87 CE, e che a tal fine è sufficiente che l'aiuto provenga da un'autorità pubblica, come un comune.

Il comune contesta tale interpretazione nel caso di specie in quanto, in particolare, non sussisterebbe concorrenza sullo stesso mercato tra i distributori di gas naturale e quelli, come l'appellante, che forniscono gas industriali, mentre se tale parte richiedesse di beneficiare della stessa esenzione ciò equivarrebbe alla richiesta di aiuto vietato.

IL QUESITO

Se l'esenzione dalla tassa comunale sulla forza motrice, limitata ai motori utilizzati nelle stazioni a gas naturale e ad esclusione dei motori utilizzati per altri gas industriali, vada considerata un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 87 della versione consolidata del Trattato che istituisce la Comunità europea.

Causa C-430/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Obblighi di informazione in materia di IVA – Ordinanza del «*Bundesfinanzhof*» (Germania), emessa l'8 luglio 2004, notificata il 17 novembre 2004 (cs. 58399/04, avv. dello Stato G. De Bellis).

IL FATTO

Nella causa che ha dato origine alla questione pregiudiziale in oggetto si discute della legittimità del rifiuto opposto dall'Amministrazione finanziaria tedesca alla richiesta di accesso formulata da un'associazione di pubblica utilità che intendeva sapere se l'amministrazione comunale nello svolgimento della stessa attività esercitata dall'associazione (cremazione di defunti) fosse o meno assoggettata ad IVA.

IL QUESITO

Se il contribuente privato, che sia in competizione con un ente di diritto pubblico e che faccia valere che l'esenzione di quest'ultimo dalle imposte o una sua tassazione troppo modesta è illegittima, possa invocare a tal fine l'art. 4, n. 5, secondo comma, della direttiva 77/388/CEE.

Cause riunite C-436/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Narcotraffico – Art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen 19 giugno 1999 – Ordinanza dell'«*Hof van Cassatie van België*» (Belgio), notificata il 26 novembre 2004 (cs. 952/05, avv. dello Stato G. Aiello).

IL FATTO

Interpretazione degli artt. 54 e 71 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen – Principio del *ne bis in idem* – Persona perseguita in uno Stato membro per esportazione illecita di narcotici, mentre la stessa per-

sona, perseguita in Norvegia per importazione illecita di narcotici, è stata definitivamente giudicata in quest'ultimo Stato prima che l'Accordo di Schengen sia applicabile a questo Stato.

I QUESITI

1. – Se l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen 19 giugno 1999 debba essere interpretato nel senso che esso può essere applicato da un giudice belga nei confronti di una persona che è perseguita in Belgio il 25 marzo 2001 dinanzi ad un *Tribunal correctionnel* per gli stessi fatti per i quali egli è stato giudicato e condannato con sentenza del *Tribunale correctionnel* norvegese 2 ottobre 2000, qualora la sanzione inflitta o il provvedimento sia già stato eseguito, mentre, a seguito dell'art. 2.1 della Convenzione 18 maggio 1999, stipulata fra il Consiglio dell'Unione europea, la Repubblica d'Islanda e la Norvegia, relativa al modo con cui l'Islanda e la Norvegia partecipano all'attuazione, all'applicazione e allo sviluppo dell'*acquis* di Schengen, in particolare l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen sarà attuato ed applicato dalla Norvegia soltanto a partire dal 25 marzo 2001.

Qualora la prima questione debba essere risolta in senso affermativo:

2. – Se l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen 19 giugno 1999, in combinato disposto con l'art. 71 della stessa Convenzione, debba di conseguenza essere interpretato nel senso che i fatti punibili di possesso ai fini dell'esportazione e dell'importazione concernenti gli stessi stupefacenti e sostanze psicotrope di unica natura, inclusa la canapa indiana, e che sono perseguiti rispettivamente come esportazione e importazione in vari Stati che hanno firmato la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen o che hanno attuato ed applicato l'*acquis* di Schengen, debbono essere considerati come «gli stessi fatti» ai sensi del citato art. 54.

Causa C-446/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Esonero dall'imposta sulle Società – Artt. 43 CE e 56 CE – Ordinanza dell'«*High Court of Justice - Chancery Division*» (Regno Unito), notificata il 21 dicembre 2004 (cs. 5071/05, avv. dello Stato G. De Bellis).

IL FATTO

Le società ricorrenti fanno parte del gruppo societario B.A.T. [*British American Tobacco*], sono tutte persone giuridiche e hanno sede a fini fiscali nel Regno Unito. Le ricorrenti hanno promosso la prima causa pilota nell'ambito del procedimento di ricorso collettivo/categoria di controversie relative al *Franked Investment Incombe* (FII, reddito da capitale esente). Tale controversia è definita da un provvedimento di riunione dei ricorsi (*Group Litigation Order*) che si applica a tutte le domande che rientrano nell'ambito definito ed enuncia i vari aspetti comuni alle domande che è necessario risolvere. Il ricorso collettivo relativo al reddito da capitale esente, in cui rien-

trano allo stato 12 gruppi societari, riguarda la compatibilità con il diritto comunitario, in particolare con gli artt. 43 e 56 del Trattato CE, di quattro fondamentali aspetti delle norme in materia di imposta sulle società vigenti nel Regno Unito: *a)* disposizioni che assoggettano le società aventi sede nel R.U. a un'imposta societaria sui dividendi percepiti da società stabilite in un altro Stato membro e in paesi terzi; *b)* disposizioni che prevedono quale conseguenza di determinati pagamenti di dividendi che il percipiente possa corrispondere un dividendo di pari importo senza dover effettuare un pagamento dell'imposta sulle società anticipata; *c)* disposizioni che sanciscono l'imputazione e la rifusione di ACT da corrispondere per le distribuzioni; *d)* disposizioni previste al fine di consentire a società stabilite nel R.U. tenute a pagare l'ACT in siffatte circostanze a pagare e successivamente a esigere la refusione dell'ACT e che non garantiscono agli azionisti delle società il diritto a un credito d'imposta.

I QUESITI

1. – Se sia incompatibile con gli artt. 43 CE o 56 CE il fatto che uno Stato membro mantenga in vigore e applichi provvedimenti che esonerano dall'imposta sulle società dividendi che una società residente in tale Stato membro («la società residente») percepisce da altre società residenti e che assoggettano dividendi che la società residente percepisce da società residenti in altri Stati membri («società non residenti») a imposta sulle società (una volta concessa l'esenzione dalla doppia imposizione per qualsiasi ritenuta alla fonte dovuta con riferimento al dividendo e, a determinate condizioni, per l'imposta sottostante pagata dalle società non residenti sui loro utili nel rispetto del paese di residenza).

2. – Qualora uno Stato membro abbia un sistema che in talune circostanze impone l'anticipo dell'imposta sulle società («ACT») sul pagamento di dividendi da parte di una società residente ai suoi azionisti e accorda un credito di imposta ad azionisti residenti nel suddetto Stato membro con riferimento a tali dividendi, se sia incompatibile con gli artt. 43 CE o 56 CE o con gli artt. 4, n. 1, o 6 della direttiva del Consiglio 90/435/CEE il fatto che uno Stato membro mantenga in vigore e applichi provvedimenti ai sensi dei quali la società residente provvede al pagamento dei dividendi ai suoi azionisti senza essere tenuta a versare l'ACT nei limiti in cui abbia percepito dividendi da società residenti in tale Stato membro (indipendentemente dal se questo avvenga in modo diretto o indiretto per il tramite di altre società residenti nel suddetto Stato membro) mentre i provvedimenti in questione non stabiliscono che la società residente provveda al pagamento dei dividendi ai suoi azionisti senza essere tenuta a versare l'ACT nei limiti in cui abbia percepito dividendi da società non residenti in tale Stato membro.

3. – Se sia incompatibile con le disposizioni del diritto comunitario, menzionate supra nell'ambito della seconda questione, il fatto che un Stato membro mantenga in vigore e applichi provvedimenti ai sensi dei quali il debito a titolo di ACT deve essere imputato al debito della società che distri-

buisse i dividendi, e a quello di altre società di cui al gruppo aventi sede nel suddetto Stato membro, a titolo di imposta sulle società nello Stato membro in questione a fronte dei suoi utili:

a) ma che non stabiliscono nessuna forma di imputazione, dell'importo da corrispondere a titolo di ACT o un'altra soluzione equivalente (come la rifu- sione di ACT) in relazione agli utili acquisiti, a prescindere da se questo si verifi- chi in tale Stato o in altri Stati membri, per le società del gruppo non residenti in tale Stato membro; e/o

b) che stabiliscono che ogni sgravio per la doppia imposizione di cui beneficia una società residente in tale Stato membro riduce il debito a titolo di imposta sulle società cui può essere imputato l'ACT.

4. - Qualora lo Stato membro abbia adottato provvedimenti che in determinate circostanze prevedono che le società residenti» se effettuano una scelta in tal senso, possano recuperare l'ACT pagato sulle distribuzioni ai loro azionisti nei limiti in cui a dette distribuzioni provvedano società non residenti (incluse a tale scopo società residenti in paesi terzi) a favore di società residenti, se sia incompatibile con gli artt. 43 CE o 56 CE o con gli artt. 4, n. 1, o 6 della direttiva del Consiglio 90/435/CEE il fatto che detti provvedimenti:

a) obblighino società residenti a pagare l'ACT e successivamente a presentare relativa istanza di rimborso; e

b) non prevedano la concessione a favore degli azionisti di un credito di imposta che avrebbero percepito per un dividendo proveniente da una società residente che a sua volta non aveva percepito dividendi da società non residenti.

5. - Qualora, precedentemente al 31 dicembre 1993, uno Stato membro abbia adottato i provvedimenti enunciati in seno alla prima e alla seconda questione, e dopo tale data abbia emanato le ulteriori misure delineate nell'ambito della quarta questione, e qualora questa ultime costituiscano una restrizione vietata dall'art. 56 CE, se detta restrizione debba essere conside- rata come una nuova restrizione non ancora esistente alla data del 31 dicem- bre 1993.

6. - Nell'eventualità che uno dei provvedimenti annunciati in seno alle questioni *sub* 1-5 risulti violare una delle disposizioni comunitarie sopra men- zionate, qualora la società residente o altre società facenti parte del mede- simo gruppo formulino le seguenti domande connesse agli adempimenti di cui trattasi:

a) una domanda di ripetizione dell'imposta sulle società illegittima- mente riscossa nelle circostanze cui si riferisce la prima questione;

b) una domanda di ripristino (o di risarcimento per le perdite subite) degli sgravi imputati all'imposta sulle società illegittimamente riscossa nelle circostanze cui si riferisce la prima questione;

c) una domanda di ripristino (o di risarcimento per le perdite subite) dell'ACT che non si è potuto imputare al debito a titolo di imposta sulle

società o che sarebbe stato in altro modo soggetto a sgravio che non sarebbe stato pagato (o sarebbe stato soggetto a sgravio) se non si fosse verificata la violazione del diritto comunitario;

d) una domanda relativa al mancato godimento di liquidità, qualora l'ACT si stato imputato all'imposta sulle società, tra la data del pagamento dell'ACT e tale imputazione;

e) una domanda di ripetizione dell'imposta sulle società versata dalla società o da un altro gruppo societario qualora in capo a una di tali società abbia contratto un debito a titolo di imposta sulle società rinunciando ad altri sgravi al fine di consentire che il suo debito in termini di ACT venisse imputato al suo debito a titolo di imposta sulle società (e i limiti imposti all'imputazione dell'ACT hanno dato luogo a un debito residuale a titolo di imposta sulle società);

f) una domanda relativa al mancato godimento di liquidità dovuto al fatto che l'imposta sulle società è stata pagata prima della data prevista per il suddetto adempimento o per la successiva perdita di sgravi nelle circostanze descritte supra sub v);

g) una domanda proposta dalla società residente di pagamento (o di risarcimento) del surplus di ACT che la società ha ceduto a un'altra consociata e che non è stato utilizzato nel momento in cui tale consociata veniva venduta, scissa o posta in liquidazione;

h) qualora l'ACT sia stato pagato ma successivamente fatto oggetto di ripetizione ai sensi delle disposizioni descritte nell'ambito della quarta questione, la domanda relativa al mancato godimento di liquidità tra la data del pagamento dell'ACT e la data in cui ne veniva chiesta la ripetizione;

i) una domanda di risarcimento qualora la società residente abbia scelto di chiedere il rimborso dell'ACT ai sensi delle disposizioni descritte in seno alla quarta questione e risarcito i suoi azionisti a fronte dell'impossibilità di percepire un credito d'imposta aumentando l'importo del dividendo;

se debba ritenersi che ciascuna delle domande sopra indicate costituisca:
una domanda di rimborso di somme indebitamente riscosse che è una conseguenza e un'implicazione del diritto attribuito dagli artt. 43 CE e/o 56 CE;
e/o

una domanda di restituzione o di risarcimento dei danni che deve soddisfare le condizioni nella sentenza della Corte di Giustizia 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame*; o una domanda di pagamento di un importo equivalente al beneficio indebitamente negato.

7. – Nel caso che la risposta a una delle parti della sesta questione sia che la domanda costituisce un diritto a ottenere un importo equivalente al beneficio indebitamente negato:

a) se tale domanda sia una conseguenza, e un'implicazione del diritto attribuito dagli artt. 43 CE e/o 56 CE; o

b) se debbano essere soddisfatte le condizioni per il rimborso sancite nella sentenza *Brasserie du Pêcheur e Factortame*; o

c) se debbano ricorrere altre condizioni.

8. – Se per la soluzione della sesta o della settima questione rilevi il fatto che, ai sensi della normativa nazionale, le domande menzionate nella sesta questione siano azionate come domande di ripetizione o siano proposte, o debbano esserlo, come domande di risarcimento dei danni.

9. – Quale orientamento, se del caso, la Corte di Giustizia ritenga adeguato fornirà nella fattispecie, in merito alle circostanze che il giudice nazionale dovrebbe prendere in considerazione al momento di valutare se sussista una violazione grave e manifesta stando al contenuto della sentenza *Brasserie du Pecheur e Factortame*, e in particolare se, tenendo conto dello stato della giurisprudenza sull'interpretazione delle disposizioni comunitarie pertinenti, la violazione fosse giustificabile.

Causa C-458/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Trasferimenti interni e fondi – Direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/378/CEE (Sesta Direttiva) – Detraibilità – Ordinanza del «*Tribunal Administratif de Caen*» (Francia), notificata il 21 dicembre 2004 (cs. 5081/05, avv. dello Stato G. De Bellis).

IL FATTO

A seguito dell'esame della contabilità di cui è stata oggetto, la Camera di commercio che aveva creato settori distinti di attività conformemente all'art. 213 dell'Allegato II al *code général des impôts* (codice tributario francese), si è vista notificare alcune rettifiche in materia di IVA per il periodo corrispondente agli anni 1997, 1998 e 1999, a causa dell'inserimento, da parte dell'amministrazione, al solo denominatore del pro-rata di detrazione, di alcuni trasferimenti interni di fondi relativi al bilancio generale dell'ente. Con il presente ricorso, la Camera di commercio chiede l'esenzione fiscale dalle quote supplementari dell'IVA che, di conseguenza, sono state ad essa notificate per gli anni 1997, 1998 e 1999.

IL QUESITO

Se i trasferimenti interni di fondi costituiscano sovvenzioni, ai sensi dell'art. 19 della Sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/378/CEE, ai fini del calcolo del pro-rata di detrazione.

Causa C-471/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Oneri di finanziamento di un ente collettivo – Artt. 52, 58 e 73 B del Trattato CE – Deducibilità – Ordinanza del «*Bundesfinanzhof*» (Germania), notificata il 21 dicembre 2004 (cs. 10838/05, avv. dello Stato G. De Bellis).

IL FATTO

La società parte ricorrente in primo grado e resistente nel giudizio di cassazione è una GmbH [Srl] con sede ed amministrazione in Germania e

svolge attività di *holding*. Negli anni 1993-1995 essa deteneva, tra l'altro, in qualità di socio unico, le quote di un'altra GmbH tedesca, la *Keller Grundbau GmbH* («K-GmbH»). Questa a sua volta deteneva le quote di una GmbH di diritto austriaco con sede in Austria, la *Keller Grundbau GmbH Wien* (in prosieguo: la «K-öGmbH»). I dividendi distribuiti da quest'ultima sono stati percepiti dalla K-GmbH in esenzione di imposta, ai sensi degli artt. 10a, n. 1, e 15, n. 2, terza frase, dell'Accordo del 4 ottobre 1954 tra la Repubblica federale di Germania e la Repubblica d'Austria contro le doppie imposizioni nel settore delle imposte sul reddito e sul patrimonio nonché delle imposte sulle attività commerciali e delle imposte fondiari («Accordo del 1954»), e sono stati successivamente trasferiti alla ricorrente. I dividendi percepiti da quest'ultima sono rimasti esclusi dal calcolo della base imponibile, ai sensi del § 8b, n. 1, prima frase, del *Körperschaftsteuergesetz* («KStG 1991») [legge in materia di imposta sul reddito delle società e degli altri enti collettivi – qui di seguito sinteticamente denominata: imposta sulle società]. Tuttavia, la ricorrente ha dedotto interamente, a titolo di spese di esercizio, gli interessi pagati sui capitali presi a mutuo per l'acquisto della partecipazione nella K-GmbH nonché le spese amministrative a ciò connesse. Il *Finanzamt Offenbach-Stadt* – ufficio finanziario all'epoca competente per la posizione tributaria della società ricorrente ed originariamente figurante quale convenuto nel giudizio di primo grado e ricorrente nel giudizio di cassazione – ha negato alla detta società, sulla scorta del § 8, n. 1, KStG 1991, in relazione al § 3c dell'*Einkommensteuergesetz* («EStG 1990») [legge in materia di imposta sul reddito], la detrazione dei costi di rifinanziamento per il mutuo e delle spese amministrative, proporzionalmente alla misura in cui tali costi erano correlati ai ricavi ottenuti in esenzione di imposta.

Il ricorso proposto contro i corrispondenti decreti di liquidazione d'imposta a rettifica è stato accolto in relazione agli anni 1994 e 1995. L'*Hessisches Finanzgericht* («HFG») [Tribunale finanziario del Land Hessen] ha ritenuto che il non riconoscimento delle spese per partecipazioni quali spese di esercizio a norma del § 3c EstG 1990 costituisse una violazione della libertà di stabilimento e della libera circolazione dei capitali, ai sensi degli artt. 52 – in relazione all'art. 58 – e 73 B del Trattato CE [divenuti, rispettivamente, gli artt. 43 CE, 48 CE e 56 CE a seguito del Trattato di Amsterdam che modifica il trattato sull'Unione europea, i trattati che istituiscono le Comunità europee e alcuni atti connessi (*Gazzetta Ufficiale* 1997, C 340, pag. 1)], nel caso in cui gli utili di partecipazione non imponibili nel territorio nazionale fossero assoggettati ad imposta in un altro Stato membro della CE. Secondo il detto giudice, la ricorrente poteva invocare direttamente le libertà fondamentali garantite dal diritto comunitario, senza che fosse necessaria una pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia delle Comunità europee ai sensi dell'art. 234, primo comma, CE.

Nel frattempo è divenuto competente per la posizione tributaria della ricorrente il *Finanzamt Offenbach-Land*, che in virtù di successione *ex lege* nel processo è subentrato quale parte ricorrente nel presente giudizio di cas-

sazione. Con il suo ricorso per cassazione il *Finanzamt* deduce la violazione di norme sostanziali. Esso chiede l'annullamento della sentenza dell'HFG nella parte relativa agli anni 1994 e 1995 ed il corrispondente rigetto, anche sotto questo profilo, della domanda attorca proposta in primo grado.

La società parte ricorrente in primo grado e odierna resistente chiede il rigetto del ricorso per cassazione.

IL QUESITO

Se sia contrario agli artt. 52 – combinato disposto con l'art. 58 – e 73 B del Trattato CE il fatto che gli oneri di finanziamento di un ente collettivo, aventi una correlazione economica diretta con ricavi esente da imposta nel territorio nazionale, derivante dalla partecipazione di una società di capitali con sede in un altro Stato membro, siano deducibili in esecuzione di imposta utili derivanti da tale partecipazione.

Causa C-526/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) - Aiuto di Stato - Ordinanza della «*Cour de cassation*» (Francia), notificata l'11 febbraio 2005 (cs. 12338/05, avv. dello Stato G. Aiello).

IL FATTO

Il ricorso è stato proposto dalla società *Laboratoires Boiron* per la cassazione di una sentenza della *Cour d'appel* di Lione (Sezione per gli affari sociali), a favore dell'*Agence Centrale des Organismes de Sécurité Sociale*.

La società *Laboratoires Boiron*, produttrice di specialità omeopatiche, ha dichiarato all'*Agence Centrale des Organismes de Sécurité Sociale* il fatturato realizzato mediante vendite dirette alle farmacie, che funge da base di calcolo del contributo previsto dall'art. L. 245-6-1 del Codice della sicurezza sociale nella versione applicabile nella presente causa, nonché il fatturato realizzato per il tramite dei grossisti distributori di medicinali, relativamente agli anni 1998 e 1999; che l'ACOSS, ritenendo che le vendite effettuate per il tramite dei grossisti distributori dovessero essere reinserite nel totale delle vendite dirette costituenti la base impositiva del contributo, ha proceduto a liquidazione a rettifica; che la società ha pagato le somme richieste, pur contestandone la debenza; che essa ha proposto ricorsi in opposizione dinanzi al consiglio di amministrazione dell'ACOSS; che, in assenza di risposta, la società ha adito il *Tribunal des Affaires de Sécurité Sociale* per ottenere la restituzione delle somme versate, facendo valere che il contributo previsto dal citato art. L. 245-6-1 costituiva un aiuto di Stato illegittimo alla luce dell'art. 92 del Trattato CE, divenuto, in seguito a modifica, art. 87 CE.

La società censura la sentenza impugnata per aver respinto la sua domanda.

I QUESITI

1. – Se il diritto comunitario debba essere interpretato nel senso che un laboratorio farmaceutico tenuto al pagamento di un contributo quale quello

previsto dall'art. 12 della legge 19 dicembre 1997, n. 97-1164, relativa al finanziamento della previdenza sociale – per il 1998, è legittimato ad eccepire, al fine di ottenere la restituzione delle somme versate, che il non assoggettamento dei grossisti distributori al detto contributo costituisce un aiuto di Stato.

2. – In caso di risposta affermativa, e considerando che l'accoglimento della domanda di restituzione può dipendere dai soli elementi di prova prodotti dall'autore della medesima, se il diritto comunitario debba essere interpretato nel senso che costituiscono modalità di prova il cui effetto è di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile la restituzione di un contributo obbligatorio quale quello previsto dall'art. 245-6-1 del Codice della sicurezza – restituzione formalmente richiesta all'autorità competente in forza del fatto che l'esenzione dal contributo della quale beneficiano i grossisti distributori configura un aiuto di Stato non notificato alla Commissione delle Comunità europee – norme di diritto nazionale che subordinino la detta restituzione alla prova, incombente all'autore della domanda, che il vantaggio ritratto dai detti beneficiari eccede i costi aggiuntivi che essi sopportano per l'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico loro imposti dalla normativa nazionale ovvero che non sussistono i presupposti fissati dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Altmark* del 24 luglio 2003.

Cause riunite C-7/05, C-8/05 e C-9/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Riesamina di prodotto del raccolto *ex art.* 5, n. 2, del regolamento CE n. 1768/1995 – Ordinanza del «*Bundesgerichtshof*» (Germania), notificata il 16 marzo 2005 (cs. 20462/05, avv. dello Stato G. Aiello).

IL FATTO

Dinanzi al *Bundesgerichtshof* sono pendenti quattro procedimenti nei quali si controverte intorno al carattere equo della remunerazione dovuta per la risemina di sementi tutelate da privativa sui ritrovati vegetali.

L'attrice e odierna ricorrente è un'associazione di titolari di privative per ritrovati vegetali organizzata in forma di società a responsabilità limitata; essa ha ricevuto mandato dai detti titolari per tutelare i loro diritti di privativa, ed in particolare per far valere in proprio nome i loro diritti di informazione e di credito.

Il convenuto originario, deceduto in corso di causa, ha messo a risemina nella sua azienda agricola, nel corso della campagna 1998/1999, varietà di cereali invernenghi tutelate da privativa in base alla normativa comunitaria ed ha informato la società attrice di tale risemina di prodotto del raccolto. Il convenuto ha rifiutato la stipula di un accordo sulle risemine ai sensi del Patto di cooperazione per l'agricoltura e la coltivazione di piante, concluso il 3 giugno 1996 tra l'Associazione degli Agricoltori tedeschi e l'Associazione federale dei Coltivatori di piante tedeschi, e pubblicato il 16 agosto 1999 nella *Gazzetta ufficiale* dell'Ufficio comunitario delle varietà vegetali («Patto

di cooperazione del 1996».) Nel 2000 le organizzazioni di categoria hanno concluso un nuovo patto di cooperazione, destinato a valere per il periodo intercorrente tra la semina e il raccolto 2001 e che prevedeva un corrispettivo di ammontare pari fino al 60% dei diritti di licenza stabiliti per le sementi certificate (i «diritti di licenza SEM/CERT»).

I titolari delle privative in questione hanno incaricato l'attrice di agire per la riscossione della remunerazione per risemina. L'attrice calcola l'importo di quest'ultima per la campagna 1998/1999, per gli agricoltori che non abbiano stipulato accordi sulle risemine, in misura pari all'80% dei diritti di licenza dell'epoca. La detta società, sulla base delle informazioni trasmesse dal convenuto, ha richiesto a quest'ultimo, con fattura in data 22 novembre 1999, un diritto di licenza per risemina di prodotto del raccolto di importo complessivo pari a DEM 2.317,19 (= EUR 1.184,76).

Il *Landgericht* [Tribunale] ha condannato il convenuto al pagamento della somma di EUR 1.003,35 oltre ad interessi, rigettando la domanda attorea per la parte eccedente tale somma. L'*Oberlandesgericht* [Corte d'appello] ha respinto l'appello proposto dall'attrice, con il quale questa chiedeva il pagamento di ulteriori EUR 181,41 oltre ad interessi. Con il presente ricorso per cassazione, dichiarato ammissibile, l'attrice ripropone la propria domanda di pagamento.

I QUESITI

1. – Se il requisito, attinente alla determinazione dell'ammontare della remunerazione per la risemina di prodotto del raccolto *ex art. 5, n. 2*, del regolamento CE n. 1768/1995, secondo cui tale importo deve essere «sensibilmente più basso» rispetto a quello da corrispondere per la produzione su licenza di materiale di moltiplicazione della stessa varietà nella stessa zona, risulti soddisfatto anche nel caso in cui la detta remunerazione venga fissata forfaitariamente in misura pari all'80% di quest'ultimo importo.

2. – Se l'art. 5, nn. 4 e 5, del regolamento CE n. 2605/1998 contenga parametri di valore utilizzabili per la determinazione dell'ammontare della remunerazione per risemina in caso di liquidazione *ex lege* di quest'ultima.

In caso affermativo: se i parametri così fissati debbano considerarsi quale espressione di una concezione generale valida anche in relazione ad operazioni di risemina compiute prima dell'entrata in vigore del regolamento CE n. 2605/1998.

3. – Se la funzione di linea direttrice riconosciuta ad un accordo tra organizzazioni di titolari di privative per ritrovati vegetali e di agricoltori ai sensi dell'art. 5, n. 4, del regolamento CE n. 2605/1998, comporti che in caso di liquidazione *ex lege* tale accordo venga recepito nei suoi principali elementi di base (parametri di calcolo) anche qualora il titolare della varietà protetta in sede di determinazione del corrispettivo di legge, non conosca tutti i parametri rientranti nella sfera di attività dell'autore della risemina

necessari per il calcolo in base all'accordo ed al riguardo al predetto titolare neppure spetti nei confronti dell'agricoltore un diritto a ricevere informazioni sui fatti rilevanti.

In caso affermativo: se un tale accordo, in quanto destinato a fungere da linea direttrice nel senso suddetto, presupponga per essere efficace il rispetto dei requisiti stabiliti dall'art. 5, n. 4 del regolamento CE n. 2605/1998, anche qualora esso sia stato concluso prima dell'entrata in vigore di tale regolamento.

4. – Se l'art. 5, n. 5 del regolamento CE n. 2605/1998 imponga un limite massimo alla remunerazione destinato a valere per le discipline di natura contrattuale e/o normativa che regolamentano quest'ultima.

5. – Se un accordo tra organizzazioni di categoria possa essere utilizzato quale linea direttrice ai sensi dell'art. 5, n. 4, del regolamento CE n. 2605/1998, nel caso in cui esso superi la percentuale di remunerazione pari al 50% dell'importo *ex art.* 5, n. 5, del medesimo regolamento.

Causa C-13/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Discriminazioni fondate sull'*handicap* e tutela di una lavoratrice nel suo ambito di lavoro – Ordinanza dello «*Juzgado de lo Social de Madrid*» (Spagna), notificata il 16 marzo 2005 (cs. 20467/05, avv. dello Stato G. Aiello).

IL FATTO

La sig.ra Sonia Chacón Navas, attrice, è impiegata presso la ditta *Eurest Colectividades SA*. La sig.ra Chacón veniva posta in congedo per malattia il 14 ottobre 2003. A partire da tale momento percepisce la corrispondente prestazione, sussidio per incapacità lavorativa temporanea (IT) a carico del sistema della *Seguridad Social* e sulla base delle informazioni dei servizi pubblici sanitari presso i quali è in cura, non ne è prevedibile a breve termine la guarigione.

Il 28 maggio 2004, la ditta *Eurest Colectividades SA* le trasmetteva lettera di licenziamento a partire dal 31 maggio 2004.

La *Eurest Colectividades SA*, il 2 giugno 2004, depositava, presso lo *Juzgado de lo Social* la somma offerta a titolo di risarcimento nella lettera di licenziamento ammontante a EUR 4.065,67. Riconosceva che la sua decisione di licenziamento era ingiustificata.

Nella domanda presentata dalla sig.ra Chacón viene affermato che il licenziamento è una decisione nulla, che integra una disparità di trattamento e una discriminazione in quanto si trovava presso la ditta in congedo in stato di incapacità lavorativa temporanea già da otto mesi. L'attrice chiede di sentir condannare la ditta a reintegrarla nel suo posto di lavoro e non accetta pertanto che il suo contratto di lavoro resti estinto in cambio del risarcimento offertole dalla ditta.

Nel procedimento, l'attrice dimostrava di essere stata licenziata quando si trovava in congedo per malattia, mentre da parte della ditta *Eurest Colec-*

tividades SA non venivano adottati né fatti, né mezzi probatori, che evidenziassero che il licenziamento era giustificato, in applicazione del principio dell'inversione della prova si giunge alla conclusione che l'attrice veniva licenziata esclusivamente in ragione del fatto che si trovava in congedo per malattia.

I QUESITI

1. – Se la direttiva 2000/1978 nella misura in cui all'art. 1 stabilisce un quadro generale per la lotta contro le discriminazioni fondate sull'*handicap* includa nel suo ambito di tutela una lavoratrice che è stata licenziata dal suo datore di lavoro esclusivamente perché era malata.

2. – In subordine e nel caso in cui dovesse ritenersi che gli stati di malattia non rientrino nell'ambito della tutela posta dalla direttiva 2000/1978 contro la discriminazione per *handicap* e alla prima domanda dovesse essere data soluzione negativa:

se la malattia possa essere considerata come un connotato identificativo che si aggiunge a quelli nei cui confronti la direttiva 2000/1978 vieta la discriminazione.

Causa C-28/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Esami di laboratorio destinati a rilevare la presenza di afta epizootica – Ordinanza del «*College van Beroep voor het bedrijfsleven*» (Paesi Bassi), notificata il 16 marzo 2005 (cs. 20512/05, avv. dello Stato G. Aiello).

IL FATTO

Il 5 marzo 2002, il 6 novembre 2002 e il 18 novembre 2002 il *College* ha ricevuto i ricorsi degli appellanti, in cui si propongono appelli contro le decisioni del Direttore del *Rijksdienst voor de keuring van Vee en Vlees* [Ufficio di controllo del bestiame e della carne] in cui il direttore dell'RVV ha dichiarato infondati i reclami proposti dagli appellanti contro le decisioni separate del direttore dell'RVV 29 marzo 2001, adottate nei confronti di ciascuno degli stessi. In tali decisioni, simili per natura e portata, il direttore dell'RVV, in applicazione del *Gezondheids-en welzijnswet voor dieren* [legge sulla salute e sul benessere degli animali] e del *Besluit Verdachte dieren* [decreto animali sospetti] ha dichiarato gli animali artiodattili degli appellanti sospetti di afta epizootica nonché imposto e notificato agli appellanti, in base al Gwd, un insieme di misure connesse con tale sospetto, fra cui la vaccinazione e, in seguito, l'abbattimento di tali animali.

I QUESITI

1. – Se l'obbligo incombente agli Stati membri, in base al combinato disposto dell'art. 11, n. 1, primo trattino, e dell'art. 13, n. 1, secondo trattino, della direttiva 85/511/CEE, di provvedere affinché gli esami di laboratorio

destinati a rivelare la presenza di afta epizootica siano effettuati da un laboratorio nazionale indicato nell'allegato B della direttiva 85/511/CEE, abbia effetto diretto.

2a. – Se l'art. 11, n. 1, della direttiva 85/511/CEE debba essere interpretato nel senso che la circostanza che la presenza di AE sia accertata da un laboratorio non menzionato nell'allegato B della direttiva 85/511/CEE comporti conseguenze giuridiche.

2b. – Nel caso in cui la questione 2a sia risolta in senso affermativo: se l'art. 11, n. 1, della direttiva 85/511/CEE miri alla tutela degli interessi dei soggetti di diritto, quali gli appellanti nella causa principale, in caso di soluzione negativa, se soggetti di diritto, quali gli appellanti nella causa principale, possano invocare un'eventuale violazione degli obblighi derivanti da tale disposizione per le autorità degli Stati membri.

2c. – Nel caso in cui la soluzione fornita alla questione comporti che i soggetti di diritto possono invocare l'art. 11, n. 1, della direttiva 85/511/CEE: quali conseguenze giuridiche debbano essere collegate all'accertamento della presenza di AE da parte di un laboratorio diverso da quelli indicati nell'allegato B della direttiva 85/511/CEE.

3. – Se l'allegato B della direttiva-85/511/CEE, alla luce di quanto disposto negli artt. 11 e 13 di questa direttiva, debba essere interpretato nel senso che la menzione nell'allegato B della direttiva 85/511/CEE del «*Central Diergeenskundig Instituut, Leijstad*» possa riferirsi anche all'ID-Lelystad B.V.:

4. – Nel caso in cui dalle soluzioni fomite per le questioni supra indicate risulti che la presenza di AE possa venire accertata da un laboratorio non menzionato nell'allegato B della direttiva 85/511/CEE, o che tale allegato della direttiva 85/511/CEE debba essere interpretato nel senso che la menzione del «*Centraal Diergeenskundig Instituut, Leijstad*» possa riferirsi anche all'ID-Lelystad B.V.:

se la direttiva 85/511/CEE debba essere interpretata nel senso che essa dispone che l'organo amministrativo competente a decidere è vincolato dai risultati di un esame effettuato da un laboratorio iscritto nell'allegato B della direttiva 85/511/CEE, – ovvero, nel caso in cui la risposta alla questione 2 comporti che l'organo amministrativo possa basare i suoi provvedimenti volti alla lotta dell'AE anche sui risultati ottenuti da un laboratorio che non è iscritto nell'allegato B della direttiva 85/511/CEE – che tale organo è vincolato dai risultati di quest'ultimo laboratorio – oppure se la determinazione di tale parere rientri nell'autonomia procedurale dello Stato membro e il giudice dinanzi al quale è pendente la causa principale debba controllare se le norme in materia si applichino indipendentemente dal fatto che l'esame di laboratorio sia effettuato in base a un obbligo procedurale comunitario o nazionale, nonché se l'applicazione del regime della procedura giudiziaria nazionale non renda estremamente difficile o praticamente impossibile tale applicazione delle norme comunitarie.

5. – Nel caso in cui la soluzione fornita per la questione 4 comporti che il vincolo delle autorità nazionali al risultato di laboratorio è disciplinato dalla direttiva 85/511/CEE:

se le autorità nazionali siano vincolate incondizionatamente dal risultato di un esame volto all'individuazione di AE eseguito da un laboratorio. In caso di soluzione negativa, quale sia il potere discrezionale che la direttiva 85/511/CEE concede alle autorità nazionali.

Causa C-34/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Appezzamenti foraggeri – Regolamento CEE n. 1254/1999 – Ordinanza del «*College van Beroep voor het bedrijfsleven*» (Paesi Bassi), notificata il 16 marzo 2005 (cs. 20514/05, avv. dello Stato G. Aiello).

IL FATTO

La ricorrente ha proposto ricorso contro una decisione del convenuto 8 agosto 2003. Con detta decisione il convenuto ha deciso sull'opposizione della ricorrente contro la decisione del convenuto 27 maggio 2002, con cui è stata respinta la richiesta della ricorrente di premio per la stagione commerciale 2001 in base al regolamento sui premi CE riguardante gli animali.

I QUESITI

1. — Se gli artt. 12, n. 2, lett. *b*), del regolamento (CE) n. 1254/1999 e 2 n. 1, lett. *c*) del regolamento (CEE) n. 3887/1992 debbano essere interpretati nel senso che un appezzamento dichiarato come superficie foraggera non va dichiarato «disponibile» già quando in alcuni momenti nel periodo in questione l'appezzamento è stato inondato.

2. — Qualora la questione n. 1) sia risolta affermativamente, se dette disposizioni siano vincolanti, in particolare tenuto conto delle conseguenze che ne derivano.

3. — Qualora la questione n. 1) sia risolta negativamente, quali criteri si applichino al fine di poter stabilire se un appezzamento dichiarato come superficie foraggera che è stato temporaneamente inondato possa essere considerato «disponibile» ai sensi degli artt. 12, n. 2, lett. *b*), del regolamento (CE) n. 1254/1999 e 2, n. 1, lett. *c*), del regolamento (CEE) n. 3887/1992.

Causa C-44/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Commissione C.E. contro Rep. Italiana – Ricorso per mancato recepimento direttiva sul contenimento dei rumori negli aeroporti della Comunità (ct. 17979/05, avv. dello Stato O. Fiumara).

La Commissione ha chiesto alla Corte di «*dichiarare che, non adottando le misure legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi alla Direttiva 2002/30/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 marzo 2002, che istituisce norme e procedure per l'introduzione di restrizioni*

ai fini del contenimento del rumore negli aeroporti della Comunità, o comunque non avendo comunicato tali disposizioni alla Commissione, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi di detta Direttiva».

L'Avvocatura dello Stato, costituitasi in giudizio, ha comunicato che con Decreto Legislativo 17 gennaio 2005, n. 13, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana 17 febbraio 2005, n. 39, è stata data piena attuazione della Direttiva 2002/30/CE relativa all'introduzione di restrizioni operative ai fini del contenimento del rumore negli aeroporti comunitari, ed ha invitato quindi la Commissione a rinunciare al ricorso proposto.

Causa C-45/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Art. 21 del regolamento CE n. 1254/1999 – Premio per abbattimento di animali da allevamento – Ordinanza del «*College van Beroep voor het bedrijfsleven*» (Paesi Bassi), notificata il 16 marzo 2005 (cs. 20520/05, avv. dello Stato G. Aiello).

IL FATTO

Il 1° febbraio 2001 il convenuto ha ricevuto dalla ricorrente un formulario di partecipazione in cui la ricorrente aveva chiesto che le venisse applicata la disciplina relativa ai premi all'abbattimento. Con decisione 24 giugno 2002 il convenuto ha comunicato alla ricorrente che erano state esaminate le richieste presentate a suo nome per un anno relativo al premio all'abbattimento 2001. In totale si era considerato che 260 bovini in tutto o in parte avevano diritto al premio, il che portava ad una assegnazione di un premio ammontante a fiorini 11 978,00, mentre 105 bovini non venivano considerati aventi diritto al premio. La ricorrente ha presentato opposizione avverso detta decisione. L'opposizione riguardava in particolare le riduzioni e le esclusioni del premio. Con decisione 19 agosto 2002 il convenuto ha rettificato la decisione 24 giugno 2002 e ha dichiarato che 15 animali, che precedentemente non erano stati considerati aventi diritto al premio, venivano considerati infine aventi diritto nella sua interezza, e nel contempo ha dichiarato che un altro animale non aveva diritto al premio. Ciò portava ad un versamento di fiorini 795,00. Il 1° aprile 2003 sono state sentite le ragioni della ricorrente circa la sua opposizione. Dopo un ulteriore scambio di lettere fra le parti, il 19 giugno 2003 il convenuto ha adottato la decisione impugnata.

I QUESITI

1. — Se l'art. 21 del regolamento CE n. 1254/1999 debba essere interpretato nel senso che qualsiasi irregolarità nell'applicazione del regolamento CE n. 1.760/2.000, riguardante un animale, comporta una completa esclusione del premio abbattimento di detto animale.

2. — In caso di risposta affermativa della prima questione, se l'art. 21 del regolamento CE n. 1254/1999 sia vincolante, in particolare tenuto conto delle conseguenze derivantine.

3. — Se gli artt. 44 e 45 del regolamento CE n. 2419/2001 si applichino ad irregolarità nell'applicazione del regolamento CE n. 1760/2000.

4. — In caso di soluzione affermativa della terza questione, se una corretta applicazione dell'art. 45 del regolamento CE n. 2419/2001, in combinato disposto con l'art. 44, comporti che non sia applicabile un'esclusione del premio all'abbattimento in caso di negligenza nella notifica dei dati al detentore della banca dati informatizzata, se i dati trasmessi, quali, come nella specie, i dati di entrata, sono di fatto del tutto esatti (e anche sin dall'inizio sono stati esatti e pertanto non è stato necessario correggerli).

Se ciò non è valido per qualsiasi negligenza, si pone la questione se ciò valga nella situazione come quella nel caso si specie, in cui la negligenza è costituita dalla trasmissione tardiva dei dati (alcuni giorni o settimane), mentre l'abbattimento ha avuto luogo dopo un periodo di tempo abbastanza lungo.

5. — Se l'art. 11 del regolamento CE n. 3887/1992 e/o l'art. 22 del regolamento CE n. 1760/2000 e/o l'art. 47, n. 2, del regolamento CE n. 2419/2001 debbano essere interpretati nel senso che uno Stato membro, mediante una sanzione nazionale volta a garantire l'applicazione del regolamento, è autorizzato ad escludere il diritto comunitario riguardante il premio all'abbattimento o a ridurre detto premio.

6. — In caso di soluzione affermativa in tutto o in parte della quinta questione, se le eccezioni comunitarie alle riduzioni ed esclusioni comunitarie, in particolare gli artt. 45 e 46 del regolamento CE n. 2419/2001, si applichino per analogia alle riduzioni ed esclusioni nazionali.

7. — In caso di soluzione affermativa della sesta questione, se una corretta applicazione per analogia dell'art. 45 del regolamento CE n. 2419/2001, in combinato disposto con l'art. 44, comporti che le negligenze in relazione alla notifica dei dati alla banca dati informatizzata e, in particolare, la trasmissione tardiva dei dati non possano comportare l'esclusione del premio all'abbattimento, se i dati riportati nel registro, quali, come nella fattispecie, la data di entrata, sono di fatto del tutto esatti.

IL CONTENZIOSO NAZIONALE

Dossier

Storia di un silenzio ***Le recenti sentenze sull'ammissibilità dei referendum sulla procreazione medicalmente assistita alla luce della precedente giurisprudenza della Corte Costituzionale***

(Corte Costituzionale, sentenze 13-28 gennaio 2005, nn. 45, 46, 47, 48, 49)

Introduzione.

Tornano i grandi temi e tornano i referendum.

Dopo anni di dibattiti che non approdavano a nulla, nel 2004 il Parlamento ha adottato una legge sulla procreazione medicalmente assistita.

La materia tocca in modo profondo tutte le sensibilità ed era prevedibile che una legge non avrebbe potuto porre fine alle discussioni, troppo profonde le differenze tra i modi di vedere su un tema che suscita dibattiti e che facilmente vede contrapporsi idee che non paiono facilmente conciliabili.

Oggi come ieri chi non si è riconosciuto nella disciplina ha chiesto che si pronunciasse il corpo elettorale, quale titolare della sovranità.

L'interesse per l'argomento è determinato dalla circostanza che esso non incide solo su rapporti politici o economici, ma sull'immagine della società che sarà: la disciplina che seguirà alla consultazione referendaria non attribuirà solo diritti e doveri, ma formerà coscienze.

Nella situazione descritta la Corte Costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità dei quesiti referendari, ma si è limitata a dichiarare che la procreazione medicalmente assistita, data la rilevanza degli interessi che coinvolge, necessita di una normativa, pertanto è inammissibile un referendum che miri all'integrale abrogazione della disciplina recentemente introdotta.

Pare a chi scrive che solo questo possa essere il significato profondo e cogente che le recenti pronunce recano.

Per dimostrare ciò si procederà dapprima ad analizzare le cause di inammissibilità dei quesiti referendari, ponendo particolare attenzione su una di esse: quella che fa riferimento al vincolo costituzionale. Detta causa d'inammissibilità non trova riscontro espresso nel testo della Costituzione, ma è stata individuata dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale di cui si ripercorrerà l'evoluzione.

Su queste basi si procederà ad un'analisi critica delle posizioni della Consulta. Si passerà quindi ad indagare i principi che sono stati individuati nel corso del tempo in una materia limitrofa a quella della recente legge: l'interruzione volontaria della gravidanza.

Solo su queste basi sarà quindi possibile passare ad esaminare le sentenze del 2005 e saggiare la prevedibile tenuta nel tempo dei principi dalle stesse enunciati.

Premessa.

Nel nostro ordinamento sono presenti alcuni istituti di democrazia diretta, il più importante dei quali è probabilmente il referendum abrogativo previsto dall'art. 75 Cost. e disciplinato dalla legge n. 352 del 1970.

Referendum di diversa natura sono previsti nell'ambito del procedimento di formazione delle leggi costituzionali ed in materia di autonomie locali. In questa sede limiteremo il nostro esame al referendum di cui all'art. 75 Cost.

Il legislatore costituente ebbe un atteggiamento diffidente nei confronti dell'istituto referendario, ritenendolo poco compatibile con un sistema parlamentare nonché suscettibile di essere usato per impedire o comunque ostacolare l'attività riformatrice del parlamento.

A causa di siffatta diffidenza non furono inseriti in Costituzione né il referendum approvativo, né quello sospensivo di leggi ordinarie, ma esclusivamente quello abrogativo (1). L'ambito di operatività di quest'ultimo fu inoltre limitato, non potendo esso riguardare ogni legge ordinaria o altra fonte alla stessa equiordinata, dovendo il quesito presentare determinate caratteristiche.

Parte dei limiti all'ammissibilità che oggi il referendum incontra sono posti dallo stesso art. 75 Cost., in virtù del quale «non è ammesso il referendum per le leggi tributarie e di bilancio, di amnistia e di indulto, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali».

Altra parte dei ridetti limiti, forse la più significativa, è stata invece individuata dalla Corte Costituzionale nel corso del tempo.

La preminenza del ruolo svolto dalla giurisprudenza del giudice delle leggi in materia di ammissibilità dei quesiti referendari ed il rilievo dei criteri da esso enucleati per condurre tale giudizio, rende preliminarmente opportuno ripercorrerne l'evoluzione storica senza pretese di esaustività, per poi poter passare ad un sommario esame critico delle recenti pronunce della Corte Costituzionale.

(1) Cfr. P. BERRETTA, *I poteri di democrazia diretta*, in *Manuale di diritto pubblico*, 35, vol. 2, a cura di G. Amato e A. Barbera, 1997.

Evoluzione storica.

L'istituto referendario, introdotto con l'art. 75 della Costituzione, come molti degli istituti previsti dalla carta fondamentale, non ha iniziato a funzionare se non negli anni '70; infatti la normativa attuativa è intervenuta solo con la legge n. 352 del 1970 la quale ha assegnato alla Corte Costituzionale il compito di vagliare l'ammissibilità dei quesiti referendari.

Nel primo periodo di esercizio delle nuove funzioni la Consulta si limitò a valutare se le disposizioni delle quali si proponeva l'abrogazione rientrasero tra quelle espressamente sottratte a referendum a norma dell'art. 75 Cost (2).

L'anno della svolta fu il 1978, quando la Corte Costituzionale pronunciò la sentenza n. 16 del 1978, con la quale furono poste le fondamenta di tutta la successiva giurisprudenza in materia, e che in seguito non mancò mai di essere citata nella parte motiva delle decisioni sull'ammissibilità dei referendum.

Nel 1978 i giudici costituzionali, chiamati a pronunciarsi sull'ammissibilità di otto distinti referendum, riuniti i giudizi, colsero l'occasione per individuare i parametri alla stregua dei quali tale tipologia di giudizio si sarebbe dovuta condurre.

Nel menzionato arresto la Corte Costituzionale esclude che fossero sottratte a referendum le sole leggi espressamente indicate nell'art. 75 Cost. («tributarie e di bilancio, di amnistia e di indulto, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali»). La Consulta affermò che cause inesprese di inammissibilità del referendum abrogativo erano ricavabili dall'intero sistema costituzionale, il secondo comma dell'art. 75 Cost. doveva infatti essere letto indagandone gli eventuali nessi che lo ricollegavano con le ulteriori norme costituzionali suscettibili di interagire con lo stesso, concorrendo a disciplinare l'istituto di democrazia diretta *de quo*.

La sentenza n. 16 del 1978 affermò l'esistenza di «valori di ordine costituzionale, riferibili alle *strutture* od ai *temi* delle richieste referendarie, da tutelare escludendo i relativi referendum, al di là della lettera dell'art. 75 Cost.» (3).

Vennero individuate quattro cause inesprese di inammissibilità dei quesiti.

In particolare, dal punto di vista strutturale il quesito doveva essere chiaro, intelligibile ed omogeneo. Esso si doveva cioè presentare come espressione di una matrice razionalmente unitaria, di modo che potesse essere considerato *omogeneo*. In caso di eterogeneità del quesito sarebbe stato infatti impedito agli elettori di esprimersi in modo consapevole ed univoco, e sarebbe stata quindi lesa la loro libertà decisionale.

(2) Cfr C. Cost. n. 251, del 18 dicembre 1975.

(3) Parte della dottrina aveva già prospettato la possibilità di un limite ulteriore all'ammissibilità relativo alle leggi costituzionalmente obbligatorie, cfr. C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, 1976, 341; altra parte della dottrina ritenne che il limite ulteriore dovesse riguardare esclusivamente le leggi a contenuto costituzionalmente vincolato, cfr. G. ZAGREBELSKY, relazione al convegno *Il dettato costituzionale in tema di referendum*, Roma 1978.

Quanto all'oggetto, i referendum in primo luogo non potevano investire la Costituzione, le leggi costituzionali, o le leggi ordinarie dotate di una peculiare forza passiva (ossia insuscettibili di essere validamente abrogate da leggi ordinarie successive, se non con un particolare procedimento).

Non potevano inoltre formare oggetto di richieste referendarie le leggi *ordinarie a contenuto costituzionalmente vincolato*. Tali erano da considerarsi quelle disposizioni il cui nucleo normativo non poteva venire alterato o privato di efficacia, senza che ne risultassero lesi i corrispondenti specifici disposti della Costituzione.

Infine la Corte affermò che l'individuazione delle cause d'inammissibilità di cui all'art. 75 Cost., doveva procedere da un'interpretazione non meramente letterale, ma logico-sistematica; sicché erano da ritenere sottratte a referendum anche le disposizioni *strettamente collegate* a quelle previste dall'art. 75 Cost.

Così espressi, questi limiti sembravano chiari ed oggettivamente riscontrabili; in realtà essi manifestarono sin da subito la loro vaghezza, come dimostra l'esame della ridetta sent. n. 16 del 1978.

In essa la Corte, infatti, ritenne norme a contenuto costituzionalmente vincolato quelle che incriminavano i reati di «mancata chiamata alle armi» e di «diserzione», in quanto esse, «nei loro attuali nuclei normativi», si ponevano in *sicuro collegamento* con le previsioni dell'art. 52 Cost. relative al servizio di leva obbligatorio ed all'ordinamento delle forze armate.

La Consulta sembrò dunque affermare che fosse sufficiente un *sicuro collegamento* della norma ordinaria con una costituzionale, perché la stessa venisse sottratta a referendum.

L'impressione che il *sicuro collegamento* con una norma costituzionale costituisse la specificazione concreta del parametro del «contenuto costituzionalmente vincolato» risultava rafforzata dal capo della sentenza n. 16 ove si sanciva l'inammissibilità del referendum sull'ordinamento giudiziario militare, il quale «nel suo complesso, piuttosto che nei suoi singoli modificabili disposti», rispondeva alle esigenze «della difesa della Patria, dell'obbligatorietà del servizio militare e dell'indefettibile esistenza delle forze armate».

La Corte, tuttavia, parve poi ridimensionare la portata di siffatta ricostruzione del parametro di ammissibilità.

Infatti, l'Avvocatura dello Stato chiese che fosse dichiarato inammissibile il quesito inerente le «norme sui procedimenti e sui giudizi di accusa» in quanto volto ad abrogare leggi costituzionalmente obbligatorie, ovvero essenziali per il funzionamento dell'ordinamento democratico. La Consulta rispose dichiarando ammissibile il referendum *de quo*, ritenendo insostenibile che fossero «sottratte a referendum abrogativo tutte le leggi ordinarie comunque costitutive od attuative di istituti, di organi, di procedure, di principi stabiliti o previsti dalla Costituzione».

La Corte affermò l'irrilevanza del fatto che a seguito dell'eventuale esito positivo del referendum si sarebbe verificata una totale disapplicazione di una norma di rango costituzionale, giacché alla stessa poteva essere data attuazione in modo diverso rispetto a quello individuato dalle norme oggetto del quesito referendario.

La sentenza del 1978, oltre a quanto visto in precedenza, affermò dunque che per le leggi ordinarie *costituzionalmente obbligatorie*, ma a contenuto non vincolato, spettava al legislatore ordinario porre rimedio all'eventuale

vuoto normativo generatosi per effetto del *referendum*. È evidente che una simile statuizione mal si conciliava con il precedente riferimento al «sicuro collegamento con norme costituzionali».

Non si poteva certo dubitare che le leggi costituzionalmente obbligatorie presentassero indefettibilmente il sicuro collegamento con norme costituzionali, dal quale la Corte aveva fatto discendere, nel medesimo contesto testuale, l'inammissibilità di un altro quesito.

Del resto, anche per i quesiti referendari riguardanti l'ordinamento militare si sarebbe certo potuto affermare che la norma costituzionale era attuabile in modo diverso da quello fatto proprio dalle norme oggetto dei quesiti ritenuti inammissibili. Vi è di più, l'approvazione del quesito sull'ordinamento militare non avrebbe neppure determinato una completa disapplicazione di principi costituzionali, cui dover porre rimedio con un successivo intervento del Legislatore: non si poteva invero ritenere che l'eventuale approvazione del medesimo avrebbe fatto venire meno la tutela di valori quali la «difesa della Patria», l'«obbligatorietà del servizio militare» e l'«indefettibile esistenza delle forze armate».

Nella prima fase di applicazione del criterio del vincolo costituzionale, dunque, la Consulta sembrò avere un atteggiamento non del tutto coerente. Infatti, da un lato distingueva nettamente le leggi costituzionalmente necessarie da quelle a contenuto costituzionalmente vincolato, potendo le prime formare oggetto di referendum a differenza delle seconde; dall'altro offriva un'interpretazione estremamente lata del vincolo costituzionale, intendendolo come «stretto collegamento»; concetto tanto ampio da ricomprendere anche le leggi costituzionalmente necessarie.

La Corte Costituzionale teneva così aperte sia la strada di una interpretazione restrittiva dei *limiti ulteriori* sia quella di un'interpretazione estensiva degli stessi.

Successivamente, con la Sentenza n. 24 del 1981, i giudici di Palazzo della Consulta precizarono che, nel sindacare l'ammissibilità di un quesito referendario, essi non erano chiamati a giudicare altresì della legittimità costituzionale della disciplina che sarebbe risultata dall'eventuale approvazione del referendum. Infatti, la Consulta in tale tipologia di giudizio doveva portare il proprio esame su taluni profili inerenti alla *struttura del quesito (omogeneità ed univocità)*, nonché sulla *natura delle disposizioni che del quesito formavano oggetto*.

Sotto quest'ultimo profilo la Corte ribadì di essere incaricata di accertare che i quesiti non investano norme costituzionali, leggi ordinarie dotate di forza passiva peculiare, ovvero disposizioni a contenuto costituzionalmente vincolato. Queste ultime venivano ora descritte come quelle cui faccia riscontro un precetto costituzionale immediatamente vincolante per il legislatore, il quale non potrebbe dettare una disciplina diversa da quella già dettata. Sicché il vincolo sembrava sussistere solo se non vi era alcun aspetto della disciplina affidato alla discrezionalità del legislatore. La sentenza n. 24 del 1981 rappresenta il minimo storico dell'espansione del criterio del vincolo costituzionale.

Sempre nel 1981 la Corte, fedele alla scarsa coerenza che sembrava avere informato i giudizi del 1978, con la sentenza n. 25, sembrò tornare sui propri passi. In tale pronunciamento infatti si affermava rientrassero nell'ambito delle leggi ordinarie a contenuto costituzionalmente vincolato le leggi costitu-

zionalmente necessarie, definite come quelle leggi l'eliminazione delle quali ad opera del referendum, priverebbe totalmente di efficacia un principio o un organo costituzionale la cui esistenza è invece voluta dalla Costituzione.

Con tale presa di posizione la Corte si contraddiceva, tra l'altro, rispetto a quando aveva affermato l'irrilevanza del vuoto normativo conseguente all'esito del referendum.

Il mutamento di rotta rispetto al 1978 sembra essere frutto del maturato pensiero della Corte Costituzionale.

Tanto è dato inferire dal fatto che il quesito ammesso era rivolto ad abrogare norme dell'ordinamento giudiziario militare, materia che, come abbiamo visto, era già stato oggetto di una delle richieste referendarie che avevano condotto alla sentenza n. 16 del 1978. In quell'occasione la Corte aveva affermato che il collegamento di tale disciplina, seppur nel suo complesso, con l'art. 52 Cost. era sufficiente a far ritenere inammissibile la richiesta referendaria (giacché si era ritenuto trattarsi di disposizioni a contenuto costituzionalmente vincolato).

Il citato passaggio della sentenza 16 del 1978 non venne richiamato nella sentenza 25 del 1981, la quale dichiarò ammissibile il referendum perché le norme investite dettavano solo una delle discipline possibili per i tribunali militari, ed il quesito non minava l'esistenza di questi.

Nel 1981 si abbandonò dunque il criterio dello «stretto collegamento», e si delineò in maniera più puntuale l'ambito delle disposizioni intangibili dal referendum perché a contenuto costituzionalmente vincolato, e si aprì la strada alla giurisprudenza che avrebbe affermato *l'abrogabilità solo parziale delle leggi costituzionalmente obbligatorie*.

Sempre nel 1981, con la sentenza n. 27, la Corte sviluppò l'analisi delle cause di inammissibilità inerenti la struttura del quesito referendario già individuate nella sentenza n. 16 del 1978, giungendo ad individuare la coerenza e la completezza del quesito tra i requisiti per la sua ammissibilità (4).

(4) In particolare si affermò che il criterio di semplicità e chiarezza del quesito viene disatteso non soltanto per l'eterogeneità delle domande, ma anche per la contraddizione che vi è fra la richiesta di abrogazione di talune disposizioni e la mancata richiesta di abrogazione di altre disposizioni dettate nel medesimo contesto normativo, ed indissolubilmente legate a quelle che si vorrebbero sopprimere. Il quesito deve in tal senso essere *coerente*.

Si deve avvertire che la Corte giunse a questa soluzione perché i promotori del referendum, nel formulare il quesito, non si limitarono a ritagliare le disposizioni che consentivano e disciplinavano la caccia in generale, ma «indugiarono» nel «metodo dell'elaboratezza» (per usare un'espressione della Corte), metodo che contraddice l'istituto generale dell'abrogazione.

In particolare veniva richiesta l'abrogazione, oltre che del nucleo centrale della disciplina della caccia, anche di singole disposizioni o parole sparse per l'ordinamento che a tale disciplina si riferivano. La Corte rilevò che in tal modo l'eventuale abrogazione referendaria avrebbe attribuito automaticamente un significato alle disposizioni e parole che richiamavano la disciplina abrogata, ma che non erano state a loro volta investite dal referendum.

Il criterio dell'*incoerenza* così precisato sembra contraddire l'assunto in base al quale oggetto del giudizio di ammissibilità sono solo le disposizioni di cui si chiede l'abrogazione, è infatti evidente che se la Corte deve valutare la coerenza del quesito nella parte in cui abroga alcune norme e ne mantiene altre, essa è chiamata ad esaminare la normativa che risulterebbe a seguito dell'eventuale approvazione del referendum.

Nel medesimo anno la Corte pronunciò la sentenza n. 26 del 1981 con la quale si pronunciava sull'ammissibilità di tre questi referendari che investivano la legge 194 del 1978 la quale aveva disciplinato l'interruzione volontaria della gravidanza.

Due di questi quesiti erano antiabortisti (uno c.d. massimale ed uno minimale) e furono proposti dal Movimento per la Vita. Un ulteriore quesito era abortista e promosso dai radicali (c.d. radicale).

Di questa pronuncia si tratterà in modo diffuso nel prosieguo a causa della prossimità di materia rispetto a quella dei recenti arresti della Corte in tema di fecondazione medicalmente assistita.

Per il momento pare sufficiente osservare che in quell'occasione venne dichiarato inammissibile il solo quesito massimale antiaborista in quanto l'eventuale esito abrogativo della consultazione referendaria avrebbe fatto venire meno la *tutela minima imposta dalla costituzione per la madre*.

Il quesito massimale investiva infatti l'art. 6 della legge 194 «escludendo la previsione dell'aborto terapeutico ivi contenuta» e tale disposizione, «nel suo nucleo essenziale», aveva dato attuazione all'art. 32, comma 1, Cost. (in virtù del quale la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività). L'art. 6 della legge 194 del 1978 venne quindi ritenuto norma a contenuto costituzionalmente vincolante.

La sentenza, nell'esaminare l'ammissibilità del referendum radicale, ribadì quanto aveva già precedentemente affermato, ossia che «per negare che determinate richieste referendarie siano ammissibili, non rileva che l'approvazione di esse darebbe luogo ad effetti incostituzionali». Sin qui la Consulta non affermava nulla di nuovo, salvo la contraddittorietà interna alla medesima pronuncia di cui si darà conto, ma subito proseguiva specificando che ciò va inteso: «sia nel senso di determinare vuoti, suscettibili di ripercuotersi sull'operatività di qualche parte della Costituzione; sia nel senso di privare della necessaria garanzia situazioni costituzionalmente protette».

A sostegno di tale posizione la Corte costituzionale osservò che «il legislatore ordinario (avrebbe potuto) intervenire dettando una disciplina sostanzialmente diversa da quella abrogata, anche prima del prodursi dell'effetto abrogativo» ai sensi dell'art. 37 comma 3, legge n. 352 del 1970 (5).

Venne quindi recuperata l'irrilevanza del vuoto normativo che privi una situazione della necessaria garanzia costituzionalmente imposta, distinguendo implicitamente la «necessaria garanzia di situazioni costituzionalmente protette» dalla «tutela minima imposta dalla Costituzione». Laddove, se la prima non doveva essere fatta salva nei confronti del referendum, la seconda, se incisa, si imponeva come limite all'ammissibilità dello stesso.

La Consulta, nell'esaminare l'ammissibilità del referendum radicale, sembrò dunque porsi in una posizione di rottura circa la categoria delle norme a contenuto costituzionalmente vincolato.

(5) Il quale permette al legislatore di differire gli effetti abrogativi della consultazione popolare per dar modo allo stesso di predisporre una disciplina conforme al giudizio manifestato dal popolo.

Invero la Corte non intendeva porre nel nulla la sua precedente giurisprudenza, infatti essa subito precisò che «perché sia dato impedire lo svolgimento di un referendum, occorre che il voto popolare coinvolga la Costituzione stessa, (ovvero altre fonti normative equiparate, ai sensi dell'art. 75 Cost.) anziché incidere sulle sole disposizioni legislative ordinarie formalmente indicate nel quesito. Più di preciso, occorre che la legge ordinaria da abrogare incorpori determinati principi o disposti costituzionali, riproducendone i contenuti o concretandoli nel solo modo costituzionalmente consentito (anche nel senso di apprestare quel minimo di tutela che determinate situazioni impongono secondo Costituzione)».

Due osservazioni si impongono.

In primo luogo la Corte mostrò ancora una volta qualche incertezza giudicando la tutela costituzionalmente imposta al contempo rilevante ed irrilevante ai fini dell'ammissibilità dei referendum.

In secondo luogo la Consulta parve mantenere come limite all'ammissibilità la sola categoria delle leggi ordinarie a contenuto costituzionalmente vincolato, caratterizzata dalla totale assenza di discrezionalità legislativa, riconducendovi le norme che dispongono una tutela minima costituzionalmente imposta.

Una simile ricostruzione dei parametri del giudizio sull'ammissibilità dei referendum avrebbe permesso una chiara distinzione del ridetto giudizio, rispetto a quello sulla costituzionalità delle leggi. Si deve tuttavia avvertire da subito, che l'appena menzionata ricostruzione non ebbe successo.

Invero l'atteggiamento restrittivo della Corte si prestava ad alcune osservazioni critiche. Era evidente che laddove fosse prevista una tutela minima garantita dalla costituzione non si sarebbe mai potuta porre una delle condizioni enunciate dalla Consulta.

Infatti, se costituzionalmente era imposta solo una tutela minima sarebbe stato sempre possibile accordare una tutela diversa e maggiore; risultava allora chiaro che escludendo l'ammissibilità di un referendum volto all'abrogazione di una norma che prevedeva la tutela minima si doveva in realtà valutare non tanto il contenuto della disposizione eventualmente incisa, che si è detto non essere vincolato, ma la disciplina che sarebbe conseguita all'eliminazione della norma. Ciò è agevole comprendere se solo si riflette sul fatto che attraverso un referendum manipolativo sarebbe stato possibile incidere sulle medesime disposizioni purché la tutela non fosse risultata diminuita ma incrementata.

È allora chiaro che oggetto della valutazione non è la disposizione di cui si chiede l'abrogazione, ma è l'effetto stesso dell'abrogazione: la disciplina di risulta.

Dire che una norma dispone la tutela minima costituzionalmente garantita è una forma ellittica per dire che qualunque norma disponga una tutela inferiore rispetto a quella accordata dalla disciplina in esame si porrebbe in contrasto con la Costituzione.

La richiesta radicale fu ritenuta ammissibile perché non sopprime il principio del bilanciamento degli interessi.

Negli anni successivi la Corte confermò i criteri per giudicare l'ammissibilità di un quesito referendario, escludendo decisamente che nel formulare tale valutazione la Corte Costituzionale debba in qualche modo tenere conto della legittimità costituzionale della normativa investita dal quesito referendario piuttosto che di quella che eventualmente deriverebbe dalla sua approvazione.

Alla fine degli anni '80 può ritenersi oramai consolidata la giurisprudenza sui limiti ulteriori all'ammissibilità del referendum.

In particolare la Corte, con la sentenza n. 27 del 1987, offrì una sistematizzazione delle proprie posizioni affermando che non sono sottoponibili a referendum abrogativo le disposizioni di legge ordinaria a contenuto costituzionalmente vincolato, con la precisazione che tali devono essere intese quelle disposizioni il cui nucleo normativo non possa venire alterato o privato di efficacia senza che ne risultino lesi i corrispondenti specifici disposti della Costituzione stessa (o di altre leggi costituzionali).

Nell'ambito delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato la Corte distingueva da un lato leggi ordinarie che contengono l'unica necessaria disciplina attuativa conforme alla norma costituzionale, l'abrogazione delle quali si tradurrebbe in lesione di quest'ultima; dall'altro le leggi ordinarie la cui eliminazione priverebbe totalmente di efficacia un principio o un organo Costituzionale la cui esistenza è invece voluta dalla Costituzione (6).

Questa ultima ipotesi doveva essere tenuta logicamente distinta «da quella in cui il referendum possa, in caso di approvazione, semplicemente intaccare il funzionamento di un organo costituzionale, o l'applicazione di un principio, nello specifico modo previsto dalla legge di cui si chiede l'abrogazione, senza tuttavia vanificarne gli effetti e l'operatività».

Per le leggi a contenuto costituzionalmente vincolato del secondo tipo, ossia per le leggi costituzionalmente necessarie, si doveva ritenere quindi ammissibile un quesito referendario che, pur investendole, non ne intacchi il nucleo costituzionalmente imposto.

Sembrava quindi doversi distinguere tra leggi di esecuzione della Costituzione e leggi di applicazione della stessa.

Per questo seconda tipologia di leggi poteva accadere che il vincolo costituzionale non incidesse sul *quomodo*, ma sull'*an*; sicché per esse era ammissibile il solo referendum manipolativo che avesse garantito sia chiarezza, omogeneità e univocità, sia la funzionalità dell'organo interessato (7).

Da quanto detto la Corte ricavava che l'assoggettabilità a referendum delle leggi elettorali relative ad organi costituzionali o di rilevanza costituzionale, qualora, in caso di approvazione, sarebbe risultata una coerente normativa residua, immediatamente applicabile, in guisa da garantire, pur nell'eventuale inerzia legislativa, la costante operatività del sistema elettorale e dell'organo.

(6) C. Cost. sent. n. 25 del 1981.

(7) C. Cost. sent. n. 47 del 1991.

Nel 1997 i radicali proposero un quesito in materia di interruzione volontaria della gravidanza sostanzialmente identico a quello già presentato nel 1981, dal quale si differenziava unicamente perché il nuovo quesito non investiva anche l'art. 7 comma 3 della legge 194 del 1978. Questa volta la Corte dichiarò il referendum inammissibile.

I giudici di palazzo della Consulta ritennero infatti che il quesito al loro esame mirasse ad eliminare il contenuto minimo di tutela imposto dalla Costituzione a favore del concepito. Con la sentenza n. 35 del 1997 la Corte affermò che le garanzie a favore del concepito che il referendum si riprometteva di fare abrogare erano da ascrivere a quella particolare categoria di leggi ordinarie a *contenuto costituzionalmente vincolato perché dispongono la tutela necessaria minima richiesta da determinate situazioni secondo Costituzione*.

La pronuncia in esame merita di essere ricordata non solo perché in una materia contigua a quella dei recenti pronunciamenti costituzionali fa applicazione del criterio del vincolo costituzionale, ma anche perché proprio in tale materia fissa importanti principi.

Principi che è dato trarre dalle affermazioni della Corte circa l'unico punto di divergenza esistente tra il quesito del 1981 e quello del 1997, al riguardo del quale essa osserva che «la proposta di mantenere una certa tutela per il solo feto di cui sia accertata la capacità di vita autonoma, sottolinea l'abbandono di ogni tutela per gli altri nascituri il cui diritto alla vita è consacrato secondo la ricordata sentenza n. 27 del 1975 dall'art. 2 Cost.»

Il concepito venne quindi riconosciuto come titolare di un «diritto inviolabile» alla vita.

La sentenza *de quo* stigmatizza la volontà di eliminare ogni limite all'aborto infratrimestrale affermando che «ciò ... (era) ... appunto quanto ... (era) ... precluso al legislatore e, conseguentemente anche alla deliberazione abrogativa del corpo elettorale».

Sembrava che la Corte dicesse che se in questa materia si fosse scesi al di sotto della tutela garantita al concepito dalla legge 194 si sarebbe eliminato il minimo di tutela imposto dalla Costituzione.

La Corte, richiamando la sentenza del 1975 ricordò che essa aveva stabilito alcuni punti fermi, e cioè che la tutela del concepito ha fondamento costituzionale, e che tale situazione giuridica si colloca, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, tra i diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti e garantiti dall'art. 2 Cost., denominando tale diritto come diritto alla vita, oggetto di specifica salvaguardia costituzionale, e che, del pari, aveva fondamento costituzionale anche la tutela della maternità (art. 31, comma 2, Cost.).

Il diritto del concepito poteva entrare in contrasto con i diritti della madre alla salute ed alla vita, anch'essi fondamentali ed inviolabili; questi sarebbero dovuti prevalere su quelli del concepito, dovendosi peraltro operare in modo che fosse fatta salva, ove possibile, la vita del feto.

Nel 1975 la Corte aveva inoltre detto che, al fine di realizzare in modo legittimo questo bilanciamento è obbligo del legislatore predisporre le cautele necessarie per impedire che l'aborto venga praticato senza seri accertamenti

sulla realtà e gravità del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre dal proseguire nella gestazione e che perciò la liceità dell'aborto deve essere ancorata ad una previa valutazione della sussistenza delle condizioni atte a giustificarla.

La Corte nel 1997 spinse le proprie considerazioni oltre quanto a suo tempo esposto nella sentenza 27 del 1975; la Consulta affermò infatti che «il diritto alla vita, inteso nella sua espressione più lata, ... (era)... da iscriversi tra i diritti inviolabili, e cioè tra quei diritti che occupano nell'ordinamento una posizione, per così dire, privilegiata, in quanto appartengono – per usare l'espressione della sentenza n. 1146 del 1988 – all'essenza dei valori supremi su cui si fonda la Costituzione italiana». Tale diritto alla vita apparteneva anche al concepito, ed era garantito dall'art. 1 della 194 il quale affermava che la Repubblica «tutela la vita umana sin dal suo inizio».

Non era pertanto ammissibile un referendum volto all'abrogazione dell'art. 1 della legge 194.

Nel 1997 la Corte fu anche chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità di un quesito referendario volto ad abrogare il potere di direttiva del Governo nei confronti delle regioni per le materie ad esse delegate dal primo, con la sentenza n. 24 del 1997 la Consulta tornò a ribadire che non sono ammessi quesiti referendari su norme che riproducono norme costituzionali: a giudizio della Corte in simili ipotesi sottoporre a referendum la norma ordinaria equivarrebbe a sottoporre a referendum la Costituzione.

Nel medesimo anno la Corte, con la sentenza n. 26, ribadì l'inammissibilità di un quesito referendario diretto all'abrogazione parziale di una legge costituzionalmente necessaria (quale quella elettorale), che non permetta l'immediata applicabilità dell'eventuale disciplina di risulta.

Nel 2000 la Corte Costituzionale adottò una serie di pronunce con le quali parve estendere notevolmente il limite delle leggi costituzionalmente necessarie, ribadendo per tale categoria di norme la possibilità della sola abrogazione parziale.

In particolare, la sentenza n. 42 del 2000 ha dichiarato inammissibile il quesito referendario volto all'abrogazione dell'intero decreto del Capo Provvisorio dello Stato denominato «riconoscimento giuridico degli istituti di patronato e di assistenza sociale».

L'abrogazione totale di tale provvedimento normativo avrebbe infatti comportato la lesione del nucleo costituzionalmente garantito, causando così una lesione dei relativi principi costituzionali, e doveva escludersi che potessero ritenersi ammissibili referendum abrogativi di disposizioni non suscettibili di essere soppresse senza con ciò ledere principi costituzionali. A giudizio della Corte sarebbero state infatti eliminate strutture riconducibili all'art. 38 Cost..

A ben guardare, sotto le spoglie delle norme costituzionalmente necessarie sembra rivivere il criterio dello «*stretto collegamento*» con valori costituzionali.

Sempre nel 2000, la sentenza n. 49 del 2000 affrontò, negandola, l'ammissibilità del referendum abrogativo della legge sul lavoro a domicilio.

Ritene la Corte che non potesse essere meramente abrogata la legge sul lavoro a domicilio, poiché essa garantiva una tutela a tale tipologia lavorativa che era imposta dall'art. 35 Cost.

Infatti, l'art. 35 Cost. disponeva che il lavoro riceva una tutela «non già generica ed indistinta, ma articolata e coerente con la specificità delle varie forme (ed applicazioni) del lavoro».

Sulla scorta di tale considerazione la corte valutò che quella sul lavoro a domicilio fosse una legge di «specifica diretta attuazione di un precetto costituzionale».

A giudizio della Consulta una legge costituzionalmente necessaria come quella di cui era questione, essendo «diretta a rendere effettivo un diritto fondamentale della persona», una volta venuta ad esistenza poteva solo essere modificata o sostituita con altra legge, ma non avrebbe potuto essere meramente abrogata. La mera abrogazione di simili disposizioni, infatti, avrebbe importato la «violazione diretta di quel medesimo precetto costituzionale della cui attuazione (esse) ... (costituivano) ... strumento».

Esame dell'oggetto del quesito o esame della normativa di risulta?

Come si è avuto modo di vedere nel corso di questo sintetico *excursus* storico, la Corte afferma in maniera costante che in sede di giudizio di ammissibilità del referendum essa non è chiamata a valutare la costituzionalità della normativa che risulterebbe dall'eventuale esito abrogativo del referendum, ma semplicemente a valutare se ricorrano determinati requisiti di struttura del quesito e di natura delle disposizioni di cui si chiede l'abrogazione.

La frequenza con cui la Consulta ribadisce *expressis verbis* tale principio sembrerebbe sconsigliare di porre in dubbio l'effettività, dovendolo oramai considerare *ius receptum*. È vero invece il contrario, proprio la frequenza con cui la Corte ribadisce detto principio spinge a domandarsi se essa lo applichi veramente e, ancor prima, se sia possibile distinguere il giudizio sulla natura delle norme di cui si chiede l'abrogazione dalla legittimità costituzionale della normativa di risulta.

Una prima dichiarata analisi della distinzione tra illegittimità della normativa di risulta ed inammissibilità del referendum la troviamo nella sentenza 24 del 1981.

In precedenza parte della dottrina (8) aveva osservato che i limiti ulteriori previsti dalla sentenza n. 16 del 1978 avrebbero potuto sostanzialmente assorbire tutte le ipotesi d'illegittimità costituzionale della normativa di risulta rendendole altrettante cause di inammissibilità del referendum.

Nel 1981 la Corte Costituzionale ha affermato la necessità di tenere distinte l'inammissibilità del quesito referendario e l'illegittimità della normativa risultante dall'eventuale esito abrogativo del referendum. Nell'imposta-

(8) V. CRISAFULLI, *In tema di limiti al referendum*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1978, I, 151 ss.

zione offerta dai giudici costituzionali le cause di illegittimità della futura eventuale disciplina non si devono dunque tradurre in altrettante cause d'innammissibilità.

La Corte si sente confortata nelle proprie conclusioni dalla possibilità di sottoporre la disciplina di risulta ad un successivo giudizio di costituzionalità, rendendone quindi superfluo uno preventivo.

La dottrina più attenta (9) denunciò sin da subito il carattere artificioso del rifiuto di giudicare anche la normativa di risulta. Il sindacato sulla stessa non significherebbe infatti nulla più che ammettere il sindacato sugli effetti abrogativi del referendum inteso come atto incidente sul sistema legislativo.

Il fondamento della distinzione tra inammissibilità ed incostituzionalità risiede nella necessità logica di distinguere i due tipi di giudizi riservando al primo l'esame di quanto attiene al quesito referendario, e al secondo quanto concerne il risultato referendario.

Una simile distinzione, tuttavia, mostra presto la corda se sol si considera che il quesito è oggettivamente rivolto a produrre una determinata disciplina per via referendaria; il che lascia desumere che è già il quesito in sé e per sé considerato a poter essere riguardato come viziato dall'incostituzionalità che mira a determinare.

Si noti poi che l'estensione dell'esame della Corte alla costituzionalità della normativa di risulta, sempre negata, è in realtà una costante nell'applicazione del criterio delle norme a contenuto costituzionalmente vincolato.

Certo, è possibile affermare che nel caso delle norme a contenuto costituzionalmente vincolato il giudizio ricade sulla natura delle norme incise dal referendum e non sulla normativa conseguente ad un eventuale esito abrogativo.

Tale obiezione presta tuttavia il fianco a talune critiche.

Se veramente il motivo di inammissibilità riguardasse la natura costituzionalmente vincolata delle norme delle quali si propone l'abrogazione, si dovrebbe ritenere che tali siano solo e soltanto quelle norme che si limitano a riprodurre pedissequamente un precetto costituzionale, e che quindi siano meramente esecutive di questo.

Invero, se si pone mente alle volte in cui la Corte è stata chiamata a pronunciarsi circa referendum riguardanti norme che non si limitavano a riprodurre un precetto costituzionale, ma lo attuavano, non si può negare che la stessa di fatto si è soffermata a sindacare proprio la costituzionalità della normativa di risulta.

È la stessa Consulta che nei ridetti casi ha dichiarato di sentirsi chiamata a valutare se il quesito pregiudicasse o meno un diritto o un principio costituzionalmente imposto, ovvero se fosse con questi compatibile.

Orbene è evidente che un simile valutazione altro non è se non un giudizio sulla costituzionalità della normativa di risulta, infatti il pregiudizio al diritto o al principio costituzionale deve ritenersi causato, non certo dal quesito referendario, ma dagli effetti normativi della sua approvazione popolare.

(9) F. MODUGNO, *Rassegna critica delle sentenze sul referendum*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1981, pp. 2090 ss.

Nel caso di norme attuative di un precetto costituzionale, come per le norme esecutive di questo, il giudizio della Corte sembra quindi consistere nel raffronto tra la normativa che il quesito mira a determinare e le norme di rango Costituzionale.

Infatti dichiarare un referendum inammissibile perché investe norme che apprestano «quel minimo di tutela che determinate situazioni impongono secondo Costituzione», l'abrogazione delle quali comporterebbe pertanto una lesione di tale tutela, presuppone due considerazioni: da un lato che la Costituzione richiede una certa tutela; dall'altro che detta tutela verrebbe meno col referendum.

A ben vedere, però, giudicare che una certa tutela non è garantita, in un ordinamento che si assuma sistematico e logico, è giudizio che non può essere formulato indagando la sola natura delle norme abrogande, dovendo l'oggetto del giudizio essere l'intero ordinamento che succederebbe a siffatta abrogazione: la normativa di risulta.

Ecco perché il criterio del minimo di tutela necessario sembra presupporre che l'inammissibilità derivi dalla non conformità a Costituzione della disciplina di risulta.

Invero, se oggetto del giudizio fosse la natura delle norme incise, dovrebbero ritenersi inammissibili tutti i referendum riguardanti le norme che in qualche modo si collegano alla tutela minima non rilevando se la formulazione del quesito sia tale da garantire comunque il rispetto del parametro costituzionale, rispetto che, si è detto, deve essere osservato non da una singola norma, ma dall'intero ordinamento. È noto che così non è. La Corte infatti ritiene ammissibili i referendum che, pur incidendo su norme strettamente connesse alla Costituzione, mantengono intatto il nucleo fondamentale, ossia quella parte di disciplina che se eliminata dall'ordinamento comporterebbe una violazione dei precetti costituzionali. È evidente tuttavia che una simile valutazione postula che la Corte raffronti la disciplina di risulta con il dato Costituzionale e lo reputi conforme allo stesso.

Del criterio descritto la Corte Costituzionale fece applicazione in occasione della sentenza sul referendum riguardante il porto d'armi (10), laddove affermò che dagli art. 2 e 42 Cost. non può trarsi «come precetto immediatamente vincolante, la insostituibilità della licenza del porto d'armi», infatti nonostante la «legittima difesa sia prevista dall'ordinamento giuridico come possibile e lecito mezzo di tutela tanto dell'incolumità fisica quanto dei diritti patrimoniali», il porto d'armi non costituisce che una delle modalità attuative ipoteticamente utili per procedere alla legittima difesa, e quest'ultima sarebbe rimasta impregiudicata dal venire meno della licenza di porto d'armi.

In quell'occasione la Corte aveva affermato che non tutte le leggi costituzionalmente obbligatorie sono da ritenersi sottratte a referendum, ma solo quelle che non rappresentano espressione di una scelta discrezionale del legislatore nell'ambito di una finalità a questi imposta dalla Costituzione.

(10) C.Cost., sent. n 24 del 1981.

Pare a questo punto il caso di soffermarsi sul ruolo della discrezionalità del legislatore nell'ambito del giudizio sull'ammissibilità del referendum.

La discrezionalità del legislatore sembra presupporre un *quid* imposto che si affianca ad un'area di libertà legislativa.

Nel caso di disposizioni frutto di una scelta discrezionale del legislatore la giurisprudenza afferma normalmente l'ammissibilità del referendum, quando quello di cui si chiede l'eliminazione non è che uno dei modi nei quali l'ordinamento può adempiere agli obblighi impostigli dalla Costituzione.

Altre volte, invero più risalenti nel tempo, la Corte ha invece ritenuto l'inammissibilità del referendum nel caso in cui lo stesso investisse norme in stretto collegamento col dettato costituzionale (11) (fu questo uno degli argomenti adottati nella sentenza del 1978).

A ben vedere se le leggi a contenuto costituzionalmente vincolato sono solo quelle riguardo alle quali il legislatore non ha discrezionalità di sorta, non si può che concludere che esse siano meramente riproduttive del dettato costituzionale. Orbene, se è così prima che inammissibile, il referendum sarebbe «inutile» (12), posto che abrogate le norme di rango primario, la medesima disciplina permanerebbe in virtù delle norme di rango costituzionale, intangibili da parte del referendum.

Certo si può affermare che non sono sottoponibili a referendum le norme meramente esecutive del dettato costituzionale; ossia vi è inammissibilità quando «la legge ordinaria da abrogare incorpora determinati principi o disposti costituzionali, riproducendone i contenuti o concretandoli nel solo modo costituzionalmente consentito».

Sembrerebbe però che lo stesso criterio non sia invocabile per escludere le norme «attuative» della Costituzione: cioè di quelle norme che, pur rispondendo ad esigenze previste dalla Costituzione, potrebbero essere modificate dal legislatore senza con ciò che egli si renda inadempiente nei confronti del dettato della norma fondamentale.

Infatti, per le menzionate norme attuative, non si può certo affermare che esse incorporino determinati principi o disposti costituzionali, riproducendone i contenuti o concretandoli nel solo modo costituzionalmente consentito.

Non si può tuttavia neanche negare che l'abrogazione delle norme attuative possa comportare la disapplicazione del dettato costituzionale.

Ci si deve allora chiedere se tale disapplicazione possa essere causa di inammissibilità del referendum e, in caso di risposta affermativa, se l'inammissibilità derivi da una caratteristica del quesito referendario ovvero dall'illegittimità della disciplina di risulta.

Quanto al primo interrogativo la Corte, non senza qualche incertezza (13), afferma l'inammissibilità dei quesiti che investano leggi ordinarie

(11) C. Cost., sent. n. 16 del 1978.

(12) V. CRISAFULLI, *In tema di limiti al referendum*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1978, I, 151 ss.

(13) Nella sentenza n. 26 del 1981 la Corte Costituzionale aveva affermato che «per negare che determinate richieste referendarie siano ammissibili, non rileva che l'approva-

la cui eliminazione priverebbe totalmente di efficacia un principio o un organo Costituzionale «la cui esistenza è invece voluta dalla Costituzione» (14).

Come visto, la Corte ritiene che questa ultima ipotesi debba essere tenuta logicamente distinta «da quella in cui il referendum possa, in caso di approvazione, semplicemente intaccare il funzionamento di un organo costituzionale, o l'applicazione di un principio, nello specifico modo previsto dalla legge di cui si chiede l'abrogazione, senza tuttavia vanificarne gli effetti e l'operatività» (15).

La citata causa d'inammissibilità viene ricondotta nell'ambito di quella che fa leva sul contenuto costituzionalmente vincolato delle norme; ciò sull'inespresso presupposto che, anche nel caso della disciplina attuativa del dettato costituzionale, vi è una corrispondenza vincolata con la disciplina di rango superiore che limita l'ammissibilità di quesiti referendari, corrispondenza che il referendum potrebbe far venire meno.

Una simile impostazione appare invero parzialmente contraddire l'assunto in virtù del quale il criterio del vincolo costituzionale attiene alla natura della norma della quale si chiede il referendum.

Invero nel momento in cui si vuole dare un rilievo al rapporto tra norma abroganda e normativa costituzionale senza dare rilievo alla disciplina di risulta, si danno astrattamente due vie: quella di far rilevare la sola coincidenza-esecuzione, ovvero quella di far rilevare anche un generico collegamento-attuazione tra norma ordinaria e norma costituzionale.

Nel primo caso si dovrebbero ritenere sottratte a referendum le sole norme meramente esecutive di un disposto costituzionale.

Nel secondo caso si dovrebbero ritenere sottratte a referendum tutte le norme non solo esecutive, ma anche attuative di principi od organi costituzionali (16), senza dar peso all'eventuale conformità a Costituzione della disciplina di risulta.

Nel momento in cui si afferma invece che le norme attuative di un dettato costituzionale sono sottoponibili a referendum solo nella misura in cui ne venga rispettato il nucleo costituzionalmente necessario, si muta automaticamente il criterio d'inammissibilità. È infatti evidente che se si deve verificare se un referendum possa privare totalmente di efficacia un principio o un organo voluto dalla Costituzione, oggetto del giudizio sarà il quesito refe-

zione di esse darebbe luogo ad effetti incostituzionali... sia nel senso di determinare vuoti, suscettibili di ripercuotersi sull'operatività di qualche parte della Costituzione; sia nel senso di privare della necessaria garanzia situazioni costituzionalmente protette».

(14) Cfr C. Cost., sent. n 25 del 1981.

(15) Cfr C. Cost., sent. n 25 del 1981.

(16) Discorso a parte meritano forse gli organi costituzionalmente necessari, per i quali non si pone solo un problema di confronto tra norme, ma di concreta operatività degli organi stessi. In questo caso, infatti, la carta fondamentale non si limita a dettare norme cui i consociati devono conformare le proprie condotte, ma prevede direttamente alcuni soggetti e affida ad essi determinati compiti. Sicché se si elimina la normativa che disciplina l'attività di tali soggetti si viola per ciò solo la Costituzione.

rendario e i suoi effetti sulla disciplina di risulta, e non la natura della norma incisa come invece afferma la Corte Costituzionale. Si pensi ad esempio al caso in cui l'espansione dell'ambito applicativo di una norma (diversa da quella abroganda) che si verificherebbe a seguito dell'esito abrogativo del referendum proposto garantirebbe il rispetto del dettato costituzionale. In tal caso non vi sarebbe lesione di principi o istituti imposti dalla Costituzione, ma tanto sarebbe dato accertare solo valutando la disciplina di risulta.

È poi evidente che se il limite attiene alla natura costituzionalmente vincolata della norma neppure si dovrebbe prendere in esame quanta parte di essa sia coinvolta dal quesito referendario, essendo la natura della norma un antecedente logico dell'ampiezza del quesito. Così non è, infatti la Corte costituzionale nel valutare se un quesito sia ammissibile o meno si spinge a valutare se il referendum concretamente, ossia nei suoi effetti, comporterebbe la lesione di un principio o di un organo costituzionale; ritenendo così ammissibili i referendum su norme attuative che non comporterebbero tale lesione, ed inammissibili quei referendum che, pur investendo parimenti norme attuative, tale lesione comporterebbero (esempi di ciò sono ricorrenti in materia elettorale).

Se ciò è vero, vuol dire che oggetto del giudizio della Corte è non già la natura della norma della quale si propone l'abrogazione, ma il quesito referendario ed i suoi effetti o meglio la disciplina che dall'approvazione del referendum deriverebbe.

È evidente, infatti, che se un quesito viene ammesso ed un altro no in base alla lesione di principi costituzionali, ciò che si sta valutando è se la disciplina risultante dall'eventuale approvazione del referendum manterrebbe l'efficacia di un principio o di un organo Costituzionale «la cui esistenza è invece voluta dalla Costituzione», il che è come dire che l'ammissibilità di un quesito referendario dipende dal rispetto dei principi costituzionali da parte della disciplina di risulta. Ciò che rileva è dunque la conformità a Costituzione della normativa di risulta; in una parola la sua costituzionalità.

Infine, se ancora vi fosse chi dubiti che la Corte Costituzionale nel giudicare l'ammissibilità di un referendum pone come oggetto del proprio giudizio la disciplina di risulta, ci si può soffermare brevemente sul requisito della «completezza», in virtù del quale talora sono stati ritenuti inammissibili quesiti referendari perché non proponevano l'abrogazione di norme ulteriori rispetto a quelle di cui si proponeva l'abrogazione.

Se è vero che questo requisito è stato solo di rado utilizzato dalla Consulta, e che esso non attiene alla natura delle norme incise, ma alla struttura del quesito, ciò non di meno è significativo della tendenza della Corte a valutare la disciplina di risulta, pur dichiarando essa di passare al vaglio altro.

Si ricorderà che il criterio della completezza fu invocato dalla Consulta (17) per escludere l'ammissibilità del referendum sulla caccia che investiva le norme che consentivano l'esercizio del diritto di caccia, ma non altre che presupponevano la possibilità di esercitare tale diritto.

(17) Cfr C. Cost., sent. n. 27 del 1981.

È evidente che l'esame della Corte fu eccentrico rispetto sia alla natura delle norme, sia alla struttura del quesito, investendo invece l'ordinamento di risulta in generale, riguardato sotto il profilo della coerenza e ragionevolezza.

Del resto è la stessa Corte Costituzionale a dichiarare, per un particolare tipo di leggi costituzionalmente necessarie, quelle elettorali, che il referendum è ammissibile se ne «risulti una coerente disciplina residua immediatamente applicabile».

Si noti che il canone della coerenza richiama il più pervasivo dei parametri per giudicare la costituzionalità delle leggi ossia quello che *ex art. 3* fa leva sulla razionalità della disciplina.

Tornando al tema del nostro esame dobbiamo quindi dire che l'unico modo per ricondurre il criterio del vincolo costituzionale nell'ambito della natura della norma è quello di usare maggior rigore nella sua applicazione, ritenendo inammissibili o solo i referendum su norme esecutive della Costituzione, ovvero anche tutti quelli attinenti a norme attuative, senza considerare l'effettività della lesione del dettato costituzionale.

Quanto al sottocriterio della tutela minima imposta dalla Costituzione non si può non notare che questo si pone a cavaliere tra le norme esecutive e quelle attuative.

Infatti, da un lato il minimo di tutela è imposto direttamente dalla Costituzione, e sotto questo profilo le norme che lo prevedono sono meramente esecutive, dall'altro il legislatore ordinario può aver concesso una tutela maggiore, e sotto tale profilo la norma sarebbe attuativa.

Come si vede il criterio proposto per ricondurre l'esame dell'ammissibilità di un referendum all'esame della natura delle norme abrogande, passa per la distinzione tra norme esecutive e norme attuative della Costituzione.

Invero la possibilità di distinguere tra norme attuative e norme esecutive del dettato costituzionale si fa labile nel campo dei diritti della persona laddove due o più di questi diritti vengano in contrasto tra loro e si presenti quindi la necessità di un loro bilanciamento.

In simili casi la tutela di un diritto si pone come limite esterno per la tutela dell'altro, sicché ogni modifica della disciplina può comportare la compressione di un diritto fondamentale a favore di un altro, mutando il bilanciamento di interessi in giuoco.

Così stando le cose, o si ritiene che in questi casi la tutela di un diritto possa giustificare la completa compressione di un altro, ovvero si ritiene che tra i due contrapposti interessi si debba realizzare un bilanciamento, trovando un punto di equilibrio che solo in minima parte può ritenersi nella libera disponibilità del legislatore. È altresì chiaro che, aderendo alla seconda delle impostazioni, ogni scostamento dal suddetto punto di equilibrio della disciplina comporta facilmente una lesione della tutela costituzionalmente imposta per un certo interesse, e quindi l'inammissibilità di un referendum che riguardasse le norme relative.

Da quanto appena esposto sembra potersi dedurre che la materia dei diritti della persona dovrebbe essere tendenzialmente sottratta all'abrogazione referendaria.

... *Le conseguenze tratte dalla Consulta in una materia limitrofa alla procreazione medicalmente assistita: l'interruzione volontaria della gravidanza. – La sentenza 35 del 1997, i suoi presupposti e la sua interpretazione autentica del 2000.*

Si è visto come a giudizio della Corte Costituzionale sia da escludere l'ammissibilità dei referendum su leggi a contenuto costituzionalmente vincolato, tanto se si tratti di norme che concretino precetti costituzionali nel solo modo possibile, quanto se la loro eliminazione, per come proposta, comporterebbe l'inefficacia di principi o organi che la Carta costituzionale ritiene necessari.

Le norme di questa seconda categoria vengono comunemente denominate «costituzionalmente necessarie» (o «obbligatorie»), e vengono ricondotte dalla Corte Costituzionale nell'ambito delle norme a contenuto costituzionalmente vincolato.

La caratteristica di queste norme è che esse non riproducono un precetto costituzionale, ma danno allo stesso attuazione permettendogli di operare concretamente.

La Consulta ritiene quindi che simili norme non possano essere abrogate se non facendo salva la concreta operatività del principio o organo costituzionalmente imposto.

Il vincolo costituzionale per le norme costituzionalmente necessarie sembrerebbe dunque riguardare non tanto il *quomodo*, quanto l'*an*.

Ciò che distingue le leggi costituzionalmente necessarie dalle restanti leggi a contenuto costituzionalmente vincolato è lo spazio di autonomia che il precetto costituzionale conserva al legislatore: presente nel primo caso ed assente nel secondo. Nel caso delle leggi costituzionalmente necessarie la Costituzione pone una direttiva che deve trovare attuazione, mentre nelle altre leggi a contenuto costituzionalmente vincolato pone un precetto che deve essere rispettato.

Conseguenza di tale distinzione è che il referendum ben può avere ad oggetto leggi costituzionalmente necessarie, purché non venga meno l'attuazione della direttiva costituzionale (che può anche consistere nel necessario costante funzionamento di un organo).

L'interesse per le norme costituzionalmente necessarie è riaperto dalle recenti pronunce della Corte Costituzionale che hanno dichiarato inammissibile la richiesta referendaria volta alla totale abrogazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita (legge n. 40 del 2004) qualificandola come legge costituzionalmente necessaria, mentre hanno dichiarato ammissibili i referendum che proponevano la sua parziale abrogazione.

Sembra quindi il caso di interrogarsi sulla compatibilità della figura delle leggi costituzionalmente necessarie con leggi riguardanti diritti della persona ed il loro bilanciamento.

Prima di procedere in questa direzione è chiaramente necessario indagare quali siano i precetti costituzionali che vengono interessati dalla legge n. 40 del 2004.

Per fare ciò si ritiene di dover ripercorrere la storia delle giurisprudenze costituzionali in materia di aborto.

Che questo sia il percorso da seguire sembra confermato da dati di fatto e testuali. In primo luogo, così come per l'aborto, anche per la procreazione medicalmente assistita si pone il problema della soggettività giuridica del concepito, e del bilanciamento dei suoi diritti con quelli della madre.

In secondo luogo è la stessa legge 40 a lasciar trasparire la contiguità della materia disciplinata a quella dell'interruzione volontaria della gravidanza; non si spiegherebbe altrimenti il richiamo che la legge opera nei confronti della legge 194 del 1978, sia pure per farne salve le disposizioni (18).

Per esaminare, seppure sinteticamente, le vicende storiche della disciplina dell'aborto si deve partire dal codice penale del 1930 il quale vietava l'aborto e distingueva varie ipotesi, collocandolo, in base alla concezione politica allora dominante, tra i delitti contro la integrità e la sanità della stirpe.

Nel 1975 la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 27, dichiarò incostituzionale l'art. 546 c.p. il quale sanzionava l'aborto di donna consenziente.

La sentenza n. 27 da un lato affermò che la tutela del concepito aveva fondamento costituzionale (artt. 2 e 31 Cost.), dall'altro osservò che l'interesse costituzionalmente protetto del concepito poteva venire in collisione con altri interessi, anch'essi tutelati a livello costituzionale, nel qual caso si doveva procedere ad un bilanciamento di interessi.

A giudizio della Corte, nell'operare il bilanciamento, si doveva tenere presente che non solo il diritto alla vita, ma anche quello alla salute, propri della madre che è già persona, non potevano ritenersi equivalenti alla necessaria salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare.

È sulla base di tali premesse che la Corte dichiarò l'illegittimità «costituzionale dell'art. 546 c.p. nella parte in cui non prevedeva che la gravidanza potesse venire interrotta quando l'ulteriore gestazione ... (avrebbe implicato) ... danno, o pericolo, grave, medicalmente accertato, ... e non altrimenti evitabile». In sostanza la Corte formulò una nuova causa di giustificazione che si giustappose a quella dello stato di necessità.

Contribuirono a delineare lo *status* costituzionale del concepito anche alcuni *obiter dicta* della sentenza n. 27 del 1975, la quale aveva affermato che già *de jure condito* si poteva ritenere che, ove possibile, era necessario conciliare gli interessi della madre e quelli del concepito operando in modo da salvare la vita di quest'ultimo. La Corte proseguiva poi affermando che a seguito del mutato assetto dell'ordinamento, a seguito dell'intervento della Costituzione, il reato di aborto doveva essere considerato reato contro la persona e non più contro la stirpe.

La sentenza del 27 del 1975 da un lato aveva affermato la necessità di tutela per l'embrione, riconducendo tale necessità nell'ambito dell'art. 2 Cost., relativo ai diritti inviolabili che la Repubblica riconosce all'individuo; dall'altro aveva sostenuto che qualora gli interessi del concepito fossero stati in contrasto con quelli della madre, dovevano essere preferiti questi ultimi poiché la madre, a differenza del concepito è già persona.

(18) Cfr. art. 14 legge 40 del 2004.

Nel medesimo anno la Consulta, con la sentenza 251 del 1975, dichiarò ammissibile il referendum che proponeva l'abrogazione delle figure di reato che incriminavano l'aborto, e in generale dei delitti contro la stirpe.

L'importanza sistematica di tale pronuncia appare invero pressoché nulla per due ordini di motivi. In primo luogo la Corte non aveva ancora individuato limiti ulteriori all'ammissibilità dei referendum, ma si limitava ancora ad applicare quelli espressamente previsti dall'art. 75 Cost.. In secondo luogo ciò di cui veniva chiesta l'abrogazione era la tutela penale del concepito, e non la sua tutela in generale (19).

Nel 1978 venne promulgata la legge 194, recante «*norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*». Con tale provvedimento il Legislatore intendeva dare seguito alle indicazioni della Corte Costituzionale, disciplinando l'aborto.

La legge 194 si apriva, e ancora si apre, dichiarando che «lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio» (art. 1).

La legge provvedeva poi a bilanciare gli interessi della madre con quelli del concepito distinguendo due ipotesi di interruzione volontaria della gravidanza.

La prima ipotesi era quella che si poteva verificare entro i primi novanta giorni, l'interruzione volontaria della gravidanza era giustificata da un serio pericolo per la salute fisica o psichica della donna, tali circostanze determinavano il prevalere degli interessi della madre rispetto a quelli del concepito. Il serio pericolo in questione doveva essere valutato in relazione o «allo stato di salute della donna, o alle sue condizioni economiche, sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito» (art. 6).

Trascorsi i primi 90 giorni della gravidanza la posizione giuridica del concepito si rafforzava, per cui l'interruzione volontaria della gravidanza era possibile solo quando la gravidanza o il parto avessero comportato un grave pericolo per la vita della donna; ovvero quando fosse ricorso un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna derivante da accertati processi patologici (tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro) (art. 6).

Come era prevedibile, il punto di equilibrio tra i diversi interessi individuato dal Legislatore venne criticato sia da parte di chi propugnava una più ampia libertà di scelta in capo alla donna, sia da parte di chi chiedeva una maggiore tutela per il concepito. Fu così che, pochi anni dopo l'entrata in vigore della legge 194 del 1978, nel 1981 la Corte venne chiamata a giudicare l'ammissibilità di tre distinti quesiti referendari che, da diverse prospettive, investivano tale legge.

Due dei quesiti erano antiabortisti (uno c.d. massimale ed uno c.d. minimale) ed erano stati proposti dal Movimento per la Vita.

(19) Cfr. C. Cost., sent. 35 del 1997, che pone in dubbio la stessa possibilità che esistano situazioni o interessi per i quali la Costituzione impone la tutela penale.

L'ulteriore quesito (c.d. radicale) era abortista ed era stato promosso dai radicali.

La Consulta dichiarò inammissibile il solo quesito massimale, in quanto dalla sua approvazione sarebbe derivato il venire meno della tutela minima della madre.

Tale referendum investiva l'art. 6 della legge 194 «escludendo la previsione dell'aborto terapeutico ivi contenuta che, nel suo nucleo essenziale, ... (aveva) dato attuazione all'art. 32 comma 1 Cost.» (secondo cui la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività): l'art. 6, «nel suo nucleo essenziale», doveva quindi ritenersi norma a contenuto costituzionalmente vincolato». Il vincolo costituzionale era individuato nella tutela minima che la salute della madre aveva garantita dalla Costituzione per come interpretata nella sentenza n. 27 del 1975.

Nell'esaminare l'ammissibilità del referendum radicale la sentenza affermò che «per negare che determinate richieste referendarie siano ammissibili, non rileva che l'approvazione di esse darebbe luogo ad effetti incostituzionali». Apparentemente, dunque, la Consulta non si discostava dalla propria giurisprudenza costante, ma subito essa proseguiva specificando che ciò andava inteso «sia nel senso di determinare vuoti, suscettibili di ripercuotersi sull'operatività di qualche parte della Costituzione; sia nel senso di privare della necessaria garanzia situazioni costituzionalmente protette».

Quest'ultima specificazione sembrava invero mal conciliarsi con il già citato canone della tutela minima necessaria, che la Corte poneva a base del suo contestuale giudizio d'inammissibilità sul referendum «massimale».

Se si considera poi che il quesito radicale mirava, tra l'altro, ad eliminare ogni riferimento ai limiti per il ricorso all'aborto nei primi 90 giorni, appare allora evidente la distanza che separava la motivazione del giudizio sull'ammissibilità di quel quesito da quella relativa al quesito massimale.

A supporto dell'opzione ermeneutica prescelta per il quesito radicale la Corte costituzionale pose la considerazione che «il legislatore ordinario ... (sarebbe potuto) ... intervenire dettando una disciplina sostanzialmente diversa da quella abrogata, anche prima del prodursi dell'effetto abrogativo» ai sensi dell'art. 37 comma 3, legge n. 352 del 1970.

Orbene si può osservare che se la Costituzione impone una certa tutela per la madre, e la proposta di far venir meno tale tutela determinò l'inammissibilità del referendum massimale, allo stesso modo poiché la Costituzione impone un certo livello di tutela anche per il concepito (20), la proposta di eliminare tale tutela per via referendaria avrebbe dovuto essere ritenuta semplicemente inammissibile.

Così non fu, la Corte infatti non si addentrò nella tematica dello statuto costituzionale del concepito, ma preferì limitarsi ad affermare che l'eventuale lesione dei diritti costituzionali di quest'ultimo avrebbe comportato l'illegittimità della normativa di risulta, il che non rientrava nell'oggetto di una pro-

(20) Cfr. C. Cost. n. 27 del 1975.

nuncia sull'ammissibilità di un referendum. Rilevava poi la Consulta che la ridetta eventuale illegittimità sarebbe potuta essere sindacata in occasione di successivi giudizi sulla costituzionalità della normativa di risulta.

Estremamente interessante, in questa sede, è che la Corte, dopo aver specificato in che senso non rilevavano gli effetti incostituzionali dell'eventuale approvazione del referendum proseguiva affermando che «perché sotto questo profilo sia dato impedire lo svolgimento di un referendum, occorre che il voto popolare» investa norme a contenuto costituzionalmente vincolato. Dicendo ciò la Corte mostrava di ritenere il giudizio di ammissibilità condotto alla stregua del criterio del vincolo costituzionale una specie di quello di costituzionalità sulla normativa di risulta, e non già un giudizio sulla natura delle norme abrogande.

Si noti poi che la Corte continuava a muoversi utilizzando parametri incerti, come dimostra l'opposto approccio adottato per il referendum radicale rispetto a quello tenuto per il referendum massimale. Infatti, se per quest'ultimo la Consulta ebbe premura di precisare che la normativa di cui veniva chiesta l'abrogazione «nel suo complesso attuava il diritto alla salute della madre», per il referendum radicale il giudizio fu di stampo opposto; si affermò infatti che le norme di cui si proponeva l'abrogazione «nel loro complesso, ... (erano) il frutto di scelte discrezionali del legislatore».

A far bene attenzione è possibile accorgersi che nell'una ipotesi si andava a verificare la sussistenza di un vincolo costituzionale, nell'altra, invece, si andava a verificare che vi fosse uno spazio di libertà del legislatore senza precisare se a detta discrezionalità si giustapponesse altresì un vincolo costituzionale da rispettare.

La Consulta concludeva il capo relativo al referendum radicale individuando il principio Costituzionale che andava rispettato, e che era effettivamente rispettato: il «bilanciamento degli interessi concorrenti in materia».

L'individuazione di tale vincolo suscita perplessità.

Infatti affermare che è semplicemente necessario un bilanciamento di interessi sembra presupporre che, purché gli stessi vengano tenuti in considerazione dal Legislatore, qualsiasi disciplina è accettabile; il che contrasta con la stessa ipotizzabilità di una tutela minima imposta dalla Costituzione o, quantomeno, riduce ai minimi termini le garanzie costituzionali per i vari interessi (21). Tanto ciò è vero, che la dottrina (22) ritenne che la sentenza segnasse una importante tappa nella storia del pensiero della Corte Costituzionale sull'interruzione volontaria della gravidanza giacché il punto di equilibrio proposto nella sentenza 27 del 1975 non rappresentava più l'unico bilanciamento possibile per gli interessi costituzionalmente garantiti rilevanti in materia.

(21) Ciò sembra inoltre contraddire la pronuncia C. Cost. del 1975 che ritenne insufficiente la discriminante dello stato di necessità per tutelare il diritto alla salute della madre, mostrando che non ogni tutela è sufficiente per gli interessi costituzionalmente garantiti.

(22) S. BARTOLE, *Ammonimenti e consigli in tema di referendum e aborto*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1981, pag. 161.

Le incertezze ed incoerenze della Corte dipesero, e dipendono, dal suo costante sforzo di tenere il più possibile distinti il giudizio di ammissibilità dei referendum da quello di costituzionalità sulle leggi al fine di fare il più possibile salvo il diritto dei cittadini di esprimersi nelle consultazioni referendarie.

La sentenza del 1981 fu sistematicamente importante non tanto perché abbia rappresentato una tappa dell'evoluzione del pensiero costituzionale nel campo dello statuto del concepito (23), quanto perché individuava e faceva applicazione di una particolare sottocategoria di leggi ordinarie a contenuto costituzionalmente vincolato: quelle che dispongono la tutela necessaria minima richiesta da determinate situazioni secondo Costituzione.

Apparteneva a tale categoria l'art. 6 della 194, poiché nel suo nucleo essenziale garantiva la tutela necessaria ex art. 32 Cost. per la salute della madre.

La dottrina (24) ritenne che dalla pronuncia potesse trarsi come conclusione che la tutela degli interessi del concepito non doveva essere necessariamente assicurata «nella forma della persecuzione penale dell'aborto». Infatti, se era vero che la sentenza 27 del 1975 aveva ritenuto «obbligo del Legislatore predisporre le cautele necessarie per impedire che l'aborto venga procurato senza seri accertamenti» sulle circostanze che lo legittimano, ciò non significava che tali cautele dovessero necessariamente assumere la forma di sanzioni penali, essendovi in materia discrezionalità (25).

Il ruolo centrale che la sanzione penale aveva giocato nelle riflessioni della Corte nel 1981 venne evidenziato dalla sua successiva pronuncia n. 35 del 1997.

Nel 1997 la Consulta dovette pronunciarsi su un quesito referendario sostanzialmente identico a quello radicale del 1981, in tale occasione il referendum fu ritenuto inammissibile in quanto avente ad oggetto norme costituzionalmente vincolate.

In particolare la Corte ritenne che le garanzie a favore del concepito che il referendum si riprometteva di fare abrogare erano tali da far ricondurre le norme interessate nell'ambito della categoria delle leggi ordinarie che dispongono la «tutela minima per situazioni che tale tutela esigono secondo Costituzione».

Come già accennato, nel 1997 i radicali proposero un quesito sostanzialmente identico a quello già presentato nel 1981, dal quale si differenziava unicamente perché non investiva anche il comma 3, dell'art. 7 (26).

(23) La sentenza 26 del 1981 si limitava infatti a riaffermare la necessaria previsione dell'aborto terapeutico, già affermata nella sentenza 27 del 1975.

(24) S. BARTOLE, *Ammonimenti e consigli in tema di referendum e aborto*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1981, pp. 151 ss.

(25) La dottrina aveva osservato che già dal tenore della sentenza 27 del 1975 era possibile affermare il carattere facoltativo della tutela penale dell'interesse del concepito, il fondamento costituzionale del quale, infatti, giustifica, ma non impone, «il ricorso del legislatore alla pena». MARINUCCI, *I punti fermi e trasparenti sull'aborto*, in *Rinascita* 1980, n. 45, 10

(26) In virtù di tale disposizione quando vi è possibilità di vita autonoma del feto l'aborto è ammesso solo se vi è pericolo di vita della madre e, in ogni caso, devono essere adottate tutte le misure idonee a salvaguardare la vita del feto.

La Consulta stigmatizzò la volontà di eliminare ogni limite all'aborto infratrimestrale poiché «ciò è ... quanto è precluso al legislatore e, conseguentemente anche alla deliberazione abrogativa del corpo elettorale» (27). Al riguardo la Corte ritenne che il quesito, tendendo ad eliminare i limiti all'aborto infratrimestrale avrebbe reso «nullo il livello minimo di tutela necessaria dei diritti costituzionali inviolabili alla vita e alla salute» del concepito.

Quanto poi all'unico punto di divergenza rispetto al quesito del 1981 la Corte notava che «la proposta di mantenere una certa tutela per il solo feto di cui sia accertata la capacità di vita autonoma, sottolinea l'abbandono di ogni tutela per gli altri nascituri il cui diritto alla vita è consacrato – secondo la ricordata sentenza n. 27 del 1975 – dall'art. 2 Cost.». La capacità di vita autonoma non è che un accidente della sostanza concepito, il quale, afferma espressamente la Corte, è soggetto titolare di un «diritto inviolabile» alla vita a prescindere da eventuali relazioni con altri soggetti (28).

La Corte ricordò che già la sentenza del 1975 aveva riconosciuto il fondamento costituzionale della tutela del concepito, la cui situazione giuridica veniva collegata all'art. 2 Cost., sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie.

Non di meno dovevano essere tenuti in considerazione i diritti fondamentali alla vita e alla salute della madre, i quali potevano entrare in conflitto con la salvaguardia del concepito rendendo quindi necessario individuare un corretto bilanciamento degli interessi coinvolti.

Il punto di equilibrio era stato individuato nella salvaguardia della vita e della salute della madre, dovendosi peraltro operare in modo che fosse salvata, quando possibile, la vita del feto.

La sentenza del 1975 aveva infine affermato che per realizzare in modo legittimo questo bilanciamento era «obbligo del legislatore predisporre le cautele necessarie per impedire che l'aborto ... (venisse) praticato senza seri accertamenti sulla realtà e gravità del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre dal proseguire nella gestazione» e che «perciò la liceità dell'aborto ... (doveva) essere ancorata ad una previa valutazione della sussistenza delle condizioni atte a giustificarla».

Con la sentenza 35 del 1997 la Corte spinse le proprie considerazioni oltre quanto a suo tempo esposto nella sentenza n. 27 del 1975.

Essa infatti affermò espressamente che «il diritto alla vita, inteso nella sua espressione più lata, (era) da iscriversi tra i diritti inviolabili, cioè tra quei diritti che occupano nell'ordinamento una posizione, per così dire, privile-

(27) In tale passaggio della sentenza è possibile scorgere un *lapsus calami* o forse il consapevole desiderio di superare l'ipocrisia che sino a quel momento era sottesa alle decisioni sull'ammissibilità dei referendum, e riconoscere così che oggetto del sindacato della Corte è anche la costituzionalità della normativa di risulta.

(28) Considerazione che sembra potersi attagliare perfettamente anche agli embrioni *in vitro* per i quali si può osservare che l'essere o meno impiantati non influisce sulla loro sostanza, ma è rispetto ad essi un accidente, pertanto non vi è una distinzione ontologica tra embrione impiantato ed embrione non impiantato.

giata, in quanto appartengono – per usare l'espressione della sentenza n. 1146 del 1988 – «all'essenza dei valori supremi su cui si fonda la Costituzione italiana» (29).

Il citato diritto alla vita apparteneva anche al concepito, ed era garantito dall'art. 1 della legge 194 del 1978, in virtù del quale «la Repubblica tutela la vita umana sin dal suo inizio».

Si ritenne pertanto che già la proposta di abrogare l'art. 1 della legge 194 costituisse motivo d'inammissibilità del referendum.

La chiarezza della sentenza 35 del 1997 raggiunse l'acme nell'individuazione delle norme della legge 194 che non potevano formare oggetto di referendum.

La Corte affermò che non poteva essere abrogato, neppure parzialmente, «quel nucleo di disposizioni che attengono alla protezione della vita del concepito quando non siano presenti esigenze di salute o di vita della madre, nonché quel complesso di disposizioni che attengono alla protezione della donna gestante».

L'importanza della sentenza del 1997 risiede nell'aver attribuito espressamente al concepito il diritto alla vita e conseguentemente di avergli riconosciuto soggettività giuridica, cosa che non era avvenuta neppure in occasione della più volte citata sentenza n. 27 del 1975, la quale non aveva mai espressamente affermato che il concepito avesse diritti, e conseguentemente che fosse soggetto, ma si era limitata ad affermare la necessità di una tutela per il concepito (30).

La Corte mostrò inoltre di voler superare la distinzione tra madre-persona e feto-non persona, mancava infatti qualsiasi richiamo a tale concetto, pur venendo mantenuto il bilanciamento di interessi che da tale distinzione veniva tratto (31).

La sentenza del 1997 ribadì l'inammissibilità del referendum vertente su norme a contenuto costituzionalmente vincolato, e sembrò potersi dire che le norme ritenute intangibili dalla Corte appartenevano alla specie di quelle cui il legislatore non avrebbe potuto dare altro contenuto.

Al riguardo si deve tuttavia osservare che nel 2000 la Consulta (32), in occasione del giudizio sull'ammissibilità del referendum riguardante l'abolizione della disciplina speciale del lavoro a domicilio, nel citare la sentenza n. 35 del 1997 vi scorse un caso di applicazione del limite relativo alle norme costituzionalmente necessarie, «dirette a rendere effettivo un diritto fondamentale della persona» e che perciò «una volta venute ad esistenza possono essere ... modificate o sostituite, ma non possono essere semplicemente abrogate, così da eliminare la tutela precedentemente concessa, pena la violazione diretta del precetto costituzionale della cui attuazione costituiscono strumento».

(29) Sino ad allora il richiamo all'art. 2 Cost. era stato generico, e il diritto alla vita del concepito non era mai stato espressamente qualificato come diritto inviolabile.

(30) Per un approfondimento cfr. C. CASINI, *Verso il riconoscimento di una soggettività giuridica del concepito?*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1997, pp. 29 ss.

(31) Cfr. M. OLIVETTI, *La Corte e l'aborto tra conferme e spunti innovativi*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1997, pp. 312 ss.

(32) C. Cost., sent. 49 del 2000.

Inquadrare le norme della legge 194 del 1978 tra quelle per le quali il Legislatore non avrebbe potuto disporre diversamente, ovvero tra quelle modificabili discrezionalmente ad opera del Legislatore, ma non meramente abrogabili non è di poco momento. Infatti nel primo caso si deve ritenere che il precetto costituzionale sia il bilanciamento degli interessi come concretamente delineato dalla sentenza 35 del 1997 e, ancor prima, dalla sentenza 27 del 1975; nel secondo caso il precetto costituzionale che si impone al legislatore sarebbe il bilanciamento degli interessi in sé considerato.

A chi scrive sembra possibile affermare che il vincolo stia nel bilanciamento di interessi come concretamente individuato dalla sentenza n. 35 del 1997. Infatti tale pronuncia si preoccupò di individuare i limiti esterni dei diritti inviolabili costituzionalmente garantiti derivanti dalla coesistenza di altri diritti costituzionalmente garantiti. Orbene, poiché i diritti inviolabili derivano dalla Costituzione al pari dei loro limiti, l'individuazione del contenuto di un simile diritto operato dal legislatore ordinario dovrebbe avere un carattere meramente ricognitivo di quanto discende direttamente dai dettami costituzionali.

Diverso è invece il caso in cui il l'interesse costituzionalmente garantito necessiti di strumenti di tutela diversi dal semplice divieto, come è per il diritto al lavoro, il quale abbisogna di una complessa disciplina per essere attuato. Qui è evidente che al legislatore ordinario è riservato un ruolo maggiore non dovendosi egli limitare a porre limiti.

Le recenti pronunce della Corte costituzionale

Fatte le dovute premesse è ora possibile passare ad esaminare le recenti sentenze con le quali la Corte Costituzionale ha affermato la natura costituzionalmente necessaria della legge sulla procreazione assistita, facendo salva la discrezionalità del legislatore.

In particolare, con la Sentenza n. 45 del 2005 la Consulta ha dichiarato inammissibile il quesito referendario che proponeva l'integrale abrogazione della legge 40 del 2004 poiché detto provvedimento legislativo realizza un primo bilanciamento tra contrapposti interessi garantiti sia a livello Costituzionale sia a livello internazionale.

La Corte evidenzia come la presenza di una pluralità di interessi costituzionali potenzialmente tra loro in contrasto impone che tra gli stessi venga realizzato un bilanciamento tale da assicurare agli stessi un livello minimo di tutela legislativa, ne viene tratto che la legge in materia di procreazione medicalmente assistita, nel suo complesso, risponde ad un'insopprimibile esigenza costituzionale, sicché essa non può venire abrogata *sic et simpliciter*.

La soluzione prospettata nella sentenza 45 si fonda sul presupposto che la materia sia stata disciplinata legislativamente per la prima volta nel 2004(33), e che la convivenza dei vari interessi costituzionalmente rilevanti

(33) La materia invero era stata disciplinata solo per taluni aspetti da ordinanze del Ministro della Salute adottate ai sensi dell'art. 32 della legge 833 del 1978. In particolare dette ordinanze avevano provveduto da un lato a stabilire il divieto di commercializzazione

non sarebbe adeguatamente garantita dalla precettività diretta delle norme costituzionali, non spiegandosi altrimenti l'esigenza di un intervento legislativo ordinario.

Invero i giudici di palazzo della Consulta avevano già avuto modo di manifestare la propria opinione in merito alle problematiche inerenti le tecniche di procreazione medicalmente assistita nel 1998 (34).

In quell'occasione la Corte era stata chiamata a pronunciarsi circa la legittimità costituzionale dell'art. 235 c.c. il quale prevedeva che potesse essere esperita azione di disconoscimento della paternità quando all'epoca del concepimento il padre fosse stato affetto da impotenza, anche solo di generare.

La fattispecie concreta riguardava il caso di un uomo che, dopo essere ricorso con la propria moglie alla fecondazione assistita di tipo eterologo, aveva successivamente presentato domanda di disconoscimento della paternità proprio sul presupposto della propria sterilità.

Discostandosi dall'orientamento che si era venuto consolidando nella giurisprudenza ordinaria, la Consulta dichiarò inammissibile la questione di legittimità costituzionale in quanto la norma impugnata, per come essa la interpretava, non era applicabile al caso di specie poiché «l'intera disciplina del codice civile sul disconoscimento di paternità è applicabile esclusivamente ai casi per i quali era stata pensata, e cioè alla generazione che segua ad un «rapporto adulterino».

Nell'occasione la Corte precisò che spettava al giudice remittente, in una situazione di carenza legislativa, di individuare «l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione» dei molteplici beni costituzionali che venivano in rilievo.

La Corte Costituzionale era quindi chiamata ad assolvere una funzione ortopedica dell'inerzia del Legislatore, alla valutazione del quale apparteneva primariamente l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni coinvolti. Il Legislatore era in sostanza obbligato a disciplinare la materia, sicché una volta che questi fosse intervenuto non avrebbe avuto più la possibilità di tornare sui propri passi restituendo alla suppleanza giurisprudenziale l'individuazione del punto di equilibrio.

Emerge dalla giurisprudenza della Corte una visione al contempo sostanziale e formale dell'attività interpretativa giurisdizionale.

Infatti, se da un lato si afferma che il bilanciamento degli interessi costituzionali coinvolti, in assenza di un intervento del legislatore, può e deve rientrare nel campo dell'interpretazione cui è preposto in prima istanza il giudice ordinario; dall'altro si riconosce che tale bilanciamento richiede scelte operate a livello politico, in tal modo riconoscendo implicitamente che l'attività interpretativa in materia si pone come post-giustificazione di una scelta di valori cui il giudice non dovrebbe normalmente interessarsi.

di gameti ed embrioni umani (Ordinanza 5 marzo 1997 del Ministero della Sanità), dall'altro a vietare la clonazione umana (Ordinanza 5 marzo 1997 del Ministero della Sanità ed Ordinanza 21 dicembre 2001 Ministero della salute).

(34) C. Cost. sent. 347 del 1998.

Pertanto una volta che il potere legislativo sia intervenuto appropriandosi di una determinata materia non può semplicemente abrogare la disciplina legislativa e restituire il bilanciamento al giudice.

Il ruolo che la Corte si ritaglia ai fini di giudicare dell'ammissibilità dei referendum in una materia come quella della procreazione medicalmente assistita è quello di vigilare da un lato che non venga meno il necessario provvedimento legislativo, dall'altro che le abrogazioni proposte non vulnerino la tutela minima che deve essere accordata ad ogni interesse costituzionalmente garantito in sede di bilanciamento di interessi.

I giudici costituzionali precisano altresì che non è loro compito quello di valutare la legittimità costituzionale della normativa di risulta; si ricorderà tuttavia quanto abbiamo in precedenza osservato circa la fragilità di tale asserzione, specie ove l'incostituzionalità tenda a coincidere con l'eccessiva compressione di un diritto costituzionalmente garantito.

I quesiti referendari volti all'abrogazione parziale della legge 40 del 2004 sono stati tutti ritenuti ammissibili perché riguardanti «aspetti specifici della disciplina della procreazione medicalmente assistita»; la Corte sembra quindi implicitamente affermare che le proposte referendarie non intaccano il nucleo essenziale della legge, ma si muovono nell'ambito della discrezionalità concessa al legislatore ordinario.

A questo punto appare necessario indicare quali siano le disposizioni delle quali viene richiesta l'abrogazione per tentare di comprendere quale sia a giudizio della Corte la tutela minima necessaria degli interessi costituzionali coinvolti e quale il loro grado di comprimibilità nell'operazione di bilanciamento.

Due dei quattro quesiti ammessi dalla Corte presentano un testo sostanzialmente identico, tanto che in un primo momento erano stati riuniti ad opera dell'ufficio centrale referendum presso la Corte di Cassazione, che ha successivamente riveduto la propria posizione a seguito dell'opposizione manifestata a tale riunione da parte dei comitati promotori.

Gli obiettivi che i promotori dei referendum si ripropongono di realizzare sono in primo luogo estendere le ipotesi in cui è possibile ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, e a tal fine si chiede che dette operazioni non siano consentite solo come *extrema ratio* al fine di risolvere problemi riproduttivi derivanti da sterilità o infertilità documentate da atto medico.

Si propone poi di permettere la formazione di un numero maggiore di embrioni rispetto a quelli necessari per un unico e contemporaneo impianto, e di generalizzare la possibilità di ricorrere alla crioconservazione degli stessi.

Ulteriore scopo dei promotori del referendum è quello di consentire ai singoli componenti della coppia di revocare il proprio consenso all'operazione sino all'impianto dell'embrione, e non già sino al momento della fecondazione. È questo il profilo che, come vedremo, suscita più dubbi.

Gli altri referendum mirano: l'uno a permettere il ricorso alla fecondazione eterologa, ossia con gameti non provenienti dalla coppia; l'altro a per-

mettere la ricerca scientifica e terapeutica sugli embrioni non impiantati, senza la necessità che questa ricerca possa astrattamente risolversi in un van-taggio per l'embrione a tal fine destinato.

Si è accennato che due dei quesiti referendari presentano un testo sostanzialmente identico, l'unica differenza che vi è tra i due è che uno propone l'abrogazione parziale dell'art. 1 della legge 40, l'altro propone l'abrogazione totale dello stesso, inclusa la disposizione che «assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito». Detta disposizione riconosce dunque la soggettività del concepito e richiede che i suoi interessi vengano tutelati.

L'abrogazione totale dell'art. 1 si prestava pertanto ad essere censurata in sede di giudizio di ammissibilità poiché avrebbe potuto comportare il venire meno della tutela minima necessaria imposta dalla Costituzione per il concepito (35).

La Corte Costituzionale ha ritenuto invece di dover ammettere anche la versione più radicale del quesito, poiché il riferimento alla tutela dei diritti del concepito presenta un «contenuto meramente enunciativo, dovendosi ricavare la tutela di tutti i soggetti coinvolti e, quindi, anche del concepito, dal complesso delle altre disposizioni della legge».

In sostanza l'art. 1 della legge 40 del 2004 non è costituzionalmente vincolato perché lungi dall'affermare la soggettività del concepito la dà per presupposta.

Se l'affermazione della Corte da ultimo riportata non suscita particolare interesse, sicuramente pone maggiori interrogativi il fatto che i giudici costituzionali abbiano ritenuto non esservi ostacoli di ordine costituzionale all'ammissibilità dei referendum volti a consentire la revoca del consenso da parte di uno dei componenti della coppia sino al momento dell'impianto, e non più sino a quello della fecondazione, riconducendo questa, come le altre disposizioni investite dai referendum parzialmente abrogativi, nell'ambito della discrezionalità del legislatore.

Simili asserzioni spingono inevitabilmente a domandarsi quale sia a giudizio della Corte lo statuto costituzionale dell'embrione, e quale possa essere la tenuta nel tempo delle considerazioni che emergono dalle sue recenti pronunce.

I giudici costituzionali hanno sostanzialmente avallato, come si è detto, la possibilità per ciascuno dei componenti della coppia di revocare *ad nutum* il consenso alla prosecuzione della procedura di procreazione medicalmente assistita, pur in presenza di un embrione già formato. Si noti che la revoca del consenso non deve trovare fondamento in un qualche preciso interesse costituzionalmente garantito che si venga a trovare in conflitto rispetto alla prosecuzione della procedura.

(35) Ci si ricorderà che nella sent. 35 del 1997 la Corte Costituzionale aveva ritenuto che già la proposta di abrogare l'art. 1 della legge 194 del 1978 rendeva il referendum inammissibile. Tale norma recava infatti il principio intangibile per cui la vita è protetta sin dal suo inizio.

Una simile osservazione apre il campo ad una domanda: la Corte Costituzionale reputa l'embrione in vitro una realtà ontologicamente distinta rispetto all'embrione già impiantato?

Tale interrogativo si giustifica perché i principi individuati dalla sentenza n. 27 del 1975 e successivamente sempre confermati dalla Corte, mal si conciliano con l'ammissione della revocabilità *ad nutum* del consenso in una fase successiva a quella della fecondazione. Infatti la revoca del consenso in tale fase comporta pressoché ineluttabilmente l'impossibilità per l'embrione di svilupparsi e di rimanere in vita.

Si ricorderà che con la sentenza 27 del 1975 la Corte aveva realizzato il temperamento degli interessi costituzionali prevedendo che il sacrificio del diritto alla vita del concepito era giustificato quando la prosecuzione della gestazione avrebbe implicato «danno, o pericolo, grave, medicalmente accertato,... e non altrimenti evitabile», alla vita o alla salute della madre.

Da un *obiter dictum* dell'arresto del 1975 emergeva poi la preoccupazione di precisare che il sacrificio del diritto alla vita del concepito era possibile solo in presenza di contrapposti interessi del pari costituzionalmente rilevanti sicché, quando ciò fosse stato possibile, l'intervento doveva essere operato in modo da far salva la vita del feto.

Come si è visto, nel disegno dei promotori del referendum, la volontà di non procedere all'impianto dell'embrione si autogiustifica non necessitando di essere fondata su alcun interesse costituzionalmente rilevante, né tanto meno che un simile interesse sia accertato in concreto.

Sotto i citati profili i recenti arresti della Corte Costituzionale sembrano difficilmente conciliabili con i principi espressi dalla Corte nel 1975.

Uno dei problemi che si pongono con maggiore forza in questa vicenda è quindi se vi sia differenza tra l'embrione *in vitro* e l'embrione impiantato.

A tal proposito sembrano doversi distinguere due profili: natura giuridica e soggettività da un lato; e situazione relazionale del concepito dall'altro.

Quanto al primo profilo si possono richiamare le considerazioni svolte dal Comitato Nazionale di Bioetica circa le differenze tra embrioni numerari e soprannumerari; ritiene il comitato che non esista tra le due realtà una distinzione ontologica (36).

Sembra infatti che il discorso fatto con riguardo ad embrioni numerari e soprannumerari possa essere riproposto avendo riguardo all'embrione *in vitro* ed all'embrione impiantato.

(36) Il C.N.B., nel suo parere sulle ricerche utilizzando cellule staminali ed embrioni umani, ha fatto conseguire all'identità ontologica tra embrioni soprannumerari e non, l'antieticità di una distinzione deontologica che riguardi la possibilità di effettuare ricerche che richiedano la distruzione degli embrioni.

Interessante notare come il C.N.B. parte dal postulato per cui gli embrioni umani sono vite umane a pieno titolo, ed esiste il dovere morale di rispettarli nel loro diritto alla vita indipendentemente dalle modalità con cui siano stati procreati ed indipendentemente dal fatto che alcuni di essi possano essere qualificati – con espressione discutibile perché priva di valenza ontologica – soprannumerari».

Un embrione non muta la propria natura per il solo fatto di essere impiantato, come in nulla differisce un embrione destinato a non essere impiantato da uno destinato ad essere impiantato, così in nulla differisce un embrione appena impiantato da un altro ancora non impiantato. Ciò che muta è l'ambiente in cui esso si viene a trovare, che è per definizione a lui esterno e come tale incapace di immutarne la sostanza.

Le potenzialità di sviluppo vi sono nell'embrione impiantato come in quello non impiantato, solo che condizioni esterne agli stessi rendono tali potenzialità di sviluppo attuali nell'uno e non nell'altro.

In conclusione sembra potersi affermare che embrione impiantato ed embrione *in vitro*, in sé considerati sono realtà ontologicamente omogenee.

Il discorso è diverso se l'embrione-concepito viene considerato non in sé, ma nella sua dimensione relazionale. Sotto tale profilo non si può certo negare che sia diverso il quadro degli interessi coinvolti a seconda che l'embrione sia stato o meno già impiantato nel grembo materno.

Infatti, nel primo caso si è già instaurata una relazione fisica tendenzialmente permanente (sino alla nascita) con il corpo della madre, nel secondo caso tale relazione fisica non si è instaurata.

Come accennato, ad una prima lettura le sentenze del 2005 sembrano tenere distinto l'embrione nell'utero materno da quello non impiantato. In particolare ciò sarebbe possibile inferire dalla totale assenza nelle sentenze *de quibus* di un qualche riferimento alla giurisprudenza della Consulta in tema di aborto. È evidente che la mancanza di tali riferimenti lascia intendere che la Corte ritiene quella sull'aborto materia distinta, almeno quanto agli interessi coinvolti, rispetto a quella della procreazione medicalmente assistita.

Da questi rilievi sembra emergere che i giudici costituzionali ritengono la situazione dell'embrione *in vitro* non paragonabile a quella dell'embrione nel grembo materno. In tal senso sembrano deporre altresì le considerazioni sopra svolte in ordine alla revocabilità *ad nutum* del consenso all'impianto anche dopo la fecondazione. Proprio la possibilità di impedire l'impianto dell'embrione senza dover addurre giustificazioni di sorta, farebbe ritenere che a giudizio della Corte per la soppressione dell'embrione *in vitro* non si pone la necessità di un bilanciamento di interessi costituzionalmente rilevanti, come invece per l'embrione impiantato (l'aborto).

Ciò può avere un solo significato: non ha fondamento costituzionale il diritto alla vita dell'embrione *in vitro*.

È allora evidente la differenza che la Corte pone tra embrione nel grembo materno ed embrione *in vitro*: l'uno gode di tutela costituzionale, l'altro no.

In realtà una simile ricostruzione della visione della Consulta dell'embrione prova troppo.

Infatti alle osservazioni sopra esposte è possibile replicare che la Corte Costituzionale, lungi dal manifestare l'esito di un compiuto ragionamento sui valori costituzionali, ha volutamente evitato di entrare nel vivo delle questioni etico-giuridiche, limitandosi ad una sommaria analisi del quesito al fine di delibarne l'ammissibilità. Ciò risulta evidente se si considera che proprio in ordine alla possibilità di revocare il consenso immotivatamente essa non ha minimamente argomentato in modo specifico al fine di saggiarne la tenuta al canone della tutela minima, ovvero per escludere la rilevanza di tale canone.

Neppure si possono trarre argomenti nel senso opposto dalla sentenza n. 48, relativa al quesito volto a travolgere l'intero art. 1 della legge 40, inclusa la parte in cui «assicura la tutela di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito».

Come abbiamo visto, infatti, in tale circostanza la Corte ha posto a fondamento del suo giudizio di ammissibilità proprio il carattere meramente enunciativo del riferimento ai diritti del concepito.

Si potrebbe anzi affermare esattamente all'opposto, che la posizione espressa dalla Consulta nel passo citato è quella di chi dà per scontato che il concepito sia un soggetto dal punto di vista della disciplina costituzionale, non spiegandosi altrimenti la premura di dichiarare l'art. 1 meramente enunciativo.

Infatti, se si ricollega l'ammissibilità del quesito al carattere meramente enunciativo del riconoscimento della soggettività e della tutela del concepito contenuta nella norma abroganda, sembrerebbe potersi inferire che ove la norma avesse avuto un contenuto precettivo, il quesito avrebbe dovuto subire un vaglio più rigoroso, ossia si sarebbe dovuto verificare l'eventuale venire meno della tutela minima costituzionalmente necessaria.

La verità pare collocarsi più che nel mezzo, come recita l'adagio, altrove: la Corte ha volutamente evitato di pronunciarsi sulle questioni più delicate.

Riprova di ciò è il silenzio osservato dalla Consulta a fronte di un comitato promotore che chiedeva di pronunciarsi in ordine alla incomparabilità dell'embrione *in vitro*, con quello nel grembo materno.

Vi è di più, proprio quando tutti si sarebbero aspettati un riferimento al canone della «tutela minima», lo stesso non viene punto menzionato nelle motivazioni (37) della Corte, e ciò proprio nelle sentenze che si riferiscono ai quesiti che destano maggiori problemi sul punto, riferimento che poi ricompare proprio nella sentenza relativa alla fecondazione eterologa, che di tutta evidenza non interpella poi molto il criterio della «tutela minima».

La Corte nelle sentenze potenzialmente più sistematicamente importanti (le n. 46, 47 e 48) si limita ad affermare che le disposizioni investite rientrano nell'ambito della discrezionalità legislativa. Orbene è evidente che il riferire le norme al campo del discrezionale dovrebbe essere solo l'esito di un procedimento logico il cui *itinere* non viene invero esplicitato: non vengono infatti indicati i parametri, se non in modo estremamente sintetico.

Le sentenze che pronunciano l'ammissibilità possono essere divise in due gruppi, da un lato quelle che investivano temi caldi come la revocabilità del consenso e la libertà di ricerca scientifica (n. 46, 47 e 48), dall'altro quella riguardante la fecondazione eterologa (n. 49).

Come si è già visto il primo gruppo di sentenze, a differenza del secondo, non fa alcun riferimento alla «tutela minima costituzionalmente

(37) Si fa riferimento non solo alle sentenze 47 e 48 del 2005, le quali avrebbero dovuto prendere posizione in ordine alla più volte citata questione dell'ammissibilità di una revoca *ad nutum* del consenso, ma anche alla sentenza n. 46 che riguarda norme che realizzano il bilanciamento tra il diritto alla vita del concepito, e la libertà di ricerca scientifica, entrambi valori costituzionalmente rilevanti.

necessaria». Le differenze tra i due gruppi non si arrestano certo qui. Infatti mentre nelle sentenze del primo gruppo la Corte si preoccupa sempre di precisare preliminarmente che in sede di giudizio sull'ammissibilità del referendum non si discute di eventuali profili d'incostituzionalità della normativa di risulta, tale precisazione, viene meno proprio nella sentenza sull'eterologa.

Ne risulta un quadro in cui la Corte Costituzionale, preoccupata di pronunciarsi in maniera definitiva su una materia sostanzialmente nuova, si trincerava dietro la più morbida delle posizioni mai assunte in tema di norme a contenuto costituzionalmente vincolato, come dimostra la citazione che la stessa fa della sentenza n. 24 del 1981 con la quale era stato ipotizzato il massimo restringimento della capacità di penetrazione del giudizio della Corte in sede di giudizio di ammissibilità. In tal modo la Corte esclude, sia pure implicitamente, l'applicazione del canone della «tutela minima necessaria» laddove lo stesso avrebbe difficilmente permesso di ritenere ammissibili i referendum, per recuperare una posizione più rigida dove la stessa non avrebbe destato alcun problema in ordine all'ammissibilità.

Si deve poi richiamare l'attenzione sull'altro aspetto appena evidenziato, ossia l'accurata avvertenza preliminare che la Corte non è chiamata a sindacare la costituzionalità della normativa di risulta. Se tale principio in linea di massima corrisponde al costante orientamento del giudice delle leggi, nel caso di specie presenta una peculiarità (38).

Infatti, i quesiti all'attenzione della Corte investono la possibilità di incidere sul diritto fondamentale di ogni soggetto: quello di esistere. È evidente che delle due una: o il concepito non è un soggetto, quindi non ha diritti e conseguentemente non si pone il problema di un bilanciamento di interessi; ovvero il concepito è soggetto, come sembra dare per scontato la Corte, ed allora ogni limitazione al suo fondamentale diritto di esistere che non derivi da un bilanciamento di interessi non si pone semplicemente in contrasto con la costituzione, ma con «quel minimo di tutela che essa impone» a favore di un certo soggetto.

La prevedibile tenuta delle posizioni della Corte nel tempo

Come si è detto, potrebbe sembrare che le sentenze partano dal presupposto che nessuna delle norme poste a tutela del concepito *in vitro* sia costituzionalmente vincolata o necessaria, essendo necessario solo che una disciplina vi sia.

Ci si deve chiedere però se sia davvero tale il convincimento della Corte, e nel caso di risposta affermativa quale tenuta sia destinata ad avere una simile costruzione sistematica.

Si è visto che la Consulta ha mantenuto il silenzio sui punti più delicati delle questioni prospettate, ciò non di meno appare metodologicamente corretto in primo luogo tentare di cogliere quali siano i principi costituzionali che la Corte ha tenuti fermi e che ha ritenuto rispettati; in secondo ci si potrà domandare se le conclusioni cui si è giunti siano degne di una qualche consi-

(38) Vedi *supra* circa la fragilità del criterio che distingue il giudizio sulla natura delle norme abrogande da quello sulla costituzionalità della disciplina di risulta.

derazione, ovvero se, a causa del breve tempo concesso alla Corte per valutare una materia nuova, la stessa sia giunta a conclusioni destinate a non fondare una futura giurisprudenza.

Uno dei problemi di fondo che le recenti sentenze pongono riguarda la portata della discrezionalità del legislatore nel disciplinare la procreazione medicalmente assistita e quali sono i limiti che quegli incontra.

Si è più volte detto che in materia vengono in rilievo una pluralità di interessi costituzionalmente garantiti, per cui si impone tra gli stessi un bilanciamento che ne garantisca la tutela minima costituzionalmente necessaria.

L'indagine sulla misura della discrezionalità del legislatore dipende inevitabilmente dall'opinione che si ha dell'operazione di bilanciamento degli interessi (39). Infatti, se si ritiene che il bilanciamento discende in maniera quasi necessitata dal dettato costituzionale, e dunque lo si qualifica come un'interpretazione dello stesso, la discrezionalità legislativa avrà poco spazio per esprimersi.

Se invece si reputa che il bilanciamento degli interessi non discende in modo necessitato dal dettato costituzionale, ma è attuazione dello stesso mediante un ulteriore atto di volontà, la discrezionalità del legislatore avrà ben più ampio spazio giacché il dato costituzionale ne rappresenterà solo un limite esterno e non interno.

Accedendo all'una ovvero all'altra delle opzioni illustrate muta il ruolo non solo del legislatore, ma anche della Corte Costituzionale, la quale sarà chiamata nel primo caso a sovrapporre il proprio bilanciamento a quello del legislatore, nel secondo a vagliare la razionalità interna delle scelte politiche e il rispetto del limite esterno costituito dal minimo di tutela che la Costituzione vuole per un certo interesse.

È opinione comune che i valori e principi espressi in Costituzione non si dispongano secondo una rigida gerarchia, sicché l'attività di bilanciamento risponde per lo più allo schema attuazione-atto di volontà piuttosto che a quello dell'interpretazione.

Si deve comunque notare che laddove l'esigenza di tutela si fa più stringente, come per i diritti inviolabili, la Corte ha individuato criteri precisi e penetranti per sindacare la legittimità delle scelte legislative. In particolare la Consulta reputa che sia legittima la compressione di un diritto inviolabile nell'ambito del bilanciamento con altro interesse costituzionalmente rilevante, laddove siano rispettati i due canoni dell'idoneità e della proporzionalità (40).

In sostanza il giudice delle leggi ritiene che la compressione di un diritto inviolabile debba essere idonea a soddisfare un altro interesse costituzionalmente rilevante, e che tale compressione deve essere mantenuta nei limiti della stretta necessità ai fini dello scopo da realizzare.

Un ulteriore problema che si pone è se in sede di bilanciamento si possa mai arrivare a comprimere un interesse in modo totale per garantire la soddisfazione di un altro.

(39) Cfr. O. CHESSA, *Bilanciamento ben temperato o sindacato esterno di ragionevolezza? Note sui diritti inviolabili come parametro del giudizio di costituzionalità*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1991, pp. 3925 ss.; cfr. anche R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano 1992.

(40) G. SCACCIA, *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1991, pp. 3953 ss.

A tale quesito in linea di massima sembra potersi rispondere negativamente, almeno con riferimento ai diritti fondamentali, posto che deve essere rispettato il minimo di tutela necessaria.

La questione si complica, tuttavia, se a dover essere bilanciati sono due o più diritti fondamentali. In una simile ipotesi il problema è la capacità di resistenza del minimo di tutela costituzionalmente imposto. Tale tutela, infatti, può essere inteso o come regola esterna che si impone nel bilanciamento di interessi in conflitto, ovvero come la risultante di siffatto bilanciamento.

È allora evidente che se si considera la tutela minima un *prior* logico rispetto al bilanciamento, quando a dover essere bilanciati sono diritti fondamentali, può accadere che il punto di equilibrio non sia mobile, ma l'unico necessario a garantire la tutela minima, il contenuto essenziale, all'uno e all'altro.

Il problema si sposta allora ulteriormente sul modo in cui viene inteso il «contenuto essenziale» di un diritto inviolabile.

Al riguardo si possono distinguere varie concezioni.

Secondo la «concezione assolutistica» i diritti fondamentali presentano un «nucleo essenziale» aprioristicamente identificabile che funge da limite assoluto ed invalicabile da parte del legislatore.

Secondo la «concezione della proporzionalità» del limite non è possibile individuare aprioristicamente un nucleo intangibile di garanzia per un diritto, ma il contenuto essenziale dello stesso è quello che risulta dai limiti ragionevoli per la salvaguardia di altri interessi costituzionalmente rilevanti.

Tra coloro che ritengono il contenuto essenziale del diritto una realtà relativa, alcuni ritengono che lo stesso debba essere individuato considerando come limiti del diritto inviolabile, solo quelli derivanti dalla necessità di tutela di valori di pari rango (concezione dell'essenzialità o necessità del limite) (41).

Tutto questo discorso deve essere coordinato con la posizione assunta dalla giurisprudenza in tema di giudizio di ammissibilità dei referendum in base alla quale, se a seguito dell'abrogazione proposta verrebbe meno il minimo di tutela che una certa situazione richiede secondo la Costituzione, il referendum deve essere dichiarato inammissibile.

Si è detto che la Corte ha recentemente ammesso più referendum che sicuramente investono principi e interessi costituzionali (quelli coinvolti nella materia della procreazione medicalmente assistita), ci si può allora chiedere quali siano stati i principi enunciati dal giudice delle leggi in tale occasione. In particolare si potrebbe cercare di comprendere che cosa la Corte consideri rientrare nella discrezionalità del legislatore, e conseguentemente esulare dal «nucleo essenziale» costituzionalmente vincolato per poi riuscire ad individuare quest'ultimo *de residuo*.

Sembrerebbe potersi dire che non esiste un diritto costituzionale dell'embrione a proseguire la propria evoluzione, essendo un simile interesse suscettibile di essere limitato per tutelare non solo il diritto alla salute della madre, ma anche l'interesse di questa o del padre a non far nascere un figlio.

(41) Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, *Enciclopedia del diritto*, 32.

Quanto all'interesse alla ricerca scientifica, questo giustifica l'utilizzo dell'embrione per fini di utilità anche non riferibili a questo, ma esclusivamente alla collettività.

Se questi sono i principi che possono essere tratti dalle recenti sentenze, l'ulteriore problema che si pone è se gli stessi siano destinati a durare.

Come già detto le recenti sentenze non sembrano destinate ad avere notevole seguito, e ciò indipendentemente da quella che sarà la posizione assunta alla Corte nel futuro più o meno prossimo.

Infatti i recenti arresti non presentano un apparato motivazionale sufficientemente sviluppato, tale da far prevedere che potranno essere assunti come punto fermo dal quale partire per l'analisi futura della tematica. La stessa Consulta, quando sarà chiamata a esprimersi sulla materia, difficilmente potrà fondare ragionamenti sulle pronunce che si commentano, esse semmai o troveranno una compiuta motivazione postuma, ovvero saranno contestate.

Per comprendere come difficilmente le sentenze in esame potranno costituire le fondamenta di un solido edificio giuridico basti pensare che, nonostante il notevole rilievo assunto dalla tematica del bilanciamento degli interessi, non vengono mai indicati quali siano gli interessi costituzionali che giustifichino la compressione della tutela dell'embrione. Inoltre, come abbiamo visto, non viene neppure indicata come costituzionalmente imposta una sia pur minima tutela dell'embrione, né viene all'opposto dichiarato che una tutela minima per lo stesso non è imposta. Vi è di più, quando un riferimento alla tutela minima necessaria vi è, non viene indicato a chi o a cosa la stessa sia riferibile, figurarsi in che cosa essa consista.

Ad escludere che le pronunce della Corte individuino principi cui essa stessa e conseguentemente il legislatore dovranno attenersi in futuro concorre un dato storico.

Il citato *revirement* della Consulta rinvenibile nelle sentenze del 1981 e del 1997 sull'ammissibilità dei due quesiti sostanzialmente identici in materia di interruzione volontaria della gravidanza permette di dire che alle decisioni prese dai giudici costituzionali in un giudizio di ammissibilità referendaria in materie politicamente delicate, come quella del diritto alla vita dell'embrione e dei suoi limiti, non può essere attribuita soverchia rilevanza, specie se la normativa di settore è intervenuta da poco (42).

Risulta dunque che se il referendum investe argomenti non ancora ampiamente digeriti dalla comunità scientifica e giuridica la Corte tende ad astenersi dall'esprimere un proprio giudizio il quale potrebbe vincolare un dibattito ancora aperto.

Che questa sia la giusta lettura delle recenti sentenze è la stessa Corte a dircelo, sia pure con discrezione, attraverso l'insistente affermazione di non voler sindacare la costituzionalità della normativa di risulta, né di quella investita da referendum.

dott. Luigi Lepri Gallerano

(42) Si ricorderà poi quale ulteriore precedente di *revirement* della Corte Costituzionale con riferimento ad una medesima legge, la vicenda dei referendum sull'ordinamento militare (16/1978 e 25/1981).

Bibliografia

- G. AZZARITI, *La resistibile ascesa dei referendum sui sistemi elettorali: sull'ammissibilità del quesito dichiarata dalla Corte costituzionale*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1999, pp. 1283 ss.
- A. BALDASSARRE, *Diritti Inviolabili*, *Enciclopedia del Diritto*.
- R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano 1992.
- S. BORTOLE, *Ammonimenti e consigli in materia di referendum e di aborto*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1981, pp. 140 ss.
- P. CARNEVALE, *Il referendum abrogativo e i limiti alla sua ammissibilità nella giurisprudenza della Corte cost.*, Padova 1992.
- C. CASINI, *Verso il riconoscimento di una soggettività giuridica del concepito?*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1997, pp. 29 ss.
- O. CHESSA, *Bilanciamento ben temperato o sindacato esterno di ragionevolezza? Note sui diritti inviolabili come parametro del giudizio di costituzionalità*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1996, pp. 3925 ss.
- V. CRISAFULLI, *In tema di limiti al referendum*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1978, I, 151 ss.
- M. DOGLIANI, *Il posto del diritto costituzionale*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1993, pp. 525 ss.
- G. FLORIDIA, *Referendum elettorale e difetti della normativa di risulta: «inconvenienti» vs «impedimenti»*, *Giurisprudenza Cost.*, 1993, 219 ss.
- G. GEMMA, *Referendum, leggi elettorali, leggi costituzionalmente necessarie: un (sempre valido) no della Corte*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1997, pp. 203 ss.
- E. LAMARQUE, *La prima decisione della Corte costituzionale sulle conseguenze della procreazione medicalmente assistita*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1998, pp. 2637 ss.
- C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, 1976.
- F. MODUGNO, *Richiesta di referendum abrogativo di leggi cornice*, *Dir. Soc.*, 1980, 216.
- F. MODUGNO, *Rassegna critica delle sentenze sul referendum*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1981, pp. 2090 ss.
- S. NICOLAI, *Il giudizio sull'ammissibilità del referendum*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-1989)*, Torino 1990, 280 ss.
- M. OLIVETTI, *La Corte e l'aborto tra conferme e spunti innovativi*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1997, pp. 312 ss.
- G. SCACCIA, *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1996, pp. 3951 ss.
- G. M. SALERNO, *Il referendum*, Padova 1992.
- G. ZAGREBELSKY, *Relazione al convegno Il dettato costituzionale in tema di referendum*, Roma 1978.

Corte Costituzionale, sentenza 13 – 28 gennaio 2005, n. 45 – Pres. V. Onida – Red. U. De Siervo – Presidenza del Consiglio dei Ministri (avv. Stato I.F. Caramazza) – Presentatori (avv. Zanon) – «Movimento per la vita italiano» (avv. ti Bernardini, Montevicchi, Sponza, Caforio e Giacobbe) – «Comitato per la difesa dell'art. 75 della Costituzione» (avv. Pitruzzella) – «Comitato per la tutela della salute della donna» (avv. ti I. Liodice e Abbamonte) – «Comitato per la difesa della Costituzione» (avv. Sorrentino) – «Consulta nazionale antiusura ONLUS» (avv. ti di Gioia e Izzo) – «Forum delle associazioni familiari» (avv. A. Liodice) – «Umanesimo integrale – Comitato per la difesa dei diritti fondamentali della persona» (avv. ti L. Manzi e A. Manzi).

È inammissibile la richiesta di referendum popolare per l'abrogazione dell'intera legge 19 febbraio 2004 n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) in quanto tale legge è costituzionalmente necessaria. La legge 40 costituisce la prima legislazione organica relativa ad un delicato settore che indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicurino un livello minimo di tutela legislativa.

Le leggi costituzionalmente necessarie, in quanto dirette a rendere effettivo un diritto fondamentale della persona, una volta venute ad esistenza possono essere dallo stesso legislatore modificate o sostituite con altra disciplina, ma non possono essere puramente e semplicemente abrogate, così da eliminare la tutela precedentemente concessa, pena la violazione diretta di quel medesimo precetto costituzionale della cui attuazione costituiscono strumento. (1)
(Cost. art. 75).

Ai fini del giudizio di ammissibilità della richiesta referendaria, rileva una valutazione liminare e inevitabilmente limitata del rapporto tra oggetto del quesito e norme costituzionali, al fine di verificare se, nei singoli casi di specie, il venir meno di una determinata disciplina non comporti ex se un pregiudizio totale all'applicazione di un precetto costituzionale, consistente in una diretta e immediata vulnerazione delle situazioni soggettive o dell'assetto organizzativo risultanti a livello costituzionale.

In sede di giudizio sull'ammissibilità dei referendum non è in discussione la costituzionalità dell'atto legislativo di cui si chiede l'abrogazione, né la costituzionalità dell'eventuale disciplina di risulta derivante dall'effetto abrogativo del referendum. (2)
(Cost. art. 75).

Sono ammissibili gli scritti presentati da soggetti diversi dai presentatori del referendum e dal governo i quali siano interessati alla decisione sull'ammissibilità del referendum. Tale ammissione non si traduce però in un potere per questi soggetti di partecipare al procedimento con conseguente diritto ad illustrare le relative tesi in camera di consiglio. La Corte Costituzionale ha comunque la facoltà di consentire brevi integrazioni orali degli scritti pervenuti in camera di consiglio ove lo ritenga opportuno. (3)
(Cost. art. 75).

«(Omissis) Ritenuto in fatto – 1. – L'Ufficio centrale per il referendum, costituito presso la Corte di cassazione, ai sensi dell'art. 12 della legge 25 maggio 1970, n. 352 e successive modificazioni, con ordinanza pronunciata il 10 dicembre 2003 ha dichiarato conforme alle disposizioni di legge la richiesta di referendum popolare (pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* del 26 marzo 2004, serie generale, n. 72), promossa da venti cittadini italiani, sul seguente quesito: «Volete voi che sia abrogata la legge 19 febbraio 2004, n. 40, recante «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»?».

Il quesito è stato ammesso senza alcuna modificazione ed il referendum è stato denominato «legge 19 febbraio 2004, n. 40, recante “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita” – Abrogazione».

2. – Ricevuta comunicazione dell'ordinanza dell'Ufficio centrale, il Presidente della Corte costituzionale ha fissato la data del 10 gennaio 2005 per la deliberazione in camera di consiglio sull'ammissibilità del referendum, dandone comunicazione ai presentatori della richiesta e al Presidente del Consiglio dei ministri, a norma dell'art. 33, secondo comma, della legge 25 maggio 1970, n. 352.

3. – In data 31 dicembre 2004, il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, ha presentato memoria in cui – premessa la rico-

struzione delle esigenze (espresse anche a livello sopranazionale ed internazionale) che hanno condotto il legislatore italiano a disciplinare la procreazione medicalmente assistita ed analizzato il contenuto della legge n. 40 del 2004 – deduce l'inammissibilità della richiesta referendaria in quanto: *a)* diretta all'abrogazione di una legge costituzionalmente vincolata, con la conseguente eliminazione della tutela minima dei diritti del concepito, intesa come limite alla tutela di tutti gli altri interessi privati e pubblici compresenti (si richiamano in particolare le affermazioni delle sentenze n. 27 del 1975 e n. 35 del 1997 in tema di bilanciamento dei diritti dei soggetti coinvolti nella interruzione volontaria della gravidanza), e con la immediata liberalizzazione di qualunque sperimentazione sugli embrioni umani; *b)* concernente norme che costituiscono osservanza di precetti derivanti da norme internazionali o europee, o quantomeno in stretto collegamento con esse (vengono citati in particolare la Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina del 4 aprile 1997 ed il suo Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168, sul divieto di clonazione degli esseri umani, ratificati e resi esecutivi con la legge 28 marzo 2001, n. 145, nonché la direttiva 98/44/CE del 6 luglio 1998); *c)* riguardante un complesso non omogeneo di norme (che vanno dal diritto di famiglia allo stato civile dei nascituri, alla organizzazione sanitaria, alla sperimentazione, alla ricerca scientifica, alla fecondazione assistita vera e propria), sicché la disomogeneità del quesito comporterebbe la coartazione della libertà decisionale dell'elettore.

4. – In data 5 gennaio 2005, i presentatori del *referendum* hanno depositato ampia memoria illustrativa, nella quale si conclude per l'ammissibilità della richiesta referendaria.

Premessa, in termini generali, la corrispondenza al modello costituzionale del proposto *referendum* sull'intera legge n. 40 del 2004, soprattutto in considerazione della naturale funzione oppositiva che lo strumento referendario manifesta allorquando – come nella specie – esso cada contro una legge appena varata e la cui approvazione è stata particolarmente contestata sia in Parlamento che in vari settori sociali; premesso inoltre che, sempre dal richiamato modello costituzionale, dovrebbe desumersi che il criterio generale è quello dell'ammissibilità della richiesta referendaria e che quindi i limiti dettati dall'art. 75 Cost. devono essere ritenuti di stretta interpretazione, i promotori affermano, innanzitutto, che la legge *de qua* (oltre a non essere legge tributaria o di bilancio, ovvero di amnistia e di indulto) non sarebbe di attuazione, né sarebbe collegata all'ambito di operatività di un trattato internazionale e quindi la sua eventuale abrogazione non esporrebbe lo Stato ad una responsabilità di tipo internazionale.

In particolare, i presentatori escludono che la legge in oggetto costituisca attuazione delle norme (che comunque sarebbero già *self-executing* in ragione dell'ordine di esecuzione contenuto nella legge di ratifica n. 145 del 2001) della Convenzione di Oviedo e del Protocollo aggiuntivo; anzi, l'art. 3 della legge di ratifica n. 145 del 2001 autorizzava il Governo italiano ad emanare, entro sei mesi dall'entrata in vigore della legge, uno o più decreti legislativi recanti ulteriori disposizioni per l'adattamento ai principi ed alle norme della Convenzione e del Protocollo. Comunque, essendo stata lasciata ai legislatori delle Parti contraenti ampia scelta discrezionale in ordine ad eventuali altri limiti più rigorosi o a forme di tutela più estese di quelle minimali previste dalla Convenzione (art. 27 della Convenzione), la richiesta di abrogazione referendaria non riguarderebbe norme la cui emanazione è imposta da impegni internazionali. Anzi, secondo i promotori, la legge n. 40 del 2004 si porrebbe in contrasto (nella parte in cui impedisce ogni ricerca scientifica sull'embrione umano, anche se a fini terapeutici) con le linee dettate dall'Unione europea in materia di ricerca scientifica e segnatamente con la direttiva 98/44/CE del 6 luglio 1998, in materia di protezione giuridica delle innovazioni biotecnologiche; nonché nella parte in cui limita, anche con sanzioni penali, l'attività medica con il principio comunitario di libera prestazione dei servizi.

Quanto all'omogeneità del quesito, i promotori (al di là della considerazione secondo la quale il modello referendario costituzionale porterebbe a ritenere che la richiesta di un *referendum* abrogativo che coinvolge un'intera legge è per definizione omogenea) affermano la omogeneità del quesito referendario, in quanto i vari elementi di cui si compone l'oggetto della legge n. 40 del 2004 sarebbero naturalmente legati e attraversati da una matrice razionalmente unitaria, resa evidente non solo dal titolo della legge ma dal suo contenuto normativo, diretto (come in altri Paesi europei) ad una complessiva disciplina delle forme e delle procedure di procreazione medicalmente assistita. Pertanto – poiché la legge n. 40 del 2004 avrebbe una sua organicità, compattezza, coerenza ed obbedirebbe ad una *ratio* [condivisi-

bile o meno, ma tuttavia] ben riconoscibile che la percorre in tutti gli articoli che la compongono – risulterebbe «chiara, evidente, limpidamente dilemmatica e binaria anche la scelta cui sono chiamati gli elettori».

Sotto diverso profilo – escluso che la legge *de qua* dia attuazione all'interesse (o diritto) costituzionale alla procreazione – i promotori negano altresì che essa possa essere considerata come contenente misure di tutela minime, costituzionalmente dovute, a favore dell'embrione *in vitro*, poiché la Costituzione non si pronuncia sul problema, eticamente e scientificamente controverso, dell'inizio della vita. Rilevata, infatti, la non comparabilità dell'embrione *in vitro* rispetto a quello vivo impiantato nell'utero materno e contestata la concezione fatta propria dal legislatore italiano che utilizza la parola «embrione» per qualificare tutti gli stadi della fecondazione, i promotori asseriscono che – proprio trattandosi di una scelta discutibile – quel che davvero non potrebbe essere ritenuto accettabile è invece che questa particolare tesi venga rivestita di forza costituzionale, fino a considerarla e a irrigidirla come soluzione costituzionalmente necessaria e imposta, e perciò non abrogabile per via referendaria.

Quand'anche dalla Costituzione fosse desumibile la necessità della tutela anche dell'embrione *in vitro*, la legge in questione non la realizzerebbe in modo effettivo, poiché l'embrione verrebbe considerato isolatamente e protetto in modo generico ed astratto, a prescindere dai diritti e dalle aspettative degli altri soggetti coinvolti, in primo luogo della madre. Pertanto, tale «grave sbilanciamento di tutela» dei diritti dei diversi soggetti coinvolti confermerebbe, per i promotori, la mancanza di un contenuto costituzionalmente vincolato.

Infine, il contenuto costituzionalmente obbligatorio o vincolato della legge *de qua* viene escluso sia con riferimento alle norme che disciplinano lo *status* dei figli nati col ricorso alle tecniche della fecondazione assistita, sia in relazione alla regolamentazione ed al controllo delle strutture mediche pubbliche e private autorizzate a praticare i relativi interventi.

5. – Hanno depositato scritti i seguenti soggetti, tutti sollecitando la declaratoria di inammissibilità del quesito referendario: il «Movimento per la vita italiano», il «Forum delle associazioni familiari», il «Comitato per la difesa dell'art. 75 della Costituzione», il «Comitato per la salute della donna», il «Comitato per la difesa della Costituzione» la «Consulta nazionale antiusura – Onlus», «Umanesimo integrale – Comitato per la difesa dei diritti fondamentali della persona».

6. – In una seconda memoria depositata il 7 gennaio 2005, i presentatori della richiesta referendaria – rilevata la presenza di numerose richieste di intervento di «comitati» o «associazioni» tutte contrarie all'ammissibilità del quesito e pur prendendo atto dell'apertura alla partecipazione al contraddittorio in camera di consiglio avutasi con la sentenza n. 31 del 2000 – chiedono che la Corte verifichi preliminarmente l'ammissibilità delle richieste di intervento, ammettendo alla discussione di merito solo i soggetti dotati dei requisiti opportuni.

7. – Nella camera di consiglio del 10 gennaio 2005 sono intervenuti, in base all'ordinanza di questa Corte pronunciata nella medesima data, gli avvocati Nicolò Zanon per i presentatori Rita Bernardini, Luigi Montevocchi, Christina Sponza e Alessandro Caforio, e l'avvocato dello Stato Ignazio Francesco Caramazza per il Presidente del Consiglio dei ministri.

In base alla medesima ordinanza, sono stati altresì sentiti gli avvocati Giovanni Giacobbe per il «Movimento per la vita italiano», Giovanni Pitruzzella per il «Comitato per la difesa dell'articolo 75 della Costituzione», Isabella Loiodice e Giuseppe Abbamonte per il «Comitato per la tutela della salute della donna», Ferdinando Sorrentino per il «Comitato per la difesa della Costituzione», Tommaso di Gioia e Raffaele Izzo per la «Consulta nazionale antiusura – Onlus», Aldo Loiodice per il «Forum delle associazioni familiari», Luigi Manzi e Andrea Manzi per «Umanesimo integrale – Comitato per la difesa dei diritti fondamentali della persona».

Considerato in diritto – 1. – La richiesta di *referendum* abrogativo, dichiarata conforme alle disposizioni di legge dall'Ufficio centrale per il *referendum* con ordinanza del 10 dicembre 2004, ha ad oggetto l'intera legge 19 febbraio 2004, n. 40 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*).

2. – Con l'ordinanza letta nella camera di consiglio del 10 gennaio 2005 questa Corte ha disposto, oltre che di dar corso – come già avvenuto più volte in passato – all'illustrazione orale delle memorie depositate dai soggetti presentatori del *referendum* e dal Governo, ai sensi del terzo comma dell'art. 33 della legge n. 352 del 1970, di ammettere gli scritti presen-

tati da soggetti diversi da quelli contemplati dalla disposizione citata, e tuttavia interessati alla decisione sulla ammissibilità del *referendum*, come contributi contenenti argomentazioni ulteriori rispetto a quelle altrimenti a disposizione della Corte.

Tale ammissione, che deve essere qui confermata, non si traduce però in un potere di questi soggetti di partecipare al procedimento – che comunque deve «tenersi, e concludersi, secondo una scansione temporale definita» (sentenza n. 35 del 2000) – con conseguente diritto ad illustrare le relative tesi in camera di consiglio, a differenza di ciò che vale per i soggetti espressamente indicati dall'art. 33 della legge n. 352 del 1970, vale a dire per i promotori del *referendum* e per il Governo; ciò salva la facoltà della Corte, ove lo ritenga opportuno – come è avvenuto in base all'ordinanza letta il 10 gennaio 2005 – di consentire brevi integrazioni orali degli scritti pervenuti in camera di consiglio, prima che i soggetti di cui all'art. 33 citato illustrino le rispettive posizioni.

3. – Quanto alla ammissibilità del quesito referendario, è anzitutto opportuno ribadire che nell'ambito del presente giudizio questa Corte è chiamata a giudicare della sola ammissibilità della richiesta referendaria e che tale competenza si atteggia per costante giurisprudenza «con caratteristiche specifiche ed autonome nei confronti degli altri giudizi riservati a questa Corte, ed in particolare rispetto ai giudizi sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti con forza di legge» (cfr. sentenze n. 251 del 1975 e n. 16 del 1978). Non è quindi in discussione in questa sede la valutazione di eventuali profili di illegittimità costituzionale della legge n. 40 del 2004, cosicché dalla presente decisione non è certo lecito trarre conseguenze circa la conformità o meno a Costituzione della menzionata normativa, né è questa, parimenti, la sede di un giudizio sulla illegittimità costituzionale dell'eventuale disciplina di risulta derivante dall'effetto abrogativo del *referendum* (cfr. sentenze n. 24 del 1981 e n. 26 del 1987).

Sotto quest'ultimo profilo, ciò che può rilevare, ai fini del giudizio di ammissibilità della richiesta referendaria, è soltanto una valutazione liminare e inevitabilmente limitata del rapporto tra oggetto del quesito e norme costituzionali, al fine di verificare se, nei singoli casi di specie, il venir meno di una determinata disciplina non comporti *ex se* un pregiudizio totale all'applicazione di un precetto costituzionale, consistente in una diretta e immediata vulnerazione delle situazioni soggettive o dell'assetto organizzativo risultanti a livello costituzionale.

4. – La richiesta di sottoporre a *referendum* abrogativo l'intera legge n. 40 del 2004 è inammissibile.

5. – Nella sentenza n. 16 del 1978, successivamente sempre confermata da questa Corte, si è affermata l'esistenza di «valori di ordine costituzionale, riferibili alle strutture od ai temi delle richieste referendarie, da tutelare escludendo i relativi *referendum*, al di là della lettera dell'art. 75 secondo comma della Costituzione».

Una delle categorie allora individuate consisteva nei «*referendum* aventi per oggetto disposizioni legislative ordinarie a contenuto costituzionalmente vincolato, il cui nucleo normativo non possa venire alterato o privato di efficacia, senza che ne risultino lesi i corrispondenti specifici disposti della Costituzione stessa (o di altre leggi costituzionali)».

Tale categoria di leggi non si riferisce, come questa Corte ha chiarito fin dalla medesima sentenza, a «tutte le leggi ordinarie comunque costitutive od attuative di istituti, di organi, di procedure, di principi stabiliti o previsti dalla Costituzione», ma solo a quelle «che non possono venir modificate o rese inefficaci, senza che ne risultino lese le corrispondenti disposizioni costituzionali».

La naturale difficoltà a distinguere in concreto le leggi a contenuto costituzionalmente vincolato da quelle semplicemente riferibili a norme e principi costituzionali ha anzitutto condotto questa Corte ad affermare che «occorre che la legge ordinaria da abrogare incorpori determinati principi o disposti costituzionali, riproducendone i contenuti o concretandoli nel solo modo costituzionalmente consentito (anche nel senso di apprestare quel minimo di tutela che determinate situazioni esigano secondo la Costituzione)» (sentenza n. 26 del 1981).

Peraltro, con la sentenza n. 27 del 1987 sono state enucleate «due distinte ipotesi» all'interno di questa categoria di norme legislative che non possono essere oggetto di richieste referendarie: «Innanzitutto le leggi ordinarie che contengono l'unica necessaria disciplina attuativa conforme alla norma costituzionale, di modo che la loro abrogazione si tradur-

rebbe in lesione di quest'ultima (cfr. sentenze n. 16 del 1978 e n. 26 del 1981); in secondo luogo, le leggi ordinarie, la cui eliminazione ad opera del *referendum* priverebbe totalmente di efficacia un principio od un organo costituzionale la cui esistenza è invece voluta e garantita dalla Costituzione (cfr. sentenza n. 25 del 1981)».

Successivamente la sentenza n. 35 del 1997 ha riferito quest'ultima ipotesi anche a quelle «leggi ordinarie la cui eliminazione determinerebbe la soppressione di una tutela minima per situazioni che tale tutela esigono secondo la Costituzione». Da ultimo le sentenze n. 42 e n. 49 del 2000 hanno dichiarato l'inammissibilità anche in ipotesi nelle quali la legislazione oggetto della richiesta referendaria garantisce solo il «nucleo costituzionale irrinunciabile» di tutela di un principio costituzionale.

In particolare la sentenza n. 49 del 2000 ha affermato che le «leggi costituzionalmente necessarie», «in quanto dirette a rendere effettivo un diritto fondamentale della persona, una volta venute ad esistenza possono essere dallo stesso legislatore modificate o sostituite con altra disciplina, ma non possono essere puramente e semplicemente abrogate, così da eliminare la tutela precedentemente concessa, pena la violazione diretta di quel medesimo precetto costituzionale della cui attuazione costituiscono strumento».

Dai casi appena presi in considerazione emerge che il vincolo costituzionale può anche riferirsi solo a parti della normativa oggetto del quesito referendario o anche al fatto che una disciplina legislativa comunque sussista.

6. – La legge n. 40 del 2004 è composta di diciotto articoli suddivisi in sette Capi («Principi generali»; «Accesso alle tecniche»; «Disposizioni concernenti la tutela del nascituro»; «Regolamentazione delle strutture autorizzate all'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita»; «Divieti e sanzioni»; «Misure di tutela dell'embrione»; «Disposizioni finali e transitorie»). Essi, nel loro complesso, disciplinano analiticamente una molteplicità di differenziati profili connessi o collegati alla procreazione medicalmente assistita, materia in precedenza non disciplinata in via legislativa.

Si tratta della prima legislazione organica relativa ad un delicato settore, che negli anni più recenti ha conosciuto uno sviluppo correlato a quello della ricerca e delle tecniche mediche, e che indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa. Esigenza questa già sottolineata da questa Corte nella sentenza n. 347 del 1998.

Analoghe finalità di bilanciamento e di tutela sono affermate a livello internazionale, in particolare con alcune disposizioni della Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 (*Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina. Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina*) e del relativo Protocollo addizionale stipulato a Parigi il 12 gennaio 1998 (*Sul divieto di clonazione di esseri umani*), testi sottoscritti anche dalla Comunità europea e di cui il legislatore nazionale ha autorizzato la ratifica e determinato l'esecuzione tramite la legge 28 marzo 2001, n. 145 (*Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina. Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, fatta a Oviedo il 4 aprile 1997, nonché del Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168, sul divieto di clonazione di esseri umani*), nonché con alcuni contenuti dell'art. 3 (*Diritto all'integrità della persona*) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata nel 2000, in tema di consenso libero e informato della persona interessata, di divieto di pratiche eugenetiche, di divieto di clonazione riproduttiva degli esseri umani.

La richiesta di sottoporre a *referendum* abrogativo l'intera legge n. 40 del 2004 coinvolge quindi una normativa che è – ai sensi di quanto prima precisato – costituzionalmente necessaria. Tale motivo di inammissibilità è assorbente rispetto agli altri parametri di giudizio.

Né può obiettarsi che successivamente all'esito referendario, in ipotesi favorevole ai richiedenti, potrebbe essere adottata una diversa legislazione in tema di procreazione medicalmente assistita, ma pur essa idonea a garantire almeno un minimo di tutela agli interessi costituzionalmente rilevanti nella materia: questa Corte ha già avuto occasione di notare nella sentenza n. 17 del 1997 che – mentre «sono irrilevanti» ... «i propositi e gli intenti dei promotori circa la futura disciplina legislativa che potrebbe o dovrebbe eventualmente sostituire quella abrogata» – «ciò che conta è la domanda abrogativa, che va valutata nella sua

portata oggettiva e nei suoi effetti diretti, per esaminare, tra l'altro, se essa abbia per avventura un contenuto non consentito perché in contrasto con la Costituzione, presentandosi come equivalente ad una domanda di abrogazione di norme o principi costituzionali, anziché di sole norme discrezionalmente poste dal legislatore ordinario e dallo stesso disponibili (sentenza n. 16 del 1978 e n. 26 del 1981)».

Per Questi Motivi la Corte Costituzionale dichiara inammissibile la richiesta di referendum popolare per l'abrogazione della legge 19 febbraio 2004, n. 40, recante «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita», richiesta dichiarata legittima con ordinanza del 10 dicembre 2004 dall'Ufficio centrale per il referendum costituito presso la Corte di cassazione.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 13 gennaio 2005».

Si riporta di seguito la memoria dell'Avvocatura dello Stato.

Avvocatura Generale dello Stato – Corte Costituzionale – Memoria per il Governo in persona del Presidente del Consiglio dei Ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato nel giudizio di ammissibilità – ex art. 2 primo comma legge cost.le 11 marzo 1953 n. 1 e 33 legge 25 maggio 1970 n. 352 – della richiesta di referendum popolare per l'abrogazione della legge 19 febbraio 2004 n. 40 che propone il seguente quesito: «*Volete voi che sia abrogata la legge 19 febbraio 2004 n. 40 recante «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita?»*».

«*(Omissis) Diritto* – 1. – Gli ultimi decenni del millennio appena concluso sono stati caratterizzati, come è noto, da un impetuoso progresso scientifico e tecnologico che ha aperto, nel campo della genetica, orizzonti riservati, fino a non molto tempo fa, solo alla fantascienza.

L'aspirazione alla procreazione di soggetti per cui era difficile o impossibile la relativa soddisfazione per vie naturali, ha ricevuto le più soddisfacenti, articolate e fantasiose risposte.

La medicina e la biologia si sono tuttavia spinte oltre i confini della implicazione etica e culturale segnati dalla dignità della persona umana, nei cui confronti la manipolazione genetica può risolversi in una insopportabile lesione.

Tutti i paesi civili si sono quindi dotati di una legislazione volta a disciplinare la procreazione medicalmente assistita, in modo da contemperare i numerosi interessi coinvolti meritevoli di tutela e che vanno dall'aspirazione alla procreazione, alla salute, alla ricerca scientifica, alla dignità umana ed in modo da impedire che la *hybris* di un progresso scientifico senza controlli etici e confini giuridici potesse imboccare la via di aberranti deviazioni.

Tale esigenza di civiltà si è espressa anche a livello sopranazionale ed internazionale.

Va ricordata, anzitutto, in proposito la Direttiva 98/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 luglio 1998 sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, la quale dispone che non sono, tra l'altro, brevettabili: i procedimenti di clonazione di esseri umani; i procedimenti i modificazioni dell'identità genetica germinale dell'essere umano; le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali.

Si consideri, poi, la Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, sottoscritta a Oviedo il 4 aprile 1997 (ed il relativo Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998 n. 168) ratificata dall'Italia con legge 28 marzo 2001 n. 145.

Tale Convenzione, nel delineare una sorta di costituzione europea in materia di bioetica, sancisce, tra l'altro, i seguenti principi:

«L'essere umano è portatore di un valore essenziale, la "dignità umana" che gli Stati si impegnano a rispettare in tutte le applicazioni della medicina e della biologia»; «l'interesse e il benessere dell'essere umano debbono prevalere sull'interesse della società e della scienza».

La Convenzione prevede inoltre diversi divieti tra i quali: l'utilizzo di test genetici predittivi (salvo che per finalità mediche); il ricorso alle tecniche di assistenza alla procreazione per determinare il sesso del nascituro (salvo che per evitare una malattia ereditaria grave legata al sesso); l'introduzione di una modificazione nel menoma dei discendenti; la produzione di embrioni umani al fine di ricerca; (qualora la legge ammetta la ricerca sugli embrioni in vitro questa deve assicurare un'adeguata tutela dell'embrione).

Il successivo Protocollo addizionale vieta la clonazione di esseri umani.

2. – A livello nazionale, anche il nostro Paese, pur con qualche ritardo rispetto agli altri Paesi europei, si è dato una legge *ad hoc*: quella della quale viene proposta l'abrogazione con il referendum della cui ammissibilità si discute.

Il relativo impianto prevede un capo I intitolato ai principi generali, nel quale si enunciano, tra l'altro, quelli della sterilità ed infertilità come problema di salute pubblica e della procreazione medicalmente assistita come ultima *ratio* di soluzione di tale problema nel rispetto dei diritti di tutti i soggetti coinvolti, «compreso il concepito».

Il capo II prevede che l'accesso alle tecniche di procreazione assistita sia informato ai principi di indispensabilità, gradualità e consenso informato e riservato a coppie di maggiorenni viventi di sesso diverso coniugate o conviventi, in età fertile, con divieto delle pratiche di tipo eterologo.

Sintetizzando e parafrasando l'antico dottore potremmo dire che per il legislatore del 2004 la procreazione assistita «*naturam imitatur*».

Largo spazio è, poi, lasciato alle linee guida e di indirizzo da adottarsi dal Ministero della Salute.

Il capo III disciplina lo stato giuridico del nascituro, normando in materia di diritto di famiglia di stato civile.

Il capo IV regola la struttura sanitaria e burocratica prevista per la gestione e la documentazione delle pratiche di fecondazione assistita.

Il capo V, intitolato a divieti e sanzioni, prevede sanzioni penali ed amministrative per pratiche svolte in spregio delle regole sopra accennate e sanziona pesantemente i processi di clonazione.

Il capo VI, intitolato alla tutela dell'embrione, vieta qualunque sperimentazione sugli embrioni umani, con la sola eccezione della ricerca clinica e sperimentale a finalità terapeutiche e diagnostiche aventi per oggetto lo stesso embrione; qualunque produzione di embrioni a fini diversi dalla fecondazione assistita; qualunque selezione genetica, clonazione o fecondazione ibrida, sanzionando penalmente la violazione dei divieti.

Vieta altresì in via generale la soppressione di embrioni e limita allo stretto necessario il numero di embrioni da produrre per l'impianto.

Il capo VII, intitolato «disposizioni finali e transitorie», prevede una relazione annuale al Parlamento a cura del Ministero della Salute, la possibilità di obiezione di coscienza del personale sanitario, una disciplina transitoria per la gestione burocratica della specifica assistenza sanitaria prevista ed il finanziamento di un fondo per le tecniche di procreazione medicalmente assistita.

Tale essendo, in grande sintesi, l'impianto della legge, sembra agevole rilevar come essa inserisca la disciplina della procreazione assistita in un ampio contesto multidisciplinare che va dall'ordinamento civile e dello stato civile, ad una specifica organizzazione di un settore del Servizio Sanitario Nazionale e, soprattutto, ad un bilanciamento dei vari diritti ed interessi compresenti al fine di tutelare il rispetto della dignità umana.

3. – In tale quadro, la richiesta «massimale» di un referendum abrogativo dell'intera legge appare inammissibile a molteplici titoli.

3.1 – Appare inammissibile, innanzitutto, perché trattasi di legge costituzionalmente vincolata, se non costituzionalmente necessaria, in quanto la sua eliminazione determinerebbe la soppressione della tutela minima per situazioni che tale tutela esigono secondo la Costituzione (per tutti cfr. Corte Cost. sent. 17/1997, 35/1997 e 26/1987).

Uno dei principi ispiratori della legge è infatti la «tutela dei diritti del concepito» come limite alla tutela di tutti gli altri privati e pubblici interessi compresenti.

Orbene tale tutela rappresenta, secondo l'insegnamento di codesta Corte, «tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, riconosciuti e garantiti dall'art. 2 della Costituzione» (Corte Cost., 35/1977). Tutela quindi disciplinata da norme costituzionalmente vincolate, la cui abrogazione è preclusa tanto al legislatore quanto alle deliberazioni abrogative del corpo elettorale (sent. *ult. cit.*) e derogabile solo per la tutela di situazioni di rango costituzionale superiore, quali la vita e la tutela di un essere umano già persona (Corte Cost. sent. 27/1975).

Sia consentita a tal punto una breve precisazione di carattere lessicale che viene fatta sia per chiarezza di esposizione sia per sgombrare il terreno da ogni possibile preconcetta posizione di carattere etico, confessionale o ideologico.

Il problema ermeneutico involto è di puro tecnicismo giuridico e comporta la lettura della normativa relativa alla stregua dell'articolo 12 delle preleggi: norma che impone all'interprete la ricostruzione del significato della legge innanzitutto attraverso il «significato proprio delle parole» che la compongono.

La relativa ricostruzione è stata fatta seguendo le concordanti definizioni del Vocabolario della lingua italiana dell'Istituto dell'Enciclopedia Italiana e dell'Enciclopedia Universale Rizzoli – Larousse.

Gli esseri umani (persone fisiche) si distinguono in nati e concepiti (art. 1 c.c.). Il concepito è tale durante un arco temporale che va dalla fecondazione al parto. La fecondazione avviene quando l'unione del gamete maschile (spermatozoo) con quello femminile (ovulo) genera lo zigote.

Durante i primi due mesi di vita (ma fin dall'origine) il concepito prende il nome di embrione, dal terzo mese in poi quello di feto.

Tanto il legislatore quando parla di «concepito», quanto codesta Corte quando statuisce in materia di diritti dell'embrione e – indifferentemente – del concepito (cfr. sent. 27/1975, 4 e 8 capoverso dei «considerato in diritto») mirano quindi a tutelare la dignità della persona umana sin dal momento della formazione dello zigote, rendendo irrilevante, dal punto di vista giuridico, la distinzione biologica fra zigote e blastocisti.

A prescindere quindi da ogni futuribile normazione l'embrione umano non può, allo stato, non essere tutelata nella sua dignità di persona futura: la cancellazione per via di referendum abrogativo dell'intera legge in esame, ivi compresa la norma che tutela i diritti del concepito con conseguente immediata liberalizzazione di qualunque sperimentazione sugli embrioni umani appare quindi inammissibile, avendo ad oggetto una legge costituzionalmente necessaria o, quanto meno, a contenuto costituzionalmente vincolato.

3.2 – Sotto diverso profilo deve osservarsi che alcune delle norme contenute nella legge in esame costituiscono osservanza di precetti imposti da norme internazionali o europee o sono quanto meno in stretto collegamento con esse. Vedansi, segnatamente, la Convenzione di Oviedo ed il relativo protocollo e la direttiva 98/44 CE sopra citata *sub* (1), che vietano, a tacer d'altro, la clonazione, la manipolazione genetica e la produzione di embrioni umani a fini di ricerca senza che sia prevista un'adeguata tutela dell'embrione umano. Pratiche tutte che l'abrogazione della legge liberalizzerebbe, con conseguente violazione del limite sostanziale posto all'istituto referendario dall'art. 75 Costituzione (Corte Cost. sent. 27/1997).

3.3 – Un ulteriore profilo di inammissibilità deve poi ravvisarsi nel fatto che la legge in esame non è costituita da un complesso omogeneo di norme (così come era quello di una intera parte della legge 194/1978, e quindi, *in parte qua*, idoneo oggetto di referendum: Corte Cost. sent. 26/1981).

Essa contiene invece, come si è visto, norme della più diversa specie che vanno dal diritto di famiglia allo stato civile dei nascituri, alla organizzazione sanitaria, alla sperimentazione, alla ricerca scientifica alla fecondazione assistita vera e propria.

Il quesito referendario è dunque inammissibile per disomogeneità dell'oggetto (giurisprudenza costante di codesta Corte fin dalla sentenza 16/1978, e, più di recente 16, 28 e 42/1997, 50/2000 e 45/2003).

La stessa disomogeneità, risolvendosi in coartazione della volontà dell'elettore, può ricontrarsi all'interno delle stesse disposizioni relative alla fecondazione assistita, che contengono una pluralità di ipotesi che vanno dai oggetti legittimati a ricorrervi alle tecniche ammissibili.

Si può ipotizzare, quindi, in un gran numero di elettori una posizione favorevole all'abrogazione di altre. Favorevole, ad esempio, al mantenimento del divieto di clonazione ma favorevole anche all'abrogazione della norma che limita a tre il numero degli impianti. Ed i casi si potrebbero moltiplicare.

Il referendum, così prospettato, minerebbe quindi la libertà decisionale dell'elettore, con sua conseguente inammissibilità.

4. – Tutto quanto considerato si conclude pertanto per la declaratoria di inammissibilità del referendum in epigrafe.

Roma, 3 gennaio 2005 – Vice Avvocato Generale Ignazio Francesco Caramazza».

Corte Costituzionale, sentenza 13 – 28 gennaio 2005, n. 46 – Pres. Onida – Red. Marini – Presidenza del Consiglio dei Ministri (avv. Stato I. F. Caramazza) – presentatori (avv.ti Frosini e Traina) – «Comitato per la tutela della ricerca scientifica» (avv.ti Turci, Del Pennino, Bernardini e Pollastrini, Giacobbe) – «Comitato per la difesa dell'art. 75 della Costituzione» (avv. Pitruzzella) – «Comitato per la tutela della salute della donna» (avv.ti I. Loiodice e Abbamonte) – «Comitato per la difesa della Costituzione» (avv. Sorrentino) – «Consulta nazionale antiusura – ONLUS» (avv.ti di Gioia e Izzo) – «Forum delle associazioni familiari» (avv. A. Loiodice) – «Umanesimo integrale – Comitato per la difesa dei diritti fondamentali della persona» (avv.ti L. Manzi e A. Manzi).

È ammissibile la richiesta di referendum popolare per l'abrogazione parziale della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), limitatamente alle seguenti parti: art. 12, comma 7, limitatamente alle parole: «discendente da un'unica cellula di partenza, eventualmente»; art. 13, comma 2, limitatamente alle parole: «ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative»; art. 13, comma 3, lettera c), limitatamente alle parole: «di clonazione mediante trasferimento di nucleo o»; art. 14, comma 1, limitatamente alle parole: «la crioconservazione e». Infatti tale richiesta referendaria non riguarda leggi per le quali l'art. 75, secondo comma, della Costituzione espressamente esclude il referendum.

La richiesta referendaria non si pone in contrasto con i principi posti dalla Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, e dal Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168, sul divieto di clonazione di esseri umani, cui si è data esecuzione con legge 28 marzo 2001, n. 145.

Le disposizioni di legge oggetto del quesito non possono ritenersi a contenuto costituzionalmente vincolato o necessario, e come tali sottrarsi alla possibilità di abrogazione referendaria.

Il quesito è omogeneo poiché mira, univocamente, ad ampliare le possibilità di ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni umani con finalità terapeutiche e diagnostiche e tutte le singole parti del quesito sono coerenti con tale matrice unitaria.

La normativa di risulta non presenta, infine, elementi di contraddittorietà che non siano risolvibili alla stregua dei normali canoni ermeneutici. (1)
(Cost. art. 75).

Il giudizio sull'ammissibilità dei quesiti referendari si atteggia, per costante giurisprudenza, «con caratteristiche specifiche ed autonome nei confronti degli altri giudizi riservati alla Corte Costituzionale, ed in particolare rispetto ai giudizi sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti con forza di legge» (cfr. sentenze n. 16 del 1978 e n. 251 del 1975). In tale sede non è quindi in discussione la valutazione di eventuali profili di illegittimità costituzionale della legge di cui si propone l'abrogazione, né è questa, parimenti, la sede di un giudizio sulla legittimità costituzionale dell'eventuale disciplina di risulta derivante dall'effetto abrogativo del referendum. (2)
(Cost. art. 75).

«(Omissis) Ritenuto in fatto – 1. – L'Ufficio centrale per il referendum costituito presso la Corte di cassazione, con ordinanza del 10 dicembre 2004 ha ritenuto conforme alla legge il seguente quesito referendario (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 15 luglio 2004, n. 164, – e successiva errata corrige nella Gazzetta Ufficiale del 23 luglio 2004, n. 171): «Volete voi che sia abrogata la legge 19 febbraio 2004, n. 40, avente ad oggetto «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita», limitatamente alle seguenti parti: articolo 12, comma 7, limitatamente alle parole «discendente da un'unica cellula di partenza, eventualmente»; articolo 13, comma 2, limitatamente alle parole: «ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative»; articolo 13, comma 3, lettera c), limitatamente alle parole: «di clonazione mediante trasferimento di nucleo»; articolo 14, comma 1, limitatamente alle parole «la crioconservazione»?». Contestualmente è stato attribuito alla richiesta di referendum il numero 2 ed il titolo proposto dal comitato promotore, ossia: «Procreazione medicalmente assistita – limite alla ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni – Abrogazione parziale».

2. – Il Presidente della Corte costituzionale, ricevuta comunicazione dell'ordinanza, ha fissato per la camera di consiglio la data del 10 gennaio 2005, dandone comunicazione a norma dell'art. 33 della legge 25 maggio 1970, n. 352.

3. – Il Comitato promotore del *referendum* si è costituito depositando una memoria e concludendo per l'ammissibilità della richiesta referendaria. Non ricorrerebbe – ad avviso dei promotori – l'ipotesi di abrogazione di leggi «a contenuto costituzionalmente necessario», attesa la probabile incostituzionalità delle norme che si vorrebbero abrogare, lesive degli artt. 9 e 33 della Costituzione e del diritto alla salute, in quanto l'impossibilità di utilizzare gli embrioni sacrifica la ricerca scientifica finalizzata alla cura delle malattie genetiche. Né la richiesta incontrerebbe il limite delle leggi di esecuzione di obblighi internazionali, posto che la Convenzione di Oviedo vieta la clonazione riproduttiva e la sola creazione di embrioni a fini di ricerca, ma non l'utilizzazione degli stessi a fini di ricerca clinica e sperimentale. Il quesito risulterebbe infine omogeneo e non sostitutivo della disciplina originaria con una del tutto diversa ed estranea.

4. – È intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che la richiesta di *referendum* venga dichiarata inammissibile, anzitutto per la mancata richiesta di abrogazione di altre disposizioni indissolubilmente legate a quelle che si vorrebbero eliminare; l'esito che il *referendum* persegue è, infatti, quello di una piena liberalizzazione della ricerca scientifica, con esiti incompatibili con la tutela dei diritti del concepito. In secondo luogo la richiesta sarebbe intrinsecamente contraddittoria in quanto, perseguendo l'obiettivo di rendere possibile la produzione di embrioni a fini sperimentali e non riproduttivi, non prevede l'abrogazione dell'art. 13, comma 1, e dell'art. 13, comma 3, lettera a), della legge, i quali vietano rispettivamente qualsiasi sperimentazione sull'embrione e la produzione di embrioni a fini di ricerca. Infine le norme interessate rappresenterebbero attuazione di precetti derivanti da norme internazionali o, comunque, strettamente collegate con le medesime.

5. – Hanno depositato scritti a sostegno dell'inammissibilità: il «Comitato per la tutela della ricerca scientifica», il «Comitato per la difesa dell'art. 75 della Costituzione», il «Comitato per la tutela della salute della donna», la «Consulta nazionale delle Fondazioni e Associazioni antiusura», il «Forum delle Associazioni familiari», il «Comitato per la difesa dei diritti fondamentali della persona».

6. – Nella camera di consiglio del 10 gennaio 2005 sono stati sentiti gli avvocati Tommaso Edoardo Frosini e Duccio Traina per i presentatori Lanfranco Turci, Antonio A. M. Del Pennino, Rita Bernardini e Barbara M. S. Pollastrini e l'avv. dello Stato Francesco Caramazza per il Presidente del Consiglio dei ministri.

A seguito dell'ordinanza letta in camera di consiglio, sono stati altresì sentiti l'avv. Giovanni Giacobbe per il «Comitato per la tutela della ricerca scientifica», l'avv. Giovanni Pitruzzella per il «Comitato per la difesa dell'art. 75 della Costituzione», gli avvocati Isabella Loiodice e Giuseppe Abbamonte per il «Comitato per la tutela della salute della donna», l'avv. Federico Sorrentino per il «Comitato per la difesa della Costituzione», gli avvocati Tommaso di Gioia e Raffaele Izzo per la «Consulta nazionale antiusura – ONLUS», l'avv. Aldo Loiodice per il «Forum delle associazioni familiari», gli avvocati Luigi Manzi e Andrea Manzi per «Umanesimo integrale – Comitato per la difesa dei diritti fondamentali della persona».

Considerato in diritto – 1. – Va preliminarmente dichiarata, a scioglimento della riserva formulata nella camera di consiglio del 10 gennaio 2005, la ricevibilità degli scritti depositati dai soggetti diversi dai presentatori della richiesta di *referendum*, per le ragioni esposte nella sentenza n. 45 del 2005, fermi restando i limiti alla possibilità di intervento di tali soggetti nel procedimento e di integrazione orale degli scritti stessi, individuati nella suddetta pronuncia.

2. – La richiesta di *referendum* sulla cui ammissibilità la Corte è chiamata a pronunciarsi investe alcune parti degli artt. 12, 13 e 14 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita).

In concreto, la richiesta referendaria mira ad ampliare la possibilità di ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni con finalità terapeutiche e diagnostiche, sia attraverso la rimozione dei limiti di cui all'art. 13, comma 2, sia attraverso l'eliminazione dei divieti di clonazione mediante trasferimento di nucleo e di crioconservazione, in quanto procedure stru-

mentali alle tecniche di utilizzo delle cellule staminali, fermo restando tuttavia il divieto di realizzare processi volti ad ottenere un essere umano identico, quanto al patrimonio genetico nucleare, ad un altro essere umano in vita o morto.

3. – È opportuno premettere che il giudizio di ammissibilità che questa Corte è chiamata a svolgere si attegga, per costante giurisprudenza, «con caratteristiche specifiche ed autonome nei confronti degli altri giudizi riservati a questa Corte, ed in particolare rispetto ai giudizi sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti con forza di legge» (cfr. sentenze n. 16 del 1978 e n. 251 del 1975). Non è quindi in discussione in questa sede la valutazione di eventuali profili di illegittimità costituzionale della legge n. 40 del 2004, né è questa, parimenti, la sede di un giudizio sulla legittimità costituzionale dell'eventuale disciplina di risulta derivante dall'effetto abrogativo del *referendum* (cfr. sentenze n. 26 del 1987 e n. 24 del 1981).

4. – La richiesta è ammissibile.

4.1. – Essa non riguarda le leggi per le quali l'art. 75, secondo comma, della Costituzione espressamente esclude il *referendum* ed è al tempo stesso rispettosa dei limiti ulteriori che questa Corte, a partire dalla sentenza n. 16 del 1978, ha desunto in via interpretativa dal sistema costituzionale.

In particolare, va escluso che le disposizioni di legge oggetto del quesito possano ritenersi a contenuto costituzionalmente vincolato o necessario, così da sottrarsi alla possibilità di abrogazione referendaria.

La richiesta referendaria non si pone, d'altro canto, in contrasto con i principi posti dalla Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, e dal Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168, sul divieto di clonazione di esseri umani, cui si è data esecuzione con legge 28 marzo 2001, n. 145. Oggetto del divieto di cui all'art. 1 del richiamato Protocollo addizionale sono, infatti, solamente gli interventi diretti ad ottenere un essere umano geneticamente identico ad un altro essere umano vivente o morto, e tali interventi – come si è già osservato – restano vietati anche alla stregua della normativa di risulta.

4.2. – Il quesito presenta, sotto altro aspetto, il necessario carattere di omogeneità.

La proposta referendaria mira, univocamente, ad ampliare le possibilità di ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni umani con finalità terapeutiche e diagnostiche e tutte le singole parti del quesito sono coerenti con tale matrice unitaria.

4.3. – La normativa di risulta non presenta, infine, elementi di contraddittorietà che non siano risolvibili alla stregua dei normali canoni ermeneutici.

Per questi motivi la Corte Costituzionale *dichiara* ammissibile la richiesta di *referendum* popolare (*omissis*).

Così deciso in Roma, presso la sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 13 gennaio 2005».

Si riporta di seguito la memoria dell'Avvocatura dello Stato nella parte pertinente.

Avvocatura Generale dello Stato - Corte Costituzionale - Memoria.

«(*Omissis*) 3. – In tale quadro la richiesta di un referendum abrogativo dei divieti generali di clonazione e di crioconservazione degli embrioni nonché di sperimentazione sugli stessi, appare inammissibile a molteplici titoli.

3.1 – Appare inammissibile, innanzitutto, per la insanabile contraddizione fra la richiesta di abrogazione dei precetti in esame e la «mancata richiesta di abrogazione di altre disposizioni dettate nel medesimo contesto normativo e indissolubilmente legate a quelle che, invece, si vorrebbero sopprimere» (Corte Cost., sent. 27/1981; R.ROMBOLI, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Giappichelli, 1999, 488).

L'approvazione del quesito referendario in esame condurrebbe, infatti, alla liberalizzazione della ricerca scientifica sull'embrione (ivi comprese tecniche di clonazione) purché volta a finalità terapeutiche diagnostiche, *svincolando tale ricerca da qualsiasi interesse dell'embrione*, il quale, quindi, verrebbe a perdere ogni tutela giuridica a favore di un astratto diritto di ricerca.

Il che è peraltro incompatibile con la tutela dei diritti del concepito sancita dall'art. 1 della legge, con norma da ritenersi costituzionalmente necessaria o costituzionalmente vincolata (Corte Cost. sentt. 35/1997 e 27/1975) e che non è comunque toccata (né avrebbe potuto esserlo) dal quesito referendario.

Il «diritto inviolabile» da riconoscersi all'embrione (sent. 35/1997) è derogabile infatti solo per la tutela di situazioni di rango costituzionale superiore, quali sono certamente la «vita e la salute di un essere umano già persona» (Corte Cost. 27/1975) ma quale certamente non è un generale interesse alla ricerca scientifica a fini diagnostici e terapeutici.

3.2. – Il quesito, inoltre, nella parte in cui – implicitamente ma non per ciò meno chiaramente – prevede la produzione di embrioni a fini sperimentali e non riproduttivi, sarebbe in contraddizione con la mancata richiesta di abrogazione dell'art. 13, 1 comma della legge che vieta qualsiasi sperimentazione al di fuori di quella volta alla tutela dell'embrione umano stesso, norma anch'essa non facente oggetto di richiesta abrogativa.

3.3. – Sotto ulteriore profilo deve osservarsi che le norme assoggettate allo scrutinio abrogativo costituiscono osservanza di precetti derivanti da norme internazionali o sono, quanto meno, in stretto collegamento con esse. Vedansi, segnatamente, la Convenzione di Oviedo ed il relativo protocollo e la direttiva 98/44 CE sopra citata *sub* (1), che vietano, a tacer d'altro, la clonazione, la manipolazione genetica e la produzione di embrioni umani a fini di ricerca senza che sia prevista un'adeguata tutela dell'embrione umano. Pratiche, queste ultime, che l'abrogazione proposta consentirebbe, con conseguente violazione del limite sostanziale posto all'istituto referendario dall'art. 75 Costituzione (Corte Cost. sent. 27/1997).

4. – Tutto quanto considerato si conclude pertanto per la declaratoria di inammissibilità del referendum in epigrafe.

Roma, 3 gennaio 2005 – Vice Avvocato Generale dello Stato Ignazio Francesco Caramazza».

Corte Costituzionale, sentenza 13 – 28 gennaio 2005, n. 47 – Pres. Onida – Red. Marini – Presidenza del Consiglio dei Ministri (avv. Stato Caramazza) presentatori (avv. Frosini e Traina) – «Comitato per la difesa dell'art. 75 della Costituzione» (avv. Turci, Del Pennino, Bernardini, Pollastrini e Pitruzzella) – «Comitato per la tutela della salute della donna» (avv. I. Loiodice e Abbamonte) – «Comitato per la difesa della Costituzione» (avv. Sorrentino) – «Consulta nazionale antiusura – ONLUS» (avv. Gioia e Izzo) – «Forum delle associazioni familiari» (avv. A. Loiodice) – «Umanesimo integrale – Comitato per la difesa dei diritti fondamentali della persona» (avv. L. Manzi e A. Manzi).

È ammissibile la richiesta di referendum popolare per l'abrogazione parziale della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) (artt. 1 (in parte), 4, 5, 6, 13 e 14) che mira a consentire l'accesso alla procreazione medicalmente assistita anche per finalità diverse dalla soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o infertilità; ad escludere dai principi che regolano l'applicazione delle relative tecniche quello della gradualità; a consentire la revoca del consenso, da parte dei soggetti che vi accedono, anche dopo la fecondazione dell'ovulo; a consentire interventi sull'embrione aventi finalità diagnostiche e terapeutiche anche diverse da quelle previste dall'art. 13, comma 2, della legge; a consentire la creazione di un numero di embrioni superiore a quello necessario ad un unico e contemporaneo impianto e comunque superiore a tre; a consentire la crioconservazione degli embrioni in ogni caso in cui non risulti possibile il trasferimento degli embrioni stessi nell'utero.

La proposta all'esame della Corte non ha per oggetto leggi per le quali l'art. 75, secondo comma, della Costituzione espressamente esclude il referendum ed è, al tempo stesso, rispettosa dei limiti ulteriori che la Corte costituzionale, sin dalla sentenza n. 16 del 1978, ha desunto in via interpretativa dal sistema costituzionale.

In particolare, va escluso che le disposizioni di legge oggetto del quesito possano ritenersi a contenuto costituzionalmente vincolato o necessario, così da sottrarsi alla possibilità di abrogazione referendaria. La proposta riguarda, infatti, aspetti specifici della disciplina della procreazione medicalmente assistita che rientrano nell'ambito della discrezionalità legislativa, cosicché la loro abrogazione non comporta il venir meno di una tutela costituzionalmente necessaria. (1)

Analoghe considerazioni valgono ad escludere qualsiasi possibilità di contrasto con i principi posti dalla Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, e dal Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168, sul divieto di clonazione di esseri umani, cui si è data esecuzione con legge 28 marzo 2001, n. 145. (2)

Il quesito, pur a contenuto plurimo, presenta, d'altro canto, il necessario carattere di omogeneità, essendo le disposizioni di cui si propone l'abrogazione tra loro intimamente connesse, anche in conseguenza della sostanziale omogeneità dell'intero testo normativo, recante la completa ed esclusiva disciplina della procreazione medicalmente assistita, ed è inoltre individuabile la matrice razionalmente unitaria del quesito stesso, riconducibile alla rimozione di una serie di limiti all'accesso e allo svolgimento delle procedure di procreazione medicalmente assistita.

La normativa di risulta non presenta, infine, elementi di contraddittorietà che non siano risolvibili alla stregua dei normali canoni ermeneutici. (3)
(Cost. art. 75).

Il giudizio sull'ammissibilità dei quesiti referendari si atteggia, per costante giurisprudenza, «con caratteristiche specifiche ed autonome nei confronti degli altri giudizi riservati alla Corte Costituzionale, ed in particolare rispetto ai giudizi sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti con forza di legge» (cfr. sentenze n. 16 del 1978 e n. 251 del 1975). In tale sede non è quindi in discussione la valutazione di eventuali profili di illegittimità costituzionale della legge di cui si propone l'abrogazione, né è questa, parimenti, la sede di un giudizio sulla legittimità costituzionale dell'eventuale disciplina di risulta derivante dall'effetto abrogativo del referendum (cfr. sentenze n. 26 del 1987 e n. 24 del 1981). (4)

«(Omissis) Ritenuto in fatto – 1. – L'Ufficio centrale per il referendum, costituito presso la Corte di cassazione ai sensi della legge 25 maggio 1970, n. 352, e successive modificazioni, con ordinanza in data 10 dicembre 2004 ha dichiarato conforme alle disposizioni di legge la richiesta di referendum popolare, presentata il 13 luglio 2004 da quarantuno cittadini, per l'abrogazione parziale della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita).

La richiesta di referendum ha ad oggetto il seguente quesito:

«Volete voi che sia abrogata la legge 19 febbraio 2004, n. 40, avente ad oggetto «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita», limitatamente alle seguenti parti:

articolo 1, comma 1, limitatamente alle parole: «Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana»;

articolo 1, comma 2: «Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità»;

articolo 4, comma 1: «Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico»;

articolo 4, comma 2, lettera a), limitatamente alle parole: «gradualità, al fine di evitare il ricorso ad interventi aventi un grado di invasività tecnico e psicologico più gravoso per i destinatari, ispirandosi al principio della»;

articolo 5, comma 1, limitatamente alle parole: «Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1,»;

articolo 6, comma 3, limitatamente alle parole: «fino al momento della fecondazione dell'ovulo»;

articolo 13, comma 3, lettera b), limitatamente alle parole: «di cui al comma 2 del presente articolo»;

articolo 14, comma 2, limitatamente alle parole: «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre»;

articolo 14, comma 3, limitatamente alle parole: «per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione», nonché alle parole: «fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile» ?».

2. – Al quesito l'Ufficio centrale ha assegnato il n. 3 e ha attribuito il seguente titolo: «Procreazione medicalmente assistita – norme sui limiti all'accesso – Abrogazione parziale».

3. – Ricevuta comunicazione dell'ordinanza dell'Ufficio centrale per il *referendum*, il Presidente di questa Corte ha fissato, per la conseguente deliberazione, la camera di consiglio del 10 gennaio 2005, disponendo che ne fosse data comunicazione ai presentatori della richiesta di *referendum* e al Presidente del Consiglio dei ministri, ai sensi dell'art. 33, secondo comma, della legge 25 maggio 1970, n. 352.

4. – Nell'imminenza della camera di consiglio il Governo, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, ha depositato una memoria, deducendo l'inammissibilità, sotto svariati profili, del *referendum*.

Osserva l'Avvocatura come il quesito referendario tenda, in primo luogo, ad escludere la configurazione della procreazione medicalmente assistita come ultima risorsa per soddisfare l'aspirazione a generare di coppie affette da problemi di sterilità o infertilità. Tale configurazione rappresenterebbe tuttavia «corollario del rispetto dell'essere umano fin dalla fase embrionale» e, in quanto costituzionalmente vincolata ed altresì imposta da norme internazionali (segnatamente la Convenzione di Oviedo), non potrebbe costituire oggetto di *referendum* abrogativo.

Sotto altro aspetto, l'inammissibilità del quesito discenderebbe dalla eterogeneità delle materie interessate, atteso che il *referendum* mira: *a)* ad ampliare le possibilità di ricorso alla procreazione medicalmente assistita; *b)* ad ampliare la possibilità di revoca del consenso oltre il limite fissato dall'art. 6, comma 3, della legge; *c)* a permettere la produzione di embrioni in eccedenza rispetto a quelli necessari per un unico e contemporaneo impianto; *d)* a consentire interventi sull'embrione con finalità diagnostiche e terapeutiche generali. Si tratterebbe – secondo l'Avvocatura – di finalità eterogenee, non riconducibili ad un principio comune.

Un ulteriore profilo di disomogeneità del quesito sarebbe poi rappresentato – quanto, in particolare, alla disciplina della revoca del consenso, quale derivante dalla parziale abrogazione dell'art. 6, comma 3 – dal fatto che «nel comune sentire [...] diversa è la situazione della donna, che deve accogliere l'embrione nel proprio corpo, da quella dell'uomo», cosicché «non ha senso attribuire uguale peso alla volontà dell'uomo e della donna».

In ogni caso, la possibilità di revoca del consenso anche dopo la fecondazione si porrebbe in contrasto con il divieto di soppressione degli embrioni, sancito dall'art. 14, comma 1.

Da ultimo, l'abrogazione parziale dell'art. 13, comma 3, lettera *b)*, che consentirebbe interventi sull'embrione a fini diagnostici e terapeutici generali, si porrebbe in contrasto sia con il precedente comma 2, che consente la ricerca sull'embrione solo a fini diagnostici e terapeutici per l'embrione stesso, sia con il comma 1, che vieta la sperimentazione sull'embrione umano.

5. – I promotori del *referendum* hanno, a loro volta, depositato un «atto di costituzione e memoria illustrativa», a sostegno della ammissibilità della richiesta referendaria.

Assumono innanzitutto i promotori che le disposizioni oggetto del quesito non solo non possono ritenersi a contenuto costituzionalmente necessario, ma appaiono, al contrario, di dubbia legittimità costituzionale.

In particolare, l'attuale irrevocabilità del consenso dopo la fecondazione sembrerebbe giustificare un inammissibile trasferimento coattivo dell'embrione nell'utero, in violazione sia dell'art. 32, secondo comma, della Costituzione sia dell'art. 5 della Convenzione di Oviedo.

Il divieto di produzione di un numero di embrioni superiore a tre si porrebbe in contrasto con la tutela della salute della donna, costretta a sottoporsi a ripetuti interventi in caso di inidoneità di almeno uno dei tre embrioni all'impianto.

L'esclusione dall'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita per coloro che non siano affetti da sterilità o infecondità ma siano portatori di patologie genetiche trasmissibili al concepito sarebbe infine di difficile compatibilità con il principio di ragionevolezza, con la libertà di autodeterminazione, con il diritto alla salute.

Escludono, sotto altro aspetto, i promotori che le norme in oggetto possano ritenersi imposte da obblighi internazionali (ed in particolare dalla Convenzione di Oviedo) o che comunque la loro abrogazione comporti la violazione di vincoli derivanti dal diritto internazionale.

Quanto, infine, al limite della omogeneità, univocità e non manipolatività della richiesta, sottolineano i medesimi promotori l'esistenza di una matrice razionalmente unitaria, individuabile nella volontà di abrogare alcune prescrizioni dirette a limitare, sotto diversi

aspetti, l'accesso alla procreazione medicalmente assistita ed evidenziano come il quesito non tenda a costruire norme nuove ma solo ad espandere l'operatività di disposizioni già presenti nella legge.

6. – Hanno altresì depositato scritti i seguenti soggetti, tutti sollecitando la declaratoria di inammissibilità del quesito referendario: la «Consulta Nazionale Antiusura»; il «Comitato per la tutela della salute della donna»; il «Comitato per la difesa della Costituzione»; il «Comitato per la difesa dell'art. 75 della Costituzione»; il «Forum delle associazioni familiari»; il «Comitato Umanesimo integrale – Comitato per la difesa dei diritti fondamentali della persona».

7. – Nella camera di consiglio del 10 gennaio 2005 sono stati sentiti gli avvocati Tommaso Edoardo Frosini e Duccio Traina per i presentatori Lanfranco Turci, Antonio A.M. Del Pennino, Rita Bernardini e Barbara M.S. Pollastrini e l'avvocato dello Stato Ignazio Francesco Caramazza per il Presidente del Consiglio dei ministri.

A seguito dell'ordinanza letta in camera di consiglio, sono stati altresì sentiti l'avv. Giovanni Pitruzzella per il «Comitato per la difesa dell'art. 75 della Costituzione», gli avvocati Isabella Loiodice e Giuseppe Abbamonte per il «Comitato per la tutela della salute della donna», l'avv. Federico Sorrentino per il «Comitato per la difesa della Costituzione», gli avvocati Tommaso di Gioia e Raffaele Izzo per la «Consulta nazionale antiusura ONLUS», l'avv. Aldo Loiodice per il «Forum delle associazioni familiari», gli avvocati Luigi Manzi e Andrea Manzi per «Umanesimo integrale – Comitato per la difesa dei diritti fondamentali della persona».

Considerato in diritto – 1. – Va preliminarmente dichiarata, a scioglimento della riserva formulata nella camera di consiglio del 10 gennaio 2005, la ricevibilità degli scritti depositati dai soggetti diversi dai presentatori della richiesta di *referendum*, per le ragioni esposte nella sentenza n. 45 del 2005, fermi restando i limiti alla possibilità di intervento di tali soggetti nel procedimento e di integrazione orale degli scritti stessi, individuati nella suddetta pronuncia.

2. – La richiesta di *referendum* sulla cui ammissibilità la Corte è chiamata a pronunciarsi investe alcune parti degli artt. 1, 4, 5, 6, 13 e 14 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita).

La richiesta referendaria mira a consentire l'accesso alla procreazione medicalmente assistita anche per finalità diverse dalla soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o infertilità; ad escludere dai principi che regolano l'applicazione delle relative tecniche quello della gradualità; a consentire la revoca del consenso, da parte dei soggetti che vi accedono, anche dopo la fecondazione dell'ovulo; a consentire interventi sull'embrione aventi finalità diagnostiche e terapeutiche anche diverse da quelle previste dall'art. 13, comma 2, della legge; a consentire la creazione di un numero di embrioni superiore a quello necessario ad un unico e contemporaneo impianto e comunque superiore a tre; a consentire la crioconservazione degli embrioni in ogni caso in cui non risulti possibile il trasferimento degli embrioni stessi nell'utero.

3. – È opportuno premettere che il giudizio di ammissibilità che questa Corte è chiamata a svolgere si atteggia, per costante giurisprudenza, «con caratteristiche specifiche ed autonome nei confronti degli altri giudizi riservati a questa Corte, ed in particolare rispetto ai giudizi sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti con forza di legge» (cfr. sentenze n. 16 del 1978 e n. 251 del 1975). Non è quindi in discussione in questa sede la valutazione di eventuali profili di illegittimità costituzionale della legge n. 40 del 2004, né è questa, parimenti, la sede di un giudizio sulla legittimità costituzionale dell'eventuale disciplina di risulta derivante dall'effetto abrogativo del *referendum* (cfr. sentenze n. 26 del 1987 e n. 24 del 1981).

4. – La richiesta è ammissibile.

4.1. – Essa non ha per oggetto le leggi per le quali l'art. 75, secondo comma, della Costituzione espressamente esclude il *referendum* ed è, al tempo stesso, rispettosa dei limiti ulteriori che questa Corte, sin dalla sentenza n. 16 del 1978, ha desunto in via interpretativa dal sistema costituzionale.

In particolare, va escluso che le disposizioni di legge oggetto del quesito possano ritenersi a contenuto costituzionalmente vincolato o necessario, così da sottrarsi alla possibilità di abrogazione referendaria. La proposta riguarda, infatti, aspetti specifici della disciplina

della procreazione medicalmente assistita che rientrano nell'ambito della discrezionalità legislativa, cosicché la loro abrogazione non comporta il venir meno di una tutela costituzionalmente necessaria.

Analoghe considerazioni valgono ad escludere qualsiasi possibilità di contrasto con i principi posti dalla Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, e dal Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168, sul divieto di clonazione di esseri umani, cui si è data esecuzione con legge 28 marzo 2001, n. 145.

4.2. – Il quesito, pur a contenuto plurimo, presenta, d'altro canto, il necessario carattere di omogeneità.

Le disposizioni di cui si propone l'abrogazione, infatti, sono tra loro intimamente connesse, anche in conseguenza della sostanziale omogeneità dell'intero testo normativo, recante la completa ed esclusiva disciplina della procreazione medicalmente assistita, ed è inoltre individuabile la matrice razionalmente unitaria del quesito stesso, riconducibile alla rimozione di una serie di limiti all'accesso e allo svolgimento delle procedure di procreazione medicalmente assistita.

4.3. – La normativa di risulta non presenta, infine, elementi di contraddittorietà che non siano risolvibili alla stregua dei normali canoni ermeneutici.

Per questi motivi la Corte Costituzionale dichiara ammissibile la richiesta di *referendum* popolare (*omissis*).

Così deciso in Roma, presso la sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 13 gennaio 2005 (*omissis*)».

Si riporta di seguito la memoria dell'Avvocatura dello Stato nella parte pertinente.

Avvocatura Generale dello Stato - Corte Costituzionale - Memoria.

«(*Omissis*) 3. – In tale quadro, la richiesta di referendum in epigrafe appare inammissibile a molteplici titoli.

3.1. – Appare inammissibile, innanzitutto, perché ha ad oggetto uno dei precetti principali dell'art. 1 della legge, articolo che di essa costituisce la base, quale norma costituzionalmente vincolata, se non costituzionalmente necessaria, in entrambi i suoi contenuti precettivi, in quanto la relativa eliminazione determinerebbe la soppressione della tutela minima per situazioni che tale tutela esigono secondo la Costituzione (per tutti cfr. Corte Cost. sentt. 17/1997, 35/1997 e 26/1987).

I due principi base ispiratori della legge sono, infatti, la «tutela dei diritti del concepito» come limite alla tutela di tutti gli altri privati e pubblici interessi compresenti e la configurazione della fecondazione assistita come ultima risorsa per soddisfare l'aspirazione a generare di coppie affette da problemi di sterilità o infertilità, quando infruttuoso è stato e sarebbe ogni tentativo di ricorso alle vie naturali.

Il referendum in esame rispetta il primo principio ma viola il secondo, che costituisce corollario del rispetto dell'essere umano fin dalla fase embrionale (Corte Cost., sentt. 35/1997). La proposta referendaria mira quindi a cassare una normativa materiata da norme costituzionalmente vincolate, la cui abrogazione è preclusa tanto al legislatore quanto alle deliberazioni abrogative del corpo elettorale (sentt. *ult. cit.*) e derogabile solo per la tutela di situazioni di rango costituzionale superiore, quali la vita e la salute di un essere umano già persona (Corte Cost. sentt. 27/1975).

Devesi inoltre osservare che il precetto normativo assoggettando a referendum costituisce osservanza, oltre che di precetti costituzionali, come sopra dedotto, anche di precetti derivanti da norme internazionali o europee o si pone, quanto meno, in stretto collegamento con esse. Vedasi, segnatamente, la Convenzione di Oviedo ed il relativo protocollo che statuisce il seguente principio: «L'essere umano è portatore di un valore essenziale, la dignità umana, che gli Stati si impegnano a rispettare in tutte le applicazioni della medicina e della biologia». Orbene, anche l'embrione costituisce nel nostro ordinamento giuridico «essere umano» (cfr. art. 1 c.c., voci «concepito» ed «embrione» in *Grande Vocabolario dell'Istituto dell'Enciclopedia Italiana* ed *Enciclopedia Universale Rizzoli-Larousse* e Corte Cost. sentt. 27/1975 e 39/1997) e la sua produzione sulla base del solo volere di una coppia che potrebbe

risolvere altrimenti il proprio problema per via naturale violerebbe tale principio, con conseguente violazione del limite sostanziale posto all'istituto referendario dall'art. 75 Costituzione (Corte Cost. sent. 27/1997). Appare evidente, infatti – lo si ribadisce ancora – come la disciplina della fecondazione assistita come «ultima spiaggia» cui è consentito ricorrere per assecondare l'aspirazione delle coppie sterili o con problemi di infertilità altro non è che una applicazione del principio di dignità dell'essere umano sin dalla fase embrionale, principio normato anche a livello internazionale, oltre che a livello costituzionale (cfr. art. 2 Costituzione e Corte Cost. sentt. 27/1975 e 35/1997).

3.2. – Un ulteriore profilo di inammissibilità deve, poi, ravvisarsi nel quesito in argomento, in quanto avente ad oggetto materie eterogenee.

Anche a prescindere dagli assorbenti rilievi sopra esposti, si osservi infatti che il quesito è volto a:

a) ampliare i casi in cui è possibile ricorrere alla procreazione medicalmente assistita escludendo che debba necessariamente presupporre una ipotesi di sterilità o di infertilità;

b) permettere ai componenti della coppia di revocare il proprio consenso anche dopo la fecondazione;

c) permettere la produzione di embrioni in eccedenza rispetto a quelli necessari per un unico e contemporaneo impianto;

d) consentire interventi sull'embrione con finalità diagnostiche e terapeutiche generali.

Balza evidente agli occhi l'eterogeneità delle materie investite dal quesito. Non vi è alcun nesso, infatti, né alcuna riconducibilità ad un principio comune tra la possibilità di ricorrere alla procreazione assistita anche in assenza di sterilità o infertilità, la possibilità di revocare il consenso alla procreazione assistita dopo che la fecondazione è avvenuta, la produzione eccedentaria di embrioni e la sperimentazione su di essi a fini diagnostici o terapeutici.

L'oggetto del referendum è quindi disomogeneo, impedendo a chi si trovi in posizione differenziata rispetto ai diversi quesiti di esprimere liberamente la propria quota di volontà popolare e si risolve quindi in una coartazione della volontà dell'elettore e della sua libertà decisionale con conseguente inammissibilità (Corte Cost. sentt. 16/1978; 16, 28 e 42/1997; 39/2000, 50/2000, 45/2003).

La possibilità, poi, per entrambi i membri della coppia di revocare il proprio consenso apre la porta a due altre considerazioni.

Da un lato vi è un ulteriore profilo di disomogeneità del quesito. Nel comune sentire, infatti, diversa è la situazione della donna, che deve accogliere l'embrione nel proprio corpo, da quella dell'uomo.

Tale disomogeneità di materia trova conferma normativa nella disciplina sull'interruzione volontaria della gravidanza, la quale rimette la scelta alla sola madre. Nel momento in cui si ammette la revoca del consenso anche dopo la fecondazione non ha senso attribuire uguale peso alla volontà dell'uomo e della donna. Anche sotto tale ulteriore profilo risulta, quindi, coartata la volontà dell'elettore, il quale potrebbe concordare sulla possibilità per la madre di revocare il consenso dopo la fecondazione ma non consentire ad un'uguale previsione per il padre (cfr. in caso logicamente simile Corte Cost. sent. 28/1987).

3.3. – Anche a prescindere dalle osservazioni appena svolte non si può, inoltre, non osservare che la possibilità di revocare il consenso da parte dei componenti della coppia anche dopo la fecondazione contraddice il divieto di soppressione degli embrioni (art. 14, 1° comma della legge 40/04), che non è stato inciso dal quesito, specie se si considera che gli embrioni prodotti non devono essere più nel «numero strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto».

È evidente, infatti, che gli embrioni in soprannumero sono destinati alla soppressione. Ciò è ancor più evidente se si pensa che anche solo l'opposizione dell'uomo può determinare l'impossibilità di procedere all'impianto ed al permanere del divieto di fecondazione eterologa e di sperimentazione sugli embrioni.

Ancora, l'abrogazione parziale dell'art. 13, comma 3, lettera b) della legge, che consentirebbe interventi sull'embrione a fini diagnostici e terapeutici generali, sarebbe in contraddizione sia con il precedente art. 13 comma 2 che consente la ricerca sull'embrione solo a fini diagnostici e terapeutici dell'embrione stesso, sia con il precedente art. 13 comma 1 che vieta la sperimentazione sull'embrione umano.

Il quesito, nella parte da ultimo esaminata appare quindi inammissibile per la insanabile per la insanabile contraddizione fra la richiesta di abrogazione dei precetti in esame e la «mancata richiesta di abrogazione di altre disposizioni dettate nel medesimo contesto normativo e indissolubilmente legate a quelle che, invece, si vorrebbero sopprimere» (Corte Cost. sent. 27/1981; R.ROMBOLI, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Giappichelli, 1999, 488).

4. – Tutto quanto considerato si conclude pertanto per la declaratoria di inammissibilità del referendum in epigrafe.

Roma, 3 gennaio 2005 – Vice Avvocato Generale dello Stato Ignazio Francesco Caramazza».

Corte Costituzionale, sentenza 13 – 28 gennaio 2005, n. 48 – Pres. Onida – Red. Marini – Presidenza del Consiglio dei Ministri (avv. Stato I. F. Caramazza) – presentatori (avv.-Calvi) – «Comitato per la difesa dell'art. 75 della Costituzione» (avv.ti Zanotti, Soldano, Franco e Pitruzzella) – «Comitato per la tutela della salute della donna» (avv.ti I. Liodice e Abbamonte) – «Comitato per la difesa della Costituzione» (avv. Sorrentino) – «Consulta nazionale antiusura – ONLUS» (avv.ti di Gioia e Izzo) – «Forum delle associazioni familiari» (avv. A. Liodice) – «Umanesimo integrale – Comitato per la difesa dei diritti fondamentali della persona» (avv.ti L. Manzi e A. Manzi).

È ammissibile la richiesta di referendum popolare per l'abrogazione parziale della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) (artt. 1, 4, 5, 6, 13 e 14) che mira a consentire l'accesso alla procreazione medicalmente assistita anche per finalità diverse dalla soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o infertilità, eliminando tra l'altro, attraverso l'integrale abrogazione dell'art. 1, l'enunciazione della finalità di tutela dei diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito; ad escludere dai principi che regolano l'applicazione delle relative tecniche quello della gradualità; a consentire la revoca del consenso, da parte dei soggetti che vi accedono, anche dopo la fecondazione dell'ovulo; a consentire interventi sull'embrione aventi finalità diagnostiche anche diverse da quelle previste dall'art. 13, comma 2, della legge; a consentire la creazione di un numero di embrioni superiore a quello necessario ad un unico e contemporaneo impianto e comunque superiore a tre; a consentire la crioconservazione degli embrioni in ogni caso in cui non risulti possibile il trasferimento degli embrioni stessi nell'utero. (1).

Per quanto concerne l'art. 1 della legge, di cui si propone l'abrogazione totale, e quindi anche nella parte in cui afferma che la legge «assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito», la norma presenta per tale ultimo aspetto un contenuto meramente enunciativo, dovendosi ricavare la tutela di tutti i soggetti coinvolti e, quindi, anche del concepito, dal complesso delle altre disposizioni della legge. La eventuale abrogazione di tale ultima parte dell'art. 1 non incontra, pertanto, ostacoli di ordine costituzionale.

La proposta all'esame della Corte non ha per oggetto leggi per le quali l'art. 75, secondo comma, della Costituzione espressamente esclude il referendum ed è, al tempo stesso, rispettosa dei limiti ulteriori che la Consulta, sin dalla sentenza n. 16 del 1978, ha desunto in via interpretativa dal sistema costituzionale. (2).

In particolare, va escluso che le disposizioni di legge oggetto del quesito possano ritenersi a contenuto costituzionalmente vincolato o necessario, così da sottrarsi alla possibilità di abrogazione referendaria. La proposta riguarda, infatti, aspetti specifici della disciplina della procreazione medicalmente assistita che rientrano nell'ambito della discrezionalità legislativa, cosicché la loro abrogazione non comporta il venir meno di una tutela costituzionalmente necessaria.

Analoghe considerazioni valgono ad escludere qualsiasi possibilità di contrasto con i principi posti dalla Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, e dal Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168, sul divieto di clonazione di esseri umani, cui si è data esecuzione con legge 28 marzo 2001, n. 145. (3).

Il quesito, pur a contenuto plurimo, presenta, d'altro canto, il necessario carattere di omogeneità, essendo le disposizioni di cui si propone l'abrogazione tra loro intimamente connesse, anche in conseguenza della sostanziale omogeneità dell'intero testo normativo, recante la com-

pleta ed esclusiva disciplina della procreazione medicalmente assistita, ed è inoltre individuabile la matrice razionalmente unitaria del quesito stesso, riconducibile alla rimozione di una serie di limiti all'accesso e allo svolgimento delle procedure di procreazione medicalmente assistita.

La normativa di risulta non presenta, infine, elementi di contraddittorietà che non siano risolvibili alla stregua dei normali canoni ermeneutici. (4)

Il giudizio sull'ammissibilità dei quesiti referendari si atteggia, per costante giurisprudenza, «con caratteristiche specifiche ed autonome nei confronti degli altri giudizi riservati alla Corte Costituzionale, ed in particolare rispetto ai giudizi sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti con forza di legge» (cfr. sentenze n. 16 del 1978 e n. 251 del 1975). In tale sede non è quindi in discussione la valutazione di eventuali profili di illegittimità costituzionale della legge di cui si propone l'abrogazione, né è questa, parimenti, la sede di un giudizio sulla legittimità costituzionale dell'eventuale disciplina di risulta derivante dall'effetto abrogativo del referendum (cfr. sentenze n. 26 del 1987 e n. 24 del 1981). (5)
(Cst. art. 75).

«(Omissis) Ritenuto in fatto – 1. – L'Ufficio centrale per il referendum, costituito presso la Corte di cassazione ai sensi della legge 25 maggio 1970, n. 352, e successive modificazioni, con ordinanza in data 10 dicembre 2004 ha dichiarato conforme alle disposizioni di legge la richiesta di referendum popolare, presentata il 13 luglio 2004 da tredici cittadini, per l'abrogazione parziale della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita).

La richiesta di referendum ha ad oggetto il seguente quesito:

«Volete voi che sia abrogata la legge 19 febbraio 2004, n. 40, avente ad oggetto “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”, limitatamente alle seguenti parti:

articolo 1, comma 1: “Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito”;

articolo 1, comma 2: “Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità”;

articolo 4, comma 1: “Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico”;

articolo 4, comma 2, lettera a), limitatamente alle parole: “gradualità, al fine di evitare il ricorso ad interventi aventi un grado di invasività tecnico e psicologico più gravoso per i destinatari, ispirandosi al principio della”;

articolo 5, comma 1, limitatamente alle parole: “Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1,”;

articolo 6, comma 3, limitatamente alle parole: “Fino al momento della fecondazione dell'ovulo”;

articolo 13, comma 3, lettera b), limitatamente alle parole: “e terapeutiche, di cui al comma 2 del presente articolo”;

articolo 14, comma 2, limitatamente alle parole: “ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre”;

articolo 14, comma 3, limitatamente alle parole: “per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione”, nonché alle parole: “fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile”?».

2. – Al quesito l'Ufficio centrale ha assegnato il n. 4 e ha attribuito il seguente titolo: «Procreazione medicalmente assistita – norme sulle finalità, sui diritti dei soggetti coinvolti e sui limiti all'accesso – Abrogazione parziale».

3. – Ricevuta comunicazione dell'ordinanza dell'Ufficio centrale per il referendum, il Presidente di questa Corte ha fissato, per la conseguente deliberazione, la camera di consi-

glio del 10 gennaio 2005, disponendo che ne fosse data comunicazione ai presentatori della richiesta di *referendum* e al Presidente del Consiglio dei ministri, ai sensi dell'art. 33, secondo comma, della legge 25 maggio 1970, n. 352.

4. – Nell'imminenza della camera di consiglio il Governo, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, ha depositato una memoria, deducendo l'inammissibilità, sotto svariati profili, del *referendum*.

Assume, innanzitutto, l'Avvocatura che l'art. 1 della legge – del quale si propone l'integrale abrogazione – costituisca norma costituzionalmente vincolata, se non costituzionalmente necessaria, essendo posta a tutela dei diritti del concepito in ossequio al precetto di cui all'art. 2 della Costituzione, cosicché non ne sarebbe possibile l'abrogazione per via referendaria.

Questa ed altre norme oggetto del quesito referendario sarebbero d'altro canto imposte anche dal rispetto di obblighi internazionali, quali quelli derivanti dalla Convenzione di Oviedo e dal relativo Protocollo addizionale, che impegnano gli Stati aderenti a rispettare il valore della dignità umana in tutte le applicazioni della medicina e della biologia.

Sotto altro aspetto, l'inammissibilità del quesito discenderebbe dalla eterogeneità delle materie interessate, atteso che il *referendum* mira: *a)* ad ampliare le possibilità di ricorso alla procreazione medicalmente assistita; *b)* ad ampliare la possibilità di revoca del consenso oltre il limite fissato dall'art. 6, comma 3, della legge; *c)* a permettere la produzione di embrioni in eccedenza rispetto a quelli necessari per un unico e contemporaneo impianto; *d)* a consentire interventi sull'embrione con finalità diagnostiche e terapeutiche generali. Si tratterebbe – secondo l'Avvocatura – di finalità eterogenee, non riconducibili ad un principio comune.

Un ulteriore profilo di disomogeneità del quesito sarebbe poi rappresentato – quanto, in particolare, alla disciplina della revoca del consenso, quale derivante dalla parziale abrogazione dell'art. 6, comma 3 – dal fatto che «nel comune sentire [...] diversa è la situazione della donna, che deve accogliere l'embrione nel proprio corpo, da quella dell'uomo», cosicché «non ha senso attribuire uguale peso alla volontà dell'uomo e della donna».

In ogni caso, la possibilità di revoca del consenso anche dopo la fecondazione si porrebbe in contrasto con il divieto di soppressione degli embrioni, sancito dall'art. 14, comma 1.

Da ultimo, l'abrogazione parziale dell'art. 13, comma 3, lettera *b)*, che consentirebbe interventi sull'embrione a fini diagnostici generali, si porrebbe in contrasto sia con il precedente comma 2, che consente la ricerca sull'embrione solo a fini diagnostici e terapeutici per l'embrione stesso, sia con il comma 1, che vieta la sperimentazione sull'embrione umano.

5. – Nell'imminenza della camera di consiglio, alcuni dei promotori del *referendum* hanno, a loro volta, depositato un «atto di costituzione e memoria illustrativa», insistendo per la declaratoria di ammissibilità.

Preliminarmente i suddetti promotori sottolineano la *ratio* specifica di questo *referendum*, teso – diversamente dal *referendum* n. 3 – ad eliminare dalla legge, in particolare attraverso l'integrale abrogazione dell'art. 1, il principio secondo il quale taluni fondamentali diritti della persona sono equiparati o addirittura subordinati ai diritti del concepito.

A siffatto principio risponderebbero in primo luogo le norme che limitano l'accesso alle procedure di procreazione medicalmente assistita in funzione della tipologia dei problemi riproduttivi della coppia, escludendo dall'accesso al trattamento sanitario le coppie affette da patologie trasmissibili, con violazione – ad avviso dei proponenti – degli artt. 2, 3, 30, 31, 32, primo comma, della Costituzione.

Ad identica logica, e cioè alla tutela di presunti diritti del concepito, sarebbero ispirate le norme che limitano il numero di embrioni producibili, diminuendo drasticamente le probabilità di successo della procedura ed aumentando i rischi per la salute della donna, costretta a sottoporsi ad una pluralità di interventi; quelle che vietano interventi diagnostici e terapeutici sull'embrione, finalizzati alla tutela della salute della donna; quelle che vietano la crioconservazione degli embrioni, al di fuori dell'ipotesi di grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna, e consentono la revoca del consenso solo fino al momento della fecondazione, così assimilando la procreazione medicalmente

assistita ad una ipotesi di trattamento sanitario obbligatorio. Anche sotto tali aspetti le norme che si vogliono abrogare violerebbero – ad avviso sempre dei promotori – gli artt. 2, 9, 13, 31 e 32 della Costituzione.

L'irragionevolezza del principio della prevalenza dei diritti del concepito rispetto a quelli corrispondenti della madre emergerebbe del resto con evidenza dal fatto che la legge fa salvo – peraltro pleonasticamente – il ricorso alle procedure di cui alla legge n. 194 del 1978 sull'interruzione di gravidanza, la quale legge, nel bilanciamento tra gli interessi della madre e quelli del concepito, perviene ad esiti diametralmente opposti rispetto alla normativa che si vuole sottoporre a *referendum* abrogativo.

Che non possa esservi equivalenza tra il diritto alla vita ed alla salute di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione, che persona deve ancora diventare, è stato del resto affermato da questa stessa Corte nella sentenza n. 27 del 1975. Non si vuole dunque negare – concludono i promotori – che i diritti del concepito ricevano copertura costituzionale, ma essi, nel bilanciamento con gli equivalenti diritti della madre, non possono che essere sacrificati.

6. – Hanno altresì depositato scritti i seguenti soggetti, tutti sollecitando la declaratoria di inammissibilità del quesito referendario: la «Consulta Nazionale Antiusura»; il «Comitato per la tutela della salute della donna»; il «Comitato per la difesa della Costituzione»; il «Comitato per la difesa dell'art. 75 della Costituzione»; il «Forum delle associazioni familiari»; il «Comitato Umanesimo integrale Comitato per la difesa dei diritti fondamentali della persona».

7. – Nella camera di consiglio del 10 gennaio 2005 sono stati sentiti l'avv. Guido Calvi per i presentatori Katia Zanotti, Monica Soldano e Vittoria Franco e l'avvocato dello Stato I. Francesco Caramazza per il Presidente del Consiglio dei ministri.

A seguito dell'ordinanza letta in camera di consiglio, sono stati altresì sentiti l'avv. Giovanni Pitruzzella per il «Comitato per la difesa dell'art. 75 della Costituzione», gli avvocati Isabella Loiodice e Giuseppe Abbamonte per il «Comitato per la tutela della salute della donna», l'avv. Federico Sorrentino per il «Comitato per la difesa della Costituzione», gli avvocati Tommaso di Gioia e Raffaele Izzo per la «Consulta nazionale antiusura ONLUS», l'avv. Aldo Loiodice per il «Forum delle associazioni familiari», gli avvocati Luigi Manzi e Andrea Manzi per «Umanesimo integrale Comitato per la difesa dei diritti fondamentali della persona».

Considerato in diritto – 1. – Va preliminarmente dichiarata, a scioglimento della riserva formulata nella camera di consiglio del 10 gennaio 2005, la ricevibilità degli scritti depositati dai soggetti diversi dai presentatori della richiesta di *referendum*, per le ragioni esposte nella sentenza n. 45 del 2005, fermi restando i limiti alla possibilità di intervento di tali soggetti nel procedimento e di integrazione orale degli scritti stessi, individuati nella suddetta pronuncia.

2. – La richiesta di *referendum* sulla cui ammissibilità la Corte è chiamata a pronunciarsi investe, in tutto o in parte, gli artt. 1, 4, 5, 6, 13 e 14 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita).

La richiesta mira a consentire l'accesso alla procreazione medicalmente assistita anche per finalità diverse dalla soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o infertilità, eliminando tra l'altro, attraverso l'integrale abrogazione dell'art. 1, l'enunciazione della finalità di tutela dei diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito; ad escludere dai principi che regolano l'applicazione delle relative tecniche quello della gradualità; a consentire la revoca del consenso, da parte dei soggetti che vi accedono, anche dopo la fecondazione dell'ovulo; a consentire interventi sull'embrione aventi finalità diagnostiche anche diverse da quelle previste dall'art. 13, comma 2, della legge; a consentire la creazione di un numero di embrioni superiore a quello necessario ad un unico e contemporaneo impianto e comunque superiore a tre; a consentire la crioconservazione degli embrioni in ogni caso in cui non risulti possibile il trasferimento degli embrioni stessi nell'utero.

3. – È opportuno premettere che il giudizio di ammissibilità che questa Corte è chiamata a svolgere si atteggia, per costante giurisprudenza, «con caratteristiche specifiche ed autonome nei confronti degli altri giudizi riservati a questa Corte, ed in particolare rispetto

ai giudizi sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti con forza di legge» (cfr. sentenze n. 16 del 1978 e n. 251 del 1975). Non è quindi in discussione in questa sede la valutazione di eventuali profili di illegittimità costituzionale della legge n. 40 del 2004, né è questa, parimenti, la sede di un giudizio sulla legittimità costituzionale dell'eventuale disciplina di risulta derivante dall'effetto abrogativo del *referendum* (cfr. sentenze n. 26 del 1987 e n. 24 del 1981).

4. – La richiesta è ammissibile.

4.1. – Essa non riguarda le leggi per le quali l'art. 75, secondo comma, della Costituzione espressamente esclude il *referendum* ed è, al tempo stesso, rispettosa dei limiti ulteriori che questa Corte, sin dalla sentenza n. 16 del 1978, ha desunto in via interpretativa dal sistema costituzionale.

In particolare, va escluso che le specifiche disposizioni di legge oggetto del quesito possano ritenersi a contenuto costituzionalmente vincolato o necessario, così da sottrarsi alla possibilità di abrogazione referendaria.

Per quanto concerne l'art. 1 della legge, di cui si propone l'abrogazione totale, e quindi anche nella parte in cui afferma che la legge «assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito», è sufficiente osservare che la norma presenta per tale ultimo aspetto un contenuto meramente enunciativo, dovendosi ricavare la tutela di tutti i soggetti coinvolti e, quindi, anche del concepito, dal complesso delle altre disposizioni della legge. La eventuale abrogazione di tale ultima parte dell'art. 1 non incontra, pertanto, ostacoli di ordine costituzionale.

Per il resto, la proposta riguarda aspetti specifici della disciplina della procreazione medicalmente assistita che rientrano nell'ambito della discrezionalità legislativa, cosicché la loro abrogazione non comporta il venir meno di una tutela costituzionalmente necessaria.

Analoghe considerazioni valgono ad escludere qualsiasi possibilità di contrasto con i principi posti dalla Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, e dal Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168, sul divieto di clonazione di esseri umani, cui si è data esecuzione con legge 28 marzo 2001, n. 145.

4.2. – Il quesito, pur a contenuto plurimo, presenta d'altro canto il necessario carattere di omogeneità.

Le disposizioni di cui si propone l'abrogazione, infatti, sono tra loro intimamente connesse, anche in conseguenza della sostanziale omogeneità dell'intero testo normativo, recante la completa ed esclusiva disciplina della procreazione medicalmente assistita, ed è inoltre individuabile la matrice razionalmente unitaria del quesito stesso, oggettivamente riconducibile – al di là della articolata titolazione e delle stesse intenzioni dei proponenti – alla rimozione di una serie di limiti all'accesso e allo svolgimento delle procedure di procreazione medicalmente assistita.

4.3. – La normativa di risulta non presenta, infine, elementi di contraddittorietà che non siano risolvibili alla stregua dei normali canoni ermeneutici.

Per questi motivi la Corte Costituzionale dichiara ammissibile la richiesta di *referendum* popolare (*omissis*).

Così deciso in Roma, presso la sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 13 gennaio 2005 (*omissis*).

Si riporta di seguito la memoria dell'Avvocatura dello Stato nella parte pertinente.

Avvocatura Generale dello Stato - Corte Costituzionale - Memoria.

«(*Omissis*) – 3. – In tale quadro, la richiesta di referendum in epigrafe appare inammissibile a molteplici titoli.

3.1. – Appare inammissibile, innanzitutto, perché ha ad oggetto l'intero articolo 1 della legge, articolo che di quella legge costituisce la base, quale norma costituzionalmente vinco-

lata, se non costituzionalmente necessaria, in quanto la relativa eliminazione determinerebbe la soppressione della tutela minima per situazioni che tale tutela esigono secondo la Costituzione (per tutti cfr. Corte Cost. sent. 17/1997, 35/1997 e 26/1987).

Uno dei principi ispiratori della legge è infatti la «tutela dei diritti del concepito» come limite alla tutela di tutti gli altri privati e pubblici interessi compresenti.

Orbene, tale tutela rappresenta, secondo l'insegnamento dei codesta Corte, «tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, riconosciuti e garantiti dall'art. 2 della Costituzione» (Corte Cost., 35/1977). Tutela, quindi, disciplinata da norme costituzionalmente vincolate, la cui abrogazione è preclusa tanto al legislatore quanto alle deliberazioni abrogative del corpo elettorale (sent. *ult. cit.*) e derogabile solo per a tutela di situazioni di rango costituzionale superiore, quali la vita e la tutela di un essere umano già persona (Corte Cost. sent. 27/1975).

Sia consentita a tal punto una breve precisazione di carattere lessicale che viene fatta sia per chiarezza di esposizione sia per sgombrare il terreno da ogni possibile preconcetta posizione i carattere etico, confessionale o ideologico.

Il problema ermeneutico involto è di puro tecnicismo giuridico e comporta la lettura della normativa relativa alla stregua dell'articolo 12 delle preleggi: norma che impone all'interprete la ricostruzione del significato della legge innanzitutto attraverso, il «significato proprio delle parole» che la compongono.

La relativa ricostruzione è stata fatta seguendo le concordanti definizioni del *Vocabolario della lingua italiana* dell'Istituto dell'Enciclopedia Italiana e dell' *Enciclopedia Universale Rizzoli-Larousse*.

Gli esseri umani (persone fisiche) si distinguono in nati e concepiti (art. 1 c.c.). Il concepito è tale durante un arco temporale che va dalla fecondazione al parto. La fecondazione avviene quando l'unione del gamete maschile (spermatozoo) con quello femminile (ovulo) genera lo zigote.

Durante i primi due mesi di vita (ma fin dall'origine) il concepito prende il nome di embrione, dal terzo mese in poi quello di feto.

Tanto il legislatore quando parla di «concepito», quanto codesta Corte quando statuisce in materia di diritti dell'embrione e – indifferentemente – del concepito (cfr. sent. 27/1975, 4° e 8° capoverso dei «considerato in diritto») mirano quindi a tutelare la dignità della persona umana sin dal momento della formazione dello zigote, rendendo irrilevante, dal punto di vista giuridico, la distinzione biologica fra zigote e blastocisti.

A prescindere quindi da ogni futuribile normazione l'embrione umano non può, allo stato, non essere tutelato nella sua dignità di persona futura: la cancellazione per via di referendum abrogativo dell'intera legge in esame, ivi compresa la norma che tutela i diritti del concepito con conseguente immediata liberalizzazione di qualunque sperimentazione sugli embrioni umani appare quindi inammissibile, avendo ad oggetto una legge costituzionalmente necessaria o, quanto meno, a contenuto costituzionalmente vincolato.

3.2. – Sotto diverso ulteriore profilo deve osservarsi che alcune delle norme contenute nella legge in esame costituiscono osservanza oltre che di precetti costituzionali, anche di precetti derivanti da norme internazionali o europee o sono, quanto meno, in stretto collegamento con esse. Vedasi, segnatamente, la Convenzione di Oviedo ed il relativo protocollo che statuisce il seguente principio: «*L'essere umano è portatore di un valore essenziale, la dignità umana, che gli Stati si impegnano a rispettare in tutte le applicazioni della medicina e della biologia*». Orbene, anche l'embrione costituisce nel nostro ordinamento giuridico «essere umano» e la sua produzione sulla base del solo volere di una coppia che potrebbe risolvere altrimenti il proprio problema per via naturale violerebbe tale principio, con conseguente violazione del limite sostanziale posto all'istituto referendario dall'art. 75 Costituzione (Corte Cost. sent. 27/1997). Appare evidente, infatti come la disciplina della fecondazione assistita come «ultima spiaggia» cui è consentito ricorrere per assecondare l'aspirazione delle coppie sterili o con problemi di infertilità altro non è che una applicazione del principio di dignità dell'essere umano sin dalla fase embrionale, principio normato anche a livello internazionale, oltre che a livello costituzionale (cfr. art. 2 Costituzione e Corte Cost. sentt. 27/1975 e 35/1997).

3.2. – Un ulteriore profilo di inammissibilità deve, poi, ravvisarsi nel quesito in argomento, in quanto avente ad oggetto materie eterogenee.

Anche a prescindere dagli assorbenti rilievi sopra esposti, si osservi infatti che il quesito è volto a:

a) ampliare i casi in cui è possibile ricorrere alla procreazione medicalmente assistita escludendo che debba necessariamente presupporre una ipotesi di sterilità o di infertilità;

b) permettere ai componenti della coppia di revocare il proprio consenso anche dopo la fecondazione;

c) permettere la produzione di embrioni in eccedenza rispetto a quelli necessari per un unico e contemporaneo impianto;

d) consentire interventi sull'embrione con finalità diagnostiche e terapeutiche generali.

Balza evidente agli occhi l'eterogeneità delle materie investite dal quesito. Non vi è alcun nesso, infatti, né alcuna riconducibilità ad un principio comune tra la possibilità di ricorrere alla procreazione assistita anche in assenza di sterilità o infertilità, la possibilità di revocare il consenso alla procreazione assistita dopo che la fecondazione è avvenuta, la produzione eccedentaria di embrioni e la sperimentazione su di essi a fini diagnostici.

L'oggetto del referendum è quindi disomogeneo, impedendo a chi si trovi in posizione differenziata rispetto ai diversi quesiti di esprimere liberamente la propria quota di volontà popolare e si risolve quindi in una coartazione della volontà dell'elettore e della sua libertà decisionale con conseguente inammissibilità (Corte Cost. sentt. 16/1978; 16, 28 e 42/1997; 39/2000, 50/2000, 45/2003).

La possibilità, poi, per entrambi i membri della coppia di revocare il proprio consenso apre la porta a due altre considerazioni.

Da un lato vi è un ulteriore profilo di disomogeneità del quesito. Nel comune sentire, infatti, diversa è la situazione della donna, che deve accogliere l'embrione nel proprio corpo, da quella dell'uomo.

Tale disomogeneità di materia trova conferma normativa nella disciplina sull'interruzione volontaria della gravidanza, la quale rimette la scelta alla sola madre. Nel momento in cui si ammette la revoca del consenso anche dopo la fecondazione non ha senso attribuire uguale peso alla volontà dell'uomo e della donna. Anche sotto tale ulteriore profilo risulta, quindi, coartata la volontà dell'elettore, il quale potrebbe concordare sulla possibilità per la madre di revocare il consenso dopo la fecondazione ma non consentire ad un'uguale previsione per il padre (cfr. in caso logicamente simile Corte Cost. sent. 28/1987).

3.4. – Anche a prescindere dalle osservazioni appena svolte non si può, inoltre, non osservare che la possibilità di revocare il consenso da parte dei componenti della coppia anche dopo la fecondazione contraddice il divieto di soppressione degli embrioni (art. 14, 1 comma della legge 40/04), che non è stato inciso dal quesito, specie se si considera che gli embrioni prodotti non devono essere più nel «numero strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto».

È evidente, infatti, che gli embrioni in soprannumero sono destinati alla soppressione. Ciò è ancor più evidente se si pensa che anche solo l'opposizione dell'uomo può determinare l'impossibilità di procedere all'impianto ed al permanere del divieto di fecondazione eterologa e di sperimentazione sugli embrioni.

Ancora, l'abrogazione parziale dell'art. 13, comma 3, lettera b) della legge, che consentirebbe interventi sull'embrione a fini diagnostici e terapeutici generali, sarebbe in contraddizione sia con il precedente art. 13 comma 2 che consente la ricerca sull'embrione solo a fini diagnostici e terapeutici dell'embrione stesso, sia con il precedente art. 13 comma 1 che vieta la sperimentazione sull'embrione umano.

Il quesito, nella parte da ultimo esaminata appare quindi inammissibile per la insanabile per la insanabile contraddizione fra la richiesta di abrogazione dei precetti in esame e la «mancata richiesta di abrogazione di altre disposizioni dettate nel medesimo contesto normativo e indissolubilmente legate a quelle che, invece, si vorrebbero sopprimere» (Corte Cost. sent. 27/1981; R.ROMBOLI, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Giappichelli, 1999, 488).

4. – Tutto quanto considerato si conclude pertanto per la declaratoria di inammissibilità del referendum in epigrafe.

Roma, 3 gennaio 2005 – Vice Avvocato Generale dello Stato Ignazio Francesco Caramazza».

Corte Costituzionale, sentenza 13 – 28 gennaio 2005, n. 49 – Pres. Onida – Red. Finocchiaro – Presidenza del Consiglio dei Ministri (avv. Stato I. F. Caramazza) – presentatori (avv.ti Frosoni e Traina) – «Comitato per la difesa dell’art. 75 della Costituzione» (avv.ti Turci, Del Pennino, Bernardini, Pollastrini e Pitruzzella) – «Comitato per la tutela della salute della donna» (avv.ti I. Loiodice e Abbamonte) – «Comitato per la difesa della Costituzione» (avv. Sorrentino) – «Consulta nazionale antiusura – ONLUS» (avv.ti Di Gioia e Izzo) – «Forum delle associazioni familiari» (avv. A. Loiodice) – «Umanesimo integrale – Comitato per la difesa dei diritti fondamentali della persona» (avv.ti L. Manzi e A. Manzi).

È ammissibile la richiesta di referendum popolare per l’abrogazione parziale della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) (articoli, 4, comma 3; 9, comma 1, limitatamente alle parole: «in violazione del divieto di cui all’articolo 4, comma 3»; 9, comma 3, limitatamente alle parole: «in violazione del divieto di cui all’articolo 4, comma 3»; 12, comma 1; 12, comma 8, limitatamente alla parola «1,») che mira ad eliminare il divieto di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

La proposta all’esame della Corte Costituzionale non riguarda leggi per le quali l’art. 75, secondo comma, della Costituzione espressamente esclude il referendum, né quelle altre da ritenersi ugualmente escluse secondo l’interpretazione logico-sistematica che di tale norma ha dato questa Corte.

La richiesta referendaria non si pone in alcun modo in contrasto con i principi posti dalla Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 e con il Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168, sul divieto di clonazione di esseri umani, e recepiti nel nostro ordinamento con la legge 28 marzo 2001, n. 145 (Ratifica della Convenzione di Oviedo).

La richiesta abrogativa riguarda disposizioni fra loro intimamente connesse, le quali formano un autonomo e definito sistema.

L’eventuale abrogazione delle disposizioni oggetto del quesito non è suscettibile di far venir meno un livello minimo di tutela costituzionalmente necessario.

La normativa di risulta non presenta, infine, elementi di contraddittorietà che non siano risolvibili alla stregua dei normali canoni ermeneutici. (1)
(Cost. art. 75).

«(Omissis) Ritenuto in fatto – 1. – L’Ufficio centrale per il referendum, costituito presso la Corte di cassazione, ai sensi dell’art. 12 della legge 25 maggio 1970, n. 352 e successive modificazioni, con ordinanza pronunciata il 10 dicembre 2003, ha dichiarato conforme alle disposizioni di legge la richiesta di referendum popolare, promosso dal “Comitato promotore referendum”, sul seguente quesito:

“Volete voi che sia abrogata la legge 19 febbraio 2004, n. 40, avente ad oggetto “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”, limitatamente alle seguenti parti:

Articolo 4, comma 3: “È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo”

Articolo 9, comma 1, limitatamente alle parole: “in violazione del divieto di cui all’articolo 4, comma 3”

Articolo 9, comma 3, limitatamente alle parole: “in violazione del divieto di cui all’articolo 4, comma 3”

Articolo 12, comma 1, “Chiunque a qualsiasi titolo utilizza a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente, in violazione di quanto previsto dall’articolo 4, comma 3, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 euro a 600.000 euro”

Articolo 12, comma 8, limitatamente alla parola “1,?” »

2. – Ricevuta comunicazione dell’ordinanza dell’Ufficio centrale, il Presidente di questa Corte ha fissato, per la deliberazione in camera di consiglio sull’ammissibilità del referendum, la data del 10 gennaio 2005, dandone comunicazione ai presentatori della richiesta e al Presidente del Consiglio dei Ministri, a norma dell’art. 33, secondo comma, della legge 25 maggio 1970, n. 352.

3. – Con memoria depositata in data 31 dicembre 2004, l’Avvocatura generale dello Stato ha chiesto che il ricorso sia dichiarato inammissibile.

Argomenta l'Avvocatura che la medicina e la biologia hanno fatto negli ultimi anni enormi progressi, e tuttavia si sono spinte oltre i confini segnati dalla dignità della persona umana, nei cui confronti la manipolazione genetica può risolversi in un'insopportabile lesione.

Tutti i Paesi civili si sono dunque dotati di una legislazione volta a disciplinare la procreazione medicalmente assistita, in modo da contemperare i numerosi interessi coinvolti meritevoli di tutela, che vanno dall'aspirazione alla procreazione, alla salute, alla ricerca scientifica, alla dignità della persona umana.

Tale esigenza di civiltà si è espressa anche a livello sopra nazionale.

Anzitutto va ricordata la direttiva 98/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 luglio 1998 sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, la quale dispone che non sono, tra l'altro, brevettabili: i procedimenti di clonazione di esseri umani; i procedimenti di modificazione dell'identità genetica germinale dell'essere umano; le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali.

Si consideri poi la Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, sottoscritta a Oviedo il 4 aprile 1997 (ed il relativo Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168) ratificata dall'Italia con la legge 28 marzo 2001, n. 145. Tale Convenzione sottolinea il valore della dignità umana e afferma che l'interesse dell'essere umano deve prevalere su quello della scienza. La Convenzione prevede inoltre diversi divieti, tra i quali la produzione di embrioni umani al fine della ricerca e qualora la legge ammetta la ricerca sugli embrioni *in vitro* questa deve assicurare un'adeguata tutela dell'embrione. Il successivo Protocollo addizionale vieta la clonazione di esseri umani.

La disciplina della procreazione assistita si inserisce in un ampio contesto multidisciplinare che va dall'ordinamento civile e dello stato civile, ad una specifica organizzazione di un settore del servizio sanitario nazionale e, soprattutto, ad un bilanciamento dei vari diritti ed interessi comprensenti al fine di tutelare il rispetto della dignità umana.

In tale quadro la richiesta di un *referendum* abrogativo del divieto di fecondazione eterologa appare inammissibile per diversi motivi.

Il divieto di fecondazione eterologa accomuna infatti tre ipotesi assai diverse tra loro, e cioè la fecondazione della donna con seme maschile di soggetto diverso dal *partner*, quella di impianto di ovulo di donna diversa fecondata con seme del *partner* ed infine quella con impianto di ovulo di donna diversa fecondata con seme di terzo.

Orbene, la differenza tra la prima ipotesi da un lato, e la seconda e la terza dall'altro non potrebbe essere più profonda.

Scienza, letteratura e teatro sono infatti concordi nel ritenere che la paternità biologica è assai poco influente nel vincolo di affetto che lega padre e figlio: il problema della fecondazione eterologa *ex parte patris* involge dunque solo un problema etico religioso.

Diverso è invece il problema della fecondazione eterologa *ex parte matris* che va ben al di là della dimensione etica. È nota infatti l'enorme importanza che ha la vita prenatale per la determinazione della futura personalità del nascituro, ed è altrettanto nota la profondità del rapporto che si instaura nel periodo di gestazione. Molto meno note sono invece, allo stato delle attuali conoscenze della medicina, le conseguenze che potrebbero derivare alla personalità del nascituro dal fatto che il suo patrimonio genetico non abbia nulla a che vedere con quello della gestante e sorge pertanto il legittimo dubbio che tali innaturali disomogeneità possano alterare i misteriosi equilibri della vita naturale nel corso della gestazione con gravi conseguenze sull'equilibrio psicofisico del nascituro e sulla formazione della sua personalità. Tanto ciò è vero che numerose legislazioni nazionali ammettono la fecondazione eterologa con seme di donatori ma non quella con oocita di donatrice, come ad esempio accade in Germania, Austria e Norvegia.

Da quanto sopra discende che il quesito referendario, apparentemente chiaro ed univoco, tale non è, in quanto risulta precluso all'elettore, favorevole all'abrogazione di una soltanto delle ipotesi contemplate nel divieto normativo, di effettuare una scelta, confondendolo e di conseguenza incidendo sulla sua libertà nell'esercizio del diritto di voto (Corte costituzionale n. 28 del 1987).

Il *referendum* dunque, così come prospettato, minerebbe la libertà decisionale dell'elettore, e va dunque dichiarato inammissibile.

4. – Con memoria depositata in data 5 gennaio 2005, i signori sen. Lanfranco Turci, sen. Antonio Adolfo Maria Del Pennino, Rita Bernardini, on. Barbara Maria Simonetta Pollastrini, promotori e presentatori di tre *referendum* abrogativi (tra cui quello in esame) hanno chiesto che il *referendum* sia dichiarato ammissibile.

Argomentano innanzitutto i citati promotori che il *referendum* non appartiene ad alcuna delle categorie di leggi espressamente sottratte a *referendum* dall'art. 75, secondo comma, della Costituzione. In particolare la legge n. 40 del 2004 non è esecutiva di alcun obbligo assunto in sede internazionale, neppure della Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 e del Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168, sul divieto di clonazione di esseri umani, in quanto tali atti internazionali sono stati recepiti nel nostro ordinamento con la legge 28 marzo 2001, n. 145, recante «Ratifica della Convenzione di Oviedo».

Si afferma inoltre che la legge n. 40 del 2004 non solo non conterrebbe disposizioni a contenuto costituzionalmente necessario ma addirittura alcune di queste norme sarebbero «a contenuto tendenzialmente incostituzionale». In particolare, il divieto di fecondazione eterologa sancito dall'art. 4, terzo comma, della legge n. 40 del 2004, ovvero il divieto di avvalersi, a fini di procreazione medicalmente assistita, dell'utilizzo di almeno un gamete, spermatozoo od ovocita, appartenente a soggetto esterno alla coppia, contrasterebbe con il principio di libertà personale e con il diritto alla procreazione, in quanto non consente di avere legalmente figli in Italia alle coppie in cui il marito sia sterile oppure la moglie infertile. Inoltre il divieto appare incompatibile sia con il canone di ragionevolezza sia con il principio di uguaglianza, in quanto discrimina irrazionalmente tra categorie di cittadini, e consente solo ai più benestanti di ricorrere alla tecnica di fecondazione eterologa mediante l'utilizzo di strutture sanitarie di altre nazioni. Peraltro, un'apertura alla fecondazione di tipo eterologo era già presente nella giurisprudenza della Corte costituzionale (sentenza n. 347 del 1998), che aveva escluso l'azione di disconoscimento di paternità *ex art.* 235 cod.civ. in caso di fecondazione eterologa.

Da ultimo, con riferimento al limite dell'omogeneità, univocità, non manipolatività delle richieste referendarie si osserva che la Corte non ha escluso la possibilità di quesiti formulati attraverso il ritaglio di disposizioni normative (sentenza n. 32 del 1993), ma ha sempre solo richiesto una matrice razionalmente unitaria in modo da rendere immediatamente edotto l'elettore sull'alternativa sottoposta al suo voto (sentenza 29 del 1993). Nel caso di specie, in conseguenza dell'abrogazione referendaria, la possibilità di ricorrere alla fecondazione eterologa tornerà ad essere una pratica pienamente consentita e perciò lecita, senza che si determini alcun vuoto normativo.

5. – Con quattro diversi atti di contenuto sostanzialmente identico, depositati il 5 gennaio 2005, hanno dichiarato di volere intervenire, chiedendo la declaratoria di inammissibilità della richiesta medesima: il «Forum delle Associazioni familiari», in persona del suo Presidente Luisa Capitanio Santolini; la «Consulta Nazionale Antiusura (Consulta Nazionale delle Fondazioni e Associazioni Antiusura) onlus», in persona del legale rappresentante *pro tempore* P. Massimo Rastrelli e del segretario nazionale M. Alberto D'Urso; il «Comitato per la difesa dell'art. 75 della Costituzione», in persona di Lucia Ricci; il «Comitato per la tutela della salute della donna» in persona del legale rappresentante p. t. Alessandra Pompei in Roccasalvo.

Con un distinto atto si è costituito anche il «Comitato per la difesa della Costituzione», in persona del suo legale rappresentante p.t. Pierfrancesco Grossi, chiedendo di partecipare alla discussione orale, riservandosi di depositare memorie illustrative, tendenti ad evitare l'indizione dei *referendum* popolari in materia di abrogazione totale o parziale della legge n. 40 del 2004.

Nella discussione, alla quale sono stati ammessi con riserva i soggetti diversi dai presentatori del *referendum*, sia questi sia i presentatori hanno ribadito, attraverso i rispettivi difensori, le conclusioni come sopra rassegnate.

Considerato in diritto – 1. – Va preliminarmente dichiarata, a scioglimento della riserva formulata nella camera di consiglio del 10 gennaio 2005, la ricevibilità degli scritti depositati dai soggetti diversi dai presentatori della richiesta di *referendum*, per le ragioni esposte nella sentenza n. 45 del 2005, fermi restando i limiti alla possibilità di intervenire di tali soggetti nel procedimento e di integrazione orale degli scritti stessi individuati nella suddetta pronuncia.

2. – Il presente giudizio di ammissibilità riguarda una richiesta di referendum per l'abrogazione di norme della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) concernenti il divieto di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo (art. 4, comma 3), la relativa sanzione (art. 12, comma 1) nonché tre incisi, contenuti nell'articolo 9, commi 1 e 3 e nell'articolo 12, comma 8, in cui si fa riferimento ai predetti divieto e sanzione.

3. – La richiesta è ammissibile.

3.1. – Essa non riguarda le leggi per le quali l'art. 75, secondo comma, della Costituzione espressamente esclude il *referendum*, né quelle altre da ritenersi ugualmente escluse secondo l'interpretazione logico-sistematica che di tale norma ha dato questa Corte.

La richiesta referendaria, in particolare, non si pone in alcun modo in contrasto con i principi posti dalla Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 e con il Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168, sul divieto di clonazione di esseri umani, e recepiti nel nostro ordinamento con la legge 28 marzo 2001, n. 145 (Ratifica della Convenzione di Oviedo).

3.2. – Trattasi inoltre di richiesta abrogativa riguardante disposizioni fra loro intimamente connesse, le quali formano un autonomo e definito sistema.

Il quesito è omogeneo e non contraddittorio, perché tende ad abrogare tutte (e solo quelle) disposizioni normative che attengono allo stesso punto, la procreazione di tipo eterologo (il divieto, la sanzione, la causa di non punibilità).

Né può darsi rilievo, come vorrebbe l'Avvocatura dello Stato, alla diversità delle ipotesi e delle modalità attraverso cui può realizzarsi la fecondazione eterologa, mentre il caso della maternità surrogata è oggetto di apposita norma (articolo 12, comma 6) non investita dal quesito referendario.

Né vi sono altre norme o parti di norme nella legge che facciano riferimento alla fecondazione eterologa.

3.3. – Sotto altro profilo, non può dirsi che la eventuale abrogazione delle disposizioni oggetto del quesito sia suscettibile di far venir meno un livello minimo di tutela costituzionalmente necessario, così da sottrarsi alla possibilità di abrogazione referendaria.

3.4. – Infine non può sostenersi il carattere sostanzialmente propositivo e non puramente demolitorio del *referendum*, perché verrebbe semplicemente abolito un divieto e, conseguentemente, una condotta fino ad allora vietata diverrebbe consentita.

Per questi motivi la Corte Costituzionale dichiara ammissibile la richiesta di *referendum* popolare per l'abrogazione degli articoli, 4, comma 3; 9, comma 1, limitatamente alle parole: «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3»; 9, comma 3, limitatamente alle parole: «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3»; 12, comma 1; 12, comma 8, limitatamente alla parola «1.», della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita); richiesta dichiarata legittima con ordinanza pronunciata il 10 dicembre 2003, dall'Ufficio centrale per il *referendum* costituito presso la Corte di cassazione.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 13 gennaio 2005».

Si riporta di seguito la memoria dell'Avvocatura dello Stato nella parte pertinente.

Avvocatura Generale dello Stato - Corte Costituzionale - Memoria.

«(Omissis) 3. – In tale quadro, la richiesta minimale di un referendum abrogativo del divieto di fecondazione eterologa appare inammissibile a molteplici titoli.

Nonostante l'apparente chiarezza ed univocità il quesito referendario coinvolge infatti due problemi distinti, suscettibili di determinare atteggiamenti differenziati nel corpo elettorale, la cui possibilità di scelta risulterebbe coartata dalla obbligata unicità della risposta. Il divieto di fecondazione eterologa accomuna, infatti, tre distinte ipotesi assai diverse fra loro e cioè la fecondazione della donna con seme maschile di oggetto diverso dal partner, quella con impianto di ovulo di donna diversa fecondata con seme del partner ed infine quello con impianto di ovulo di donna diversa fecondata con seme di terzo.

Orbene, la differenza fra la prima ipotesi, da un lato, e la seconda e la terza, dall'altro, non potrebbe essere più profonda.

Scienza, Letteratura e Teatro sono da sempre concordi nel ritenere che la paternità biologica è assai poco influente nel vincolo di affetto che lega padre e figlio.

Un vincolo che si crea e si rafforza negli anni con la consuetudine di vita, la formazione educativa e culturale, lo scambio intellettuale e sentimentale.

Il problema della fecondazione eterologa *ex parte patris* involge dunque solo un problema etico-religioso.

Ben diverso, invece, il problema della fecondazione eterologa *ex parte matris* che va ben al di là della dimensione etica.

È nota, infatti, l'enorme importanza che la vita prenatale per la determinazione della futura personalità del nascituro ed altrettanto nota la profondità del rapporto che si instaura nel periodo della gestazione.

Molto meno note, invece, allo stato della biomedicina e della psicologia, le conseguenze che potrebbero derivare alla personalità del nascituro dal fatto che il suo patrimonio genetico non ha nulla a che vedere con quello della gestante e sorge in proposito legittimo il dubbio che tale innaturale disomogeneità possa alterare gravemente i delicati e misteriosi equilibri della vita prenatale nel corso della gestazione con gravi possibili conseguenze sull'equilibrio psicofisico del nascituro e sulla formazione della sua personalità.

Tanto ciò è vero che numerose legislazioni nazionali ammettono la fecondazione eterologa con seme di donatori ma non quella con ovocita di donatrice, come ad esempio accade in Germania, Austria e Norvegia (Lavori preparatori alla legge sulla procreazione medicalmente assistita, relazione di minoranza Del Pennino).

Da quanto sopra discende che il quesito referendario, apparentemente chiaro ed univoco, tale non è, in quanto risulta precluso all'elettore, favorevole all'abrogazione di una soltanto delle ipotesi contemplate dal divieto normativo, «di operare una scelta fra esse, confondendolo e di conseguenza incidendo nella libertà del diritto di voto» (Corte Cost. sent. 28/1987).

Il referendum, così come prospettato, minerebbe quindi, in definitiva la libertà decisionale dell'elettore, con sua conseguente inammissibilità.

4. – Tutto quanto sopra considerato si conclude pertanto per la declaratoria di inammissibilità del referendum in epigrafe.

Roma, 3 gennaio 2005 – Vice Avvocato Generale dello Stato Ignazio Francesco Caramazza».

La legge sulla fecondazione medicalmente assistita ha aperto la possibilità per le coppie sterili di avere un figlio. Progresso scientifico e questioni giuridiche. Tutela dell'embrione, tra libertà di ricerca scientifica e diritto alla salute della donna: tre interessanti pronunce del T.A.R. Lazio.

(Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sezione terza, sentenze 7 aprile-5 maggio 2005 nn. 3452, 4046, 4047)

Meritano di essere segnalate queste decisioni del TAR Lazio, che hanno respinto tre ricorsi proposti avverso il decreto del Ministero della Salute del 21 luglio 2004 (*G. U.* del 16 agosto 2004) recante «Linee guida sulla procreazione medicalmente assistita» ai sensi dell'art. 7 della legge 19 febbraio 2004 n. 40.

Queste pronunce sono state pubblicate pochi giorni prima della celebrazione dei referendum per l'abrogazione di alcune disposizioni della legge n. 40/2004, conclusi – come è noto – con il mancato raggiungimento del *quorum* in tutti i diversi quesiti referendari.

Giova, in proposito, precisare che con legge 19 febbraio 2000, n. 40 è stato reso possibile «*il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito... qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità*» (art. 1 legge n. 40/2004 *cit.*).

In virtù di quanto disposto dall'art. 7, 1° comma della stessa legge n. 40/2004, «*Il Ministro della salute, avvalendosi dell'Istituto superiore di sanità, e previo parere del Consiglio superiore di sanità, definisce, con proprio decreto, da emanare entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, linee guida contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*». L'art. 7, 2° comma precisa che «*Le linee guida di cui al comma 1 sono vincolanti per tutte le strutture autorizzate*» e vengono «*aggiornate periodicamente almeno ogni tre anni, in rapporto all'evoluzione tecnico-scientifica, con le medesime procedure di cui al comma 1*».

1. Impostazione dei tre ricorsi e contenuto delle decisioni.

I tre ricorsi sono stati proposti da alcune società autorizzate a praticare l'attività di procreazione medicalmente assistita, nonché da una coppia di malati di talasso – drepanocitosi (una delle forme della talassemia mediterranea), sulla base delle seguenti considerazioni, che si ritiene opportuno riportare in sintesi:

a) eccesso di potere per straripamento di potere ed illogicità, violazione degli artt. 32, 70 e 102 Cost., violazione e falsa applicazione degli artt. 7, 13 e 14 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, nella parte in cui le linee guida, in asserito contrasto con la legge n. 40/2004 *cit.*, proibiscono ogni diagnosi pre-impianto di tipo eugenetico e/o invasivo, consentendo la sola indagine «di tipo osservazionale», con conseguente impossibilità di diagnosticare malattie genetiche e dunque, con violazione sia della libertà di ricerca ricono-

sciuta dalla Costituzione, sia del principio secondo cui la coppia che intende accedere alle tecniche di fecondazione ha diritto di essere informata delle condizioni di salute dell'embrione che deve essere impiantato;

b) le linee guida, inoltre, nel vietare la riduzione embrionaria di gravidanze plurime, si porrebbero in contrasto anche con i principi posti dalla legge 22 maggio 1978, n. 194 (interruzione di gravidanza), con lesione del diritto alla salute della donna ed alla sua autodeterminazione;

c) *error in procedendo*, per ciò che attiene al procedimento discrezionale di nomina della commissione che ha redatto le linee guida, nonché eccesso di potere sotto altro profilo, per le incertezze che le linee guida comporterebbero nell'attività dei medici in relazione sia all'obbligo di trasferimento che al divieto di soppressione degli embrioni prodotti, sia alla rilevanza della forza maggiore nella decisione in merito al trasferimento in utero; vi sarebbe inoltre contrasto con la Convenzione di Oviedo e con il protocollo addizionale ratificati con legge 128 marzo 2001, n. 145, per ciò che concerne la c.d. diagnosi pre-impianto;

d) l'applicazione del decreto impugnato «influirebbe negativamente sulla attività delle società ricorrenti, impedendo loro di realizzare le attività diagnostiche consentite dalla legge e vietate dalle linee guida e violando diritti fondamentali, quali quello alla salute e alla fede pubblica.

In uno dei tre ricorsi, quello proposto dalla società W. si sostiene, in particolare, che le Linee guida impuginate sarebbero illegittime per i seguenti motivi:

1) omessa allegazione dei pareri acquisiti, nonché violazione dell'art. 7 della legge n. 40/04 nella parte in cui il Ministero avrebbe mancato di avvalersi pienamente dell'Istituto Superiore di Sanità ed ha invece nominato, allo scopo, una Commissione non prevista dalla legge;

2) violazione di legge per omessa definizione del termine «embrione» anche agli effetti della sua configurazione giuridica;

3) violazione di legge ed eccesso di potere del provvedimento impugnato nella parte in cui dichiarano sinonimi i termini di infertilità e sterilità;

4) eccesso di potere nella parte in cui sotto il titolo «*accesso alle tecniche*» si impone che la certificazione dello stato di infertilità (che sarebbe sinonimo di sterilità) sia effettuata dagli specialisti del Centro di fecondazione assistita;

5) violazione di legge ed eccesso di potere del provvedimento impugnato nella parte in cui sotto il titolo «*consenso informato*» non chiarisce che l'informazione che deve essere data alle coppie sui costi economici del trattamento deve avvenire anche da parte di enti pubblici quando si tratti di attività istituzionale a pagamento ai sensi dell'art. 15 *quinquies* del D.lgs. n. 502/1992, ovvero di attività libero professionale *intra moenia* a pagamento ai sensi dell'art. 15 *ter* e seguenti del D.lgs. n. 502/1992 e successive modificazioni ed integrazioni;

6) eccesso di potere del provvedimento impugnato per ingiustizia manifesta, irrazionalità e violazione dei principi comuni in materia di tutela della salute laddove sotto il titolo «*misure di tutela degli embrioni – sperimentazione sugli embrioni umani in relazione all'art. 13 della legge n. 40/2004*» prevede: «è proibita ogni diagnosi pre-impianto a finalità eugenetica» ed inoltre aggiunge «ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati in

vitro, ai sensi dell'art. 14, comma 5, dovrà essere di tipo osservazionale». Falso supposto di fatto e di diritto; contraddittorietà; violazione degli artt. 12, 13 e 14 della Convenzione di Oviedo;

Ed infatti, secondo la società ricorrente, nel vietare ogni diagnosi preimpianto, il provvedimento impugnato sembra non consentire neppure quell'eccezione prevista dalla legge per gli interventi aventi finalità diagnostiche terapeutiche, con conseguente lesione della ricerca scientifica e dell'arte medica che possono subire, secondo l'insegnamento della Corte costituzionale, solamente limitazioni eccezionali previste dalla legge.

In questo senso, secondo la società W., vi sarebbe illegittimità costituzionale dell'intera legge per violazione degli artt. 32 e 33 della Costituzione (ovvero lesione del diritto alla salute della coppia e del concepito e dello stesso embrione, nonché lesione dei principi di tutela della ricerca scientifica e dell'evoluzione della scienza medica di cui all'art. 33 della Costituzione);

7) eccesso di potere per ingiustizia manifesta ed irrazionalità del provvedimento impugnato nella parte in cui sotto il titolo «*Limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni*» impone al comma 2 la creazione di un numero di embrioni comunque non superiore a tre. Violazione dell'art. 32 della Costituzione inteso come norma positiva. In subordine illegittimità costituzionale dell'art. 14 della legge n. 40/2004;

8) eccesso di potere per cattivo uso del potere conferito sotto il profilo dell'omissione consistente nella mancata indicazione al medico del comportamento da tenersi nel caso di crioconservazione di materiale genetico appartenente ad individuo non più vivente, quando tra il momento dell'inseminazione ed il momento del trasferimento in utero, uno dei partners sia deceduto;

9) eccesso di potere e violazione del D.lgs. n. 196/03 in materia di trattamento e conservazione di dati sensibili nella parte in cui sotto il titolo «*Registrazione e mantenimento dei dati*» prevede che i contenitori che racchiudono i gameti riportino le generalità dei soggetti che li hanno prodotti e/o a cui sono destinati.

Nei procedimenti sono intervenuti, con atti di intervento volontario, diverse altre società private, *ad adiuvandum* delle tesi sostenute con i ricorsi.

In extremis, negli ultimi giorni prima della discussione del merito dei ricorsi, sono poi intervenute anche alcune associazioni ed enti, contrari all'annullamento delle Linee Guida.

Il TAR, con le decisioni in commento, ha dichiarato ammissibili gli interventi *ad opponendum*, ha respinto alcune delle eccezioni di inammissibilità dei ricorsi formulate dalla difesa del Ministero e, per la parte che in questa sede interessa,

a) ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto dalla coppia di malati di talasso-drepanocitosi, che non ha fornito la prova di avere chiesto inutilmente di accedere alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita;

b) ha respinto i ricorsi proposti dalle società che praticano l'attività di fecondazione medicalmente assistita;

c) ha dichiarato irrilevanti e manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale proposte in uno dei tre ricorsi.

In presenza di un dibattito giuridico, sociale e politico molto vivace, come quello al quale abbiamo assistito nelle ultime settimane, nel corso del quale le parti sociali si sono affrontate con molta veemenza, si potrebbe ritenere che il giudice amministrativo, per eccessiva prudenza, non abbia voluto assumere una decisione, in attesa dell'esito dei referendum.

Oppure, al contrario, le tre sentenze potrebbero essere ritenute una vittoria del punto di vista «cattolico», contrario ad una modifica della legge n. 40/2004 (e dunque, contrario all'annullamento delle Linee guida).

Le due tesi ora esposte non possono essere condivise.

Da un punto di vista squisitamente processuale – giuridico, infatti, le sentenze del TAR sembrano ineccepibili.

In questa sede, vale la pena di commentare le tre sentenze, con riferimento agli aspetti più rilevanti delle loro motivazioni, non essendo evidentemente possibile un esame analitico di tutti i motivi di ricorso.

2. Inammissibilità del ricorso proposto da una coppia di malati di talasso-drepanocitosi per difetto di interesse attuale

Non si può non riconoscere la correttezza di una delle decisioni, che ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso proposto da una coppia di malati di talasso-drepanocitosi. Ed infatti, tale sentenza, in accoglimento di una specifica eccezione formulata dalla difesa del Ministero, ha riconosciuto che la coppia di ricorrenti non ha dimostrato la sussistenza di un interesse attuale a ricorrere.

Nel ricorso la coppia aveva sostenuto che il provvedimento gravato, in difformità di quanto stabilito dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40, impedirebbe, di fatto, di conoscere lo stato di salute dell'embrione prima del trasferimento in utero, il che appare particolarmente pregiudizievole per i ricorrenti, risultando la sig.ra I.D., affetta da talasso-drepanocitosi, ed il sig. R.D., portatore sano della medesima patologia, e dunque coppia ad alto rischio di trasmissione genetica della malattia in questione.

Si tratta di argomenti di grande rilevanza anche sociale, tenuto conto che i ricorrenti hanno ben articolato i vari motivi di ricorso, attentamente ricostruiti anche in sentenza: «*Le Linee guida, nella parte in cui consentono esclusivamente l'indagine di tipo osservazionale degli embrioni creati in vitro, svuotano di significato la previsione di cui all'art. 14, I, IV, e V comma, della legge n. 40/04, vietando ogni forma di diagnosi genetica. Solamente quest'ultima consente infatti di riconoscere anomalie cromosomiche (triploidie e tetraploidie) che comportano per la madre il rischio della mola vescicolare; attraverso l'indagine meramente osservazionale dell'embrione è possibile valutare esclusivamente la compattezza e lo stato di aggregazione delle cellule che formano l'embrione. L'obbligo imposto dalle Linee guida di limitare le indagini diagnostiche alla mera osservazione al microscopio introduce un divieto non previsto dalla legge, violandone in tale modo la ratio. I limiti posti dalle Linee guida producono l'impossibilità di diagnosticare malattie genetiche e cromosomiche, determinando anche una discriminazione in ordine alla diagnosticabilità delle malformazioni; alcune sarebbero di fatto ammesse attraverso l'analisi osservazionale, altre precluse. Viene inoltre ad essere svuotata la portata dell'art. 13, II comma, della legge n. 40/2004, che consente la ricerca clinica e sperimentale*

su ciascun embrione con finalità terapeutiche e diagnostiche; ed infatti la limitazione alla diagnosi osservazionale influirebbe negativamente su tale diritto, rendendolo di fatto non esercitabile.»

La sentenza pare ineccepibile, tenuto conto che ha fatto applicazione di pacifici principi in materia di prova dell'interesse ad agire, che deve essere posto a fondamento di ogni ricorso giurisdizionale.

In particolare, la decisione ha chiarito correttamente che «... a norma dell'art. 100 del c.p.c., applicabile anche al processo amministrativo, costituisce condizione dell'azione, oltre alla titolarità della situazione giuridica sostanziale, l'interesse a ricorrere, che deve essere personale (o diretto), attuale e concreto, sì che, in caso di accoglimento del gravame, il ricorrente veda rimosso l'effettivo pregiudizio che gli deriva dal provvedimento amministrativo impugnato.

L'attributo della personalità sta a significare che il risultato di vantaggio deve riguardare specificamente e direttamente il ricorrente; l'attualità invece evidenzia che l'interesse deve sussistere al momento del ricorso, non essendo sufficiente configurare l'eventualità o l'ipotesi di una lesione; corrispondentemente, il requisito della concretezza indica che l'interesse va valutato con riferimento ad un pregiudizio concretamente prodottosi nella sfera giuridica (patrimoniale, od anche morale) del ricorrente (in termini, tra le tante, Cons. Stato, Sez. VI, 6 marzo 2002, n. 1371; Cons. Stato, Sez. VI, 18 marzo 2003, n. 1414; Cons. Stato, Sez. V, 26 febbraio 1992, n. 158; T.A.R. Lazio, Sez. III, 12 ottobre 2004, n. 10755; T.A.R. Lazio, Sez. II, 19 febbraio 2001, n. 1301).

La conseguenza è che il ricorso deve ritenersi inammissibile allorché l'atto impugnato non leda attualmente un interesse del ricorrente, dato che la lesione stessa è al momento ancora eventuale, ovvero obiettivamente incerta, e solo in un momento successivo, a causa di atti o fatti conseguenti, può trovare consistenza.

Nel caso di specie, la mancata dimostrazione, nei termini anzidetti, da parte dei ricorrenti, dell'essere sottoposti ad una procedura di procreazione medicalmente assistita, li rende privi di una situazione soggettiva differenziata rispetto a quella di tutti i potenziali utenti delle strutture di riproduzione umana.

Discende infatti dai descritti caratteri dell'interesse a ricorrere che nel processo amministrativo il risultato utile che il ricorrente deve dimostrare di perseguire non è la semplice garanzia dell'interesse legittimo, traducendosi in una sorta di azione popolare, ma, appunto, un interesse proprio al conseguimento di un'utilità o vantaggio (che, nella vicenda in esame, sarebbe l'annullamento, quanto meno parziale, delle Linee guida, asseritamente limitative delle stesse facoltà riconosciute dalla legge n. 40/2004)».

3. L'interesse ad agire delle società autorizzate a praticare l'attività di fecondazione medicalmente assistita.

Per quanto concerne le due sentenze di rigetto dei ricorsi proposti da alcune società che praticano l'attività di fecondazione medicalmente assistita, esse hanno riconosciuto, in capo alle società la sussistenza di uno specifico interesse ad agire, respingendo una eccezione in tal senso formulata dalla difesa del Ministero.

Una delle due pronunce è stata fondata sulle seguenti argomentazioni: «In ordine poi all'asserito difetto di legittimazione attiva dell'associazione ricorrente, si desume dallo statuto della W. che nel proprio oggetto sociale rientra:

a) la ricerca di base ed applicata e la diffusione di conoscenza in tutte le funzioni della riproduzione e della fertilità; b) la valutazione di nuove procedure diagnostiche e terapeutiche nel campo della riproduzione.

Non può dunque negarsi che la W. sia portatrice di un interesse qualificato e differenziato rispetto a quello della generalità dei cittadini alla legalità dell'azione amministrativa, che consente anche di riconoscerle la legittimazione processuale nella materia specifica della procreazione medicalmente assistita, a fronte di un provvedimento che si assume essere lesivo.

Oltre a tale interesse individuale statutariamente identificato, a fondamento della legittimazione attiva dell'associazione ricorrente milita anche un interesse in qualche modo superindividuale, quasi collettivo, collegato al fatto che, secondo quanto si evince dall'atto introduttivo, come pure dalla memoria del 25 marzo 2005, trattasi di «associazione di strutture sanitarie autorizzate ad eseguire prestazioni connesse alla procreazione medicalmente assistita».

Le medesime argomentazioni si trovano anche nell'altra sentenza: «In ordine, poi, al difetto di legittimazione attiva delle ricorrenti, si desume dai provvedimenti di autorizzazione versati in atti che le stesse sono strutture che erogano prestazioni sanitarie di chirurgia, urologia, ginecologia ed ostetricia, ed in particolare di «medicina della riproduzione» (qualche residuo dubbio permane per C.M.C.), e sono dunque titolari di un interesse qualificato e differenziato rispetto a quello della generalità dei cittadini alla legalità dell'azione amministrativa, che consente anche di riconoscere alle stesse la legittimazione processuale nella materia specifica della procreazione medicalmente assistita, a fronte di un provvedimento che si assume essere lesivo».

Le decisioni suscitano, sul punto, qualche perplessità, tenuto conto che, anche nel caso di questi due ricorsi, così come nel ricorso della coppia di malati di talasso-drepanocitosi, le varie società ricorrenti (nonché quelle intervenute *ad adiuvandum*) non hanno fornito la prova di una lesione immediata ed attuale, risultando difficile sostenere che esse siano portatrici di un interesse diffuso a che le Linee guida siano redatte in modo confacente alle proprie aspettative.

4. Eccezione di inammissibilità dei ricorsi proposti avverso una circolare interna, ovvero un regolamento applicativo della legge

Lo stesso è a dirsi per quanto riguarda il rigetto dell'eccezione di inammissibilità dei ricorsi, formulata dall'Avvocatura dello Stato, perché proposti contro le Linee guida che devono ritenersi o una circolare applicativa della legge, e dunque un atto interno all'Amministrazione ovvero un regolamento emanato in attuazione della legge, atti – di conseguenza – non impugnabili in sede giurisdizionale.

Le decisioni, in proposito, hanno precisato che «anche a prescindere dalla correttezza della qualificazione giuridica del decreto ministeriale 21 luglio 2004 in termini di circolare, appare indubbio che le “Linee guida” abbiano un carattere immediatamente precettivo.

Ciò si inferisce anzitutto dalla previsione dell'art. 7, II comma, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, ove è *expressis verbis* affermato che le Linee guida sono vincolanti per tutte le strutture autorizzate; inoltre l'analisi del testo dimostra

che il decreto ministeriale 21 luglio 2004 ha un contenuto non meramente ripetitivo della norma di legge, e dunque non esclusivamente interpretativo, disciplinando le «procedure e le tecniche di procreazione medicalmente assistita».

Conseguentemente, quale che sia il nomen iuris attribuibile alle Linee guida, le stesse non si configurano come atto interno all'Amministrazione, e pertanto inidoneo a ledere posizioni di terzi, in mancanza dell'adozione di ulteriori provvedimenti.

Dette Linee guida hanno un carattere provvedimentale e precettivo, che si pone su di un piano diverso da quello, prevalentemente organizzatorio, afferente all'autorizzazione regionale, di cui debbono essere dotate le strutture (pubbliche e private) che applicano le tecniche di procreazione medicalmente assistita.

Permane qualche perplessità su questa motivazione, perché la mera circostanza che le Linee guida sono vincolanti e precettive non comporta anche che esse siano impugnabili in sede giurisdizionale da parte di quei soggetti che, come le strutture «autorizzate» a praticare l'attività della fecondazione assistita, sono da considerarsi soggetti interni all'Amministrazione e, in quanto tali, tenuti piuttosto a dare applicazione alla legge ed alle circolari ministeriali.

Ove poi venisse accertato che le Linee guida sono un «regolamento» attuativo della Legge, a maggior ragione, dovrebbe ritenersi che esse non sono direttamente impugnabili davanti al TAR, non facendo sorgere alcun interesse legittimo a favore di alcuno, tenuto anche conto che le situazioni soggettive oggetto di tutela attengono piuttosto a diritti fondamentali del cittadino (diritto alla salute, libertà di ricerca scientifica, ecc), che non rientrano nella cognizione del giudice amministrativo.

5. Sul concetto di embrione: quale tutela ?

Quanto al merito dei ricorsi, è interessante la motivazione, nella parte in cui il TAR ha respinto uno specifico motivo, con il quale, come detto, si censuravano le Linee guida per non avere definito il concetto di embrione.

Ed infatti, la sentenza, nel dare atto che «non competeva... al provvedimento impugnato definire la nozione di embrione...», ha giustamente rilevato come «... guardando agli orientamenti emergenti nella letteratura scientifica, non sembra possibile identificare la “data di nascita” dell'embrione, inteso come nuovo organismo umano; non soccorrono alla scopo le nozioni di zigote, di morula, di blastocisti, o di embrioblasto, e neppure la differenziazione del sistema nervoso con la comparsa della “stria primitiva”, le quali descrivono i vari stadi di sviluppo cellulare. Ciò che appare invece indubbio, a prescindere da ogni valutazione filosofica e religiosa, è che il processo biologico è un continuum che comincia, in condizioni normali, con la fecondazione, e cioè con l'unione del gamete paterno con quello materno (o, meglio, dei due D.n.a.) e procede senza salti di qualità. Esula dunque dalla biologia la possibilità di dire quando è che un embrione divenga persona (rectius: sia tutelabile in quanto tale); ove se ne ravvisi la necessità, ciò potrebbe essere il frutto di una “convenzione umana”, che, per la sua massima rilevanza, e per le ricadute connesse, non può che configurarsi come scelta espressione di discrezionalità politica del legislatore (come è avvenuto in altri ordinamenti), e giammai competere, praeter legem, ad un provvedimento amministrativo, chiamato solamente

a dare attuazione tecnica alla legge, e non ad esprimere opzioni ideologiche, come è quella secondo cui l'embrione non è soggetto di diritto fin dal momento del concepimento».

Si tratta di affermazioni che possono essere condivise, quale che sia l'orientamento ideologico da cui si muove, tenuto conto che la decisione si è limitata a ribadire che rientra nella piena discrezionalità del legislatore stabilire il tipo di tutela dell'embrione, mentre, da un punto di vista biologico, nessuno può contestare che *«il processo biologico è un continuum che comincia, in condizioni normali, con la fecondazione e cioè con l'unione del gamete materno (o meglio dei due D.N.A.) e procede senza salti di qualità»*, trattandosi di considerazioni ormai pacifiche nella letteratura medica.

Sotto questo profilo, la sentenza ha giustamente riconosciuto che un provvedimento amministrativo, quale quello impugnato con i ricorsi giurisdizionali non poteva definire il concetto di embrione al di fuori di una previsione normativa.

6. *La diagnosi pre-impianto invasiva: tutela di diritto costituzionale ed internazionale dell'embrione, limite alla ricerca scientifica, tutela della salute della donna, diritto della coppia di essere informata sullo stato di salute dell'embrione; quale è il corretto bilanciamento degli interessi?*

Una attenzione particolare deve essere dedicata all'esame del motivo di ricorso con il quale le società ricorrenti hanno censurato le Linee guida nella parte in cui, esse proibiscono ogni diagnosi pre-impianto a finalità eugenetica, e consentono un'indagine dello stato di salute degli embrioni creati in vitro di tipo esclusivamente osservazionale.

Non vi è dubbio che la questione relativa alla c.d. diagnosi preimpianto è quella che ha sollevato i maggiori dubbi di legittimità ed ha formato oggetto di discussione molto viva sui mezzi di comunicazione nel periodo di effettuazione dei referendum.

Così come ben ricostruiscono le decisioni in commento, *«Allega parte ricorrente che le Linee guida in tale modo, aderendo ad una nozione lata di eugenetica, precludono anche la diagnosi preimpianto per finalità diagnostiche e terapeutiche, che risulta invece consentita dall'art. 13, II comma, della legge n. 40/04, in insuperabile contrasto con solo con il diritto alla salute e con la libertà della ricerca scientifica e dell'arte medica, ma anche con i dettami desumibili dalla convenzione di Oviedo e dal relativo Protocollo addizionale, recepiti con legge n. 145/01.*

Il tema, implicato dalla censura in esame, della "tutela dell'embrione" appare particolarmente arduo sotto il profilo giuridico, venendo in rilievo valori primari, quali il diritto alla salute, il principio solidaristico (verso persone che soffrono), la libertà della scienza.

Occorre anzitutto verificare se le Linee guida, in parte qua, siano conformi alla legge n. 40/2004.

L'art. 13 di tale legge, in coerenza con la previsione dell'art. 1 secondo cui il concepito (melius: l'embrione) è un soggetto di diritto al pari delle persone nate, vieta qualsiasi sperimentazione su embrioni umani e consente la ricerca clinica e sperimentale soltanto per finalità terapeutiche e diagnostiche, volte alla tutela della salute ed allo sviluppo dell'embrione, qualora non siano possibili metodologie alternative.

Ciò significa che dal sistema della legge si desume che l'indagine genetica pre-impianto (caratterizzata dal prelievo di una cellula per esaminarla) è consentita solamente nell'interesse del concepito.

Le Linee guida prevedono soltanto l'indagine osservazionale, basata cioè sull'esame al microscopio di eventuali anomalie di sviluppo dell'embrione creato in vitro, ponendo il divieto della diagnosi preimpianto a finalità eugenetica.

Risulta dunque un'apparente difformità tra norma di legge e provvedimento, che sembra, prima facie, avere una portata più restrittiva.»

La sentenza non ha, peraltro, ritenuto di accogliere l'impostazione seguita dalle società ricorrenti tenuto conto che *«nella pratica, secondo quanto ricorda anche l'Avvocatura dello Stato nella seconda memoria difensiva, e la circostanza risulta incontestata, non esistono ancora terapie geniche che permettano di curare un embrione malato, con possibile incidenza dunque sullo stato di salute del medesimo; di conseguenza la diagnosi preimpianto invasiva non potrebbe che concernere le sole qualità genetiche dello stesso embrione. Si noti peraltro che l'art. 7, III comma, della legge n. 40/04 prevede un aggiornamento periodico (almeno ogni tre anni) delle Linee guida in rapporto all'evoluzione tecnico-scientifica, tale da non escludere, in un più o meno prossimo futuro, l'indagine genetica a scopo terapeutico. Essendo questo, ad oggi, lo stato dell'arte, il divieto di diagnosi preimpianto risulta coerente con la legge n. 40, ed in particolare con quanto prescritto dall'art. 13, II comma. Neppure sussiste una difformità con la convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo nei confronti della biologia e della medicina (ratificata dall'Italia con legge 28 marzo 2001, n. 145), la quale non prevede regole sulla procreazione assistita, ma si limita a vietare la formazione di embrioni a scopo di ricerca, ed a stabilire che, ove uno Stato ammetta la ricerca sugli embrioni, questi debbano ricevere una tutela appropriata.»*

Deve ammettersi che gli argomenti delle società ricorrenti hanno un forte rilievo, specie nelle situazioni più delicate, di persone portatrici di malattie genetiche: così come si chiede lo stesso giudice amministrativo, è lecito, in questi casi *“imbrigliare” la ricerca scientifica e l'arte medica, la quale si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, in continua evoluzione»?*

La soluzione cui perviene il TAR è aderente all'impostazione, che è stata seguita dalla difesa del Ministero, che aveva, appunto sostenuto che non vi è nessuna lesione alla libertà di ricerca, perché, proibendo la diagnosi pre-impianto invasiva, la fabbricazione di embrioni c.d. soprannumerari e la crioconservazione (se non nei casi tassativamente previsti), la legge e le linee guida hanno voluto *bilanciare due diritti ugualmente tutelati dall'ordinamento, quello alla libera ricerca con l'esigenza di tutela dell'embrione.*

La sentenza, inoltre, ha ben precisato che si deve avere riguardo anche a quanto stabilito nella *«sentenza della Corte costituzionale 26 giugno 2002, n. 282, invocata dalla ricorrente, (che) riconosce le possibilità, sebbene in un contesto differente, che il legislatore stabilisca la pratiche terapeutiche ammesse, allorché entrino in gioco altri interessi di rango costituzionale. In altri termini, la scienza medica proietta la sua luce in un contesto che si pone al crocevia fra due diritti fondamentali : quello di essere curato efficacemente, e quello dell'essere rispettato nella propria dignità ed integrità di essere umano. Nel caso di*

specie non sembra revocabile in dubbio che a tutela dell'embrione il legislatore possa intervenire a limitare la pratica medica, tanto più ove la stessa non si basi su adeguate evidenze scientifiche e sperimentali».

Si deve, cioè, fare applicazione di un principio, pure invocato dal Ministero, di «cautela», e di prudenza, proprio perché si tratta di bilanciare contrapposti interessi ritenuti rilevanti dal legislatore e la cui tutela va ugualmente assicurata.

Quanto poi all'argomento secondo cui l'impossibilità di effettuare diagnosi pre-impianto non permette di selezionare gli embrioni sani nel caso di genitori portatori di malattie genetiche, la decisione, con puntuale motivazione, ha ritenuto che «Una tale facoltà è preclusa dalla legge (art. 13, III comma, lett. b) in quanto ricade nel divieto di selezione a scopo eugenetico, seppure trattasi di eugenetica negativa, volta cioè a fare sì che non nascano persone portatrici di malattie ereditarie, e non già a perseguire scopi di "miglioramento" della specie umana».

Si tratta di una soluzione legislativa troppo rigorosa? È una domanda che il giudice amministrativo si è posta: «Non sfugge al Collegio il rigore della soluzione normativa, tanto più perché inserita in un contesto ordinamentale distonico, che riconosce una tutela forte dell'embrione, ma al contempo consente, ad esempio, metodi di controllo delle nascite, come la c.d. pillola del giorno dopo, che agiscono proprio nel senso di evitare l'annidamento in utero dell'ovulo fecondato.

Ciò nonostante gli argomenti esegetici di dubbio non riescono a superare, sul piano (si intende) strettamente giuridico, l'inesistenza di un fondamento alla pretesa ad avere un "figlio sano".

Si va, in tale modo, ben oltre la questione della configurabilità di un diritto alla procreazione, che è poi l'interfaccia del desiderio di essere genitori; anche ad ammettersi, per mera ipotesi, l'esistenza di un siffatto diritto della personalità, non può tuttavia sostenersi, già sul piano della ragionevolezza, che il metodo (artificiale) della procreazione assistita, il cui fine è solamente quello di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità od infertilità umane, possa offrire delle opportunità maggiori del "metodo naturale".

Anche rimanendo nel contesto delle coppie portatrici di malattie genetiche, palese sarebbe l'incostituzionalità della legge, che verrebbe a trattare in modo diverso tale categoria di soggetti, a seconda che siano o meno sterili, in quanto solo nel primo caso, legittimante l'accesso alla procreazione medicalmente assistita, vi sarebbe la possibilità di scegliere il figlio sano.

Né a diverso opinamento può condurre il principio di responsabilità nella procreazione, che appare di difficile compatibilità con i diritti del concepito.

Ben altra dimensione il predetto principio di responsabilità nella procreazione può assumere in funzione del diritto della donna ad interrompere la gravidanza ai sensi della legge 22 maggio 1978, n. 194 (fatta espressamente salva dalla legge n. 40/2004), al ricorrere di un serio o grave pericolo per la salute fisica o psichica della madre (e non del nascituro); ed infatti non v'è chi non veda come la salute psichica della madre possa essere compromessa anche dalla consapevolezza della malattia del figlio.

Tale dualismo di soluzioni giuridiche (a seconda che la prospettiva sia il diritto del concepito od il diritto alla salute della donna) non può, del resto, con-

siderarsi contraddittorio, o, peggio, arbitrario, ove si tenga conto del risalente insegnamento della giurisprudenza costituzionale secondo cui “non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita, ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell’embrione che persona deve ancora diventare” (Corte cost. 18 febbraio 1975, n. 27; in senso conforme anche Corte cost. 10 febbraio 1997, n. 35). In definitiva, anche tale censura deve essere disattesa.»

Da un punto di vista squisitamente giuridico, il problema è quello di verificare se sussiste o meno un diritto della coppia di avere un figlio «sano», nonché stabilire la compatibilità della tutela della salute della donna con quella dell’embrione, anche alla luce della normativa sull’interruzione volontaria della gravidanza (IVG) e dei principi che si sono formati sulla c.d. pillola del giorno dopo.

In questo senso, così come è stato sostenuto dalla difesa del Ministero, è proprio l’esigenza di rispetto e di tutela dell’embrione che viene in rilievo nelle linee guida, in modo che i diversi interessi e diritti «in gioco» ricevano tutela.

Si tratta di un criterio dal quale non può prescindere, che offre una chiave di lettura idonea a risolvere molte delle perplessità formulate dallo stesso giudice amministrativo.

È la legge n. 40/2004 che, attraverso le sue disposizioni precettive, pone il divieto di manipolare l’embrione, sia pure al solo fine della c.d. diagnosi preimpianto: la decisione del TAR non poteva non tenere conto di quanto disposto dall’art. 1 della legge n. 40 del 2004 il quale dispone che «al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito».

Questa è la «ratio» principale della legge, dalla quale, come detto, non si può prescindere e che ha orientato il giudice, tenuto conto che esprime un principio generale, che si trae non solo dalla legge n. 40/2004, ma anche da altre disposizioni normative che – pacificamente – configurano il concepito come soggetto giuridico, dotato espressamente di capacità giuridica (cfr. ad es. art. 1, 2 comma codice civile, nonché gli artt. 2, 31, 32 della Costituzione).

La qualificazione, anche dal punto di vista della tutela costituzionale, del concepito come soggetto titolare di diritti si ricava anche dall’interpretazione che più volte è stata data dalla *Corte Costituzionale che con sentenza n. 27 del 1975*, che ha esplicitamente affermato che «la tutela del concepito ha fondamento costituzionale. L’art. 31 comma 2 impone espressamente la protezione della maternità e, più in generale, l’art. 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, tra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito».

Ed ancora, merita di essere segnalata la decisione della *Corte Costituzionale n. 35 del 1997*, con cui – richiamata la sentenza n. 25 del 1975 *cit.* – la Corte, dichiarando l’inammissibilità del referendum abrogativo della legge c.d. sull’aborto n. 194/1978, tenuto conto che l’eventuale abrogazione di quelle norme avrebbe posto nel nulla disposizioni legislative ordinarie a con-

tenuto costituzionalmente garantito, ha stabilito che il principio secondo cui la vita umana debba essere tutelata sin dal suo inizio, costituisce ormai un dato acquisito dell'ordinamento costituzionale italiano, anche con riferimento alla adesione dell'Italia a convenzioni internazionali.

La Corte, in particolare, ha statuito che la situazione giuridica del concepito si colloca, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, «*tra i diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti e garantiti dall'articolo 2 della Costituzione*», atteggiandosi «*come diritto alla vita, oggetto di specifica salvaguardia costituzionale*».

7. Fecondazione medicalmente assistita ed interruzione volontaria della gravidanza: compatibilità.

Nel corso della discussione davanti al TAR, la difesa di alcune delle società ricorrenti ha osservato che la tutela del concepito sarebbe comunque «subordinata» alla sua nascita e, in ogni caso, il nostro ordinamento ha pacificamente ammesso la possibilità di somministrare la c.d. «pillola del giorno dopo».

Quanto alla prima considerazione, è facile obiettare che l'embrione, così come la difesa del Ministero ha ampiamente dimostrato nella seconda memoria, ha una tutela sia costituzionale sia a livello di disposizioni comunitarie ed internazionali, sia – ora – per effetto di quanto espressamente disposto dalla legge n. 40/2004.

Per quanto, invece, concerne la seconda osservazione, va precisato che la c.d. «pillola del giorno dopo», contrariamente a quello che si pensa abitualmente, non è un semplice «anticoncezionale», trattandosi di un vero e proprio mezzo abortivo, impedendo l'annidamento dell'embrione nell'utero, grazie ad alterazioni a carico della parete interna dell'utero, che a causa dello stato infiammatorio cronico indotto, diventa così «inospitale». Quando, per qualsiasi motivo, tale mezzo non dovesse determinare l'espulsione dell'embrione, la donna sarebbe addirittura tenuta (e deve assumere un preciso impegno in proposito) ad abortire chirurgicamente, per evitare che l'embrione prosegua il suo sviluppo con gravi malformazioni.

In relazione a queste considerazioni, si ritiene in effetti che si tratta di una vera e propria eccezione alla regola generale di tutela dell'embrione: è – però – una eccezione ad una regola e come tale va valutata.

Il nostro ordinamento, prima o poi, dovrà attentamente valutare la compatibilità, anche costituzionale, delle disposizioni che consentono la vendita della «pillola del giorno dopo» con la generale tutela dell'embrione.

Le decisioni hanno esaminato questo problema e, accogliendo l'impostazione seguita dall'Avvocatura dello Stato, hanno chiarito che il principio di «*responsabilità nella procreazione*» «*appare di difficile compatibilità con i diritti del concepito*».

Sul punto della compatibilità delle disposizioni in materia di fecondazione assistita con quelle in materia di aborto, la difesa del Ministero aveva specificato che non vi è nessun contrasto con la legge n. 194/1978 in tema di interruzione volontaria della gravidanza.

La legge 194/1978, fatta espressamente salva dalla legge n. 40/2004, per quanto legalizzi le pratiche abortive, non nega, a ben vedere, né l'identità

umana né la soggettività giuridica del concepito, in particolare, l'art. 1 stabilisce la norma fondamentale secondo cui «*la Repubblica tutela la vita umana fin dal suo inizio*».

Essa, inoltre, *non ammette alcuna possibilità di accedere alle tecniche di interruzione volontaria della gravidanza, in funzione di anomalie dell'embrione, bensì pacificamente tutela uno «stato di necessità», costituito dall'esigenza di assicurare il diritto alla salute fisica o psichica della donna.*

Inoltre, è pacifico che le situazioni umane regolate da questa legge sono diverse da quelle regolate dalla legge 40/2004.

Le sentenze hanno dato atto di questa impostazione ed hanno riconosciuto che «*Ben altra dimensione il predetto principio di responsabilità nella procreazione può assumere in funzione del diritto della donna ad interrompere la gravidanza ai sensi della legge 22 maggio 1978, n. 194 (fatta espressamente salva dalla legge n. 40/2004), al ricorrere di un serio o grave pericolo per la salute fisica o psichica della madre (e non del nascituro); ed infatti non v'è chi non veda come la salute psichica della madre possa essere compromessa anche dalla consapevolezza della malattia del figlio*».

Si tratta di considerazioni del tutto condivisibili, tenuto anche conto dei principi di recente affermati dalla Cassazione in una sentenza citata nella seconda memoria del Ministero, *che ha chiaramente ed inequivocabilmente escluso la esistenza di un diritto del concepito di nascere «sano».*

In particolare, la Corte di legittimità ha così statuito: «*L'ordinamento positivo tutela il concepito e l'evoluzione della gravidanza esclusivamente verso la nascita, e non anche verso la «non nascita», essendo pertanto (al più) configurabile un «diritto a nascere» e a «nascere sani», suscettibile di essere inteso esclusivamente nella sua positiva accezione: sotto il profilo privatistico della responsabilità contrattuale o extracontrattuale o da «contratto sociale», nel senso che nessuno può procurare al nascituro lesioni o malattie (con comportamento omissivo o commissivo colposo o doloso); sotto il profilo – latamente – pubblicistico, nel senso che debbono venire ad essere predisposti tutti gli istituti normativi e tutte le strutture di tutela cura e assistenza della maternità idonei a garantire (nell'ambito delle umane possibilità) al concepito di nascere sano; non è invece in capo a quest'ultimo configurabile un «diritto a non nascere» o a «non nascere se non sano», come si desume dal combinato disposto di cui agli art. 4 e 6 l. n. 194 del 1978, in base al quale si evince che: a) *l'interruzione volontaria della gravidanza è finalizzata solo ad evitare un pericolo per la salute della gestante, serio (entro i primi novanta giorni di gravidanza) o grave (successivamente a tale termine); b) trattasi di un diritto il cui esercizio compete esclusivamente alla madre; c) le eventuali malformazioni o anomalie del feto rilevano esclusivamente nella misura in cui possano cagionare un danno alla salute della gestione, e non già in sé e per sé considerate (con riferimento cioè al nascituro); e come emerge ulteriormente: a) dalla considerazione che il diritto di «non nascere» sarebbe un diritto adespota (in quanto ai sensi dell'art. 1 c.c. la capacità giuridica si acquista solamente al momento della nascita e i diritti che la legge riconosce a favore del concepito – art. 462, 687, 715 c.c. – sono subordinati all'evento della nascita, ma appunto esistenti dopo la nascita), sicché il c.d. diritto di «non nascere» non avrebbe alcun titolare**

appunto fino al momento della nascita, in costanza della quale proprio esso risulterebbe peraltro non esistere più; b) dalla circostanza che ipotizzare un diritto del concepito a «non nascere» significherebbe configurare una posizione giuridica con titolare solamente (ed in via postuma) in caso di sua violazione, in difetto della quale (per cui non si fa nascere il malformato per rispettare il suo «diritto di non nascere») essa risulterebbe pertanto sempre priva di titolare, rimanendone conseguentemente l'esercizio definitivamente precluso; ne consegue che è pertanto da escludersi la configurabilità e l'ammissibilità nell'ordinamento del c.d. aborto «eugenetico», prescindente dal pericolo derivante dalle malformazioni fetali alla salute della madre, atteso che l'interruzione della gravidanza al di fuori delle ipotesi di cui agli art. 4 e 6 legge n. 194 del 1978 (accertate nei termini di cui agli art. 5 ed 8), oltre a risultare in ogni caso in contrasto con i principi di solidarietà di cui all'art. 2 cost. e di indisponibilità del proprio corpo ex art. 5 c.c., costituisce reato anche a carico della stessa gestante (art. 19 legge n. 194 del 1978), essendo per converso il diritto del concepito a nascere, pur se con malformazioni o patologie, ad essere propriamente – anche mediante sanzioni penali – tutelato dall'ordinamento; ne consegue ulteriormente che, verificatasi la nascita, non può dal minore essere fatto valere come proprio danno da inadempimento contrattuale l'essere egli affetto da malformazioni congenite per non essere stata la madre, per difetto d'informazione, messa nella condizione di tutelare il di lei diritto alla salute facendo ricorso all'aborto ovvero di altrimenti avvalersi della peculiare e tipicizzata forma di scriminante dello stato di necessità (assimilabile, quanto alla sua natura, a quella prevista dall'art. 54 c.p.) previste dall'art. 4 legge n. 194 del 1978, risultando in tale ipotesi comunque esattamente assolto il dovere di protezione in favore di esso minore, così come configurabile e tutelato (in termini prevalenti rispetto – anche – ad eventuali contrarie clausole contrattuali, art. 1419, 2° comma, c.c.) alla stregua della vigente disciplina.»(cfr. Cassazione sezione III civile 29 luglio 2004, n. 14488).

8. *Presunto obbligo di impianto di embrioni, la crioconservazione e il numero di embrioni che può essere prodotto, la c.d. riduzione embrionaria.*

Con il settimo mezzo di gravame del ricorso della W. è stata dedotta l'illegittimità delle Linee guida nella parte in cui non hanno specificato, quanto meno in via esemplificativa, le patologie e condizioni morbose della donna, non prevedibili al momento della fecondazione, che consentono la crioconservazione dell'embrione, ed in particolare quella rappresentata dall'ipotesi in cui tutti e tre gli ovociti inseminati risultino idonei al trasferimento, ma ne sia controindicato l'impianto nell'utero.

Le medesime argomentazioni si trovano nel ricorso presentato dalle altre società.

Su tale complessa questione, il TAR ha esattamente riconosciuto che «Le Linee guida contengono, invero, una precisazione della legge n. 40/2004, prevedendo nel titolo relativo alle “Misure di tutela dell'embrione” la non coercibilità dell'impianto nel caso in cui dall'indagine osservazionale vengano evidenziate gravi anomalie dell'embrione. Si afferma, in sostanza, in conformità del

principio costituzionale secondo cui nessun atto medico può essere effettuato senza il consenso del paziente, la non coercibilità dell'impianto di embrione; in tale caso la coltura in vitro deve essere mantenuta fino al suo estinguersi. Quanto poi alla mancata specificazione delle cause di forza maggiore relative allo stato di salute della donna che consentono la crioconservazione dell'embrione fino alla data del trasferimento, cui fa riferimento l'art. 14, III comma, della legge n. 40/04, ritiene il Collegio che la stessa non sia tecnicamente possibile, se non altro in considerazione della imprevedibilità e varietà delle situazioni che possono verificarsi. Appare anzi inevitabile rimettere al prudente apprezzamento del "caso per caso" una siffatta valutazione medica, che, altrimenti, verrebbe inammissibilmente "irreggimentata" da una previsione, la quale non potrebbe che avere carattere indicativo. Ciò che appare chiara è la ratio legis: la limitazione a tre degli embrioni prodotti è direttamente consequenziale al divieto della crioconservazione; pertanto, dopo la fecondazione in vitro, gli embrioni devono essere trasferiti nell'utero materno. Siccome peraltro ciò avviene dopo un certo lasso temporale, nel quale potrebbe verificarsi qualche causa impeditiva del trasferimento, la legge prevede, in modo ragionevole, a tutela della vita dell'embrione, il suo congelamento, in attesa del possibile trasferimento».

Dunque, anche per quanto riguarda l'obbligo di impianto degli embrioni, non vi è nessun contrasto tra la legge che prevede l'obbligo del trasferimento in utero di tutti gli embrioni e le linee guida che riconoscono l'incoercibilità di tale obbligo.

Ed infatti, la legge si limita a prevedere l'obbligo di non creare un numero di embrioni superiore a quello necessario ad un unico e contemporaneo impianto, avuto riguardo sia alla necessità di tutelare la salute della donna, che non sopporterebbe un impianto di un maggior numero di embrioni sia di evitare il sacrificio inutile di qualcuno degli embrioni soprannumerari.

Le precisazioni contenute nelle linee guida non contrastano con la legge, ma ne richiamano il contenuto, per introdurre *un chiarimento che appariva necessario proprio per evitare ai medici l'assunzione di più gravi responsabilità e fornire l'indicazione sul loro dovere professionale* nella applicazione del 5° comma del medesimo art. 14, secondo cui «la coppia che accede alle tecniche deve essere informata sul numero di embrioni e – su richiesta – sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire in utero».

Se, poi, il trasferimento dell'embrioni, di per sé non coercibile, non viene attuato, le linee guida hanno ormai chiarito che *«la coltura in vitro dell'embrione deve essere mantenuta fino al suo estinguersi.»*

Quando, invece, il trasferimento dell'embrione non è possibile *per cause di forza maggiore* collegate allo stato di salute della donna, non prevedibili al momento della fecondazione, e, comunque, un trasferimento non risulti attuato, ciascun embrione non trasferito dovrà essere crioconservato in attesa dell'impianto, che dovrà avvenire prima possibile ai sensi dell'art. 14, 3° comma della legge.

Queste disposizioni contenute nelle Linee guida sono, come detto, in linea con l'impostazione della legge n. 40/2004.

Ed infatti, se la causa di forza maggior riguarda un particolare ed episodico stato di salute della donna, è ragionevole prevedere che l'impianto avvenga «prima possibile».

Quando, invece, si dovesse constatare che taluni embrioni non sono utili, prevedere l'eccezionale crionservazione fino al loro estinguimento naturale è una misura dettata dalla buona pratica medica.

La anomalia morfologica o il ritardo di sviluppo di questi embrioni sono tali che, anche se trasferiti, non avrebbero possibilità di continuare a vivere. È evidente che in tal caso il trasferimento sarebbe soltanto un inutile accanimento terapeutico.

Correttamente, perciò, le linee guida prevedono che il trasferimento possa non essere attuato.

9. *Alcune osservazioni finali.*

In proposito, va subito detto che l'efficienza in termini di ricerca medica o di risultati della scienza, non può ragionevolmente essere cercata e raggiunta a prezzo della vita.

Deve poter valere il generale principio secondo cui «Non tutto ciò che è tecnicamente possibile, è anche moralmente lecito»

A questo principio potrebbe obiettarsi che non è compito del giurista disquisire di problemi filosofici e morali.

Si tratta di un'obiezione che non può essere accolta.

Il «diritto», infatti, sempre interviene a tutelare la posizione del più debole, ha anche un contenuto «morale»: sin dall'antichità, il diritto ha avuto la funzione di garantire una corretta e pacifica regolazione dei rapporti tra gli individui.

Così come, nel passato, il principio «*Occhio per occhio, dente per dente*» serviva ad evitare la violenza gratuita del vincitore o del più forte, nel corso dei secoli ed ancora oggi, le norme giuridiche sono spesso intervenute a difendere l'anello più debole della catena «sociale» (si pensi alla legge sul diritto della famiglia, emanata per tutelare la donna, la legge sull'aborto, per evitare la tragedia delle «mammane», le norme penali in materia di prostituzione, a garanzia delle donne soggette ai «protettori», le recenti norme in materia di pedopornografia su «Internet» a tutela dei minori, ecc).

Oggi il giurista è chiamato a dare una soluzione ad un problema che, fino a pochi decenni fa era impensabile: la fecondazione medicalmente assistita ha aperto a coppie sterili la possibilità di avere un figlio.

Questa possibilità merita di essere regolata in maniera tale che, così come precisa la stessa legge, siano tutelati i diritti di tutti i soggetti coinvolti, «*ivi compreso il concepito*».

Allora, qual è la soluzione più giusta?

Valgano le parole del Papa Giovanni Paolo, citate anche nella memoria dell'Avvocatura dello Stato: «*Non bisogna lasciarsi affascinare dal mito del progresso, come se la possibilità di realizzare una ricerca o di mettere in opera una tecnica permettesse di qualificarle immediatamente come moralmente buone. La bontà morale si misura dal bene autentico che procura all'uomo considerato secondo la duplice dimensione corporale e spirituale; in questo modo*

*si rende giustizia a ciò che è l'uomo; non correlando il bene all'uomo, che deve esserne il beneficiario, ci sarebbe da temere per l'umanità. La comunità scientifica è insistentemente chiamata a mantenere l'ordine dei fattori, situando gli aspetti scientifici nel quadro di un umanesimo integrale; terrà perciò conto delle questioni metafisiche, etiche, sociali e giuridiche che si pongono alla coscienza e che i principi della ragione sono in grado di chiarire». (GIOVANNI PAOLO II, Discorso ai Partecipanti alla Plenaria della Pontificia Accademia delle Scienze, 28 ottobre 1994, in *Insegnamenti di Giovanni Paolo II*, XVII, 2, Libreria Editrice Vaticana 1996, 562-569).*

Il vero progresso, dunque, non è quello che raggiunge i più alti risultati: è quello che, nel migliorare le condizioni di vita dell'uomo, cerca il bene autentico, costituito dalla difesa del più debole.

Avv. Vincenzo Rago

Avvocatura Generale dello Stato – Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sezione terza – Memoria del Ministero della salute – Udienza di merito 7 aprile 2005 (contenziosi nn. 54899/04, 57761/04, 57762/04, Avv. dello Stato V. Rago).

«*Fatto e diritto* – Nel fare riferimento alla documentazione prodotta, nonché a quanto già dedotto nelle memorie depositate in occasione dell'udienza per l'inibitoria del 13 gennaio 2005 e nella memoria depositata nel ricorso proposto dalla società W., si richiamano le varie eccezioni di inammissibilità dei ricorsi, che sono stata affidate alle seguenti sintetiche considerazioni:

a) *Il ricorso è inammissibile*, anzitutto, perché il provvedimento impugnato è una «circolare» applicativa di carattere generale, inidonea a determinare una lesione attuale ed immediata, in quanto contiene «norme interne», vincolanti soltanto nell'ambito dell'apparato organizzativo in cui operano.

b) *Il ricorso è inammissibile* anche ove le Linee Guida vengano considerate un regolamento di attuazione della legge, tenuto conto che è principio pacifico che un regolamento di attuazione non è in grado di ledere un interesse giuridicamente protetto, in difetto di un concreto atto amministrativo di esecuzione, che non risulta emanato.

c) *Il ricorso è – del pari – inammissibile per difetto di interesse e per difetto di legittimazione attiva delle società indicate in epigrafe*, tenuto conto della considerazione che le società ricorrenti, proprio perché soggetti autorizzati a svolgere le attività previste dalla legge, non hanno uno specifico interesse giuridicamente tutelato a che il Ministero fornisca le linee guida in maniera tale da venire incontro alle loro aspettative.

d) *Il ricorso è inammissibile*, perché le società ricorrenti sono, comunque, *tenute a dare esecuzione alla convenzione di autorizzazione* e, dunque, tenute ad applicare la legge n. 40/2004 e relative norme attuative, emanate con le dette linee guida,

e) *Il ricorso è ancora inammissibile*, anche nella parte in cui le ricorrenti si dolgono degli obblighi gravanti sui Centri per la procreazione assistita, perché manca un interesse attuale a ricorrere, ove si consideri che le società non hanno nemmeno dedotto di essere stati già gravati dall'Amministrazione competente di uno degli obblighi, peraltro espressamente previsti dalla legge n. 40/2004 (e non dalle linee guida).

f) Infine, *il ricorso è inammissibile nella parte in cui esso è diretto a contestare non già le linee guida, bensì direttamente la legge*.

g) Per quanto concerne il ricorso proposto dalla coppia di coniugi, *esso è inammissibile per difetto di un interesse attuale*, anche perché i coniugi non hanno nemmeno dedotto di avere chiesto di utilizzare una pratica di fecondazione assistita e tale richiesta sia stata loro negata.

h) Per quanto infine concerne la richiesta di sospensiva, la richiesta appare del tutto *inammissibile* (oltre che infondata), atteso che il giudice amministrativo è incompetente a conoscere situazioni soggettive come il diritto soggettivo assoluto alla salute della donna *ex art. 32 Cost.*, ovvero la libertà di ricerca scientifica, la cui lesione è stata invocata nei diversi ricorsi, trattandosi appunto di diritti soggettivi «assoluti» la tutela dei quali certamente non rientra nella competenza del giudice amministrativo adito.

In aggiunta alle osservazioni che precedono, si precisa ulteriormente quanto segue.

In data successiva alla udienza di sospensiva, udienza nella quale i giudizi *de qua* sono stati rinviati direttamente al merito, sono intervenute nei giudizi in questione diverse altre società, che praticano l'attività di fecondazione assistita, *ad adiuvandum* delle posizioni espresse con i ricorsi principali e chiedendo, dunque, l'annullamento delle linee guida impugnate.

Quanto agli interventi *ad adiuvandum*, è appena il caso di osservare che *l'inammissibilità dei ricorsi de qua comporta l'inammissibilità anche degli interventi*, tenuto conto che la loro sorte segue necessariamente quella dei ricorsi principali – per i quali è stata eccepita ugualmente l'inammissibilità – e che, in ogni caso, i soggetti chiamati a dare esecuzione alla legge ed obbligati ad una puntuale osservanza delle linee guida, certamente non hanno un interesse qualificato a chiedere una modifica delle linee guida, che oltre tutto si risolve, nella sostanza, in una richiesta inammissibile di modifica della stessa legge.

Nel periodo di tempo trascorso dalla udienza di sospensiva sono, inoltre, stati discussi davanti la Corte Costituzionale, ai fini del previsto giudizio di ammissibilità, i diversi quesiti referendari volti alla abrogazione, totale o parziale, della legge n. 40/2004.

Come è noto la Corte Costituzionale, ha ammesso quattro dei cinque quesiti.

Vale la pena di esaminare brevemente le motivazioni delle varie ordinanze della Corte, dalle quali conviene prendere le mosse per alcune considerazioni aggiuntive a quanto già sostenuto nella prima memoria.

Referendum: abrogazione totale – Nel dichiarare l'inammissibilità del quesito, la Corte ha chiarito che la legge sulla procreazione è la «*prima legislazione organica relativa a un delicato settore*» che «*indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa*». In relazione, proprio, a questa esigenza, volta ad evitare di ricadere nuovamente nel c.d. «*far west*» procreativo in un campo così intimamente connesso ai diritti della persona, la Corte ha precisato che non si può, in alcun modo, sostenere che se la legge 40 venisse totalmente abrogata, potrebbe essere varata una diversa e migliore legge sulla fecondazione artificiale.

Referendum: ricerca sugli embrioni – La Corte lo ha ritenuto «ammissibile», perché il quesito referendario – che propone l'abrogazione di alcuni articoli della legge che limitano la possibilità di ricerca sull'embrione per consentire la cura di gravi malattie degenerative (morbo di Parkinson, di Alzheimer, la sclerosi e il diabete) – non «apre» alla «clonazione» umana. Il quesito, che vorrebbe eliminare gli ostacoli alla ricerca sulle cellule staminali, secondo la Corte «*nira, univocamente, ad ampliare la possibilità di ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni umani con finalità terapeutiche e diagnostiche e tutte le singole parti del quesito sono coerenti con tale matrice unitaria*». Né il quesito si pone in contrasto con la Convenzione di Oviedo – sui diritti dell'uomo e la biomedicina – che vieta «*solamente gli interventi diretti ad ottenere un essere umano geneticamente identico ad un altro essere umano vivente o morto, e tali interventi, restano vietati anche alla stregua della normativa di risulta*».

Referendum: obbligo impianto embrioni – Il quesito referendario riguarda alcune disposizioni della legge che limitano la possibilità di creare *in vitro* non più di tre embrioni, obbligano il loro trasferimento con un unico impianto nell'utero e vietano la crioconservazione e la fecondazione assistita per chi ha malattie genetiche: la Corte ha ritenuto ammissibile perché tratta di «*aspetti specifici che rientrano nell'ambito della discrezionalità legislativa*», sicché «*la loro abrogazione non comporta il venir meno di una tutela costituzionalmente necessaria*».

Referendum: fecondazione eterologa – La Corte ha ritenuto il quesito «omogeneo e non contraddittorio, perché tende ad abrogare tutte (e solo quelle) disposizioni normative che attengono allo stesso punto, la procreazione di tipo eterologo».

Referendum: diritti embrione – Infine, la corte ha dichiarato ammissibile il quesito volto ad affermare che i diritti dell'embrione non possono ottenere una tutela, come se si trattasse di persone vere e proprie, perché ha ritenuto che è una *scelta discrezionale del legislatore*, e quindi soggetta a referendum, *quella di tutelare i diritti del nascituro*. La disposizione che con questo quesito si intende abrogare, secondo la Corte, ha un «*contenuto meramente enunciativo, dovendosi ricavare la tutela di tutti i soggetti coinvolti e, quindi anche del concepito, dal complesso delle altre disposizioni della legge*».

Le considerazioni poste a fondamento delle ordinanze della Corte Costituzionale confermano l'inammissibilità e, comunque, l'infondatezza dei ricorsi (e degli interventi *ad adiuvandum*) proposti avverso le «Linee guida sulla procreazione medicalmente assistita» ai sensi dell'art. 7 della legge 19 febbraio 2004 n. 40.

Ed infatti, *la Corte Costituzionale ha chiarito che le scelte operate con la legge n. 40/2004 e con le linee guida impugnate con i ricorsi de qua, rientrano nella piena discrezionalità del legislatore*.

Ora, poiché nel ricorso giurisdizionale davanti al Tribunale amministrativo, la cognizione del giudice è di «legittimità», limitata ai vizi di incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere, e poiché è pacifico (e non seriamente contestato nei ricorsi) che il legislatore abbia ampiamente argomentato le proprie scelte, non vi è dubbio che i ricorsi debbano essere dichiarati inammissibili e, comunque, infondati, atteso che certamente il giudice amministrativo non può sindacare le scelte operate dal Ministero della salute in sede di emanazione delle linee guida, tanto più ove si consideri che le situazioni giuridiche poste a fondamento dei ricorsi sono diritti soggettivi assoluti dei quali il TAR non può conoscere.

Nel riportarsi alle altre eccezioni di inammissibilità proposte con la prima Memoria, *si deduce dunque l'inammissibilità dei ricorsi nella parte in cui essi sono volti ad estendere la cognizione del giudice amministrativo non solo alla legittimità della procedura di emanazione delle linee guida, ma soprattutto alle concrete scelte del legislatore*, ivi comprese quelle in materia di limitazione della diagnosi embrionale alla sola diagnosi osservazionale, di limitazione del numero di embrioni che è possibile produrre, nonché l'obbligo di impianto degli embrioni prodotti, ecc.

Sotto questo profilo, l'inammissibilità dei ricorsi è incontestabile perché tali scelte, riconosciute «discrezionali» dalla stessa Corte Costituzionale nelle ordinanze che hanno dichiarato ammissibili i quesiti referendari, potrebbero essere sindacate in sede giurisdizionale solo se esse fossero immotivate e in contrasto con la legge n. 40/2004, ciò che va escluso per tutte le considerazioni già espresse nella prima Memoria.

Ed infatti, le linee guida hanno provveduto a fare chiarezza su molti degli aspetti che la legge non poteva regolare.

Quanto al c.d. obbligo di impianto degli embrioni, le linee guida, senza porsi in contrasto con la legge, ha chiarito che *l'obbligo di impianto non è in alcun modo coercibile*, sicché le perplessità avanzate nei ricorsi su questo aspetto non hanno proprio ragione di essere: su tale punto, anzi, le Linee guida sembrano più favorevoli ai ricorrenti in relazione alle tesi sostenute nei vari ricorsi.

Piuttosto, in questa sede, vale la pena di osservare che le linee guida impugnate *sono state emesse in applicazione di una legge che va applicata integralmente fino a quando essa sia una legge vigente dello Stato*.

Per quanto riguarda, più in particolare, le censure mosse alle linee guida nei diversi ricorsi, è necessario ribadire che la decisione del TAR dovrà, in ogni caso, tenere conto di quanto disposto dall'art. 1 della legge n. 40 del 2004 il quale dispone che «*al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito*».

Questa è la «*ratio*» principale della legge, dalla quale non si può prescindere e che deve orientare il giudice, tenuto conto che esprime un principio generale, che si trae non solo dalla legge n. 40/2004, ma anche da altre disposizioni normative che – pacificamente – configurano il concepito come soggetto giuridico, dotato espressamente di capacità giuridica (cfr. ad es. art. 1, 2 comma codice civile, nonché gli artt. 2, 31, 32 della Costituzione).

La qualificazione, anche dal punto di vista della tutela costituzionale, del concepito come soggetto titolare di diritti si ricava anche dall'interpretazione che più volte è stata data dalla Corte Costituzionale che con sentenza n. 27 del 1975, ha esplicitamente affermato che «*la tutela del concepito ha fondamento costituzionale. L'art. 31 comma 2 impone espressamente la protezione della maternità e, più in generale, l'art. 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, tra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito*».

Ed ancora, merita di essere segnalata la decisione della Corte Costituzionale n. 35 del 1997, con cui – richiamata la sentenza n. 25 del 1975 *cit.* – la Corte, dichiarando l'inammissibilità del referendum abrogativo della legge c.d. sull'aborto n. 194/1978, tenuto conto che l'eventuale abrogazione di quelle norme avrebbe posto nel nulla disposizioni legislative ordinarie a contenuto costituzionalmente garantite, ha stabilito che il principio secondo cui la vita umana debba essere tutelata sin dal suo inizio, costituisce ormai un dato acquisito dell'ordinamento costituzionale italiano, anche con riferimento alla adesione dell'Italia a convenzioni internazionali.

La Corte, in particolare, ha statuito che la situazione giuridica del concepito si colloca, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, «*tra i diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti e garantiti dall'articolo 2 della Costituzione*», atteggiandosi «*come diritto alla vita, oggetto di specifica salvaguardia costituzionale*».

Né può sostenersi che le linee guida sono in contrasto con i principi di diritto internazionale, ove si consideri che la legge n. 40 del 2004, contrariamente a quanto *ex adverso* sostenuto, è strettamente connessa ed attuativa degli obblighi internazionali assunti dall'Italia, tra le altre, con la convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, alla quale è stata data esecuzione con la legge di ratifica 28 marzo 2001 n. 145.

Non vi è contrasto con la detta Convenzione di Oviedo che all'art. 18 impone di dare adeguata tutela all'embrione, tutela che il Legislatore italiano, nell'esercizio della propria discrezionalità, ha attribuito con la legge n. 40/2004, vietando – ad esempio – la produzione di embrioni umani a scopo di ricerca o di sperimentazione (art. 3 lett. *a* della legge n. 40 del 2004); sotto questo profilo, la legge n. 40/2004 si pone in stretta correlazione con l'art. 18 comma 2 della Convenzione, del quale, quindi, può considerarsi attuazione.

Ed ancora, l'art. 13 comma 3 lett. *c*) della legge, proibendo la clonazione sia per scissione gemellare che per sostituzione di nucleo, va considerato attuativo dell'art. 1 del protocollo addizionale alla Convenzione del 12 gennaio 1998, secondo cui è vietato ogni intervento che ha lo scopo di creare un essere umano geneticamente identico ad un altro essere umano vivo o morto,

Senza considerare che il divieto della clonazione è posto anche nel Trattato di Nizza e, in particolare, all'art. 3.

In proposito, è appena il caso di considerare che il Trattato di Nizza è stato inserito, come noto, nella seconda parte della Costituzione europea ed afferma i principi della dignità umana, del divieto di clonazione, commercializzazione degli embrioni e ricerca sugli embrioni.

In questa sede è opportuno, in particolare, ricordare gli artt. II-61 sull'invioleabilità della dignità umana, nonché II-63 sul diritto all'integrità della persona, in modo che la medicina e la biologia debbano rispettare: 1) il consenso libero ed informato della persona interessata, 2) il divieto delle pratiche eugenetiche specie di quelle aventi come scopo la selezione delle persone (di nazista memoria), 3) il divieto di creare fonti di lucro dalle vicende riguardanti il corpo umano, 4) il divieto di clonazione degli esseri umani, 5) il diritto del bambino di intrattenere relazioni personali e contatti con i due genitori in senso genetico – art. II-84.

Per completezza, si può anche richiamare la risoluzione 16 marzo 1989 del Parlamento europeo sui problemi etici e giuridici della procreazione artificiale umana, che esige il rispetto del diritto del figlio alla vita, all'integrità fisica, psicologica ed esistenziale, alla cura da parte dei genitori ed a crescere in un ambiente familiare idoneo, nonché del diritto del figlio stesso alla propria identità genetica.

Questi principi traggono spunto anche dalla raccomandazione n. 1046 del 1986 del Consiglio d'Europa nella parte in cui essa prevede che l'essere umano deve essere tutelato fin dalla fecondazione (al n. 5 si afferma che «*dal momento della fecondazione degli ovuli la vita umana si sviluppa con un progetto continuo, e che non è possibile operare una netta distinzione durante le prime fasi (embrionali) del suo sviluppo, e che la definizione di uno status biologico dell'embrione è perciò necessaria*»). Al n. 10 si afferma che «*gli embrioni e i feti umani devono*

essere trattati in tutte le circostanze con il rispetto dovuto alla dignità umana»), nonché dalla Convenzione sui diritti del fanciullo, stipulata a New York il 20 novembre 1989 e resa esecutiva in Italia con la legge 27 maggio 1991, n. 176.

Nella sentenza della Corte Costituzionale n. 35/1997, del resto, facendo riferimento alle diverse disposizioni normative sopra richiamate, si sottolinea espressamente che il principio della tutela del diritto alla vita fin dal suo inizio *«ha conseguito nel corso degli anni sempre maggiore riconoscimento anche sul piano internazionale e mondiale»*; in questo senso, precisa ancora la Corte, *«si è rafforzata la concezione insita nella Costituzione italiana»*, che annovera il diritto alla vita fra i diritti che appartengono *«all'essenza dei valori supremi»* sui quali si fonda la Costituzione stessa.

Questi principi sono confermati in tutti i pareri del Comitato nazionale di Bioetica che, più volte (parere giugno 1996 e aprile 2003) ha riconosciuto la dignità della tutela dell'embrione, così come già osservato nella prima Memoria, di tal che l'accoglimento del ricorso si porrebbe certamente in contrasto con il pacifico orientamento del legislatore italiano ed internazionale.

In particolare, piace, in questo senso, riportare il c.d. *«Statuto» dell'embrione* (parere «Identità e statuto dell'embrione umano» 22 giugno 1996) nel quale, espressamente il Comitato precisa che «è pervenuto unanimemente a riconoscere il dovere morale di trattare l'embrione umano, sin dalla fecondazione, secondo i criteri di rispetto e tutela che si devono adottare nei confronti degli individui umani a cui si attribuisce comunemente la caratteristica di persone, e ciò a prescindere dal fatto che all'embrione venga attribuita sin dall'inizio con certezza la caratteristica di persona nel suo senso tecnicamente filosofico, oppure che tale caratteristica sia ritenuta attribuibile soltanto con un elevato grado di plausibilità, oppure che si preferisca non utilizzare il concetto tecnico di persona e riferirsi soltanto a quell'appartenenza alla specie umana che non può essere contestata all'embrione sin dai primi istanti e non subisce alterazioni durante il suo successivo sviluppo».

Ed ancora, il Comitato ha chiarito che l'embrione *va tutelato*, «come uno di noi».

In conclusione, può ritenersi che, in applicazione di un principio generale di «cautela», e di prudenza, in considerazione dei dubbi sulla effettiva natura dell'embrione e sulla base delle considerazioni che precedono, il TAR non potrebbe annullare le linee guida, nella parte in cui esse, fornendo ai soggetti chiamati a dare attuazione alla legge, alcune indicazioni operative, sono volte a tutelare *«i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito»* (art. 1 della legge n. 40/2004).

Né, in contrario, può sostenersi che, nel nostro ordinamento sia riconosciuto un diritto del concepito a nascere, solo se sano, sicché il «sacrificio» dell'embrione malato sarebbe legittimo, mentre dovrebbe ritenersi doveroso l'utilizzo di embrioni non impiantati, ai fini di ricerca.

Sotto questo profilo, la situazione giuridica del concepito è stata, di recente, ricostruita – in maniera molto attenta e rigorosa – da una sentenza della Cassazione sezione terza civile 29 luglio 2004, n. 14488, che ha chiaramente ed inequivocabilmente escluso la esistenza di un diritto del concepito di nascere «sano».

In particolare, la Corte di legittimità ha così statuito: «L'ordinamento positivo tutela il concepito e l'evoluzione della gravidanza esclusivamente verso la nascita, e non anche verso la «non nascita», essendo pertanto (al più) configurabile un «diritto a nascere» e a «nascere sani», suscettibile di essere inteso esclusivamente nella sua positiva accezione: sotto il profilo privatistico della responsabilità contrattuale o extracontrattuale o da «contratto sociale», nel senso che nessuno può procurare al nascituro lesioni o malattie (con comportamento omissivo o commissivo colposo o doloso); sotto il profilo – latamente – pubblicistico, nel senso che debbono venire ad essere predisposti tutti gli istituti normativi e tutte le strutture di tutela cura e assistenza della maternità idonei a garantire (nell'ambito delle umane possibilità) al concepito di nascere sano; non è invece in capo a quest'ultimo configurabile un «diritto a non nascere» o a «non nascere se non sano», come si desume dal combinato disposto di cui agli art. 4 e 6 l. n. 194 del 1978, in base al quale si evince che: a) l'interruzione volontaria della gravidanza è finalizzata solo ad evitare un pericolo per la salute della gestante, serio (entro i primi novanta giorni di gravidanza) o grave (successivamente a tale termine); b) trattasi di un diritto il cui esercizio compete esclusivamente alla madre; c) le eventuali malformazioni o anomalie del feto rilevano esclusivamente nella misura in cui possono cagionare un danno alla salute della gestante, e non già in sé e per sé considerate (con riferimento cioè al nascituro); e come emerge ulteriormente: a) dalla considerazione che il

diritto di «non nascere» sarebbe un diritto adespota (in quanto ai sensi dell'art. 1 c.c. la capacità giuridica si acquista solamente al momento della nascita e i diritti che la legge riconosce a favore del concepito – art. 462, 687, 715 c.c. – sono subordinati all'evento della nascita, ma appunto esistenti dopo la nascita), sicché il c.d. diritto di «non nascere» non avrebbe alcun titolare appunto fino al momento della nascita, in costanza della quale proprio esso risulterebbe peraltro non esistere più; *b*) dalla circostanza che ipotizzare un diritto del concepito a «non nascere» significherebbe configurare una posizione giuridica con titolare solamente (ed in via postuma) in caso di sua violazione, in difetto della quale (per cui non si fa nascere il malformato per rispettare il suo «diritto di non nascere») essa risulterebbe pertanto sempre priva di titolare, rimanendone conseguentemente l'esercizio definitivamente precluso; ne consegue che è pertanto da escludersi la configurabilità e l'ammissibilità nell'ordinamento del c.d. aborto «eugenetico», prescindente dal pericolo derivante dalle malformazioni fetali alla salute della madre, atteso che l'interruzione della gravidanza al di fuori delle ipotesi di cui agli art. 4 e 6 legge n. 194 del 1978 (accertate nei termini di cui agli art. 5 ed 8), oltre a risultare in ogni caso in contrasto con i principi di solidarietà di cui all'art. 2 cost. e di indisponibilità del proprio corpo *ex* art. 5 c.c., costituisce reato anche a carico della stessa gestante (art. 19 legge n. 194 del 1978), essendo per converso il diritto del concepito a nascere, pur se con malformazioni o patologie, ad essere propriamente – anche mediante sanzioni penali – tutelato dall'ordinamento; ne consegue ulteriormente che, verificatasi la nascita, non può dal minore essere fatto valere come proprio danno da inadempimento contrattuale l'essere egli affetto da malformazioni congenite per non essere stata la madre, per difetto d'informazione, messa nella condizione di tutelare il di lei diritto alla salute facendo ricorso all'aborto ovvero di altrimenti avvalersi della peculiare e tipicizzata forma di scriminante dello stato di necessità (assimilabile, quanto alla sua natura, a quella prevista dall'art. 54 c.p.) previste dall'art. 4 legge n. 194 del 1978, risultando in tale ipotesi comunque esattamente assolto il dovere di protezione in favore di esso minore, così come configurabile e tutelato (in termini prevalenti rispetto – anche – ad eventuali contrarie clausole contrattuali, art. 1419, 2° comma, c.c.) alla stregua della vigente disciplina.»

Il ricorso è destituito di ogni fondamento anche nella parte in cui ha sostenuto la violazione della libertà della ricerca scientifica e i diritti di libertà della donna.

Per quanto riguarda la *ricerca scientifica*, fermo restando il divieto di creare embrioni umani a fini di ricerca (art. 18, comma 2 della Convenzione di Oviedo), va in questa sede precisato, che non si tratta di una libertà «assoluta», poiché l'oggetto cui dovrebbe rivolgersi non è pienamente disponibile da parte degli operatori scientifici, essendo coinvolti i diritti – anch'essi tutelati dall'ordinamento – di pertinenza di altri soggetti, in particolare della madre e del padre che ne hanno voluto l'esistenza, nonché, come detto, quelli dell'embrione.

Un diversa soluzione, tale che consentisse la creazione di un embrione a fini di ricerca potrebbe facilmente determinare da una parte una lesione di questi altri diritti, che vanno comparativamente tutelati, e nel contempo una «deriva» eugenetica, contraria a tutti i principi dell'ordinamento italiano ed internazionale.

Né vi è contrasto con *i diritti di libertà della donna*, sia perché, nella fecondazione assistita, è la donna che richiede l'utilizzo delle pratiche di inseminazione assistita, sia perché, come si è detto, l'obbligo di impianto non è in alcun modo coercibile, secondo quanto è stato previsto dalle linee guida e, in ogni caso, è un obbligo per il quale non è prevista nessuna sanzione.

Anche in questo caso, una soluzione che prevedesse una ricerca maggiormente invasiva, potrebbe – questo sì – determinare una lesione della libertà della donna (e del padre) perché esporrebbe i due soggetti (da ritenersi «deboli» nella filiera prevista dalla legge n. 40/2004) al rischio di mercificazione da parte dei tecnici della riproduzione e di tutti gli interessi che intorno ad essi vivono.

Anche per quanto concerne il *riferito contrasto con la legge n. 194/1978 sulla interruzione volontaria di gravidanza (IVG)*, va precisato che la Corte Costituzionale, nelle sentenze sopra citate, ha avuto modo di chiarire che il presupposto della liceità dell'I.V.G. non è mai la negazione della identità umana del concepito ma, piuttosto, la particolare situazione della gravidanza, la quale comporta una particolare disciplina dello «*stato di necessità*» e del conseguente bilanciamento dei valori costituzionali in gioco.

Lo stesso principio, come detto, è stato affermato anche nella sentenza della Cassazione n. 1448/2004 citata in epigrafe.

Gli argomenti utilizzati a sostegno dei ricorsi al TAR e degli interventi *ad adiuvandum*, come è noto, sostengono che sarebbe molto grave limitare la ricerca scientifica sull'embrione (anzi, sarebbe «ottuso» ed «oscurantista») perché – al contrario – estendendo la ricerca, la scienza potrebbe trovare rimedi a gravissime malattie genetiche, garantendo il rispetto del «diritto ad un figlio sano» dei genitori.

Avere limitato la ricerca alla sola diagnosi osservazionale limiterebbe la possibilità di utilizzo delle c.d. cellule staminali dell'embrione.

Questi argomenti non appaiono decisivi, tenuto conto che la legge n. 40/200 e le linee guida impugnate hanno operato alcune scelte, *si ripete rientranti nella piena discrezionalità del legislatore*, fondandole sull'attuale stato delle conoscenze scientifiche, che non sono tali da assicurare pienamente gli interessi della piena ricerca scientifica e del diritto della coppia di essere informata sull'effettivo stato di salute dell'embrione.

Nel 2001, alcuni membri del Comitato di bioetica (prof.ssa Livia Barberio Corsetti – prof. Adriano Bompiani – prof. Giovanni Chieffi – prof. Giuseppe Dalla Torre – prof. Pierpaolo Donati – prof. Angelo Fiori – prof. Aldo Isidori – prof. Antonino Leocata – prof. Corrado Manni – prof. Lucio Pinkus – prof. Paolo Preziosi – prof. Carlo Romanini – prof.ssa Giovanna Rossi – prof. Elio Sgreccia – prof. Bruno Silvestrini) hanno sottoscritto la seguente dichiarazione, che si ritiene opportuno riportare, pressoché integralmente:

«Pur non intendendo mettere in discussione il concetto biologico di totipotenzialità che caratterizza le cellule dell'embrione nelle primissime fasi della sua esistenza, non si ritiene che tale dato biologico possa in alcun modo contrastare il fatto che *lo zigote possiede una propria identità individuale fin dal concepimento. È all'atto della fecondazione che avviene il mutamento sostanziale e si costituisce un nuovo essere umano con un patrimonio genetico individuale ed irripetibile, che gli consente di essere soggetto attivo della propria costruzione e intrinsecamente autonomo nella sua crescita continua, graduale, e coordinata.*

Il fatto che lo zigote contenga l'informazione genetica necessaria, e sufficiente, a determinare – durante il periodo di totipotenzialità delle cellule – lo sviluppo non solo di uno ma, eventualmente, anche di più individui gemelli, va interpretato sulla falsariga del processo moltiplicativo, che è anche riproduttivo, dei batteri, o comunque di qualunque essere unicellulare, o alla stregua del modello di riproduzione agamica per gemmazione (come accade ad esempio nell'idra). Ciò implica, in caso di gemellarità, che a ciascuno dei gemelli debba essere riconosciuta una piena individualità fin dal loro costituirsi: il primo di essi acquisendo la sua definitiva identità nel momento stesso della fecondazione e l'altro, o gli altri, nel momento, invece, della scissione gemellare.

La perdita della cosiddetta totipotenzialità nel corso delle primissime fasi dello sviluppo non fornisce allo zigote una qualità della quale fino a quel momento sarebbe privo – cioè la qualità di autentico individuo – ma gli sottrae soltanto una possibilità ulteriore: quella di «riprodursi».

Analogamente, la fusione di due embrioni (ibridazione) nella fase di cosiddetta totipotenza – da cui potrebbe derivare un solo embrione ovvero un solo individuo – può essere interpretata come la «morte» di una delle due individualità che vengono a fondersi e che terminerebbe così il suo brevissimo ciclo vitale, senza che questo ne alteri l'individualità, già sussistente, dell'altro embrione.

Sulla base di queste considerazioni scientifiche incontrovertibili, i firmatari di questa dichiarazione ritengono che sia irrilevante attendere che si determini la perdita della totipotenzialità delle cellule dell'embrione – o anche la comparsa della cosiddetta «stria primitiva» – e dell'eventualità che si determinino i rari fenomeni della gemellarità o di ibridazione, per poter proclamare il determinarsi della sua individualità umana. E ritengono di conseguenza infondate tutte quelle opzioni bioetiche che, partendo da altra opinione, considerano lecito ridurre la tutela dell'embrione – definito tra l'altro «embrione precoce» o «pre-embrione» o «pro-embrione» – nelle prime fasi del suo sviluppo. E richiamano anche il fatto che la teoria del pre-embrione, proposta all'interno del *Warnock Committee*, è stata ritenuta da molti un espediente inteso a favorire la possibilità di sperimentare sull'embrione.

Si osserva anche che il termine del quattordicesimo giorno è comunque scientificamente erraneo in quanto è ormai noto che i gemelli dicoriali ricevono il loro destino ad uno svi-

luppo separato intorno al quarto giorno; i monocoriali diamniotici, tra il quinto e sesto giorno; i monocoriali monoamniotici, intorno al settimo giorno; e che non vi è alcun rapporto tra possibilità di gemellazione e formazione della stria primitiva al quattordicesimo giorno. Per cui i sostenitori della teoria dell'embrione «precoce» – che non è peraltro riferita in alcun testo moderno di biologia, ma figura soltanto nella letteratura dedicata alla procreazione assistita – dovrebbero limitare il concetto di embrione precoce ad un momento molto antecedente rispetto al quattordicesimo giorno, e cioè al quarto o settimo giorno.

I firmatari di questo documento ritengono, inoltre, che il concetto di «individualità» debba essere utilizzato in modo proprio. L'individualità non implica l'indivisibilità e la non riproducibilità, quanto piuttosto l'esistere come un tutt'uno, diviso dagli altri, (*individuum = indivisum in se = divisum a quodlibet alio*). L'embrione è, quindi, individuo fin dalla fecondazione e la sua intrinseca unità è esprimibile con l'*unum* – rappresentato dalla sua natura cellulare, dalla coordinazione delle reazioni precoci, dalle proprietà della totipotenzialità – e l'*aliquid*, determinato da un messaggio genetico rigorosamente individuale, distinto da qualsiasi altro, compreso quello di eventuali gemelli... (*omissis*). I firmatari di questa dichiarazione esplicativa ritengono che l'embrione umano debba essere considerato e trattato sempre in base al valore etico di persona umana e che il semplice dubbio di poter sopprimere o danneggiare la persona umana – anche in un embrione nelle prime fasi di sviluppo – impone di astenersi dal farlo.

Questo criterio tuzioristico è tanto più meritevole di essere tassativamente adottato, in quanto fondato *in primis* non su opzioni assiologiche, ma su constatazioni scientifiche, basate su dati sperimentali e obiettivi non suscettibili di interpretazioni alternative. I firmatari di questa dichiarazione concordano quindi nel ritenere scientificamente e eticamente inammissibile la distinzione tra «embrioni precoci» (prima del quattordicesimo giorno) e «embrioni» (dopo il quattordicesimo giorno): ai primi deve essere riservata esattamente la stessa tutela che va riservata ai secondi.

Di conseguenza, ad integrazione delle considerazioni bioetiche formulate nel documento del Comitato Nazionale per la bioetica essi ribadiscono che è da ritenere: 1. illecita la soppressione, compresa la riduzione embrionaria, e ogni forma di manipolazione di embrioni anche prima del quattordicesimo giorno di sviluppo; 2. illecita ogni sperimentazione non terapeutica su embrioni fin dal momento della loro formazione, cioè anche sui cosiddetti «embrioni precoci»; 3. illecita la soppressione e ogni forma di manipolazione di embrioni congelati che vanno ritenuti vivi quantunque non impiantabili».

In relazione alle considerazioni che precedono, è pacifico ed incontestabile che il legislatore, nell'ambito della propria discrezionalità, ben poteva regolare la materia, limitando gli «interventi» sull'embrioni a quelli strettamente necessari ad assicurare il rispetto della vita: così come è stato autorevolmente sostenuto «La liceità degli interventi di ingegneria genetica sulla vita umana nei primi passi del suo sorgere è dunque limitata a tutto ciò che può aiutare o promuovere lo sviluppo di questa vita verso la sua piena realizzazione di persona(e) (p.es., l'intervento sul genoma per correggere malformazioni e malattie ereditarie), ma non certo a distruggerla o stravolgerla per soddisfare immorali esigenze parentali o sociali (p. es., si pensi all'assurdità di interventi eugenetici per favorire certe caratteristiche del nascituro, o per la determinazione del sesso secondo il gusto dei genitori, per l'eventuale clonazione di individui se e quando questa divenisse tecnicamente possibile anche per organismi complessi quali quello umano, etc.)» (cfr. BASTI G., *Filosofia dell'uomo*, ESD, Bologna, 1995).

Molto opportunamente, dunque, nel comunicato del Ministero della Salute diramato in occasione della pubblicazione delle Linee guida, a proposito della c.d. diagnosi preimpianto «osservazionale», il Ministero si esprimeva nei seguenti termini: «In merito alla diagnosi preimpianto si precisa che, secondo le linee guida definite dal Ministro della Salute avvalendosi dall'Istituto superiore di sanità, con l'ausilio di una Commissione consultiva e con il parere favorevole del Consiglio superiore di sanità: è proibita ogni diagnosi preimpianto con finalità eugenetica ossia di selezione per migliorare la razza; ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati in vitro dovrà essere di tipo osservazionale. Scopo della diagnosi, infatti, secondo gli esperti, è quello di informare la coppia sullo stato di salute degli embrioni prodotti e non di effettuare una selezione degli embrioni sulla base di informazioni sul futuro dell'embrione dopo l'impianto (suscettibilità allo sviluppo di una malat-

tia). La diagnosi preimpianto invasiva, al contrario di quella osservazionale, avrebbe, quindi, come diretta conseguenza la selezione dell'embrione. L'autorizzazione all'esecuzione di questa tecnica contrasterebbe con quanto previsto dal comma 3 dell'art. 13 della legge. La legge come tale non esclude specificamente la possibilità di diagnosi preimpianto ma autorizza solo le manipolazioni dell'embrione che abbiano finalità di diagnosi e terapia. Oggi non esiste la possibilità di modificare il patrimonio genetico dell'embrione tramite manipolazioni in vitro, ma in futuro ciò potrebbe risultare possibile. Per questo la legge prevede che le linee guida siano aggiornate periodicamente, almeno ogni tre anni, in rapporto all'evoluzione tecnico-scientifica. Le indagini sull'embrione, che in virtù della loro natura ancora sperimentale e dell'assenza di una prospettiva terapeutica accettabile, non possono essere attualmente autorizzate, qualora tali ostacoli vengano meno potranno essere riconsiderate in una futura revisione delle linee guida.»

Non vi è chi non veda come le Linee guida impugnate siano nel contempo rispettose sia dei diritti dell'embrione sia della ricerca scientifica, sia del diritto alla salute della madre, ove si consideri che esse prevedono espressamente la possibilità di aggiornamento, una volta che le tecniche di diagnosi preimpianto si saranno perfezionate.

Questa impostazione, tiene conto del fatto che, in campo scientifico, non è contestato che, allo stato, le tecniche c.d. invasive, consistenti nel prelievo precocissimo di una cellula dall'embrione non ancora impiantato sono da considerarsi ancora allo stadio sperimentale, e sono state applicate solo in pochi centri al mondo.

Ed infatti, l'utilizzo di tecniche di fecondazione in vitro, di micromanipolazione e dell'analisi genetica di una singola cellula ed i costi molto alti ne limitano ancora una larga diffusione.

Piuttosto, vale la pena di considerare che, così come risulta dall'allegato studio di genetica del prof. Padre Angelo Serra, pubblicato – nella versione inglese negli Atti della Decima Assemblea Generale della Pontificia Accademia per la Vita: «*La Dignità della Procreazione Umana e Le Tecnologie Riproduttive: Aspetti Antropologici ed Etici*» (Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2005), appare chiaramente dimostrato, anche da un punto di vista statistico, che la diagnosi preimpianto invasiva, nella sostanza, si risolve in una selezione degli embrioni (vietata dalla legge).

In particolare (pag. 7 dell'articolo di Padre Serra), dall'analisi statistica dei dati in possesso, nel rapporto tra embrioni biopsati, trasferiti in utero ed effettivamente nati, è impressionante l'enorme quantità di embrione che vengono sacrificati: a fronte di 1347 di embrioni biopsati, solamente 39 sono quelli nati, ovvero il 2,9 % degli embrioni biopsati ed il 6,7 % di quelli trasferiti in utero.

Questi dati significano che il 97,1 % degli embrioni prodotti è andato perduto: il 56,6 %, ucciso perché con corredo cromosomico anormale, il 40,5 % «esposti a morte prevista e voluta».

Tutti gli studi effettuati forniscono la dimostrazione che il numero degli embrioni nati è notevolmente inferiore a quelli nati a seguito degli ordinari processi della FIVET e della ICSI, nei quali non è fatta la selezione attraverso la PDG.

Di fronte a questi dati, continuare ad affermare che l'embrione, nella diagnosi preimpianto, non è trattato come «strumento tecnologico» appare francamente un'opinione infondata e non seriamente sostenibile.

Vale, invece, il contrario.

Con la diagnosi preimpianto i rischi per l'embrione sono molto maggiori che non nell'ordinario procedimento di fecondazione, rischi che da una parte comportano un costo economico molto maggiore, dall'altra espongono la donna a rischi di salute gravi, tenuto conto dei ripetuti processi di stimolazione cui essa deve essere necessariamente sottoposta.

Del resto, secondo la più accreditata letteratura medica, la diagnosi preimpianto,

a) è possibile solo per accertare la presenza di alcune delle migliaia di malattie genetiche esistenti;

b) è una diagnosi non sicura e, comunque, errata nel 10 % dei casi;

c) il rischio per la vita dell'embrione è del 5 %;

d) è proibita in diversi paesi europei (Svizzera, Austria, Germania);

e) ha ancora costi altissimi.

Per quanto poi concerne la limitazione a tre del numero di embrioni che è possibile produrre ed impiantare, un recente studio del Policlinico S. Orsola di Bologna ha dimostrato che si tratta di una soluzione meno traumatica per la madre, che ottiene gli stessi risultati di un impianto di 10 embrioni, senza che sia necessario operare la c.d. riduzione embrionaria, ugualmente vietata dalla legge.

Un'ultima osservazione, infine, deve essere fatta sulle critiche alle Linee Guida (ed alla legge), che vengono «tacciate» di oscurantismo.

Si tratta di osservazioni che non possono, in alcun modo, essere condivise, ove si consideri che la legge prevede espressamente che le linee guida debbano essere continuamente riviste (almeno ogni tre anni), in modo che esse possano tenere conto della continua evoluzione scientifica.

Le nuove scoperte scientifiche che dovessero, ad esempio, individuare sistemi di diagnosi più perfezionati, nonché modalità di cura di un embrione malformato, potrebbero essere inserite nelle linee guida, senza limitare, quindi, in alcun modo la ricerca scientifica (ad esempio, è notizia di poco tempo fa quella secondo cui negli USA, un feto di 21 settimane è stato operato con successo nel grembo della madre di «spina bifida», malattia che, se non curata, lo avrebbe portato a morte certa).

In conclusione, questi ricorsi comportano la necessità di affrontare alcune questioni di carattere fondamentale: cosa è davvero il progresso scientifico? Davvero possiamo sostenere che tutto quello che è scientificamente possibile è anche «eticamente lecito»?

Giovanni Paolo II (1) rivolgendosi ai membri dell'Accademia Pontificia delle Scienze in questi termini si esprimeva: «*Non bisogna lasciarsi affascinare dal mito del progresso, come se la possibilità di realizzare una ricerca o di mettere in opera una tecnica permettesse di qualificarle immediatamente come moralmente buone. La bontà morale si misura dal bene autentico che procura all'uomo considerato secondo la duplice dimensione corporale e spirituale; in questo modo si rende giustizia a ciò che è l'uomo; non correlando il bene all'uomo, che deve esserne il beneficiario, ci sarebbe da temere per l'umanità. La comunità scientifica è insistentemente chiamata a mantenere l'ordine dei fattori, situando gli aspetti scientifici nel quadro di un umanesimo integrale; terrà perciò conto delle questioni metafisiche, etiche, sociali e giuridiche che si pongono alla coscienza e che i principi della ragione sono in grado di chiarire.*»

Questa risposta, che tiene conto del «bene» dei soggetti coinvolti, anche di quelli più deboli, che vanno tutelati in maniera particolare, è l'unica risposta veramente «umana», degna di essere presa in considerazione, degna di un reale progresso dell'umanità.

Irrelevanza e manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale

Qualche ultima osservazione deve essere fatta sull'eccezione di illegittimità costituzionale della legge, formulata dalla società W.

È solo il caso di osservare, in proposito, che tale eccezione è irrilevante nel giudizio *de qua e*, in ogni caso, manifestamente infondata.

Essa è irrilevante perché l'oggetto dei ricorsi al TAR è costituito dalle Linee Guida emanate sulla base di quanto previsto dalla legge e non già direttamente dalla legge.

Sicché manca il requisito fondamentale della «rilevanza», nel senso che il giudizio davanti al TAR, nel caso di specie, può essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale, tenuto conto delle eccezioni di inammissibilità formulate.

Le varie questioni sono, in ogni caso, manifestamente infondate per tutte le considerazioni sopra esposte.

P.t.m. Si chiede che il ricorso sia dichiarato inammissibile e sia respinto perché infondato. Quanto alla eccezione di incostituzionalità si chiede che ne sia dichiarata l'irrelevanza e, comunque, la manifesta infondatezza (...)

Roma, 22 marzo 2005 – Avvocato dello Stato Vincenzo Rago».

(1) GIOVANNI PAOLO II, *Discorso ai Partecipanti alla Plenaria della Pontificia Accademia delle Scienze*, 28 ottobre 1994, in *Insegnamenti di Giovanni Paolo II*, XVII, 2, Libreria Editrice Vaticana 1996, 562-569.

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sezione terza ter, sentenza nelle camere di consiglio del 7 aprile e del 5 maggio 2005 n. 3452. – Pres. F. Corsaro – Rel. S. Fantini – W. (Avv.ti G.C.Muccio, G. e V. Pellegrino, E. Striani) c. Ministero della Salute (avv. dello Stato V. Rago) e con l'intervento *ad opponendum* di (...) (Avv.ti A. ed I. Loiodice).

«*Omissis*» *Fatto* – Con atto notificato in data 13 novembre 2004 e depositato il successivo 27 novembre la W., associazione che organizza e rappresenta gli interessi collettivi di molti centri e singoli professionisti che svolgono attività di procreazione medicalmente assistita, impugna il decreto ministeriale 21 luglio 2004, recante «*Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita*», assumendone la lesività in ragione del carattere vincolante sancito dall'art. 7 della legge 19 febbraio 2004, n. 40.

Premette un'esposizione generale sulle tecniche di procreazione medicalmente assistita, evidenziando le limitazioni apportate dalla legge n. 40/2004 e dal provvedimento impugnato; in particolare sottolinea che per effetto della nuova disciplina legislativa è consentita l'inseminazione di soli tre ovociti con il liquido seminale del compagno, essendo vietata l'inseminazione eterologa; aggiunge che, mentre in precedenza il medico trasferiva in utero, entro sei giorni dall'inseminazione, due embrioni, in conformità delle raccomandazioni dell'O.M.S. e della ESHRE, crioconservando gli embrioni in eccesso, a causa della nuova legge, il ciclo di procreazione o non consentirà di ottenere alcun embrione da impiantare, imponendo di conseguenza di ripetere la terapia di stimolazione farmacologica, ovvero, in bassa percentuale, comporterà il trasferimento nell'utero di tutti gli embrioni formati, determinando una gravidanza trigemellare, con rischio per la salute della donna e per la vita dei concepiti.

Deduce a fondamento del ricorso i seguenti motivi di diritto:

1) Violazione di legge per violazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990 per omessa motivazione ed omessa allegazione dei pareri acquisiti. In subordine lacunosità della motivazione. Eccesso di potere sotto lo stesso profilo; violazione dell'art. 7 della legge n. 40/2004 nella parte in cui l'Autorità adottante il provvedimento ha mancato di avvalersi pienamente dell'Istituto Superiore di Sanità ed ha invece nominato, allo scopo, una Commissione non prevista dalla legge. Eccesso di potere sotto lo stesso profilo. Vizio del procedimento. Violazione dei principi di trasparenza.

Le *Linee guida* risultano carenti di motivazione, necessaria in quanto ogni scelta tecnica presentava più opzioni.

Non è stato inoltre allegato il parere del Consiglio Superiore di Sanità, con gli eventuali motivati dissensi espressi nell'ambito dell'organo collegiale.

Il decreto impugnato dà atto di avere sentito l'Istituto Superiore di Sanità, ma l'art. 7 della legge n. 40/2004 richiedeva al Ministero di avvalersi del predetto organo.

Il provvedimento manca inoltre di fare riferimento al risultato dei lavori della Commissione appositamente istituita con decreto 26 marzo 2004 per coadiuvare il Ministero nell'elaborazione delle *Linee guida*.

Ad ogni modo v'è violazione del predetto art. 7 della legge n. 40/2004, atteso che il Ministero avrebbe dovuto avvalersi dell'Istituto Superiore di Sanità, mentre si è limitato a sentirlo ed ha istituito, in luogo dell'Istituto Superiore, una Commissione che la legge non prevede, ed i cui componenti sono stati scelti sulla base di un criterio politico.

2) Violazione di legge per omessa definizione del termine embrione anche agli effetti della sua configurazione giuridica; eccesso di potere sotto lo stesso profilo; invalidità derivata.

Sarebbe stato logico che le *Linee guida* muovessero da una definizione di embrione, anche in considerazione del fatto che dalla violazione delle relative prescrizioni derivano gravi responsabilità, anche penali, che dovrebbero essere informate al principio di tassatività.

La legge n. 40/2004 non offre una definizione di embrione, ma sembra indirettamente recepire un'accezione indefinita, identificabile nel momento in cui l'ovocita viene fecondato.

La legge (art. 13) consente indagini diagnostiche solamente allorché sia effettuabile una terapia sull'embrione, con ciò vietando sia la diagnosi pre-impianto che abbia come finalità la selezione del materiale genetico embrione con possibilità di svilupparsi in feto, sia la diagnosi pre-impianto che effettui una selezione del materiale genetico embrione portatore di anomalie genetiche o cromosomiche.

Una definizione scientificamente corretta di embrione può essere, ai fini che qui rilevano, quella di organismo unicellulare il cui corredo cromosomico sia diploide, composto cioè da 46 cromosomi (c.d. zigote), e non già quella di ovocita fecondato.

3) Violazione di legge ed eccesso di potere del provvedimento impugnato nella parte in cui dichiara sinonimi i termini di infertilità e sterilità.

Il provvedimento impugnato non tiene conto della distinzione nozionale tra infertilità e sterilità, stabilendo che «ai fini delle presenti *Linee guida* i due termini, infertilità e sterilità, saranno usati come sinonimi»; significative sono le conseguenze di tale mancata distinzione.

4) Eccesso di potere nella parte in cui sotto il titolo «accesso alle tecniche» si impone che la certificazione dello stato di infertilità (che sarebbe sinonimo di sterilità) sia effettuata dagli specialisti del Centro di fecondazione assistita.

Tale previsione viola anzitutto l'art. 4 della legge n. 40/2004, la quale definisce l'infertilità come una causa dell'impossibilità di procreare della coppia «inspiegata», suscettibile di essere documentata con atto medico *ex post*.

Mentre dunque la legge prevede un «atto medico documentato» (e dunque fondato su di un'autocertificazione dei componenti della coppia che dichiarano la circostanza di un periodo di rapporti sessuali non protetti nella coppia), è del tutto irragionevole la prescrizione delle *Linee guida* richiedente una certificazione dei sanitari del Centro relativa ad una circostanza della quale essi stessi non possono rispondere.

Ove poi la legge venga interpretata nel senso che richiede una certificazione medica sulla infertilità, allora deve dedursi un rilievo di illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 3 e 33 della Costituzione, per gli aspetti di limitazione della libertà professionale di scienza medica.

Va inoltre considerato che la legge n. 40/2004 ed il provvedimento impugnato pongono una serie di ostacoli e limitazioni alla procreazione medicalmente assistita, e quindi al «diritto a procreare», che, se non si configura come diritto inviolabile della personalità, costituisce certamente un importante fattore di sviluppo della personalità umana.

Il pretendere da un medico una certificazione impossibile lo mette in condizione di non poter esercitare la libera scelta di cure e terapie proprie della professione medica.

5) Violazione di legge ed eccesso di potere del provvedimento impugnato nella parte in cui sotto il titolo «consenso informato» non chiarisce che l'informazione che deve essere data alle coppie sui costi economici del trattamento deve avvenire anche da parte di enti pubblici quando si tratti di attività istituzionale a pagamento ai sensi dell'art. 15-*quinquies* del D.lgs. n. 502/1992, ovvero di attività libero professionale *intramoenia* a pagamento ai sensi dell'art. 15-*ter* e seguenti del D.lgs. n. 502/1992 e successive modificazioni ed integrazioni.

Sotto il titolo «consenso informato» il provvedimento impugnato prevede che alla coppia deve essere fornita informazione su «i costi economici totali derivanti dalla procedura adottata».

Le *Linee guida* danno dunque un'applicazione testuale del testo normativo; mancano però di precisare che anche le strutture pubbliche, quando si comportano come strutture private, devono dare informazioni sui costi; e cioè quando la prestazione venga svolta nell'ambito delle «attività istituzionali a pagamento» di cui all'art. 15-*quinquies* del D.lgs. n. 502/1992, o comunque da singoli sanitari che effettuano attività libero professionale ambulatoriale.

Sotto questo profilo il provvedimento impugnato appare viziato da eccesso di potere per ingiustizia manifesta e disparità di trattamento.

6) Eccesso di potere del provvedimento impugnato per ingiustizia manifesta, irrazionalità e violazione dei principi comuni in materia di tutela della salute laddove sotto il titolo «misure di tutela degli embrioni sperimentazione sugli embrioni umani in relazione all'art. 13 della legge n. 40/2004» prevede: «è proibita ogni diagnosi preimpianto a finalità eugenetica» ed inoltre aggiunge «ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati in vitro, ai sensi dell'art. 14, comma 5, dovrà essere di tipo osservazionale». Falso supposto di fatto e di diritto; contraddittorietà; violazione degli artt. 12, 13 e 14 della Convenzione di Oviedo.

Il provvedimento impugnato, nel vietare ogni diagnosi pre-impianto a finalità eugenetica, con l'imposizione che ogni indagine deve essere di tipo «osservazionale», sembra aggravare lo stesso testo della legge (art. 13) che si era mantenuta in una prospettiva più prudente.

Infatti, nel vietare ogni diagnosi pre-impianto, il provvedimento impugnato sembra non consentire neppure quell'eccezione prevista dalla legge per gli interventi aventi finalità diagnostiche terapeutiche.

Si sconta qui la mancata definizione di embrione, nozione che assume ora una latitudine impropria.

La ricerca scientifica e l'arte medica possono subire, secondo l'insegnamento della Corte costituzionale, solamente limitazioni eccezionali previste dalla legge.

Il provvedimento impugnato, laddove dice che è proibita ogni diagnosi pre-impianto a finalità eugenetica, sembra voler attribuire ad ogni diagnosi pre-impianto una finalità eugenetica, qualificando con detta finalità tale tipo di diagnosi.

In tale modo viene peraltro totalmente falsato il concetto di eugenetica, il cui nucleo nozionale sta nel miglioramento delle generazioni future.

La stessa Convenzione di Oviedo ed il Protocollo addizionale ratificato con legge 28 marzo 2001, n. 145 non considerano quale prassi eugenetica la diagnosi pre-impianto, ove legata a ragioni mediche e dunque di tutela della salute.

Il divieto così posto dalla legge finisce per riguardare, ed inibire non solo le attività di procreazione medicalmente assistita, ma anche quelle di ricerca in genere per la cura di malformazioni, etc. Aspetto che connota di illegittimità l'intera legge per violazione degli artt. 32 e 33 della Costituzione, oltre che per sviamento di potere: la legge n. 40/2004 riguarda infatti solo la procreazione medicalmente assistita e non può essere consentito che le previsioni delle *Linee guida* sconfinino in materie neppure disciplinate dalla legge.

Ove poi si ritenga che il provvedimento gravato in parte qua sia conforme all'art. 13 della legge n. 40/2004, allora va eccepita l'illegittimità costituzionale della norma di legge in relazione all'art. 32 della Costituzione, secondo i principi già espressi dalla Corte costituzionale con sentenza n. 282/02.

Si configura, infatti, oltre ad un'evidente lesione del diritto alla salute della coppia e del concepito e dello stesso embrione, una manifesta lesione dei principi di tutela della ricerca scientifica e dell'evoluzione della scienza medica di cui all'art. 33 della Costituzione.

7) Eccesso di potere per ingiustizia manifesta ed irrazionalità del provvedimento impugnato nella parte in cui sotto il titolo «*Limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni*» impone al comma 2 la creazione di un numero di embrioni comunque non superiore a tre. Violazione dell'art. 32 della Costituzione inteso come norma positiva. In subordine illegittimità costituzionale dell'art. 14 della legge n. 40/2004.

L'art. 14 della legge n. 40/2004 non consente la creazione di un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, e comunque non superiore a tre.

Le *Linee guida* avrebbero dovuto prevedere un elenco quanto meno esemplificativo di patologie e condizioni morbose che impediscono, a norma dell'art. 14, III comma, della legge, il trasferimento nell'utero dell'embrione, e la sua conseguente, provvisoria, crioconservazione.

In tale elenco avrebbe dovuto essere prevista l'ipotesi in cui tutti e tre gli ovociti inseminati risultino idonei al trasferimento, il quale risulti però controindicato per la donna e per il concepito.

Diversamente, deve ritenersi che l'art. 14, II comma, della legge n. 40/2004 violi l'art. 32 della Costituzione, in quanto non tutela la salute della donna e del concepito.

8) Eccesso di potere per cattivo uso del potere conferito sotto il profilo dell'omissione consistente nella mancata indicazione al medico del comportamento da tenersi nel caso di crioconservazione di materiale genetico appartenente ad individuo non più vivente.

Le *Linee guida* avrebbero dovuto prevedere il comportamento che il medico deve tenere nel caso in cui, tra il momento dell'inseminazione ed il momento del trasferimento in utero, uno dei partners sia deceduto.

La legge, infatti, da una parte, prevede che il medico non possa effettuare trattamenti di procreazione medicalmente assistita su persone che non siano entrambe viventi, e, dall'altra parte, vieta e sanziona la crioconservazione, la donazione ad altra coppia e la distruzione dell'embrione.

Si evidenzia dunque come, nella descritta ipotesi, il medico viene a trovarsi nell'oggettiva impossibilità di rispettare la legge, ed è costretto all'inattività, che peraltro comporta la distruzione dell'embrione, con ciò violandosi la ratio della legge stessa.

9) Violazione di legge per violazione del D.lgs. n. 196/03 in materia di trattamento e conservazione di dati sensibili. Eccesso di potere sotto lo stesso profilo; invalidità derivata dal provvedimento impugnato nella parte in cui sotto il titolo «*Registrazione e mantenimento dei dati*» prevede che i contenitori che racchiudono i gameti riportino le generalità dei soggetti che li hanno prodotti e/o a cui sono destinati.

La previsione relativa ai contenitori contenenti i gameti è in evidente violazione dell'All. B del D.lgs. n. 196/2003, il quale richiede che i dati siano riportati in forma di codice identificativo attribuibile solo dall'*equipe* medica al paziente.

Si è costituito in giudizio il Ministero della Salute eccependo l'inammissibilità del ricorso essenzialmente perché proposto avverso atto (una circolare applicativa) non immediatamente lesivo, per carenza di interesse e difetto di legittimazione attiva della associazione deducente, oltre che la sua infondatezza nel merito.

Sono intervenuti *ad opponendum*, con atto ritualmente notificato, (...), eccependo l'inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione attiva e per carenza di interesse dell'associazione ricorrente, e comunque la sua infondatezza nel merito.

All'udienza del 7 aprile 2005 la causa è stata trattenuta in decisione.

Diritto – 1. – Va anzitutto esaminata l'eccezione di inammissibilità per tardività dell'intervento *ad opponendum*, svolta dal procuratore di parte ricorrente nel corso dell'udienza.

L'eccezione non appare meritevole di positiva valutazione.

Non ignora il Collegio come risulti controverso il tema relativo al termine entro il quale si deve provvedere alla notifica dell'atto di intervento, ma, rispetto all'argomento fondato sull'art. 23, IV comma, della legge T.A.R. (legge 6 dicembre 1971, n. 1034), che imporrebbe la notificazione almeno dieci giorni prima dell'udienza, sembra preferibile valorizzare in chiave sistematica la portata dell'art. 40 del Reg. proc. Cons. Stato (R.D. 17 agosto 1907, n. 642) alla cui stregua «l'intervento ha luogo nello stato in cui si trova la contestazione».

È indubbio che l'intervento in giudizio, pur non potendo ampliare il *thema decidendum*, introduce una «nota tensionale» nel contraddittorio, finendo per incidere sul diritto di difesa, ma tale constatazione non consente, nel silenzio della legge, di enucleare un termine decadenziale, se non quello, implicito, del passaggio in decisione della causa.

Si tratta, dunque, di temperare le esigenze dell'interveniente, parte non necessaria, cui non può farsi carico di una tempestiva conoscenza della lite, con quella delle parti costituite, nella prospettiva di una completa acquisizione delle argomentazioni utili ai fini del decidere.

Allo scopo, ritiene il Collegio condivisibile l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui la tardività dell'intervento non può formare oggetto di un'eccezione paralizzante della controparte, preclusiva cioè della partecipazione dell'interveniente, ma può legittimare la richiesta di termini a difesa nell'ipotesi in cui si intenda controbattere ai contenuti della domanda di intervento, o si possano produrre, in relazione a quelli, nuovi documenti e memorie (in termini Cons. Stato, Sez. IV, 17 aprile 2000, n. 2288; Cons. Stato, Sez. IV, 3 luglio 2000, n. 3641; Cons. Stato, Sez. V, 3 aprile 2000, n. 1909; Cons. Stato, Sez. V, 5 febbraio 1993, n. 234; Cons. Stato, Sez. V, 7 settembre 1989, n. 526).

Non essendo, nella vicenda in esame, stato invocato il termine a difesa, ma solamente spiegata l'eccezione di inammissibilità, l'intervento *ad opponendum* deve ritenersi ammissibile.

2. – Occorre ora esaminare le eccezioni di inammissibilità del ricorso svolte, sotto plurimi profili, dall'Avvocatura dello Stato nei propri scritti difensivi.

Principiando dall'eccezione di carenza di interesse, argomentata con riferimento al fatto che l'impugnativa ha per oggetto una «circolare applicativa», non lesiva dunque della posizione giuridica della ricorrente, che potrebbe venire incisa unicamente da un provvedimento concernente il rapporto autorizzatorio intercorrente con la Regione, ritiene il Collegio che la stessa debba essere disattesa.

Ed infatti, anche a prescindere dalla correttezza della qualificazione giuridica del decreto ministeriale 21 luglio 2004 in termini di circolare, appare indubbio che le «*Linee guida*» abbiano un carattere immediatamente precettivo.

Ciò si inferisce anzitutto dalla previsione dell'art. 7, II comma, della legge 19 dicembre 2004, n. 40, ove è *expressis verbis* affermato che le *Linee guida* sono vincolanti per tutte le strutture autorizzate; inoltre l'analisi del testo dimostra che il decreto ministeriale 21 luglio 2004 ha un contenuto non meramente ripetitivo della norma di legge, e dunque non esclusivamente interpretativo, disciplinando le «procedure e le tecniche di procreazione medicalmente assistita».

Conseguentemente, quale che sia il *nomen iuris* attribuibile alle *Linee guida*, le stesse non si configurano come atto interno all'Amministrazione, e pertanto inidoneo a ledere posizioni di terzi, in mancanza dell'adozione di ulteriori provvedimenti.

Dette *Linee guida* hanno un carattere provvedimentale e precettivo, che si pone su di un piano diverso da quello, prevalentemente organizzatorio, afferente all'autorizzazione regionale, di cui debbono essere dotate le strutture (pubbliche e private) che applicano le tecniche di procreazione medicalmente assistita.

2.1. – In ordine poi all'asserito difetto di legittimazione attiva dell'associazione ricorrente, si desume dallo statuto della W. che nel proprio oggetto sociale rientra: a) la ricerca di base ed applicata e la diffusione di conoscenza in tutte le funzioni della riproduzione e della fertilità; b) la valutazione di nuove procedure diagnostiche e terapeutiche nel campo della riproduzione.

Non può dunque negarsi che la W. sia portatrice di un interesse qualificato e differenziato rispetto a quello della generalità dei cittadini alla legalità dell'azione amministrativa, che consente anche di riconoscerle la legittimazione processuale nella materia specifica della procreazione medicalmente assistita, a fronte di un provvedimento che si assume essere lesivo.

Oltre a tale interesse individuale statutariamente identificato, a fondamento della legittimazione attiva dell'associazione ricorrente milita anche un interesse in qualche modo superindividuale, quasi collettivo, collegato al fatto che, secondo quanto si evince dall'atto introduttivo, come pure dalla memoria del 25 marzo 2005, trattasi di «associazione di strutture sanitarie autorizzate ad eseguire prestazioni connesse alla procreazione medicalmente assistita».

3. – Procedendo ora all'esame del merito del ricorso, con il primo mezzo di gravame si deduce l'illegittimità del decreto ministeriale gravato per vizio motivazionale e nell'assunto che l'Amministrazione non si sia avvalsa pienamente dell'Istituto Superiore di Sanità.

La censura non appare fondata.

È opportuno ricordare, per chiarezza espositiva, come l'art. 7 della legge n. 40/2004 stabilisce che «il Ministro della Salute, avvalendosi dell'Istituto Superiore di Sanità, e previo parere del Consiglio Superiore di Sanità, definisce, con proprio decreto, linee guida contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita».

Ora, la suesposta locuzione legislativa non può essere ragionevolmente intesa come riferita all'«avvalimento» in senso tecnico, formula organizzatoria che attiene ai rapporti tra enti pubblici, ed è caratterizzata dall'utilizzo da parte di un ente degli uffici di un altro ente, ferma restando l'imputazione dell'attività al soggetto titolare della funzione.

La norma in esame va dunque interpretata nel senso che il Ministero della Salute, nella redazione delle *Linee guida*, è tenuto ad avvalersi delle competenze tecniche dell'Istituto Superiore di Sanità, e dunque ad acquisire le valutazioni espresse da detto organo.

Ciò risulta avvenuto nel caso di specie, come è chiaramente desumibile dalle premesse del provvedimento impugnato, ove si dà atto che è stato «sentito l'Istituto Superiore di Sanità circa le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita», come pure che è stato «acquisito il parere del Consiglio Superiore di Sanità., espresso nella seduta del 14 luglio 2004».

Né può fondatamente parlarsi di vizio motivazionale, in quanto nel decreto in esame sono esposte le ragioni del provvedere, e non è allo stesso applicabile la norma dell'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (che impone l'enunciazione dei presupposti di fatto e di diritto), trattandosi di atto a contenuto generale.

Quanto poi al fatto che il Ministero sia ricorso (anche) ad una Commissione di esperti, appare difficilmente contestabile che una tale facoltà rientri nella discrezionalità dell'Amministrazione, specie allorché si verta in presenza di questioni particolarmente delicate, caratterizzate da un inevitabile margine di opinabilità sotto il profilo scientifico, ed inoltre implicanti la risoluzione di problematiche di natura interdisciplinare (non solo mediche, ma anche giuridiche ed etiche).

4. – Con il secondo mezzo di ricorso si censura la mancata definizione della nozione di embrione da parte delle *Linee guida*, portante con sé la conseguenza di rendere incerta la determinazione dell'ambito di applicazione oggettivo delle stesse.

Anche tale censura deve essere disattesa, in quanto infondata, se non addirittura inammissibile.

Le *Linee guida*, in conformità di quanto stabilito dall'art. 7 della legge n. 40/2004, hanno ad oggetto l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita; non competeva dunque al provvedimento impugnato definire la nozione di embrione, ammesso poi che possa davvero pervenirsi ad un tale risultato.

Ed infatti, guardando agli orientamenti emergenti nella letteratura scientifica, non sembra possibile identificare la «data di nascita» dell'embrione, inteso come nuovo organismo umano; non soccorrono alla scopo le nozioni di zigote, di morula, di blastocisti, o di embrioblasto, e neppure la differenziazione del sistema nervoso con la comparsa della «stria primitiva», le quali descrivono i vari stadi di sviluppo cellulare.

Ciò che appare invece indubbio, a prescindere da ogni valutazione filosofica e religiosa, è che il processo biologico è un *continuum* che comincia, in condizioni normali, con la fecondazione, e cioè con l'unione del gamete paterno con quello materno (o, meglio, dei due D.n.a.) e procede senza salti di qualità.

Esula dunque dalla biologia la possibilità di dire quando è che un embrione divenga persona (*rectius*: sia tutelabile in quanto tale); ove se ne ravvisi la necessità, ciò potrebbe essere il frutto di una «convenzione umana», che, per la sua massima rilevanza, e per le ricadute connesse, non può che configurarsi come scelta espressione di discrezionalità politica del legislatore (come è avvenuto in altri ordinamenti), e giammai competere, *praeter legem*, ad un provvedimento amministrativo, chiamato solamente a dare attuazione tecnica alla legge, e non ad esprimere opzioni ideologiche, come è quella secondo cui l'embrione non è soggetto di diritto fin dal momento del concepimento.

5. – Con il terzo motivo si deduce poi che il decreto ministeriale, pur enunciandola, non tiene dichiaratamente conto della distinzione tra infertilità e sterilità, usando i due termini come sinonimi, in tale modo incorrendo nella violazione dell'art. 3 della legge generale sul procedimento amministrativo, oltre che in eccesso di potere per vizio della motivazione.

La censura è destituita di fondamento, tanto sul piano formale, che su quello sostanziale.

Sotto il primo profilo, sembra sufficiente richiamare quanto precedentemente osservato nel punto *sub* 3) della presente motivazione in ordine all'inapplicabilità del principio di obbligatorietà della motivazione agli atti a contenuto generale.

A voler accedere al piano sostanziale dell'argomentazione, la censura, nei termini prospettati, appare di scarsa intelligibilità, e comunque generica.

È noto come secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale nel giudizio amministrativo non basta dedurre genericamente un vizio, ma bisogna precisare il profilo sotto il quale il vizio viene dedotto, ed, ancora, indicare tutte quelle circostanze dalle quali possa inferirsi che il vizio denunciato effettivamente sussista (in termini, Cons. Stato, Sez. V, 28 settembre 1981, n. 425).

Il motivo in esame, nella sua sinteticità, e singolarmente considerato, non assolve, ad avviso del Collegio, all'onere della specificazione della rilevanza funzionale della mancata distinzione fra infertilità e sterilità.

6. – La quarta censura, nella prima parte, lamenta l'illegittimità (per violazione dell'art. 4 della legge n. 40/2004) del titolo «*Accesso alle tecniche*», ove impone la certificazione dello stato di infertilità da parte degli specialisti del Centro di fecondazione assistita.

La doglianza deve ritenersi infondata nei termini che seguono.

La preoccupazione di parte ricorrente sembra essere quella che le *Linee guida* abbiano imposto la certificazione anche dello stato di infertilità, che è causa di impossibilità di procreare «inspiegata», rendendo dunque più difficile l'accesso alle tecniche di procreazione assistita.

In realtà, le *Linee guida*, nella parte ora in esame, che certo non brilla per cartesiana chiarezza, devono essere interpretate nel senso che prevedono la competenza esclusiva degli specialisti del Centro autorizzato (e non di qualsivoglia medico abilitato all'esercizio della professione) a «certificare» l'esistenza dei presupposti per l'accesso alle tecniche di riproduzione assistita.

L'espressione «certificazione» è peraltro qui usata in termini tecnici, e deve dunque essere necessariamente sintonizzata con la prescrizione dell'art. 4 della legge n. 40/2004, che distingue (di qui anche l'inconferenza del terzo motivo di ricorso, precedentemente esaminato) non tanto tra sterilità ed infertilità, quanto piuttosto (ed utilmente, può dirsi, in una prospettiva pragmatica) tra sterilità ed infertilità «inspiegate» e sterilità ed infertilità «derivanti da causa accertata e certificata da atto medico».

Ne consegue che al ricorrere di cause impeditive della procreazione «inspiegate» l'accesso alle tecniche presuppone la mera documentazione con atto medico, mentre nel caso di sterilità ed infertilità da causa accertata l'accesso alle tecniche è accompagnata da idonea certificazione medica.

Le *Linee guida* non prospettano dunque un problema di «certificazione impossibile» della condizione di infertilità, in ordine alla quale la dichiarazione dei componenti della coppia appare imprescindibile.

La distinzione tra «atto medico documentato» e «certificazione medica» riproduce poi quella, risalente, tra accertamenti presuntivi ed accertamenti estimativi: in entrambi i casi si tratta comunque di atti costitutivi (e non meramente riproduttivi) di certezze giuridiche.

7. – Con il quinto mezzo di gravame si osserva come l'art. 6, II comma, della legge n. 40/04, relativo al «consenso informato», non specifica che l'informazione alle coppie sui costi economici del trattamento medico debba essere resa anche dalle strutture pubbliche allorché operino «a pagamento», e si deduce l'illegittimità per eccesso di potere sotto vari profili sintomatici delle *Linee guida* nella parte in cui ciò non esplicitano.

La censura è infondata.

Ed invero le *Linee guida*, sotto tale profilo, appaiono tecnicamente più perspicue del precetto legislativo, imponendo l'informazione «sui costi economici totali derivanti dalla procedura adottata» a tutti i centri di procreazione medicalmente assistita, senza distinzione tra natura pubblica o privata.

È peraltro già presente, nell'ordinamento, l'equiparazione tra l'esercizio di attività libero-professionale intramuraria e l'attività professionale svolta in una struttura privata autorizzata, significativamente testimoniata, tra l'altro, dalla circostanza per cui nello svolgimento di detta attività non è consentito l'uso del ricettario del servizio sanitario nazionale (cfr. art. 15 *quinquies*, IV comma, del D.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502).

Va inoltre considerato che il costo delle prestazioni a pagamento fornite dalle strutture pubbliche è oggetto di approvazione con delibera direttoriale che viene pubblicata mediante affissione all'albo pretorio.

Conseguentemente, non appare meritevole di positiva valutazione neppure la questione di legittimità costituzionale dedotta in relazione all'art. 41 della Costituzione, in conformità del canone dell'interpretazione costituzionalmente orientata, che impone all'interprete, ove sia consentita dalla *littera legis*, l'ermeneusi compatibile con la norma costituzionale.

8. – Con il sesto motivo di ricorso si deduce l'illegittimità sotto molteplici profili del provvedimento gravato nella parte in cui, sotto la rubrica «*Misure di tutela dello embrione – Sperimentazione sugli embrioni umani*», proibisce ogni diagnosi preimpianto a finalità eugenetica, e consente un'indagine dello stato di salute degli embrioni creati in vitro di tipo esclusivamente osservazionale.

Allega parte ricorrente che le *Linee guida* in tale modo, aderendo ad una nozione lata di eugenetica, precludono anche la diagnosi preimpianto per finalità diagnostiche e terapeutiche, che risulta invece consentita dall'art. 13, II comma, della legge n. 40/2004, in insuperabile contrasto con solo con il diritto alla salute e con la libertà della ricerca scientifica e dell'arte medica, ma anche con i dettami desumibili dalla convenzione di Oviedo e dal relativo Protocollo addizionale, recepiti con legge n. 145/2001.

Il tema, implicato dalla censura in esame, della «tutela dell'embrione» appare particolarmente arduo sotto il profilo giuridico, venendo in rilievo valori primari, quali il diritto alla salute, il principio solidaristico (verso persone che soffrono), la libertà della scienza.

Occorre anzitutto verificare se le *Linee guida*, in parte qua, siano conformi alla legge n. 40/2004.

L'art. 13 di tale legge, in coerenza con la previsione dell'art. 1 secondo cui il concepito (*melius*: l'embrione) è un soggetto di diritto al pari delle persone nate, vieta qualsiasi speri-

mentazione su embrioni umani e consente la ricerca clinica e sperimentale soltanto per finalità terapeutiche e diagnostiche, volte alla tutela della salute ed allo sviluppo dell'embrione, qualora non siano possibili metodologie alternative.

Ciò significa che dal sistema della legge si desume che l'indagine genetica preimpianto (caratterizzata dal prelievo di una cellula per esaminarla) è consentita solamente nell'interesse del concepito.

Le *Linee guida* prevedono soltanto l'indagine osservazionale, basata cioè sull'esame al microscopio di eventuali anomalie di sviluppo dell'embrione creato in vitro, ponendo il divieto della diagnosi preimpianto a finalità eugenetica.

Risulta dunque un'apparente difformità tra norma di legge e provvedimento, che sembra, *prima facie*, avere una portata più restrittiva.

In realtà, occorre considerare come nella pratica, secondo quanto ricorda anche l'Avvocatura dello Stato nella seconda memoria difensiva, e la circostanza risulta incontestata, non esistono ancora terapie geniche che permettano di curare un embrione malato, con possibile incidenza dunque sullo stato di salute del medesimo; di conseguenza la diagnosi preimpianto invasiva non potrebbe che concernere le sole qualità genetiche dello stesso embrione.

Si noti peraltro che l'art. 7, III comma, della legge n. 40/2004 prevede un aggiornamento periodico (almeno ogni tre anni) delle *Linee guida* in rapporto all'evoluzione tecnico-scientifica, tale da non escludere, in un più o meno prossimo futuro, l'indagine genetica a scopo terapeutico.

Essendo questo, ad oggi, lo stato dell'arte, il divieto di diagnosi preimpianto risulta coerente con la legge n. 40, ed in particolare con quanto prescritto dall'art. 13, II comma.

Neppure sussiste una difformità con la convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo nei confronti della biologia e della medicina (ratificata dall'Italia con legge 28 marzo 2001, n. 145), la quale non prevede regole sulla procreazione assistita, ma si limita a vietare la formazione di embrioni a scopo di ricerca, ed a stabilire che, ove uno Stato ammetta la ricerca sugli embrioni, questi debbano ricevere una tutela appropriata.

Deve chiedersi a questo punto se un tale sistema sia conforme ai principi costituzionali già in precedenza richiamati, in particolare sotto i due profili che ci si accinge ad esaminare.

Il primo è quello su cui si incentrano le argomentazioni di parte ricorrente circa l'impossibilità di «imbrigliare» la ricerca scientifica e l'arte medica, la quale si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, in continua evoluzione.

Tale assunto, nella sua assolutezza, non appare condivisibile; ed infatti la stessa sentenza della Corte costituzionale 26 giugno 2002, n. 282, invocata dalla ricorrente, riconosce la possibilità, sebbene in un contesto differente, che il legislatore stabilisca le pratiche terapeutiche ammesse, allorché entrino in gioco altri interessi di rango costituzionale.

In altri termini, la scienza medica proietta la sua luce in un contesto che si pone al crocevia fra due diritti fondamentali: quello di essere curato efficacemente, e quello dell'essere rispettato nella propria dignità ed integrità di essere umano.

Nel caso di specie non sembra revocabile in dubbio che a tutela dell'embrione il legislatore possa intervenire a limitare la pratica medica, tanto più ove la stessa non si basi su adeguate evidenze scientifiche e sperimentali.

Esorbita, poi, traducendosi anche in irrilevanza della questione di legittimità costituzionale, dal giudizio avente ad oggetto le *Linee guida* contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita la prospettiva, invero brevemente accennata nel ricorso, che censura la legge n. 40/2004 (ed in particolare l'art. 13) in quanto preclusiva della ricerca sulle cellule staminali embrionali, ambite per uso terapeutico contro gravi patologie.

Si intende con ciò affermare che non già dalle *Linee guida*, ma direttamente dall'art. 13, I e II comma, lett. a) e b), discende la preclusione della ricerca sulle staminali embrionali (quand'anche reperibili da embrioni congelati ed in stato di abbandono), la quale presuppone l'estrazione di cellule dall'embrione e la conseguente coltivazione *in vitro*, con soppressione dell'embrione stesso.

Il secondo parametro di verifica della compatibilità sistemica della disciplina oggetto di esame non può che essere costituito dal tristemente classico caso delle malattie genetiche (si pensi alla talassemia), e della possibilità, per le coppie a rischio, di avere figli sani.

È evidente che l'impossibilità di effettuare diagnosi preimpianto non permette di selezionare gli embrioni sani nel caso di genitori portatori di malattie genetiche.

Una tale facoltà è preclusa dalla legge (art. 13, III comma, lett. b) in quanto ricade nel divieto di selezione a scopo eugenetico, seppure trattasi di eugenetica negativa, volta cioè a fare sì che non nascano persone portatrici di malattie ereditarie, e non già a perseguire scopi di «miglioramento» della specie umana.

Non sfugge al Collegio il rigore della soluzione normativa, tanto più perché inserita in un contesto ordinamentale distonico, che riconosce una tutela forte dell'embrione, ma al contempo consente, ad esempio, metodi di controllo delle nascite, come la c.d. pillola del giorno dopo, che agiscono proprio nel senso di evitare l'annidamento in utero dell'ovulo fecondato.

Ciò nonostante gli argomenti esegetici di dubbio non riescono a superare, sul piano (si intende) strettamente giuridico, l'inesistenza di un fondamento alla pretesa ad avere un «figlio sano».

Si va, in tale modo, ben oltre la questione della configurabilità di un diritto alla procreazione, che è poi l'interfaccia del desiderio di essere genitori; anche ad ammettersi, per mera ipotesi, l'esistenza di un siffatto diritto della personalità, non può tuttavia sostenersi, già sul piano della ragionevolezza, che il metodo (artificiale) della procreazione assistita, il cui fine è solamente quello di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità od infertilità umane, possa offrire delle opportunità maggiori del «metodo naturale».

Anche rimanendo nel contesto delle coppie portatrici di malattie genetiche, palese sarebbe l'incostituzionalità della legge, che verrebbe a trattare in modo diverso tale categoria di soggetti, a seconda che siano o meno sterili, in quanto solo nel primo caso, legittimante l'accesso alla procreazione medicalmente assistita, vi sarebbe la possibilità di scegliere il figlio sano.

Né a diverso opinamento può condurre il principio di responsabilità nella procreazione, che appare di difficile compatibilità con i diritti del concepito.

Ben altra dimensione il predetto principio di responsabilità nella procreazione può assumere in funzione del diritto della donna ad interrompere la gravidanza ai sensi della legge 22 maggio 1978, n. 194 (fatta espressamente salva dalla legge n. 40/2004), al ricorrere di un serio o grave pericolo per la salute fisica o psichica della madre (e non del nascituro); ed infatti non v'è chi non veda come la salute psichica della madre possa essere compromessa anche dalla consapevolezza della malattia del figlio.

Tale dualismo di soluzioni giuridiche (a seconda che la prospettiva sia il diritto del concepito od il diritto alla salute della donna) non può, del resto, considerarsi contraddittorio, o, peggio, arbitrario, ove si tenga conto del risalente insegnamento della giurisprudenza costituzionale secondo cui «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita, ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare» (Corte cost. 18 febbraio 1975, n. 27; in senso conforme anche Corte cost. 10 febbraio 1997, n. 35).

In definitiva, anche tale censura deve essere disattesa.

9. – Con il settimo mezzo di gravame si deduce l'illegittimità delle *Linee guida* nella parte in cui non hanno specificato, quanto meno in via esemplificativa, le patologie e condizioni morbose della donna, non prevedibili al momento della fecondazione, che consentono la crioconservazione dell'embrione, ed in particolare quella rappresentata dall'ipotesi in cui tutti e tre gli ovociti inseminati risultino idonei al trasferimento, ma ne sia controindicato l'impianto nell'utero.

La censura, finalizzata a stigmatizzare la mancata enucleazione delle ipotesi in cui è effettuabile la crioconservazione in rapporto essenzialmente alla tutela della salute della donna, non appare meritevole di positiva valutazione.

È opportuno, in proposito, premettere che l'art. 14 della legge n. 40/2004, al primo comma, vieta la crioconservazione e la soppressione degli embrioni; al secondo comma, come logico corollario del fatto che tutti gli embrioni formati nel corso di un ciclo di trattamento devono essere reimpiantati in utero, prescrive che le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre (in analogia con quanto previsto da altre legislazioni europee).

Le *Linee guida* non intervengono su tale disposto legislativo, e neppure sulla norma di cui al successivo terzo comma dell'art. 14 della legge n. 40/2004, a termini della quale «qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile».

Obietta la ricorrente che avrebbe dovuto essere proposta un'elencazione delle condizioni morbose che consentono la provvisoria crioconservazione dell'embrione.

L'assunto non appare condivisibile, atteso che le *Linee guida* hanno effettuato un ragionevole bilanciamento (forse, l'unico possibile) tra la tutela dell'embrione e la tutela della salute della donna, compatibile con il riconoscimento anche all'embrione della soggettività giuridica.

In particolare, con una significativa precisazione della legge n. 40/2004, le *Linee guida*, nel titolo relativo alle «*Misure di tutela dell'embrione*», prevedono la non coercibilità dell'impianto nel caso in cui dall'indagine osservazionale vengano evidenziate gravi anomalie dell'embrione.

Si afferma, in sostanza, in conformità del principio costituzionale secondo cui nessun atto medico può essere effettuato senza il consenso del paziente, la non coercibilità dell'impianto di embrione; in tale caso la coltura in vitro deve essere mantenuta fino al suo estinguersi.

La censura, oggetto di scrutinio, in realtà, pur presentando uno iato logico nel suo sviluppo argomentativo, tende non tanto a censurare la mancata elencazione esemplificativa delle patologie della donna che consentono la crioconservazione, comprensiva anche dell'ipotesi in cui tutti e tre gli ovociti inseminati risultino idonei a diventare embrioni, rispetto alla quale l'interesse finale appare adeguatamente tutelato dalla non obbligatorietà dell'impianto, ma è finalizzata a porre in discussione la limitazione numerica degli embrioni da produrre, nell'assunto che, spesso, la tecnica FIVET richiede la produzione di embrioni in soprannumero, si da imporsi, in caso di insuccesso del primo ciclo, la ripetizione della stimolazione ormonale ed un nuovo atto chirurgico di prelievo di ovociti.

È innegabile l'afflittività di tali pratiche mediche (auspicabilmente destinate a ridursi con la possibilità di congelare ovociti, anziché embrioni), ma non sembra risolversi stricto iure in un dubbio di illegittimità costituzionale della norma, in quanto il diritto alla salute della donna va bilanciato, come si diceva in precedenza, con la tutela dell'embrione.

Del resto, risulta evidente l'asimmetria, o, forse meglio, la ragionevole diversa intensità del livello di tutela del concepito e della madre ove si consideri che, nonostante la previsione dell'art. 1 della legge n. 40, la tutela dell'embrione, che prende forma anzitutto nel fondamentale diritto alla vita, è condizionata dal fatto che richiede l'impianto nel grembo materno, e detto impianto non è coercibile.

10. – Con l'ottavo motivo di ricorso si lamenta la mancata indicazione al medico del comportamento da tenere nel caso di crioconservazione di materiale genetico appartenente ad individuo non più vivente, e cioè, in particolare, nel caso in cui, tra il momento dell'inseminazione ed il momento di trasferimento in utero, uno dei *partners* sia deceduto.

La censura è infondata, e probabilmente inammissibile se non altro per carenza di interesse, in quanto la soluzione sembra già rinvenibile da un'attenta esegesi della legge n. 40/04.

È vero, infatti, che l'art. 5 di tale *corpus* normativo prevede come requisito soggettivo per l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, tra l'altro, che i componenti della coppia siano entrambi viventi; ed è altrettanto vero che l'art. 12, I comma, commina una sanzione amministrativa a chi «applica» le predette tecniche a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi, ma nulla dispone la legge per il caso in cui il marito o compagno deceda nel corso del procedimento fecondativo, ed in particolare dopo che l'embrione si sia formato.

Se si considera inoltre che l'art. 14, I comma, della legge in esame vieta la soppressione di embrioni, e che l'art. 6, III comma, stabilisce la inefficacia della revoca della volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita dopo la fecondazione dell'ovulo, non può che desumersi, in via interpretativa, che il momento in cui deve sussistere il requisito soggettivo della presenza in vita di entrambi i componenti della coppia sia quello della fecondazione dell'ovulo, risultando irrilevante la successiva morte del marito o del compagno, al pari della revoca della volontà procreativa.

Bene si intende come, anche in tale caso, prevale la tutela dell'embrione, i cui diritti sono espressamente assicurati dall'art. 1 della legge n. 40/2004.

11. – Con l'ultima censura si deduce infine, in modo estremamente sintetico, il contrasto delle disposizioni in materia di «registrazione e mantenimento dei dati», contenute nelle *Linee guida*, con il D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (codice in materia di protezione dei dati personali).

La censura è infondata, se non inammissibile per genericità.

Contrariamente a quanto sembra assumere parte ricorrente, la scheda clinica, contenente le generalità di entrambi i *partners*, non è congiunta al contenitore dei gameti, ma deve essere conservata, unitamente alla scheda di laboratorio, dal Centro.

Non è dunque ravvisabile nei termini dedotti la violazione dell'All. B al D.lgs. n. 196/2003, che impone tecniche di cifratura (tra cui codici identificativi) per il trattamento di dati idonei a rivelare lo stato di salute, contenuti in elenchi, registri, *et similia*.

12. – Alla stregua delle considerazioni che precedono il ricorso deve essere respinto per l'infondatezza dei motivi dedotti.

Sussistono giusti motivi per disporre tra le parti la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M. il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – Sezione III *Ter*, definitivamente pronunciando, respinge il ricorso (*omissis*).

Così deciso in Roma, nelle camere di consiglio del 7 aprile 2005 e del 5 maggio 2005 (*omissis*)».

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sezione terza ter, sentenza nella camera di consiglio del 7 aprile 2005 n. 4046 – *Pres.* F. Corsaro – *Rel.* S. Fantini – D.D.I. e D'A. R. (Avv.ti M. P. Costantini, N. Manenti e S. Papandrea) c. Ministero della Salute (Avvocatura Generale dello Stato), con l'intervento *ad adiuvandum* delle Associazioni (...) e con l'intervento *ad opponendum* di (...).

«(*omissis*) *Fatto* – Con atto notificato in data 12 novembre 2004 e depositato il successivo 11 dicembre i coniugi ricorrenti, premesso di appartenere alla «popolazione delle coppie infertili», e di avere fatto ricorso alle tecniche mediche di procreazione medicalmente assistita, impugnano le *Linee guida* di cui al D.M. 21 luglio 2004, assumendone l'illegittimità.

Specificano in particolare che il provvedimento gravato, in difformità di quanto stabilito dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40, impedisce, di fatto, di conoscere lo stato di salute dell'embrione prima del trasferimento in utero, il che appare particolarmente pregiudizievole per i ricorrenti, risultando la sig.ra I.D.D. affetta da talasso drepanocitosi ed il sig. R. D'A. portatore sano della medesima patologia, e dunque coppia ad alto rischio di trasmissione genetica della malattia in questione.

Deducano a fondamento del ricorso il seguente, complesso, motivo di diritto: eccesso di potere sotto il profilo dello straripamento di potere; violazione degli artt. 32, 70 e 102 della Costituzione; violazione e falsa applicazione degli artt. 7, 13 e 14 della legge 19 febbraio 2004, n. 40; eccesso di potere per illogicità manifesta.

Il decreto impugnato non si limita a disciplinare i protocolli medici da utilizzare per le tecniche di procreazione medicalmente assistita, ma si addentra a disciplinare questioni prive di attinenza con gli aspetti tecnico – organizzativi, che sarebbero state di competenza del legislatore, ovvero dell'Autorità giudiziaria in sede interpretativa.

Generalmente, le *Linee guida* in campo sanitario contengono raccomandazioni non vincolanti concernenti le buone pratiche mediche o le prassi della medicina basate sull'evidenza scientifica; nel caso di specie, al contrario, è la stessa legge n. 40/04 a sancirne la vincolatività per tutti i centri autorizzati.

Le *Linee guida* inoltre non possono considerarsi come regolamento di attuazione, non avendo la forma e la natura di un atto normativo.

Di conseguenza, il loro ambito oggettivo avrebbe dovuto essere limitato agli aspetti organizzativi od ai fattori tecnici, senza incidere su aspetti legati alle libertà ed ai diritti fondamentali degli individui.

Così non è nel caso di specie.

In particolare, il provvedimento impugnato prevede che «è proibita ogni diagnosi preimpianto a finalità eugenetica. Ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati in vitro, ai sensi dell'art. 14, comma 5, dovrà essere di tipo osservazionale».

A ben vedere, gli artt. 13 e 14 della legge n. 40/04 non abbisognavano di alcun intervento attuativo da parte delle *Linee guida*; si tratta, infatti, di norme che non presentano aspetti tecnici da chiarire, ma che pongono divieti e limiti, peraltro ricadenti su diritti fondamentali, anche di rango costituzionale, che non possono essere aggravati con atti amministrativi.

Infatti sia l'art. 13 che l'art. 14 impongono limiti a diritti riconosciuti costituzionalmente (il diritto alla ricerca ed il diritto alla salute) in virtù di un diritto dell'embrione alla dignità umana; il bilanciamento di tali valori non può che essere effettuato dal legislatore.

Va peraltro considerato che l'art. 13 della legge n. 40/04 non vieta la diagnosi, che, in sé considerata, non ha valenza lesiva nei confronti del bene protetto dalla norma, che è l'embrione.

Altra cosa è il divieto di «selezione a scopo eugenetico», volto ad impedire esperimenti comportanti il sacrificio di embrioni «esclusivamente» funzionali al miglioramento della razza.

Il provvedimento impugnato, parlando di diagnosi preimpianto a finalità eugenetica, crea un non senso, risultando dunque inficiato di illogicità; ed invero ogni intervento diagnostico ha solo finalità cognitiva.

Le *Linee guida*, nella parte in cui consentono esclusivamente l'indagine di tipo osservazionale degli embrioni creati in vitro, svuotano di significato la previsione di cui all'art. 14, I, IV, e V comma, della legge n. 40/04, vietando ogni forma di diagnosi genetica.

Solamente quest'ultima consente infatti di riconoscere anomalie cromosomiche (triploidie e tetraploidie) che comportano per la madre il rischio della mola vescicolare; attraverso l'indagine meramente osservazionale dell'embrione è possibile valutare esclusivamente la compattezza e lo stato di aggregazione delle cellule che formano l'embrione.

L'obbligo imposto dalle *Linee guida* di limitare le indagini diagnostiche alla mera osservazione al microscopio introduce un divieto non previsto dalla legge, violandone in tale modo la *ratio*.

I limiti posti dalle *Linee guida* producono l'impossibilità di diagnosticare malattie genetiche e cromosomiche, determinando anche una discriminazione in ordine alla diagnosticabilità delle malformazioni; alcune sarebbero di fatto ammesse attraverso l'analisi osservazionale, altre precluse.

Viene inoltre ad essere svuotata la portata dell'art. 13, II comma, della legge n. 40/04, che consente la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione con finalità terapeutiche e diagnostiche; ed infatti la limitazione alla diagnosi osservazionale influirebbe negativamente su tale diritto, rendendolo di fatto non esercitabile.

Ulteriore conseguenza di tale limitazione diagnostica è ravvisabile nella responsabilità in cui può incorrere il medico, stante il diritto della donna a conoscere lo stato di salute del nascituro, con la conseguente possibilità di interrompere o meno la gravidanza ai sensi della legge n. 194/1978.

Va ancora considerato che la diagnosi genetica preimpianto non ha finalità eugenetiche, in quanto il suo fine non è quello del miglioramento della razza, bensì l'accertamento volto a vedere se l'embrione presenti le malattie genetiche di cui sono affetti gli aspiranti genitori; si tratta di una finalità di tutela della salute psico-fisica dei genitori, analoga a quella che giustifica l'interruzione della gravidanza.

E, del resto, una delle opzioni interpretative dell'art. 14 della legge n. 40/04 è proprio quella di avere esteso alla fase preimpianto l'operatività della legge n. 194/1978.

Si aggiunga alle esposte considerazioni l'ulteriore constatazione del fatto che le *Linee guida* non sono state redatte, come pure previsto dall'art. 7 della legge n. 40/04, dall'Istituto Superiore di Sanità, bensì da una Commissione nominata dal Ministro della Salute, non legittimata a creare norme vincolanti.

Possono essere enucleati i seguenti profili di contrasto tra le *Linee guida* e la legge; il primo attiene all'obbligo di trasferimento in utero di tutti gli embrioni prodotti (art. 14, III comma), ove invece le *Linee guida* sanciscono la incoercibilità del trasferimento; inoltre la legge vieta la soppressione dell'embrione, mentre le *Linee guida* la ammettono ove lo stesso presenti gravi anomalie irreversibili dello sviluppo; in terzo luogo le *Linee guida*, anziché avere valore di raccomandazioni di ordine tecnico, sono vincolanti, incidendo sulla deontologia medica, oltre che sulla appropriatezza ed adeguatezza della procedura.

Ulteriore profilo di illegittimità del decreto impugnato è ravvisabile nel fatto di non avere individuato le cause di forza maggiore che consentono di escludere l'impianto dell'embrione.

Sono intervenute *ad adiuvandum*, con atto ritualmente notificato, le associazioni (*omissis*), concludendo per l'accoglimento del ricorso.

Si è altresì costituito in giudizio il Ministero della Salute eccependo l'inammissibilità del ricorso (e conseguentemente anche degli atti di intervento), in quanto proposto avverso atto (una circolare esplicativa) non immediatamente lesivo, per carenza di interesse dei ricorrenti che non hanno neppure dedotto di avere richiesto l'utilizzazione della pratica di fecondazione assistita, oltre che la sua infondatezza nel merito.

Sono poi intervenuti *ad opponendum*, con atto ritualmente notificato, (...), eccependo l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, e comunque la sua infondatezza nel merito.

All'udienza del 7 aprile 2005 la causa è stata trattenuta in decisione.

Diritto – Vanno anzitutto esaminate le eccezioni di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse svolte, sotto un duplice profilo, dall'Avvocatura dello Stato e dalle associazioni intervenienti *ad opponendum*.

Con riguardo alla carenza di interesse, conseguente al fatto che l'impugnativa ha ad oggetto una «circolare applicativa», e dunque non lesiva della posizione giuridica dei ricorrenti, ritiene il Collegio che l'eccezione debba essere disattesa.

Ed invero, anche a prescindere dalla correttezza della qualificazione giuridica del decreto ministeriale 21 luglio 2004 in termini di circolare, appare indubbio che le *Linee guida* abbiano carattere immediatamente precettivo.

Ciò si inferisce anzitutto dalla previsione dell'art. 7, II comma, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, ove è *expressis verbis* affermato che le *Linee guida* sono vincolanti per tutte le strutture autorizzate; inoltre l'analisi del testo dimostra che il decreto ministeriale 21 luglio 2004 ha un contenuto non meramente ripetitivo delle norme di legge, e dunque non esclusivamente interpretativo, disciplinando le «procedure e le tecniche di procreazione medicalmente assistita».

Conseguentemente, quale che sia il *nomen iuris* attribuibile alle *Linee guida*, le stesse non si configurano come atto interno all'Amministrazione, e pertanto inidoneo a ledere posizioni di terzi.

Deve invece ritenersi fondata l'eccezione di inammissibilità per carenza di interesse attuale a ricorrere, svolta dalle parti resistenti (rispettivamente nella seconda memoria dell'Avvocatura dello Stato, depositata in data 24 marzo 2005, e nella memoria, depositata il 6 aprile 2005, degli interventori *ad opponendum*) nell'assunto che i coniugi ricorrenti non hanno documentato, e neppure allegato di avere fatto ricorso ad una procedura di fecondazione assistita.

Nell'atto di ricorso si premette, nell'esposizione «in fatto», che i ricorrenti appartengono alla «popolazione delle coppie infertili», avendo conseguito la relativa certificazione «come da documentazione che si allega».

In realtà, tale documentazione non è stata versata in atti, come, del resto, risulta confermato dalla mancata enucleazione della medesima nell'«indice dei documenti allegati».

Ma quello che più conta, ai fini della valutazione della sussistenza dell'interesse a ricorrere, è rappresentato dal fatto che i ricorrenti, pur affermando, in modo peraltro del tutto generico, di «aver deciso di perseguire la propria aspirazione alla genitorialità mediante l'aiuto della scienza medica affidandosi alle cure di un centro autorizzato operante nel settore della procreazione medicalmente assistita», non hanno documentato tale circostanza, o per lo meno specificato a quale centro si sono rivolti, contestualizzando in qualche modo un'affermazione che rimane evidentemente sfornita del benché minimo supporto probatorio.

V'è di più: i ricorrenti non hanno assolto all'onere di dimostrare il requisito dell'attualità dell'interesse neppure nel corso del giudizio; tale questione non è stata infatti minimamente affrontata nella memoria del 22 marzo 2005, che, invece, si fa puntualmente carico di replicare, tra l'altro, all'eccezione di inammissibilità argomentata con riguardo alla natura di atto a carattere generale del provvedimento gravato.

Ora, a norma dell'art. 100 del c.p.c., applicabile anche al processo amministrativo, costituisce condizione dell'azione, oltre alla titolarità della situazione giuridica sostanziale, l'inte-

resse a ricorrere, che deve essere personale (o diretto), attuale e concreto, sì che, in caso di accoglimento del gravame, il ricorrente veda rimosso l'effettivo pregiudizio che gli deriva dal provvedimento amministrativo impugnato.

L'attributo della personalità sta a significare che il risultato di vantaggio deve riguardare specificamente e direttamente il ricorrente; l'attualità invece evidenzia che l'interesse deve sussistere al momento del ricorso, non essendo sufficiente configurare l'eventualità o l'ipotesi di una lesione; corrispondentemente, il requisito della concretezza indica che l'interesse va valutato con riferimento ad un pregiudizio concretamente prodottosi nella sfera giuridica (patrimoniale, od anche morale) del ricorrente (in termini, tra le tante, Cons. Stato, Sez. VI, 6 marzo 2002, n. 1371; Cons. Stato, Sez. VI, 18 marzo 2003, n. 1414; Cons. Stato, Sez. V, 26 febbraio 1992, n. 158; T.A.R. Lazio, Sez. III, 12 ottobre 2004, n. 10755; T.A.R. Lazio, Sez. II, 19 febbraio 2001, n. 1301).

La conseguenza è che il ricorso deve ritenersi inammissibile allorché l'atto impugnato non leda attualmente un interesse del ricorrente, dato che la lesione stessa è al momento ancora eventuale, ovvero obiettivamente incerta, e solo in un momento successivo, a causa di atti o fatti conseguenti, può trovare consistenza.

Nel caso di specie, la mancata dimostrazione, nei termini anzidetti, da parte dei ricorrenti, dell'essere sottoposti ad una procedura di procreazione medicalmente assistita, li rende privi di una situazione soggettiva differenziata rispetto a quella di tutti i potenziali utenti delle strutture di riproduzione umana.

Discende infatti dai descritti caratteri dell'interesse a ricorrere che nel processo amministrativo il risultato utile che il ricorrente deve dimostrare di perseguire non è la semplice garanzia dell'interesse legittimo, traducendosi in una sorta di azione popolare, ma, appunto, un interesse proprio al conseguimento di un'utilità o vantaggio (che, nella vicenda in esame, sarebbe l'annullamento, quanto meno parziale, delle *Linee guida*, asseritamente limitative delle stesse facoltà riconosciute dalla legge n. 40/2004).

La mancata dimostrazione di un siffatto interesse attuale a ricorrere preclude l'esame del merito del ricorso, che deve dunque essere dichiarato inammissibile.

La pronuncia di inammissibilità del ricorso principale comporta, per accessorialità, l'inammissibilità anche degli atti di intervento ad adiuvandum, atteso che l'interventore *ad adiuvandum* non può ampliare il «*thema decidendum*», quale delimitato dall'atto introduttivo del giudizio, ma solamente sviluppare i motivi dedotti dal ricorrente, sì che la sua posizione appare strettamente dipendente dall'azione esercitata da quest'ultimo (Cons. Stato, Sez. V, 29 novembre 2004, n. 7748).

Sussistono comunque giusti motivi per disporre tra tutte le parti la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M. Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – Sezione III *Ter*, definitivamente pronunciando, dichiara inammissibile il ricorso, nonché gli atti di intervento (...).

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 7 aprile 2005 (*omissis*).

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sezione terza ter, sentenza nelle camere di consiglio del 7 aprile 2005 e del 5 maggio 2005 n. 4047 – Pres. F. Corsaro – Rel. S. Fantini S.r.l. (*omissis*) c. Ministero della Salute (Avvocatura Generale dello Stato), con l'intervento *ad adiuvandum* delle s.r.l. (*omissis*) e con l'intervento *ad opponendum* di (...).

«(*Omissis*) *Fatto* – Con atto notificato in data 15 novembre 2004 e depositato il successivo 14 dicembre le strutture ricorrenti impugnano le *Linee guida* di cui al decreto ministeriale 21 luglio 2004, assumendone l'illegittimità.

Deducono a fondamento del ricorso i seguenti motivi di diritto:

1) Eccesso di potere sotto il profilo dello straripamento di potere; violazione degli artt. 32, 70 e 102 della Costituzione; violazione e falsa applicazione degli artt. 7, 13 e 14 della legge 19 febbraio 2004, n. 40; eccesso di potere per illogicità manifesta.

Il decreto impugnato non si limita a disciplinare i protocolli medici da utilizzare per le tecniche di procreazione medicalmente assistita, ma si addentra a disciplinare questioni prive di attinenza con gli aspetti tecnico – organizzativi, che sarebbero state di competenza del legislatore, ovvero dell'Autorità giudiziaria in sede interpretativa.

Generalmente, le *Linee guida* in campo sanitario contengono raccomandazioni non vincolanti concernenti le buone pratiche mediche o le prassi della medicina basate sull'evidenza scientifica; nel caso di specie, al contrario, è la stessa legge n. 40/2004 a sancirne la vincolatività per tutti i centri autorizzati.

Le *Linee guida* inoltre non possono considerarsi come regolamento di attuazione, non avendo la forma e la natura di un atto normativo.

Di conseguenza, il loro ambito oggettivo avrebbe dovuto essere limitato agli aspetti organizzativi od ai fattori tecnici, senza incidere su aspetti legati alle libertà ed ai diritti fondamentali degli individui.

Così non è nel caso di specie.

In particolare, il provvedimento impugnato prevede che «è proibita ogni diagnosi preimpianto a finalità eugenetica. Ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati in vitro, ai sensi dell'art. 14, comma 5, dovrà essere di tipo osservazionale».

A ben vedere, gli artt. 13 e 14 della legge n. 40/2004 non abbisognavano di alcun intervento attuativo da parte delle *Linee guida*; si tratta, infatti, di norme che non presentano aspetti tecnici da chiarire, ma che pongono divieti e limiti, peraltro ricadenti su diritti fondamentali, anche di rango costituzionale, che non possono essere aggravati con atti amministrativi.

Infatti sia l'art. 13 che l'art. 14 impongono limiti a diritti riconosciuti costituzionalmente (il diritto alla ricerca ed il diritto alla salute) in virtù di un diritto dell'embrione alla dignità umana; il bilanciamento di tali valori non può che essere effettuato dal legislatore.

Va peraltro considerato che l'art. 13 della legge n. 40/2004 non vieta la diagnosi, che, in sé considerata, non ha valenza lesiva nei confronti del bene protetto dalla norma, che è l'embrione.

Altra cosa è il divieto di «selezione a scopo eugenetico», volto ad impedire esperimenti comportanti il sacrificio di embrioni «esclusivamente» funzionali al miglioramento della razza.

Il provvedimento impugnato, parlando di diagnosi preimpianto a finalità eugenetica, crea un non senso, risultando dunque inficiato di illogicità; ed invero ogni intervento diagnostico ha solo finalità cognitiva.

Le *Linee guida*, nella parte in cui consentono esclusivamente l'indagine di tipo osservazionale degli embrioni creati in vitro, svuotano di significato la previsione di cui all'art. 14, I, IV, e V comma, della legge n. 40/2004, vietando ogni forma di diagnosi genetica.

Solamente quest'ultima consente infatti di riconoscere anomalie cromosomiche (triploidie e tetraploidie) che comportano per la madre il rischio della mola vescicolare; attraverso l'indagine meramente osservazionale dell'embrione è possibile valutare esclusivamente la compattezza e lo stato di aggregazione delle cellule che formano l'embrione.

L'obbligo imposto dalle *Linee guida* di limitare le indagini diagnostiche alla mera osservazione al microscopio introduce un divieto non previsto dalla legge, violandone in tale modo la *ratio*.

I limiti posti dalle *Linee guida* producono l'impossibilità di diagnosticare malattie genetiche e cromosomiche, determinando anche una discriminazione in ordine alla diagnosticabilità delle malformazioni; alcune sarebbero di fatto ammesse attraverso l'analisi osservazionale, altre precluse.

Viene inoltre ad essere svuotata la portata dell'art. 13, II comma, della legge n. 40/2004, che consente la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione con finalità terapeutiche e diagnostiche; ed infatti la limitazione alla diagnosi osservazionale influirebbe negativamente su tale diritto, rendendolo di fatto non esercitabile.

Ulteriore conseguenza di tale limitazione diagnostica è ravvisabile nella responsabilità in cui può incorrere il medico, stante il diritto della donna a conoscere lo stato di salute del nascituro, con la conseguente possibilità di interrompere o meno la gravidanza ai sensi della legge n. 194/1978.

Va ancora considerato che la diagnosi genetica preimpianto non ha finalità eugenetiche, in quanto il suo fine non è quello del miglioramento della razza, bensì l'accertamento volto a vedere se l'embrione presenti le malattie genetiche di cui sono affetti gli aspiranti genitori; si tratta di una finalità di tutela della salute psico-fisica dei genitori, analoga a quella che giustifica l'interruzione della gravidanza.

E, del resto, una delle opzioni interpretative dell'art. 14 della legge n. 40/2004 è proprio quella di avere esteso alla fase preimpianto l'operatività della legge n. 194/1978.

2) *Error in procedendo* ed eccesso di potere per illogicità manifesta.

Si aggiunga alle esposte considerazioni l'ulteriore constatazione del fatto che le *Linee guida* non sono state redatte, come pure previsto dall'art. 7 della legge n. 40/2004, dall'Istituto Superiore di Sanità, bensì da una Commissione nominata dal Ministro della Salute, non legittimata a creare norme vincolanti.

Possono essere enucleati i seguenti profili di contrasto tra le *Linee guida* e la legge; il primo attiene all'obbligo di trasferimento in utero di tutti gli embrioni prodotti (art. 14, III comma), ove invece le *Linee guida* sanciscono la incoercibilità del trasferimento; inoltre la legge vieta la soppressione dell'embrione, mentre le *Linee guida* la ammettono ove lo stesso presenti gravi anomalie irreversibili dello sviluppo; in terzo luogo le *Linee guida*, anziché avere valore di raccomandazioni di ordine tecnico, sono vincolanti, incidendo sulla deontologia medica, oltre che sulla appropriatezza ed adeguatezza della procedura.

Ulteriore profilo di illegittimità del decreto impugnato è ravvisabile nel fatto di non avere individuato le cause di forza maggiore che consentono di escludere l'impianto dell'embrione.

La mancata previsione nelle *Linee guida* del venire meno di uno dei partners, ed in particolare di quello maschile, una volta fecondato l'ovulo, determina ulteriori incertezze in ordine alla crioconservabilità dell'embrione.

Appare inoltre evidente il differente approccio al tema della diagnosi prenatale delle *Linee guida* rispetto alla convenzione di Oviedo ed al relativo protocollo addizionale, che pure vengono richiamati; in particolare, la convenzione di Oviedo non considera quale prassi eugenetica la diagnosi preimpianto allorché sia effettuata per «ragioni mediche».

Il provvedimento gravato inoltre impone ai centri privati di provvedere con oneri a proprio carico alla crioconservazione degli embrioni, allorché ammessa, ma in tale modo incide illegittimamente sull'autonomia privata degli stessi, in modo che potrebbe competere solamente alla legge.

Infine deve evidenziarsi che le *Linee guida* onerano gli specialisti del Centro di redigere la certificazione dello stato di infertilità per l'accesso alle tecniche di riproduzione assistita; va però considerato che la maggiore parte delle situazioni di infertilità è dovuta a fattori che restano sconosciuti. Ciò induce il medico, al fine di non incorrere in responsabilità, anche di tipo penale, a rendere certificazioni sempre negative. Non può dunque che concludersi nel senso della illegittimità ed irragionevolezza della previsione che obbliga la certificazione anche dei casi di infertilità inspiegata.

Sono intervenute *ad adiuvandum* le S.r.l. (...), concludendo per l'accoglimento del ricorso.

Si è altresì costituito in giudizio il Ministero della Salute eccependo l'inammissibilità del ricorso (e conseguentemente anche degli atti di intervento), in quanto proposto avverso atto (una circolare esplicativa) non immediatamente lesivo, nonché per carenza di interesse e difetto di legittimazione attiva delle strutture ricorrenti, oltre che la sua infondatezza nel merito.

Sono poi intervenuti *ad opponendum*, con atto ritualmente notificato, (...), eccependo l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, e comunque la sua infondatezza nel merito.

All'udienza del 7 aprile 2005 la causa è stata trattenuta in decisione.

Diritto 1. – Vanno anzitutto esaminate le eccezioni di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse e per difetto di legittimazione attiva, articolate dall'Avvocatura dello Stato e dalle associazioni intervenienti *ad opponendum*.

Con riguardo alla carenza di interesse, conseguente al fatto che l'impugnativa ha ad oggetto una "circolare applicativa", e dunque non lesiva della posizione giuridica delle ricorrenti, ritiene il Collegio che l'eccezione debba essere disattesa.

Ed invero, anche a prescindere dalla correttezza della qualificazione giuridica del decreto ministeriale 21 luglio 2004 in termini di circolare, appare indubbio che le *Linee guida* abbiano carattere immediatamente precettivo.

Ciò si inferisce anzitutto dalla previsione dell'art. 7, II comma, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, ove è *expressis verbis* affermato che le *Linee guida* sono vincolanti per tutte le strutture autorizzate; inoltre l'analisi del testo dimostra che il decreto ministeriale 21 luglio

2004 ha un contenuto non meramente ripetitivo delle norme di legge, e dunque non esclusivamente interpretativo, disciplinando le “procedure e le tecniche di procreazione medicalmente assistita”.

Conseguentemente, quale che sia il *nomen iuris* attribuibile alle *Linee guida*, le stesse non si configurano come atto interno all’Amministrazione, e pertanto inidoneo a ledere posizioni di terzi, in mancanza dell’adozione di ulteriori provvedimenti.

Dette *Linee guida* hanno un carattere precettivo, che si pone su di un piano diverso da quello, prevalentemente organizzatorio, afferente all’autorizzazione regionale, di cui devono essere dotate le strutture (pubbliche e private) che applicano le tecniche di procreazione medicalmente assistita.

1.1. – In ordine, poi, al difetto di legittimazione attiva delle ricorrenti, si desume dai provvedimenti di autorizzazione versati in atti che le stesse sono strutture che erogano prestazioni sanitarie di chirurgia, urologia, ginecologia ed ostetricia, ed in particolare di «medicina della riproduzione» (...), e sono dunque titolari di un interesse qualificato e differenziato rispetto a quello della generalità dei cittadini alla legalità dell’azione amministrativa, che consente anche di riconoscere alle stesse la legittimazione processuale nella materia specifica della procreazione medicalmente assistita, a fronte di un provvedimento che si assume essere lesivo.

2. – Procedendo all’esame del merito del ricorso, con il primo, complesso e poliedrico motivo si deduce l’illegittimità del decreto ministeriale gravato per violazione di legge e per plurimi profili sintomatici di eccesso di potere, nell’assunto della natura vincolante delle *Linee guida*, che hanno invece generalmente natura di raccomandazione, ed in considerazione del fatto che, in materia di diagnosi preimpianto, si pongono in contrasto con gli artt. 13 e 14 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, introducendo, in modo inammissibile per un provvedimento amministrativo, una disciplina più restrittiva di quella di rango legislativo.

La censura è infondata, e deve dunque essere disattesa.

Sotto il primo aspetto, si è già in precedenza osservato che è l’art. 7, III comma, della legge n. 40/2004 a stabilire che le *Linee guida* sono vincolanti per tutte le strutture autorizzate, e proprio per tale carattere risultano *ex se* impugnabili in sede giurisdizionale.

Il problema diviene dunque di ordine terminologico; può sostenersi che, alla stregua del significato corrente, risulti impropria, in ragione del suo contenuto, la qualificazione del decreto ministeriale 21 luglio 2004 in termini di “*Linee guida*”, ma ciò non si traduce in alcun profilo di invalidità, ove, in sede interpretativa, sia riconoscibile la conformità del provvedimento amministrativo al parametro normativo, ovvero, più generalmente, il rispetto della *ratio legis*.

Appare nei termini suesposti inconferente la deduzione in ordine alla natura non normativa (e dunque non innovativa dell’ordinamento) del decreto impugnato, dovendo il sindacato giurisdizionale verificare proprio se le *Linee guida* concernono le procedure di procreazione medicalmente assistita (come richiesto, appunto, dall’art. 7 della legge n. 40/2004), o se, al contrario, trascendono tale oggetto, invadendo aree *praeter legem*.

2.1. – Ciò premesso, ritiene il Collegio che le *Linee guida*, in tema di diagnosi preimpianto, laddove prescrivono che è proibita ogni diagnosi a finalità eugenetica, consentendo solamente un’indagine di tipo osservazionale dello stato di salute degli embrioni creati *in vitro*, non si pongano in contrasto con gli artt. 13 e 14 della legge n. 40/2004, e con il bilanciamento di valori da tali norme effettuato dettando «misure di tutela dell’embrione».

Allegano le ricorrenti che la legge non vieta la diagnosi preimpianto, ma solamente la “selezione a scopo eugenetico”, e che dunque appare illogica e restrittiva in modo fuorviante la prescrizione delle *Linee guida* che “proibisce ogni diagnosi preimpianto a finalità eugenetica”.

L’assunto non è condivisibile,

L’art. 13 della legge n. 40/2004, in coerenza con la previsione dell’art. 1, secondo cui il concepito è un soggetto di diritto al pari delle persone nate, vieta qualsiasi sperimentazione su embrioni umani e consente la ricerca clinica e sperimentale soltanto per finalità terapeutiche e diagnostiche, volte alla tutela della salute ed allo sviluppo dell’embrione, qualora non siano possibili metodologie alternative.

Ciò significa che dal sistema della legge si desume che l'indagine genetica preimpianto (caratterizzata dal prelievo di una cellula per esaminarla) è consentita esclusivamente nell'interesse del concepito.

Le *Linee guida*, a pag. 18, prevedono solamente l'indagine osservazionale, basata cioè sull'esame al microscopio di eventuali anomalie di sviluppo dell'embrione creato in vitro, ponendo il divieto della diagnosi preimpianto a finalità eugenetica.

Risulta dunque un'apparente difformità tra norma di legge e provvedimento, che sembra, prima facie, avere una portata più restrittiva.

In realtà, occorre considerare come nella pratica, secondo quanto ricorda anche l'Avvocatura dello Stato nella seconda memoria difensiva (pag. 11), e la circostanza risulta incontestata, non esistono ancora terapie geniche che permettono di curare un embrione malato, con possibile incidenza dunque sullo stato di salute del medesimo; di conseguenza, la diagnosi preimpianto invasiva non potrebbe che concernere le sole qualità genetiche dello stesso embrione.

Si noti peraltro che l'art. 7, III comma, della legge n. 40/2004 prevede un aggiornamento periodico (almeno ogni tre anni) delle *Linee guida* in rapporto all'evoluzione tecnico-scientifica, tale da non escludere, in un più o meno prossimo futuro, l'indagine genetica a scopo terapeutico.

Essendo questo, ad oggi, lo stato dell'arte, il divieto di diagnosi preimpianto risulta coerente con la legge n. 40/2004, ed in particolare con quanto prescritto dall'art. 13, II comma.

Neppure sussiste una difformità con la convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo nei confronti della biologia e della medicina (ratificata dall'Italia con legge 28 marzo 2001, n. 145), la quale non prevede regole sulla procreazione assistita, ma si limita a vietare la formazione di embrioni a scopo di ricerca ed a stabilire che, ove uno Stato ammetta la ricerca sugli embrioni, questi debbono ricevere una tutela appropriata.

2.2. – Per le stesse ragioni, non sembra condivisibile l'interpretazione dell'art. 14, V comma, della legge n. 40/2004 fornita da parte ricorrente, con particolare riferimento alla conoscenza dello stato di salute degli embrioni da trasferire nell'utero, che verrebbe preclusa dal divieto di analisi preimpianto.

È infatti chiaro che, a livello ermeneutico, non è consentito estrapolare una norma dal contesto in cui la medesima è inserita; non può di conseguenza postularsi un diritto dei "genitori" alla conoscenza dello stato di salute degli embrioni che prescindano dalla tutela dell'embrione stesso, riconosciuto come soggetto di diritto.

L'argomento si connette strettamente con il problema delle malattie genetiche, essendo evidente che l'impossibilità di effettuare diagnosi preimpianto non permette di selezionare gli embrioni sani in caso di genitori portatori di tali patologie.

Una tale facoltà è preclusa dall'art. 13, III comma, lett. b), della legge, in quanto ricade nel divieto di selezione a scopo eugenetico, pur trattandosi di eugenetica negativa, volta cioè a fare sì che non nascano persone portatrici di malattie ereditarie, e non già a perseguire scopi di "miglioramento" della specie umana.

Non sfugge al Collegio il rigore della soluzione normativa, ma le perplessità dalla stessa ingenerate sono superate dall'impossibilità di rinvenire un fondamento giuridico alla pretesa ad avere un "figlio sano".

Si va, in tale modo, ben oltre la questione della configurabilità di un diritto alla procreazione, che è poi l'interfaccia del desiderio di essere genitori; anche ad ammettersi, per mera ipotesi, l'esistenza di un siffatto diritto alla personalità, non può tuttavia sostenersi, già sul piano della ragionevolezza, che il metodo (artificiale) della procreazione assistita, il cui fine è solamente quello di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità ed infertilità umane, possa offrire delle opportunità maggiori del "metodo naturale".

Anche rimanendo nel contesto delle coppie portatrici di malattie genetiche, palese sarebbe l'incostituzionalità della legge, che verrebbe a trattare in modo diseguale tale categoria di soggetti, a seconda che siano o meno sterili, in quanto solo nel primo caso, legittimante l'accesso alla procreazione medicalmente assistita, vi sarebbe la possibilità di scegliere il figlio sano.

Né persuade il tentativo delle ricorrenti, sviluppato anche nella memoria depositata in data 22 marzo 2005, di supportare la propria opzione ermeneutica invocando una *eadem ratio* con la legge 22 maggio 1978, n. 194 sulla interruzione volontaria della gravidanza.

È noto infatti che tale legge, fatta salva dalla legge n. 40/2004, consente alla donna di interrompere la gravidanza al ricorrere di un serio o grave pericolo per la salute fisica o psichica della madre (e non del nascituro); ed è indubbio che la salute psichica della madre possa essere compromessa anche dalla consapevolezza della malattia del figlio.

Anziché una *eadem ratio*, si evidenzia dunque un dualismo di *rationes* giuridiche, a seconda che la prospettiva sia il diritto del concepito, od il diritto alla salute della madre.

Il che non è contraddittorio od arbitrario, come bene si intende tenendo conto del consolidato insegnamento della giurisprudenza costituzionale secondo cui “non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita, ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell’embrione che persona deve ancora diventare” (Corte cost. 18 febbraio 1975, n. 27; conformemente anche Corte cost. 10 febbraio 1997, n. 35).

3. – Con il secondo mezzo di gravame si deduce anzitutto l’*error in procedendo* ravvisato nell’anomalo procedimento di formazione delle *Linee guida*, la cui elaborazione si deve ad una Commissione ministeriale.

La censura non appare fondata.

È opportuno ricordare che l’art. 7 della legge n. 40/2004 stabilisce che “il Ministro della Salute, avvalendosi dell’Istituto Superiore di Sanità, e previo parere del Consiglio Superiore di Sanità, definisce, con proprio decreto,... linee guida contenenti l’indicazione delle procedure e delle tecnologie di procreazione medicalmente assistita”.

La norma va intesa nel senso che il Ministero della Salute, nella redazione delle *Linee guida*, è tenuto ad avvalersi delle competenze tecniche dell’Istituto Superiore di Sanità, e dunque ad acquisire le valutazioni espresse da tale organo.

Ciò è avvenuto nel caso di specie, come è chiaramente desumibile dal preambolo del provvedimento impugnato, ove si dà atto che è stato “sentito l’Istituto Superiore di Sanità circa le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita”, come pure che è stato acquisito il parere del Consiglio Superiore di Sanità, espresso nella seduta del 14 luglio 2004”.

In relazione a quanto specificamente dedotto da parte ricorrente, osserva il Collegio come non appaia revocabile in dubbio il potere discrezionale del Ministero di fare ricorso (anche) ad una Commissione di esperti, specie allorché si verta in presenza di tematiche particolarmente delicate, caratterizzate da un inevitabile margine di opinabilità sotto il profilo scientifico, ed inoltre implicanti la risoluzione di problematiche di natura interdisciplinare (non solo mediche, ma anche giuridiche ed etiche).

3.1. – Viene altresì allegato, sia pure in modo dubitativo, come “profilo di incertezza”, il contrasto tra la legge che prevede l’obbligo di trasferimento in utero di tutti gli embrioni, e le *Linee guida* le quali ammettono l’incoercibilità dell’impianto, e conseguentemente la soppressione dell’embrione.

L’assunto è infondato.

Le *Linee guida* contengono, invero, una precisazione della legge n. 40/2004, prevedendo nel titolo relativo alle “*Misure di tutela dell’embrione*” la non coercibilità dell’impianto nel caso in cui dall’indagine osservazionale vengano evidenziate gravi anomalie dell’embrione.

Si afferma, in sostanza, in conformità del principio costituzionale secondo cui nessun atto medico può essere effettuato senza il consenso del paziente, la non coercibilità dell’impianto di embrione; in tale caso la coltura *in vitro* deve essere mantenuta fino al suo estinguersi.

Quanto poi alla mancata specificazione delle cause di forza maggiore relative allo stato di salute della donna che consentono la crioconservazione dell’embrione fino alla data del trasferimento, cui fa riferimento l’art. 14, III comma, della legge n. 40/2004, ritiene il Collegio che la stessa non sia tecnicamente possibile, se non altro in considerazione della imprevedibilità e varietà delle situazioni che possono verificarsi.

Appare anzi inevitabile rimettere al prudente apprezzamento del “caso per caso” una siffatta valutazione medica, che, altrimenti, verrebbe inammissibilmente “irregimentata” da una previsione, la quale non potrebbe che avere carattere indicativo.

Ciò che appare chiara è la *ratio legis*: la limitazione a tre degli embrioni prodotti è direttamente consequenziale al divieto della crioconservazione; pertanto, dopo la fecondazione *in vitro*, gli embrioni devono essere trasferiti nell’utero materno. Siccome peraltro ciò

avviene dopo un certo lasso temporale, nel quale potrebbe verificarsi qualche causa impeditiva del trasferimento, la legge prevede, in modo ragionevole, a tutela della vita dell'embrione, il suo congelamento, in attesa del possibile trasferimento.

3.2. – Non sussiste, ad avviso del Collegio, neppure il profilo di incongruenza, ravvisato nella mancata disciplina, da parte delle *Linee guida*, del caso in cui il partner maschile venga meno, una volta fecondato l'ovulo.

Occorre al riguardo considerare che seppure l'art. 5 della legge n. 40/2004 prevede come requisito soggettivo per l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita che i componenti della coppia siano entrambi viventi, ed il successivo art. 12, II comma, commina anche una sanzione amministrativa a chi "applica" le predette tecniche a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi, purtuttavia nulla è disposto per il caso in cui il marito o compagno deceda nel corso del procedimento fecondativo, ed in particolare dopo che l'embrione si sia formato.

Se si considera inoltre che l'art. 14, I comma, della legge in esame vieta la soppressione di embrioni, e che l'art. 6, III comma, stabilisce l'inefficacia della revoca della volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita dopo la fecondazione dell'ovulo, non può che desumersi, in via interpretativa, che il momento in cui deve sussistere il requisito soggettivo della presenza in vita di entrambi i componenti della coppia sia quello della fecondazione dell'ovulo, risultando irrilevante la successiva morte del marito o del compagno, al pari della revoca della volontà procreativa.

3.3. – L'ultima *sub* – censura stigmatizza il fatto che le *Linee guida* impongano la certificazione dello stato di infertilità per l'accesso alle tecniche di riproduzione assistita da parte degli specialisti del Centro, con conseguente loro assunzione di responsabilità.

La doglianza deve ritenersi infondata nei termini che seguono.

La preoccupazione di parte ricorrente è quella che le *Linee guida* abbiano imposto la certificazione anche dello stato di infertilità, che è causa di impossibilità di procreare «inspiegata».

In realtà, le *Linee guida*, nel titolo "*Accesso alle tecniche*", devono essere interpretate nel senso di aderire ad un'accezione atecnica di "certificazione", da sintonizzare con la prescrizione dell'art. 4 della legge n. 40/2004, che distingue non tanto tra sterilità ed infertilità, quanto piuttosto (ed utilmente, in una prospettiva pragmatica) tra sterilità ed infertilità "inspiegate" e sterilità ed infertilità "derivanti da causa accertata e certificata da atto medico".

Ne consegue che al ricorrere di cause impeditive della procreazione "inspiegate" l'accesso alle tecniche presuppone la mera documentazione con atto medico, mentre nel caso di sterilità ed infertilità da causa accertata l'accesso alle tecniche è accompagnato da idonea certificazione medica.

Le *Linee guida* non prospettano dunque un problema di «certificazione impossibile» della condizione di infertilità, in ordine alla quale la dichiarazione dei componenti della coppia appare imprescindibile.

4. – In conclusione, alla stregua di quanto precede, il ricorso deve essere respinto per l'infondatezza dei motivi dedotti. Sussistono comunque giusti motivi per disporre tra tutte le parti la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M. il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – Sezione III *Ter*, definitivamente pronunciando, respinge il ricorso (*omissis*).

Così deciso in Roma, nelle camere di consiglio del 7 aprile 2005 e del 5 maggio 2005 (*omissis*)».

La «*longa manus*» della modernizzazione del diritto antitrust europeo

(Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 4 febbraio 2005 n. 2207)

Con l'entrata in vigore del Regolamento CE 1/2003 il primo maggio 2004, data fatidica dell'allargamento dell'Unione Europea a 25 stati, i divieti contenuti negli articoli 81 e 82 del Trattato Ce sono ora direttamente applicabili da parte di qualunque operatore del diritto, sia esso giudice o *authority*, senza la necessità di passare attraverso le maglie del *clearing* dell'autorità amministrativa. È evidente che una riforma in tal senso radica nella coscienza giuridica l'idea che quello concernente la tutela e il mantenimento di un assetto di libero mercato è un diritto dei singoli e non un mero interesse occasionalmente (o indirettamente) protetto dall'autorità amministrativa.

La decisione in commento si inserisce agevolmente nel filone inaugurato dal legislatore comunitario in nome della continuità delle scelte antitrust all'interno degli Stati membri, mostrando un'agevole padronanza dei principi di diritto ormai consolidati in materia e contenuti nelle decisioni della Corte di Giustizia delle Comunità Europee; la sentenza delle S.U. si pone come il naturale sviluppo di quella giurisprudenza, non di molto anteriore al processo di modernizzazione, secondo cui il mercato è «luogo di libertà dell'impresa».

La dottrina economica definisce il libero mercato come un sistema di interazioni dove il potere decisionale è frammentato, diffuso, giammai si concentra, rendendosi, per tali caratteristiche, particolarmente adatto alle democrazie occidentali, in quanto esponenziale dei principi socio-politico-culturali che ne innervano le costituzioni (1). Gli assetti del mercato concorrenziale, infatti, dipendono dalle decisioni decentrate di soggetti diversi, quali i consumatori dal lato della domanda e le imprese dal lato dell'offerta; tramite il loro spontaneo adattamento le risorse e i prodotti sono indirizzati verso le preferenze dei consumatori. Tali operazioni di connessione e coordinamento di informazioni avvengono sulla base di regole largamente autogenerate che ne determinano l'efficacia e l'effettualità e si basano principalmente sulla capacità segnaletica dei prezzi che incentivano gli operatori alla produzione e lo scambio nonché dalla capacità di adeguare le modalità di scambio in

(1) G. AMATO in un limpido passo della relazione sull'attività dell'AGCM nell'anno 1995, riportato da F. GOBBO, *Il mercato e la tutela della concorrenza*, Bologna, 1997, p. 20, sostiene che: «È principio identificante delle democrazie la separazione tra proprietà e potere, nel senso che non può essere la proprietà o la maggiore ricchezza il titolo legittimante per esercitare un prevaricante potere sugli altri né può essere il potere politico, pur legittimo, fonte d'accumulo di proprietà e ricchezza. È principio non meno identificante della democrazia che il potere debba essere comunque disperso e non concentrato tanto nel sistema istituzionale quanto nel sistema civile e quindi nel mercato. Ed è infine principio identificante delle democrazie che l'uguaglianza fra cittadini si assicura in primo luogo ai fini dell'influenza di ciascuno nel processo politico cosicché le concentrazioni di potere privato devono essere evitate».

relazione alle caratteristiche dei beni e delle esigenze dal lato della domanda. Le politiche di tutela della concorrenza inquadrano gli effetti sui consumatori della organizzazione della produzione e della distribuzione; centrale è l'attenzione nei confronti del benessere del consumatore che è massimo quando le risorse sono distribuite in modo tale da soddisfarne le esigenze nei limiti delle tecnologie sfruttabili in concreto (2).

E proprio sulla centralità della tutela del consumatore le Sezioni Unite, chiamate ad emettere una decisione su giurisdizione e competenza, organizzano il proprio ragionamento giuridico. La Suprema Corte, infatti, rileva che il legislatore italiano considera, coerentemente con le indicazioni provenienti dall'ordinamento comunitario, il mantenimento dell'assetto concorrenziale nel mercato un bene giuridico che, in quanto tale, non è nella titolarità esclusiva del diretto concorrente, danneggiato da un eventuale comportamento vietato, ma è riferito all'intero ordinamento *tout court*. In considerazione di ciò la legge, influenzata dalla concezione del doppio binario di giurisdizione sugli atti delle autorità amministrative, ha attribuito al T.A.R. del Lazio la giurisdizione sulle impugnative avverso i provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che incidono sui comportamenti delle imprese, con la possibilità di esperire appello al Consiglio di Stato avverso le relative decisioni, mentre per i diritti patrimoniali consequenziali e le dichiarazioni di nullità delle intese in violazione delle norme antitrust è competente la Corte d'Appello in unico grado. Alla Corte di Appello, dunque, può accedere qualunque operatore del mercato, sia esso consumatore o imprenditore, qualora vanti un interesse giuridicamente rilevante alla conservazione o promozione delle condizioni concorrenziali nel mercato di riferimento. Secondo la Suprema Corte è lo stesso legislatore a dare spicco alla figura del consumatore quale parametro di riferimento della regolamentazione antitrust, in quanto fa riferimento ad esso nell'articolo 4 della legge 287/1990 il quale, nell'affidare un potere discrezionale all'Autorità Garante relativo all'autorizzazione in deroga al divieto di intesa restrittiva, aggancia al requisito del beneficio arrecato al consumatore la legittimità della relativa decisione. È evidente, quindi, che il «bene mercato» è oggetto di fruizione da parte di tutti gli individui operanti al suo interno, sia dal lato

(2) BORK, *The Antitrust Paradox*, Cambridge, 1978, p. 90 paragona il benessere del consumatore alla ricchezza delle nazioni, privando tale nozione di componenti etiche ma riferendosi esclusivamente alla possibilità del pubblico di definire ciò che nel mercato viene assunta come «ricchezza» tramite l'espressione delle proprie preferenze.

Tale autore sostiene che il fine dell'*antitrust* sia il benessere materiale, senza che ciò implichi una sua ingerenza diretta su come distribuire tale prosperità o sulle sue modalità d'uso da parte del pubblico. Una controversia decisa in sede *antitrust* dovrebbe limitarsi a sancire le condizioni migliori per produrre o vendere un bene nell'ottica dei consumatori. La sua azione mira a rafforzare i meccanismi economici che permettono ai produttori di esaudire le esigenze dal lato della domanda. In sintesi il compito di un'autorità di tutela della concorrenza si concentra nello sforzo di incrementare la cd. efficienza allocativa (concetto che indica come sono distribuite le risorse economiche, in aderenza alle preferenze espresse dai consumatori che insistono su un dato mercato) senza che venga compromessa l'efficienza produttiva (che indica, invece, l'uso effettivo delle risorse da parte di una impresa) in modo dannoso per i consumatori che in tal modo subirebbero una perdita netta di benessere.

della domanda che dell'offerta, senza distinzione alcuna, pena la mancata realizzazione del fine ultimo dell'antitrust che è il *welfare* economico. In un'ottica di tutela a 360 gradi del «libero mercato», quindi, non rileva il fatto che a richiedere tutela sia la stessa parte del contratto vietato, né vale differenziare la situazione che si crea nell'attuazione del programma contrattuale «a monte» da quella che scaturisce dai vari contratti a valle, in esecuzione del primo.

La questione del risarcimento danno non è inedita al giudice comunitario il quale nella celebre sentenza *Courage* statuisce che «La piena efficacia dell'art. 85 del Trattato e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 di detto articolo sarebbero messi in discussione se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza. Un siffatto diritto rafforza, infatti, il carattere operativo delle regole di concorrenza comunitarie ed è tale da scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulate, che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza. In quest'ottica, le azioni di risarcimento danni dinanzi ai giudici nazionali possono contribuire sostanzialmente al mantenimento di un'effettiva concorrenza nella Comunità» (3).

L'interesse all'effettività della tutela è reputato, tanto in sede comunitaria quanto nazionale, l'unico strumento in grado di assicurare il mantenimento dell'equilibrio concorrenziale all'interno del mercato europeo.

Dott.ssa Serena Iannicelli

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 4 febbraio 2005 n. 2207 – Pres. V. Carbone – Rel. G.M. Berruti – S.p.A. C.A.N. (avv. M. Tonucci) c. R.M. (avv. A. De Pascale).

«(Omissis) 1.b. – La legge n. 287 del 1990, come è noto, rappresentò una novità nel panorama nazionale che, pur nella vigenza del trattato Ce e dunque anche dei principi desumibili dall'art. 85 (oggi 81) e ss. era tuttavia imperniato sulla logica codicistica della concorrenza sleale, e dunque sulla tutela dell'imprenditore dalla attività scorretta del concorrente. Infatti benché anche la tutela suddetta si sia evoluta nella interpretazione della dottrina e dei giudici facendo sì che si attenuasse fortemente l'originaria impronta deontologica e corporativa e si prendesse atto della nozione costituzionale del mercato come luogo della libertà di impresa che attribuisce un rilievo pubblico anche al conflitto interindividuale (cass., n. 11859/1997), essa conserva il carattere fondamentale di strumento di tutela del corretto rapporto di concorrenza.

La sussistenza di siffatto rapporto tra le parti che controvertono innanzi al giudice è il presupposto della sua operatività e mantiene pertanto la dimensione essenzialmente interindividuale dei conflitti. La normativa che difende l'imprenditore dalla concorrenza sleale, dunque, ancorché la si possa ritenere consapevole della dimensione necessariamente concorrenziale del mercato, provvede pur sempre alla riparazione dello squilibrio che ad uno specifico rapporto di concorrenza viene cagionato dalla scorrettezza di un concorrente.

La novità del Trattato CE è stata l'introduzione della tutela della struttura e della logica competitiva del mercato. Questo, in quanto luogo nel quale si esplicita la pretesa di autoaffermazione economica della persona attraverso l'esercizio della impresa, è perciò stesso luogo della competizione, cosicché ogni comportamento di mercato che riduce tale competitività perché diminuisce la possibilità per chiunque di esercitare liberamente la propria pretesa di autoaffermazione, è illecito.

(3) Corte di Giustizia CE, sent. del 20 settembre 2001, causa C-453/1999, *Courage Ltd/B. Crehan*.

In particolare, poiché l'esercizio della concorrenza presuppone l'autonomia delle imprese concorrenti nell'esercizio delle rispettive scelte di mercato, è illecito ogni fatto che porta a ridurre questa autonomia, assimilando o avvicinando i comportamenti di mercato all'esecuzione di accordi antecedenti ovvero comunque conformandoli oggettivamente ad un certo grado di collaborazione che sostituisce o riduce la competizione.

1.c. – Detta affermazione merita qualche ulteriore considerazione.

L'art. 2 della legge antitrust chiarisce che «sono considerati intese» una serie di comportamenti, come gli accordi, le pratiche concordate ed addirittura le deliberazioni di consorzi ed associazioni di imprese. Essi sono vietati se hanno «per oggetto o per effetto di ridurre o falsare in modo consistente il gioco della concorrenza.....». Pertanto se al di là della loro veste giuridico formale, tali attività in realtà mirano ad eliminare ovvero addirittura eliminano o riducono la autonomia di mercato dei soggetti che le compiono, esse integrano l'illecito di cui si tratta.

La norma si conclude, al n. 3, con la perentoria statuizione. *«le intese vietate sono nulle ad ogni effetto».*

L'elencazione del n. 2 dell'art. 2 in parola, considerata esemplificativa, sorregge la lettura della norma innanzi anticipata giacché consente all'interprete di delineare i tipi dei comportamenti anticompetitivi. Le fattispecie elencate, e cioè la fissazione diretta o indiretta dei prezzi di acquisto o di vendita ovvero di altre condizioni contrattuali, l'impedimento e la limitazione della produzione o dello sbocco o dell'accesso al mercato, l'impedimento degli investimenti e dello sviluppo tecnico delle imprese, tutte le forme di ripartizione dei mercati o delle fonti di approvvigionamento, l'applicazione di condizioni ingiustificatamente diverse a categorie di imprenditori omogenee, l'imposizione nei contratti con i concorrenti di prestazioni prive di relazione con la natura del rapporto, sono classici comportamenti anticompetitivi. La loro funzione è di sostituire all'esercizio individuale e perciò stesso libero del potere di impresa, un potere esercitato *collettivamente*, estraneo alle forme societarie nelle quali si esercita l'impresa collettiva ed esente dai controlli che la legge in proposito prevede. Tali pratiche rafforzano la posizione dei loro autori riducendo l'efficacia della concorrenza da parte degli esclusi ed eliminando quella tra i partecipi.

1.d. – Va osservato ancora che la legge n. 287 del 1990, la quale ai sensi della prima parte dell'art. 1 deve essere letta come attuazione dell'art. 41 cost., deve peraltro essere interpretata in base ai principi dell'ordinamento comunitario. Pertanto in armonia con la norma del Trattato (vedi quanto alla cosiddetta regola *de minimis* nel diritto comunitario della concorrenza, causa Sirena, n. 40/1970, sent. 18 febbraio 1971 e causa Volk, n. 5/69, sent. 9 luglio 1969) essa fa rilevare una dimensione quantitativa della intesa traducendola in *carattere* della stessa. La legge vieta le intese che abbiano per effetto o per oggetto di impedire, restringere o falsare «in maniera *consistente*» il gioco della concorrenza *«all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante».*

La norma ripete quasi letteralmente il tenore dell'art. 81 del Trattato, salvo che per la norma comunitaria la rilevanza quantitativa è data ovviamente dall'ambito comunitario. Ma ciò che conta rispetto al problema che ne occupa è il rilievo dimensionale della fattispecie, che si spiega con il fatto che oggetto della tutela della legge n. 287 del 1990, come già del Trattato, è appunto la struttura concorrenziale del mercato di riferimento, la quale ragionevolmente non viene messa in discussione da un comportamento che per quanto ontologicamente rispondente alla fattispecie di cui si tratta, per la sua dimensione, non incide significativamente sull'assetto che trova.

In definitiva, poiché, come è stato scritto argutamente, la legge non si occupa dell'intesa tra i barbieri di piccolo paese, il dato quantitativo conferma che oggetto immediato della tutela della legge non è il pregiudizio del concorrente ancorché questo possa essere riparato dalla repressione della intesa (cfr. quanto al pregiudizio al commercio comunitario, presupposto di applicabilità dell'art. 81, causa Grundig, n. 58 del 1964, sentenza 13 luglio 1966, e causa Montecatini, C 235/1992, sentenza 8 luglio 1999, *ex multis*), bensì un più generale bene giuridico.

Tuttavia tale più ampia tutela accordata dalla legge nazionale antitrust, in armonia con il Trattato, non ignora la *plurioffensività* possibile del comportamento vietato (cfr. Cass., n. 827 del 1999). Un'intesa vietata può ledere anche il patrimonio del singolo, concorrente o meno dell'autore o degli autori della intesa. Ciò spiega che la legge n. 287 del 1990 all'art. 33, che con-

tiene tanto una norma di giurisdizione, quanto una norma di competenza, si preoccupi con quest'ultima di individuare anche il giudice dell'accertamento della nullità, che è il presupposto della eliminazione del pregiudizio in una prospettiva esplicitamente risarcitoria.

La legge infatti mentre affida al G.A. (T.A.R. del Lazio) la giurisdizione sulle impugnative avverso le deliberazioni della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, stabilisce pure che: «Le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti alla Corte d'appello competente per territorio».

Alla Corte d'appello, dunque, deve rivolgersi chi allega il comportamento di mercato tenuto da un imprenditore tale da ledere la struttura concorrenziale del medesimo, e dunque ne chiedi la dichiarazione di nullità, presupposto dell'eventuale risarcimento (Cass., n. 827 del 1999).

1.e. – Va appena osservato che siffatta struttura della giurisdizione che comunque risale alla repressione della intesa appare datata, perché influenzata dalla impostazione che al momento in cui la legge venne emanata era dominante. La previsione, che risale alla concezione del doppio binario di tutela di cui alla legge sul Contenzioso Amministrativo del 1865 n. 2248 artt. 4 e 5, non a caso appare coerente con quella contenuta nella legge comunitaria n. 142 del 1992 che, all'art. 13, regolando la tutela giurisdizionale conseguente alla violazione delle normative comunitarie in materia di appalti pubblici, stabiliva che il risarcimento del danno poteva essere domandato al G.O. da parte di quegli che avesse ottenuto dal G.A. l'annullamento dell'atto amministrativo.

Detta norma è stata abrogata dall'art. 35 u.c. del d.lgs. n. 80 del 1998 (abrogazione confermata dall'art. 7 lettera c) della legge n. 205 del 2000), ma soprattutto l'assetto della giurisdizione ancora riconoscibile agli inizi degli anni novanta, è stato superato dalla legge e dalla giurisprudenza del giudice delle leggi (Corte Cost. nn. 204 del 2000 e 281 del 2004). Ciò contribuisce a spiegare come, attribuendo al G.A. la giurisdizione sull'atto di AGCM, e dunque nell'ambito di questa il potere di dire se l'intesa affermata si è realizzata, la legge antitrust n. 287 del 2000 abbia voluto accorciare il giudizio di merito introdotto da una domanda di nullità e di conseguente risarcimento del danno, stabilendo un unico grado innanzi alla Corte d'appello competente per territorio. Cosicché anche quegli che non ha partecipato al giudizio innanzi al TAR, perché non ha resistito alla impugnativa della sanzione irrogata da AGCM, proposta dall'affermato autore della intesa, o non vi ha potuto partecipare perché in quella sede era carente di interesse, si trova a perdere un grado di giudizio allorché si rivolge al GO. Situazione processuale che non trova ostacoli di carattere costituzionale (art. 125 Cost.), e che comunque appare coerente con l'esigenza di favorire la sollecita soluzione di controversie che attengono all'assetto del mercato.

1.f. – Sembra a questo punto al collegio di poter esprimere talune conclusioni, utili alla soluzione dei quesiti ad esso sottoposti.

La diversità di ambito e di funzione tra la tutela codicistica della concorrenza sleale e quella innanzi detta della legge antitrust esclude si possa negare la legittimazione alla azione davanti al G.O. ai sensi dell'art. 33, n. 2, della legge n. 287 del 1990, al consumatore, terzo estraneo alla intesa. Contrariamente a quanto ritenuto da Cass. n. 17475 del 2002, la legge antitrust non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei *soggetti del mercato*, ovvero di chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere.

Pare opportuno notare peraltro che mentre siffatta esclusione della legittimazione in parola non è prevista espressamente dalla legge, questa peraltro, all'art. 4, laddove prevede il potere discrezionale della AGCM di autorizzare un'intesa che possiede i caratteri che giustificerebbero il divieto, indica tra i presupposti della discrezionalità che fonda «il beneficio del consumatore». La legge dunque non ignora, nella materia della intesa, l'interesse del consumatore al punto da prevedere una ipotesi in cui esso, alla cui tutela la ideologia antitrust è funzionale, può essere tutelato per un «periodo limitato» addirittura da un allentamento del divieto del più classico comportamento anticoncorrenziale.

Il consumatore, che è l'acquirente finale del prodotto offerto al mercato, chiude la filiera che inizia con la produzione del bene. Pertanto la funzione illecita di una intesa si realizza per l'appunto con la sostituzione del suo diritto di *scelta effettiva* tra prodotti in concorrenza con una scelta *apparente*. E ciò quale che sia lo strumento che conclude tale percorso illecito.

A detto strumento non si può attribuire un rilievo giuridico diverso da quello della intesa che va a strutturare, giacché il suo collegamento funzionale con la volontà anticompetitiva a monte lo rende rispetto ad essa non scindibile.

Va detto pure, atteso il rilievo interpretativo dei principi dell'ordinamento comunitario nella materia, che la sentenza della Corte di Giustizia, *Courage* (n. 453 del 1999), tende ad ampliare l'ambito dei soggetti tutelati dalla normativa sulla concorrenza, in una prospettiva, sembra al collegio, che valorizza proprio le *azioni risarcitorie*, quali mezzi capaci di mantenere effettività alla struttura competitiva del mercato.

1.g. – È appena il caso di precisare, dal momento che la sentenza impugnata sembra sovrapporre le due figure, che quanto fin qui espresso non è contraddetto dalla considerazione dell'abuso di posizione dominante, che è fattispecie diversa da quella che rileva nella controversia e che dunque non viene in esame.

1.h. – Nella delineata prospettiva dunque il contratto cosiddetto «a valle» costituisce lo sbocco della intesa, essenziale a realizzarne gli effetti. Esso in realtà, oltre ad estrarla, *la attua*.

È ben vero, come si fa rilevare in atti, che la legge vieta anche le intese che abbiano anche solo per «oggetto» la distorsione di cui si tratta, oltre che per «effetto», ma ciò si spiega in considerazione del doppio livello di intervento che essa prevede, quello amministrativo della AGCM e quello riparatorio di cui alla azione di nullità e risarcimento. L'Autorità Garante è organo di Amministrazione, ancorché caratterizzato da ampiezza di poteri *sui generis*. Essa opera anche in vista di un pericolo, e dunque in considerazione della esigenza economica di prevenire l'effetto distorsivo del fenomeno di mercato. Il giudice, che dirime controversie e non si occupa di fenomeni, può essere officiato solo in presenza o in vista almeno di un pregiudizio. Dunque innanzi alla Corte d'appello deve essere allegata un' intesa di cui si chiede la dichiarazione di nullità, ed altresì il suo effetto pregiudizievole, il quale rappresenta l'interesse ad agire dell'attore secondo i principi del processo, da togliere attraverso il risarcimento.

Il contratto cosiddetto «a valle», ovvero il prodotto offerto al mercato, del quale si allega, come nel caso di specie, la omologazione agli altri consimili prodotti offerti nello stesso mercato, è tale da eludere la possibilità di scelta da parte del consumatore. La realizzazione consapevole di siffatta situazione rientra in modo strutturale nel comportamento oggettivo di mercato che giustifica la azione individuale di cui all'art. 33. Pertanto la previsione del risarcimento del danno sarebbe meramente retorica se si dovesse ignorare, considerandolo circostanza negoziale distinta dalla «conspirazione anticompetitiva» e come tale estranea al carattere illecito di questa, proprio lo strumento attraverso il quale i partecipi alla intesa realizzano il vantaggio che la legge intende inibire. Se un'intesa fosse ancora nelle intenzioni dei partecipi e non avesse dato ancora luogo ad alcun effetto, mentre vi sarebbe spazio, a parte la difficoltà dell'indagine, per la proibizione e la sanzione da parte di AGCM, giacché la legge, giova rammentare, vieta gli accordi che abbiano per oggetto oltre che per effetto la distorsione della concorrenza, non vi sarebbe interesse da parte di alcuno ad una dichiarazione di nullità ai sensi dell'art. 33 della legge n. 287 del 1990, la cui *ratio* è di togliere alla volontà anticoncorrenziale «a monte» ogni funzione di copertura formale dei comportamenti «a valle». E dunque *di impedire il conseguimento del frutto della intesa consentendo anche nella prospettiva risarcitoria la eliminazione dei suoi effetti. (omissis)*».

La produzione di nuovi documenti nel processo civile ordinario e del lavoro

(Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenze 20 aprile 2005 n. 8202 e 8203)

Da una prima lettura delle sentenze delle Sezioni Unite, possono desumersi i seguenti principi:

1. – *nel rito del lavoro*, decorso il termine per la costituzione (10 giorni prima dell'udienza) non è più ammessa la produzione di documenti né nel corso del giudizio di primo grado, né in appello (Cass. 8202/05); costituiscono deroga a tale principio i casi in cui:

a) il documento si sia formato dopo la scadenza dei termini o non sia stato prodotto per causa non imputabile;

b) la produzione si sia resa necessaria per lo sviluppo del processo;

c) il giudice d'appello non ritenga *d'ufficio* di ammettere i nuovi mezzi di prova ove essi siano «*indispensabili ai fini della decisione della causa*» (art. 437 comma 2 c.p.c.) in quanto il processo deve comunque tendere alla ricerca della «*verità materiale*».

2. – *nel rito ordinario*, decorsi i termini *ex art. 184 c.p.c.* non è più ammessa la produzione di documenti né nel corso del giudizio di primo grado, né in appello, salva l'applicazione dell'art. 184 *bis* c.p.c. (Cass. 8203/05); costituiscono deroga a tale principio i casi in cui:

a) il documento si sia formato dopo la scadenza dei termini o non sia stato prodotto per causa non imputabile;

b) la produzione si sia resa necessaria per lo sviluppo del processo;

c) il giudice d'appello non ritenga le nuove prove «*indispensabili*» per la decisione della causa, perché suscettibili di una influenza causale più incisiva rispetto alle prove semplicemente «*rilevanti*».

È pur sempre necessaria però (a differenza del rito lavoro) una *espressa* richiesta di parte, da formulare nell'atto d'appello.

Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, sentenza 20 aprile 2005, n. 8202.

«(Omissis) *Svolgimento del processo.* Con ricorso depositato in data 29 aprile 1993 E. F., F. S. e F. S., tutti nella qualità di eredi di R. S., adivano il Pretore di P., in funzione di giudice del lavoro, esponendo che il loro dante causa R. S., deceduto in data 11 settembre 1992, era affetto da patologie gravi che ne avevano menomato la capacità di muoversi autonomamente e di attendere alle proprie ordinarie e personali necessità quotidiane. Chiedevano, quindi, che fosse riconosciuto giudizialmente lo stato di invalidità assoluta del loro dante causa ed il diritto all'indennità di accompagnamento, e che il Ministero dell'Interno fosse condannato al pagamento dei relativi ratei.

Il Pretore rigettava la domanda ed il Tribunale di Reggio Calabria, con sentenza del 5 gennaio 2002, confermava la prima decisione. Nel pervenire a tale conclusione il Tribunale escludeva, sulla base del disposto dell'art. 437 c.p.c., che si potesse tenere conto dei nuovi documenti (non indicati nell'atto di appello) prodotti nel corso del gravame, e sul quali il consulente tecnico d'ufficio nominato in quel grado del giudizio aveva fondato, in via esclusiva, il suo parere positivo sulla sussistenza del requisito sanitario richiesto per il riconoscimento dell'indennità di accompagnamento. A sostegno della sua decisione il giudice d'appello osservava che i documenti in oggetto erano stati depositati solo dopo l'inizio delle operazioni, violandosi così il precetto che limita la possibilità di acquisire documenti in appello

solo al momento della proposizione del gravame. Precetto che nel caso di specie risultava applicabile trattandosi non di documenti sopravvenuti ma invece di documenti di data anteriore al primo grado di giudizio.

Avverso tale sentenza E. F., F. S. e F. S., nelle suddetta qualità, propongono ricorso per cassazione, affidato ad un unico articolato motivo.

Resiste con controricorso il Ministero dell'Interno.

A seguito di ordinanza del 22 luglio 2003 della Sezione lavoro il Primo Presidente ha disposto che, ai sensi dell'art. 374 c.p.c., le Sezioni Unite si pronunzino in ordine all'ammissibilità nelle controversie di lavoro della produzione di nuovi documenti in appello, per essere la questione stata oggetto di contrasto all'interno della stessa Sezione lavoro.

Motivi della decisione. 1. – Con l'unico motivo di ricorso gli eredi di R. S. denunciano violazione di legge e mancata o insufficiente motivazione sui punti decisivi della controversia (art. 1 legge n. 18 del 1980 e successive modificazioni; art. 360 nn. 3 e 5 c.p.c.). In particolare denunciano che il giudice di appello ha disatteso con la sua decisione la giurisprudenza della Corte di cassazione, che ha ripetutamente affermato che nel rito del lavoro i documenti, quali prove precostituite, ancorché non indicati nel ricorso possono essere prodotti fino all'udienza di discussione, anche in appello, senza incorrere nelle preclusioni di cui agli artt. 414, 416 e 437 c.p.c.; norme quest'ultime applicabili alle sole prove costituenti.

2. – Ragioni di ordine argomentativo rendono opportune alcune preliminari considerazioni sulla problematica oggetto dell'esame di queste Sezioni Unite.

2.1. – Come evidenziato nella già indicata ordinanza del 22 luglio 2003, dopo la sentenza delle Sezioni unite del 6 settembre 1990 n. 9199 – secondo la quale la produzione dei documenti, pur sottraendosi al divieto sancito dall'art. 437 c.p.c.p., esige a pena di decadenza che essi siano indicati specificamente nel ricorso dell'appellante o nella memoria dell'appellato e vengano depositati contestualmente a tali atti (salvo che si tratti di documenti sopravvenuti o la cui produzione sia giustificata dallo sviluppo della vicenda processuale) – sono intervenute numerose pronunzie che hanno confermato quanto statuito dalla ricordata decisione, anche in ordine alle modalità ed ai limiti della produzione (*cf. ex plurimis*: Cass. 26 maggio 2004 n. 10128, con riferimento alle controversie in materia di locazione, cui è applicabile il rito del lavoro, cui *adde* Cass. 19 maggio 2003 n. 7845; Cass. 24 novembre 2000 n. 15197; Cass. 5 agosto 2000 n. 10335; Cass. 10 giugno 2000 n. 7948; Cass. 4 maggio 2000 n. 5596; Cass. 29 dicembre 1999 n. 14690; Cass. 17 novembre 1994 n. 9724; ed, ancora, Cass. 15 ottobre 1992 n. 11323, che ha però escluso la regola della necessaria indicazione dei documenti nuovi nell'atto introduttivo del giudizio di appello con riferimento alle controversie in tema di invalidità pensionabile, ove la documentazione medica riguardi aggravamenti o infermità certificati in epoca posteriore al deposito del ricorso d'appello).

Altre decisioni, invero, nel confermare la non operatività del divieto di cui all'art. 437, comma 2, c.p.c., in relazione alle prove costituite, hanno mostrato maggiore flessibilità nel dare ingresso alla produzione dei documenti, statuendo che detta produzione, anche se i documenti non siano indicati in ricorso, possa avvenire fino alla udienza di discussione anche in appello (Cass. 19 marzo 2003 n. 4048; Cass. 25 gennaio 2000 n. 817 nonché, con riferimento ai documenti sopravvenuti nel corso del giudizio d'appello, e, pertanto, inevitabilmente non indicati nel ricorso, Cass. 2 novembre 1998 n. 10944; Cass. 8 aprile 1998 n. 3640).

Uno scrutinio delle indicate pronunzie ne evidenzia il dato comune nell'assunto, condiviso anche da una parte della dottrina, che il divieto sancito dall'art. 437, comma 2, c.p.c. – di ammissione in grado di appello nelle controversie soggette al rito del lavoro di nuovi mezzi di prova (salvo che il collegio li ritenga indispensabili ai fini della decisione) – si riferisca soltanto alle prove costituenti, per le quali è previsto in generale un giudizio di ammissibilità ed un procedimento di assunzione (cui fa riferimento in particolare lo stesso art. 437, comma 3, c.p.c.) e non riguarda invece la produzione di documenti, la cui acquisizione, tra l'altro, non contrasta con le esigenze di concentrazione e di immediatezza caratterizzanti il processo del lavoro.

2.2. – Si è andato nel tempo, però, formando un indirizzo restrittivo, fondato sul principio che il potere del giudice d'appello di ammettere nuovi documenti trova un limite nel carattere veramente «nuovo» che la documentazione offerta in sede di impugnazione deve avere, sicché il documento che poteva essere indicato *ex art.* 414 n. 5 c.p.c. nel ricorso intro-

duttivo del giudizio di primo grado non può più essere prodotto in appello (*cf.* Cass. 4 agosto 1994 n. 7233). E sempre nell'ambito di più restrittivi orientamenti, in alcuni pronunziati è stato, poi, affermato che nel rito del lavoro è inammissibile la produzione dei documenti sui quali il giudice di primo grado abbia già emesso una pronunzia di inammissibilità, con contestuale dichiarazione di decadenza della parte stessa dalla facoltà di produrli, osservandosi al riguardo che la produzione di tali documenti vanificherebbe la sanzione di decadenza già pronunziata (*cf.* Cass. 6 marzo 2003 n. 3380; Cass. 16 maggio 2000 n. 6342; Cass. 2 aprile 1992 n. 4013). Nello stesso ordine di idee si è poi rimarcato che il principio per cui il giudice può rilevare di ufficio le eccezioni in senso lato o improprio, non comporta di per sé che nel rito speciale del lavoro, la parte possa produrre in grado di appello documenti a sostegno di una di dette eccezioni quando non siano stati formati successivamente all'introduzione del giudizio di primo grado, ed in quel giudizio sia stata pronunziata la decadenza della parte dalla produzione tardivamente effettuata (Cass. 11 agosto 1998 n. 7907).

2.3. – Si ascrive all'indirizzo volto a rendere rigoroso il sistema delle preclusioni, con riferimento alla produzione dei documenti, l'affermazione dei giudici di legittimità che la possibilità per la parte di produrre, tardivamente nel giudizio di primo grado, prove documentali presuppone *ex art.* 420, comma 5, c.p.c. che si tratti di documenti sopravvenuti nella disponibilità delle parti stesse ed in ogni caso che si tratti (in coerenza con il disposto dell'art. 416 n. 3 c.p.c.) di documenti a sostegno di eccezioni o posizioni difensive tempestivamente dedotte, risultando «fuorviante invocare la nota ripartizione tra prove costituite e prove costituende» al fine di superare le preclusioni rigidamente indicate dalla citata norma del codice di rito (*cf.* in tali sensi: Cass. 1 ottobre 2002 n. 14110).

2.4. – Nel quadro globale dei precedenti giurisprudenziali sulla problematica in esame, sicuramente espressione dell'indirizzo più rigoroso è una recente pronunzia della Sezione lavoro di questa Corte che, dopo avere sottoposto a revisione critica tutti gli elementi su cui si basa il contrario orientamento, esclude, sulla base di ragioni sia testuali che logico – sistematiche, la possibilità di differenziare ai fini preclusivi prove costituite e prove qui costituende, da ciò facendo scaturire l'inclusione dei documenti nei «nuovi mezzi di prova», indicati nell'art. 437, comma 2, c.p.c., con conseguente applicabilità anche per la produzione documentale della disciplina limitativa delle prove in appello, dettata dalla summenzionata disposizione di rito. Nel delineato assetto ricostruttivo della operatività nel rito del lavoro delle preclusioni, il limite alla producibilità dei nuovi documenti finisce così per non operare solo per: i documenti preesistenti, la produzione dei quali sia giustificata dallo sviluppo assunto dal processo (art. 420, comma 5 e 7, c.p.c.); i documenti destinati a provare un fatto di cui, con ragionevole attendibilità, non è prospettabile una particolare contestazione; i documenti costituiti, pur dopo il ricorso introduttivo della lite, aventi ad oggetto l'accertamento delle condizioni di salute dell'assicurato, che possono essere esibiti nel corso del giudizio ed anche in grado d'appello in ragione del disposto dell'art. 149 disp. att. c.p.c. (che nelle controversie previdenziali in materia di invalidità dà rilievo all'aggravamento della malattia, nonché a tutte le infermità comunque incidenti sul complesso invalidante che si siano verificate tanto nel corso del processo amministrativo che di quello giudiziario) (*cf.* Cass. 20 gennaio 2003 n. 775).

3. – L'indirizzo da ultimo indicato, che ha indotto la dottrina a rivisitare approdi in buona misura sedimentati ed a sollecitare un intervento di queste Sezioni Unite volto ad eliminare – nell'esercizio dei suoi poteri nomofilattici – il denunziato contrasto, impongono alcune considerazioni sulla specialità del processo del lavoro al fine di accertare se ed in quali limiti detta specialità si rifletta sulla soluzione della problematica in esame.

4. – Queste Sezioni Unite in relazione all'onere «di prendere posizione, in materia precisa e non limitata ad una generica contestazione, circa i fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda», previsto dall'art. 416, ultimo comma, prima parte c.p.c., hanno statuito che il combinato disposto di quest'ultima disposizione e dell'art. 167, I comma, c.p.c. fa «della non contestazione un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice, che dovrà astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato e dovrà ritenerlo sussistente, proprio per la ragione che l'atteggiamento difensivo delle parti, valutato alla stregua dell'esposta regola di condotta processuale, espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti»; su tale premessa hanno poi precisato che nel nostro sistema il principio della

«non contestazione» viene ad accreditarsi di tendenziale irreversibilità (dovendosi fare salvi i casi di contestazione rimessi ad atti successivi a quelli introduttivi del giudizio), «in piena coerenza con la struttura del processo che, nel rito del lavoro, è finalizzata a far sì che all'udienza di discussione la causa giunga delineata in modo compiuto, quanto ad oggetto ed ad esigenze istruttorie, secondo un modello non estraneo, ormai, come nota autorevole dottrina, neanche al rito ordinario, improntato, dopo la riforma del 1990, a finalità di chiarezza e semplificazione rese palesi dal concatenamento fra la fase diretta alla chiarificazione della posizione delle parti e la fase della formulazione delle richieste istruttorie» (cfr. in tali sensi Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2002 n. 761, cui *adde* successivamente, Cass. 8 febbraio 2003 n. 1562; Cass. 15 gennaio 2003 n. 535).

4.1. – Gli enunciati principi, che si pongono in linea con il rigoroso sistema delle preclusioni dettato dal legislatore del 1973 (che ha disegnato un coerente sistema ispirato ai principi di concentrazione, immediatezza ed oralità, propugnati da autorevole dottrina processualistica) e che si presentano come passaggio obbligato per una effettiva funzionalità dell'intero sistema incentrato sulle preclusioni e sulle decadenze di cui agli artt. 414 c.p.c. e 416 c.p.c. (sistema che trova piena legittimazione costituzionale nel carattere paritario della disciplina difensiva dell'attore e del convenuto, giusta quanto evidenziato da Corte Cost. 14 gennaio 1977 n. 13), sono stati ribaditi di recente da altra pronuncia delle Sezioni Unite, che ha messo in evidenza come il principio della non contestazione del «fatto costitutivo del diritto» sia funzionalizzato alla predisposizione dell'udienza di discussione, in cui si completa quello che è stato definito «il quadro complessivo» della materia in giudizio, in relazione al quale è possibile condurre le necessarie indagini istruttorie onde pervenire alla decisione con celerità (anche, cioè, nella stessa udienza, definita alla stregua di quanto disposto dall'art. 420 c.p.c. «tendenzialmente unica») (cfr. al riguardo Cass., Sez. Un., 17 giugno 2004 n. 11353). In tale contesto ricostruttivo, i giudici di legittimità hanno anche sottolineato – con argomentazioni in verità capaci di assumere portata generale a seguito della novella n. 353 del 1990 (e delle modifiche conseguenti alla legge n. 534 del 1995) e di certo improntate anche ad una ineludibile tutela della certezza, celerità ed economia dei giudizi – come nel rito del lavoro si riscontri tra oneri di allegazione, oneri di contestazione ed oneri di prova una indubbia circolarità, con reciproco condizionamento, come è attestato dall'evidenziata impossibilità di richiedere la prova oltre i termini preclusivi stabiliti dal codice di rito su fatti non allegati nonché su circostanze che, pur configurandosi come presupposti del diritto azionati, non siano stati esplicitati in modo specifico nel ricorso introduttivo del giudizio (cfr. Cass., Sez. Un., 11 giugno 2004 n. 11353 *cit.*). Circolarità questa che, seppure con distinte modalità espressive, viene riconosciuta in dottrina allorché si sottolinea, al fine di un dinamico ma nello stesso tempo razionale svolgimento del processo, la necessaria correlazione che lega l'attività di deduzione delle prove (attività istruttoria) all'attività di introduzione dei relativi fatti da provare (attività assertiva).

4.2. – Gli enunciati principi segnano i confini entro i quali deve trovare composizione il contrasto in esame, in ragione del rispetto della invocata funzione nomofilattica di questa Corte, che verrebbe a subire un grave *vulnus* se a fronte dei suddetti principi si finissero per introdurre incoerenze sistematiche, sicuramente riscontrabili in una ricostruzione della dinamica processuale che, a fronte di una estrema rigidità nella determinazione dei tempi di indicazione (precisazione o modificazione) degli elementi (di fatto e di diritto) posti a base della domanda, e delle eccezioni (processuali e di merito) della controparte (cfr. artt. 414 n. 4 e 416 per il rito del lavoro; ed artt. 163 n. 4, 166, 183 e 184 per il rito ordinario), si finissero poi per avallare opzioni ermeneutiche volte – senza un sicuro approdo a chiari precetti normativi – ad affrancare le produzioni documentali da preclusioni operative per tutte le restanti prove.

4.3. – Ai fini decisori va da ultimo rimarcato che – pur non potendosi di certo attraverso il sistema delle preclusioni ledere il diritto di difesa delle parti e la ricerca della verità materiale – la garanzia della «ragionevole durata del processo» (riconosciuta come diritto dall'art. 6 della Convenzione europea ed ora espressamente sancita dall'art. 111, comma 2, Cost.), debba fungere come parametro di costituzionalità delle norme processuali per essere oggetto «oltre che di un interesse collettivo, di un diritto di tutte le parti, costituzionalmente tutelato non meno di quello di un giudizio equo ed imparziale» (così da ultimo Corte Cost. 21 marzo 2002 n. 78), con la conseguenza che l'opera ermeneutica del dato normativo deve

accompagnarsi – come è stato osservato da quanti si sono confrontati proprio con le problematiche in questa sede esaminate – alla consapevolezza che i termini acceleratori e le preclusioni volte ad impedire l'ingresso nel processo di un fatto e/o di una prova sono funzionalizzati proprio a tutelare il suddetto principio della «ragionevole durata» e quello, ad esso correlato, dell'«economicità» del giudizio.

5. – È generalizzata in dottrina ed in giurisprudenza la distinzione delle prove in prove costituite e prove costituende, per caratterizzarsi, le prime (come le prove documentali) per la loro formazione al di fuori del processo (e, di solito, prima di esso) e per l'acquisizione nel processo attraverso un mero atto di esibizione, e le seconde (come le prove orali, prove testimoniali, confessione, giuramento, ecc.) per formarsi, di contro, nel processo, come risultato dell'attività istruttoria a seguito di una istanza di parte e di conseguenziale provvedimento di ammissione del giudice.

5.1. – Orbene, la diversa regolamentazione tra prove costituite e prove costituende – concretizzantesi nel riconoscimento di spazi più ampi (anche se indicati, nel variegato panorama dottrinario e giurisprudenziale, in termini non sempre coincidenti) di ingresso nel processo per le prime – viene fondata sostanzialmente su un duplice ordine di argomenti.

Il primo di carattere letterale fa leva sulla distinta menzione di «mezzi di prova» (art. 345, comma 3, per il rito ordinario; art. 420, comma 5 e 7, art. 421, comma 2, art. 437, comma 2, per il rito del lavoro) identificati con le prove costituende, e del termine «documenti» (art. 163 n. 5, art. 167, comma 1, art. 184 per il rito ordinario; art. 414 n. 5, 416, comma 2, per il rito del lavoro), da identificarsi, invece, con le prove costituite. Il secondo di carattere logico – sistematico viene ravvisato nella diversa ricaduta delle due differenti categorie di prove sulla durata del processo, per non necessitare le prove precostituite di nessuna attività istruttoria capace di ritardare l'esito della controversia.

5.2. – Le argomentazioni suddette, evocate ripetutamente in numerosi pronunziati (*cf.* tra le tante: Cass. 12 luglio 2002 n. 10179; Cass. 20 novembre 2000 n. 15197 *cit.*; Cass. 29 marzo 1993 n. 1359; Cass., Sez. Un., 6 settembre 1990 n. 9199 *cit.*, cui *adde*, in epoca più risalente, Cass. 25 maggio 1978 n. 2654; Cass. 29 giugno 1997 n. 2835; Cass. 16 ottobre 1976 n. 3503), sono state sottoposte di recente a revisione oltre che dai ricordati pronunziati anche dalla dottrina che, con voce quasi unanime, ha ritenuto che la produzione documentale viva delle stesse preclusioni previsto per le prove costituende, con considerazioni che questa Corte ritiene di condividere.

5.3. – La sottolineatura operata da più parti della distinzione codicistica tra «mezzi di prova» (i soli che sarebbero ammessi al vaglio dell'ammissibilità), e «documenti» (che sarebbero, invece, assoggettabili unicamente al giudizio di rilevanza), per inferirne in via argomentativa una diversa incidenza delle preclusioni – scaturenti dall'imposizione di termini perentori o decadenze – sull'indagine istruttoria (con conseguente sottrazione della produzione documentale al *dictum* dell'art. 345, comma 3, e 437, comma 2, c.p.c.), oltre a non tenere conto che, non certo di rado, lo stesso legislatore codicistico parla di «mezzi di prova» e di «ammissione» degli stessi anche con riferimento alla produzione documentale (*cf.* art. 698 c.p.c. sull'assunzione delle prove preventive; art. 495, comma 3, c.p.p. che, regolando i provvedimenti del giudice in ordine alla prova, statuisce espressamente: «Prima che il giudice provveda sulla domanda, le parti hanno facoltà di esaminare i documenti di cui è chiesta l'ammissione»), non assegna, per di più, il dovuto valore all'opinione di chi, autorevolmente, nell'ambito della dottrina processualistica, ha rimarcato come anche la prova documentale sia un «mezzo di prova», perché tutte le prove sono «mezzi», cioè strumenti per asseverare quanto assunto dalle parti nei loro atti difensivi, perché in senso tecnico l'espressione «mezzi di prova» sta, appunto, ad indicare «le persone o le cose da cui si vogliono trarre elementi di conoscenza utili alla ricerca della verità».

Ed in una medesima ottica si è affermato che i documenti configurano una specie, sia pure particolare, del *genus* «mezzi di prova», evocandosi a sostegno di tale assunto il disposto dell'art. 163 n. 5, sopravvissuto alle novelle del 1950 e del 1990, che (con formula analoga a quella degli artt. 414 n. 5, e 416, comma 3) prevede che l'atto di citazione deve contenere «l'indicazione specifica del mezzi di prova dei quali l'attore intende valersi ed in particolare dei documenti che offre in comunicazione», sicché è lecito concludere che il legislatore ha adottato una nozione di «mezzi di prova» comprensiva dei documenti i quali ne costituiscono, appunto, una *species* («in particolare»).

Il dato letterale, cui è stato assegnato una pregnante portata contenutistica, viene così a trovare la sua *ratio* in ragioni che tale portata non giustificano per risalire unicamente al distacco temporale tra il momento della produzione di documenti e quello dell'ammissione, come è significativamente attestato dall'art. 87 disp. att. c.p.c. che – in relazione ai documenti offerti in comunicazione dalle parti dopo la loro costituzione – dispone il deposito in cancelleria con la comunicazione del relativo elenco alle altre parti *ex art.* 170, ult. comma, c.p.c. non certo per escludere un giudizio sulla loro ammissibilità (la cui richiesta è implicita nella stessa produzione), ma per consentire che anche su di essa venga assicurato un effettivo contraddittorio.

Merita, dunque, pieno consenso l'assunto secondo cui la distinta menzione dei «documenti» (oggetto di produzione) e «mezzi di prova» (oggetto di richiesta di ammissione) (*cf.* artt. 184 e 345, questo nel testo anteriore alla legge 14 luglio 1950 n. 581) ed il parallelismo con cui questi strumenti vengono disciplinati (parallelismo presente anche nell'art. 416, comma 3, c.p.c.) sono di fatto determinati «dal particolare meccanismo che la richiesta di prova per documenti comporta: la produzione dell'atto, come fatto che materialmente precede, e necessariamente implica e formalmente esprime questa richiesta» (così: Cass. 20 gennaio 2003 n. 775 *cit.*).

5.4. – Né per andare in contrario avviso per legittimare un meno rigoroso impatto delle preclusioni sulla prova documentale vale richiamarsi alle esigenze di particolare celerità e di concentrazione (che con il nuovo rito il legislatore ha voluto soddisfare) per poi dedurre che dette esigenze non sarebbero messe in pericolo dalla produzione ed acquisizione di nuovi documenti in quanto prove già costituite. È opinione generale che la produzione di nuovi documenti, pur non richiedendo un procedimento di assunzione, può determinare un prolungamento delle attività processuali. Ed invero, al di là del fatto che la produzione di un atto pubblico o di una scrittura privata può determinare giudizi di per sé lunghi e complessi a seguito dei procedimenti per querela di falso o di istanza di verifica, il richiamo alle esigenze di celerità sembra concretizzare soprattutto un intento meramente evocativo qui perché, come è stato autorevolmente notato, ogni volta che consenta ad una parte una acquisizione nel processo di una nuova produzione documentale il giudice non può – in ossequio del diritto di difesa e del principio del contraddittorio – negare alla controparte la possibilità di dedurre i mezzi di prova resisi necessari in relazione ai documenti prodotti, pur se comportanti l'espletamento di una attività istruttoria incompatibile con quelle esigenze di celerità e concentrazione del processo, che invece, si vorrebbe non essere intaccati dalla tardiva produzione.

6. – Quanto sinora esposto offre le coordinate nel rispetto delle quali deve procedersi per individuare – con una coerenza logica importante una indifferenziata soluzione per ogni tipo di prova – i termini processuali entro i quali è consentito nel rito del lavoro l'ingresso ad istanze istruttorie e, pertanto, anche la produzione di documenti.

6.1. – Ed invero, nell'indicato quadro ricostruttivo, il combinato disposto dell'art. 416, comma 3 – che stabilisce tra l'altro che il convenuto deve, come si è già ricordato, indicare «a pena di decadenza» i mezzi di prova dei quali intende avvalersi, ed «in particolare modo i documenti che deve contestualmente depositare» (onere probatorio gravante anche sull'attore per il principio di reciprocità fissato dal giudice delle leggi con la decisione 14 gennaio 1977 n. 13; *cf.* al riguardo Cass., Sez. Un., 17 giugno 2004 n. 11353, e fra le altre Cass. 17 aprile 2002 n. 5526 *cit.*) – e dell'art. 437, comma 2 (proiezione e specificazione delle preclusioni già emergenti dall'art. 416, comma 3, e 420, comma 5 e 7) – che a sua volta esclude l'ammissione di «nuovi mezzi di prova» (nei quali devono annoverarsi anche i documenti: *cf.* al riguardo in tali sensi Cass. 13 dicembre 2000 n. 15716) – induce a fissare il principio di diritto che «l'omessa indicazione nell'atto introduttivo del giudizio di primo grado, dei documenti e l'omesso deposito degli stessi contestualmente a tale atto, determinano la decadenza del diritto alla produzione dei documenti stessi, salvo che la produzione non sia giustificata dal tempo della loro formazione o dall'evolversi della vicenda processuale successivamente al ricorso ed alla memoria di costituzione (ad esempio a seguito di riconvenzionale o di intervento o chiamata in causa del terzo)».

6.2. – Nel caso in esame il mancato rispetto di termini perentori e decadenziali, intesi a regolamentare la dinamica processuale in funzione propulsiva, importa l'irreversibilità dell'estinzione del processuale diritto di produrre il documento con l'insuscettibilità di una sua riviviscenza in un successivo grado di giudizio (così: Cass. 20 gennaio 2003 n. 775 *cit.*).

Ed, infatti, l'inosservanza degli oneri correlati al rispetto dei suddetti termini, impedisce il verificarsi di «movimenti a ritroso», perché le preclusioni si presentano quali conseguenze, di regola definitive, dell'inadempimento di specifiche e ben individuate condotte, che operano sul versante processuale con gli stessi effetti.

Conclusione questa che trova decisivo avallo nella considerazione che si è in presenza di un fenomeno per il quale può attagliarsi – in ragione degli interessi coinvolti non disponibili dalle parti processuali (in relazione ai quali si è parlato di «ordine pubblico processuale» – la definizione data dalla dottrina processualistica al termine perentorio, visto «come fatto giuridico strutturalmente autonomo caratterizzato da una propria efficacia di tipo estintivo». Per di più non è suscettibile di alcuna riserva l'ulteriore rilievo, fatto proprio dalla stessa dottrina, che la decadenza produce la perdita, estinzione o consumazione di una facoltà processuale, con esiti di regola irreversibili, perché il solo strumento tecnico idoneo a rimuovere detti esiti – la c.d. restituzione o remissione in termini – è configurato nel nostro ordinamento se non in determinate ipotesi particolari.

7. – Ragioni di completezza argomentativa impongono, infine, una riflessione sull'opinione di quanti patrocinano la non estensione alla produzione documentale delle barriere temporali riguardanti gli altri «mezzi di prova», mettendo in risalto come un sistema rigoroso di preclusioni possa ostacolare la ricerca della «verità materiale», cui è doverosamente funzionalizzato il rito del lavoro, teso a garantire una tutela differenziata in ragione della natura dei diritti che nel giudizio devono trovare riconoscimento. Ed invero, al di là del pur assorbente rilievo che proprio lo spessore a livello costituzionale dei suddetti diritti impone risposte giudiziarie improntate a celerità – come è attestato significativamente a livello normativo dell'introduzione di ordinanze anticipatorie *ex art. 423 c.p.c.* cui fa riscontro nella pratica giudiziaria una innegabile incentivazione dei procedimenti cautelari, va rimarcato come la preoccupazione di addivenire a soluzioni distanti dalla realtà fattuale, non sempre esternata (ma di certo costantemente sottesa all'opinione in esame), venga in buona misura ammortizzata dall'attribuzione al giudice d'appello di incisivi poteri d'ufficio in materia di ammissione di nuovi mezzi di prova ove essi siano «indispensabili ai fini della decisione della causa» (art. 437, comma 2, c.p.c.), con un opportuno temperamento del principio dispositivo con le esigenze di ricerca della verità materiale, «di guisa che, allorquando le risultanze di causa offrano significativi dati di indagine, il giudice, ove reputi insufficienti le prove già acquisite, non può limitarsi a fare meccanica applicazione della regola formale di giudizio fondata sull'onere della prova, ma ha il potere dovere di provvedere d'ufficio agli atti istruttori sollecitati da tale materiale ed idonei a superare l'incertezza dei fatti costitutivi dei diritti in contestazione, indipendentemente dal verificarsi di preclusioni o decadenze in danno delle parti» (*cf. in tali sensi Cass., Sez. Un., 17 giugno 2004 n. 11353 cit.; Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2002 n. 761 cit.*).

7.1. – A ben vedere proprio i poteri di ufficio del giudice del lavoro – che non possono però essere esercitati con riferimento a fatti non allegati dalle parti e non emersi nel processo a seguito del contraddittorio delle parti stesse (*cf. Cass., Sez. Un., 17 giugno 2004 n. 11353 cit.*) – segnano in modo accentuato la c.d. «specialità» del rito del lavoro e portano, per altra via, ad evidenziare come si vogliano accreditare a livello normativo forme di tutela (processuale) differenziata delle situazioni soggettive, in ragione di un opportuno adattamento delle regole del rito alla concrete e molteplici situazioni sostanziali implicate nel giudizio, con il conseguenziale formarsi di ordinamenti processuali – come quello, appunto, introdotto dalla legge 11 agosto 1973 n. 533 (in materia di controversie del lavoro) nonché quello disegnato dal d.lgs. 31 dicembre 1992 n. 546 (in materia di controversie tributarie), ed ancora quello ora regolato dal d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5 (in materia di controversie di diritto societario) – che, seppure con qualche approssimazione, possono qualificarsi «settoriali», e che trovano peculiari e specifici tratti distintivi – rispetto al processo ordinario ed anche tra loro – proprio per la diversa individuazione del punto di equilibrio tra le esigenze di celerità e quelle di accertamento della verità materiale.

8. – Per concludere, il ricorso, alla stregua di quanto sinora detto, va rigettato perché la sentenza impugnata – con il non dare ingresso alla prova documentale prodotta dagli eredi dell'assicurato stante la sua tardiva esibizione – è pervenuta a conclusioni conformi al diritto anche se con motivazione, che va corretta nei termini innanzi esplicitati, nell'esercizio dei poteri attribuiti a queste Sezioni Unite *ex art. 384, comma 2, c.p.c.*

Nessuna statuizione può essere presa in relazione alle spese del presente giudizio di cassazione per la natura della controversia, non essendosi in presenza di una pretesa manifestamente infondata e temeraria (art. 152 disp. att. c.p.c.).

P.Q.M. la Corte rigetta il ricorso. Nulla sulle spese».

Corte Suprema di Cassazione, Sezioni Unite civili, sentenza 20 aprile 2005 n. 8203 – Pres. V. Carbone – Rel. G. Vidiri – P.M. D. Iannelli – Ministero dell'Interno (Avvocatura dello Stato) c/F.P.G.T. s.r.l. (Avv. G Assumma).

«*(Omissis) Svolgimento del processo* – Con atto di citazione notificato in data 25 giugno 1996, la s.r.l. F.P.G.T. proponeva opposizione dinanzi al Tribunale di Roma avverso il decreto ingiuntivo con il quale era stato intimato al Teatro P. di pagare al Ministero dell'Interno – Comando provinciale dei VV. FF. di Roma – la somma di lire 202.816.550 ed accessori, di cui il Ministero si era dichiarato creditore per l'attività di prevenzione incendi prestata dal 1992 al 1994 da tre vigili del fuoco presso il suddetto teatro. L'opponente asseriva di avere regolarmente pagato quanto dovuto per la vigilanza svolta e di avere sempre contrastato l'infondato avverso assunto che detto servizio fosse stato espletato da tre persone.

Dopo la costituzione dell'Amministrazione opposta, il Tribunale di Roma, con sentenza del 30 settembre 1999, accoglieva l'opposizione, revocava il decreto ingiuntivo e compensava le spese del giudizio.

Avverso tale sentenza proponeva appello il Ministero dell'Interno e dopo la costituzione della società appellata, che ribadiva in via incidentale le eccezioni già in precedenza formulate, la Corte d'appello di Roma, con sentenza del 22 ottobre 2001, rigettava l'opposizione e condannava l'appellante al pagamento delle spese del grado.

Osservava al riguardo la Corte che il Ministero aveva denunciato l'erroneità della decisione impugnata perché il giudice *a quo* aveva ritenuto non provata la domanda di pagamento fondata sulla prestazione dell'attività di prevenzione da parte di tre vigili del fuoco. In verità, il Ministero appellante aveva prodotto ampia documentazione attestante l'effettuazione delle indicate prestazioni, ma la società F. P.G.T. aveva eccepito – ai sensi dell'art. 345, comma 3, c.p.c. – l'inammissibilità della produzione di documenti, volti a dimostrare la fondatezza della pretesa del suddetto Ministero, sicché della documentazione non poteva tenersi alcun conto a fini decisori. Precisava, infine, la Corte territoriale che, comunque, mancava qualsiasi prova delle giornate lavorative effettuate nonché dell'esatta durata delle prestazioni rese, non potendosi desumere elementi di convincimento dalle dichiarazioni della società, secondo cui per un certo periodo presso il teatro sarebbero stati inviati tre vigili anziché uno. Per concludere, la Pubblica Amministrazione non aveva adempiuto all'onere della prova, su di essa incombente, perché la produzione documentale doveva ritenersi tardiva e perché i documenti non provavano l'entità ed il protrarsi delle prestazioni.

Contro la sentenza del giudice d'appello, il Ministero dell'Interno, Comando Provinciale dei Vigili del Fuoco, propone ricorso per cassazione affidato a tre motivi.

Resiste con controricorso la s.r.l. F.P.G.T.

A seguito di ordinanza del 19 gennaio 2005 della Sezione prima di questa Corte di cassazione è stata disposta, ai sensi dell'art. 374 c.p.c., dal Primo Presidente l'assegnazione del presente ricorso alle Sezioni Unite per dirimere il contrasto formatosi nella giurisprudenza di legittimità sia con riferimento alla generale problematica relativa all'estensione, nel giudizio a cognizione ordinaria, della normativa sul divieto di ammissione di nuovi mezzi di prova anche alle prove precostituite, sia con riferimento alle connesse problematiche attinenti alla individuazione dei limiti che la produzione dei documenti incontra nel giudizio di appello.

Motivi della decisione – 1. – Con il primo motivo di ricorso il Ministero denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 72, 74, 76, 77 disp. att. c.p.c., artt. 58, 115, 165, 166, 169 c.p.c., nonché omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia (art. 360 nn. 3, 4 e 5 c.p.c.). Sostiene in particolare il ricorrente Ministero che, a fronte del dato inconfutabile che esso Ministero aveva provveduto a depositare presso la cancelleria della Corte d'appello adita il fascicolo contenente la documentazione comprovante l'esistenza e l'ammontare del credito erariale, era doveroso per la Corte stessa – in ragione della successiva mancanza del predetto fascicolo al momento di introitare in

decisione la causa – disporre la ricerca con tutti gli strumenti a disposizione, eventualmente procedendo alla ricostruzione del fascicolo, invece di attribuirne arbitrariamente la scomparsa alla responsabilità della parte pubblica.

Con il secondo motivo il ricorrente lamenta violazione e falsa applicazione dell'art. 345, comma 3, c.p.c., nonché omessa motivazione circa un punto decisivo della controversia (art. 360 nn. 3, 4 e 5 c.p.c.), rimarcando che il giudice d'appello ha errato nel considerare tardiva – senza peraltro darne adeguata motivazione – la produzione documentale volta a comprovare tutti i servizi di vigilanza posti in essere, atteso che il divieto di cui alla citata disposizione del codice di rito non si riferisce alla prova documentale.

Con il terzo motivo il ricorrente deduce, infine, violazione e falsa applicazione degli artt. 115 e 116 c.p.c., degli artt. 2697, 2699 e 2729 c.c. nonché omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia (art. 360 nn. 3, 4 e 5 c.p.c.), assumendo che i fatti adottati in giudizio dovevano considerarsi incontrovertibili sì da non richiedere una prova specifica perché tra l'altro, a seguito della memoria avversaria depositata in secondo grado e dell'atto di citazione di prime cure, si era da controparte finito per ammettere l'avvenuto espletamento del servizio antincendio da parte di tre vigili del fuoco. Conclusione questa confortata anche dagli atti che, per pervenire da pubbliche autorità – legislativamente deputate a regolare il servizio antincendio – dovevano reputarsi assistiti da una presunzione *iuris tantum* di corrispondenza al vero.

2. – Prima degli altri va preso in esame, per evidenti ragioni di antecedenza logica, il secondo motivo del ricorso.

2.1. – Come ha evidenziato la ricordata ordinanza del 19 gennaio 2005, sull'interpretazione da dare al disposto dell'art. 345, comma 3, c.p.c. nel testo sostituito dall'art. 52 della legge 26 novembre 1990 n. 353 (applicabile a decorrere dal 30 aprile 1995), si riscontra in giurisprudenza una diversità di indirizzi.

Si è più volte ribadito – con riferimento al giudizio di cognizione ordinaria – che il divieto di ammissione di nuove prove si riferisce esclusivamente alle prove costituenti e, quindi, non riguarda i documenti che, in quanto prove precostituite, possono essere prodotti anche in secondo grado (*ex plurimis*: Cass. 26 agosto 2004 n. 16995; Cass. 29 aprile 2004 n. 8235; Cass. 5 maggio 2003 n. 6756; Cass. 8 gennaio 2003 n. 60; Cass. 6 aprile 2002 n. 5463).

Nell'ambito di tale indirizzo si è però da alcune pronunce aggiunto che la produzione di nuovi documenti in appello non trova ostacolo: né nella decadenza in cui sia incorsa la parte per il mancato rispetto del termine perentorio di deposito fissato dall'art. 184 c.p.c., perché tale preclusione ha effetto limitatamente al giudizio di primo grado, mirando la norma solo a tutelare la concentrazione endoprocessuale, quindi interna a ciascun grado di giudizio (*cf.* Cass. 20 ottobre 2003 n. 15646); né nella circostanza che si tratti di documenti la cui esistenza sia nota in primo grado e che siano stati menzionati in quella sede, sebbene non prodotti (*cf.* Cass. 22 gennaio 2004 n. 1048, secondo cui la produzione in appello prescinde dalla loro indispensabilità ai fini della decisione della causa e dalla colpevolezza del ritardo), perché la novità dei documenti in sede di appello va stabilita in base alla loro materiale esibizione e non anche alla loro mera indicazione, come tale priva di rilevanza processuale (*cf.* Cass. 28 marzo 2003 n. 4765).

2.2. – Una diversità di indirizzi si riscontra anche sotto un distinto versante, quello cioè relativo alla eventuale esistenza di limiti temporali alla produzione di documenti in sede di appello.

Secondo un primo orientamento la facoltà di produrre nuovi documenti, in armonia con lo spirito della legge 26 novembre 1990 n. 353 – rivolta a concentrare le attività assertive e probatorie nella fase iniziale del procedimento – deve essere esercitata, a pena di decadenza, con la costituzione in giudizio ed entro il termine all'uopo fissato dagli artt. 165 e 166 c.p.c. espressamente richiamati, anche con riferimento ai termini, dall'art. 347 dello stesso codice (*cf.* Cass. 16 aprile 2002 n. 5463 *cit.*; Cass. 4 giugno 2001 n. 7510).

Un diverso indirizzo è volto, invece, a spostare il limite temporale per la produzione di documenti al momento della rimessione della causa al collegio, con la conseguenza che questi, solo se successivamente prodotti, non possono essere utilizzati ai fini della decisione (*cf.* Cass. 10 agosto 2002 n. 12139; Cass. 3 marzo 2000 n. 3892, che precisano anche, come

essendosi in presenza di disciplina dettata nell'interesse delle parti, la sua inosservanza debba ritenersi sanata qualora la controparte non abbia sollevato la relativa eccezione in sede di discussione della causa davanti al collegio).

2.3. – In radicale contrasto con le diverse articolazioni dell'orientamento che sottrae i documenti al divieto di produzione in appello di nuovi mezzi di prova si pongono alcune decisioni che ricomprendono anche i documenti tra i mezzi di prova, il cui regime viene disciplinato dall'art. 345, comma 3, c.p.c. e che, conseguentemente, reputano legittimo l'esame, da parte del giudice di secondo grado, di documenti nuovi solo ove ciò sia indispensabile ai fini del decidere ed allorché la mancata produzione in primo grado dei documenti stessi non sia imputabile alla parte che intenda avvalersene (*cf.* Cass. 6 aprile 2001 n. 5133; Cass. 13 dicembre 2000 n. 15716 cui adde, nel medesimo ordine di idee, Cass. 11 febbraio 2003 n. 2027 e Cass. 21 luglio 2000 n. 9604 che, in tema di appello avverso le decisioni delle Commissioni tributarie di primo grado, hanno sostenuto che l'art. 58, comma 2, del d. lgs. 31 dicembre 1992 n. 546, fa salva la facoltà delle parti di produrre in appello nuovi documenti indipendentemente dalla impossibilità dell'interessato di esibirli in prima istanza per causa a lui non imputabile, e che hanno altresì evidenziato come questo requisito sia richiesto dall'art. 345, comma 3, c.p.c., ma non dal citato art. 58).

2.4. – Nel quadro globale dei precedenti giurisprudenziali sulla problematica in esame si inserisce sicuramente nell'indirizzo più rigoroso – volto ad estendere i limiti all'ammissibilità dei mezzi di prova, posti dal codice di rito per il giudizio d'appello, anche alla prova documentale – una recente decisione della Sezione lavoro di questa Corte che, chiamata a pronunciarsi sull'ambito di applicabilità alla prova documentale dell'art. 437, comma 2, c.p.c. (disposizione che è stata costantemente vista come il precedente normativo su cui si è modellato l'art. 345, comma 3, c.p.c.), ha escluso, sulla base di ragioni sia testuali che logico-sistematiche, la possibilità di differenziare ai fini preclusivi «prove costituite» e «prove costituende», da ciò facendo scaturire – attraverso argomentazioni estensibili per il loro carattere generale oltre che al rito del lavoro anche al processo ordinario – l'inclusione dei documenti nei nuovi mezzi di prova (espressione rinvenibile sia nell'art. 345, comma 3, che nell'art. 437, comma 2), con conseguente applicabilità anche per la produzione documentale della disciplina limitativa delle prove in appello (*cf.* Cass. 20 gennaio 2003 n. 775 nonché, sempre per l'opinione favorevole ad equiparare ai fini delle preclusioni ogni tipologia di prova, Cass. 1° ottobre 2002 n. 14110, che ha evidenziato come sia «fuorviante» invocare la nota ripartizione tra prove costituite e prove costituende al fine di superare le preclusioni rigidamente indicate dall'art. 427, comma 2, c.p.c.).

3. – L'impossibilità di assegnare una mobilità semantica ad una medesima formula normativa («nuovi mezzi di prova») e la considerazione che la problematica attinente alla diversità di regolamentazione tra prove costituite e prove costituende rientra nella generale dogmatica del processo, impongono di dare una risposta in termini unitari, che prescindano cioè dalla natura del rito, alla tematica della inclusione anche delle prove documentali nel «nuovi mezzi di prova», cui fanno riferimento – come è stato già evidenziato – sia l'art. 345, comma 3 (per il rito ordinario) che l'art. 437, comma 2 (per il rito del lavoro).

3.1. – È generalizzata in dottrina ed in giurisprudenza la distinzione tra «prove costituite» e «prove costituende», per caratterizzarsi, le prime (come le prove documentali) per la loro formazione al di fuori del processo (e, di solito, prima di esso) e per l'acquisizione nel processo attraverso un mero atto di esibizione, e le seconde (come le prove orali: prove testimoniali, confessione, giuramento, ecc.) per formarsi, di contro, nel processo, come risultato dell'attività istruttoria a seguito di una istanza di parte e di successivo provvedimento di ammissione del giudice.

3.2. – Orbene, la diversa regolamentazione tra prove costituite e prove costituende – concretizzantesi nel riconoscimento di spazi più ampi (anche se indicati, nel variegato panorama dottrinario e giurisprudenziale, in termini non sempre coincidenti) di ingresso nel processo per le prime – viene fondata sostanzialmente su un duplice ordine di argomenti. Il primo di carattere letterale fa leva sulla distinta menzione di mezzi di prova (art. 345, comma 3, per il rito ordinario; art. 420, comma 5 e 7, art. 421, comma 2, art. 437, comma 2, per il rito del lavoro), identificati con le prove costituende, e del termine «documenti» (art. 163 n. 5, art. 167, comma 1, art. 184 per il rito ordinario; art. 414 n. 5, 416, comma 2, per il rito del lavoro), da identificarsi, invece, con le prove costituite.

Il secondo di carattere logico-sistematico viene ravvisato nella diversa ricaduta delle due differenti categorie di prove sulla durata del processo, per non necessitare le prove preconstituite di nessuna attività istruttoria capace di ritardare l'esito della controversia.

3.3. – Le argomentazioni suddette, evocate ripetutamente in numerosi pronunziati (*cf.* tra le tante: Cass. 12 luglio 2002 n. 10179; Cass. 20 novembre 2000 n. 15197; Cass. 29 marzo 1993 n. 1359; Cass., Sez. Un., 6 settembre 1990 n. 9199, cui adde, in epoca più risalente, Cass. 25 maggio 1978 n. 2654; Cass. 29 giugno 1997 n. 2835; Cass. 16 ottobre 1976 n. 3503), sono state sottoposte di recente a revisione, oltre che dai ricordati pronunziati, anche dalla dottrina che, con voce quasi unanime, ha ritenuto che la produzione documentale vive delle stesse preclusioni previste per le prove costituenti, con considerazioni che questa Corte ritiene di condividere.

3.4. – La sottolineatura operata da più parti della distinzione codicistica tra «mezzi di prova» (i soli che sarebbero ammessi al vaglio dell'ammissibilità), e «documenti» (che sarebbero invece, assoggettabili unicamente al giudizio di rilevanza), per inferirne in via argomentativa una diversa incidenza delle preclusioni – scaturenti dall'imposizione di termini perentori o decadenziali – sull'indagine istruttoria (con conseguente sottrazione della produzione documentale al *dictum* dell'art. 345, comma 3, e 437, comma 2), oltre a non tenere conto che, non certo di rado, lo stesso legislatore codicistico parla di «mezzi di prova» e di «ammissione» degli stessi anche con riferimento alla produzione documentale (*cf.* art. 698 c.p.c. sull'assunzione delle prove preventive; art. 495, comma 3, c.p.p. che, regolando i provvedimenti del giudice in ordine alla prova, statuisce espressamente: «Prima che il giudice provveda sulla domanda, le parti hanno facoltà di esaminare i documenti di cui è chiesta l'ammissione») non assegna, per di più il dovuto valore all'opinione di chi, autorevolmente nell'ambito della dottrina processualistica, ha rimarcato come anche la prova documentale sia un «mezzo di prova», perché tutte le prove sono «mezzi», cioè strumenti per asseverare quanto assunto dalle parti nei loro atti difensivi, perché in senso tecnico l'espressione «mezzi di prova» sta, appunto, ad indicare «le persone o le cose da cui si vogliono trarre elementi di conoscenza utili alla ricerca della verità».

Ed in una medesima ottica si è affermato che i documenti configurano una specie, sia pure particolare, del *genus* «mezzi di prova», evocandosi a sostegno di tale assunto il disposto dell'art. 163 n. 5, sopravvissuto alle novelle del 1950 e del 1990, che (con formula analoga a quella degli artt. 414 n. 5 e 416, comma 3) prevede che l'atto di citazione debba contenere «l'indicazione specifica dei mezzi di prova dei quali l'attore intende valersi e in particolare dei documenti che offre in comunicazione», sicché è lecito concludere che il legislatore abbia adottato una nozione di mezzi di prova comprensiva dei documenti, i quali ne costituiscono, appunto, una *species* («in particolare»).

Il dato letterale, cui è stata attribuita una pregnante portata contenutistica, viene così a trovare la sua *ratio* in ragioni che tale portata non giustificano per risalire unicamente al distacco temporale tra il momento della produzione di documenti e quello della loro ammissione, come è significativamente attestato dall'art. 87 disp. att. c.p.c. che, per i documenti offerti in comunicazione dalle parti (dopo la loro costituzione), dispone il deposito in cancelleria con la comunicazione del relativo elenco alle altre parti *ex* art. 170, ult. comma, c.p.c., non certo per escludere un giudizio sulla loro ammissibilità, la cui richiesta è implicita nella stessa produzione, ma per consentire che anche su di essa venga assicurato un effettivo contraddittorio.

Merita, dunque, piena adesione l'assunto secondo cui la distinta menzione dei «documenti» (oggetto di produzione) e «mezzi di prova» (oggetto di richiesta di ammissione) (*cf.* artt. 184 e 345, questo nel testo anteriore alla legge 14 luglio 1950 n. 581) ed il parallelismo con cui questi strumenti vengono disciplinati (parallelismo presente anche nell'art. 416, comma 3) sono di fatto determinati «dal particolare meccanismo che la richiesta di prova per documenti comporta: la produzione dell'atto, come fatto che materialmente precede, e necessariamente implica e formalmente esprime, questa richiesta» (così: Cass. 20 gennaio 2003 n. 775 *cit.*).

3.5. – Né per andare in contrario avviso, al fine di legittimare un diverso genere di impatto delle preclusioni sulla prova documentale, vale richiamarsi alle esigenze di particolare celerità e di concentrazione (che con il nuovo rito il legislatore del 1990 ha voluto soddisfare) per poi dedurne che dette esigenze non sarebbero messe in pericolo dalla produzione ed acquisizione di nuovi documenti in quanto prove già costituite.

È opinione generale che la produzione di nuovi documenti, pur non richiedendo un procedimento di «assunzione» della prova, può determinare un prolungamento delle attività processuali. Ed invero, al di là del fatto che la produzione di un atto pubblico o di una scrittura privata può determinare giudizi di per sé lunghi e complessi a seguito dei procedimenti di querela per falso o di istanza di verificaione, il richiamo alle esigenze di celerità sembra concretizzare soprattutto un intento meramente evocativo perché, come è stato autorevolmente notato, ogni volta che consenta ad una parte una acquisizione nel processo di una nuova produzione documentale il giudice non può – nel rispetto del diritto di difesa e del principio del contraddittorio – negare alla controparte la possibilità di dedurre mezzi di prova resi necessari in relazione ai documenti prodotti, pur se comportanti l'espletamento di una attività istruttoria incompatibile con quelle esigenze di celerità e concentrazione del processo, che invece si vorrebbe non essere intaccati dalla tardiva produzione.

4. – Corollario di quanto sinora detto è che per qualsiasi delle diverse tipologie di mezzi di prova deve considerarsi unico l'approccio interpretativo del dato normativo, che non può non condurre per quanto attiene alla individuazione dei limiti di ammissibilità della produzione documentale – e delle preclusioni che detta produzione incontra sia in primo grado che in sede di gravame – agli stessi approdi di quelli propri di ogni altra prova costituita o costituenda.

5. – La considerazione che l'opera ermeneutica in materia processuale tenga conto non solo dell'intento sotteso alla singola norma ma anche all'assetto ordinamentale entro il quale la singola norma si colloca, sollecita alcune preliminari riflessioni, sicuramente utili in una materia irta di difficoltà, come attestano i permanenti dubbi che in dottrina ed in giurisprudenza continuano a manifestarsi in relazione a non pochi profili del regime decadenziale delineato dagli artt. 184 e 345, comma 3, c.p.c., ed anche con riferimento alla rigida scansione delle preclusioni istruttorie ed alle barriere che, sia in primo grado che in grado di appello, incontrano le istanze istruttorie delle parti.

5.1. – In primo luogo va evidenziato come – pur non potendosi di certo attraverso il sistema delle preclusioni ledere il diritto di difesa delle parti e vanificare la ricerca della verità materiale – la garanzia della «ragionevole durata del processo» (riconosciuta come diritto dall'art. 6 della Convenzione europea, ed ora espressamente sancita dall'art. 111, comma 2, Cost.) debba fungere da parametro di costituzionalità delle norme processuali per essere oggetto «oltre che di un interesse collettivo, di un diritto di tutte le parti, costituzionalmente tutelato non meno di quello di un giudizio equo ed imparziale» (così da ultimo Corte Cost. 21 marzo 2002 n. 78), con la conseguenza che l'opera ermeneutica del dato normativo deve accompagnarsi – come è stato sovente osservato da quanti si sono confrontati con le problematiche in esame – alla consapevolezza che i termini acceleratori e le preclusioni, volte ad impedire l'ingresso nel processo di un fatto e/o di una prova, sono funzionalizzati proprio a tutelare il suddetto principio della ragionevole durata e quello, ad esso correlato, dell'economicità del giudizio.

5.2. – Va, inoltre, messo in luce che la strumentalità del processo rispetto alle posizioni sostanziali, che nel processo stesso devono trovare guarentigia, consiglia una flessibilità delle regole processuali, che della peculiarità di tali posizioni tenga conto e spiega, altresì, perché si stiano accreditando a livello normativo sistemi di tutela (processuale) differenziata, correlati alla specifica natura dei diritti e degli interessi coinvolti nel giudizio, con la conseguenza che accanto al giudizio c.d. ordinario si sono venuti formando ordinamenti processuali – come quello regolato dalla legge 11 agosto 1973 n. 533 (in materia di controversie del lavoro) nonché quello disegnato dal d.lgs. 31 dicembre 1992 n. 545 (in materia di controversie tributarie) ed ancora quello ora regolato dal d. lgs. 17 gennaio 2003 n. 5 (in materia di controversie di diritto societario) – che, seppure con qualche approssimazione, possono qualificarsi «settoriali» e che presentano tratti distintivi – rispetto al processo ordinario ed anche tra loro – per la diversa individuazione del punto di equilibrio tra le esigenze di celerità e quelle di accertamento della verità materiale. Rilievo questo che – confortato dalla giurisprudenza costante della Corte Costituzionale, secondo cui non sussiste un principio in base al quale differenti tipologie del processo debbano avere una regolamentazione uniforme anche con riferimento ai limiti di ammissibilità dei mezzi istruttori (cfr. Corte Cost. 28 luglio 2000 n. 401, ord.; Corte Cost. 31 maggio 2000 n. 165, ord.) – induce al rifiuto di tutte quelle opinioni che, sottovalutando la specialità del rito del lavoro, hanno esteso, seppure con diverse

accentuazioni, al giudizio a cognizione ordinaria le conclusioni cui nel suddetto rito speciale si è pervenuti sulla determinazione temporale degli sbarramenti all'ammissibilità delle prove, con una sostanziale omologazione della disciplina dettata dall'art. 345, comma 3, a quella fissata dall'art. 437, comma 2.

6. – Al fine di trovare un punto di equilibrio tra esigenze di efficienza del processo ed il diritto di difesa delle parti in relazione al giudizio di cognizione ordinaria, il legislatore ha disciplinato le modalità di produzione dei documenti e la proposizione dei mezzi di prova, inserendo la fase delle deduzioni e richieste istruttorie (art. 184 c.p.c.) tra la fase di trattazione (fissazione del *thema decidendum*) e quella di assunzione delle prove costituenti (fase istruttoria in senso stretto); ed ha poi fissato il momento in cui scatta per le parti la preclusione in tema di istanze istruttorie, facendola decorrere dall'ordinanza di ammissione delle prove, nel caso in cui non sia stato chiesto il termine *ex art.* 184, ovvero, quando tale termine sia stato concesso, dallo spirare del termine in questione, per le richieste di nuovi mezzi di prova e la produzione dei documenti, e dallo spirare del secondo termine per l'indicazione della (eventuale) prova contraria (art. 184, comma 1 e 2, del codice di rito sostituito, con decorrenza dal 30 aprile 1995, dall'art. 18 della legge 26 novembre 1990 n. 353).

6.1. – Il superamento della barriera preclusiva di cui al già citato art. 184 importa, poi, la decadenza dal potere di esibire documenti, salvo che la loro produzione sia giustificata dallo sviluppo assunto dal processo o che la formazione sia successiva allo spirare dei suddetti termini.

Al di fuori di tali casi, il mancato rispetto dei termini stabiliti per le nuove deduzioni probatorie porta – per il carattere perentorio di essi – ad effetti che devono ritenersi di regola irreversibili, perché removibili solo attraverso lo strumento della remissione in termini. Il che porta ad affermare che – escluse le ipotesi in cui la parte sia incorsa nella sanzione della decadenza ma sia stata poi rimessa in termini ai sensi dell'art. 184 *bis* – non è consentita una lettura elastica delle avvenute preclusioni, legittimante «movimenti a ritroso» del giudizio di primo grado, capaci di vanificare la riforma della novella n. 353 del 1990, la cui essenza va individuata nella prefissata scansione logico-temporale del procedimento ai fini di pervenire con celerità ad una decisione capace, pur nella sua non definitiva esecutività, di apprestare una efficace tutela ai diritti lesi.

7. – Le argomentazioni sinora svolte forniscono le coordinate per una lettura dell'art. 345, comma 3, che, nel rigido rispetto del dato normativo, tenga conto – al fine di evitare discrasie ed antinomie ordinamentali – che la legge n. 353 del 1990, sovvertendo la precedente disciplina della novella del 1950, ha aggiunto al preesistente divieto di domande nuove anche quello di nuove eccezioni e nuovi mezzi istruttori sicché, come è stato da tutti riconosciuto, il pervenire alla pressoché totale abolizione dello *ius novorum* ha fatto assumere all'appello il carattere della *revisio prioris instantiae*, per essere stati eliminati quegli elementi spuri che permettevano la configurazione del giudizio di gravame come una prosecuzione ed un completamento di quello di primo grado.

7.1. – In linea con quanto ora detto l'art. 345, comma 3, va letto nel senso che tale disposizione fissa sul piano generale il principio dell'inammissibilità dei nuovi mezzi di prova (cioè di quei mezzi di prova la cui ammissione non è stata in precedenza richiesta), e quindi anche delle produzioni documentali, indicando nello stesso tempo i limiti (e, quindi, le deroghe) a questa regola, con il porre in via alternativa (e non concorrente) i requisiti che detti nuovi mezzi di prova devono presentare per potere trovare ingresso in sede di gravame.

Più specificamente l'*incipit* della disposizione in esame («Non sono ammessi nuovi mezzi di prova, salvo ...») delinea, alla stregua del dettato dell'art. 12 delle preleggi, la natura sostanzialmente «chiusa» del giudizio d'appello. In tale direzione, il rispetto del chiaro dato normativo, che ne impone – rendendone nello stesso tempo agevole – l'interpretazione letterale, induce questa Corte ad affermare che il giudice, oltre a quelle prove che le parti dimostrino di non avere potuto proporre prima per causa ad esse non imputabili, è abilitato ad ammettere, nonostante le già verificatesi preclusioni, solo quelle prove che ritenga – nel quadro delle risultanze istruttorie già acquisite – «indispensabili», perché suscettibili di una influenza causale più incisiva rispetto a quella che le prove, definite come «rilevanti» (*cf.* art. 184, comma 1; art. 420, comma 5), hanno sulla decisione finale della controversia;

prove che, proprio perché «indispensabili», sono capaci, in altri termini, di determinare un positivo accertamento dei fatti di causa, decisivo talvolta anche per giungere ad un completo rovesciamento della decisione cui è pervenuto il giudice di primo grado.

È stato, al riguardo, osservato in dottrina che la particolare complessità delle controversie ordinarie, rispetto a quelle proprie del lavoro, renderebbe particolarmente pesanti le preclusioni istruttorie, previste per il giudizio di primo grado dal nuovo testo dell'art. 184 c.p.c., ove non si consentisse l'ammissione in appello almeno dei mezzi di prova indispensabili, senza che la parte debba dimostrare anche l'impossibilità ad essa non imputabile di una loro anteriore produzione.

A conforto di tale opinione che patrocinia l'ammissione in appello di nuovi mezzi di prove, e quindi anche di documenti sempre che siano «nuovi» ed «indispensabili» – e nell'ambito della quale opinione qualche studioso ha ravvisato nel disposto dell'art. 345, comma 3, una forma alternativa ed impropria di restituzione in termini – va aggiunto che risponde a razionalità che le esigenze di speditezza, cui è improntato il rito ordinario dopo la novella del 1990, possano subire in sede di gravame, pure cioè in uno stato avanzato dell'intero iter processuale, un parziale ridimensionamento proprio perché si è in presenza di prove che, per il loro spessore contenutistico, sono idonee a fornire un contributo decisivo all'accertamento della verità materiale, restando di contro salva in tutti i restanti casi l'ultrattività delle preclusioni già verificatesi in primo grado.

7. – Ragioni di ordine testuale, non disgiunte da doverose opzioni ermeneutiche volte a favorire un ordinato e cadenzato svolgimento delle attività processuali, anche esso funzionale al perseguimento di una «ragionevole durata del processo», portano a condividere l'indirizzo di questa Corte secondo cui – conformemente al disposto degli artt. 163 e 166, richiamati dagli artt. 342, comma 1, e 347, comma 1 – nel rito ordinario la produzione dei documenti deve essere effettuata dalle parti, a pena di decadenza, mediante la specifica indicazione dei documenti stessi nei rispettivi atti introduttivi del giudizio (*cf.* Cass. 2 aprile 2004 n. 6528 *cit.*; Cass. 16 aprile 2002 n. 5463 *cit.*; Cass. 4 giugno 2001 n. 7510 *cit.*), sempre che ovviamente la formazione dei documenti da esibire non sia successiva e sempre che la produzione degli stessi non sia stata resa necessaria in ragione dello sviluppo assunto dal processo.

Come è stato sul punto osservato, le parti devono indicare negli atti introduttivi dell'appello i documenti che intendono produrre, perché alla prima udienza di trattazione il collegio, a norma dell'art. 352 c.p.c., deve provvedere all'ammissione delle prove eventualmente dedotte o invitare le parti a precisare le conclusioni. Il che dimostra che in questa fase i termini della controversia devono essere in ogni caso già delineati.

Sotto altro versante, a sostegno della rigorosità dell'indirizzo in esame, è stato evidenziato come non a caso il codice di rito non richiami, nella disciplina del giudizio d'appello, la disposizione dell'art. 184 sulla facoltà del giudice di primo grado di concedere un ulteriore termine (dopo la costituzione delle parti) per la produzione dei documenti, atteso che l'esigenza di concentrare le attività assertive e probatorie nella fase iniziale del procedimento (secondo lo spirito della riforma del 1990) si accentua in sede di impugnazione (*cf.* Cass. 2 aprile 2004 n. 6528 *cit.*).

7.4. – Da ultimo, esigenze di maggiore completezza motivazionale impongono di sottolineare come a differenza di quanto si riscontra nel rito del lavoro, nel quale l'ammissione ad opera del giudice di nuovi mezzi di prova, per essere espressione del suo potere d'ufficio, non è condizionata da una espressa richiesta in tali sensi (*cf.* art. 437, comma 2, «... Non sono ammessi nuovi mezzi di prova ... salvo che il collegio, anche d'ufficio, li ritenga indispensabili ...»), nel rito ordinario, invece, riscontrandosi un ruolo del giudice meno accentratato ed incisivo nella direzione e nell'impulso del processo, l'ammissione dei nuovi «mezzi di prova» e, quindi, anche della prova documentale, non può prescindere da una espressa domanda delle parti.

Peraltro, se si voglia attribuire una ragionevolezza al sistema e se si intenda, nello stesso tempo, conferire al disposto dell'art. 345, comma 3, una qualche operatività, non può che concludersi con l'affermare che il giudice d'appello, lungi dall'essere portatore di un potere discrezionale ai limiti dell'arbitrarietà e, comunque, insuscettibile di controllo, diviene titolare di un potere del cui esercizio deve dare conto con un provvedimento motivato, così come è tenuto a fare nel rito del lavoro il giudice che esercita i poteri d'ufficio *ex* art. 437,

comma 2 (*cf.* al riguardo Cass., Sez. Un., 17 giugno 2004 n. 11353 *cit.*., secondo cui l'esercizio del potere officioso del giudice, quand'anche si ritenesse avere carattere discrezionale, non può mai esercitarsi in modo arbitrario sicché il giudice, a sensi degli art. 134 c.p.c. e 111 Cost. sul giusto processo, è tenuto ad esplicitare le ragioni per le quali ritiene di fare ricorso ai poteri istruttori o, invece, di disattendere una specifica richiesta in tal senso). Tale provvedimento è censurabile davanti ai giudici di legittimità alla stregua dell'art. 360 n. 3 e n. 5 c.p.c., sempre che le parti negli spazi di disponibilità ad esse lasciati non abbiano con la loro condotta mostrato di accettare il contraddittorio nei limiti segnati dall'intervento del giudice.

8. – Alla stregua dei principi sinora enunciati in relazione alle preclusioni che, nel giudizio d'appello, incontra la produzione dei documenti, il secondo motivo di ricorso, avente sugli altri precedenza logica, va rigettato perché, come risulta dagli stessi atti difensivi delle parti, il Ministero non ha rispettato il termine perentorio fissato dal giudice di primo grado *ex art.* 184 per le istanze istruttorie.

8.1. – Né assume rilevanza, per andare in contrario avviso, la circostanza che il Ministero ha in ricorso sostenuto di avere in appello prodotto documentazione volta a dimostrare la fondatezza del suo assunto e della quale lamenta il mancato esame da parte della Corte d'appello di Roma.

Ed invero, anche a volere prescindere dalla pure assorbente considerazione che nel ricorso per cassazione non sono stati precisati – contro il principio dell'autosufficienza del ricorso stesso – né il contenuto dei documenti in oggetto né le modalità temporali della produzione, va osservato che la Corte territoriale, dopo averne riconosciuto la tardività, ha poi aggiunto – con considerazioni non assoggettate ad alcuna specifica doglianza – che i suddetti documenti, ritirati con il fascicolo di parte, non provavano l'entità ed il protrarsi delle prestazioni.

8.2. – Giudizio questo che nella fattispecie in esame ha comportato una risposta implicitamente negativa sull'esistenza del requisito dell'indispensabilità dei documenti, e che per la sua formulazione va sempre devoluto al giudice del gravame in quanto comportante una valutazione che – come è stato già precisato – non può prescindere da un esame dello specifico e globale quadro probatorio già acquisito, e che se assistita da una motivazione congrua e corretta sul piano logico-giuridico, non è suscettibile di alcuna censura in sede di legittimità.

8.3. – Quanto ora detto porta all'assorbimento del primo motivo del ricorso perché la già evidenziata tardività della produzione documentale disvela la carenza di interesse alla ammissione della richiesta di ricostruzione del fascicolo di parte avanzata dal Ministero.

8.4. – Risulta privo di fondamento giuridico anche il terzo ed ultimo motivo di ricorso, con il quale il Ministero adduce che, anche a non volere considerare il contenuto dei documenti reputati tardivi, la Corte d'appello di Roma avrebbe dovuto ugualmente, sulla base delle ulteriori risultanze istruttorie, ritenere fondata la sua domanda.

È sufficiente osservare però in contrario che – a fronte di una motivazione del giudice d'appello, che ha chiaramente, seppure in maniera succinta, esposto le ragioni che lo hanno portato a confermare la decisione di primo grado – il Ministero ricorrente non ha evidenziato nella impugnata sentenza carenze sul piano giuridico o motivazionale tali da consentirne l'annullamento.

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

P.Q.M. la Corte rigetta il ricorso e compensa le spese del presente giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma il 3 marzo 2005.»

Giurisdizione del giudice amministrativo in pubblici concorsi riservati a dipendenti interni, fuori ruolo e comandati

(Corte d'Appello di Roma, sezione lavoro, sentenza 26 gennaio – 22 marzo 2005, n. 639)

La sentenza della Corte d'Appello di Roma, sezione lavoro, 26 gennaio-22 marzo 2005, n. 639, che si annota, stabilisce, pur in maniera non limpida, la giurisdizione del giudice amministrativo nei pubblici concorsi riservati oltre che ai dipendenti interni, anche ai fuori ruolo ed ai comandati.

La vicenda su cui si è pronunciato il Giudice romano riguarda l'ammissione ad un corso di riqualificazione per il personale di segreteria del Consiglio di Stato e dei Tribunali amministrativi regionali, bandito con decreto 30 marzo 2001, in esecuzione dell'art. 11 del d.lgs. 30 luglio 1999, n. 287. In particolare tre dipendenti dell'amministrazione autonoma del Consiglio di Stato — Tribunali amministrativi regionali, ammessi al corso di riqualificazione, ma collocatisi in posizione non utile alla progressione nella graduatoria finale, avevano impugnato quest'ultima, adducendo l'illegittimità dell'ammissione al corso dei comandati, dal momento che l'assenza di questi nella graduatoria avrebbe consentito loro l'accesso. Senonché proprio l'art. 11 del d.lgs. 30 luglio 1999, n. 287 prevedeva «La riqualificazione professionale del personale in servizio di ruolo, fuori ruolo, comandato, presso le amministrazioni interessate dai processi di riordino [...]».

Il primo problema da risolvere era evidentemente quello della giurisdizione. La fattispecie però non si inquadra facilmente nel sistema di riparto della giurisdizione utilizzando le regole prospettate dalla più recente giurisprudenza delle Sezioni Unite sull'interpretazione dell'art. 63, Co. 4, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (1).

La sentenza della Corte d'Appello di Roma richiama la Cassazione, in particolare le ordd. 15403/03, 18886/03, 3948/04, 10183/04 (2). In base a questa giurisprudenza le controversie riguardanti la legittimità delle graduatorie delle selezioni dirette a permettere l'accesso del personale già assunto ad una fascia o area funzionale superiore sono devolute al giudice amministrativo. Ciò in considerazione del fatto che ogni qual volta la procedura concorsuale sia tale da poter determinare l'inserimento nella pianta organica di soggetti che non siano già dipendenti, si configura una procedura concorsuale per l'assunzione, soggetta alla giurisdizione amministrativa. Questo vale anche nel caso di passaggio di fascia o d'area funzionale, dal momento che l'accesso alla fascia o all'area superiore di personale interno (od esterno)

(1) A mente del quale: «Restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, nonché, in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 3, ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi.

(2) A cui si aggiungano Cass. SS. UU. 15472/03 e 22278/04.

implica, esso stesso, un ampliamento della pianta organica. Il termine «assunzione», di cui all'art. 63, va quindi inteso come correlato alla qualifica che il candidato tende a conseguire e non all'ingresso iniziale nella pianta organica del personale (ord. 15403/03). Tale indirizzo della Cassazione è stato poi sistematizzato dall'ord. 3948/04 (3), che ha individuato quattro ipotesi:

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 (salvo stabilire — ma il tema di indagine è estraneo ai limiti della presente controversia, sicché non ha la Corte motivo di addentrarvisi — se, pur nella prospettiva della lettura estensiva della nozione di procedura concorsuale ai fini dell'attribuzione delle controversie al G.A., la violazione del principio costituzionale in tema di concorso aperto all'esterno, risolvendosi in carenza di potere — ove perpetrato attraverso atti di autonomia contrattuale, il cui vizio sia, pertanto, riconducibile al modello nullità negoziale — fondi, per questo stesso fatto la giurisdizione ordinaria, una volta negata la natura esclusiva della giurisdizione amministrativa in materia);

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.

La fattispecie in esame non si inquadra facilmente nello schema delineato, poiché seppur la progressione non prevedeva passaggi di fascia o area funzionale, era ambiguo lo *status* dei comandati. Il dubbio consiste nel considerarli o meno dipendenti, più esattamente «interni» o «esterni». La sentenza che si annota ritiene che essi non vadano considerati come interni, laddove afferma che «nella specie erano ammessi non solo interni, ma anche fuori ruolo e comandati», ponendo in risalto, come elemento discriminante, «il conseguente loro (eventuale) ingresso in ruolo presso il Consiglio di Stato, e la modificazione del suo organico».

Possiamo quindi affermare che la definizione di «interni» non si riferisce a coloro che sono dipendenti di una qualsiasi Pubblica Amministrazione, neppure nel caso in cui prestino effettivamente il loro servizio presso l'amministrazione banditrice (leggasi comandati) e ciò venga in rilievo per la loro ammissione al concorso. Per «interni» devono intendersi i dipendenti nel

(3) Ribadita in Cass., SS. UU., Ord. 22278/04.

ruolo dell'amministrazione banditrice, poiché solo per costoro si configura un semplice atto di gestione del rapporto di lavoro (cfr. Cass. ord. 18886/03). Non altrettanto per i comandati ed i fuori ruolo, dal momento che la loro eventuale vittoria comporta: *a*) l'ingresso nel ruolo della nuova amministrazione e l'uscita dal precedente, *b*) l'ampliamento dell'organico dell'amministrazione banditrice (4), *c*) la stipulazione di un contratto diverso (elementi valorizzati già da Cass. ord. 15403/03).

Avv. Roberto de Felice

Corte d'Appello di Roma, sezione lavoro, sentenza 26 gennaio–22 marzo 2005, n. 639 – Pres.

G. Lanzilotto – Cons. M. Tatarelli – Cons. rel. F. Balestrieri – Consiglio di Stato (Avvocatura dello Stato), P., G., M. (Avv. F.A. Caputo), D. ed altri (Avv. L. Farronato e S. Mosillo).

Spetta al giudice amministrativo e non al giudice ordinario la giurisdizione sulla procedura di riqualificazione a cui siano ammessi fuori ruolo e comandati, da equipararsi a concorrenti esterni all'amministrazione banditrice.

«(Omissis) Svolgimento del processo. Con distinti ricorsi, depositati il 26 febbraio 2004 ed il 19 marzo 2004, il Consiglio Stato ed il D. proponevano appello avverso l'indicata sentenza del Tribunale di Roma, in funzione di Giudice del lavoro, con cui venne dichiarato il diritto dei Sigg.ri G.P., M.C.G., B.M. e C.R. ad essere inseriti nella graduatoria di cui al corso-concorso di riqualificazione, bandito con decreto del 30 aprile 2001, con pedissequa applicazione della riserva di posti prevista dagli accordi sindacali del 14 luglio 2000 e del 18 settembre 2000, con priorità sulla posizione di graduatoria dei partecipanti provenienti dall'esterno dell'amministrazione o comunque non in ruolo presso il Consiglio di Stato e Tribunali Amministrativi Regionali, con conseguente condanna dell'amministrazione ad adottare gli opportuni provvedimenti mediante l'avvio della procedura di riqualificazione dei soggetti risultati in posizione utile in graduatoria.

Radicatosi il contraddittorio nei rispettivi procedimenti, nel secondo dei quali intervenivano i Sigg.ri L. ed altri, riuniti gli stessi; sospesa in sede di inibitoria l'esecutività della sentenza impugnata, all'odierna udienza, espletati gli adempimenti di cui all'art. 437, 1° comma c.p.c., la causa veniva decisa con lettura del dispositivo.

Motivi della decisione. Gli appellanti censurano innanzitutto la sentenza impugnata per difetto di giurisdizione, oltre che per la mancata integrazione del contraddittorio nei confronti dei concorrenti controinteressati.

La censura è fondata.

A prescindere dalla palese violazione del principio del litisconsorzio necessario in primo grado (Cass. 28 novembre 1998 n. 12128, Cass. 10 agosto 2001 n. 11032, Cass. 30 marzo 2004 n. 6342), che comporterebbe la remissione della causa al primo giudice *ex art.* 354 c.p.c., occorre infatti evidenziare che le sezioni unite della Cassazione hanno negli ultimi anni chiarito che il quarto comma dell'art. 63 D. Lgs. n. 165 del 2001, nel riservare alla giu-

(4) Anche se né la Cassazione né la Corte d'Appello vi fanno alcun riferimento, sembra di poter cogliere nella valorizzazione della modificazione dell'organico e dell'ingresso nel ruolo una adesione all'indirizzo dato dalla sentenza 6 luglio 2004, n. 204 della Corte Costituzionale in materia di riparto delle giurisdizioni ove si dà rilievo alla «circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo». Mentre, infatti, la gestione del rapporto di lavoro avviene con strumenti privatistici, la modificazione dell'organico e l'ingresso in ruolo rendono necessario l'esplicarsi di potestà amministrative, che giustificano e radicano la giurisdizione amministrativa. In questa luce andrebbe letta anche l'ord. 4 gennaio 2001, n. 2 della Consulta.

risdizione del giudice amministrativo “le controversie in materia di procedure concorsuali per l’assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni”, fa riferimento non solo alle procedure concorsuali strumentali alla costituzione, per la prima volta, del rapporto di lavoro, *ma anche alle prove selettive dirette a permettere l’accesso del personale già assunto ad una fascia o area funzionale superiore*, posto che tale accesso deve avvenire per mezzo di una pubblica selezione, comunque denominata ma costituente, *in base ai principi desumibili dalla nota sentenza della Corte Costituzionale n. 2 del 2001*, in definitiva un pubblico concorso, al quale, di norma, deve essere consentita anche la partecipazione di candidati esterni; ne consegue che le controversie riguardanti la legittimità delle graduatorie relative a tali procedure selettive sono anch’esse devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, Cass. sez.un. 15 ottobre 2003 n. 15403.

La S.C. in tale occasione, rilevava che “la *ratio decidendi* della richiamata decisione della Corte Costituzionale si compendia nella considerazione che, quante volte la procedura concorsuale fosse tale da potere determinare *l’inserimento nella pianta organica di soggetti che non fossero già dipendenti*, altrettante volte si configurava una procedura concorsuale per l’assunzione, ai sensi della citata norma di previsione della giurisdizione amministrativa”. Veniva altresì evidenziato che le progressioni dei lavoratori verso posizioni di lavoro più elevate, in un sistema come quello oggi in vigore, che non prevede carriere o le prevede entro ristretti limiti, devono essere esse stesse attuate mediante un selettivo accertamento delle attitudini, attuato, coerentemente con la prospettiva imposta dall’art. 97 Cost., col sistema del pubblico concorso: il che esclude la legittimità di selezioni riservate esclusivamente al personale già dipendente ed impone l’apertura all’esterno, per quote significative dei posti disponibili, solo in tal guisa potendosi assicurare compiutamente la finalità di assegnare ad un determinato posto la persona che presenti i migliori requisiti attitudinali. Di tal guisa, proseguiva la nota pronuncia n. 15403/03, dovendo essere considerato come un imprescindibile presupposto il principio secondo cui, nel rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, l’accesso del personale dipendente ad un’area o fascia funzionale superiore deve avvenire per mezzo di una pubblica selezione, comunque denominata ma costituente, in definitiva, un pubblico concorso al quale, di norma, deve essere consentita anche la partecipazione di candidati esterni, si deve affermare che il quarto comma dell’articolo 63 decreto legislativo n. 165 del 2001, quando riserva alla giurisdizione del giudice amministrativo “le controversie in materia di procedure concorsuali per l’assunzione dei dipendenti delle Pubbliche amministrazioni”, fa riferimento non solo alle procedure concorsuali strumentali alla costituzione, per la prima volta, del rapporto di lavoro, *ma anche alle prove selettive dirette a permettere l’accesso del personale già assunto ad una fascia o area superiore*; il termine “assunzione”, d’altra parte, deve essere correlato alla qualifica che il candidato tende a conseguire e non all’ingresso iniziale nella pianta organica del personale, *dal momento che, oltre tutto, l’accesso nell’area superiore di personale interno od esterno implica, esso stesso, un ampliamento della pianta organica*”.

I principi formulati da Cass. n. 15403/03, dopo una contraria pronuncia (sez.un., ord. 10 dicembre 2003 n. 18886), sono stati dapprima confermati da Cass. sez.un. 26 febbraio 2004 n. 3948 – che ha individuato quattro ipotesi possibili: *a)* giurisdizione del giudice amministrativo nelle controversie relative a concorsi per soli candidati esterni; *b)* identica giurisdizione nelle 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, poichè, in tal caso, la circostanza che non si tratti di passaggio ad area diversa viene vanificata dalla presenza di possibili vincitori esterni; *c)* ancora giurisdizione amministrativa quando si tratti di concorsi per soli interni che comportino passaggio da un’area funzionale 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 nelle controversie attinenti a concorsi *per soli interni*, che comportino passaggio da una qualifica ad un’altra, ma nell’ambito della medesima area funzionale – *ed infine sono stati ribaditi* nell’originale formulazione di Cass. sez.un. 15 ottobre 2003 n. 15403, da Cass. sez.un. 26 maggio 2004 n. 10183. D’altro canto, anche a voler seguire le indicazioni di Cass. n. 3948/04 (su questo punto conforme a Cass. sez.un. n. 15403/03), nella specie erano ammessi al concorso non solo interni, ma anche fuori ruolo e comandati, con il conseguente loro (eventuale) ingresso in ruolo presso il Consiglio di Stato, e la modificazione del suo organico, come esattamente rilevato dall’Avvocatura (*omissis*)».

Pubblichiamo i pertinenti atti defensionali:

Avvocatura Generale dello Stato – Corte d'Appello di Roma, sezione lavoro – Ricorso in appello con richiesta di sospensione della sentenza impugnata.

«(Omissis) Con ricorso *ex art. 700 c.p.c.* al Tribunale di Roma — Sezione Lavoro, gli appellati, dipendenti amministrativi del Consiglio di Stato, esponevano

— che il CCNL dei dipendenti pubblici, del 19 febbraio 1999 prevede il passaggio alla qualifica superiore del personale che, previa formazione di una graduatoria (per titoli) abbia superato un successivo corso di riqualificazione;

— che il Contratto Integrativo relativo al Consiglio di Stato, art. 8, ha disciplinato in dettaglio l'istituto contrattuale, riservando una quota del 70% all'accesso dall'*interno*;

— che con Decreto 30 aprile 2001 il Consiglio di Stato ha bandito i corsi di riqualificazione;

— che ad essi sono stati illegittimamente ammessi i dipendenti *comandati* presso il Consiglio di Stato.

— che la graduatoria di ammissione ai corsi (per 121 dipendenti) *esclude* i tre ricorrenti oggi appellati, e che nei primi 121 posti si collocano 21 comandati, sicché, se questi non vi fossero il P. (al 141 posto), la G. (al 142) e la M. (al 143), tenuto conto della necessaria esclusione dei *due* comandati collocati oltre il 121 posto, rientrerebbero nella graduatoria e avrebbero diritto a partecipare ai corsi di riqualificazione, prelusivi al passaggio alla qualifica superiore.

Concludevano, pertanto, per la condanna della P.A. a includerli in tali corsi.

In un precedente processo, sempre avanti il Tribunale di Roma, le istanze cautelari dei ricorrenti relative al bando erano state respinte, anche in sede di *reclamo*. Il ricorso *ex art. 700* era invece accolto con ordinanza cautelare del Giudice Tramentozzi che disponeva che i ricorrenti partecipassero al corso (che peraltro si era tenuto e concluso prima dell'ordinanza stessa, pertanto ineseguibile).

Con successivo ricorso *ex art. 700* in corso di causa le parti chiedevano sospendersi la efficacia della graduatoria finale dei corsi detti e inibirsi la stipula dei contratti individuali, ma il Giudice Michellini rigettava il ricorso con ordinanza (reclamata solo da un interveniente *ad adiuvandum* e per le spese, con reclamo dichiarato inammissibile) perché gli artt. 11 decreto legge 287/1999, 8 CCNI Consiglio di Stato/Tar e 26 CCNL Ministeri consentivano e imponevano la partecipazione dei comandati a tale Istituto contrattuale.

Il processo veniva quindi riassunto nel merito, era poi sospeso causa l'omesso necessario previo tentativo di conciliazione (art. 65 – 66 d.lgs. 165/01) quindi era nuovamente fissata udienza.

La P.A. ha opposto ai ricorrenti (oltre al difetto di giurisdizione) la tesi che la inclusione del personale comandato è imposta dall'art. 11 legge n. 287/1999. Tale partecipazione, peraltro, non è preclusa dal CCNL e ragioni di ermeneutica e logica impongono in ogni caso la partecipazione all'istituto, per l'accesso al quale è da valutare la *professionalità* acquisita in servizio, *anche* dei dipendenti che, pur avendo vinto il concorso *a un posto di ruolo* in *altra* P.A., ma comandati (da anni e anni) al Consiglio di Stato, hanno svolto le funzioni che sono *proprie* del profilo professionale da ricoprire.(*Omissis*)».

Avvocatura Generale dello Stato — Memoria per l'udienza del 26 gennaio 2005.

«(Omissis) 1. — *Sulla carenza di giurisdizione del giudice ordinario.*

Come noto l'esatta delimitazione della giurisdizione del giudice ordinario e di quello amministrativo nella materia dei pubblici concorsi, così come disciplinata dall'art. 63 del D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, è stata oggetto di numerose pronunce e relative correzioni da parte del giudice della giurisdizione nonché della Corte Costituzionale. Ciò in ragione del fatto che la legge prevede la devoluzione "al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni" (con determinate eccezioni) ma assegna "alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni".

La Corte di Cassazione, prendendo atto dell'indirizzo del giudice delle leggi tendente a qualificare la procedura selettiva diretta all'accesso ad una qualifica superiore come una vera e propria procedura concorsuale di assunzione nella qualifica indicata nel bando, ha interpretato l'art. 63 decreto legislativo n. 165/2001, quando riserva alla giurisdizione del giudice amministrativo "le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle Pubbliche amministrazioni", nel senso che fa riferimento non solo alle procedure concorsuali strumentali alla costituzione, per la prima volta, del rapporto di lavoro, ma anche alle prove selettive dirette a permettere l'accesso del personale già assunto ad una fascia o area superiore, dal momento che il termine "assunzione" deve essere correlato alla qualifica che il candidato tende a conseguire e non all'ingresso iniziale nella pianta organica del personale, dal momento che l'accesso nell'area superiore di personale interno od esterno implica, esso stesso, un ampliamento della pianta organica (C. Cass., Ss.Uu., sent. 15 ottobre 2003, n. 15403).

Più di recente le Sezioni Unite sono tornate a determinare i criteri di individuazione della giurisdizione, stabilendo il seguente quadro complessivo: "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 (salvo stabilire — ma il tema di indagine è estraneo ai limiti della presente controversia, sicché non ha la Corte motivo di addentrarvi — se, pur nella prospettiva della lettura estensiva della nozione di procedura concorsuale ai fini dell'attribuzione delle controversie al G.A., la violazione del principio costituzionale in tema di concorso aperto all'esterno, risolvendosi in carenza di potere — ove perpetrato attraverso atti di autonomia contrattuale, il cui vizio sia, pertanto, riconducibile al modello nullità negoziale — fondi, per questo stesso fatto la giurisdizione del G.O., una volta negata la natura esclusiva della giurisdizione amministrativa in materia); 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" (C. Cass., Ss. Uu., sent. 26 febbraio 2004, n. 3948).

Dovendo applicare tale orientamento al caso di specie possiamo anzitutto escludere con certezza l'ipotesi *sub a)*, non trattandosi di concorso per soli esterni, mentre sembra doversi propendere per l'ipotesi *sub d)*. Purtroppo non si riesce ad eliminare il dubbio di trovarsi di fronte ad un caso che sfugge ad un preciso inquadramento nello schema visto e che si muove tra le ipotesi *sub b)* e *c)*. Da un lato infatti la procedura di riqualificazione non può ritenersi riservata a soli interni, dal momento che sono vi ammessi, ai sensi dell'art. 11 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 287, anche i fuori ruolo ed i comandati (art. 1 del bando di concorso), rendendo il concorso "misto", dall'altro lato proprio la situazione dei comandati e dei fuori ruolo si configura non come un semplice passaggio di posizione, ma come una passaggio di ruolo, poiché, coloro tra essi che risultino in posizione utile in graduatoria, avendo superato il corso di riqualificazione, entrano nel ruolo del Consiglio di Stato, con conseguente modificazione dell'organico ed annessa esplicazione di quei poteri autoritativi che inducono a ritenere la giurisdizione del giudice amministrativo, andandosi poi a stipulare un nuovo contratto di lavoro tra l'ex-comandato e la nuova amministrazione. Tali elementi inducono a ritenere che nel caso di specie, previsto da specifica norma di legge (l'art. 11 d.lgs. n. 287/1999) la giurisdizione si atteggi in maniera specifica e diversa da quel che si potrebbe ipotizzare qualora si interpretasse il CCNL ed il CCNI nel senso di riservare la riqualificazione al personale di ruolo, come sostenuto dagli appellati. A meno di non voler assumere come guida per l'individuazione della giurisdizione l'obsoleto criterio della c.d. "prospettazione", quanto all'impugnazione dell'ammissione dei comandati, si deve ritenere la giurisdizione del T.A.R. (*Omissis*)».

L'omissione di pronuncia come errore di fatto revocatorio delle sentenze del Consiglio di Stato

(Consiglio di Stato, sezione quarta, sentenza del 3 maggio 2005 n. 2138)

Con la sentenza in rassegna, il Consiglio di Stato torna a pronunciarsi sulla possibilità di dedurre come motivo di revocazione — per errore di fatto (art. 395 comma 1 n. 4 c.p.c.) — l'omissione di pronuncia su un'eccezione (mancanza della condizione di reciprocità ai sensi dell'art. 16 delle Disp. Prel. al Codice Civile), che era stata esaminata e rigettata, sia in primo grado che in appello, sotto un profilo (della carenza di legittimazione da parte della società ricorrente e del difetto di giurisdizione) del tutto estraneo rispetto a quello prospettato, il quale ultimo è rimasto, alla fine, privo di una risposta di giustizia.

Nel rinviare alla lettura degli atti processuali per la comprensione più completa dei termini della vicenda, si può osservare che con la sentenza in commento il Consiglio di Stato, dopo aver richiamato il principio ormai acquisito, in virtù della decisione n. 3/1997 dell'Adunanza Plenaria (seguita da Cons. di Stato, sez. IV, 3 luglio 1998 n. 1148; sez. IV, 16 ottobre 1998, n. 1317; sez. VI, 9 marzo 2000 n. 1237; sez. IV 25 luglio 2001 n. 4070), secondo il quale *«l'errore di fatto revocatorio ... può essere configurabile anche quando cada sull'esistenza o sul contenuto di atti processuali e determini un'omissione di pronuncia, purché esso sia identificabile attraverso la motivazione della sentenza»*, finisce, in modo non proprio coerente con la premessa, per sbarrare la strada — in modo praticamente assoluto — alla possibilità di dedurre quale motivo di revocazione l'erronea qualificazione di un'eccezione.

Infatti, pur partendo dalla considerazione che *«l'errore revocatorio ben può consistere nel travisamento, da parte del giudice, del contenuto materiale degli atti processuali ...»* i Giudici di Palazzo Spada giungono poi alla conclusione che l'errata qualificazione di un'eccezione *«è un classico errore di diritto»* in quanto tale non deducibile con il rimedio della revocazione.

Tale assunto desta perplessità in quanto se bastasse, da parte del Giudice, una «risposta» qualsiasi su un'eccezione per qualificare l'*error in iudicando* come un errore di diritto sarebbe in radice precluso il rimedio della revocazione, contraddicendo la premessa — pur condivisa dal Consiglio di Stato — secondo cui l'errore revocatorio può consistere nel travisamento di un'eccezione contenuta in un atto processuale.

Appare, allora, preferibile ritenere che quando il Giudice sostituisce il contenuto di un'eccezione con un'altra di diversa natura non si possa parlare di errore di diritto, sotto forma di violazione di norme sostanziali, perché in tal caso viene a mancare un giudizio sul merito dell'eccezione (come si è verificato nella fattispecie in esame ove, a causa dell'errata qualificazione dell'eccezione, sia il giudice di primo grado che quello di appello non si sono mai posti il problema della condizione di reciprocità, né per stabilire se quest'ultima si applicasse, come chiesto dall'amministrazione resistente, né per dichiararla infondata).

Al tempo stesso — come precisato nella decisione n. 3/1997 dell'Adunanza Plenaria — l'omissione di pronuncia, purché sia identificabile in base alla motivazione della sentenza (come quando il Giudice si diffonde nel motivare il rigetto di un'eccezione mai sollevata dalla parte), non rileva come violazione di una norma processuale (in particolare, dell'art. 112 c.p.c. per la mancata corrispondenza fra il chiesto ed il pronunciato), ma come errore di fatto sul contenuto di un atto processuale.

La chiave di volta sta, dunque, proprio nella motivazione: qualora il Giudice si soffermi nel motivare il rigetto di un'eccezione diversa da quella articolata dalla parte non è configurabile un errore di diritto ma un errore di fatto (il tipico «abbaglio») sul contenuto di un atto processuale, vizio che rileva sul piano dell'errore revocatorio (secondo Ad. Plen. n. 3/1997, infatti, l'errore deve essere «*identificabile attraverso la motivazione della sentenza*»). Solo in presenza di una mera omissione di pronuncia — che non implica la sostituzione di un'eccezione con un'altra — si può parlare, invece, di errore di diritto, ossia di violazione della norma processuale posta dall'art. 112 c.p.c.

In definitiva, il Consiglio di Stato sarebbe potuto pervenire ad una conclusione diversa da quella in commento ove si consideri che, nonostante gli accenni del Giudice della revocazione ad una «*errata interpretazione dell'art. 16 delle disposizioni preliminari*» e ad una pronuncia di «*infondatezza*» della questione, sia in primo grado che in appello era mancato, in realtà, un esame di merito sull'eccezione di reciprocità sollevata dall'Amministrazione (anche la dichiarazione di inammissibilità delle riproposizioni, con memoria non notificata, dell'eccezione in appello si riferiva alle eccezioni di difetto di legittimazione e di giurisdizione, le uniche sulle quali il Giudice di primo grado si era pronunciato).

Pertanto, la sostituzione del «*tema decidendum*» di per sé avrebbe dovuto indurre ad escludere l'errore di diritto in quanto il Giudice di primo grado e di appello ha pronunciato su un'eccezione diversa da quella sollevata dalla parte.

Fabrizio Fedeli
Procuratore dello Stato

Consiglio di Stato, sezione quarta, decisione del 3 maggio 2005 n. 2138 – Pres. P. Salvatore – Est. A. Anastasi – Ministero dell'interno, Presidenza del Consiglio dei Ministri (Avv. G. Fiengo e F. Fedeli) c. M.D.H.I. (Avv. L. Mazzeo e L. Manzi) e A. s.p.a. (Avv. A. Pezzana e V. Angiolini).

«(Omissis) *Fatto* – Con la decisione in epigrafe indicata la Sezione, in riforma della sentenza del T.A.R. Lazio Sez. I bis n. 9088 del 2003, ha annullato i provvedimenti che hanno portato il Ministero dell'Interno all'acquisto mediante trattativa privata di elicotteri della Soc. A. ed ha condannato l'Amministrazione al risarcimento del danno in favore della ricorrente M.D. H. I.

Con il ricorso n. 9865/2004 l'Amministrazione soccombente domanda la revocazione della decisione stessa ai sensi dell'art. 395 n. 4 cod. proc. civ. deducendo l'errore di fatto in cui sarebbe incorso il giudicante allorché — travisando il contenuto degli atti processuali — non ha vagliato la pur dedotta questione di merito relativa alla spettanza, in capo alla società straniera, del diritto azionato in giudizio alla luce della condizione di reciprocità di cui all'art. 16 disp. prel. cod. civ..

Con il ricorso n. 10656/2004 la Società A. domanda la revocazione della decisione stessa ai sensi dell'art. 395 n. 4 cod. proc. civ. deducendo gli errori di fatto in cui sarebbe incorso il giudicante allorché:

a) ha inteso l'esigenza di interoperabilità – ossia l'esigenza di acquisire mezzi omogenei a quelli già in dotazione – in modo generico, ossia senza tenere conto della peculiare situazione emergenziale conseguente agli eventi dell'11 settembre 2001;

b) non ha considerato che la Soc. A. è l'unico fornitore, in regime di privativa, di elicotteri che soddisfacessero il requisito dell'interoperabilità.

In entrambi i giudizi si è costituita la M.D. H. I., instando per l'inammissibilità ed il rigetto dei ricorsi.

Entrambe le parti ricorrenti – l'A. con memoria del 9 marzo 2005 e l'Amministrazione in Udienza – hanno poi chiesto la sospensione del giudizio di revocazione, in attesa che la Suprema Corte si pronunci sull'impugnazione da esse proposta contro la decisione evocando per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

All'Udienza del 15 marzo 2005 i ricorsi sono stati trattenuti in decisione.

Diritto – I ricorsi, in quanto volti alla revocazione della stessa decisione, vanno riuniti.

Come sopra riferito, le ricorrenti chiedono la sospensione del presente giudizio di revocazione, in attesa che la Suprema Corte pronunci sulle impugnazioni da esse proposte, per motivi di giurisdizione, contro la decisione revocanda.

Al riguardo il Collegio osserva quanto segue.

L'art. 398 comma quarto cod. proc. civ., nel testo anteriore alla modifica introdotta dalla legge n. 353 del 1990, disponeva che «La proposizione della revocazione sospende il termine per proporre il ricorso per cassazione o il procedimento relativo, fino alla comunicazione della sentenza che abbia pronunciato sulla revocazione».

Per quanto qui interessa, la sospensione *ope legis* – a seguito della proposizione di domanda di revocazione – del giudizio di cassazione già pendente rendeva palese (nel vigore della disposizione ora richiamata) l'intento del Legislatore di non consentire il contemporaneo svolgimento dei due giudizi e di privilegiare l'immediata risoluzione della controversia revocatoria.

Nel testo ora vigente per effetto delle modifiche appunto introdotte nel 1990, il ridetto comma quarto dell'art. 398 così invece recita: «La proposizione della revocazione non sospende il termine per proporre il ricorso per cassazione o il procedimento relativo. Tuttavia il giudice davanti a cui è proposta la revocazione, su istanza di parte, può sospendere l'uno o l'altro fino alla comunicazione della sentenza che abbia pronunciato sulla revocazione, qualora ritenga non manifestamente infondata la revocazione proposta».

Come chiaramente risulta dal tenore letterale della normativa ora trascritta, la novella da un lato consente in linea generale il contemporaneo svolgimento dei due diversi giudizi; dall'altro, rimette al giudice della revocazione – alla stregua di una delibazione sommaria circa la non manifesta infondatezza dei motivi revocatori proposti – quale unica alternativa alla contemporanea pendenza quella di sospendere su istanza di parte il giudizio di cassazione già pendente.

In nessun caso, invece, è prevista la sospensione del giudizio di revocazione, la cui definizione – secondo le norme di rito – deve precedere la decisione sul ricorso per cassazione (Cass. civ., I Sez., 4 giugno 1998 n. 5480).

Nel caso in esame la sospensione di quel giudizio non è stata ovviamente qui chiesta dalle parti ricorrenti, le quali hanno invece domandato la sospensione del giudizio sulla revocazione: cosicché non vi è né possibilità né bisogno di delibare l'applicabilità dell'art. 398 quarto comma ai fini della eventuale sospensione del giudizio pendente in Cassazione (al riguardo cfr. SS.UU. 19 novembre 2002 n. 16263).

Dal punto di vista formale, deve in conclusione escludersi che la sospensione del giudizio di revocazione possa risultare compatibile con l'applicazione della disciplina dettata dal capo quarto, del titolo terzo del libro secondo del Codice di procedura civile (artt. 395-403), in quanto applicabile al processo amministrativo: il che comporta il rigetto dell'istanza.

D'altra parte, anche non voler tenere conto della preclusione processuale ora rilevata, nemmeno può ritenersi che la mera pendenza avanti alla Suprema Corte di un ricorso *ex*

art. 111 u.c. Cost. volto all'impugnazione per motivi di giurisdizione della decisione del Consiglio di Stato in ipotesi revocanda, integri di per sè ed in limine della presente fase del giudizio una situazione assimilabile a quella divisata dall'art. 295 cod. proc. civ. il quale impone la sospensione necessaria del processo nel caso in cui avanti ad altro giudice penda una controversia pregiudiziale.

Ed infatti – a prescindere da ogni ulteriore considerazione in ordine a problematica che appare particolarmente complessa, alla luce di un sistema processuale che individua ancora nel regolamento preventivo lo strumento specifico mediante il quale ottenere *ex ante* dalla Corte regolatrice una statuizione definitiva in punto di giurisdizione – resta che nel caso in esame un problema di pregiudizialità in senso tecnico (della questione/causa di giurisdizione) non può porsi in relazione al giudizio di revocazione complessivamente inteso.

In effetti, secondo logica, che il giudice amministrativo abbia giurisdizione sulla controversia originaria (o su frazioni di essa) è questione che nel presente giudizio potrebbe sorgere concretamente solo dopo un positivo esito della fase rescindente e quindi solo al momento in cui si dovesse revocare la sentenza impugnata per passare poi in rescissorio ad un nuovo giudizio di merito.

Ne consegue anche sul piano empirico che la domanda di sospensione del presente giudizio non può comunque essere presa in considerazione se prima non risulti che il ricorso in revocazione è, se non fondato, almeno ammissibile: e ciò in quanto una pronuncia di assoluzione dall'osservanza del giudizio, in rito, può sicuramente definire la questione revocatoria senza ingresso nel merito della controversia e quindi indipendentemente dalla questione di giurisdizione che detto merito in ipotesi pone.

Tanto chiarito dal punto di vista metodologico, nel caso in esame i ricorsi risultano ad avviso del Collegio inammissibili, il che ulteriormente depone per il rigetto dell'istanza di sospensione.

Procedendo dall'esame del ricorso dell'Amministrazione, si rileva che questa, nel contesto di una memoria versata avanti al T.A.R., aveva eccepito *in generale* la mancata prova da parte di M.D. della condizione di reciprocità imposta dall'art. 16 disp. prel. cod. civ..

In sostanza – chiarisce oggi l'Amministrazione – M.D., in quanto società statunitense, per pretendere una gara ad evidenza pubblica aperta a soggetti non comunitari avrebbe dovuto prima dimostrare che analoga pretesa di ditta italiana sia esigibile nei confronti dell'Amministrazione statale U.S.A..

La sentenza di primo grado ha affrontato la questione in termini di legittimazione e di interesse al ricorso, affermando l'ammissibilità del gravame avverso la trattativa privata in quanto proposto da operatore del settore.

Nel giudizio di appello, l'Amministrazione appellata ha – in memoria non notificata – riproposto la questione della reciprocità, rilevando in sostanza che il Tribunale non ne aveva esattamente compreso la portata.

La decisione revocanda, per parte sua, ha preso in esame la deduzione, qualificandola in termini di eccezione e ne ha rilevato l'inammissibilità in quanto non riproposta in forma incidentale, espressamente affermando che l'appello incidentale era necessario anche se – come asserito dalla difesa erariale – il primo giudice fosse incorso in un fraintendimento di prospettazione.

Ciò premesso, la sentenza ha comunque esaminato nel merito l'eccezione e l'ha disattesa all'esito di un iter argomentativo particolarmente analitico (punti 4 e 5, pagg. da 6 o 8).

In materia, si ricorda che l'errore di fatto previsto dall'art. 395 n. 4 cod. proc. civ. deve consistere nell'affermazione o supposizione dell'esistenza o inesistenza di un fatto la cui verità risulti invece in modo indiscutibile esclusa o accertata in base al tenore degli atti e documenti di causa, essere decisivo, non cadere su di un punto controverso sul quale il giudice si sia pronunciato e, secondo principi consolidati in giurisprudenza, presentare i caratteri della immediata evidenza e della obiettività.

Ciò comporta la pacifica inammissibilità del rimedio revocatorio in relazione ad errori che non consistano in un vizio di assunzione del fatto (tale da comportare che il giudice non statuisca su quello effettivamente controverso), ma si riducano ad errori di criterio nella

valutazione del fatto, di modo che la decisione non derivi dall'ignoranza di atti e documenti di causa, ma dall'erronea interpretazione di essi. (*ex multis* Cass., sez. lav., 1 marzo 2001, n. 2969).

In sostanza, per quanto qui rileva, l'errore revocatorio ben può consistere nel travisamento, da parte del giudice, del contenuto materiale degli atti processuali, come nel processo amministrativo prima si negava (ad es. VI Sez. nn. 518 del 1990 e 965 del 1992) ed ora invece si ammette a partire da Ap. n. 3 del 1997; ma tale contenuto, per fondare la revocazione, deve essere incontestabile (Ap. n. 3 citata) essendo infatti evidente, per contro, che sono vizi logici e dunque errori di diritto quelli consistenti nell'erronea interpretazione e valutazione dei fatti (Sez. IV, 2 marzo 2001 n. 1159) o nel mancato approfondimento di una circostanza risolutiva ai fini della decisione (V Sez. 24 ottobre 2001 n. 5600).

Applicando i criteri ermeneutici ora tracciati al caso in esame, deve riconoscersi che la domanda proposta dall'Amministrazione è intanto inammissibile in quanto l'errore dedotto investe un punto controverso sul quale la decisione ha comunque espressamente statuito, come si è visto sopra, sia in rito (ritenendo inammissibile l'eccezione non notificata) che in merito (ritenendo la infondatezza della stessa).

In disparte tale pur dirimente rilievo, è comunque evidente che l'errore in cui secondo l'Amministrazione sarebbe incorso il Giudice d'appello (e, a dire il vero, anche il Giudice di prime cure) è un classico errore di diritto – consistente contestualmente nell'errata qualificazione dell'eccezione e nell'errata interpretazione dell'art. 16 delle disposizioni preliminari che non può ovviamente essere rimediato in via di revocazione, altra essendo la funzione che il vigente ordinamento processuale demanda a tale mezzo di impugnazione a critica strettamente vincolata.

Il che è sufficiente per dichiarare l'inammissibilità del ricorso in esame.

Anche il ricorso proposto dall'A. S.p.a. è chiaramente inammissibile.

In questo caso, come riferito in narrativa, sono dedotti due errori di fatto in cui sarebbe incorso il Collegio giudicante, il primo dei quali riguarda la mancata percezione degli effetti derivanti – sulla assegnazione della fornitura – dalla esigenza di interoperabilità specifica emersa, ai sensi della direttiva 31 ottobre 2002 e ordinanza 19 giugno 2003 P.C.M., in funzione dell'eventuale coinvolgimento dei mezzi nell'emergenza antiterrorismo, dopo gli eventi dell'11 settembre.

In proposito è sufficiente rilevare che la sentenza impugnata ha espressamente ed approfonditamente vagliato la questione dell'interoperabilità, escludendo innanzi tutto che i citati atti di indirizzo della P.C.M. potessero essere considerati, dal punto di vista processuale, quali presupposti dei provvedimenti di acquisizione degli elicotteri A. e, dal punto di vista contenutistico, che gli stessi imponessero nella fattispecie il ricorso alla trattativa privata.

Ciò posto, e pur valorizzando un criterio di interoperabilità particolarmente ampio, la sentenza impugnata da un lato ha osservato che le relative esigenze avrebbero potuto essere comunque salvaguardate anche in caso di gara pubblica; dall'altro ha rilevato che assegnando un peso prioritario all'omogeneità con i mezzi in dotazione, si finirebbe per escludere ogni possibilità di procedere «*ora e in futuro, all'indizione di una gara per la fornitura di elicotteri alle pubbliche amministrazioni italiane*».

Di talchè, richiamate le considerazioni generali sopra svolte, appare evidente anche in questo caso che la statuizione contestata cade su un punto controverso ed è il frutto di una operazione di giudizio (oltre tutto particolarmente diffusa) insuscettibile di revisione in via revocatoria.

Analoghe considerazioni vanno svolte per quanto concerne il secondo errore di fatto che A. addebita alla sentenza revocanda, errore concernente la mancata percezione della circostanza che la Società è unico fornitore, in regime di privativa, di elicotteri del tipo di quelli (AB412 e A109) acquistati dall'Amministrazione.

Al riguardo il giudicante ha effettivamente affermato, incidentalmente, che il diritto di esclusiva idoneo a consentire la deroga all'evidenza pubblica «*non può riguardare il mezzo nel suo complesso*», ma ha subito dopo osservato che il nodo della controversia risiede a monte ed investe cioè «*la scelta dell'Amministrazione di scegliere elicotteri di una data ditta*».

Ne consegue da un lato che nell'economia della decisione la brevettabilità o omologabilità degli elicotteri è questione in nessun modo decisiva, ed anzi sostanzialmente irrilevante rispetto ad un *thema decidendum* di portata ben più ampia; dall'altro e chiaramente che quello dedotto da A. è un errore il quale – in denegata ipotesi – risulta il frutto di una interpretazione della normativa che consente il ricorso alla trattativa privata e di una valutazione in ordine alla ricorrenza nel caso concreto dei presupposti di fatto da quella postulati, secondo il classico schema del sillogismo ermeneutico.

In conclusione, entrambi i ricorsi sono inammissibili, in quanto sterilmente volti a denunciare – sotto lo schermo della revocazione per errore di fatto – l'erroneità dei giudizi di pieno diritto che scandiscono la articolatissima trama argomentativa della sentenza impugnata.

Le spese di questa fase del giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate forfetariamente in dispositivo.

P.Q.M. Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, dichiara inammissibili i ricorsi per revocazione in epigrafe (*omissis*).

Così deciso in Roma il 15 marzo 2005 (*omissis*)».

Il sindacato del giudice amministrativo sul giudizio di non ammissione alla classe successiva

*(Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, sezione prima,
sentenza 21 dicembre 2004, n. 6555).*

SOMMARIO: 1. Inammissibilità del sindacato della discrezionalità tecnica dell'amministrazione scolastica – 2. La «tempistica» dello scrutinio. La motivazione dei giudizi di non ammissione alla classe successiva – 3. Il compito pedagogico della scuola come interesse pubblico prevalente. I rischi dell'ammissione con riserva alla classe successiva.

1. Inammissibilità del sindacato della discrezionalità tecnica dell'amministrazione scolastica.

La sentenza si pronuncia sulla richiesta di annullamento del giudizio di «non promozione» alla IV classe di un Liceo Scientifico toscano, con indirizzo sperimentale, formulato dal Consiglio di Classe quarta previa sospensione dell'esecuzione.

Lo studente presenta quattro insufficienze non gravi (voto cinque) e due insufficienze gravi (voto quattro), tali da determinare carenze nella preparazione complessiva relativamente a ben due discipline dell'indirizzo scientifico frequentato (matematica e fisica) e una insufficienza non grave (chimica).

Il P.O.F. dell'istituto prevede che il voto «cinque» equivale ad una valutazione di «insufficienza», tale che le conoscenze sono «superficiali e incomplete», ma anche per quanto riguarda le competenze, l'alunno «ha difficoltà nel comprendere i contenuti proposti e commette errori nell'esecuzione dei compiti» e, per quanto riguarda le capacità, «raramente riesce ad elaborare le conoscenze e ha scarsa autonomia».

Il T.A.R. ritiene priva di fondamento la censura di eccesso di potere sotto il profilo della carente motivazione, contraddittorietà, illogicità ed ingiustizia e precisa che: «il giudizio espresso e contestato è ampiamente articolato, eccedendo il rilievo, pur bastando, della presenza di sei insufficienze».

Il ricorrente, denunciando tale illegittimità dell'atto, chiede al Tribunale di valutare la corrispondenza dei risultati conseguiti nell'arco dell'anno scolastico, al giudizio di non ammissione.

Tuttavia, com'è noto, in sede di scrutinio della legittimità, non è possibile che il sindacato del Giudice si spinga nel merito della valutazione⁽¹⁾.

La valutazione del giudizio di ammissione alla classe successiva appartiene, infatti, all'attività discrezionale dell'Amministrazione, la quale è stret-

(1) Cfr. sul punto sent. T.A.R. Toscana n. 5891 del 24 novembre 2003: «Gli stessi profili di illegittimità sono peraltro inammissibili ove contestano valutazioni rimesse all'ampia discrezionalità della competente Amministrazione e sottratti alla cognizione, in sede di legittimità, del Giudice Amministrativo».

tamente 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.

Nel caso *de quo* la motivazione dell'atto impugnato è molto specifica e soddisfa l'esigenza di rendere evidente come si è giunti alla formulazione di un giudizio di sintesi rispettoso dell'evoluzione delle capacità logico-semantiche-espositive, dell'impegno profuso negli studi, nonché dei risultati dell'anno scolastico.

Occorre ribadire che il convincimento del Consiglio di Classe sulla possibilità per l'alunno di recuperare le lacune verificatesi nel corso dell'anno scolastico ha tenuto conto ampiamente del *curriculum*, ed è scaturito dal convincimento dei docenti sulla impossibilità di utile recupero del *gap* maturato.

Una tale valutazione, ampiamente discrezionale e che deve incardinarsi nel rispetto dei parametri legislativi e dei canoni di logica, non può prescindere dalla conoscenza dello studente e della sua attività scolastica.

Il T.A.R. nella sentenza puntualizza che è inammissibile che il giudice, nel verificare la legittimità dell'atto impugnato, si sostituisca all'Amministrazione nella valutazione dell'alunno.

Qualora, nell'ambito dell'attività comparativa la P.A. debba acquisire dati ed informazioni di carattere tecnico, indispensabili per la verifica dell'efficacia di un determinato intervento amministrativo, in questo caso la discrezionalità cambia nome e viene definita discrezionalità tecnica (2).

Nella discrezionalità *tout court* la P.A., nel suo esame comparativo degli interessi, non è invece ancorata all'osservanza di nozioni aventi carattere tecnico.

Una delle problematiche affrontate dai T.A.R. nelle controversie in cui rilevano notazioni di carattere tecnico riguarda innanzi tutto il potere del giudice amministrativo ed i suoi limiti.

Nel caso della discrezionalità tecnica le determinazioni che l'amministrazione è tenuta ad assumere costituiscono, oltre che il frutto della comparazione degli interessi coinvolti, anche la risultante dell'applicazione di tecniche e conoscenze comuni a tutti gli operatori del settore, delle quali l'amministrazione potrebbe avere solo una conoscenza parziale od erronea.

(2) Si possono ricordare, a titolo esemplificativo, i provvedimenti di inquadramento nel pubblico impiego che hanno natura vincolata anche se l'Amministrazione ha poteri valutativi, in quanto sono espressione di una discrezionalità tecnica realtiva alla sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge, cfr. L. MARUOTTI, *La giustizia amministrativa e le riforme costituzionali*, in *Foro amministrativo*, 1992, 2876. In tal caso il Consiglio di Stato non ha mai dubitato che il dipendente vanti posizioni di interessi legittimo, dovendo agire a tutela di questo nel prescritto termine di decadenza. Come ricorda Giannini la nozione di discrezionalità tecnica è sorta soprattutto per ragioni processuali: si volle che il giudice ordinario, tramite la consulenza tecnica potesse sindacare quelle zone dell'attività amministrativa dominate da giudizi scientifici e non da giudizi di opportunità (*Diritto amministrativo*, 489, 1970, I, Milano). Sulla distinzione tra discrezionalità tecnica e merito v. Cons. Stato, Sez. IV, 29 ottobre 2002, n. 5941, in *Foro Amm. C.D.S.*, 2002, 2394 «La P.A., nella predisposizione del bando, esercita un potere attinente al merito amministrativo e non una semplice valutazione tecnica laddove inserisce disposizioni ulteriori rispetto al contenuto minimo «*ex lege*» previsto; queste ultime, quindi, saranno censurabili in sede giurisdizionale soltanto allorché appaiano viziate da eccesso di potere per illogicità o per incongruenza rispetto al fine pubblico della gara».

Le valutazioni tecnico — discrezionali o meramente tecniche, anche se censurabili, vanno considerate sotto il profilo del sindacato di legittimità esclusivamente per gli aspetti che attengono a possibili errori di fatto ovvero di coerenza logica, ed il relativo giudizio non può che impingere nell'area della discrezionalità tecnica dell'amministrazione, per cui, ove in sede di sindacato giurisdizionale venga evidenziata la presenza di vizi di legittimità, non può essere operata alcuna sostituzione della decisione oggetto di contestazione, ma può solo procedersi al suo annullamento, rimettendo la questione al competente organo amministrativo perché provveda in modo corretto (3).

Il giudice amministrativo, infatti, come già detto, non può sostituirsi alla P.A., esercitare il potere di determinazione di cui essa è titolare e, conseguentemente, non può modificare gli atti da questa posti in essere o eseguire compiti spettanti alla medesima: il suo ruolo consiste in un controllo di legittimità e solo talvolta di merito sugli atti.

Il giudice non può giudicare la scelta fatta nel merito, in quanto con ciò eserciterebbe una funzione amministrativa (4): può solo rilevare se le scelte sono state fatte con ragionevolezza.

Altra ipotesi in cui il giudice amministrativo può intervenire, oltre che nei casi di eccesso di potere e di incompetenza, è la violazione di legge: nei

(3) Cons. Stato 24 febbraio 2004, n. 719, in *Foro Amm. C.D.S.*, 2004, 399. Anche la scelta delle prove da sottoporre ai candidati di pubblici concorsi è rimessa alla discrezionalità tecnica della commissione giudicatrice, sindacabile dal giudice solo in caso di palese irragionevolezza (T.A.R. Toscana, Sez.II, 12 luglio 1994, n. 294). Sicuramente anomala si configura la sentenza del Cons. Stato, sez. IV, 13 ottobre 2003, n. 6201 che equipara il diritto ad una scienza: « In tema di controllo giurisdizionale sull'esercizio del potere, che ha quale presupposto la valutazione di un fatto (nel caso in esame l'elaborato di concorso notarile) in base a conoscenze scientifiche (in ipotesi scienza giuridica), la cognizione del giudice amministrativo è piena quando la fattispecie concerne la cd. discrezionalità tecnica, che, a differenza di quella amministrativa, non presuppone nessuna scelta tra più comportamenti legittimi, ma richiede l'esatta valutazione di un fatto, secondo i criteri di una determinata scienza o tecnica (e per questo può essergli d'ausilio anche la consulenza tecnica)

(4) Sintomatica la sentenza del T.A.R. Veneto, 18 maggio 1994, n. 550, in *Rass. Giur. dell'En. Elettrica*, 1995, 245: «la soluzione del tracciato prescelta dall'ENEL non può formare oggetto di censura, dato che una tale scelta si rapporta all'esplicazione di potestà tecnico amministrativa, sindacabile dal giudice amministrativo solo in ipotesi di manifesta irrazionalità». Stessa argomentazione è adottata dal T.A.R. Lombardia, 14 maggio 1994, n. 302, in *Rass. giur. dell'En. Elettrica*, 1994, 247. La giurisprudenza in relazione a questo profili e agli elettrodotti è stata ferma nello specificare che il potere del giudice non potrà mai essere quello di stabilire la validità del tracciato. Le scelte progettuali sono esplicazione di potestà tecnico-amministrativa-discrezionale, non censurabile in sede di giudizio di legittimità, se non per illogicità e manifesta irrazionalità delle scelte. F. PATRONO, *Considerazioni sull'inquinamento elettromagnetico e sulla recente legge-quadro*, in *Giur. di Merito*, 2001, III, 749; T.A.R. Veneto, Sez. II, 13 febbraio 2001, n. 236, in *Riv. Giur. ambiente*, 2000, 119 ss, con nota di CERUTI, *Inquinamento elettromagnetico e salute umana: il problema della sindacabilità giudiziale delle norme tecniche sulla base del principio precauzionale avalato da Cons. St., ord. 28 settembre 1999, n. 1737*. Cfr. anche Cons. Stato, Sez.VI, 29 novembre 2002, n. 6575, in *Foro Amm. C.D.S.*, 2002, f. 11: «La discrezionalità tecnica – diversa dal merito amministrativo – ricorre quando la pubblica amministrazione, per provvedere su un determinato

procedimenti scadenzati e complessi come quelli caratterizzati dall'utilizzo di regole tecniche, non è difficile rinvenire ipotesi che integrano tale vizio.

Il controllo del rispetto delle norme istruttorie offre occasione al giudice di verificare se effettivamente sono stati presi in considerazione tutti gli aspetti (5).

Anche i giudizi delle commissioni giudicatrici dei pubblici concorsi, quando non sono affetti da errata percezione della realtà ovvero da vizi logici tali da far ritenere di trovarsi di fronte ad errori *ictu oculi* riscontrabili, risultano del tutto incensurabili a pena di invadere la sfera di valutazione discrezionale ascrivibile al merito amministrativo (6).

Poiché la pronuncia di rigetto del giudice amministrativo si esaurisce nella conferma del provvedimento impugnato e non si sostituisce all'atto amministrativo — conservando l'autorità che lo ha emesso tutti i poteri che

oggetto, deve applicare una norma tecnica cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta e tale discrezionalità, qualora si sia manifestata attraverso apprezzamenti tecnici, è sindacabile in sede giurisdizionale in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'*iter* logico seguito dall'autorità amministrativa, ma alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo.

(5) Il momento istruttorio, nella procedura ricopre una rilevanza particolare, in tutte le questioni relative alla costruzione dell'impianto, all'impatto sull'ambiente e sul territorio, e alla sua collocazione urbanistica: attraverso il controllo della motivazione ed il suo eventuale vizio il giudice ha la facoltà di valutare se l'Amministrazione nel decidere abbia tenuto conto della reale necessità di costruire un elettrodotto in quella zona, se erano presenti i presupposti richiesti dalla normativa vigente, se la scelta è stata coerente con le risultanze istruttorie. A ciò si aggiunga che la tutela della salute, oltre ad essere prevista a livello costituzionale, è parte integrante dell'ordinamento giuridico, basti pensare alla legge 23 dicembre 1978 n. 833 che prevede tra i fini dello Stato quello di garantire condizioni uniformi di salute su tutto il territorio nazionale. La salute, dunque, è non solo un diritto garantito, ma anche un interesse che l'ordinamento ha il dovere di perseguire: ciò consente che possa essere parametro di valutazione e di giudizio anche nel procedimento amministrativo e successivamente in sede processuale. Cfr. anche T.A.R. Lombardia, 3 novembre 1994, n. 618, in *Rass. Giur. En. Elettrica*: «La salute costituisce un diritto inviolabile dei cittadini direttamente ed un interesse fondamentale della collettività come sancito dall'art. 32 della Costituzione e dalla legge 833 del 1978, pertanto, ne è indispensabile assicurare la tutela anche in sede di realizzazioni degli impianti elettrici». L'aspetto salute è venuto in rilievo in modo esplicito nella normativa sugli elettrodotti con il d.p.c.m. del 23 aprile 1992: da allora è opinione giurisprudenziale che tale normativa rientri tra quella che deve essere rispettata nella procedura di autorizzazione alla costruzione degli impianti. Tra gli elementi di legittimità dell'atto autorizzatorio è necessario, pertanto, verificare anche il rispetto della normativa apposta dettata in materia di esposizioni alle radiazioni non ionizzanti, vale a dire il d.p.c.m. 23 aprile 1992 e il d.P.C.M. 1995 per le azioni di risanamento e, naturalmente, la recente legge quadro. C'è, tuttavia, perplessità in dottrina circa il ricorso smodato al giudice: «il giudice finirà per operare più come fattore di compensazione di incertezze sociali e culturali, che come organo di composizione di liti e delle relative incertezze giuridiche, facendosi così carico di una non meglio definita funzione di supervisione tecnica degli approdi teorici della comunità scientifica e della funzione di valutazione e selezione degli interessi meritevoli di tutela, che sono estranee al proprio bagaglio culturale ed al proprio mandato». «In definitiva, se i giudici rivendicano un ruolo forte di mediatori e garanti di ultima istanza dei valori in gioco, ed operano così quali moltiplicatori del contenzioso, le amministrazioni tendono a rinunciare alle proprie prerogative e contribuiscono a loro volta alla inflazione delle regole e dei vincoli esistenti, ingenerando così ulteriore incertezza e contenzioso», G.D.COMPORTI, *Amministrazioni e giudici sull'onda dell'elettrosmog*, in *Foro Amm.*, 2001, IX, 2455. Cfr. anche A. CONTALDO, *Ancora in tema di elettrosmog da antenne per la telefonia mobile* (nota a T.A.R. Toscana, sez. I, 15 gennaio 2001), in *Dir. Informazione e informatica*, 2001, 249.

(6) T.A.R. Campania, Napoli, Sez.II, 19 giugno 2001, n. 2821, in *Foro Amm.*, 2001.

avrebbe avuto se l'atto non fosse stato impugnato, eccetto la possibilità di ravvisarvi i vizi di legittimità ritenuti insussistenti dal giudice — non è ipotizzabile in tale tipo di pronuncia uno sconfinamento nella sfera del merito e quindi della discrezionalità e opportunità dell'azione amministrativa.

Quanto poi all'invasione della sfera di discrezionalità tecnica della P.A., è sufficiente qui riportarsi a quanto di recente osservato dal Consiglio di Stato: «il giudizio tecnico cui è chiamata la Commissione giudicatrice sfugge, in base a costante giurisprudenza, al sindacato del giudice amministrativo in sede di legittimità, laddove non vengano in rilievo indici sintomatici del non corretto esercizio del potere» (7).

Giova in particolare osservare che il potenziamento dei mezzi istruttori utilizzabili dal giudice amministrativo ai fini del sindacato sulle valutazioni di stampo tecnico-specialistico, sancito dall'innesto della consulenza tecnica ai sensi dell'art. 16 legge n. 205/2000, consente certo il pieno e diretto accertamento dei fatti presi in esame dall'amministrazione, ma non la sostituzione del giudice amministrativo, per il tramite del consulente tecnico, ai giudizi di tipo tecnico formulati dall'Amministrazione.

Il controllo del giudice amministrativo sul giudizio tecnico dell'organo amministrativo è rimasto un controllo debole, nel rammentato senso dell'inammissibilità di una logica sostitutiva che consenta al giudice di sostituire la sua opinione all'opinione, non condivisa, ma non risultante erronea, della P.A.» (8).

«È, però, insito nel nuovo sistema il pericolo di ridurre a meri giudizi tecnici, verificabili in tutti i loro aspetti dal giudice con l'ausilio di consulenti,

(7) Cons. Stato Sez. IV, 4 novembre 2002 n. 6004; Cons. Stato, Sez. VI, 23 aprile 2002 n. 2199.

(8) Cons. Stato, Sez. IV, 4 novembre 2002 n. 6004; Cons. Stato, Sez. VI, 23 aprile 2002 n. 2199. Cons. Stato, Sez. VI, 5 dicembre 2002, n. 6652, in *Foro Amm. C.D.S.*, 2002, 3242. «Il potere di annullamento del nullaosta paesaggistico attribuito al Ministero per i beni culturali dall'art. 82 d.P.R. n. 616 non comporta un riesame complessivo delle valutazioni tecnico-discrezionali compiute dalla Regione, tale da consentire la sovrapposizione o sostituzione di una propria valutazione di merito a quella compiuta in sede di rilascio del titolo autorizzativo, ma si estrinseca in un controllo di mera legittimità che peraltro può riguardare tutti i possibili vizi dell'eccesso di potere. Cons. Stato, Sez. VI, 1° ottobre 2002, n. 5156, in *Diritto e Giustizia*, 2002, f. 36, 49: le deliberazioni dell'Autorità per la concorrenza e il mercato attengono a valutazioni complesse che rinviano a scienze inesatte ed opinabili, di carattere prevalentemente economico, con cui si perviene alla definizione di concetti giuridici indeterminati (mercato rilevante, dominanza, intesa restrittiva della concorrenza, ecc.). Tali deliberazioni possono essere sindacate solo per vizi di legittimità, e non di merito attraverso il cd. «sindacato di tipo debole», che non consente un potere sostitutivo del giudice. I provvedimenti dell'autorità garante della concorrenza e del mercato sono sindacabili in giudizio per vizi di legittimità e non di merito (si precisa altresì che il sindacato del giudice amministrativo sull'attività discrezionale di natura tecnica esercitata dall'autorità antitrust è un sindacato di tipo debole, che non consente un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile, il proprio modello logico di attuazione del «concetto indeterminato», all'operato dell'autorità; pertanto nell'esercizio di un tale sindacato è inammissibile far «ripercorrere» al consulente tecnico d'ufficio le complesse valutazioni rimesse in prima battuta all'amministrazione e sottoposte poi, con gli anzidetti limiti, al sindacato giurisdizionale, poiché a questo spetta solo il compito di verificare la legittimità dell'impostazione generale seguita dall'autorità nello svolgere una determinata indagine e nient'altro, e ciò con la sola eccezione del sindacato sulle sanzioni pecuniarie irrogate dall'autorità, poiché in quel caso è consentito invece al giudice amministrativo un controllo più penetrante, che si spinge fino alla sostituzione della sanzione irrogata dall'autorità). «Purché si rimanga nell'ambito dei vizi di legittimità, il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato non incontra limiti, potendo essere esercitato, oltre che in relazione ai vizi di incompetenza e viola-

anche le valutazioni che il legislatore ha inteso riservare ad organi amministrativi. È questo il vero limite del sindacato di legittimità, che postula un'attenta discriminazione fra fattispecie apparentemente assai simili e una responsabile autolimitazione del giudice. A titolo di esempio, sembra da escludere una integrale revisione, sotto il profilo tecnico, di giudizi pronunciati da commissioni di esami o di concorso o da organi chiamati a provvedere in ordine a promozioni... occorre evitare, nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme, che l'amministrazione subisca un integrale riesame delle sue valutazioni in casi nei quali il datore di lavoro privato compie scelte del tutto insindacabili» (9).

Si constata, tuttora, un settore in cui le operazioni di discrezionalità tecnica rilevano nel merito e l'insindacabilità non sembra suggerita da prerogative riservate alla P.A., quanto dalla carenza del minimo di obiettività, nor-

zione di legge, anche in relazione a quello di eccesso di potere in tutte le sue forme. Allorché, peraltro, viene dedotto, avverso provvedimenti dell'Autorità, il vizio di eccesso di potere, il giudice, nell'ambito del suo sindacato, circoscritto alla sola legittimità dell'atto, e non esteso al merito delle scelte amministrative, può solo verificare se il provvedimento impugnato appaia logico, congruo, ragionevole, correttamente motivato e istruito, ma non può anche sostituire proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dall'Autorità e a queste riservate: Cons. Stato, Sez.VI, 23 aprile 2002, n. 2199, in *Giur. It.*, 2002, 1957. «È inammissibile la censura dedotta avverso la valutazione che la Commissione giudicatrice ha fatto dei titoli presentati dal candidato, trattandosi di valutazione di merito sulla quale il giudice della legittimità può esercitare il proprio sindacato solo in presenza di vizi (che il ricorrente ha l'onere d'individuare e documentare) di palese travisamento dei fatti ovvero di illogicità manifesta. T.A.R. Puglia, Bari, Sez.I, 1 ottobre 2002, n. 4176, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2002, f. 10. «Risultato immune dai vizi prospettati il giudizio negativo formulato dalla commissione nei confronti del candidato ricorrente, sono inammissibili le doglianze dallo stesso mosse in merito alle valutazioni concernenti i candidati risultati vincitori, atteso che dall'eventuale accoglimento delle stesse non deriverebbe, comunque, nessun beneficio», Cons. Stato, Sez.VI, 14 febbraio 2002, n. 849, in *Foro Amm. C.D.S.*, 2002, 466. Rientra nei compiti del giudice di merito il giudizio circa la idoneità degli elementi presuntivi a consentire illazioni che ne discendano secondo il criterio dell'*id quod plerumque accidit*, essendo il relativo apprezzamento sottratto al controllo in sede di legittimità se sorretto da motivazione immune da vizi logici o giuridici ed in particolare ispirato al principio secondo il quale i requisiti della gravità, della precisione e della concordanza, richiesti dalla legge, devono essere ricavati in relazione al complesso degli indizi, soggetti ad una valutazione globale, e non con riferimento singolare a ciascuno di questi, pur senza omettere un apprezzamento così frazionato, al fine di vagliare preventivamente la rilevanza dei vari indizi e di individuare quelli ritenuti significativi e perciò da ricomprendere nel suddetto contesto articolato e globale, Cass. civ., Sez.III, 4 novembre 2002, n. 15399, in *Diritto e Giustizia*, 2002, f. 42, 50. Nell'ambito dei poteri di governo dei vincoli paesaggistici il merito, che non può essere oggetto di sostituzione, è un giudizio estetico di natura tecnico-discrezionale, demandato alle regioni ed agli altri enti sub-regionali. Ciò, tuttavia, non comporta alcuna insindacabilità delle valutazioni operate dalle autorità locali, essendo l'annullamento per vizi di legittimità comprensivo di tutti i profili dell'eccesso di potere; non v'è dubbio, poi, sulla circostanza della riconduzione all'area della legittimità del vizio d'omessa acquisizione di parere obbligatorio e vincolante o dell'insufficienza della motivazione, Cons. Stato, Sez.VI, 6 settembre 2002, n. 4561, in *Foro Amm. C.D.S.*, 2002, f. 9. In sede di pianificazione urbanistica, le scelte dell'Amministrazione concernenti la destinazione di singole zone costituiscono apprezzamento di merito e per ciò sono sottratte al sindacato di legittimità, salvo che la nuova destinazione sia inficiata da errori di fatto o vizi di illogicità e contraddittorietà, Cons. Stato, Sez.IV, 9 luglio 2002, n. 3817, in *Foro Amm. C.D.S.*, 2002, f. 7. In sede di pianificazione urbanistica, le scelte dell'amministrazione concernenti la destinazione di singole zone costituiscono apprezzamento di merito e per ciò sono sottratte al sindacato di legittimità, salvo che la nuova destinazione sia inficiata da errori di fatto o vizi di illogicità e contraddittorietà, Cons. Stato, Sez.IV, 9 luglio 2002, n. 3817, in *Foro Amm. C.D.S.*, 2002, f. 7-8.

(9) G. VACIRCA, *Prime riflessioni sul nuovo regime delle prove nelle controversie in materia di pubblico impiego*, in *Foro amm.*, 1987, 1346.

malmente richiesto per l'esplicarsi della funzione terziaria del giudice, della materia sulla quale egli debba pronunciarsi(10). Nell'ambito della giurisdizione su interessi legittimi, il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica dell'amministrazione, deve limitarsi ai vizi dell'atto e non può spingersi fino ad un riesame della correttezza o meno dell'operato amministrativo; quindi il giudice, qualora riscontri la carenza dell'operato stesso o di un'adeguata motivazione, dovrà limitarsi a dichiarare l'illegittimità dell'atto per carenza di motivazione o di istruttoria, non potendosi in ogni caso sostituire alla P.A. attraverso la consulenza tecnica d'ufficio(11).

2. La «tempistica» dello scrutinio. La motivazione dei giudizi di non ammissione alla classe successiva.

Circa il tempo che deve essere dedicato dai docenti alla valutazione degli alunni, la sentenza si esprime nel senso della inammissibilità della media aritmetica, ricavata dal tempo complessivo degli scrutini e dal loro numero, per calcolare il tempo effettivamente dedicato allo scrutinio di un particolare alunno.

Le censure relative al poco tempo dedicato a ciascun alunno, nel caso di specie dieci minuti o poco più risultano così prive di fondamento, secondo il T.A.R. Toscana.

In molti casi, infatti, è evidente che il materiale viene preparato in precedenza e che per gli alunni da promuovere che non presentano problemi il tempo dedicato è esiguo, mentre maggiore spazio viene dedicato ai casi «difficili».

In realtà il massimo dei debiti assegnati ai compagni di classe promossi con debito è di tre, mentre il ricorrente riportava insufficienze in sei discipline (di cui due gravi).

Ciò si evince chiaramente dai risultati finali affissi presso l'istituto.

(10) G.VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità...*, 1589; P.G.PONTICELLI, *Merito amministrativo (e giurisdizione di merito)*, voce in *Enc. giur.*, 3.

(11) T.A.R. Liguria, Sez.II, 26 aprile 2003, n. 522. L'art. 2 del decreto legge 3 luglio 2001 n. 255, convertito dalla legge 20 agosto 2001 n. 333, facendo seguito alla disciplina dettata dall'articolo 1 in ordine alle operazioni di prima integrazione delle graduatorie permanenti di cui all'art. 401 del t.u. del 1994, ha previsto che, a decorrere dall'anno scolastico 2002-2003, l'operazione di aggiornamento, da effettuare con periodicità annuale entro il 31 maggio di ogni anno, avvenga inserendo nello scaglione di cui all'articolo 1 comma 1, tra gli altri, i possessori dei diplomi di insegnamento rilasciati dalle S.I.S.S. La frequenza delle scuole di specializzazione si distingue dalle normali procedure abilitanti in ragione di una serie di profili capaci di evidenziarne la particolare pregnanza dei risultati formativi e degli obiettivi per l'appunto specialistici da conseguire; la peculiarità dei contenuti formativi e delle relative ricadute sul piano delle capacità didattiche dello specializzato, mette plasticamente in luce un valore aggiunto retribuito con un punteggio di trenta punti che non appare sindacabile sul versante della legittimità in quanto espressione non irragionevole della discrezionalità amministrativa e tecnica dell'amministrazione, in linea con la valorizzazione comunitaria del ruolo delle scuole di specializzazione (Cons. Stato, Sez.VI, 27 marzo 2003, n. 1603, in *Foro Amm. C.D.S.*, 2003, 1119). È incensurabile in sede giurisdizionale il verbale con il quale la commissione medica di un'amministrazione escluda la dipendenza da causa di servizio dell'infermità lamentata da un dipendente, in seguito all'accertamento che la natura usurante del lavoro non è stato il fattore determinante dell'insorgere della malattia, bensì mera occasione rivelatrice della stessa. Infatti, i giudizi medico-legali espressi dagli organi tecnico-consultivi ai fini dell'accertamento della dipendenza di una infermità del pubblico dipendente da causa di servizio sono giudizi aventi connotati di discrezionalità tecnica, per cui la relativa valutazione è sottratta al sindacato del giudice amministrativo, tranne che per manifesta illogicità (T.A.R. Campania, Napoli Sez.V, 23 dicembre 2002, n. 8225, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2002, f. 12).

In realtà la situazione complessiva dell'alunno ha determinato un giudizio all'unanimità del Consiglio di classe, circa l'inedoneità a frequentare la classe successiva.

L'alunno, pur prendendo parte anche ai corsi di recupero, non è riuscito a colmare le lacune.

In tal senso si esprime anche il giudizio finale di non promozione.

La motivazione relativa alle carenze nelle singole discipline è presente nella scheda di valutazione allegata al verbale, in cui vengono espressi in maniera analitica i giudizi circa l'impegno (adeguato-non adeguato-continuo, non continuo); l'interesse (vivo, adeguato, modesto, scarso); le conoscenze (ottime, buone, sufficienti, insufficienti, gravemente insufficienti); le competenze (ottimo, buono, sufficiente; insufficiente); le capacità (ottimo-buono-sufficiente-insufficiente).

Non solo: il giudizio inerente all'attitudine ad affrontare i programmi del successivo anno scolastico è espresso con chiarezza nel giudizio di non promozione incluso nel verbale finale, alla voce «motivazione»: «Il consiglio di classe, viste le numerose insufficienze rilevate...nonostante i corsi di recupero e gli sportelli attivati... giudica l'alunno non in possesso dei requisiti necessari...per affrontare la classe quarta...».

Nel giudizio di non promozione la motivazione, lunga ed elaborata, presenta una parte generica e una parte specifica.

Il Collegio dei Docenti ha, senza ombra di dubbio, seguito alla lettera le disposizioni ministeriali, le quali prevedono che «nei confronti degli alunni che presentino un'insufficienza non grave in una o più discipline, tale da non determinare comunque una carenza nella preparazione complessiva ... il Consiglio di Classe, sulla base di parametri di giudizio stabiliti preventivamente, procede alla valutazione che tenga conto ... *omissis*».

Nel caso *de quo*, le insufficienze non potevano certamente farsi rientrare fra le non gravi, avendo riportato il ricorrente due gravi insufficienze e altre quattro insufficienze non gravi.

Al momento dello scrutinio, nel rispetto dello spirito che informa la legislazione attuale in cui sono stati aboliti gli esami di riparazione, il Consiglio di Classe ha ritenuto che non vi fossero elementi tali da far ritenere che l'alunno, seppur promosso, avrebbe potuto, con idonei interventi didattici, colmare le lacune di preparazione.

Il corpo docente in ossequio alla novella normativa e tenendo conto dei dati in possesso, ha deciso la non promozione valutando anche le capacità di recupero dell'alunno e il complesso della sua personalità.

L'esame dei giudizi redatti dai singoli insegnanti, nonché il semplice e meccanico raffronto delle votazioni riportate nella pagella al termine del primo e secondo quadrimestre mostrano che, a fronte di scarsi miglioramenti, si sono andate ad aggravare le carenze, e con esse le insufficienze, nelle materie fondamentali in un Liceo Scientifico che, com'è noto, si configura propedeutico all'Università.

È d'obbligo quindi, inferire che il Consiglio di Classe, nell'ambito di un'attività di valutazione discrezionale e nel pieno rispetto dei parametri legislativamente imposti al suo operato, abbia ritenuto la situazione dell'alunno tale da non permettere una promozione fruttuosa per lo stesso.

Di più occorre sottolineare la coerenza della valutazione, a monte di una documentazione sull'attività scolastica che non presenta grandi miglioramenti dell'allievo nel quadro complessivo.

È sufficiente, al riguardo, leggere la documentazione predetta per dover escludere tale possibilità (12).

Il Collegio dei Docenti ha seguito alla lettera le disposizioni ministeriali, le quali prevedono che «nei confronti degli alunni che presentino un'insufficienza non grave in una o più discipline, tale da non determinare comunque una carenza nella preparazione complessiva ... il Consiglio di Classe, sulla base di parametri di giudizio stabiliti preventivamente, procede alla valutazione che tenga conto ... *omissis*».

Al momento dello scrutinio, nel rispetto dello spirito che informa la legislazione attuale in cui sono stati aboliti gli esami di riparazione, il Consiglio di Classe ha ritenuto che non vi fossero elementi tali da far ritenere che l'alunno, seppur promosso, avrebbe potuto, con idonei interventi didattici, colmare le lacune di preparazione, anche alla luce dei debiti ereditati dall'anno precedente.

Tale convincimento si è ingenerato nel Consiglio di Classe dopo un'accurata analisi dei risultati riportati dall'alunno nel corso dell'anno scolastico.

Nel caso *de quo*, le insufficienze sono addirittura sei, di cui due gravi.

In verità, il semplice esame dei giudizi redatti dai singoli insegnanti, nonché il semplice e meccanico raffronto delle votazioni riportate nella pagelle al termine del primo e secondo quadrimestre mostrano che, a fronte di scarsi miglioramenti, si sono andate ad aggravare le carenze, e con esse le insufficienze, nelle materie che pure avevano costituito il nucleo di interventi didattici di supporto.

È d'obbligo quindi, inferire che il Consiglio di Classe, nell'ambito di un'attività di valutazione discrezionale e nel pieno rispetto dei parametri legislativamente imposti al suo operato, abbia ritenuto la situazione dell'alunno tale da non permettere una promozione, seppur in presenza di debiti formativi, fruttuosa per lo stesso. L'obbligo di motivazione *ex art. 3, legge n. 241 del 1990*, può ritenersi assolto, dunque, in quanto, indipendentemente dalla estensione della formula adoperata (che può essere anche estremamente sintetica), la stessa consente, sia pure in via sommaria, di risalire agli aspetti salienti della prova che hanno determinato il giudizio espresso. Tale esigenza, da verificarsi in concreto, è tanto più evidente in presenza di prove che implicino una elaborazione di concetti e un'analisi critica, giacché, in tale ipotesi, appare obiettivamente difficile, in assenza di un minimo di elementi di correlazione fra la valutazione e l'elaborato, ricostruire l'iter logico che ha guidato la Commissione ad esprimere il proprio giudizio, anche tenuto conto che lo stesso, appartenendo alla sfera di discrezionalità tecnica dell'organo, è sindacabile dal giudice solo per macroscopica illogicità o altrettanto macroscopico travisamento (13).

(12) Cfr. sul punto sent. T.A.R. Toscana n. 5891 del 24 novembre 2003.

(13) Cons. Stato, sez. VI, 13 febbraio 2004, n. 558, in *Foro Amm. C.D.S.*, 2004, 481.

3. *Il compito pedagogico della scuola come interesse pubblico prevalente. I rischi dell'ammissione con riserva alla classe successiva.*

Anche in sede cautelare il T.A.R. si era sfavorevolmente pronunciato.

Il compito prettamente pedagogico della scuola non deve prescindere dal principio meritocratico e non deve ricomprendere problematiche che esorbitino da esso, pena lo stravolgimento dei fini istituzionali che per legge e Costituzione sono alla scuola stessa attribuiti.

I valori attribuibili idealmente alla P.A., invece, sembrano svanire una volta dato spazio alle istanze più emotive dei soggetti.

Esiste un accentuato interesse pubblico a preservare i principi pedagogici sottesi ad ogni scuola e, in particolar modo alle scuole superiori.

Non è da dimenticarsi, infatti, che il liceo è volto in quanto scuola superiore, a formare in maniera adeguata i futuri professionisti, anche in vista dell'accesso alle università.

Discorso, questo, che ben potrebbe attagliarsi a qualsiasi scuola superiore ma, a maggior ragione al caso di un liceo sperimentale.

Oltretutto, non si tratta di scuola dell'obbligo, laddove il principio meritocratico, e formativo potrebbe in qualche modo attenuarsi, bensì di un liceo sperimentale scientemente prescelto dal ricorrente.

L'allievo, dunque, è ben conscio delle difficoltà e della dedizione allo studio che un liceo del genere comporta.

Con tale richiesta si mira ad ottenere una consolidazione dell'assetto degli interessi sulla base di un provvedimento cautelare, in vista anche di una pronuncia nel merito che, per forza di cose, non può essere immediata e, che comunque, potrebbe protrarsi oltre l'anno.

È possibile, infatti, asserire con sicurezza che nel nostro ordinamento è ora possibile rinvenire uno *sfavor* legislativo nei confronti della consolidazione dell'assetto di interessi sulla base dell'ordinanza cautelare, in quanto la spinta innovativa è ormai tutta proiettata verso l'accelerazione del processo di merito.

La tutela cautelare in tal caso, infatti, concederebbe più di quanto non potrebbe garantire una pronuncia di merito favorevole.

Avv. Maria Vittoria Lumetti

Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, sezione prima, sentenza 21 dicembre 2004, n. 6555 – Pres. G. Vacirca – Est. G. Di Nunzio – G.A. e A.C. (Avv. G. Giovannelli) c/Ministero dell'Istruzione Università e Ricerca, Istituto statale C. L., Consiglio di classe III B st. L. (Avv. dello Stato M.V. Lumetti).

Inammissibilità del sindacato della discrezionalità tecnica dell'amministrazione che ha espresso il giudizio valutativo di non ammissione alla classe successiva. Non necessità di valutazioni dettagliate.

Inammissibilità della media aritmetica, ricavata dal tempo complessivo degli scrutini e dal loro numero, per calcolare il tempo effettivamente dedicato allo scrutinio di un particolare alunno.

«(Omissis) Fatto. In data 10 giugno 2004, alle ore 16,30 si riuniva il Consiglio di Classe della classe (...) dell'Istituto Statale «C.L.» di P. (PT) ai fini dello svolgimento delle operazioni di scrutinio finale per l'anno scolastico 2003/2004.

Alle ore 18,15 veniva chiuso il verbale relativo alla scrutinio suddetto con cui il Consiglio di Classe determinava la non ammissione dell'alunno (...) alla classe quarta per le seguenti motivazioni:

“Il Consiglio di Classe, viste le numerose insufficienze rilevate sia nell'ambito linguistico-letterario, che nelle specifiche discipline di indirizzo, ove le carenze risultano par-

ticolarmente gravi, nonostante i corsi di recupero cui è stato invitato, considerata la discontinuità e la scarsa consistenza dell'impegno, giudica l'alunno non in possesso delle conoscenze, delle competenze e del metodo di studio necessari per frequentare la classe quarta, alla quale delibera di non ammetterlo".

I genitori dell'alunno hanno impugnato la predetta "non ammissione", deducendo le seguenti censure:

1) Violazione di legge — Eccesso di potere — Difetto di motivazione in ordine alla possibilità dell'alunno di raggiungere gli obiettivi nel corso dell'anno scolastico successivo — Carenza di istruttoria — Violazione del principio di buon andamento dell'azione amministrativa — Disparità di trattamento.

2) Violazione di legge — Eccesso di potere per violazione del giusto procedimento — Illogicità — Violazione del principio di buon andamento dell'azione amministrativa — Motivazione insufficiente sotto ulteriore profilo.

3) Violazione di legge — Eccesso di potere — Manifesta illogicità della valutazione — Difetto assoluto di motivazione.

4) Violazione di legge — Eccesso di potere manifesta illogicità e contraddittorietà del provvedimento impugnato — Illegittimità del procedimento amministrativo sotto il profilo della violazione del principio del buon andamento della Pubblica Amministrazione.

L'Amministrazione resiste in giudizio.

Diritto. I ricorrenti, genitori di un alunno non ammesso alla classe quarta del Liceo L., deducono, con il primo motivo di gravame:

Violazione di legge — Eccesso di potere — Difetto di motivazione in ordine alla possibilità dell'alunno di raggiungere gli obiettivi nel corso dell'anno scolastico successivo — Carenza di istruttoria — Violazione del principio di buon andamento dell'azione amministrativa — Disparità di trattamento.

Sostengono, cioè, che l'alunno in questione, al pari di altri, avrebbe potuto beneficiare del c.d. debito formativo.

La censura è infondata.

Non sussistevano, infatti, i presupposti per il debito formativo. Questi richiedono la presenza di insufficienze "non gravi", mentre l'alunno ha almeno due insufficienze gravi (voto pari a 4).

Neppure sussiste la lamentata disparità di trattamento, avendo il medesimo riportato sei insufficienze complessive, mentre gli altri alunni, che hanno ottenuto il debito formativo, ne hanno al massimo tre.

Costituisce poi inammissibile sindacato della discrezionalità tecnica dell'Amministrazione ogni valutazione richiesta a questo Giudice in ordine al merito dei giudizi.

Infondata è anche la seguente seconda censura:

Violazione di legge — Eccesso di potere per violazione del giusto procedimento — Illogicità — Violazione del principio di buon andamento dell'azione amministrativa — Motivazione insufficiente sotto ulteriore profilo.

Invero, il giudizio espresso e contestato è ampiamente articolato, eccedendo il rilievo, pur bastante, della presenza di sei insufficienze.

Anche la seguente doglianza è infondata:

Violazione di legge — Eccesso di potere — Manifesta illogicità della valutazione — Difetto assoluto di motivazione.

Le valutazioni in questione, infatti, non devono, per pacifico orientamento giurisprudenziale, essere dettagliate.

Non sono poi ravvisabili, neanche nei verbali del Consiglio di Classe relativi all'anno scolastico, le gravi incongruenze o mancanze di valutazioni, richiesto dal medesimo orientamento giurisprudenziale perché il giudizio finale possa essere riconosciuto illegittimo.

Infine, è dedotto il seguente motivo:

Violazione di legge — Eccesso di potere — Manifesta illogicità e contraddittorietà del provvedimento impugnato — Illegittimità del procedimento amministrativo sotto il profilo della violazione del principio del buon andamento della Pubblica Amministrazione.

Lamentano, in specie, i ricorrenti che il tempo dedicato alla contestata valutazione è troppo breve.

Senonchè, l'orientamento giurisprudenziale consolidato è nel senso che non può farsi la media aritmetica, ricavata dal tempo complessivo degli scrutini e dal loro numero, per ricavare il tempo effettivamente dedicato allo scrutinio di un particolare alunno.

Quest'ultima censura, dunque, al pari delle precedenti, deve essere disattesa.

Il ricorso, in conclusione, è respinto.

Le spese di lite possono essere compensate.

P. Q. M. Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione I, definitivamente pronunciando, *respinge* il ricorso.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Firenze, il 9 novembre 2004 (*omissis*)».

Autorizzazione al lavoro e distacco di lavoratori stranieri

(Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, sezione prima,
sentenza 19 gennaio 2005 n. 171)

SOMMARIO: 1. – Ambito di applicazione dell'art. 27 lett. i) del d.lgs 286/1998 e requisiti ivi previsti. 2. – Il Decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 72 e il divieto di prestito di manodopera. 3. – Differenza tra il contratto di trasporto merci e il contratto di appalto di servizi. 4. – L'art. 27 norma di stretta applicazione. Assenza di precedenti in materia.

1. – Ambito di applicazione dell'art. 27 lett. i) del d.lgs 286/1998

La società ricorrente propone ricorso davanti al Tribunale Amministrativo al fine di ottenere l'annullamento del diniego di autorizzazione al lavoro di cittadini extracomunitari.

La sentenza fa chiarezza in merito alla corretta interpretazione ed applicazione dell'art. 27 del d.lgs 286/1998 del testo unico sull'immigrazione.

L'art. 27 regola l'ipotesi di ingresso per lavoro, in casi particolari, dei lavoratori extracomunitari e alla lett. i) stabilisce che è possibile rilasciare l'autorizzazione al lavoro a favore di «lavoratori dipendenti regolarmente retribuiti da datori di lavoro, persone fisiche o giuridiche, residenti o aventi sede all'estero e da questi direttamente retribuiti, i quali siano temporaneamente trasferiti dall'estero presso persone fisiche o giuridiche, italiane o straniere, residenti in Italia, al fine di effettuare nel territorio italiano determinate prestazioni oggetto di contratto di appalto stipulato tra le predette persone fisiche o giuridiche residenti o aventi sede in Italia e quelle residenti o aventi sede all'estero, nel rispetto delle disposizioni dell'art. 1655 del codice civile e della legge 23 ottobre 1960, n. 1369, e delle norme internazionali e comunitarie».

L'art. 27, comma 1, lett. i), d.lgs. n. 286 del 1998 si applica, dunque, al caso in cui il lavoratore straniero sia distaccato stabilmente in Italia per un periodo non superiore a due anni al fine di realizzare un'opera determinata.

Oggetto della controversia di cui alla sentenza è il diniego di autorizzazione in merito ad una attività di trasporto merci svolta, per una società di trasporti, da autisti rumeni che risultano prestare servizio esclusivamente per la società rumena e soggiornare saltuariamente in Italia.

Di fatto i lavoratori extracomunitari svolgono lavori esclusivamente per conto della ditta rumena e la loro permanenza in Italia non supera i 5 giorni nell'arco di un mese.

Mancano tutti i requisiti previsti dall'art. 27, come chiarisce la sentenza del T.A.R. toscano.

Il requisito temporale, che vuole limitare il distacco ad un appalto che non superi i due anni, è palesemente mancante.

L'attività di trasporto di merci non è un «appalto» che esaurisce la sua portata in due anni: l'attività di trasporto è attività lavorativa continua.

Non si tratta della costruzione di edifici od altro la cui edificazione è destinata ad esaurirsi nell'arco dei due anni mediante la realizzazione di un'opera compiuta.

L'attività di trasporto, così come concepita nel caso di specie, non comporta un naturale limite di durata o di esaurimento, con cui essa possa dirsi conclusa.

A ciò consegue che l'attività di regolare autotrasporto merci non rientra nel concetto di realizzazione di opere o di servizi determinati per un periodo non superiore a 2 anni di cui all'art. 27.

L'oggetto sociale è, infatti, diverso da quello di un appalto avente ad oggetto la costruzione di un edificio o di un'opera ben definita: manca una prestazione determinata, in un luogo certo.

L'assenza dei suddetti requisiti è determinante anche al fine di effettuare controlli circa l'effettiva presenza di lavoratori rumeni: alla prima verifica una eventuale autorizzazione, anche spontaneamente rilasciata dall'amministrazione, rischierebbe di essere revocata per mancanza di requisiti essenziali.

A ciò si aggiunga che l'art. 27 prevede che gli stranieri debbano prestare la propria attività lavorativa stabilmente ed esclusivamente in territorio italiano.

Non è ammesso il pendolarismo tra l'Italia e un altro Stato: la realizzazione dell'opera determinata deve avvenire solo ed esclusivamente nel territorio italiano e, comunque, in un luogo ben determinato e preciso.

Anche per questo non è possibile ricomprendere nella comune e pur ampia concezione di appalto l'attività di trasporto di merci, così come invece ipotizzato dalla controparte.

Quella esercitata dalla ditta ricorrente è, dunque, una regolare attività di autotrasporto, non ricompresa nella norma di cui all'art. 27.

A ciò consegue un'altra considerazione volta a evidenziare che nel concetto di appalto di cui all'art. 27 non rientri l'attività di trasporto esercitata dal titolare.

L'attività di trasporto merci è svolta dalla società tramite autisti che risultano prestare servizio esclusivamente per la società rumena.

Tuttavia essi soggiornano solo saltuariamente in Italia: l'art. 27, comma 1, lett. i), d.lgs. n. 286 del 1998, invece, si applica al caso in cui il lavoratore straniero sia distaccato stabilmente in Italia per un periodo non superiore a due anni al fine di realizzare un'opera determinata.

2. – Il Decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 72 e il divieto di prestito di manodopera.

La norma di riferimento è quella del Decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 72 (Attuazione della direttiva 96/1971/CE in materia di distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi).

L'articolo 1 delinea il «Campo d'applicazione»: «1. Il presente decreto si applica alle imprese stabilite in uno Stato membro dell'Unione europea diverso dall'Italia, le quali, in occasione di una prestazione di servizi transnazionale, distaccano un lavoratore, per conto proprio e sotto la loro direzione, in territorio nazionale italiano, nell'ambito di un contratto concluso con il destinatario della prestazione di servizi che opera in territorio italiano, ovvero distaccano un lavoratore in territorio nazionale italiano, presso un'unità produttiva della medesima impresa o presso altra impresa appartenente

allo stesso gruppo, purché in entrambi i casi durante il periodo di distacco continui ad esistere un rapporto di lavoro tra il lavoratore distaccato e l'impresa distaccante.

L'articolo 2 fornisce la definizione: «1. Ai fini del presente decreto si intende per «lavoratore distaccato» il lavoratore abitualmente occupato in uno Stato membro dell'Unione europea diverso dall'Italia che, per un periodo limitato, svolge il proprio lavoro in territorio nazionale italiano.

2. Il periodo limitato di cui al comma 1 è tale quando la durata del distacco del lavoratore in territorio nazionale italiano sia sin dall'inizio pre-determinata o predeterminabile con riferimento ad un evento futuro e certo.

Nemmeno nell'Allegato unico Allegato A viene ricompresa l'attività di trasporto esercitata dal ricorrente:

«Le attività di cui all'art. 3, comma 2, secondo periodo, comprendono tutte quelle del settore edilizio riguardanti la realizzazione, il riattamento, la manutenzione, la modifica o l'eliminazione di edifici ed in particolare i lavori (scavo, sistemazione, costruzione montaggio e smontaggio di elementi prefabbricati, ecc.)».

Anche dal tenore di tale Decreto non risulterebbe un collegamento normativo che possa far presumere l'estensione dell'applicabilità dell'art. 27 ad una attività di trasporto merci.

Che la suddetta interpretazione sia corretta è evincibile anche dalle circolari di settore uscite in materia.

La circolare n. 78/2001 così prevede: «Si rileva la necessità che nell'autorizzazione venga sempre indicato con esattezza il luogo ove si svolgeranno i lavori oggetto di contratto di appalto e, ove questo dovesse essere soggetto a variazioni come potrebbe verificarsi nel caso di appalti per lavori edili o in altre circostanze, indicare l'impegno della ditta a comunicare preventivamente tali circostanze».

È possibile, dunque, argomentare che la norma è stata concepita per l'appalto *tout court* e non per un'attività di trasporto, la quale sfugge alla tipologia così minuziosamente evidenziata anche in sede di circolare.

La *ratio* della normativa è quella di «non favorire situazioni di fatto di elusione del rispetto delle quote programmate di ingressi per il lavoro di stranieri, nel quadro generale di realizzazione dei flussi d'ingresso».

Tra questi lavoratori stranieri c'è sicuramente chi è in grado di svolgere attività di autista in possesso di patente internazionale.

L'interpretazione della norma in esame è in armonia anche con le leggi che regolano, in materia, il divieto di prestito di manodopera.

È noto, peraltro, che la legge n. 1369 del 1960, peraltro, non consente, sotto alcuna forma, che si realizzi un sostanziale «prestito di manodopera», ossia che un imprenditore possa inserire a tutti gli effetti nell'organizzazione di un altro imprenditore un proprio dipendente il quale esegua il lavoro nella sfera e per conto di costui, sotto la direzione e il controllo — e, pertanto, a rischio — dello stesso, restando il primo nella posizione giuridica di datore di lavoro.

Infatti, alla fattispecie — vietata — dell'appalto di manodopera, è sottintesa la presenza di un'impresa che non assicura, con propria organizzazione e con proprio rischio, le prestazioni oggetto del contratto.

Elemento caratterizzante di tale fattispecie (che vale a distinguerla dalle ipotesi lecite), è il conferimento di un appalto ad un'impresa la quale, ancorché titolare di una propria, reale organizzazione non la impegna, con l'assunzione del rischio relativo, nell'esecuzione dell'opera o del servizio in concreto appaltato, circostanza che si verifica anche quando l'intera gestione dei rapporti di lavoro sia stata completamente affidata all'appaltante (1).

3. — *Differenza tra il contratto di trasporto merci e il contratto di appalto di servizi.*

In giurisprudenza, si è fatto strada il principio per cui, il contratto di durata con il quale un'impresa si impegna ad eseguire più trasporti per conto di altro soggetto in difetto di previsione di ulteriori prestazioni, non costituisce appalto di servizi e deve intendersi disciplinato dalle norme in materia di trasporto, ivi comprese le norme di cui alla legge n. 298 del 1974.

Qualora il vettore assuma unicamente l'obbligo di trasportare determinate merci, anche senza determinazione del numero di viaggi e con compenso forfettario, il contratto deve essere qualificato come trasporto e non come appalto di servizi, il quale ultimo ricorre unicamente ove il vettore assuma obblighi ulteriori rispetto a quello di trasporto (2).

Con il contratto di trasporto il soggetto si obbliga nei confronti di un altro soggetto a trasferire persone o cose da un luogo all'altro, mediante una propria organizzazione di mezzi e di attività personali e con l'assunzione a suo carico del rischio del trasporto e della direzione tecnica dello stesso.

Il criterio distintivo tra il contratto di appalto ed il contratto di trasporto risiede nel fatto che il primo ha per oggetto il risultato di un *facere* il quale può concretarsi nel compimento di un'opera o di un servizio che l'appaltatore assume verso il committente dietro corrispettivo e dall'esistenza di un'organizzazione d'impresa presso l'appaltatore, nonché dal carico esclusivo del rischio economico nella persona del medesimo (3).

Il contratto di trasporto, dunque, non può essere assimilato, almeno ai fini del Testo unico dell'Immigrazione, ai contratti di appalto, da cui si distingue per propri connotati tipici, secondo gli art. 1678 e segg. c.c.

4. — *L'art. 27 norma di stretta applicazione. Assenza di precedenti in materia.*

L'art. 27 è considerata norma di stretta applicazione.

È evidente che l'amministrazione non avrebbe potuto, pena l'aggiramento del dato normativo, applicare al caso di cui alla sentenza, l'art. 27.

La lettera dell'art. 27 è molto chiara e si applica solo ed esclusivamente a contratti di appalto finalizzati a realizzare opere determinate per un periodo superiore a due anni.

(1) *Cfr.* sul punto Cass. civ., Sez.lav., 23 aprile 1999, n. 4046 e Trib. Torino, 28 maggio 1998.

(2) Trib. Milano, 13 novembre 1995; Cons. Stato, Sez. V, 4 ottobre 1993, n. 980.

(3) *Cfr.* sul punto Cass. civ., Sez.II, 17 ottobre 1992, n. 11430.

I suddetti requisiti non sussistono, in quanto non è dato individuare la realizzazione dell'opera determinata richiamata dalla legge.

La *ratio* delle norme di cui all'art. 26 e 27 obbedisce anche all'esigenza, tra le altre cose, che solo in casi eccezionali (quelli previsti dall'art. 27) il datore di lavoro venga esentato dal pagamento di contributi: la legge n. 39/1990(4) prevede, infatti, l'esenzione a favore di chi lavora per un periodo di tempo inferiore agli otto giorni.

Altro aspetto cui obbedisce la *ratio* della norma è anche quello di tutelare il lavoratore straniero e di limitare al massimo i casi in cui egli sia obbligato ad offrire la propria prestazione lavorativa solo ed esclusivamente ad un unico datore di lavoro, pena la revoca immediata del permesso di soggiorno.

La fattispecie *de quo* è regolata da un altro specifico articolo di legge: l'art. 22 del D.Lgs n. 286/98.

Non esistono precedenti, né la circolare in materia include tra le attività indicate il trasporto: è tutto rimesso all'interpretazione ed elaborazione della giurisprudenza.

Pertanto, non essendoci nulla di certo è corretto fare riferimento alla *ratio* della normativa e all'interpretazione della norma come eccezionale.

La sentenza ha il pregio di confermare che l'art. 27 non possa costituire oggetto di interpretazioni estensive.

Avv. Maria Vittoria Lumetti

Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, sezione prima, sentenza 19 gennaio 2005 n. 171 – Pres. Est. Vacirca – Soc. D. I. (Avv.ti P. Sanchini e G. Cresci) c/Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali e Direzione Provinciale del lavoro di Arezzo (Avv. dello Stato di Firenze M.V. Lumetti) – (respinge).

Non è configurabile una prestazione determinata diversa dalla generica esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante impiego di manodopera assunta e retribuita dall'appaltatore avente sede all'estero. La successiva individuazione dei lavoratori da distaccare mediante accordi integrativi nulla aggiunge in ordine alla determinatezza della prestazione.

«(Omissis) Fatto e diritto — 1. — La Società ricorrente (...) con i due ricorsi in esame e con motivi aggiunti, ha impugnato vari provvedimenti con cui la Direzione provinciale del lavoro di Arezzo ha negato l'autorizzazione al lavoro di cittadini extra-comunitari prevista dall'art. 27, comma 1, lett. i), d.lgs. n. 286 del 1998, che così dispone:

1. Al di fuori degli ingressi per lavoro di cui agli articoli precedenti, autorizzati nell'ambito delle quote di cui all'articolo 3, comma 4, il regolamento di attuazione disciplina particolari modalità e termini per il rilascio delle autorizzazioni al lavoro, dei visti di ingresso e dei permessi di soggiorno per lavoro subordinato, per ognuna delle seguenti categorie di lavoratori stranieri:

...i) lavoratori dipendenti regolarmente retribuiti da datori di lavoro, persone fisiche o giuridiche, residenti o aventi sede all'estero e da questi direttamente retribuiti, i quali siano temporaneamente trasferiti dall'estero presso persone fisiche o giuridiche, italiane o straniere, residenti in Italia, al fine di effettuare nel territorio italiano determinate prestazioni oggetto di contratto di appalto stipulato tra le predette persone fisiche o giuridiche residenti

(4) La legge è stata confermata in tale punto dalla recente legge c.d. «Biagi».

o aventi sede in Italia e quelle residenti o aventi sede all'estero, nel rispetto delle disposizioni dell'art. 1655 del codice civile e della legge 23 ottobre 1960, n. 1369, e delle norme internazionali e comunitarie».

2. – I due ricorsi, essendo connessi per i soggetti e per l'oggetto possono essere riuniti e trattati congiuntamente.

3. – Il primo provvedimento del 23 febbraio 2004, impugnato con il ricorso n. 781/04, è motivato con richiamo a un precedente diniego del 3 dicembre 2003, riguardante tre cittadini rumeni da adibire alle mansioni di autista per trasporti internazionali e fondato sui seguenti rilievi:

a) la società D.I. non possiede mezzi propri perché noleggiati alla ditta D. T. con sede in Romania,

b) la società D. I. non risulta iscritta all'Albo degli autotrasportatori,

c) di fatto i lavoratori extracomunitari svolgono lavori esclusivamente per conto della ditta D. T. e la loro permanenza in Italia non supera i 5 giorni nell'arco di un mese.

A seguito di istruttoria la Direzione provinciale del lavoro di Arezzo ha trasmesso documentazione, da cui è emerso che il rilievo *sub a)* trova riscontro nella dichiarazione 14 novembre 2003 del Presidente del Consiglio d'amministrazione della società ricorrente e che il rilievo *sub c)* trova riscontro nelle dichiarazioni della società ricorrente (v. note 6 luglio 2000 e 17 settembre 2003). Questi rilievi sono sufficienti a giustificare il diniego di autorizzazione, in quanto l'attività di trasporto merci, al momento dell'adozione del provvedimento, risultava svolta in subappalto dalla società rumena e gli autisti, per cui era stata richiesta l'autorizzazione al lavoro, risultavano prestare servizio esclusivamente per tale società e soggiornare saltuariamente in Italia, mentre l'art. 27 *cit.* si applica al caso in cui il lavoratore straniero sia distaccato stabilmente in Italia per un periodo non superiore a due anni.

4. – Il secondo provvedimento del 16 giugno 2004, impugnato con il ricorso n. 1520/04, richiama le motivazioni dei precedenti, senza tener espressamente conto del nuovo contratto concluso fra la società D. I. e la D. T. Dopo l'accoglimento dell'istanza cautelare con ordinanza n. 831 del 29 luglio 2004, l'Amministrazione ha riesaminato l'istanza e ha nuovamente provveduto, con atti oggetto di motivi aggiunti. Pertanto l'impugnazione deve dichiararsi improcedibile.

5. – Con gli ultimi provvedimenti del 27 settembre e del 21 ottobre 2004, impugnati con motivi aggiunti al secondo ricorso, l'Amministrazione, riesaminando la questione alla luce del contratto generale di appalto di servizi del 3 giugno 2004 e dei relativi accordi integrativi relativi ai singoli lavoratori, ha confermato di non ravvisare il requisito della prestazione determinata. Anche tali provvedimenti risultano legittimi.

Il contratto del 3 giugno 2004 così regola i rapporti fra le due società:

a) premette che la società rumena D.T., pur avendo alle proprie dipendenze lavoratori abilitati al trasporto internazionale, è impossibilitata ad esercitare in proprio il trasporto merci all'interno del territorio italiano e C.E. (5° premessa),

b) prevede come oggetto la prestazione del servizio di personale specializzato fornito dalla società rumena al fine dell'esercizio da parte della D.I., nel territorio italiano e C.E. di attività di autotrasporto merci (art. 1),

c) prevede che la società D.I. metta a disposizione del personale distaccato i mezzi di trasporto di sua proprietà o in suo possesso affinché possa essere posta in essere senza alcuna limitazione e/o difficoltà l'attività di autotrasporto nazionale e transnazionale per la quale è stato richiesto il personale in questione (art. 2, cpv. 4).

Non è, dunque, configurabile una prestazione determinata diversa dalla generica esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante impiego di manodopera assunta e retribuita dall'appaltatore avente sede all'estero e la successiva individuazione dei lavoratori da distaccare mediante accordi integrativi nulla aggiunge in ordine alla determinatezza della prestazione.

6.- Il primo ricorso deve, pertanto, essere respinto, mentre il secondo deve essere dichiarato in parte improcedibile e in parte infondato. Sussistono, tuttavia, giusti motivi per dichiarare compensate tra le parti le spese dei due giudizi.

P.Q.M. il Tribunale amministrativo regionale della Toscana, sez. I, riuniti i ricorsi nn. 781/04 e 1520/04, respinge il primo e dichiara il secondo in parte improcedibile e in parte infondato. Spese compensate.

Così deciso in Firenze il 12 gennaio 2005 (*omissis*)».

I PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO

A.G.S. – Parere del 17 novembre 2004, n. 150347.

Domini Internet – Disciplina dell'uso di indirizzi Internet – I poteri di usurpazione – Possibile tutela (consultivo n. 12111/04, avvocato P. Cosentino).

«Con riferimento alla richiesta di parere sulla opportunità di adire il giudice ordinario per ottenere la revoca dell'assegnazione o l'inibizione dell'uso dei nomi a dominio registrati con la sigla di una autorità pubblica, si osserva quanto segue.

Il successo di *Internet* è coinciso con la crescita esponenziale dei computer interconnessi. Per tale ragione è divenuto urgente aiutare i fruitori a districarsi tra i milioni di siti che offrono informazioni attraverso lo sviluppo dei c.d. strumenti NIR (*Network Information Retrieval*), (volgarmente detti *software di navigazione*). Tra questi il più diffuso, come a tutti noto, è il *World Wide Web*, con architettura ipertestuale.

Ogni singolo computer interconnesso ad *Internet* ha, in tale contesto, un identificativo di carattere numerico, l'indirizzo IP, come avviene per gli apparecchi telefonici. Allo scopo di rendere più agevole lo stabilire una relazione tra un numero e una qualche entità, ad esempio il soggetto che immette informazioni in un determinato *host*, si è pensato di istituire un altro sistema per individuare computer interconnessi nella rete: il cd. FQDN (*Fully Qualified Domain Name*) basato sui domini.

Tale premessa, che richiama fatti noti ormai a tutti, sembra comunque un valido punto di partenza per ribadire come il nome di dominio espliciti a livello essenziale e ontologico, prima ancora che giuridico, una vera e propria funzione di identificazione e di localizzazione dei nodi e dei loro gestori.

Di ciò è pienamente consapevole la giurisprudenza quando tutela il marchio, e in specie il marchio celebre, contro i pregiudizi che ad esso possano venire dall'uso di indirizzi *Internet* che ingenerino equivoci oppure estende, in via analogica, la tutela dei segni distintivi dell'impresa al *domain name* che abbia la necessaria efficacia di caratterizzazione.

Escluso che la *Naming Authority* italiana abbia i caratteri dell'ente pubblico fornito di poteri cogenti, va ulteriormente ricordato che l'assegnazione dei siti in osservanza delle procedure e delle cosiddette «regole di *naming*» non comporta l'attribuzione al titolare della registrazione di diritti di sorta

nei confronti dei terzi. La natura dell'operazione resta essenzialmente privatistica, mentre l'adesione al «regolamento» può essere considerata condizione generale di contratto che vincola la *Registration Authority* e l'assegnatario. Ne discende, e sul punto la giurisprudenza di merito è univoca, che in nessun caso l'autorità giudiziaria può ritenersi vincolata da tali norme interne (si veda *ex multis* Tribunale di Napoli, sez. I, dell'11 marzo 2003, est. Casaburi).

Si segnala comunque l'apprezzabile tendenza giurisprudenziale, pur nella carenza di interventi normativi mirati, a colmare le lacune e i possibili vuoti di tutela attraverso il ricorso all'analogia e agli istituti di carattere generale.

Non sembra pertinente al caso di specie la pur copiosa serie di precedenti che equipara il *domain name* al marchio o comunque al segno distintivo, in quanto fondata sul presupposto della natura di imprenditore commerciale di almeno uno dei soggetti in contesa che agisca al fine di tutelare il proprio dominio-marchio da pregiudizi arrecati da terzi, che siano o non imprenditori oppure il titolare del marchio da terzi anche non imprenditori che registrino domini caratterizzati dal marchio.

Il caso all'esame di questa Avvocatura sembra piuttosto inquadrabile, a titolo puramente descrittivo, non essendo la fattispecie contemplata nel regolamento dell'Autorità fornita di efficacia normativa, nel cd. «*domain name grabbing*», consistente nella registrazione da parte di terzi in malafede di un nome di persona, e per tale può bene intendersi la persona giuridica pubblica, quale nome a dominio presso la *Registration Authority*.

La circostanza che i siti in questione al momento siano inattivi non escluderebbe di per sé l'esistenza di un pregiudizio attuale e non meramente potenziale, trattandosi della denominazione di un soggetto pubblico investito di funzioni specifiche. La confusione ingenerata negli utenti è in effetti innegabile, specie per quanto riguarda il sito registrato con il [nome coincidente con quello dell'autorità].

Non ha pregio in contrario il rilievo per cui sono attualmente disponibili *domain names* di livello principale generici come .gov. per contraddistinguere le organizzazioni governative. In realtà, chiunque abbia una minima esperienza di navigazione in *Internet* sa che i siti dei ministeri sono tutti «desinenti» con l'identificativo del Paese: .it e non si avvalgono in genere del suffisso .gov.

Pertanto i profili di tutela ipotizzabili sono due:

1) la tutela del nome prevista dall'art. 7 c.c. sui noti presupposti dell'usurpazione e del pregiudizio economico e morale che può derivare a danno del titolare, anche in sede cautelare. In questo senso si è già pronunciata la giurisprudenza, in modo condivisibile e in situazioni analoghe al caso di specie, avendo riconosciuto la ricorrenza degli estremi del «*domain name grabbing*», appropriazione del nome altrui attraverso la registrazione (per tutti si veda Tribunale di Torino del 23 dicembre 2000, presidente Salvetti);

2) la procedura di riassegnazione interna alla RA, applicabile a tutti i domini registrati sotto il ccTLD «it».

Tale procedura, disciplinata dagli art. 16 e ss. delle regole di *naming* ha come scopo la verifica del titolo all'uso o alla disponibilità giuridica del nome e che il dominio non sia stato registrato e mantenuto in mala fede.

Non ha per definizione carattere giurisdizionale, può essere promossa da chiunque e, ciò che più conta, non ha carattere arbitrare, per cui una eventuale iniziativa di attivazione non comporterebbe abdicazione dalla tutela giudiziaria.

Gli aspetti più problematici appaiono invero a questa Avvocatura connessi alla esistenza e quindi alla prova del pregiudizio. Gli scenari configurabili in astratto, non essendo dato rinvenire specifici precedenti sul punto, sono due:

A) il fatto lesivo consiste nella usurpazione del nome [dell'autorità] attraverso la mera registrazione, in questo caso, il *vulnus* è in atto e non già meramente potenziale. Poiché ad essere in gioco non è l'interesse economico del titolare del nome, ma l'interesse morale all'identificazione come soggetto pubblico, per giunta preposto alla tutela di interessi pubblici, la lesione sarebbe *in re ipsa* e indipendente dal fatto che il sito sia attualmente inattivo. Oltretutto, la protratta inattività successiva alla registrazione potrebbe essere indizio, come rilevato nella richiesta di parere, della volontà di trarre indebito profitto dalla priorità nella registrazione e con danno dell'autorità. Al riguardo va altresì osservato che alla regola *prior in tempore, potior in iure* non è riconosciuta alcuna valenza normativa, ma ancora una volta una efficacia puramente contrattuale, come tale non in grado di pregiudicare chi alla vicenda sia rimasto estraneo e di certo non idonea a sacrificare un diritto fondamentale come quello al nome.

È poi opportuno puntualizzare che la tutela non presuppone che il soggetto leso sia titolare a sua volta di un indirizzo *web*, poiché l'usurpazione avviene per definizione in danno di chi è identificato dal nome;

B) il pregiudizio, a causa dell'inattività dei domini registrati, non è attuale: in questo caso, evidentemente, parrebbe problematico il ricorso alla tutela cautelare preventiva; ciò che però non esclude il ricorso ad altre forme di tutela, quale, ad esempio, la procedura di riassegnazione in precedenza indicata.

In entrambi i casi va tenuta in considerazione anche la particolare natura degli interessi alla cui tutela l'autorità è preposta: il rilievo anche costituzionale dei medesimi è peraltro tale, per cui non potrebbe il giudice ovvero la R. A. esimersi dal considerarli, ove correttamente prospettati.

In ogni caso la sensibilità dimostrata dalla giurisprudenza di merito verso le possibili violazioni di diritti economici e della personalità perpetrate attraverso il *web* è notevole e induce a ritenere che vi siano buone probabilità di successo di eventuali iniziative giudiziarie. Ciò premesso, si resta tuttavia in attesa di conoscere le definitive determinazioni che codesta Amministrazione vorrà assumere in merito; significandosi, sin da ora, che la competenza territoriale per eventuali iniziative in sede giudiziaria appartarrebbe al Foro erariale, attesa la residenza dei convenuti; e che quindi dovrà essere investita l'Avvocatura Distrettuale del predetto Capoluogo.

La presente nota viene indirizzata, per conoscenza, alla Presidenza del Consiglio — DAGL — per le eventuali iniziative di carattere legislativo che essa eventualmente ritenga di dover assumere (o sollecitare), stante la estrema carenza di normazione attualmente esistente nella materia dell'utilizzazione dei nomi a dominio».

A.G.S. – Parere del 4 febbraio 2005.

Cause ostative al rilascio della certificazione antimafia ex art. 3, d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252. (consultivo n. 33356/04, avvocato L. D'Ascia).

«Con la nota sopra indicata, l'Ufficio Territoriale del Governo di Roma rilevava che nella applicazione della legge 31 maggio 1965, n. 575 erano emerse ipotesi di particolare gravità, rispetto alle quali non sembravano operare le cause ostative al rilascio della certificazione antimafia, e chiedeva un parere in ordine alla riconducibilità o meno ad esse di due fattispecie:

a) l'essere un componente del consiglio di amministrazione della società interessata intestatario di altra società, le cui quote fossero state oggetto di confisca ai sensi dell'art. 2-ter, legge 575/1965;

b) l'essere il componente del consiglio di amministrazione della società interessata imparentato con soggetto destinatario di una misura di prevenzione principale.

Al fine di rendere tale parere, questo Generale Ufficio ritiene opportuno procedere a una breve ricostruzione del quadro normativo che disciplina la materia in esame.

Il legislatore, nel predisporre adeguati strumenti di lotta alla criminalità organizzata, ha previsto tra l'altro una serie di misure interdittive di carattere economico-imprescindibile a carico di coloro che siano attinti da misure di prevenzione (art. 10, legge 575/1965), o comunque per i quali siano accertati tentativi di infiltrazione mafiosa (art. 4, 6° comma, d. lgs. 490/1994).

Tali misure consistono nel divieto per la Pubblica Amministrazione di rilasciare a favore di questi soggetti provvedimenti autorizzatori e concessori, o di stipulare con essi contratti di appalto di opere pubbliche, di fornitura, ecc. (art. 10, legge *cit.*, come modificato dalla legge 19 marzo 1990, n. 55).

Per verificare la insussistenza di queste cause ostative all'adozione di provvedimenti ampliativi o alla stipulazione di contratti, è stato introdotto un sistema di trasmissione delle informazioni nel quale si ricordano le varie Pubbliche Amministrazioni, Questura, Prefettura e Uffici Giudiziari.

A seguito del d. lgs. 490/1994 e del regolamento delegato approvato con decreto del Presidente della Repubblica 3 giugno 1998, n. 252, la disciplina complessiva è stata parzialmente rivista: in luogo della più generale «certificazione antimafia», sono state previste due «cautele c.d. antimafia»: a) le comunicazioni interdittive e b) le informazioni interdittive.

Prima di procedere all'esame di queste cautele antimafia, occorre sottolineare una disposizione di carattere generale (l'art. 1, 2° comma, decreto del Presidente della Repubblica 252/1998), che stabilisce che la documentazione relativa ai requisiti «antimafia» di un soggetto non è richiesta dall'Amministrazione per provvedimenti e contratti di valore inferiore a E. 154.937,07.

La disciplina che si andrà ad analizzare, dunque, riguarda esclusivamente i provvedimenti e i contratti che superino tale limite minimo di valore.

Al di sotto di questo limite, permangono i divieti, le sospensioni e le decadenze di cui all'art. 10, legge 575/1965, ma la loro applicazione non è assistita dal sistema informativo in esame.

Le «comunicazioni interdittive» sono effettuate dalle Prefetture, anche su richiesta del privato o dell'Amministrazione, non appena venga loro trasmesso dal Questore un provvedimento giurisdizionale che comporti uno dei divieti, sospensioni o decadenze di cui all'art. 10, legge 575/1965 (v. art. 10-*bis*, legge *ult. cit.*).

La legge accorda una preferenza alle comunicazioni effettuate attraverso sistemi informatici e telematici (art. 3, decreto del Presidente della Repubblica 252/1998).

In presenza di queste comunicazioni, le Amministrazioni attive procedono all'applicazione dell'art. 10, legge 575/1965, sopra illustrato (con tutti i divieti, sospensioni e decadenze che ne conseguono).

Le «informazioni interdittive» sono previste per i provvedimenti, gli atti, i contratti e le erogazioni di valore superiore non solo al limite minimo generale di E. 154.937,07 (di cui all'art. 1, 2° comma, decreto del Presidente della Repubblica 252/1998 *cit.*), ma anche alle c.d. soglie comunitarie, richiamate dall'art. 10, decreto del Presidente della Repubblica 252/1998, lettere da *a)* a *c)*.

Per essi l'art. 10-*sexies*, legge 575/1965 e l'art. 4, d.lg.vo 8 agosto 1994, n. 494 impongono alle Amministrazioni di acquisire dalla Prefettura competente una informativa più completa rispetto alle semplici comunicazioni: tale informativa ha infatti ad oggetto non solo l'esistenza o meno di una delle cause di divieto o sospensione di cui all'art. 10, legge 575/1965 (art. 10-*sexies*, *cit.*), ma anche l'esistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte o gli indirizzi delle società o imprese interessate (art. 4, d.lg.vo 490/1994), desumibili da uno degli indizi elencati tassativamente dall'art. 10, 7° comma, decreto del Presidente della Repubblica 252/1998.

Alle comunicazioni e alle informazioni interdittive prefettizie, la prassi amministrativa, avallata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, ha affiancato un terzo tipo di informativa, la c.d. *informativa supplementare atipica*, «fondata sull'accertamento di elementi i quali, pur denotando il pericolo di collegamenti tra l'impresa e la criminalità organizzata, non raggiungono la soglia di gravità prevista dall'art. 4, d.lg.vo 490/1994 [...] perché non integranti del tutto il tentativo di infiltrazione», e che «ha il suo fondamento nel principio generale di collaborazione tra pubbliche amministrazioni» (così Consiglio di Stato, sez. VI, decisione 16 aprile 2003, n. 1979).

Tale informativa «è priva di efficacia interdittiva automatica, ma consente l'attivazione degli ordinari poteri discrezionali di ritiro del contratto da parte della stazione appaltante», ai sensi dell'art. 113, R.D. 827/1924 (Consiglio di Stato, n. 1979/2003 *cit.*; Consiglio di Stato, sez. VI, 14 gennaio 2002, n. 149), e secondo alcuni, anche in forza dell'art. 1-*septies*, d.l. 6 settembre 1982 n. 629, mai abrogato e adattabile alle Prefetture dopo la cessazione della figura dell'Alto Commissario Antimafia (v. TAR Reggio Calabria, sentenza 12 gennaio 2001, n. 21).

Ora, alla luce di queste premesse, è possibile fornire il parere richiesto con la nota in epigrafe.

Vi è innanzi tutto da osservare, però, che la prima ipotesi posta all'attenzione della Scrivente (l'essere un componente del consiglio di amministrazione della società interessata intestatario di altra società, le cui quote fossero state oggetto di confisca ai sensi dell'art. 2-*ter*, legge 575/1965) appare

nella sua formulazione alquanto generica, potendo abbracciare in realtà una pluralità di fattispecie, suscettibili di valutazioni diverse quando si tratta di accertare il «tentativo di infiltrazione mafiosa».

In effetti, codesto Ufficio, nel proporre il quesito, non chiarisce se le quote confiscate siano quelle di una società di persone o di una società di capitali; né è precisato se l'amministratore della società interessata alla stipulazione di un contratto con la P.A. sia titolare di tutte le quote dell'altra società, o solo di una parte di esse, e, in quest'ultima evenienza, in che misura.

Per i contratti e i provvedimenti superiori alle soglie comunitarie sopra citate, potrebbe quindi configurarsi il «tentativo di infiltrazione mafiosa», ma è opportuno analizzare distintamente le varie ipotesi sopra delineate.

La società oggetto di confisca (evidentemente perché implicata in rapporti con associazioni mafiose) potrebbe esercitare una influenza sulla società interessata: tra le due sussisterebbe un elemento di congiunzione rappresentato dal socio dell'una che riveste le funzioni di amministratore nell'altra.

Ma per valutare se sussiste il tentativo di infiltrazione mafiosa occorrerà verificare il livello di coinvolgimento di questo soggetto nella vicenda che ha portato alla confisca delle quote sociali, coinvolgimento che può sicuramente variare a seconda del tipo di società, o dell'entità delle quote possedute dal socio in questione.

In particolare, nell'ipotesi in cui la società le cui quote sono state confiscate sia una società di persone, dove i soci partecipano direttamente alla gestione della società (con la sola eccezione dei soci accomandanti delle società in accomandita semplice, che sono privi di poteri di amministrazione della impresa [cfr. art. 2318, 2° comma, c.c.]), si può ritenere integrato il tentativo di infiltrazione mafiosa, essendo verosimile che il soggetto in questione sia coinvolto nelle vicende che hanno portato all'adozione della confisca delle quote della società.

Con riferimento all'ipotesi che la società oggetto di confisca sia una società di capitali, occorre invece verificare l'entità della partecipazione al capitale sociale del soggetto in questione, e quindi il grado di influenza e condizionamento da lui esercitato sulla società stessa, il che darebbe anche la misura del suo coinvolgimento nell'attività mafiosa.

Pertanto, se l'intero capitale sociale della società oggetto di confisca era nelle mani dell'amministratore della società interessata, o questi ne deteneva comunque un pacchetto di maggioranza, si può ragionevolmente presumere che la misura di prevenzione abbia colpito soprattutto lui, e che quindi il suo collegamento con associazioni di stampo mafioso sia certo. E deve dunque affermarsi il tentativo di infiltrazione mafiosa.

Se invece il soggetto in questione deteneva una quota sociale «di minoranza», occorre verificare «caso per caso» se egli ne avesse o meno il controllo effettivo (controllo che potrebbe essere di diritto, ad esempio in virtù di patti c.d. parasociali, o di fatto). In caso affermativo, si potrà emettere l'informazione interdittiva a carico della società da lui amministrata. In caso negativo, non potrà rilevarsi il tentativo di infiltrazione mafiosa, ma comunque la Prefettura dovrà segnalare all'Amministrazione attiva le informazioni

relative all'amministratore in questione (v. art. 2, 3° comma, lettera *b*), decreto del Presidente della Repubblica 252/1998), informazioni che potranno essere valutate discrezionalmente dall'Amministrazione stessa ai sensi dell'art. 113, R.D. 827/1924.

Per i provvedimenti di valore inferiore alle soglie comunitarie, ma comunque superiore a E. 154.937,07, come detto, l'unico strumento informativo è quello delle comunicazioni interdittive, che hanno ad oggetto però solo l'esistenza di misure di prevenzione a carico del soggetto interessato, non anche i tentativi di infiltrazione mafiosa.

Nel caso di specie, dunque, la società interessata non avrebbe a suo carico alcuna misura di prevenzione, e pertanto non incontrerebbe alcuna causa ostativa antimafia.

Sono possibili due rimedi a tale situazione.

In primo luogo, si evidenzia che ai sensi dell'art. 10, 4° comma, legge 575/1965, il Tribunale, nel momento in cui emette una misura di prevenzione a carico di una persona, può adottare un provvedimento con cui dispone che i divieti e le decadenze a carico di quella persona si estendano, per non più di cinque anni, alle imprese e società di cui questa sia amministratore o determini in qualsiasi modo scelte o indirizzi.

Se al momento in cui è stata adottata la misura di prevenzione tale estensione non è stata disposta, il Questore (o il Procuratore della Repubblica), anche in una fase successiva (art. 10-*quater*, 2° comma, legge 575/1965), può farne istanza al Tribunale.

Pertanto, nella fattispecie in esame (nella quale all'amministratore della società interessata sono state confiscate le quote dell'altra società), codesto Ufficio può sempre sollecitare la Questura affinché formuli tale istanza al Tribunale, in modo da determinare il divieto e la decadenza di cui all'art. 10 *cit.*

Il secondo rimedio è dato dal fatto che in ogni caso, anche in mancanza di tale estensione, nulla esclude che l'Amministrazione nell'esercizio del suo potere discrezionale, riconosciuto dal già citato art. 113, R.D. 827/1924, decida di non stipulare il contratto o emettere il provvedimento a favore della società in questione.

Sotto tale profilo risulta comunque utile l'adempimento del dovere della Prefettura di inviare all'Amministrazione una comunicazione che abbia ad oggetto anche la posizione dell'amministratore, così come prescritto dall'art. 2, 3 comma, decreto del Presidente della Repubblica 252/1998.

La Prefettura, quando rende le comunicazioni o le informazioni relative a una persona giuridica, ha infatti sempre il dovere di trasmettere anche le informazioni relative al suo legale rappresentante e ai suoi amministratori; dal canto suo l'Amministrazione attiva, non sempre ha poi il *dovere* di tener conto di queste informazioni, perché non sempre il Tribunale ha adottato il provvedimento di cui all'art. 10, 4° comma, legge 575/1965, estensivo dei divieti e delle sospensioni operanti per il soggetto attinto dalla misura di prevenzione.

Ma può sempre ritenere inopportuna la stipulazione del contratto con una società che abbia tra i suoi amministratori un soggetto attinto da una misura di prevenzione.

Con riferimento alla seconda fattispecie presentata al vaglio di questo Generale Ufficio (l'essere il componente del consiglio di amministrazione della società interessata imparentato con soggetto destinatario di una misura di prevenzione principale), essa potrebbe configurarsi come tentativo di infiltrazione mafiosa.

È chiaro però che il rapporto di parentela (o di affinità) non basta da solo a configurare il tentativo di infiltrazione mafiosa (*cf.* TAR Reggio Calabria, sentenza n. 21/2001), dovendo essere questo corroborato da ulteriori elementi (ad esempio: convivenza, frequentazione) che possano ragionevolmente far supporre un condizionamento mafioso dell'impresa.

Sarebbe poi possibile anche chiedere una estensione della misura di prevenzione, e quindi del conseguente effetto interdittivo, ai sensi dell'art. 10, 4° comma, legge 575/1965, a condizione però che il soggetto attinto dalla misura di prevenzione possa determinare «in qualsiasi modo scelte e indirizzi» della società di cui è amministratore il parente.

Non è invece obbligatorio indicare nelle comunicazioni interdittive le informazioni relative ad un parente dell'amministratore, non essendo questo contemplato dall'art. 2, 3° comma, decreto del Presidente della Repubblica 252/1998.

Al tempo stesso, però, pare a questo Generale Ufficio che l'inserimento nelle comunicazioni di informazioni supplementari, come quella relativa al rapporto di parentela in questione, non sia vietato dalla norma di legge, e possano quindi avvenire al fine di offrire all'Amministrazione attiva un ulteriore elemento di valutazione per l'esercizio dei suoi poteri discrezionali. Il che si situerebbe nel solco tracciato dalla citata giurisprudenza del Consiglio di Stato che, come detto, in un'ottica di «collaborazione tra Pubbliche Amministrazioni», ha ammesso la trasmissione di «informazioni supplementari atipiche».

A.G.S. – Parere del 4 febbraio 2005, n. 14621.

Usucapibilità delle Chiese del Fondo Edifici di Culto (consultivo n. 37825/04, avvocato L. D'Ascia).

«1. — Con la nota sopra indicata, codesto Ufficio chiedeva alla Scrivente un parere in ordine alla situazione giuridica attuale della Chiesa (...) (e degli annessi 3 vani ex conventuali).

La Chiesa e i tre vani annessi fanno parte del compendio (...), acquisito al Fondo Edifici di Culto con le leggi eversive, e successivamente frazionato: da un lato l'ex convento veniva venduto ad alcuni privati, dall'altro la Chiesa e i tre vani annessi venivano ceduti in uso al Comune di G. con verbale del 20 giugno 1880, senza però mai uscire dalla titolarità del Fondo Edifici di Culto.

Tuttavia, con atto del 29 agosto 1953, la Provincia Romana dei Frati (...), cui era pervenuto in proprietà il solo ex Convento, donava alla Congregazione (...), oltre all'ex Convento stesso, anche la Chiesa e i tre vani annessi di proprietà del Fondo Edifici di Culto.

Da allora, le Suore (...) si ritengono proprietarie dell'intero compendio, ivi inclusi la Chiesa e i tre vani annessi.

Non è noto se in tutto questo tempo la Chiesa in questione sia rimasta aperta al culto, circostanza che, come si dirà in seguito, assume rilevanza decisiva.

Ora, posto che le Suore non possono aver acquistato la Chiesa e i vani annessi in virtù dell'atto di donazione sopra citato, provenendo da soggetto non proprietario, si tratta di stabilire se, dato il lungo tempo trascorso nel quale le Suore medesime hanno esercitato un possesso ininterrotto dell'intero compendio, si sia perfezionato un acquisto della proprietà per usucapione.

2. — In primo luogo occorre richiamare la previsione di cui all'art. 75, R.D. 22 agosto 1867, n. 3852, che nel regolare l'alienazione dei beni pervenuti al Demanio dal patrimonio ecclesiastico in base alle leggi eversive, dichiara che *“sono esclusi dalla vendita [...] gli edificii che saranno conservati ad uso di culto”*.

In forza di tale norma, poi confermata dall'art. 3, R.D. 454/1909 (che disciplina più in generale l'alienazione degli immobili dello Stato), le Chiese aperte al culto di proprietà dello Stato sono inalienabili, e pertanto, visto l'art. 1145, 1° comma, c.c., inusucapibili.

Come è stato evidenziato dalla dottrina (SCAVO LOMBARDO, *Aspetti del vincolo civile protettivo della “deputatio ad cultum publicum”*, in *Dir eccl.*, 1950, 262-264), lo Stato Italiano, dopo la legislazione eversiva, e anche nel periodo preconcordatario, ha mostrato più volte di ritenere che il mantenimento della destinazione degli edifici aperti al culto cattolico rispondesse ad un interesse pubblico. Si giustificano così alcune norme, tra cui per l'appunto quelle appena citate, dalle quali si evince la preoccupazione del legislatore di escludere la libera circolazione delle Chiese, temendo che con essa si giungesse ad una loro generalizzata chiusura al culto.

Ora, a parere della Scrivente, le norme in questione, pur risalenti nel tempo, sono da ritenere tuttora vigenti (in particolare l'art. 3, R.D. 454/1909: arg. ex art. 20, decreto del Presidente della Repubblica 367/1994, recentemente intervenuto per l'adeguamento dei limiti di valore di cui al R.D. 454/1909 *cit.*).

Vero è che, con l'approvazione del codice civile del 1942, e in particolare dell'art. 831, c.c. (secondo cui *“gli edifici destinati all'esercizio pubblico del culto cattolico, anche se appartengono a privati, non possono essere sottratti alla loro destinazione neppure per effetto di alienazione, fino a che la destinazione stessa non sia cessata in conformità delle leggi che li riguardano”*), le preoccupazioni che sembravano giustificare il vincolo di inalienabilità delle Chiese di proprietà dello Stato sono state superate, essendo le Chiese ormai «salvaguardate» da un vincolo di destinazione, che non esclude la libera circolazione delle Chiese aperte al pubblico, ma anzi la presuppone (*cf.* PETRONCELLI, *Edificii di culto cattolico*, *Enc. Diritto*, XIV, Milano, 1968, 302).

Non si ravvisa tuttavia un rapporto di incompatibilità tra l'art. 3, R.D. 454/1909 da un lato, e l'art. 831, c.c. o altre norme entrate in vigore successivamente, dall'altro: di tal che, a parere di questa Avvocatura, non può configurarsi un'abrogazione tacita della norma in questione.

Codesto Ufficio dovrà dunque verificare innanzi tutto se la Chiesa in oggetto sia stata o meno conservata ad uso di culto, ovviamente nel periodo in cui è stato esercitato il possesso c.d. *ad usucapionem*: in caso affermativo, dovrà escludersi l'usucapione della stessa.

3. — Nel caso in cui si accerti invece che la Chiesa non sia stata più adibita al culto, sarà necessario, per escludere la sua usucapibilità, richiamare la disciplina posta a tutela del patrimonio storico, artistico e archeologico.

L'art. 822, c.c. riconduce gli immobili *statali* di interesse storico, artistico e archeologico al demanio pubblico, con conseguente applicazione del relativo regime di inalienabilità, inespropriabilità e inusucapibilità (*cfr.* in generale in tema di demanio pubblico Cass., SS.UU., 6 aprile 1966, n. 898; Cass., 21 giugno 1995, n. 7020; Cons. Stato, Ad. Gen., 13 luglio 1989, n. 58/1989).

Si tratta quindi di valutare se le Chiese del Fondo Edifici di Culto possano considerarsi immobili «statali», il che implica, a monte, un'indagine sulla natura o meno statale del Fondo Edifici di Culto.

Ora, l'art. 56, legge 222/1985 stabilisce che il “*Fondo Edifici di Culto ha personalità giuridica ed è amministrato in base alle norme che regolano le gestioni patrimoniali dello Stato, con i privilegi, le esenzioni e le agevolazioni fiscali ad esse riconosciuti*”.

Ebbene, secondo un orientamento alquanto diffuso, il Fondo Edifici di Culto, pur avendo autonoma personalità giuridica, costituisce comunque un ente-organo dello Stato (in tal senso v. Cons. Stato, sez. III, par. n. 265 del 7 marzo 1989; Cons. Stato, sez. I, parere n. 929 del 6 maggio 1992; in dottrina, *cfr.* FINOCCHIARO, *Diritto Ecclesiastico*, Bologna, 1990, 259; DALLA TORRE, voce *Fondo Edifici di Culto*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1999, 2; *cfr.* altresì l'orientamento assunto dalla Corte dei Conti, che assoggetta gli atti di disposizione dei beni del Fondo Edifici di Culto al proprio controllo preventivo ai sensi dell'art. 3, 1 comma, lett. f), legge 20/1994 [Corte dei Conti, sez. controllo, delib. n. 7/1994; n. 58/1995; n. 2/2002]; nonché il parere reso da questo Generale Ufficio con nota prot. 55860 del 6 maggio 1998, con cui si esclude che possa sorgere un giudizio contenzioso tra Fondo Edifici di Culto e altra Amministrazione Statale, nella fattispecie il Ministero della Pubblica Istruzione).

Questa tesi appare preferibile, considerato che dalla disciplina che regola il Fondo Edifici di Culto si evince che il legislatore ha voluto costituire, più che un soggetto autonomo dallo Stato, un *patrimonio separato* riconducibile sempre alla titolarità dello Stato: una tale ricostruzione sarebbe coerente con la previsione dell'art. 56, legge n. 222/1985, che estende a tale patrimonio le norme che regolano le gestioni patrimoniali dello Stato, e con l'attribuzione al Ministero dell'Interno della gestione del Fondo.

Peraltro, l'attribuzione al Fondo di una autonoma personalità giuridica non comporta di per sé la sua fuoriuscita dall'apparato organizzativo dello Stato, ben potendo conciliarsi la sua “entificazione” con la veste di organo dello Stato, com'è avvenuto, ad esempio, per le istituzioni scolastiche (a seguito della legge n. 59/1997), o in passato, tra l'altro, per l'AIMA (*cfr.* su questo tema Cass. Civ., 30 ottobre 1984, n. 5544, nonché il parere reso in Comitato Consultivo da questa Avvocatura prot. 14720 del 5 febbraio 2001).

Ma anche ritenendo che il Fondo Edifici di Culto sia un ente pubblico situato al di fuori della compagine amministrativa statale, i cui beni immobili di interesse culturale non avrebbero dunque natura demaniale, dovrebbe in ogni caso affermarsi la loro inalienabilità e inusucapibilità.

Ai sensi dell'art. 23, legge 1089/1939, infatti, i beni culturali “*sono inalienabili quando appartengono allo Stato o ad altro ente o istituto pubblico*”.

Tale tutela generalizzata per i beni culturali di tutti gli enti pubblici (e non solo per quelli demaniali, in quanto di proprietà dello Stato o di enti pubblici territoriali) è stata poi confermata dal recente codice dei beni culturali adottato con d. lgs. 42/2004 (v. art. 54, 2 comma, lettera a)).

Alla luce di queste considerazioni deve concludersi che, qualunque sia la qualificazione del Fondo Edifici di Culto, i suoi beni immobili di valore culturale devono ritenersi in ogni caso inalienabili, e, di conseguenza, ai sensi dell'art. 1145, 1 comma, c.c., inusucapibili.

4. — Ciò premesso, si pone l'ulteriore problema di verificare quali siano i presupposti per affermare che un bene (come nel caso di specie la Chiesa) sia dotato di interesse storico o artistico, e quindi, non sia suscettibile di usucapione.

Ora, sulla natura di bene di interesse storico o artistico, occorre fare alcune considerazioni.

L'art. 822, c.c. individua i vari beni del demanio pubblico, annoverando, fra gli altri, al secondo comma, “*gli immobili riconosciuti di interesse storico, archeologico e artistico a norma delle leggi in materia*”.

A sua volta la legge 1° giugno 1939 n. 1089 (sulla tutela delle cose d'interesse artistico e storico) stabilisce all'art. 1 che “*sono soggette alla presente legge le cose immobili e mobili che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnografico*»; prevede inoltre all'art. 4, 1 comma, che “*i rappresentanti delle province, dei comuni, degli enti e degli istituti legalmente riconosciuti devono presentare l'elenco descrittivo delle cose indicate nell'art. 1 di spettanza degli enti o istituti che essi rappresentano*”.

Si pone dunque il problema di stabilire se ai fini della qualificazione come bene di interesse storico o artistico delle Chiese di proprietà del Fondo Edifici di Culto siano necessari: a) l'inclusione in uno degli elenchi di cui all'art. 4, legge 1089/1939; b) un provvedimento costitutivo di riconoscimento formale della sussistenza di un interesse storico o artistico alla conservazione del bene.

Per quanto riguarda l'inclusione o meno negli elenchi sopra citati, la giurisprudenza ha affermato che la stessa non è necessaria, come si evince dal terzo comma dell'art. 4 *cit.*, secondo cui “*le cose indicate nell'art. 1 restano sottoposte alle disposizioni della presente legge, anche se non risultino comprese negli elenchi di cui al presente articolo*” (cfr. Cass., SS.UU., 12 gennaio 1993, n. 268).

Diverso è invece l'orientamento giurisprudenziale in ordine al riconoscimento formale della sussistenza dell'interesse storico o artistico, che viene ritenuto requisito essenziale per ricondurre un determinato bene alla categoria dei beni di interesse culturale.

In tal senso, Cass., SS.UU., 268/1993, *cit.*, precisa che “*resta però ferma, ai fini della demanialità, l'esigenza del riconoscimento dell'interesse storico od artistico posta dall'art. 822 del codice civile*”.

Ancora più esplicita, si presenta la recente giurisprudenza del Consiglio di Stato: *cf.* Consiglio di Stato, sez. VI, 8 gennaio 2003, n. 20 (“*La necessità di un provvedimento costitutivo anche per i beni di interesse storico-artistico appartenenti agli enti pubblici territoriali è in ogni caso postulata anche dalle disposizioni del codice civile ove, ai sensi del combinato disposto degli art. 822-824 fanno parte del demanio gli immobili di proprietà di Stato, province e comuni, “riconosciuti di interesse storico, archeologico e artistico a norma delle leggi in materia”, con ciò evidenziandosi che la qualificazione di beni sottoposti al regime della l. n. 1089 del 1939 presuppone un apposito atto di riconoscimento che accerti l'interesse alla tutela*”); Consiglio di Stato, sez. VI 8 febbraio 2000, n. 678 (“*Il vincolo storico e artistico diretto imposto ai sensi della legge 1 giugno 1939, n. 1089 su un bene demaniale, non sorge automaticamente ex lege, ma consegue solo all'adozione di un atto formale, avente valore costitutivo*”).

Altra giurisprudenza del Consiglio di Stato opera una distinzione tra: *a*) le ipotesi in cui l'interesse storico-artistico emerga con chiarezza o evidenza, dove non sarebbe necessario l'atto formale di riconoscimento, e *b*) i casi dubbi, dove è onere dell'ente proprietario di chiedere alla competente Sovrintendenza un provvedimento di riconoscimento (*cf.* Consiglio di Stato, sez. VI, 21 febbraio 2001, n. 923, argomentando *ex art.* 26, R.D. 30 gennaio 1913, n. 363).

Da ultimo, si rileva che la necessità di una “verifica formale” dell'interesse culturale è stata espressamente sancita dall'art. 12, d. lgs. 42/2004.

5. — Per completezza di trattazione, si rammenta poi che il provvedimento con cui la Sovrintendenza dichiara che un determinato bene è di interesse storico o artistico costituisce esercizio di discrezionalità tecnica, come tale non sindacabile in sede giurisdizionale, se non entro ristretti limiti.

Il Consiglio di Stato ha affermato che il giudizio tecnico effettuato dall'Amministrazione è sindacabile dal giudice amministrativo solo per vizi “estrinseci” di difetto di motivazione, illogicità manifesta ed errore di fatto (*cf.* Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 4762/2003; Cons. Stato, sez. VI, n. 1766/2001).

In particolare, e in concreto, con riferimento specifico ai provvedimenti di declaratoria dell'interesse storico o artistico, il Consiglio di Stato, in una recente pronuncia, ha affermato che “*l'attività tecnica discrezionale dell'Amministrazione sarà quella volta ad individuare la particolare importanza ed intensità del riferimento della cosa alla “storia politica, militare, della letteratura, dell'arte o della cultura in genere”. La relativa attività sarà, pertanto, sindacabile in sede giurisdizionale, nei limiti della logicità della motivazione che la sorregge, ovvero con riferimento all'esistenza ed alla esatta rappresentazione dei presupposti di fatto cui l'attività valutativa fa riferimento, mentre resterà al di fuori del sindacato di legittimità il giudizio sulla particolare importanza del collegamento della cosa con la storia dell'arte o della cultura*” (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 161/2004).

Va però anche segnalato un recente orientamento del Consiglio di Stato teso ad allargare i margini di sindacabilità dei giudizi tecnico-discrezionali

dell'Amministrazione, fino ad ammettere un controllo giurisdizionale c.d. intrinseco, che investe l'attendibilità della valutazione tecnica effettuata dall'Amministrazione, sia pure limitatamente al profilo della correttezza del criterio tecnico prescelto e della sua coerente applicazione (v. Consiglio di Stato, sez. VI, n. 1213/2004).

Pur dovendo tener conto di un siffatto orientamento, sempre più consolidato, questa Avvocatura non può non esprimere dubbi e perplessità su quella che appare una incongrua invasione di un'area riservata per legge alla Pubblica Amministrazione, i cui giudizi tecnici non dovrebbero essere rinnovabili in sede giurisdizionale.

6. — Applicando i suddetti principi alla questione posta al vaglio di questa Avvocatura, si deve affermare che le Chiese di proprietà del Fondo Edifici di Culto non sono usucapibili quando: *a)* siano state conservate al culto nel periodo in cui si è esercitato il possesso c.d. *ad usucapionem*; oppure *b)* quando siano state oggetto di un formale riconoscimento di interesse culturale da parte della competente Sovrintendenza per il Patrimonio Storico, Artistico e Etnoantropologico, o se tale interesse emerga comunque con chiarezza ed evidenza *ex art. 26, R.D. 363/1913, cit.*

Nel caso di specie, qualora tali verifiche diano esito positivo rispetto alla Chiesa, l'usucapione non sarà maturata e sarà possibile agire nei confronti delle Suore per la restituzione degli immobili in questione.

In caso contrario, il bene dovrà ritenersi ormai di proprietà delle Suore, che l'avranno acquistato per usucapione, dato il possesso ultraventennale.

Quanto ai tre vani annessi, essi seguono il regime giuridico della Chiesa, in quanto pertinenti rispetto ad essa (art. 818, c.c.)».

A.G.S. – Parere del 9 febbraio 2005, n. 17408.

Autonomia statutaria delle Accademie statali di Belle Arti e Conservatori di Musica (consultivo 52040/04, avvocato G. Fiengo).

«Con la nota 2 novembre 2004 n. 7189, il Conservatorio di Musica (...) lamenta la mancata approvazione da parte della competente autorità ministeriale di due disposizioni statutarie, inviate all'esame, ai sensi dell'art 14 comma 3 del d.P.R. n. 132 del 28 febbraio 2003.

Una prima disposizione riguarda la possibilità del presidente di “*partecipare, ove se ne ravvisi l'opportunità, alle riunioni degli organi collegiali dell'Istituto*”.

In ordine a tale previsione statutaria la Scrivente concorda con l'avviso, formulato dal competente Ministero, che la partecipazione del Presidente del Consiglio di Amministrazione alle riunioni di tutti gli organi collegiali dell'Istituto possa alterare il disegno organizzativo previsto dalla legge 21 dicembre 1999 n. 508 ed attuato dal d.P.R. 28 febbraio 2003 n. 132, che articola le complesse funzioni necessarie per la gestione di queste istituzioni di cultura in una pluralità di organi collegiali, che in quanto elettivi, sono dotati di particolare autonomia nell'autodeterminarsi in funzione dei compiti loro affidati. L'intervento alle riunioni del presidente del Consiglio di amministrazione potrebbe rendere infatti meno aperto il dibattito e modificare, con la sola presenza, il ruolo valutativo dell'organo collegiale.

Questo non esclude tuttavia che ove un organo collegiale del Conservatorio, in relazione all'esame di particolari questioni, intenda invitare ad assi-

stere ad una propria seduta il presidente od altro soggetto qualificato, possa farlo con motivata deliberazione, senza tuttavia che lo Statuto possa o debba prevedere in via generale ed astratta tale presenza.

La seconda questione riguarda la previsione dello Statuto del Conservatorio, secondo cui il presidente «*adotta direttamente i provvedimenti di spesa, nei limiti fissati del regolamento di amministrazione, finanza e contabilità*».

Al riguardo la Scrivente, in parziale difformità dall'avviso espresso dal competente ministero, rammenta che ai sensi dell'articolo 5 del citato d.P.R. n. 132 del 2003, il presidente, salve le competenze in materia del direttore, resta il legale rappresentante del Conservatorio e conseguentemente ha competenza generale in materia di attuazione dei provvedimenti di spesa, legittimamente deliberati dal consiglio di amministrazione.

È possibile che in sede di regolamento di amministrazione, finanza e contabilità e attraverso la necessaria omogeneizzazione delle procedure di spesa, che il Ministero competente tenderà ad assicurare per tutte le istituzioni di alta formazione musicale ed artistica, gli ordinativi di spesa possano dover essere firmati e/o controfirmati anche dal direttore amministrativo o da altro funzionario, per le competenze funzionali ad esso attribuite in relazione all'imputazione a bilancio od altro. Tuttavia, a differenza della dirigenza statale, che copre un'area di diretta responsabilità della gestione, in attuazione degli indirizzi politici fissati dal ministro, nella strutturazione ad enti dotati di personalità giuridica, quali quelli voluti per le istituzioni di alta formazione dalla legge 21 dicembre 1999 n. 508, il ruolo gestionale dei dirigenti è – salvo per quanto riguarda la particolare figura del direttore che conserva, oltre alla rappresentanza legale del Conservatorio per le questioni didattiche anche una sua autonoma responsabilità gestionale – integralmente lasciato alla componente onoraria, rappresentata dal consiglio di amministrazione e dal suo presidente. In tale contesto, non si ravvisano ostacoli ad una previsione statutaria quale quella prevista dal Conservatorio di Musica (...).

A.G.S. – Parere del 14 febbraio 2005, n. 20140.

Sequestro conservativo disposto dalla Corte dei conti. Sentenza di condanna della Corte dei Conti. Se i conseguenti adempimenti procedurali o processuali competano all'Amministrazione creditrice, all'Avvocatura dello Stato, al concessionario del servizio di riscossione (consultivo n. 18748/04, avvocato C. Sica).

«Con nota in data 15 marzo 2004, il Ministero della Giustizia ha chiesto a codesta Avvocatura Distrettuale di conoscere se gli adempimenti esecutivi, conseguenti al sequestro conservativo e alla sentenza di condanna a carico del “sequestrato”, vadano attivati autonomamente dall'Amministrazione ovvero dall'Avvocatura dello Stato.

Prendendo spunto da tale quesito, codesta Avvocatura Distrettuale, segnalando trattarsi di questione di massima, ha chiesto parere a questa Avvocatura Generale sul se, disposto sequestro conservativo nel corso di un procedimento per responsabilità amministrativa, una volta intervenuta la sentenza di condanna, trovi applicazione l'art. 156 delle disposizioni per l'at-

tuazione del codice di procedura civile; nell'affermativa, se gli adempimenti previsti dal citato art. 156 rimangano congelati sino all'esaurimento del recupero *ex d.P.R.* n. 260 del 1998.

Riscontrando la richiesta di parere, si osserva quanto segue.

L'art. 26 del R.D. 13 agosto 1933, n. 1038, recante approvazione del regolamento di procedura per i giudizi innanzi alla Corte dei Conti, prevede che: "Nei procedimenti contenziosi di competenza della Corte dei conti si osservano le norme e i termini della procedura civile in quanto siano applicabili e non siano modificati dalle disposizioni del presente regolamento".

L'art. 48 del medesimo R.D. n. 1038 del 1933 prevede che: "Il sequestro conservativo, di cui agli articoli 924 (*ndr.*: oggi, 671) e seguenti del codice di procedura civile, è ..."

Al riguardo, la giurisprudenza della Corte dei Conti ritiene, anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 5 del d.l. 15 novembre 1993, n. 453, convertito con legge 14 gennaio 1994, n. 19, che il sequestro conservativo (nel procedimento per responsabilità amministrativa) rimane disciplinato dal rinvio dinamico alle norme del codice processuale civile che disciplinano l'istituto (Corte dei Conti, SS. Riunite, sent. n. 15 del 6 aprile 1995).

Acclarato quanto disposto dalle norme del citato regolamento, risulta conseguente ritenere che, nella specie, le norme del codice di rito si applichino integralmente e, quindi, che l'art. 156 già citato trovi applicazione anche per il mantenimento della conversione in pignoramento del sequestro conservativo, la quale conversione segue *ipso iure* alla sentenza di condanna.

Quindi, una volta disposto il sequestro conservativo nell'ambito di un giudizio dinanzi alla Corte dei Conti per responsabilità amministrativa e successivamente intervenuta sentenza di condanna, è necessario provvedere agli adempimenti fissati dal ripetuto art. 156 al fine di mantenere l'efficacia del pignoramento (come accennato, tale divenuto *ipso iure* il sequestro conservativo una volta intervenuta la sentenza di condanna).

Ciò acclarato, necessita ora individuare a chi competono i relativi adempimenti.

Al riguardo, l'art. 1 del d.P.R. 24 giugno 1998, n. 260 prevede che: "Alla riscossione dei crediti liquidati dalla Corte dei conti ... provvede l'amministrazione o l'ente titolare del credito ...".

L'art. 2 del medesimo d.P.R. n. 260 del 1998 prevede che il recupero "è effettuato mediante ritenuta nei limiti consentiti dalla normativa in vigore su tutte le somme dovute ai responsabili in base al rapporto di lavoro" (comma 1) e che "per la riscossione dei crediti dello Stato non recuperati nelle forme disciplinate dal presente regolamento, l'ufficio competente procede all'iscrizione a ruolo ai sensi dell'art. 67 del decreto del Presidente della Repubblica 28 gennaio 1998, n. 43 ...".

Tale art. 67 prevede la riscossione a mezzo del concessionario del servizio di riscossione.

Applicando questi principi generali alla fattispecie per cui è parere, questa Avvocatura Generale ritiene quanto segue:

1. — Gli adempimenti *ex art.* 156 delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile fanno carico, essendo finalizzati alla riscossione dei crediti liquidati dalla Corte dei Conti, all'Amministrazione deputata alla riscossione di tali crediti (infatti, detti adempimenti non richiedono *ius postu-*

landi ma solo attività esecutiva di deposito di copia autentica della decisione; conseguenti notificazioni; ovvero annotazione della decisione a margine della trascrizione *ex art.* 679 c.p.c.);

2. — Effettuati tali adempimenti, l'Amministrazione deputata alla riscossione dei crediti procede per il tramite del concessionario del servizio di riscossione, al quale competono tutti i conseguenti e necessari adempimenti procedurali ed esecutivi».

A.G.S. – Parere del 18 febbraio 2005, n. 22683.

Art. 22-bis d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327: occupazione d'urgenza preordinata – all'esproprio; determinazione provvisoria dell'indennità, mancata condivisione Seguito della procedura (consultivo n. 57921/04, avvocato S. Laporta).

«1. — Con nota 10 novembre 2004 n. 42289/U.L., del Compartimento A.n.a.s. codesta Avvocatura è stata interessata di questione involgente l'interpretazione dell'art. 22-bis, aggiunto al d.P.R. in oggetto col d.lgs. 27 dicembre n. 302.

Il quesito attiene, specificatamente, al *modus agendi* dell'A.n.a.s. s.p.a., promotrice dell'espropriazione di alcuni terreni, a fronte della mancata «condivisione» da parte di una ditta interessata, dell'indennità offertale in via provvisoria con decreto *ex art. 22-bis cit.* e del contestuale accesso – ad iniziativa della proprietaria – alla costituzione del collegio di periti, di cui all'art. 21 del testo unico quale modificato dal ripetuto d.lgs. 302/2002.

In ragione degli aspetti di massima e della novità della questione, codesta Avvocatura ha richiesto l'avviso della Scrivente in ordine al predisposto parere, con l'avvertenza che lo stesso tocca – altresì – punti problematici della nuova disciplina non formanti oggetto della nota 10 novembre 2004 del Compartimento ma da questo segnalati «nelle vie brevi».

2. — Le considerazioni che saranno, di seguito, espone avranno riguardo in via esclusiva al quesito espressamente formulato, in mancanza di più precisi ragguagli (e di documentazione eventuale) circa le ulteriori, pur se connesse, problematiche solo «nelle vie brevi» rappresentate dal richiedente Compartimento.

3. — Si premette che la fattispecie rappresentata, come attinente ad intervento previsto in progetto definitivo di lavori approvato con atto 6 novembre 2003 (dichiarativo della p.u. della nuova S.S. 125), è per certo soggetta alla disciplina del testo unico *cit.* alla stregua dell'art. 57, 1° comma, dello stesso, come modificato dal d.lgs. 302/2002.

4. — Nell'affrontare la questione, il parere di codesta Avvocatura distrettuale esordisce con ampia e meticolosa disamina della normativa in tema di determinazione dell'indennità, quale scaturita (art. 20 segg.) dal testo unico e dalle modifiche di cui al d.lgs. 302/2002 (sulla quale non sembra peraltro il caso di soffermarsi, se non per condividere in via di massima le argomentate e dotte riflessioni svolte, anche a riguardo delle preoccupazioni manifestate circa una possibile denuncia d'illegittimità costituzionale della normativa «*de qua*» sì come «novellata» dal d.lgs. 302/02 più volte citato: in particolare, per il consentito ricorso alla procedura di «determinazione

urgente dell'indennità» (e la conseguente emanazione del decreto d'esproprio) previsto (all'art. 22, 2° comma lett. b) «allorché il numero dei destinatari della procedura espropriativa sia superiore a 50».

4.1. — Riservato ad altra occasione l'approfondimento dei cennati problemi, è certo da condividere la corretta sottolineatura nell'avviso espresso da codesta Avvocatura dell'avvenuta reintroduzione col d.lgs. n. 302/2002 della figura della «occupazione d'urgenza finalizzata all'esproprio»: forse poco meditatamente espunta, dal sistema, con l'originario testo unico per il preoccupante, frequente suo decadimento pratico in occupazione «appropriativa» (con lievitazione di costi cui pur s'era tentato di porre argine attraverso misure normative, peraltro stigmatizzate per la contrarietà a recepiti principi della Convenzione europea sui diritti dell'uomo).

Parimenti è da condividere la riflessione secondo cui la reintroduzione dell'occupazione d'urgenza preordinata all'esproprio finisce col relegare in secondo piano il rilievo pratico della disciplina della «determinazione urgente dell'indennità di espropriazione», come delineata nell'originario testo unico per sopperire, in qualche modo, all'istituto abolito; il cui ripristino con la novella del 2002 e senza una più accorta delimitazione delle due discipline (rimaste in larga misura) «affiancate» ha dato luogo ad una sovrapposizione (non facilmente estricabile) di regole, specie in relazione ai casi d'urgenza «nell'avvio dei lavori» pei quali parrebbe che la novella del 2002 abbia determinato un sostanziale «assorbimento» delle ipotesi di consentita procedura abbreviata d'espropriazione (art. 22) in quelle di «occupazione d'urgenza» (dell'art. 22-*bis*), ponendo all'interprete il problema d'una più esatta demarcazione tra le due figure.

4.2. — In proposito, come pure sottolineato da codesta Distrettuale, deve ritenersi che criterio discriminante, al riguardo, vada ravvisato nell'interesse pubblico alla immediata disponibilità del bene espropriando. Interesse che, da apprezzare (e convenientemente motivare, agli effetti d'una legittima occupazione d'urgenza) di volta in volta nelle fattispecie di cui al comma 1 dell'art. 22-*bis* in esame, deve ritenersi invece «presunto» (o tipizzato normativamente) in quelle considerate dal 2° comma della stessa norma.

4.2.1. — È ragionevole, allora, ritenere che nei casi per i quali, a sensi del 1° comma dell'art. 22-*bis*, è consentito (motivato) ricorso alla occupazione d'urgenza, l'interesse alla disponibilità immediata del bene sia da valutare «in relazione alla particolare natura delle opere» (da eseguire).

Sembra, al riguardo, alla Scrivente che — attraverso il riferito inciso — il legislatore delegato abbia inteso ispirarsi alla nozione, classica, di «contingibilità ed urgenza», così riferendosi a quelle situazioni, di imprevedibile insorgenza, comportanti (la necessità ed urgenza de) la salvaguardia di beni primari, costituzionalmente protetti, esposti a pericolo di pregiudizio serio ed immediato: può pensarsi, in proposito, all'approntamento — con relative infrastrutture contingenti di alloggi di fortuna per terremotati; all'attrezzatura di località di discarica di rifiuti il cui accumulo minacci la salute pubblica, e simili; e — per altro aspetto — pur riconducibile al concesso di «urgente esecuzione» di determinate opere verosimilmente tenuto presente — ai casi nei quali (fuori dalle situazioni di «contingibilità ed urgenza», cui s'è fatto sopra cenno, «l'avvio dei lavori» di esecuzione delle opere di p.u.) non tolleri dilazione, in ragione, ad esempio, della opportunità di sfruttare

condizioni climatiche favorevoli: come potrebbe essere l'approntamento del cantiere, necessitante di particolari macchinari, per la costruzione di una diga elettrica in alta quota; caso – questo – di urgenza «presunta» o tipizzata, suscettibile d'essere ricondotto sotto il paradigma dell'art. 22-bis, 2° comma, lett. a).

5. — Ma, in ultimo, per venire alle questioni «di massima» suscitate dalla concreta fattispecie portata all'attenzione di codesta Avvocatura distrettuale, pare alla Scrivente di poter svolgere le seguenti considerazioni (solo in parte divergenti da quelle illustrate nella nota in riferimento).

5.1. — Si è proceduto, anzitutto, a verificare — con esito negativo — la plausibilità d'una opzione ermeneutica secondo cui, avuto anche riguardo alla diversità di formulazione letterale del 4° e del 6° comma dell'art. 22-bis, potesse ritenersi che — quanto a scadenza d'efficacia del decreto d'occupazione d'urgenza — l'art. 22 bis abbia voluto delineare un differenziato regime per le occupazioni motivate da straordinaria ed eccezionale urgenza («di cui al 1° comma») e per quelle — invece — di urgenza «presunta» o «tipizzata» (disposte, cioè «ai sensi del comma 1°»).

Prevalenti ragioni di «continuità» di disciplina — alla stregua di un canone d'interpretazione storica — non disgiunte dalla labilità dell'elemento letterale di interpretazione (*prima facie* suggerito dai commi 1°, 2°, 4° e 6° dell'art. 22-bis) convincono, però, a privilegiare l'interpretazione nel senso dell'unitarietà della disciplina delineata, nel quarto e nel sesto comma della norma per entrambe le ipotesi d'occupazione: nel senso, cioè, che il «titolo» legittimante l'immissione in possesso venga meno, se non eseguito, nel perentorio termine di tre mesi dalla sua emanazione; e che, una volta eseguito legittimamente il decreto (*ex* quarto comma), la durata dell'occupazione non possa (*ex* comma sesto) legittimamente protrarsi oltre il termine stabilito per la emanazione del decreto d'esproprio (cinque anni o il termine, diverso, risultante specificamente dalla dichiarazione di pubblica utilità: art. 13, commi 3° e 4°, del testo unico come novellati dal d.lgs. 302/2002).

6. — Nondimeno, pur dovendosi allora convenire — in astratto — con le conclusioni di codesta Avvocatura distrettuale (secondo cui, una volta rimasto ineseguito il decreto nei tre mesi, la rinnovazione della procedura comporti la «decadenza» dei successivi atti compiuti, ivi compresa l'istanza di accesso al collegio dei periti formulata dal proprietario), sembra alla Scrivente che ovvie ragioni di buon senso insieme ai canoni dello «*utile per inutile non vitiatur*» e della «economia» degli atti — suggeriscano di mitigare la rigidità delle conseguenze logiche (connesse alla «decadenza» del decreto d'occupazione rimasto ineseguito).

Una volta riconosciuto — come devesi — che, ricalcando il criterio «binario» (dei procedimenti «paralleli») scaturito dalla riforma del 1971, anche il nuovo T.U. pone a condizione della legittima emanazione del decreto d'esproprio la — sola — determinazione provvisoria della indennità; ed una volta — correttamente — sottolineata la *ratio legis* intesa a favorire i mezzi di prevenzione del contenzioso (col riconoscimento di ampie facoltà di partecipazione, o iniziativa, dell'interessato ai fini della determinazione definitiva dell'indennità d'esproprio), non appare — invero — congruente un «inevitabile travolgimento», con l'atto amministrativo iniziale, anche delle manifestazioni di volontà svolgentesi sul (diverso) versante del (parallelo)

procedimento indennitario (dalla cui conclusione, consensuale o giudiziale, l'art. 23 — novellato — del T.U. affranca del resto, sicuramente, quella della procedura ablativa ed il trasferimento della proprietà del bene).

Sembra, perciò, che — fatta salva una corrispondente formulazione, e motivazione, del rinnovato decreto d'occupazione — ragionevole contemporaneamente possa essere costituito (soprattutto allorquando l'ammontare dell'indennità provvisoria rimanga — com'è verosimile — invariato nell'originario e nel nuovo decreto) dalla esplicita «salvezza» dell'accesso (eventualmente già avvenuto e non espressamente rinunciato) al collegio peritale (*omissis*).

A.G.S. – Parere del 1° marzo 2005, n. 28113.

Procedura di designazione e nomina del Presidente dell'Autorità Portuale ai sensi dell'art. 8, comma 1-bis, legge n. 84/1994 (legislazione quadro in materia portuale) (consultivo n. 46579/04, avvocato Clemente).

«Si riscontra la nota prot. n. 16701/503/105 del 28 settembre 2004, con la quale è stato richiesto il parere alla Scrivente Avvocatura Generale dello Stato in merito alla interpretazione della locuzione “anche” contenuta nel nuovo comma 1-bis dell'art. 8 legge n. 84/1994, se cioè tale congiunzione sia riferibile tanto all'attività del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti quanto a quella del Presidente della Regione.

Tale articolo, nel delineare l'iter procedurale di designazione e nomina del Presidente dell'Autorità portuale, fissa le seguenti fasi:

1. — *in via ordinaria, il Presidente viene nominato, previa intesa con la Regione interessata, con decreto ministeriale nell'ambito di una terna di esperti designati dagli enti locali.* Il Ministero può, tuttavia, chiedere con atto motivato di comunicare entro trenta giorni dalla richiesta una seconda terna di candidati entro cui effettuare la nomina. In mancanza di tempestiva designazione, il Ministro sceglie il Presidente, di intesa con la Regione interessata, tra personalità di massima e comprovata qualificazione professionale nei settori dell'economia dei trasporti e portuale (art. 8, comma 1°, legge n. 84/1994).

2. — *Ove non si raggiunga l'intesa con la Regione entro trenta giorni, il Ministro indica il prescelto nell'ambito di una terna formulata a tal fine dal Presidente della Giunta regionale, tenendo «anche» conto delle indicazioni degli enti locali e delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura interessati* (art. 8, comma 1-bis, legge n. 84/1994).

3. — *Solo ove il Presidente della Giunta regionale non provveda all'indicazione della terna entro il termine di trenta giorni dalla richiesta indirizzatagli allo scopo dal Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, questi chiede al Presidente del Consiglio dei Ministri di sottoporre la questione al Consiglio dei Ministri, che provvede con deliberazione motivata* (art. 8, comma 1-bis, secondo periodo, legge n. 84/1994).

Relativamente al quesito proposto di cui al punto 2) del procedimento sopra descritto, la Scrivente ritiene, in primo luogo, di poter escludere, sulla base, peraltro, del *dictum* normativo in esame, la riferibilità della suddetta locuzione ad ambedue gli uffici richiamati nella citata legge (legge n. 84/1994). La stessa formulazione letterale della norma, invero, non autorizza ma, al contrario, impone una diversa interpretazione (“[...] il Ministro

indica il prescelto nell'ambito di una terna formulata dal Presidente della Giunta regionale, tenendo conto delle indicazioni degli enti locali": v. art. 8, comma 1-*bis*, legge n. 84/1994).

Superata questa preliminare constatazione, rimane purtuttavia da chiarire se la locuzione si riferisca unicamente all'attività del Ministro ovvero, esclusa la riconducibilità di tale espressione al Ministro medesimo, tale locuzione si ricolleggi esclusivamente all'attività del Presidente della Giunta regionale.

Sotto un aspetto di ordine prettamente formale si potrebbe ipotizzare in astratto che la locuzione "anche" si riferisca all'attività del Ministro interessato.

Quest'ultimo, in altri termini, sarebbe tenuto a considerare come vincolante, ai fini della scelta — all'atto, cioè, della designazione del nominativo preposto per la Presidenza dell'Autorità portuale — tanto la terna formulata *ad hoc* dal Presidente della Giunta regionale quanto le valutazioni espresse dagli enti e dalle Camere di Commercio locali.

Tuttavia, qualora si intenda dare alla disposizione un significato sia logico che grammaticalmente corretto, ulteriori considerazioni in merito al complesso passaggio normativo che ha portato alla novellazione della legge n. 84/1994 mediante legge n. 186/2004 di conversione, con emendamento, del decreto legge n. 136/2004, inducono a ritenere che l'espressione "anche" si riferisce unicamente al Presidente della Giunta Regionale.

La disposizione contemplata nel richiamato comma 1-*bis*, invero, deve essere interpretata anche alla luce del più ampio contesto, logico e temporale, in cui trova inserimento. Da un corretto inquadramento, difatti, emerge in modo evidente che i pareri dei suddetti enti locali (oltre alle Camere di Commercio, Industria ed Artigianato, interessate) non possano che essere presi in considerazione *unicamente* dal Presidente della Giunta regionale al fine di predisporre e formulare la terna dei nominativi, che poi dovrà essere sottoposta al vaglio del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, libero discrezionalmente — a questo punto del procedimento — di scegliere il candidato più idoneo, sotto il profilo tecnico-professionale, a ricoprire l'incarico di Presidente dell'Autorità portuale.

Considerando dapprima le ragioni di ordine sistematico-razionale, la Scrivente Avvocatura rileva che sarebbe del tutto inconferente e contraddittorio ritenere che — durante la fase n. 2 *dell'iter* procedimentale, fase peraltro meramente eventuale — per un verso, la discrezionalità del Ministro possa essere fortemente limitata e ristretta, quanto alla scelta del migliore candidato, entro la terna prefissata dal Presidente della Giunta regionale nonché nell'ambito dei pareri (benché non vincolanti) degli enti e degli organi competenti; laddove, per altro verso, la Regione sia legittimata a formulare in modo pieno e libero la terna dei nominativi designati da proporre al Ministro medesimo.

Questa evidente disparità di funzioni e poteri, che peraltro priverebbe il Ministro di un effettivo e concreto ruolo nella procedura di nomina *de qua*, si giustifica ancora meno, inoltre, ove si tenga conto del fatto che la fase n. 2 è una fase meramente differita ed eventuale, che si instaura solo a

seguito del mancato raggiungimento dell'intesa con la Regione interessata, ed in particolare qualora non pervengano al Ministro competente le tempestive designazioni degli enti locali.

Orbene, sarebbe illogico, oltrech  assurdo, asserire che a seguito del mancato accordo con la Regione la nomina del Presidente dell'Autorit  portuale spetti poi *di fatto* alla Regione medesima, arbitra di determinare il contenuto della terna di nominativi entro cui il Ministro   tenuto ad effettuare l'opzione, sentito viepi  il parere degli organi territoriali.

È evidente, pertanto, che la ratio della legge di conversione n. 186/2004 che ha introdotto la novella all'art. 8 legge n. 84/1994 sia stata quella di vincolare piuttosto la Regione, non gi  il Ministro, al parere degli enti interessati.

Quanto sopra osservato trova, peraltro, un ulteriore avallo nell'originaria formulazione del decreto legge n. 136/2004, ai sensi del quale in caso di disaccordo con la Regione interessata il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti avrebbe potuto richiedere al Presidente del Consiglio dei Ministri di sottoporre "immediatamente" la questione sulla nomina *de qua* al Consiglio dei Ministri, che avrebbe provveduto con una deliberazione consiliare motivata, superando qualsiasi ostacolo frapposto nelle more dalla Regione stessa.

Come   noto, l'originario dettato normativo ha, successivamente, in sede di conversione, subito talune modificazioni al fine di ridare, anche in questa fase eventuale, un ruolo significativo, ma non sovversivo del precedente assetto di interessi, alle autonomie locali medesime.

L'esclusiva riferibilit  della locuzione "anche" al Presidente della Giunta regionale, inoltre, si presta ad essere maggiormente rispondente alle esigenze di economicit  cui il procedimento di nomina presidenziale   improntato (esigenze certamente contraddette da quella, senza meno erronea, interpretazione secondo cui gli enti locali dovrebbero essere sentiti due volte, dapprima dal Presidente della Giunta regionale al fine di formulare la terna e, successivamente, dal Ministro per l'opzione finale).

Infine, una siffatta soluzione   l'unica idonea a ripristinare quel necessario rapporto di equilibrio e compartecipazione tra ente centrale ed autonomie territoriali gi  richiesto per la nomina del Presidente dell'Autorit  portuale ai sensi del comma 1 dell'art. 8 legge n. 84/1994.

Quest'ultima disposizione normativa prevede, invero, che il Presidente portuale venga nominato, *previa* intesa con la Regione interessata, con decreto ministeriale *nell'ambito di una terna di esperti designati dagli enti locali*.

Non vi   pertanto alcun motivo per ritenere che, a seguito dell'apertura dell'ulteriore fase in caso di disaccordo con la Regione, il Ministro sia tenuto a scegliere il migliore candidato, restando vincolato sia alla terna di nominativi gi  liberamente predisposta *ad hoc* dal Presidente della Giunta, sia soprattutto "anche" alle valutazioni degli enti locali, essendo pi  plausibile reputare che la sua discrezionalit  possa manifestarsi su di una terna di candidati formulata dal Presidente della Giunta regionale, la quale tenga gi  di per s  conto del necessario e previo parere delle autonomie locali (ricalcando, in altri termini, il meccanismo procedurale di cui al primo comma dell'art. 8 legge n. 84/1994)».

A.G.S. – Parere del 4 marzo 2005, n. 30282.

Natura delle istituzioni scolastiche Riflessi sul patrocinio dell'Avvocatura dello Stato (consultivo n. 37017/04, avvocato E. Figliolia).

«Si è preso atto delle considerazioni espresse nello schema di parere qui trasmesso e se ne condividono i contenuti limitatamente all'aspetto della obbligatorietà del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato per le istituzioni scolastiche, nonché relativamente alle argomentazioni concernenti lo “*status*” di queste ultime, quali soggetti dotati di personalità giuridica distinta dallo Stato.

Peraltro va osservato che sia la giurisprudenza di legittimità (Cass., Sez. III civile, ord. 13 luglio 2004 n. 12977) che di merito (Tribunale di Foggia, sentenza del 5 dicembre 2002), hanno correttamente statuito che le istituzioni scolastiche alle quali è stata attribuita l'autonomia e la personalità giuridica a norma dell'art. 21 della legge 59/1997, rimangono compenstrate nell'Amministrazione dello Stato, nella quale, invero, sono incardinate, sicché la giuridica possibilità per le medesime di impugnare atti dell'Amministrazione statale non sembra poter inerire a fattispecie “giustiziabili”.

Al riguardo va sottolineato che a decorrere dal 1° settembre 2000 sono assegnate alle citate istituzioni le funzioni relative alla carriera scolastica ed al rapporto con gli alunni, all'amministrazione ed alla gestione del patrimonio e delle risorse ed allo stato giuridico ed economico del personale, non riservate da specifiche disposizioni all'Amministrazione centrale o periferica (Cons. Stato, Sez. II, 27 settembre 2000 n. 1021), nell'ambito quindi di principi di autonomia di dette strutture che non pare possano contrapporsi rispetto all'Amministrazione centrale di cui sono parte fondamentale.

Specificamente è opinione di questo G.U. che eventuali contestazioni tra soggetti appartenenti al medesimo plesso amministrativo-istituzionale debbano necessariamente essere risolte in via amministrativa».

A.G.S. – Parere del 18 marzo 2005, n. 38166.

Sentenza di improcedibilità per assenza di querela – Rimborso spese legali ai sensi dell'art. 18. D.L. n. 67/1997. (consultivo n. 36026/04, avvocato Fedeli).

«Codesta Amministrazione, con nota del 13 maggio 2004, ha trasmesso l'intero carteggio relativo all'istanza di rimborso delle spese legali affrontate dal dr. A. a seguito dei procedimenti penali n. 69702/1995 del Tribunale di Napoli e n. 3877/02 della Corte d'Appello di Napoli.

Questa Avvocatura esprime parere favorevole all'applicabilità, nella fattispecie, dell'art. 18 del decreto legge 67/1997.

Depongono a favore di tale conclusione le seguenti considerazioni:

— l'art. 18 del decreto legge 67/1997 prevede che il rimborso è dovuto nei casi in cui nel corso di un procedimento *venga esclusa la responsabilità* di dipendenti di amministrazioni statali soggetti a tale procedimento in conseguenza di fatti ed atti connessi con l'espletamento del servizio o con l'assolvimento di obblighi;

— la *ratio* della norma risiede nell'esigenza che la P.A. si accoli le spese legali sostenute dai dipendenti in un giudizio in cui, verificata la correttezza del loro operato nell'esercizio delle loro funzioni, la sentenza riaffermi, indirettamente, la legalità dell'azione amministrativa;

— occorre, a questo punto, valutare l'applicabilità della suindicata norma per l'ipotesi di sentenza che dichiara non doversi procedere ai sensi dell'art. 529 c.p.p.

— a tal fine, appare necessario distinguere nettamente i casi di rinuncia, remissione della querela e di prescrizione del reato, da quelli di mancanza o inefficacia della querela; in particolare, nella prima ipotesi, l'imputato — querelato potrebbe non accettare la rinuncia e la remissione della querela o rinunciare alla prescrizione, rimanendo, di conseguenza, sottoposto al giudizio penale di merito;

— diversa, invece, appare l'ipotesi in cui la tardività della querela (come per l'ipotesi di mancanza o inefficacia per altri motivi della stessa) ha, di fatto, negato la possibilità di indagare sulla responsabilità penale dell'imputato, comportando, di conseguenza, l'applicabilità dell'art. 18 del decreto-legge 67/1997.

Alla luce di quanto sopra, tenuto conto che, nella fattispecie *de qua*, i giudizi dinanzi al Tribunale ed alla Corte d'Appello di Napoli si sono limitati ad accertare la tardività, o meno, della querela senza, peraltro, alcuna declaratoria, neppure incidentale, in ordine alla responsabilità in capo all'A. dei fatti contestati, si rende l'unita documentazione, esprimendo parere favorevole al rimborso delle spese legali di cui all'unita fattura, ammontanti ad € 13.869,9, salvo errori di calcolo, cui dovranno essere aggiunte I.V.A. e C.P.A. e le spese relative alla consulenza medico-legale, ammontanti ad € 417,29. La scrivente ha provveduto a decurtare parte delle somme richieste, come da prospetto allegato, tenuto conto che, in considerazione del tipo di impegno e della complessità dei fatti, non si ritiene sussistano nella fattispecie *de qua* elementi tali da richiedere, tra l'altro, la maggiorazione del doppio dei massimi tariffati».

A.G.S. – Parere del 1° aprile 2005, n. 44524.

Affidamento gestioni aeroportuali – Effetti abrogazione – Atto di indirizzo 30 novembre 2000, n. 141 – T. Contrasto interpretativo natura dei termini del procedimento (AL 26896/04, avvocato P.L. Di Palma).

«In estrema sintesi, il parere sollecitato alla Scrivente con la nota che si riscontra ha ad oggetto la valutazione delle conseguenze del mancato rispetto dei termini previsti dagli articoli 6 e 7 del Decreto del Ministero dei Trasporti e della Navigazione del 12 novembre 1997, n. 521 recante il regolamento di attuazione delle disposizioni di cui all'art. 10, comma 13, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, ciò anche in relazione agli effetti prodotti dalla abrogazione della Direttiva 30 novembre 2000, n. 141 con cui il Ministro dei Trasporti e della Navigazione aveva fornito indicazioni sulle modalità di affidamento delle gestioni totali aeroportuali.

Sul punto, secondo quanto rappresentato da codesto Gabinetto, esiste un contrasto interpretativo tra il Dipartimento per la Navigazione ed il Trasporto Marittimo ed Aereo e l'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile.

Il Dipartimento ritiene infatti che:

– la direttiva 141/2000 è stata emanata in considerazione dell'urgenza di dare attuazione al regolamento n. 521/1997 per rendere effettiva la riforma

del settore delle gestioni aeroportuali ravvisando la necessità di fornire indicazioni sulla portata di alcune previsioni normative del regolamento medesimo e, in particolare, sulle modalità della loro applicazione;

– la direttiva risulta conforme al regolamento poc'anzi citato e, proprio, in virtù di tale conformità, non può condividersi l'attribuzione di una valenza «meno che ordinatoria» ai termini di cui agli artt. 6 e 7 del regolamento, come se ai soggetti titolari di gestioni parziali fosse attribuita non una preferenza o priorità ma un diritto da esercitare *ad libitum*;

– l'affidamento delle gestioni totali è da considerarsi precluso nei confronti di quei soggetti che abbiano presentato le loro istanze ovvero abbiano prodotto la successiva documentazione dopo la scadenza dei termini previsti dal regolamento.

Al contrario, l'ENAC precisa che:

– i termini di cui agli artt. 6 e 7 del regolamento n. 521/1997 sarebbero diretti a scandire, in funzione sollecitatoria, il succedersi degli adempimenti posti a carico dei soggetti interessati all'affidamento della concessione di gestione totale;

– la citata direttiva ministeriale avrebbe, invece, attribuito una valenza perentoria ai suddetti termini la cui scadenza ultima determinerebbe l'impossibilità per le società richiedenti di avvalersi del procedimento di affidamento diretto della concessione dovendosi, in tal caso, procedere all'espletamento della gara ad evidenza pubblica;

– l'abrogazione della direttiva, avvenuta con Atto di indirizzo del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti 21 maggio 2003, n. 8736, avrebbe reso possibile il riesame istruttorio delle istanze di quelle società che, presentando situazioni non conformi alle regole poste dal provvedimento ministeriale, non sono state ammesse alla sottoscrizione delle relative convenzioni.

Orbene, tenuto conto delle posizioni, rappresentate rispettivamente dal Dipartimento per la Navigazione ed il Trasporto Marittimo ed Aereo e dall'ENAC, si ritiene opportuno in via preliminare chiarire che l'avvenuta abrogazione della direttiva 141/T del 30 ottobre 2000 non svolge alcun ruolo determinante ai fini della risoluzione della questione sottoposta ad esame.

Come noto, la suddetta direttiva è stata emanata dal Ministro dei Trasporti e della Navigazione allo scopo di fornire indicazioni sulle modalità di applicazione di alcune previsioni contenute nel regolamento n. 521/1997.

Essa rientra dunque tra gli atti di indirizzo che i competenti organi di governo possono adottare ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. a) del Decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modifiche e integrazioni, al fine di interpretare e/o applicare disposizioni contenute nei relativi atti normativi.

Ciò vuol significare che, trattandosi di atto di mero indirizzo, esso non può in alcun modo modificare la portata delle previsioni contenute in una fonte normativa quale è un atto regolamentare dovendo al contrario limitarsi a «orientare» i soggetti destinatari nell'applicazione dell'atto normativo stesso.

Pertanto, al fine di dirimere la questione sottoposta a parere è necessario verificare sistematicamente le singole norme del regolamento che attengono specificatamente al compimento degli adempimenti intestati al soggetto gestore per consolidare l'affidamento della gestione totale aeroportuale nel limite temporale di cui all'art. 7.

Come noto, la riforma ha avuto inizio con la legge 24 dicembre 1993, n. 537 che aveva previsto la costituzione, entro l'anno 1994, di apposite società di capitale per la gestione dei servizi e per la realizzazione delle infrastrutture degli aeroporti secondo criteri che dovevano essere stabiliti con decreto del Ministro dei trasporti e della navigazione, di concerto con il Ministro del tesoro, *entro sessanta giorni* dalla data di entrata in vigore della legge medesima.

L'art. 8, comma 2, del Decreto legislativo 25 luglio 1997, n. 250, istitutivo dell'ENAC aveva, inoltre, statuito che con decreto del Ministro dei trasporti e della navigazione, di concerto con i Ministri del tesoro e delle finanze, venissero assegnati all'ENAC, in uso gratuito, i beni del demanio aeroportuale per il successivo affidamento dei beni medesimi secondo i criteri previsti e disciplinati dal regolamento di cui all'art. 10, comma 13, della legge n. 537/1993.

L'art. 17, comma 1, del regolamento n. 521 del 12 novembre 1997 aveva, infine, disposto che, *entro due mesi* dalla data di pubblicazione del regolamento stesso, il Ministro dei trasporti e della navigazione, sentiti i Ministri competenti, diramasse con circolare:

- lo schema del programma di intervento del piano degli investimenti e del piano economico-finanziario che, ai sensi del precedente art. 7, comma 1, doveva accompagnare la domanda presentata dalle società di capitali al fine di ottenere l'affidamento in concessione della gestione totale aeroportuale;
- il disciplinare-tipo per la predisposizione del contratto di programma alla cui sottoscrizione era subordinato l'affidamento in concessione;
- lo schema delle convenzioni che dovevano regolare, tra l'altro, i rapporti tra le società e le pubbliche amministrazioni relativamente alla disponibilità degli spazi inerenti l'espletamento dei compiti istituzionali, anche ai fini della determinazione dei relativi canoni di utilizzo.

Le norme sinora richiamate mettono in evidenza che il legislatore della riforma aveva individuato, nell'*iter* normativo predisposto al fine di attuare la riforma del settore delle gestioni totali, una serie di scadenze temporali entro cui avrebbero dovuto essere emanati quegli atti, normativi e non, che, nell'ottica legislativa, risultavano inderogabilmente connessi all'attivazione della procedura di affidamento delle gestioni aeroportuali.

Nel dare concreta attuazione alla riforma *de qua*, si è però determinata un'evidente sfasatura temporale con particolare riferimento agli adempimenti demandati alla pubblica amministrazione.

A tale proposito è sufficiente sottolineare che i criteri di cui alla citata legge 537/1993, in base ai quali dovevano essere esplicitati i requisiti fondamentali che le società interessate dovevano possedere ai fini dell'ottenimento della concessione e le procedure da seguire per l'affidamento delle gestioni totali, sono stati stabiliti solo nel 1998, e non entro il termine previsto dal legislatore (ossia 60 giorni dall'entrata in vigore della legge di riferimento), attraverso l'adozione del Decreto ministeriale 12 novembre 1997, n. 521 recante, per l'appunto, il regolamento di attuazione delle disposizioni di cui all'art. 10, comma 13, della legge 24 dicembre 1993, n. 537.

Parimenti, l'ENAC, secondo quanto previsto dall'art. 8 del D.Lgs. n. 250/1997, avrebbe dovuto provvedere al "successivo affidamento" dei beni appartenenti al sedime aeroportuale secondo "i criteri previsti e disciplinati dal regolamento di cui all'art. 10, comma 13, della legge n. 537/1993" ossia da un atto regolamentare che alla data di entrata in vigore del suddetto decreto legislativo avrebbe dovuto essere stato già adottato dall'Amministrazione competente e che, al contrario, risultava ancora essere in fase di pubblicazione.

Infine, e sempre a titolo esemplificativo, l'emanazione della circolare di cui al suddetto art. 17, è avvenuta solo in data 20 ottobre 1999, comportando peraltro la necessità già di interpretare, con l'abrogata direttiva 141/T del 30 ottobre 2000, i termini di cui al succitato articolo 7 superandone la dizione letterale.

Le discrasie temporali sopra evidenziate hanno di fatto determinato l'impossibilità di effettiva applicabilità del regolamento legata ad adempimenti ed attività poste in essere in tempi diversi da quelli preventivati, sulla cui esistenza invece i soggetti gestori avrebbero dovuto fondare il compimento degli adempimenti richiesti al fine di consolidare l'affidamento della gestione.

Quanto detto porta a sottolineare che, mancata l'emanazione di una serie di atti, normativi e non, che rappresentano provvedimenti presupposti ai fini della decorrenza dei termini dettati nel regolamento ai fini della attivazione della procedura di affidamento delle gestioni aeroportuali, è rimasta compromessa *ab origine* la corretta attuazione dell'*iter* normativo predisposto dal legislatore al fine di attuare la riforma delle gestioni totali aeroportuali.

È inoltre necessario considerare che la stessa attivazione del procedimento di affidamento della concessione di gestione totale aeroportuale è a sua volta subordinata al compimento di taluni adempimenti configurati, in base alla normativa vigente, quali elementi essenziali ai fini del perfezionamento della procedura suddetta.

A titolo esemplificativo, si fa riferimento in particolare a quanto previsto dal già citato art. 8, comma 2, del D.Lgs. n. 250/1997 ai sensi del quale l'Amministrazione competente può procedere all'affidamento in concessione della gestione totale alle società richiedenti solo ed esclusivamente sulla base del presupposto fondamentale dell'avvenuta assegnazione dei beni appartenenti al demanio aeroportuale all'ENAC.

In tali casi, non può quindi non distinguersi tra entrata in vigore formale del regolamento e decorrenza dei termini in esso previsti. Tali termini, pur dettati come perentori, non possono non restare sospesi fino al sopraggiungere degli atti e provvedimenti previsti come necessari presupposti per lo svolgimento delle attività ad essi conseguenti.

Tutto ciò premesso, questa Avvocatura ritiene che:

– l'abrogazione della direttiva ministeriale 141-T del 30 ottobre 2000 non incida in alcun modo sulla valutazione della natura dei termini di cui agli artt. 6 e 7 del regolamento n. 521/1997;

– i suddetti termini benché concepiti come perentori non sono stati rispettati per una situazione di incompatibilità venutasi a creare con la conseguente necessità di individuarne la decorrenza dal momento in cui possono, a seguito del verificarsi degli atti e provvedimenti presupposti, divenire concretamente operanti.

In relazione al parere richiesto si precisa che non incide la normativa successivamente intervenuta di cui alla legge 9 novembre 2004, n. 265 avente ad oggetto la “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 8 settembre 2004, n. 237, recante interventi urgenti nel settore dell’aviazione civile. Delega al Governo per l’emanazione di disposizioni correttive ed integrative del codice della navigazione”».

A.G.S. – Parere del 5 aprile 2005, n. 46776.

Procedure di alienazione degli immobili di proprietà del Fondo A.F. (consultivo 2382/05, avvocato F. Greco).

«Con la nota che si riscontra il Fondo A.F., nell’ambito dell’attuazione della delibera per l’alienazione dei propri immobili ad uso abitativo o ad uso commerciale, chiede di conoscere se è possibile avvalersi della CONSAP S.p.A.

A questo proposito rappresenta che se da un lato secondo lo statuto del F.A.F. stesso si può procedere alla cessione mediante licitazione privata ovvero trattativa privata (*cf.* artt. 28 e 33), ragioni di trasparenza, economicità e tempistica farebbero apparire migliore soluzione quella della stipula di una convenzione con la CONSAP S.p.A. — senza ricorrere a licitazione privata o altre forme di gara — al fine di procedere alla detta alienazione.

Rappresenta il Fondo che la CONSAP ha capitale interamente detenuto dal Ministero dell’Economia e delle Finanze e che rientra nell’oggetto statutario quello della dismissione su incarico di Amministrazioni di patrimoni immobiliari.

Ciò premesso osserva preliminarmente la Scrivente che il Fondo deve ritenersi “organismo di diritto pubblico” ai sensi dell’art. 2 del D.lgs. 157/1995 ed in quanto tale soggetto alla normativa dettata dal citato decreto legislativo, in attuazione delle direttive comunitarie, in materia di appalti pubblici di servizi.

Nella specie il caso sottoposto alla Scrivente riguarda il servizio di dismissione di immobili, il quale, pur non essendo esplicitamente elencato negli allegati 1 e 2 del D.lgs. 157/1995, potrebbe, secondo una interpretazione estensiva, essere incluso nel servizio esplicitamente previsto di “gestione” del patrimonio immobiliare.

L’art. 28 dello Statuto del Fondo stabilisce che “*Ai lavori, alle forniture, agli acquisti, alle vendite, alle permuta, alle locazioni ed ai servizi in genere, si provvede con contratti preceduti da apposite gare aventi normalmente la forma della licitazione privata*”, ciò significa che il contratto relativo al servizio di dismissione immobiliare deve, secondo quanto previsto dallo Statuto, essere preceduto da apposita gara avente, normalmente la forma della licitazione privata, essendo il ricorso alla trattativa privata di cui all’art. 33 rimedio del tutto eccezionale.

A tal proposito è interessante rilevare come la disciplina prevista dallo Statuto del Fondo, per la “dismissione” degli immobili, risulti pienamente conforme a quanto disposto nel D.Lgs. n. 157/1995 per la “gestione” del patrimonio immobiliare.

In sintesi per poter concludere un contratto di servizio di dismissione immobiliare è necessario che il Fondo faccia precedere detto contratto da una apposita gara, e questo non solo perché così disposto dalla normativa interna e comunitaria in materia di appalti pubblici di servizi, ma anche per quanto previsto dallo stesso Statuto (tale obbligo può venir meno qualora l'importo del servizio sia inferiore a quello previsto nell'art. 1 del D.lgs. 157/1995 importo al quale deve ritenersi uniformato quello di cui all'art. 33 n. 7 dello Statuto il quale prevede la possibilità di ricorso alla trattativa privata qualora l'ammontare del contratto non superi i 50 milioni di lire).

Ciò premesso è necessario comunque ricordare che le direttive comunitarie lasciano in via di principio gli Stati membri liberi di decidere con quali forme organizzative provvedere all'acquisto di beni e servizi e quindi se ricorrere o meno al mercato per soddisfare le proprie esigenze, imponendo l'applicazione dei principi di concorrenza solo nell'ipotesi di affidamento a terzi.

Ciò significa che la normativa interna e comunitaria, così come quella prevista nello Statuto, è applicabile solo con riferimento ai contratti stipulati con soggetti «terzi» rispetto all'Amministrazione aggiudicatrice, non anche, invece, con riferimento ai casi di “affidamento *in house*”.

Per verificare (così come richiesto dal Fondo) la compatibilità dell'affidamento diretto alla CONSAP di operazioni di dismissione immobiliari si rendono, a questo punto, necessarie alcune considerazioni preliminari in merito ai presupposti del c.d. “affidamento *in house*”.

Secondo l'insegnamento della Corte di Giustizia i tratti qualificanti dell’*“in house providing”* si rinvergono nell'assenza di un vero e proprio rapporto contrattuale tra una Amministrazione aggiudicatrice e la persona giuridica destinataria dell'affidamento, in quanto l'ente conferente esercita sul prestatore del servizio un *controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, e tale persona giuridica realizza la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti che la controllano* (Sent. 18 novembre 2000 in causa C-107/1998 Teckal).

Due sono le condizioni che secondo il giudice comunitario giustificano la sottrazione di un appalto pubblico all'ambito di operatività delle direttive comunitarie:

1) la circostanza che l'affidamento abbia luogo in favore di soggetti giuridicamente distinti dall'Amministrazione conferente, ma ciononostante elementi del sistema amministrativo, che a tale Amministrazione fanno capo, che è come dire privi rispetto ad esso della qualità di “terzi” (c.d. elemento formale, sent. 14 nov. 2002 in causa C-310/01 Diddi e Comune di Udine);

2) il destinatario dell'appalto deve svolgere la parte più importante della propria attività in favore di tale Amministrazione (c.d. elemento del destinatario dell'atto espletato, sent. 7 dicembre 2000 in causa C-94/1999 Arge; sent. 7 dicembre 2000 in causa C-324/1998 Telaustria).

Nell'occuparsi della prima condizione la Corte è andata progressivamente visualizzando gli aspetti da prendere in considerazione allo scopo di qualificare il rapporto intercorrente tra i due soggetti individuando cumulativamente gli indici di riconoscibilità "dell'assenza di autonomia decisionale":

a) nella dipendenza finanziaria, da ravvisarvi nella relazione proprietaria, sotto forma della partecipazione pubblica diretta o indiretta nella società (sent. 10 novembre 1998 in causa C-36/1996);

b) nella dipendenza amministrativa, in termini sia gestionali che organizzativi.

Alla stregua di tali parametri, si è andato chiarendo che il rapporto di terzietà rilevante ai fini dell'applicazione delle regole comunitarie è da escludere in presenza di un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato da parte dell'Amministrazione controllante, e che tale presupposto può ritenersi soddisfatto quando tra i due soggetti sussista un rapporto equivalente ai fini degli effetti pratici ad una relazione di subordinazione gerarchica, situazione che si verifica quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico sull'ente societario (c.d. controllo analogo).

La Corte di Giustizia con sentenza 11 gennaio 2005 in causa C-26/03, Stadt Halle, ha dato una interpretazione restrittiva del «controllo analogo» elaborato nella sentenza Teckal, partendo dal presupposto che qualsiasi deroga agli obblighi posti dalle direttive comunitarie debba essere interpretata restrittivamente.

In tale sentenza la Corte ha affermato che *“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”* e ciò in considerazione del fatto che qualunque investimento privato di un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi che non sono di interesse pubblico, laddove il rapporto tra un'autorità pubblica e i suoi servizi sottostà esclusivamente ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico.

In tal modo secondo l'odierna e restrittiva lettura “il controllo analogo” viene a legarsi all'elemento teleologico degli obiettivi (di interesse pubblico) che devono essere perseguiti tanto dal soggetto conferente, quanto dall'affidatario rendendo manifesta l'incompatibilità di tale concetto con qualunque forma di negoziazione sugli obiettivi strategici dell'organismo controparte come pure sulle singole decisioni relative alla conduzione dell'impresa.

Le conseguenze di una tale lettura sono che l'affidamento *in house* potrà ritenersi compatibile con l'ordinamento comunitario solo se disposto in favore di società con capitale totalmente pubblico. Anche in tale caso tuttavia non avendo la Corte rinnegato la propria precedente giurisprudenza, occorrerà ugualmente verificare, posta la sussistenza del controllo gestionale finanziario, insita nella proprietà pubblica dell'intero controllo azionario, la misura e l'essenza del controllo, vale a dire se esso sia stringente ed assoluto. Circostanza questa da vagliare alla luce del grado di integrazione tra amministrazione conferente e società partecipata legata al fatto di svolgere tutta o solo una parte della propria attività, in favore di tale amministrazione.

A tal proposito la Corte di Giustizia nella citata sentenza dell'11 gennaio 2005 ha chiarito che per poter ritenere che un soggetto *“svolga la parte rilevante della sua attività a favore dell'amministrazione aggiudicatrice”* è necessario che *“almeno l'80% della cifra d'affari media realizzata nella Comunità dalla società in questione negli ultimi tre anni in materia di servizi derivi dalla fornitura di detti servizi alla autorità aggiudicatrice ovvero all'impresa ad essa collegata o ad essa riconducibili”*.

La Commissione Europea, inoltre, con una nota indirizzata al Governo Italiano ha ribadito che affinché sussista il requisito del “controllo analogo” non è sufficiente il semplice esercizio degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza secondo le regole proprie della direzione societaria.

Il controllo contemplato dalla sentenza Teckal 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 partecipante non possedendo alcuna autonomia decisionale, in relazione ai più importanti atti di gestione, si configura come un'entità distinta solo formalmente dalla Amministrazione ma che in concreto continua a costituire parte della stessa. Pertanto solo a tali condizioni si può ritenere che tra amministrazioni e aggiudicatario non sussista agli effetti pratici un rapporto di terzietà rilevante ai fini dell'applicazione delle regole comunitarie in materia di appalti pubblici.

Il controllo analogo, in sostanza, presuppone un controllo di tipo strutturale, il solo idoneo ad attestare quell'ingerenza pubblica sull'organizzazione imprenditoriale tale da far assumere all'affidatario natura di prolungamento dell'Amministrazione controllante.

Lo stesso controllo azionario totalitario non è pacificamente ritenuto sufficiente ad integrare il presupposto del controllo analogo alla cui infrazione concorrerebbero ulteriori fattori strutturali.

A tal proposito il Consiglio di Stato con ordinanza n. 2316 del 22 aprile 2004 ha chiesto alla Corte di Giustizia se il possesso dell'intero capitale del soggetto affidatario possa garantire quella situazione di dipendenza organica che normalmente si realizza nell'organizzazione burocratica di una P.A.

Chiariti brevemente i presupposti dell'affidamento diretto si rende necessario effettuare alcune considerazioni sulla natura giuridica della CONSAP S.p.A.

La CONSAP S.p.A. è l'unica beneficiaria originata dalla scissione, avvenuta in data 24 settembre 1993, dell'I.N.A. S.p.A. a sua volta derivata dalla trasformazione dell'Ente Pubblico Istituto Nazionale delle Assicurazioni disposta con decreto legge 11 luglio 1992 n. 333 convertito con modificazioni dalla legge 8 agosto 1993 n. 359.

La citata scissione si era resa necessaria poiché la coesistenza nell'I.N.A. di attività private ed imprenditoriali (esercizio dell'assicurazioni sulla vita in concorrenza con le altre compagnie private) e di funzioni di rilievo pubblicitario (gestione di fondi di garanzia e di solidarietà) aveva reso inconciliabile la configurazione della nuova I.N.A. S.p.A. con le caratteristiche proprie del precedente ente pubblico, in quanto vi era il rischio che derivassero oneri e

privilegi suscettibili di alterare rispettivamente a svantaggio ed a vantaggio dell'azienda la "par condicio" concorrenziale con gli altri operatori assicurativi privati esistenti sul mercato.

Alla CONSAP, il cui capitale è interamente detenuto dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, sono state attribuite in regime di concessione dal Ministero delle Attività Produttive, con atti concessori formalizzati nel febbraio 2004, tutte le attività di rilievo pubblicistico che già formavano oggetto della concessione legale in capo all'I.N.A.

La società ha per oggetto principale l'esercizio in regime di concessione di servizi assicurativi pubblici nonché l'espletamento di altre attività e funzioni di interesse pubblico affidatele sulla base di disposizioni di legge, concessioni e convenzioni (art. 4.1 Statuto).

La società ha altresì per oggetto l'assunzione di incarichi da parte di Amministrazioni dello Stato e/o enti pubblici o privati per la gestione, valorizzazione e dismissione di patrimoni immobiliari (art. 4.3 Statuto).

La CONSAP riveste la forma di società di capitali ed è quindi assoggettata alla disciplina prevista dal codice civile per questo tipo di soggetto giuridico, nello specifico può configurarsi, con riguardo al regime giuridico concernente l'attività di gestione, come una società di assicurazione e riassicurazione sia pure *sui generis*, infatti la circostanza che l'intero pacchetto azionario sia nelle mani dello Stato comporta delle conseguenze in ordine alla sua natura giuridica, tanto che la stessa è considerata pur sempre organismo rientrante in una più vasta nozione di P.A.

La circostanza che il capitale azionario della CONSAP sia interamente in mano pubblica ed il fatto che essa assolva a compiti di interesse pubblico permette di configurarla come ente strumentale o quanto meno ausiliario della P.A. (cfr. Relazione Corte dei Conti relativa agli esercizi 2001-2002, pag. 13).

Dal punto di vista strutturale, tra le attività di gestione ha un rilievo fondamentale la gestione del patrimonio immobiliare attribuito alla CONSAP in sede di scissione dall'I.N.A.

L'esperienza acquisita dalla CONSAP nell'attività di gestione e dismissione immobiliare spiega la tendenza degli organi di Governo e delle Amministrazioni statali a richiedere alla società la prestazione di servizi in materia di gestione e dismissione immobiliari, tanto da giustificare l'estensione in questa direzione dello Statuto CONSAP

Tutto ciò premesso, al fine di rispondere al quesito proposto da Codesto Ufficio, è necessario stabilire se il Fondo sia in grado di effettuare sulla CONSAP quel "controllo analogo" richiesto dalla giurisprudenza comunitaria affinché possa configurarsi un'ipotesi di affidamento diretto che consenta di non ricorrere alle procedure ad evidenza pubblica.

A questo proposito si rileva che pare rispettato il requisito della totalità della partecipazione pubblica (da ultimo imposto con la sentenza della Corte di Giustizia dell'11 gennaio 2005), collegato a quello del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico, tuttavia sembra mancare quel controllo "strutturale", ossia l'effettivo potere di ingerenza dell'Amministrazione controllante nell'organizzazione della produzione del prestatore *in house*, lo statuto della società, infatti, non prevede alcuna particolare riserva a favore dell'Am-

ministrazione controllante cui spettano semplicemente i poteri del socio maggioritario, né ancora si può ritenere che l'attività della CONSAP sia svolta in modo prevalente a favore del Fondo.

Quanto sopra affermato porta a ritenere che *non sia possibile* un affidamento diretto alla CONSAP da parte del Fondo, e questo nel presupposto che la totalità della partecipazione pubblica non sia da sola sufficiente a far ritenere esistente quel "controllo analogo" da ritenersi requisito necessario per "l'affidamento *in house*".

Tale tesi sembra essere, peraltro, avvalorata dalla Relazione della Corte dei Conti sul controllo eseguito sulla gestione finanziaria della CONSAP per l'esercizio 1999.

La Corte dei Conti ha, in tale Relazione, affermato che si deve considerare con prudenza la prospettiva di una generica utilizzazione della CONSAP in funzione di servizio per la P.A. al di fuori di specifiche scelte normative legate a materie, progetti, procedure, modelli organizzativi e procedurali.

Secondo la Corte dei Conti *un limite alla possibilità di Convenzioni di servizio comunque configurate, tra Stato e società in mano pubblica è posto dalla disciplina in materia di contratti di servizio posta dalle regole europee e dalle regole interne ed europee per la tutela della concorrenza e del mercato.*

La Corte ha rilevato, inoltre, l'opportunità, nel caso in cui il ricorso a convenzioni resti necessario, di operare la scelta del contraente, anche per i servizi di portata generale e strettamente strumentali rispetto all'attività amministrativa, attraverso le procedure concorsuali previste dalla normativa europea.

Inoltre la circostanza che il Ministero della difesa si sia avvalso del servizio di dismissione immobiliare fornito dalla CONSAP stipulando con la stessa una convenzione (la n. 1197 del 6 marzo 1998) solo dopo l'esperimento di una gara di appalto conclusasi il 23 gennaio 1998, della quale la CONSAP era risultata vincitrice, avvalora quanto sopra detto, ossia che non sia di per sé sufficiente il fatto che la totalità del capitale sociale sia di appartenenza pubblica per procedere all'affidamento diretto e non ritenere applicabile la normativa relativa alle procedure di evidenza pubblica.

Le considerazioni di cui sopra si riferiscono all'ipotesi di appalti di servizi di importo superiore alla c.d. soglia comunitaria, qualora nel caso di specie tale soglia non sia superata l'affidamento diretto alla CONSAP dell'incarico non incontrerebbe ostacoli nella normativa interna e comunitaria.

Non sembra, inoltre, che la previsione di un importo inferiore a cinquanta milioni di cui all'art. 33 n. 7 dello Statuto per la conclusione di un contratto tramite trattativa privata, possa costituire un limite per il Fondo, in quanto tale importo sembrerebbe essere stato sostituito dalla previsione legislativa di cui all'art. 1 del D.Lgs. 157/1995, *successiva* all'emanazione dello Statuto del Fondo.

Nessun impedimento, quindi, neanche di ordine statutario, si opporrebbe alla stipulazione di una convenzione diretta con la CONSAP S.p.A. qualora l'appalto di servizi non superi la soglia comunitaria».

A.G.S. – Parere del 12 aprile 2005, n. 50308.

Se l'art. 18 del D.L. n. 67 del 1997 come convertito riguardi anche i giudizi tra il dipendente e l'Amministrazione di appartenenza. In particolare, la fase del giudizio di Cassazione promosso con ricorso dell'Amministrazione. (contenzioso 4368/05, avvocato C. Sica).

«Con la nota in riscontro codesto Ministero ha trasmesso l'istanza di anticipazione del rimborso delle spese legali presentata dal dott. (...) in relazione al ricorso in Cassazione citato in oggetto.

Stante la sua natura di massima, la questione è stata rimessa al Comitato Consultivo previsto dall'art. 26 della legge n. 103 del 1979.

L'art. 18 del d.l. 25 marzo 1997, n. 67, convertito con legge 23 maggio 1997, n. 135, dispone quanto segue: “1. *Le spese legali relative a giudizi per responsabilità civile, penale e amministrativa, promossi nei confronti di dipendenti di amministrazioni statali in conseguenza di fatti ed atti connessi con l'espletamento del servizio o con l'assolvimento di obblighi istituzionali e conclusi con sentenza o provvedimento che escluda la loro responsabilità, sono rimborsate dalle amministrazioni di appartenenza nei limiti riconosciuti congrui dall'Avvocatura dello Stato. Le amministrazioni interessate, sentita l'Avvocatura dello Stato, possono concedere anticipazioni del rimborso, salva ripetizione nel caso di sentenza definitiva che accerti la responsabilità*”.

Senonchè, nei giudizi tra l'Amministrazione statale e il proprio dipendente la disciplina e la regolamentazione delle relative spese legali è data per intero nel sistema processuale dall'art. 91 c.p.c. Onde, sarà il giudice a decidere se e in quale misura le spese legali vadano rimborsate dall'Amministrazione al proprio dipendente.

Peraltro, il riportato art. 18 è chiarissimo nella inscindibile connessione tra anticipazione e rimborso; nel senso che la prima ha spazio di valutazione nell'ambito del secondo.

Ciò sta a significare che, trattandosi di anticipazione del rimborso, il relativo parere dell'Avvocatura dello Stato non potrebbe che muoversi nell'ambito di una prognosi di esito favorevole per il dipendente (poiché solo questo può dare ipotetico ingresso al rimborso e poiché l'anticipazione è oggetto di ripetizione nel caso di sentenza che accerti la responsabilità).

Tale prognosi, nel caso specifico di impugnazione proposta dall'Amministrazione, vorrebbe dire valutazione negativa in ordine alla fondatezza del gravame; cioè, un'inconciliabile contraddizione in termini».

A.G.S. – Parere del 14 aprile 2005, n. 51463.

Possibilità di estendere al prodotto «biodiesel» ed alle emulsioni di gasolio e acqua le agevolazioni fiscali a regime operanti per il gasolio per autotrazione; in particolare, se, dopo la Dec. del Consiglio UE 3/5/2002, l'Agenzia possa direttamente, in via interpretativa, applicare quel regime agevolativo o debba attendere una prescrizione normativa. (consultivo 57670/04, avvocato G. Albenzio).

«Si richiedono chiarimenti sulla possibilità di estensione al prodotto “biodiesel” ed alle emulsioni di gasolio e acqua delle agevolazioni fiscali accordate al gasolio per autotrazione.

Preliminarmente si osserva che, indipendentemente dalla ricomprensione delle entrate derivanti dalle imposizioni fiscali di cui trattasi fra le “risorse proprie” iscritte nel bilancio dell’Unione europea ai sensi dell’art. 2, Dec. 29 settembre 2000 n. 2000/597/CE/Euratom, tuttavia legittimamente la Comunità interviene in materia a tutela del mercato interno, promuovendo, attraverso il graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri, lo sviluppo armonioso delle attività economiche della Comunità nel suo insieme; in particolare, nella questione che occupa, il riferimento normativo è l’art. 93 (ora 99) CE, richiamato nel preambolo della Dir. 2003/96/CE del Consiglio, ove si legge che “*Il Consiglio, deliberando all’unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, adotta le disposizioni che riguardano l’armonizzazione delle legislazioni relative alle imposte sulla cifra d’affari, alle imposte, di consumo e altre imposte indirette, nella misura in cui detta armonizzazione sia necessaria per assicurare l’instaurazione ed il funzionamento del mercato interno [...]*”.

La tassazione dei prodotti utilizzati come propellente (e, quindi, in definitiva la loro competitività e diffusione sul mercato), sotto altro aspetto, è questione che si intreccia con l’interesse alla tutela ambientale, il quale ha acquisito sempre maggior rilievo sia in seguito all’adesione della Comunità alla *Convenzione di Kyoto* sia per il fatto che con l’*Atto unico europeo* (sottoscritto a Bruxelles il 28 febbraio 1986 dalla Conferenza Intergovernativa, entrato in vigore in data 1 luglio 1987 in seguito alle ratifiche parlamentari dei singoli Paesi) è stata data una specifica base giuridica per l’azione comunitaria in materia di politica ambientale.

Dalle esposte considerazioni discende coerentemente che, in generale, per le agevolazioni fiscali inerenti ai prodotti energetici sono necessarie le apposite autorizzazioni della Comunità europea e ciò per due ordini di motivi: anzitutto, in quanto tali prodotti hanno un’incidenza rilevante sul mercato interno (che necessariamente deve svilupparsi in modo armonioso tramite il ravvicinamento delle legislazioni, come già detto); in secondo luogo, poiché tali prodotti sono generalmente dannosi per l’ecosistema. Tutto ciò è confermato dal fatto che il Consiglio non ha mancato, attraverso diverse Decisioni, di concedere agli Stati membri *autorizzazioni per agevolazioni fiscali di specifici prodotti*, anche al fine di garantire la competitività di prodotti maggiormente rispettosi dell’ambiente, senza tuttavia imporre l’estensibilità dell’agevolazione concessa per il gasolio alla componente petrolica delle miscele contenenti gasolio/acqua e gasolio/*biodiesel*. D’altro canto, la mera estensione dell’agevolazione fiscale *de qua* alla percentuale di gasolio utilizzata in miscela con altri prodotti non può ritenersi consentita in quanto i prodotti miscelati perdono le loro caratteristiche chimiche originarie andando a formare un prodotto nuovo che presenta proprietà del tutto diverse rispetto ai singoli componenti originari; la questione verte, quindi, sull’eventuale possibilità di estendere l’agevolazione specificamente prevista per il gasolio ai c.d. “biocarburanti” in quanto tali.

La *Dir. 2003/1996/CE del Consiglio*, che “*ristruttura il quadro comunitario per la tassazione dei prodotti energetici e dell’elettricità*” si propone di

lasciare agli Stati membri “*la flessibilità necessaria per definire ed attuare politiche adeguate al loro contesto nazionale*” (9° Considerando) e, come correttamente rileva Codesta Agenzia, concede effettivamente un certo margine di libertà agli Stati quanto alla previsione di specifiche esenzioni o riduzioni d’imposta rispetto a quei prodotti che vengano utilizzati nell’ambito di progetti pilota per lo sviluppo tecnologico di prodotti più rispettosi dell’ambiente, nonché di prodotti energetici che contengono acqua; ma tale considerazione conduce ad affermare che, proprio nella misura in cui lo Stato è libero da “vincoli” comunitari, *dovranno trovare applicazione i principi e le norme interne che regolano la materia delle accise*. In questo senso, si nota da un lato che la normativa in materia di accise (ed in particolare il testo unico di cui al *D.Lgs. n. 504/1995*) non prevede sgravi fiscali per i carburanti di cui trattasi; dall’altro, più in generale, *le agevolazioni fiscali devono considerarsi eccezioni alla regola del regime impositivo ordinario*: in tal senso si è recentemente pronunciata — proprio in relazione a fattispecie tributaria — la Cassazione affermando che “*le norme di agevolazione sono eccezionali e devono, quindi, essere interpretate in modo da applicarsi agli oggetti più ridotti possibili, secondo il principio di legittimità, e non secondo il principio di liceità [...]*” (*Cass. Civ., Sez. V, sent. n. 19483/04*).

Sotto altro aspetto, si osserva che gli atti normativi comunitari hanno effetti diretti all’interno degli ordinamenti nazionali e ciò vale, in via di principio, per i regolamenti comunitari (*Corte Cost, sent. 461/1995; Cass. Civ., sent. 8044/1995*) nonché per le norme dei trattati (basti ricordare la nota sentenza *Van Gend en Loos, C-26/62*). Per ciò che concerne le direttive, invece, non se ne può escludere a priori l’efficacia diretta (si parla, in tal caso, di delibere *autoesecutive*) ma deve esserne verificata la possibilità caso per caso, tenendo conto che l’applicabilità diretta costituisce una qualità della norma potendo quindi inerire ad alcune disposizioni e non ad altre anche all’interno del medesimo atto. A tal fine *deve necessariamente riscontrarsi nella norma comunitaria una sufficiente chiarezza, precisione, completezza, tali che l’applicazione della stessa possa essere immediata e non richieda l’emanazione di ulteriori atti comunitari o nazionali, di esecuzione o comunque integrativi* (cfr. *Muller, C-10/1971; Van Duyn, causa C-41/1974; Defrenne I, C-43/1975; Ratti, C-148/1978; Becker, C-8/1981; Inter-Huiles, C-172/82; Francovich, C-6/1990 e C-9/1990*). Nel caso in cui sussistano le condizioni anzidette, sia gli organi giurisdizionali che gli organi amministrativi hanno il potere-dovere di applicare direttamente la norma comunitaria, disapplicando la norma nazionale incompatibile.

Nel caso in esame, le disposizioni della direttiva 2003/1996/CE del Consiglio che riguardano le agevolazioni fiscali sui carburanti lasciano un certo margine di flessibilità ai singoli Stati e pertanto non sembrano direttamente applicabili: la direttiva evidenzia la necessità di gestire la politica fiscale anche in funzione della tutela dell’ambiente ma, comunque, nel quadro dei singoli contesti nazionali. In altre parole, se l’Amministrazione estendesse l’agevolazione in parola a prodotti diversi dal gasolio sulla base della direttiva citata, non applicherebbe semplicemente una norma comunitaria ad effetto diretto bensì *creerebbe una norma che al momento non esiste né nell’ordina-*

mento statale italiano né in quello comunitario. In definitiva, gli organi amministrativi hanno il dovere di applicare le norme che risultino chiare e specifiche ma non hanno il potere di attuare in modo immediato direttive d'indirizzo o principi generali (nel caso che occupa si tratterebbe della tutela dell'ambiente).

Infine, va rilevato che l'agevolazione per il gasolio destinato all'autotrazione è diretta a sostenere il relativo settore imprenditoriale mentre lo sgravio d'accisa riguardante le emulsioni stabilizzate ha una *finalità del tutto diversa* ovvero quella di favorire la produzione e l'utilizzo di carburanti maggiormente rispettosi dell'ambiente: tale circostanza evidenzia ulteriormente la necessità di un apposito intervento normativo.

Per tutte le motivazioni sopra esposte, si ritiene che, in punto di diritto, l'estensione a miscele quali il "biodiesel" ed alle emulsioni di acqua e gasolio della riduzione d'imposta prevista per il gasolio non sia possibile in assenza di disposizioni normative nazionali o comunitarie che *specificamente* la legittimino.

Peraltro, considerata la rilevanza, anche sotto il profilo programmatico e di armonizzazione delle legislazioni degli Stati, che la tutela dell'ambiente ha acquisito a livello comunitario, codesta Agenzia delle Dogane ben potrebbe valutare l'opportunità di sollecitare un intervento legislativo che possa valere a colmare il vuoto normativo sopra evidenziato, in attuazione degli obiettivi primari indicati dagli Organi Comunitari ed al fine di evitare disomogeneità nel sistema agevolativo in vigore».

A.G.S. – Parere del 14 aprile 2005, n. 51472.

Modalità di applicazione alle persone giuridiche delle sanzioni amministrative in materia doganale, ai sensi dell'art. 7 del D.L. n. 269/03, convertito in legge n. 326/03, con particolare riferimento al principio della responsabilità personale degli amministratori e legali rappresentanti (art. 11 D.Lgs. vo n. 472/97) ed al principio di colpevolezza (art. 5, 6 e 7 del D.Lgs. vo n. 472/97). (consultivo 6135/05, avvocato G. Albenzio).

«In risposta alla richiesta di parere di cui all'oggetto, circa l'applicazione delle sanzioni tributarie alle persone giuridiche, ai sensi della nuova normativa di cui all'art. 7, decreto legge n. 269/03 (conv. in legge n. 326/03), questa Avvocatura Generale osserva quanto segue.

1. – Con il D.Lgs. n. 472/1997 il Governo – in attuazione della delega contenuta al comma 133 dell'art. 3 della legge n. 662/1996 – ha ridisegnato in modo organico ed uniforme il sistema delle sanzioni tributarie non penali, abrogando, tra l'altro, gran parte delle norme contenute nella legge n. 4/29 che avevano regolato fino a quel momento la materia.

I principi ispiratori del testo unico del 1929, infatti, mal si conciliavano con quelli a base della riforma delle sanzioni amministrative attuata con la legge n. 689/1981, ove il Legislatore aveva definito la struttura dell'illecito amministrativo, e della conseguente sanzione sul modello del sistema dell'illecito penale (in relazione al riconoscimento della natura punitiva ed affittiva di quest'ultima), dando vita ad un sistema basato sui principi di legalità (e relativi corollari), di personalità della responsabilità e della pena, di accertamento del momento soggettivo dell'autore della condotta e della commisurazione dell'entità della sanzione a criteri oggettivi e soggettivi.

Con il D.Lgs. n. 472/1997 è stata riconosciuta la natura — peraltro affermata appena un anno prima dalla Corte di Cassazione (sent. n. 10823/1996) — punitivo-afflittiva della sanzione amministrativa tributaria con conseguente riforma di tutto l'assetto normativo: si veda l'enunciazione dei principi di legalità ed irretroattività (art. 3, 1° comma), l'introduzione di una precisa disciplina in tema di imputabilità (peraltro più vicina al sistema definito nel codice penale di quanto lo sia quello della legge n. 689/1981) e, con significativa innovazione rispetto al precedente regime, per il quale era sufficiente che la violazione fosse semplicemente attribuibile ad una condotta cosciente e volontaria, la affermazione della necessaria colpevolezza (come *minimum*) della condotta dell'autore dell'illecito (art. 5); sono stati, poi, individuati anche i responsabili per la sanzione amministrativa nelle persone fisiche o giuridiche nell'interesse dei quali l'autore della violazione agisce (art. 11: tale obbligazione solidale ricorda da vicino la disciplina relativa alle obbligazioni civili per l'ammenda e la multa previste dagli artt. 196 e 197 c.p., differenziandosene, tuttavia, per l'ambito di operatività più ampio, non presupponendo l'insolvenza del debitore *cf.* Russo P., *Manuale di diritto tributario*, 2002).

Il D.Lgs. n. 472/1997, quindi, rappresenta il momento più importante del processo di armonizzazione delle sanzioni amministrative tributarie con i principi generali introdotti nel nostro ordinamento dalla legge n. 689/1981 che, come ritenuto dalla dottrina prevalente, ha dato attuazione ai principi di cui agli artt. 23 e 25 della Costituzione.

In considerazione di quanto affermato, quindi, in tutte quelle ipotesi in cui il Legislatore non preveda esplicitamente, con riferimento ad alcuni istituti specifici, la deroga ai principi affermati in sede di D.Lgs. n. 472/1997, tutta la normativa (seguente) deve essere interpretata in conformità con quanto enunciato in questo provvedimento legislativo.

2. – L'applicazione pratica della nuova disciplina ha incontrato, però, gli stessi ostacoli di quella precedente in punto di individuazione e prova della responsabilità degli amministratori e legali rappresentanti delle persone giuridiche per le violazioni agli obblighi tributari riscontrate (*cf.* Cass. 27 marzo 1984 n. 2018 e Cass. 27 maggio 1999 n. 5169), con conseguente difficile riferibilità delle sanzioni alle persone giuridiche coinvolte.

Il Legislatore ha, così, ritenuto di risolvere il problema della riscossione delle (spesso ingenti) somme dovute dalle persone giuridiche in conseguenza della violazione degli obblighi tributari con il disposto dell'art. 7 decreto legge n. 269/03, ove si prevede che le sanzioni amministrative relative al rapporto fiscale proprio di società o enti con personalità giuridica sono "*esclusivamente a carico della persona giuridica*", fatte salve le disposizioni del D.Lgs. n. 472/1997 "*in quanto applicabili*".

Nella modifica del regime di responsabilità nel senso sopra indicato, si deve ritenere che il Legislatore non abbia inteso stravolgere l'intera disciplina relativa alla sanzione amministrativa tributaria, introducendo una sorta di responsabilità *oggettiva* a carico delle persone giuridiche, ma che si sia limitato a disporre che le sanzioni amministrative relative al rapporto fiscale proprio di società o enti con personalità giuridica restano a carico esclusivo della persona giuridica stessa (in definitiva, destinataria dei benefici indebitamente conseguiti con l'evasione d'imposta).

Il fatto che della sanzione risponde esclusivamente la persona giuridica non significa quindi che, con riferimento alla condotta materiale, non deve essere presa in considerazione la sussistenza — in capo al soggetto autore mate-

riale della violazione — di tutti quegli elementi, quali l'imputabilità, la colpevolezza e la contestuale assenza di errori scusabili che sono alla base di qualsiasi attività di accertamento in ordine alla commissione di illeciti tributari.

Tale conclusione — peraltro scontata data la portata generale della normativa contenuta nel D.Lgs. n. 472/1997 — è avvalorata dalla circostanza che è lo stesso Legislatore a statuire come continuino ad applicarsi, in quanto compatibili, le disposizioni contenute nel D.Lgs. 472/1997, del quale vengono resi parzialmente inoperanti i soli art. 2, comma 2, e 11, comma 1, limitatamente alle persone giuridiche.

Alla luce delle argomentazioni svolte, quindi, questa Avvocatura ritiene che la normativa di cui al D.Lgs. n. 472/1997, ed in particolar modo quella agli artt. 5, 6 e 7 del medesimo, deve trovare applicazione — con riferimento alla persona fisica autrice dell'illecito tributario — anche nelle ipotesi in cui rileva la nuova disciplina prevista all'art. 7 decreto-legge n. 269/03 (conv. in legge n. 326/03), ancorché la responsabilità per l'illecito stesso resti ad esclusivo carico della persona giuridica nel cui interesse l'attività sia stata posta in essere, in sintonia con il principio generale di cui all'art. 2049 c.c.

Resta ferma integralmente la disciplina delle responsabilità dettata dal D.Lgs. 472 per i soggetti estranei all'ambito soggettivo delineato dal decreto legge 269, ossia nei confronti degli amministratori e dei soci delle società prive di personalità giuridica, nonché dei dipendenti di dette società e delle persone fisiche in genere, per i quali si continua ad applicare l'art. 11 che prevede la responsabilità diretta dell'autore della violazione ed una responsabilità solidale del soggetto (persona fisica, società, ente) nel cui interesse si è agito».

A.G.S. Parere del 15 aprile 2005, n. 52626

Giudizi di opposizione contro verbali di constatazione redatti a cura dell'Arma dei Carabinieri. 1) *Quale sia l'Amministrazione competente e sia legittimata passiva: il Ministero della Difesa, nella cui struttura è inserita l'Arma, ovvero il Ministero dell'Interno, per conto del quale vengono eseguiti i controlli;* 2) *a chi spetta la legittimazione processuale e quale sia la conseguenza se l'opposizione sia stata notificata direttamente ed unicamente all'Arma dei Carabinieri;* 3) *quale difesa debba essere sostenuta nel giudizio da parte dell'Arma dei Carabinieri.* (consultivo 13512/05, avvocato V. Rago).

«Codesto Comando, con nota qui pervenuta in data 5 marzo 2005, richiamando la giurisprudenza di legittimità sull'argomento, chiede di conoscere quale comportamento debba essere adottato nei *giudizi di opposizione contro i verbali di contestazione* per infrazioni sanitarie o per la circolazione stradale avanti al Giudice di Pace, notificati ai Reparti dell'Arma dei Carabinieri cui erano intestati i detti verbali e quale sia la difesa da sostenere nel giudizio; con specifico riferimento alle opposizioni contro i verbali di contestazione per infrazioni del Codice della strada, chiede di conoscere se si debba interessare il Ministero della Difesa, nella cui struttura l'Arma dei Carabinieri è inserita, ovvero il Ministero dell'Interno, per il cui conto esegue i controlli di polizia stradale.

Giova subito rilevare come la Cassazione ha ora di recente chiarito che «In tema di sanzioni amministrative per violazioni del codice della strada, nel caso in cui venga proposta opposizione avverso il verbale di contesta-

zione della violazione, la legittimazione passiva spetta, alternativamente, alle amministrazioni centrali cui appartengono i vari corpi di polizia abilitati alla contestazione.....». (Cass., Sez. I, 1 aprile 2004, n. 6364).

In particolare, la Cassazione ha precisato in motivazione «che costituisce consolidato orientamento di questa Corte (*cf.*, *ex pluribus*, sentt. nn. 5827 del 1998, 15245 del 2001, 6934 del 2003), integralmente condiviso dal Collegio, quello, secondo cui, nell'ipotesi – quale quella di specie – in cui venga proposta opposizione avverso verbale di contestazione di violazione al codice della strada (ai sensi del combinato disposto degli artt. 205 comma 3 dal d.lgs. n. 285 del 1992 e 22, 22-*bis* e 23 della legge n. 689 del 1981), la legittimazione passiva spetta, alternativamente, alle Amministrazioni centrali cui appartengono i vari corpi di polizia abilitati alla contestazione (ad es., Ministro della Difesa, nel caso in cui la contestazione venga effettuata dall'Arma dei Carabinieri; Ministro dell'Interno, nel caso di contestazione effettuata, come nella specie, dalla Polizia stradale), con la conseguenza che, ove l'opposizione venga proposta direttamente avverso il processo verbale di contestazione di violazione al codice della strada elevato dalla Polizia stradale; legittimato passivo a resistere all'opposizione (e legittimato a ricorrere o a resistere nell'eventuale, successivo giudizio di Cassazione) è il Ministro dell'Interno e non il prefetto».

Secondo la Cassazione, quando il ricorso non viene notificato al Ministero, la conseguenza processuale è «l'inammissibilità dell'opposizione; infatti, il (ricorrente n.d.r.)...*omissis*..., in forza del principio dianzi ribadito, avrebbe dovuto proporre il ricorso in opposizione, individuando nel Ministro dell'Interno – e non già nella Polizia stradale di V. (come ancora nel presente ricorso continua a sostenere) – il suo legittimo contraddittore».

Lo stesso principio è stato affermato dalla sentenza della Cassazione, sez. I, 24 agosto 2004, n. 16726.

Né può sostenersi che il vizio viene sanato per effetto della costituzione di un organo incompetente (quale l'organo accertatore invece che l'Amministrazione centrale) rappresentato e difeso dall'Avvocatura dello Stato, perché la Cassazione, nella sentenza da ultimo citata, ha anche precisato che «Solo se vi fosse stata notifica del ricorso al Ministro competente presso la Prefettura convenuta, quale ufficio periferico dell'Amministrazione dell'Interno, poteva aversi l'errore d'identificazione della persona (Prefetto invece che Ministro) alla quale l'opposizione doveva notificarsi, sanabile come irregolarità, *ex art.* 4 legge 25 marzo 1958 n. 260 (così, Cass. 23 maggio 2003 n. 16304, in riferimento a questa materia). Quando sia evocato in causa, come nel caso, il solo Prefetto che non è l'Autorità che ha irrogato la sanzione, esso è privo di legittimazione e capacità di stare in giudizio per conto del soggetto legittimato, non essendo in giudizio quale organo periferico del Ministero dell'Interno, unico che poteva essere destinatario dell'opposizione».

Dalle considerazioni che precedono, consegue che, se l'opposizione è notificata direttamente all'organo accertatore (ad es. Polizia stradale ovvero l'Arma dei carabinieri) o all'Ufficio territoriale del Governo (ex Prefettura) in proprio e non quale organo periferico dell'Amministrazione centrale (Ministero dell'Interno e della Difesa), e così come ha ritenuto la Corte di legittimità, «.....prima della carenza di legittimazione sostanziale assume rilievo quella processuale, non avendo la capacità di stare in giudizio, oltre che quella di agire in questa causa, la ricorrente Prefettura, che non poteva resistere neppure per conto del Ministero né è legittimata a ricorrere

per Cassazione in proprio. 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 detti atti per suo conto, impugnando la sentenza di merito e riconoscendo in tal modo come propria l'attività difensiva dell'Ufficio territoriale del Governo in sede di merito, ratificando con il ricorso per Cassazione la stessa, pure se svolta da chi non aveva poteri rappresentativi di stare in causa per esso (sulla impugnazione del legittimato sanante il difetto di legittimazione processuale, cfr. le recenti Cass. 9 dicembre 2003 n. 18743, 19 novembre 2003 n. 17525, e 27 novembre 2001 n. 14970)». (Cfr. Cass., n. 16726/2004 *cit.*).

Il difetto di legittimazione processuale «esclude la validità del contraddittorio e incide sulla costituzione stessa del rapporto processuale» ed «è causa di nullità di tutti gli atti processuali illegittimamente compiuti in sede di merito, rilevabile di ufficio in ogni stato e grado del processo, a meno che non vi sia giudicato con pronuncia specifica sul punto a seguito di eccezione della parte interessata, disattesa dal giudice del merito e non riproposta in ricorso (Cass. 16 settembre 2003 n. 13550, 27 agosto 2003 n. 12547 e 5 marzo 1997, n. 1926)».

Ancora più recentemente (Cass., Sez. I, 1° settembre 2004, n. 17525) la Corte di legittimità, confermando l'orientamento indicato in epigrafe in punto di legittimazione, ha distinto la fattispecie oggetto del presente parere da quella riguardante l'opposizione avverso l'ordinanza-ingiunzione del prefetto, specificando che «nell'ipotesi in cui venga proposta opposizione direttamente avverso il verbale di contestazione per violazione al codice della strada (non, dunque, avverso l'ordinanza-ingiunzione del prefetto, il quale, in tal caso, è dotato di propria legittimazione processuale passiva *ex art. 204 cod. strad.*), la legittimazione passiva va riconosciuta, alternativamente, sia alle singole amministrazioni centrali, cui appartengono i vari corpi autorizzati alla contestazione (nella specie, i carabinieri, e perciò il ministro della difesa) sia al Ministero dell'Interno, il quale, ai sensi dell'art. 11 cod. strad., possiede specifiche competenze in materia di circolazione stradale, ed ha il compito di coordinamento dei servizi di polizia stradale».

Ed infatti, la Corte ha «affermato il principio di diritto secondo il quale, in tema di sanzioni amministrative pecuniarie per violazioni del codice della strada, il ricorso al Prefetto avverso il verbale di accertamento dell'infrazione, non costituisce presupposto processuale per poter legittimamente adire l'autorità giudiziaria ordinaria, con la conseguenza che l'interessato, nell'impugnare direttamente il predetto verbale di accertamento dell'infrazione, deve convenire in giudizio non più il Prefetto, bensì l'autorità amministrativa da cui dipende l'organo accertatore della violazione (Cassazione, sentt. nn. 14319 del 2001 e 17546 del 2003.....)», non operando la legittimazione eccezionale ed esclusiva attribuita dall'art. 22 l.s. 689/1981 al Prefetto.

Applicando i principi suesposti, quando viene proposta opposizione contro verbali di constatazione dell'Arma dei Carabinieri, la legittimazione in giudizio spetta non già all'Arma dei Carabinieri, ma al Ministero della Difesa, in quanto amministrazione centrale cui appartiene l'Arma.

Quando si tratta di opposizione a verbali di constatazione per infrazioni al codice della strada, in virtù dei principi enucleati dalla giurisprudenza della Corte sopra richiamata, la legittimazione spetta sia al Ministero della Difesa, nella cui struttura l'Arma dei Carabinieri è inserita, sia al Ministero dell'Interno il quale, ai sensi degli art. 11 d.lgs. 295/1992 (c.d. Codice della

strada) e 21 d.P.R. 495/1992, possiede specifiche competenze in materia di circolazione stradale, nonché ha il compito di coordinamento dei servizi di Polizia stradale (Cassazione, sentt. nn. 15245 del 2001 e 387 del 1999) e tenuto, in ogni caso, conto che l'Arma dei Carabinieri, in virtù di quanto disposto dal d.lgs. 297/00 «dipende funzionalmente dal Ministro dell'Interno, per quanto attiene ai compiti di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica».

Quando, invece, viene proposta opposizione avverso l'ordinanza-ingiunzione di irrogazione della sanzione, la legittimazione è dell'Ufficio territoriale del Governo in virtù dei pacifici principi di cui alla legge n. 689/1981, nonché di quanto statuito dall'art. 204 Cod. Strada.

Ciò premesso, si osserva che quando i Reparti dell'Arma siano direttamente – in proprio e non quali organi del Ministero – convenuti in giudizio avanti al Giudice di Pace nelle opposizioni avverso i verbali di «constatazione da essi redatti, sia nelle procedure ordinarie sia in quelle aventi ad oggetto infrazioni al codice della strada, dovranno costituirsi in giudizio eccependo l'inammissibilità del ricorso, avuto riguardo alla pacifica giurisprudenza di legittimità sopra riportata e, in ogni caso, la sua infondatezza, confermando gli accertamenti effettuati e trasposti nel verbale impugnato.

Per quanto concerne, in particolare, le opposizioni per infrazioni a norme del Codice della strada, sarà opportuno che l'Arma interessi sia il Ministero della Difesa, sia quello dell'Interno, in relazione sia alla legittimazione in capo alle due Amministrazioni, così come riconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità sia alla circostanza che essa, pur essendo inserita nel Ministero della Difesa, esegue, come detto, i controlli di polizia stradale per conto del Ministero dell'Interno».

A.G.S. Parere del 15 aprile 2005, n. 52646.

Art. 1 comma 2, legge 966/65 e istituti scolastici autonomi. Patrocinio dell'Avvocatura dello Stato: natura. (consultivo 48693/05, avvocato E. Figliolia).

«Relativamente all'oggetto, acquisito l'avviso del Ministero dell'Interno con la nota 23 febbraio 2005 si osserva quanto segue.

La circostanza che sulla base dell'art. 21 della legge 59/1997 le istituzioni scolastiche abbiano acquisito la personalità giuridica non impedisce affatto la sussumibilità delle medesime nell'ambito dell'Amministrazione statale.

Specificamente ha chiarito sia la giurisprudenza di legittimità (Cass., sez. III civile, ordinanza 13 luglio 2004 n. 12977) che di merito (Tribunale di Foggia sentenza 5 dicembre 2002), che dette istituzioni, pur successivamente all'acquisizione della personalità giuridica alla stregua della vigente normativa, rimangono compenstrate nell'Amministrazione dello Stato, nella quale, invero, sono incardinate. E tali principi sono stati già ampiamente condivisi da questa Avvocatura Generale (parere del Comitato Consultivo del 4 marzo 2005 prot. n. 30282) a proposito della ritenuta impossibilità, in linea legale, per dette istituzioni, di impugnare atti dell'Amministrazione statale.

Ed invero si è chiarito nella qui richiamata consultazione che alle istituzioni scolastiche, attualmente sono attribuite le funzioni relative alla carriera scolastica ed al rapporto con gli alunni, all'amministrazione ed alla gestione del patrimonio e delle risorse ed allo stato giuridico ed economico del personale, non riservate da specifiche disposizioni all'Amministrazione centrale o

periferica (Cons. Stato, sez. II, 27 settembre 2000 n. 1021), nell'ambito quindi di principi di autonomia di dette strutture che non possono contrapporsi rispetto all'Amministrazione statale di cui sono parte fondamentale.

Orbene, per quanto sopra considerato, la posizione assunta in ordine alla problematica di cui trattasi dal Dipartimento dei Vigili del Fuoco, del Soccorso pubblico e della difesa civile, non è condivisibile, in quanto muove da un dato, l'acquisizione della personalità giuridica delle istituzioni *de quibus*, che non è affatto rilevante nella fattispecie interpretativa in rassegna, una volta chiarito che la citata personalità giuridica non incide affatto sul rapporto di compenetrazione dei summenzionati soggetti di diritto pubblico nel competente plesso amministrativo statale.

Conclusivamente, tenuto conto della chiara dizione legislativa d'interesse (art. 1 legge 966/1965) che recita che sono esenti dal pagamento le prestazioni richieste dalle Amministrazioni dello Stato, si ritiene che le istituzioni scolastiche debbano necessariamente essere escluse dal pagamento delle prestazioni in questione.

Per quanto precede, a fronte della diversità di interpretazioni del pertinente dato normativo, sostenute da diverse Amministrazioni statali, appare urgente definire in via amministrativa la questione da parte dei Ministeri in indirizzo».

DOTTRINA

Pratiche di conciliazione nel sistema federale italiano (*)

di Oscar Fiumara

Da più parti si è avvertito come, con l'avvento della riforma costituzionale del 2001, il contenzioso costituzionale fra Stato e Regioni, già prima vasto e sovrabbondante, si sia dilatato in modo preoccupante e certamente non consono alle aspettative, con un ingolfamento nel lavoro della Corte costituzionale che non solo ne ostacola la funzione ma produce anche una crisi di credibilità. Ci riferiamo in particolare al contenzioso relativo alle leggi statali e a quelle regionali (e delle province autonome), ma il discorso potrebbe estendersi anche, *mutatis mutandis*, ai conflitti di attribuzione fra Stato ed Enti locali.

Il vecchio art. 127 della Costituzione prevedeva un filtro a tale conflittualità, almeno per le leggi regionali. Il previo «visto» del commissario del governo infatti consentiva di comporre molte divergenze prima della promulgazione della legge regionale, magari solo quelle di non rilevante entità ma comunque numerose.

Il termine di soli 15 giorni per la successiva eventuale impugnazione era spesso insufficiente per delineare esattamente e adeguatamente l'oggetto del ricorso, ma la limitatezza delle competenze regionali e il controllo previo rendevano tollerabile, anche se tutt'altro che ideale, la situazione.

L'apertura ad una ben più estesa competenza regionale, in una più compiuta e armoniosa autonomia degli enti locali, ha correttamente eliminato la fase preliminare del visto commissariale, riconoscendo al legislatore regionale la prerogativa propria del relativo potere, ma per altro verso ha creato i presupposti per il sorgere di un contenzioso abnorme e dannoso, che mina lo stesso principio di certezza del diritto. L'ampliamento dei termini di impugnazione, unificati per i ricorsi sia contro le leggi regionali che contro quelle statali, non consente di prevenire la conflittualità o comporla prima dell'in-

(*) Intervento nel convegno sul tema svoltosi a Roma il 18 gennaio 2005 ad iniziativa del Ministro per gli affari regionali.

tervento del giudice costituzionale. E spesso non consente neanche una meditata proposizione di tutte le questioni che realmente sarebbe opportuno proporre al vaglio della Corte.

Occorre trovare un rimedio, che non solo limiti il contenzioso, ma riequilibri i moti centripeti e centrifughi in una visione armoniosa delle competenze.

Caduto il visto commissariale, non v'è più un sistema di prevenzione, né si rinviene, *de jure condito*, un modo di risoluzione esterno al giudizio di costituzionalità. Certamente v'è ancora lo spazio, oltre che per una previa consultazione (che spesso avviene) fra Stato e Regione prima dell'adozione della legge, finanche per un accordo fra essi dopo la promulgazione della legge, ma ciò non elimina, se non in casi rarissimi, la necessità di un ricorso alla Corte, spesso affrettato e non sufficientemente meditato, nella cui pendenza soltanto può raggiungersi l'intesa (come in effetti è stata talvolta raggiunta, con una conseguente modifica della normativa contestata e una successiva rinuncia al ricorso proposto).

È vero che, come ha affermato la Corte, una leale collaborazione deve improntare i rapporti fra Stato e Regioni, ma anche con tutta la buona volontà una intesa è tutt'altro che agevole. Non lo è prima dell'adozione della normativa, per l'autonomia e l'indipendenza dei rispettivi organi legislativi; non lo è dopo, per la mancanza di un procedimento tipico di composizione dei conflitti e la concorrenza dei poteri che dovrebbero interloquire, spinti da diverse e disomogenee esigenze.

È possibile intervenire *de jure condendo*? ed è opportuno disciplinare la materia? e con quali limiti?

Si parla (ed è l'oggetto del convegno) di eventuali soluzioni alternative delle controversie (ADR: *Alternative Dispute Resolution*), di metodi di conciliazione. E si indicano, per una comparazione ed una eventuale estensione, alcune soluzioni maturate nel campo del diritto civile e commerciale, in sede nazionale o comunitaria.

Ma qui occorre subito precisare. Impercorribile è qualsiasi via di tipo arbitrale che fosse destinata a sfociare in una soluzione vincolante per le parti in conflitto. La funzione legislativa attribuita allo Stato e alle Regioni (e Province autonome), espressione della sovranità popolare, secondo la ripartizione di competenze fissata dalla Costituzione, non consente – ovviamente – che vi sia un organo, anche di massima garanzia (fosse anche il Senato federale proposto dal progetto di riforma costituzionale attualmente all'esame del Parlamento), che possa decidere soprapponendosi agli organi legislativi, imponendo loro una soluzione, anche magari la più logica e condivisibile. Un potere superiore può essere riconosciuto solo alla Corte costituzionale, nella sua funzione di controllo sulla costituzionalità delle leggi. Una soluzione va quindi ricercata – ammesso che sia possibile ed opportuna – soltanto in via di mediazione, attraverso un tentativo di conciliazione che sfoci in una proposta comune da sottoporre poi al vaglio dell'organo legislativo statale o regionale per le sue definitive determinazioni, fermo in ogni caso il successivo controllo, a richiesta dello Stato e/o della Regione, da parte della Corte costituzionale. E il tentativo, per avere un senso, dovrebbe precedere il ricorso eventuale alla Corte ed espletarsi in un breve e ben definito arco temporale.

Metodi di conciliazione, invero, non sono affatto esclusivi del diritto civile e commerciale. A fianco di normative nazionali che prevedono tentativi

di conciliazione alternativi al giudizio (si pensi ai procedimenti di conciliazione promossi dalle Camere di commercio, agli organismi di conciliazione del nuovo diritto societario, alle procedure di conciliazione dei contratti e accordi collettivi, al tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro), che la stessa Comunità europea intenderebbe incrementare (si veda il libro verde della Commissione e la recentissima proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale), vi sono anche esempi – ai nostri fini assai più significativi – nel campo del diritto pubblico: si pensi all'organo di conciliazione istituito dalla Commissione delle C.E. con la decisione 94/442/CE, richiamata espressamente nel suo regolamento 95/1663/CE sulla procedura di liquidazione dei conti FEOGA, che può essere adito – e normalmente lo è – da uno Stato membro prima che una spesa da esso sopportata sia esclusa dalla imputazione al Fondo (cioè alla Comunità); organo che, però, si limita a redigere una relazione con la quale in sostanza si propone una soluzione, che – però – non sarà vincolante né per lo Stato né per l'esecutivo comunitario, rimanendo salvi le definitive determinazioni di quest'ultimo e il ricorso dello Stato alla Corte di giustizia comunitaria.

Un qualcosa del genere può essere tentato. Sia però ben chiaro: una tale eventualità ed opportunità dovrebbe prescindere dal mero intento, pur giusto e concorrente, di limitare il lavoro della Corte costituzionale, ma dovrebbe tradursi in una espressione di quel principio di leale collaborazione che deve improntare i rapporti fra Stato ed Enti locali. Non dunque un'alternativa al controllo di costituzionalità, che deve restare integro, bensì un mezzo di risoluzione di un contrasto che può risultare più rapido, idoneo e rispettoso delle rispettive prerogative, evitandosi, con un metodo costruttivo che vaglia le opposte tesi e i comuni interessi superiori, una soluzione traumatica che potrebbe anche produrre effetti meramente distruttivi.

Il progetto di riforma costituzionale cui abbiamo già fatto riferimento consente, sia pure con qualche correttivo, a quanto pare, di muoversi in questa direzione.

Al di là di un possibile pregiudizio dell'interesse nazionale da parte di una legge regionale che – secondo l'art. 127 del progetto – potrebbe portare all'annullamento della norma ad opera del Parlamento in seduta comune, in un'ipotesi limite in cui lo Stato eserciterebbe in pieno un logico potere di supremazia, il progetto prevede espressamente, all'art. 118, la istituzione della già nota Conferenza Stato – Regioni «per realizzare la leale collaborazione e per promuovere accordi ed intese» e prevede anche la possibilità di istituire altre Conferenze fra lo Stato e gli Enti locali, rimandando ad una legge statale per la disciplina di norme di coordinamento in alcune materie (immigrazione, ordine pubblico e sicurezza, tutela dei beni culturali, ricerca, grandi reti strategiche di trasporto e di navigazione di interesse nazionale). E l'art. 129 prevede una legge statale di coordinamento fra il Senato federale e gli Enti locali e un regolamento del Senato stesso che garantisca rapporti di reciproca informazione e collaborazione fra i senatori e i rappresentanti degli Enti locali, nonché l'audizione dei senatori da parte dei Consigli delle Regioni in cui essi sono stati eletti.

V'è dunque spazio nell'ambito di una auspicabile riforma costituzionale – magari con gli opportuni adattamenti dell'art. 127 – per una nor-

mativa statale che contempra un procedimento di mediazione previo, che consenta di dirimere una buona parte dei possibili conflitti fra Stato e Regioni, prima che essi siano sottoposti, con un ricorso dell'uno o delle altre, al vaglio della Corte costituzionale. Così non solo e non tanto eliminando il proliferare dei ricorsi e l'ingolfamento della Corte Costituzionale, cui verrebbe restituita la possibilità di rendere rapidamente il suo responso nei casi di effettivo, serio e reale conflitto, ma nello stesso tempo e vieppiù permettendo una serena ed obiettiva rivalutazione da parte degli stessi titolari dei poteri in conflitto, che conservi alla politica (nel senso autentico e nobile della parola) il suo ruolo.

Un tale procedimento dovrebbe avere alcuni punti fermi: *a)* le leggi statali e regionali vengono promulgate ed entrano in vigore indipendentemente dai tempi della mediazione, così come già oggi avviene in pendenza del ricorso alla Corte costituzionale; *b)* deve svolgersi e concludersi in un breve e determinato spazio di tempo, durante il quale è sospeso il termine per il ricorso alla Corte (salvo che non si ravvisi, in casi eccezionali, la necessità di una sospensiva): se si raggiunge un'ipotesi di intesa, la sospensione permane per un ulteriore breve tempo necessario per la valutazione e le conseguenti determinazioni degli organi legislativi, liberi pur sempre di uniformarsi o no all'intesa; se non si raggiunge l'intesa o comunque l'adeguamento ad essa, resta aperta la possibilità di ricorrere alla Corte costituzionale per la risoluzione del persistente conflitto.

Un tale sistema di previa mediazione obbligatoria raggiungerebbe certamente lo scopo di eliminare, in un clima di leale collaborazione e quindi anche secondo una valutazione di merito, una buona parte del contenzioso, che spesso si presenta bagatellare e poco consono alle funzioni della Corte delle leggi. E il procedimento di mediazione non sarebbe affatto un'inutile complicazione per i casi di maggior rilievo rimasti insoluti, perché il tempo perduto con esso sarebbe ampiamente recuperato con la riduzione del contenzioso e la maggior rapidità delle decisioni della Corte.

Interlocutori nel procedimento di mediazione non potrebbero che essere gli organi esecutivi di vertice dello Stato e delle Regioni. Il coordinamento degli interessi sottesi, la cui cura per la loro diversa natura è affidata di norma a più organi sottordinati, appare più agevole per le Regioni, per la maggior compattezza della competenze in sede locale, un po' meno per lo Stato, dove comunque il Dipartimento degli Affari Regionali della Presidenza del Consiglio, per la sua esperienza e la posizione *super partes*, è ben in grado di coordinare e di rappresentare una posizione univoca. Ma sarebbe opportuno che fosse anche definito un mediatore istituzionale, con compiti certamente non decisionali ma più propriamente propulsivi e propositivi.

Un tale mediatore andrebbe ricercato o nell'ambito della Conferenza Stato-Regioni o (perché no?) affidando il compito all'Avvocatura dello Stato.

Come è noto, le leggi regionali sospettate di eccedere la competenza dell'ente locale sono oggi (e dovranno essere domani) impugnate dinanzi alla Corte costituzionale dal Governo; ed è il Governo la parte nei cui confronti è proposta dalla Regione l'impugnativa di una legge statale sospettata di ledere la sua sfera di competenza. Il Governo è sempre rappresentato dall'Avvocatura dello Stato, la quale è dunque protagonista in tutti i giudizi di costituzionalità

relativi ai conflitti fra Stato e Regioni. Considerati i caratteri di ben nota autonomia e indipendenza di giudizio e di valutazione dell'Istituto – che potrebbero essere accentuati se gli si attribuisse formalmente, come pur si è prospettato, una funzione di vera e propria Autorità della Pubblica Amministrazione, alla cui figura caratteristica già oggi per alcuni versi potrebbe essere sostanzialmente assimilato – non farebbe velo ad una sua posizione *super partes* il compito istituzionale di rappresentare in causa il potere esecutivo statale. La sua competenza a tutto campo e la obiettiva terzietà, già enucleabile dalle norme che ne esplicano le funzioni (cfr. art. 13 r.d. 30 ottobre 1933 n. 1611), che comunque non deve necessariamente essere assoluta in un procedimento di mera mediazione, potrebbero garantire una equilibrata e serena valutazione della posta in giuoco in una visione armonica di leale collaborazione che deve avere sempre di mira ed ha come fine ultimo, sia pur nel rispetto del riparto di competenze fissato dalla Costituzione, il bene pubblico.

**Costituzione di parte civile
dei familiari di un agente di polizia di Stato
deceduto in un conflitto a fuoco con i terroristi.
Questioni sulla legittimazione rispetto al reato associativo.
di Massimo Bachetti e Carmela Pluchino**

L'agente Emanuele Petri è rimasto ucciso nello scontro a fuoco con i brigatisti Lioce e Galesi il 2 marzo 2003. I familiari si sono costituiti parte civile nel procedimento contro Lioce Nadia Desdemona, Mazzei Michele, Fosso Antonino, Donati Francesco, Galloni Franco, Broccatelli Paolo, Proietti Laura, Mezzasalma Marco, Banelli Cinzia, Moranti Roberto, Costa Alessandro, Saraceni Federica, Blefari Melazzi Diana, Beccaccini Simone, Di Giovannangelo Bruno, Viscido Fabio, Viscido Maurizio, relativamente al capo di imputazione di cui alla lettera: a) perché in concorso fra loro e con altre persone partecipavano alla banda armata e all'associazione sovversiva Brigate Rosse per la costituzione del Partito Comunista Combattente, operativa con altre sigle quali NIPR ed NPR, per la rivendicazione di attentati, secondo una programmata strategia di differenziazione dei livelli di lotta armata per la quale i cd. «irriducibili» autorizzavano l'uso della sigla Brigate Rosse in funzione della ripresa dell'attacco al cuore dello Stato, costituita al fine di sovvertire violentemente gli ordinamenti economici e sociali dello Stato, di mutare la costituzione dello Stato e la forma di governo con mezzi non consentiti dall'ordinamento costituzionale dello Stato, di promuovere una insurrezione armata contro i poteri dello Stato e diretta a compiere delitti contro l'ordine democratico, l'ordine pubblico e l'incolumità pubblica delle persone, contro la fede pubblica ed il patrimonio ed in tema di armi, e dunque con finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico, con la Lioce ed il Mezzasalma in qualità di capi.

Il G.U.P. ha ammesso la costituzione dei familiari del Petri.

La motivazione dell'ordinanza del G.U.P. si fonda sulla considerazione che le *«condotte in contestazione indubbiamente sono potenzialmente e direttamente lesive per coloro i quali nella loro posizione di rappresentanti dello Stato subiscono le conseguenze lesive della condotta criminosa medesima»*.

Il P.M. Ionta in udienza si è espresso in senso favorevole all'ammissibilità della costituzione dei familiari del Petri perché l'omicidio dell'agente di polizia sarebbe stato commesso per difendere l'organizzazione eversiva, consentendone la continuazione dell'attività criminosa.

Nell'atto di costituzione di parte civile si sostiene una tesi un po' più articolata, che si riporta testualmente *«..la condotta criminosa dei brigatisti Lioce e Galesi (poi deceduto nello scontro a fuoco) era senz'altro rivolta e dovuta alla salvaguardia non solo personale, ma anche degli interessi dell'organizzazione denominata Brigate Rosse-Partito Comunista Combattente (BR PCC)»*.

Sotto l'aspetto meramente tecnico in relazione all'ipotesi criminosa prevista dall'art. 306 c.p. ci si rende ben conto che trattasi di delitto contro la personalità dello Stato, ma non vi può essere alcun dubbio che può sussistere una distinzione tra la persona offesa dal reato che è il soggetto giuridico titolare del bene protetto dalla norma penale ed il danneggiato che può essere chiunque che da tale condotta abbia subito un danno. Si ritiene che la costituzione del

sodalizio criminale, avvenuta a partire dal 1995, sia stata il presupposto comunque necessario in fatto per la realizzazione di altri fatti di reato successivi tra cui l'omicidio del sovrintendente Emanuele Petri, addirittura avvenuto per proteggere l'organizzazione criminale.

Se l'attività di terrorismo del sodalizio criminale offende il bene protetto già al momento della formazione dell'associazione, a maggior ragione al momento della commissione di altri delitti (quali rapina, sequestro di persona, omicidio) da parte degli associati, l'offesa diventa maggiore con la conseguenza della sussistenza di altri soggetti danneggiati dal reato.

In sostanza l'attività di terrorismo della banda armata può produrre una lesione effettiva ad un bene specificamente protetto (in questo caso la vita del Petri) indipendentemente dal pericolo cui espone i beni che intende offendere per attuare il programma criminale di eversione istituzionale.

*Quindi i familiari del sovrintendente Emanuele Petri sono sicuramente soggetti danneggiati dalla realizzazione della condotta criminosa volta a costituire sodalizio criminale denominato *Brigate Rosse – Partito Comunista Combattente*».*

La difesa Petri prende atto che i delitti contestati nel capo d'imputazione offendono la personalità dello Stato, mentre per i familiari dell'agente di polizia deceduto il bene giuridico da tutelare è la vita del congiunto. Però, si osserva nella dichiarazione di costituzione, non vi è necessariamente coincidenza fra soggetto danneggiato e titolare del bene protetto dalla norma.

Il nesso fra il reato ed il danno viene individuato nella circostanza che la condotta delittuosa concretatasi nell'omicidio del Petri fu posta in essere per salvaguardare gli interessi dell'organizzazione eversiva. Le azioni di protezione dell'organizzazione fanno parte del progetto eversivo, non importa che esse siano state specificamente prestabilite nel programma criminoso, ma ciò che rileva è la strumentalità all'attuazione delle finalità dell'organizzazione.

Non è necessario precisare fin dall'inizio i singoli fatti reato che potranno esservi alla fine compresi; deve invece essere chiara ed inequivoca la prospettiva da perseguire, da estendersi a tutti i reati che risulteranno necessari in concreto, quelli già previsti e quelli inevitabili nel corso del suo svolgimento.

La tesi è in linea con dottrina (1) e giurisprudenza (2) in materia.

La connessione fra reato associativo con finalità eversiva e reati commessi per difendere l'organizzazione ma non programmati preventivamente incide ai fini penali; la fattispecie in esame invece riguarda il diverso profilo degli effetti civili dell'illecito da reato ed in particolare i requisiti necessari

(1) *Il reato associativo* di MARIO VALIANTE, 1990, editore Giuffrè: «lo scopo che costituisce il dolo specifico dell'associazione è la finalità che gli associandi si ripromettono di realizzare immediatamente attraverso l'organismo che formano. Il programma è lo strumento operativo successivo. Il primo è essenziale per la formazione dell'associazione e siccome tipico è anche costitutivo del reato associativo; l'altro (il programma) è semplicemente la prospettiva di attività dell'associazione già formatasi».

(2) Cfr. Cassazione penale, sez. I, 22 aprile 1992, Curcio: «per la configurabilità del requisito dell'unicità del disegno criminoso, nel reato continuato, condizione necessaria è l'identità dell'origine ideativa e volitiva delle plurime azioni delittuose, nel senso che esse debbono essere comprese in un programma di attività criminosa, concepito sin dall'inizio nelle sue linee generali e preordinato al raggiungimento di un determinato fine».

per la legittimazione alla costituzione di parte civile. Il presupposto della legittimazione alla domanda risarcitoria è costituito dall'esistenza di un nesso fra condotta illecita e danno che sulla base della più recente giurisprudenza può anche non essere diretta ed immediata e comprendere anche i danni riflessi seguendo il criterio della causalità adeguata o della regolarità causale. La pretesa risarcitoria non può quindi derivare da una situazione di mero pericolo rispetto all'evento che ha determinato la soppressione della vita perché non vi è rapporto diretto né riflesso fra condotta illecita e danno. (3)

Pertanto la circostanza, che non si contesta, che l'omicidio del Petri facesse parte delle finalità eversive non riveste alcun rilievo ai fini della configurazione di una situazione causativa del danno. L'esistenza dell'organizzazione eversiva non costituiva neanche una situazione di pericolo alla vita dell'agente deceduto perché tale omicidio non rientrava in un programma criminoso deciso preventivamente.

Priva di pregio appare anche l'osservazione che l'associazione eversiva costituisca presupposto necessario dell'omicidio del Petri; nel senso che se non vi fosse stata l'organizzazione l'omicidio non sarebbe avvenuto. Ciò dimostra che l'associazione era una *conditio sine qua non* del danno, ma non vale a configurare un nesso causale fra reato e danno.

La difesa Petri ha affermato anche che in concreto l'azione terroristica, al di là degli interessi astrattamente tutelati dalle fattispecie criminose, può offendere anche beni di natura diversa, come la vita di un agente di polizia. Tale tesi porta

(3) Vedi sul punto Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, Sentenza del 1 luglio 2002 n. 9556 in tema a risarcibilità dei danni morali subiti dai prossimi congiunti della vittima di un fatto illecito costituente reato. La chiave di volta utilizzata per affermare la risarcibilità dei danni morali ai prossimi congiunti del soggetto che ha subito lesioni personali è costituita da una rivisitazione del nesso di causalità ai fini dell'individuazione dei danni risarcibili e dall'inquadramento del danno morale sofferto dai prossimi congiunti del soggetto leso, nel danno riflesso o di rimbalzo. I passaggi logici possono così sintetizzarsi: si afferma che il nesso di causalità fra fatto illecito ed evento può essere anche indiretto e mediato, purché il danno si presenti come un effetto normale, secondo il principio della c.d. regolarità causale (precisando che la «c.d. teoria della causalità adeguata o della regolarità causale», oltre che una teoria causale è anche una teoria dell'imputazione del danno). Il criterio indicato per la selezione delle cosiddette vittime secondarie aventi diritto al risarcimento del danno, pur nella varietà degli approcci, è quello della titolarità di una situazione qualificata dal contatto con la vittima che normalmente si identifica con la disciplina dei rapporti familiari, ma non li esaurisce necessariamente, dovendosi anche dare risalto a certi particolari legami di fatto. Questa situazione qualificata di contatto, la cui lesione determina un danno non patrimoniale, identifica dunque la sfera giuridica di coloro che appaiono meritevoli di tutela e al tempo stesso costituisce limite a tale tutela.

Specificando ulteriormente il criterio, con riguardo ai risultati del dibattito, si osserva: a) l'individuazione della situazione qualificata che dà diritto al risarcimento trova un utile riferimento nei rapporti familiari, ma non può in questi esaurirsi, essendo pacificamente riconosciuta, sia in dottrina che nella giurisprudenza, la legittimazione di altri soggetti (ad esempio la convivente *more uxorio*); b) la mera titolarità di un rapporto familiare non può essere considerata sufficiente a giustificare la pretesa risarcitoria, occorrendo di volta in volta verificare in che cosa il legame affettivo sia consistito e in che misura la lesione subita dalla vittima primaria abbia inciso sulla relazione fino a comprometterne lo svolgimento. In senso ancora più rigoroso la precedente giurisprudenza considerava risarcibile il solo danno diretto ed immediato stabilito dall'art. 1223 c.c., il risarcimento del danno non patrimoniale spettava soltanto a chi ha direttamente ed immediatamente subito la sofferenza, cioè al soggetto leso e non anche ai suoi prossimi congiunti, perché costoro, soffrendo per le sofferenze del proprio familiare, non sono colpiti in modo diretto ed immediato dalla condotta lesiva del terzo (Cass., 17 novembre 1997 n. 11396).

a configurare l'associazione eversiva come reato «plurioffensivo», cioè che in concreto può offendere beni diversi da quelli in astratto tutelati dalla norma. Anche questo profilo attiene agli effetti penali e non contribuisce in alcun modo a costruire una ipotesi fondata di legittimazione alla costituzione di parte civile dei familiari del Petri. L'eventualità che la lesione del bene della vita possa rientrare negli scopi dell'associazione eversiva è stata valutata da parte del G.U.P. nel riferirsi alle conseguenze lesive della condotta criminosa. Ma rispetto al bene della vita ciò può determinare non più di una situazione di pericolo.

La potenziale minaccia all'incolumità degli appartenenti alle forze di polizia non appare idonea a costituire fonte per radicare una responsabilità per fatto illecito. Manca il nesso causale. Inoltre la motivazione appare *ictu oculi* contraddittoria nella parte in cui definisce le condotte nel contempo «*potenzialmente e direttamente lesive*». Così argomentando si confonde il danno potenziale con quello reale.

L'ordinanza del G.U.P. potrebbe superare tali obiezioni solo se intesa nel senso che l'interesse rappresentato dall'agente Petri si fonda sulla funzione istituzionale, volta alla salvaguardia dell'ordine e sicurezza dei cittadini minacciati dall'organizzazione terroristica. Quindi la legittimazione non deriverebbe dall'interesse privato alla difesa della vita del Petri, ma si fonderebbe su quello più generale della tutela dell'ordine e sicurezza della collettività dei cittadini e dell'incolumità delle forze dell'ordine.

La minaccia ad ordine e sicurezza costituisce certamente un profilo di danno idoneo a legittimare la costituzione di parte civile

Ma in tal caso il soggetto legittimato ad agire in giudizio non potrebbe che essere il Ministero dell'Interno. I familiari del Petri sono invece solo portatori di un interesse privato e personale al risarcimento dei danni derivati dal decesso del proprio congiunto. La sicurezza dei cittadini è invece un bene di interesse collettivo di cui unico ente esponenziale non può che essere l'Amministrazione che ne è istituzionalmente preposta alla salvaguardia.

Tutt'al più potrebbe configurarsi la legittimazione dell'Associazione delle vittime del terrorismo che rappresenta l'interesse di chi sia caduto nell'adempimento del dovere per la difesa delle istituzioni. Tale interesse ha natura collettiva (4), pertanto non può, neanche ai soli effetti processuali, radicarsi in capo ad una singola vittima del terrorismo.

(4) FERRARA R., *Contributo allo studio della tutela del consumatore. Profili pubblicistici*, Milano, 1983, voce *Interessi collettivi e diffusi* (ricorso giurisdizionale amministrativo), in *Dig. Disc. pubb.* VIII, Torino, 1993. *Gli interessi superindividuali tra procedimento e processo: problemi e orientamenti*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1994, si definisce interesse collettivo quello che fa capo ad un ente esponenziale di un gruppo non occasionale, della più varia natura giuridica, come ad esempio associazioni private riconosciute, associazioni di fatto, ordini professionali, ma autonomamente individuabile.

È caratterizzato dall'essere:

– *differenziato*, in quanto fa capo ad un soggetto individuato, ossia ad una organizzazione di tipo associativo che si distingue tanto dalla collettività quanto dai singoli che ne fanno parte; da ciò consegue che la lesione dell'interesse collettivo legittima al ricorso soltanto l'organizzazione e non i singoli che di essa fanno parte;

– *qualificato*, nel senso che esso è previsto e preso in considerazione, sia pure indirettamente, dal diritto oggettivo. Spesso questa espressione viene confusa con quella di interesse diffuso, che, al contrario, deve essere tenuto ben distinto dall'interesse collettivo.

Esclusione del diritto di accesso per gli atti politici

di Valerio Balsamo

Con legge 241/1990 il Legislatore provvede – nell’ottica di un più ampio progetto di riforma dell’attività amministrativa – a disciplinare, in termini generali, l’istituto del procedimento amministrativo. Tale provvedimento normativo si pose, invero, al termine di un processo evolutivo che, caratterizzato dai contributi offerti dalla giurisprudenza, e influenzato dagli insegnamenti del Nigro, mirava a modificare il rapporto tra Pubblica Amministrazione e cittadino, ponendo l’accento sui diritti vantati da questo nei confronti di quella (1).

La normativa suddetta – destinata a valere come legge quadro nella ampia tematica relativa al mezzo principale con cui l’attività amministrativa viene effettivamente a concretizzarsi – pur non disciplinando in modo esauritivo il procedimento amministrativo, ne regola la struttura globale, ne evidenzia le singole fasi, gli aspetti funzionali e, per quanto qui di interesse, riconosce e disciplina la partecipazione del privato allo stesso, attraverso, tra l’altro, l’istituto dell’accesso ai documenti amministrativi.

La *ratio* sottesa alla disciplina relativa alla partecipazione dei privati al procedimento amministrativo va individuata, nei suoi aspetti essenziali, nell’esigenza di assicurare una più consapevole ed effettiva partecipazione all’operato dei pubblici poteri. Nell’ottica della legge 241/1990 il procedimento amministrativo non è solo una sequenza di operazioni ed atti di soggetti pubblici ma è anche la sede dell’intervento del privato interessato all’esito del procedimento. La normativa in questione si presenta, quindi, con lo scopo di dare concreta attuazione ai principi di trasparenza e di imparzialità dell’azione amministrativa sanciti all’art. 97 della Costituzione.

Tutte queste argomentazioni assumono ancora più spessore laddove si consideri che, con legge 11 febbraio 2005 n. 15 (in vigore, salvo che per alcune disposizioni per cui sono previsti termini diversi, dall’8 marzo 2005), il Legislatore – adottando la prima legge di riforma complessiva del tessuto normativo della legge n. 241/1990 – ha riconosciuto, alla luce del positivizzato fine della pubblicità e trasparenza dell’attività amministrativa (art. 1, comma 1), al diritto di accesso ai documenti amministrativi – attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse – valore di principio generale dell’attività amministrativa attenendo, quindi, ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell’art. 117, 2 comma, lettera *m*), della Costituzione (2).

Questa considerazione si presenta particolarmente delicata in ragione del fatto che la «determinazione dei livelli essenziali» di cui alla normativa in parola è riservata – nel nuovo riparto di competenze delineato nel titolo V

(1) Vedi per tutti F. CARINGELLA, *Corso di Diritto Amministrativo*, Tomo II, ed. III, Milano, Giuffrè, 2004.

(2) Per un’ampia disamina sulla riforma si veda *Guida al diritto*, n. 10/05.

della Costituzione – alla legislazione esclusiva dello Stato. È in questa ottica che si pone – alla luce della novella normativa – il diritto di accesso ai documenti amministrativi.

Affermatasi esplicitamente la natura di diritto soggettivo del cittadino – peraltro attribuitagli già dalla giurisprudenza maggioritaria (3) – il diritto di accesso si presenta come quel *minimum* che garantisce a tutti, sull'intero territorio nazionale (ed ecco la *ratio* dell'attribuzione alla legislazione esclusiva dello Stato), l'effettiva pubblicità e trasparenza dell'operare della P.A.

Esso, tuttavia, non deve essere ricondotto *tout court* alla finalità della pubblicità degli atti amministrativi. Questa, infatti, è rivolta in senso generale a tutti gli amministrati, consentendo loro di svolgere un controllo *a posteriori* su determinate categorie di atti dei pubblici poteri, integrando, quindi, una generica funzione di trasparenza dell'operato della P.A. Questa considerazione è stata oggetto di specifica presa di posizione da parte del Legislatore che, all'art. 24, 3° comma legge n. 241/1990 (come modificata), ha statuito che «*non sono ammissibili istanze di accesso preordinato ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni*». (4)

Il diritto di accesso ai documenti amministrativi attraverso i quali si svolge l'azione amministrativa – e mentre questa ancora è in svolgimento – costituisce un *quid pluris*.

Questo *quid pluris*, cui l'ordinamento riconnette il potere di accedere alla documentazione prodotta dalla P.A., è giustificato dalla titolarità in capo al privato di una situazione giuridicamente tutelata (con la sola eccezione, in materia ambientale, prevista all'art. 3, Dlgs. n. 39/1997, in attuazione della Dir. CEE n. 90/313, come sostituita dalla Dir. 4/CEE del 28 gennaio 2003

(3) C.d.S., sez. IV, n. 643/1997; sez. IV, n. 1137/1998; sez. VI, n. 2542/02. Vi è però da segnalare che, sebbene anche in dottrina la riconduzione del diritto di accesso *de quo* nell'alveo della categoria dei diritti soggettivi sia sostanzialmente diffusa, in giurisprudenza non sono mancate pronunce di contrario avviso. Stante la riconducibilità dell'intera materia all'interno del potere discrezionale della P.A., e considerata la devoluzione del relativo contenzioso al G.A. – senza qualificazione del carattere esclusivo di detta giurisdizione – si è attribuito al diritto di accesso in questione la natura di interesse legittimo (C.d.S., sez. V, n. 1725/1998; Ad. Plen., n. 16/1999; sez. V, n. 5034/03; sez. IV, n. 1969/04). Tale ultimo orientamento, già oggetto di revisione da parte dei giudici del Consiglio di Stato (sez. VI, n. 2938/03), deve essere definitivamente respinto alla luce della citata riforma della L. 241/1990 (L. n. 15/2005) che ha elevato, in ragione delle sue peculiari finalità di interesse pubblico generale, il diritto di accesso ai documenti amministrativi ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali.

(4) Tale disposizione altro non è che l'avvenuta positivizzazione, ad opera del Legislatore, dell'unanime lettura che la giurisprudenza del Consiglio di Stato dava all'inciso «chiunque vi abbia interesse» di cui all'art. 22 L. n. 241/1990. I giudici di Palazzo Spada, infatti, avevano più volte chiarito che il diritto di accedere ai documenti amministrativi non poteva ricondursi ad una mera azione popolare volta al controllo dell'operato della P.A. (sez. VI, n. 509/00; sez. V, n. 5873/04; sez. V, n. 1412/04 che ribadisce, altresì, la natura di diritto soggettivo all'accesso previsto all'art. 10 D.lgs. n. 267/00). La giurisprudenza di merito, accogliendo detto orientamento, ritiene necessario, affinché ad un privato possa essere riconosciuto il diritto di accedere ad un documento amministrativo, che lo stesso indichi dettagliatamente i motivi posti a fondamento della propria richiesta (T.A.R. Marche, n. 1022/03; T.A.R. Lazio, n. 1453/04).

in vigore dal 14 febbraio 2005 (5), secondo cui chiunque ha il diritto di accedere ai documenti, intesi nel senso più ampio di mere informazioni, comunque detenuti dalla P.A. relativi alla tutela dell'ambiente (6) – riconducibile ora, in virtù della novella, alla figura del diritto soggettivo – consistente in un interesse amministrativamente protetto: tanto nel caso in cui questo sia stato oggetto di lesione da parte di un determinato provvedimento, quanto nel caso in cui tale medesima lesione possa derivare dalla conclusione di un procedimento ancora in corso.

Nel primo caso si parla di accesso informativo o esoprocedimentale che l'art. 22 riconosce in ordine a qualsiasi atto o documento – indipendentemente dalla pendenza di un procedimento – per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti.

Nel secondo caso si parla di accesso partecipativo o endoprocedimentale, previsto nella più ampia ottica di partecipazione del privato al procedimento amministrativo – ulteriormente potenziata con la novella in parola – di cui al capo III legge 241/1990 (artt. 7 ss.), in chiara funzione collaborativa strumentale alla difesa delle proprie posizioni preliminarmente all'adozione del provvedimento finale.

Alla luce di quanto esposto appare evidente come il diritto di accesso ai documenti amministrativi, tanto nella sua forma esoprocedimentale quanto in quella endoprocedimentale, viene a riferirsi esclusivamente all'attività amministrativa posta in essere dalla P.A. (7) Questa precisazione, lungi dal presentare gli aspetti di un facile pleonasma, rappresenta, invece, la chiave interpretativa della questione in esame.

Non tutto l'operare della Pubblica Amministrazione, infatti, può essere ricondotto *de plano* a quella che comunemente viene definita attività amministrativa. A riguardo, la stessa giurisprudenza parla (8), con riferimento all'effettiva rilevanza del diritto di accesso, di una attività amministrativa in senso stretto. Tutti gli atti (esterni o interni ad un procedimento) che – quantunque emanati da un organo della P.A. – non rientrano nella suddetta categoria non possono essere oggetto di accesso da parte dei privati. Un atto può bensì promanare da un organo della P.A. ma può ben essere contemporaneamente

(5) Considerata strumentale alla realizzazione della politica comunitaria in materia di ambiente, e finalizzata a coinvolgere i cittadini nelle scelte legate alla tutela dello stesso, la libertà di accesso alle informazioni si inserisce in un contesto più generale, nel quale il diritto ad essere informati sulle tematiche ambientali è addirittura considerato come un diritto individuale di carattere fondamentale. Proprio in virtù di queste considerazioni, l'eventuale rifiuto di accesso da parte dell'Autorità, oltre a dover pervenire non oltre un mese dalla richiesta, deve essere opportunamente motivato (in caso di silenzio rifiuto considerato non incompatibile con la normativa comunitaria deve essere comunque fornita adeguata motivazione nel medesimo termine: Corte di Giustizia CE, sez. II, causa C- 186/04).

(6) C.d.S., sez. IV, n. 595/04.

(7) Per quanto riguarda l'intera e complessa problematica relativa all'ostensibilità degli atti posti in essere da talune categorie di soggetti (c.d. *munera*) che, sebbene operanti *iure privatorum*, esercitano attività di tipo pubblicistico in ragione di un affidamento *ex lege* ovvero in base ad un rapporto di tipo convenzionale con la P.A., vedi *infra* p. 5.

(8) C.d.S., sez. IV, n. 3253/00; sez. IV, n. 191/01.

estraneo all'attività amministrativa in senso stretto, così come definita dalla giurisprudenza: azione degli organi della Pubblica Amministrazione attraverso l'esercizio di una potestà pubblica – per la realizzazione di un pubblico interesse.

Il ragionamento che tende a ricondurre alla categoria dell'attività amministrativa qualsiasi atto emanato da organi della Pubblica Amministrazione appare viziato tanto per difetto quanto per eccesso.

Per difetto perché, come è noto, debbono essere considerati amministrativi anche atti che promanano da soggetti privati esterni alla P.A. laddove, e nei limiti in cui, quelli siano teleologicamente ordinati e rilevanti per l'attività amministrativa. Proprio con riferimento alla tematica relativa all'accesso ai documenti, attinenti l'attività amministrativa della P.A., ma posti in essere da soggetti privati occorre affrontare – seppure in via incidentale – l'avvenuta positivizzazione, ad opera della recente novella, di quell'impianto giurisprudenziale, ormai da considerarsi vero e proprio *jus receptum*, che aveva riconosciuto la ostensibilità degli atti emanati da soggetti privati ed utilizzati dalla P.A.

Come è noto, tale linea ermeneutica prese le mosse dalla sent. n. 82/1997 (IV sez. Cons. Stato) che, ribaltando il precedente orientamento cristallizzato dalla sent. n. 412/1995 della stessa Quarta Sezione, riconobbe che l'accesso ai documenti amministrativi non si correla strettamente all'atto amministrativo formalmente inteso, bensì all'attività amministrativa che, alla luce del principio della funzionalità dell'organizzazione della P.A. (9), può ben esercitarsi mediante strumenti (e soggetti) di diritto privato. La consacrazione definitiva, infine, si ebbe con le pronunce n. 4 e 5 (1999) dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, nel riconoscere la richiesta di alcuni dipendenti delle Ferrovie dello Stato di accedere alla documentazione relativa alla procedura di promozione interna del personale, stabilirono come in sede di delimitazione della sfera di applicabilità degli artt. 22 e ss. legge 241/1990 ciò che assume rilevanza non è la distinzione squisitamente morfologica tra attività condotta secondo moduli pubblicistici piuttosto che privatistici, bensì che l'attività, ancorché di diritto privato, costituisca nella sua essenza cura di un interesse pubblico e, soprattutto, sia espletata nel rispetto del canone di imparzialità, assunto, quindi, quale *discrimen* dell'ambito di operatività della disciplina del diritto di accesso (10).

(9) E. CASSETTA, voce *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, 1997, 255.

(10) La successiva giurisprudenza si è uniformata a tale orientamento. In termini generali v. C.d.S., sez. VI, n. 1617/04; con specifico riferimento al diritto di accesso sez. V, n. 501/03; sez. V, n. 3249/03 in cui si precisa come gli atti dei soggetti privati in possesso della PA non possono essere oggetto di accesso se sono solo occasionalmente detenuti, senza aver avuto rilievo in sede procedimentale; sez. VI, n. 3000/03; sez. VI, n. 2938/03; sez. VI, n. 7798/03; sez. VI, n. 9165/03; sez. V, n. 207/04. Con riferimento all'accesso in relazione ad attività poste in essere da privati gestori di servizi pubblici: sez. V, n. 3253/00; sez. IV, n. 1821/00; sez. VI, n. 654/01 che ha ulteriormente precisato come l'attività di questi soggetti, quando si manifesta nella gestione di pubblici interessi, rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 97 Cost. Con riferimento all'accesso di atti di gestione del pubblico impiego privatizzato: sez. VI, n. 1159/00. Con riferimento, invece, alla nozione di strumentalità rispetto alla gestione dell'«attività residuale» di soggetti preposti all'espletamento di un servizio pubblico: sez. VI, n. 1303/02, con nota di L. IEVA. Il diritto di accesso agli atti privatistici dei gestori di servizi pubblici, in *Foro amm.*, Cons. Stato, 2002, 705.

Come si è già avuto modo di dire, la novella apportata con legge n. 15/2005 ha definitivamente trasposto nel diritto positivo tale unanime orientamento giurisprudenziale. Modificando la formulazione dell'art. 22, si è stabilito, al comma 1, lett. *d*), che per documento amministrativo debba intendersi ogni rappresentazione del contenuto di atti anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti (e non più formati) da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale.

Per eccesso perché non tutti gli atti posti in essere da organi della Pubblica Amministrazione possono essere considerati atti amministrativi, nell'accezione appena tratteggiata. La correttezza di quest'ultima affermazione risulta particolarmente evidente con riferimento ai cosiddetti atti politici.

Nella pur ampia portata che dottrina e giurisprudenza⁽¹¹⁾ riconoscono al termine documento amministrativo – riproduttivo di atti comunque utilizzati ai fini dell'attività amministrativa – non può certo ricomprendersi la categoria dei cosiddetti atti politici o, più precisamente, atti di governo⁽¹²⁾. Quest'ultimi, infatti, sono segnatamente l'espressione della funzione di governo, quale estrinsecazione del potere politico affidato ad esso dal corpo elettorale⁽¹³⁾. L'atto politico, quindi, deve essere nettamente distinto dall'atto amministrativo in senso tecnico, rappresentando e caratterizzando esclusivamente, il primo, l'agire politico dell'amministrazione quale esponente del potere esecutivo. Con riferimento a tali atti, quindi, non può certo trovare applicazione la suddetta legge 241/1990 che, sebbene ampliata nel suo raggio d'azione dalla recente modifica, continua a disciplinare esclusivamente l'agire amministrativo in senso stretto.

Nel caso, ad esempio, di una richiesta di accesso avente ad oggetto una relazione dell'Agenzia del Territorio, indirizzata al Ministro dell'Economia e delle Finanze, al fine di rendere edotto quest'ultimo riguardo le circostanze di fatto oggetto di un'interrogazione parlamentare, è da escludersi, *de plano*, la configurabilità del relativo diritto. Non può certo essere oggetto di smentita la circostanza che la risposta ministeriale ad un'interrogazione parlamentare debba essere classificata puntualmente come atto politico (*rectius*: atto di governo), espressione della funzione di governo esercitata dal Ministro⁽¹⁴⁾.

(11) In dottrina v. CARINGELLA-GAROFOLI-SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 2002, cap. III; per la giurisprudenza v. C.d.S., sez. IV, n. 14/1998; sez. IV, n. 3825/02; per la ricomprensione degli atti formati da soggetti privati *supra* p. 5.

(12) A. GIANNINI, *Atto di governo (atto politico)*, in *Enc. Dir.*, I, p. 224: «La dottrina oper[ò] una distinzione tra atti di governo ed atti politici. In tal modo gli atti di governo furono considerati come l'espressione della funzione di governo; e furono perciò separati gli atti politici propriamente detti, i quali, dai più, furono fatti rientrare nella categoria degli atti amministrativi».

(13) *Op. ult. cit.*, p. 224. In altri termini, sono gli atti attraverso cui si estrinseca l'indirizzo del Governo.

(14) *Op. ult. cit.*, p. 225: «Le interrogazioni, le interpellanze, le inchieste parlamentari sono tutte riconducibili al concetto di atto di governo».

L'istituto della interrogazione parlamentare – cui l'organo di governo è obbligato a rispondere sia pure con il semplice rifiuto di rispondere nel merito – è uno dei mezzi principali attraverso il quale si sviluppa il rapporto fiduciario tra Parlamento ed Esecutivo – ai sensi dell'art. 94 Cost. – come codeterminazione di programma politico. Il Parlamento chiama l'organo di Governo a rendere conto dei propri atti e delle proprie intenzioni, alla luce di uno stato di soggezione dell'autorità di Governo ad un potere inquirente attribuito alla controparte parlamentare, nella logica del rapporto fiduciario che intercorre tra i due poteri dello Stato. In virtù di quanto affermato appare evidente come la risposta ministeriale all'interrogazione parlamentare, concretizzando tale rapporto fiduciario, deve essere considerata segnatamente come atto di governo, e non già atto amministrativo.

Tale atto trova il suo esclusivo riferimento normativo all'art. 94 Cost., in tema del citato rapporto fiduciario, non vedendosi, invece, un collegamento, se non in via mediata, col principio dell'imparzialità e della trasparenza dell'Amministrazione che, scolpito dall'art. 97 Cost., ha rappresentato il *quid* di cui si è inteso dare attuazione con la legge 241/1990.

La correttezza dell'agire dell'organo di Governo attiene, in questo caso, soltanto al rapporto fiduciario che intercorre tra quest'ultimo ed il Parlamento (15).

Ora, la natura politica dell'atto in questione estende i suoi effetti, ovviamente, su tutti gli eventuali atti che sono concorsi all'emanazione di quello; si verifica, anche in questo caso, lo svilupparsi di un procedimento attraverso il quale si giunge alla realizzazione dell'atto finale, ma con l'avvertimento, qui rilevante, che detto procedimento non è certo definibile amministrativo in senso stretto. Ne consegue che la pretesa sussistenza da parte del privato di un diritto di accesso cosiddetto endoprocedimentale o partecipativo è assolutamente infondata; infatti, come nota il Paleologo (16) «*il diritto di accesso è disposto non per permettere il controllo politico sull'attività degli organi di vertice da parte dei cittadini, ma per la migliore difesa degli interessi giuridici di ogni soggetto*». Gli atti interni che hanno integrato il procedimento in questione debbono essere considerati – al pari dell'atto conclusivo – degli atti rientranti nella sfera politica dell'organo di governo e non già dei semplici atti amministrativi.

Il rapporto che intercorre in questo caso tra l'Agenzia ed il Ministro è strettamente finalizzato alla funzione politica esercitata da quest'ultimo, che, di conseguenza, vale ad escludere, *a priori*, la configurabilità di un diritto di accesso sugli atti che di questa funzione rappresentano l'espressione.

(15) A. MANZELLA, *Interrogazione ed interpellanza parlamentare*, in *Enc. Dir.*, XII, p. 406 ss.

(16) *La legge 1990 n. 241: procedimenti amministrativi e accesso ai documenti dell'amministrazione*, in *Dir. Proc. amm.*, 1991, p. 11.

Azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di una società a responsabilità illimitata.

di *Barbara Bombaci*

L'art. 2476 del c.c. rubricato «Responsabilità degli amministratori e controllo dei soci», relativo alle società a responsabilità limitata (di seguito anche s.r.l.), contiene una disciplina autonoma e differente da quella prevista prima della riforma del diritto societario del 2003. La predetta era, infatti, integralmente mutuata dalla disciplina relativa alle società per azioni (di seguito anche s.p.a.).

Ai sensi dell'art. 3, legge delega, «la riforma è diretta a riconoscere ampia autonomia statutaria riguardo...agli strumenti di tutela degli interessi dei soci, con particolare riferimento all'azione di responsabilità». La Relazione al decreto legislativo, infatti, prevede che la «prospettiva è in sostanza quella di fornire ai soci uno strumento in grado di consentire ad essi di risolvere i conflitti interni alla società».

Azione di responsabilità, presupposti e solidarietà

Il primo comma dell'art. 2746 c.c. disciplina: a) i presupposti dell'azione di responsabilità; b) il carattere solidale della stessa.

Sotto il primo profilo, è dato rilevare che essi sono, da un lato, l'inosservanza dei doveri imposti agli amministratori dalla legge e dall'atto costitutivo, dall'altro, il danno al patrimonio sociale.

La s.r.l. può dunque agire nei confronti degli amministratori per ottenere una sentenza di condanna al risarcimento dei danni subiti a seguito dell'inadempimento agli obblighi come sopra imposti ovvero del generico dovere di curare con diligenza la gestione della società.

Esigenze di coerenza sistematica inducono, infatti, a ritenere che agli amministratori delle s.r.l. sia richiesta una diligenza professionale, determinata in funzione della natura dell'incarico e delle loro specifiche competenze (c.f.r. art. 2392 c.c. in tema di s.p.a.).

Sotto il secondo profilo, è dato rilevare che la responsabilità risarcitoria grava *in solido* su tutti gli amministratori. Peraltro si tratta pur sempre di una responsabilità di carattere personale: la legge, a tal proposito, statuisce: «*la responsabilità non si estende a coloro che dimostrino di essere esenti da colpa e, essendo a cognizione che l'atto si stava per compiere, abbiano fatto constare del proprio dissenso*». La clausola di esenzione va, comunque, adattata al sistema di amministrazione previsto dall'atto costitutivo: così, ad esempio, l'annotazione del dissenso non è configurabile nei casi di amministrazione congiuntiva o disgiuntiva.

In presenza di *deleghe* sembra si applichi per analogia la disciplina delle s.p.a. e cioè la responsabilità dei delegati per la gestione loro conferita e l'*attenuazione* di responsabilità dei deleganti tenuti ad adempiere i doveri di vigilanza.

Legittimazione attiva all'azione

Alla luce di quanto sopra affermato, ci si aspetterebbe che legittimata a far valere la responsabilità fosse, in primo luogo, la società. Tuttavia, al secondo comma la norma prosegue attribuendo ai «*soci che non partecipano*

all'amministrazione» non soltanto i poteri istruttori necessari per un controllo nella gestione, bensì anche quelli sanzionatori, consistenti nella promozione dell'azione di responsabilità e nella richiesta di revoca degli amministratori.

Per tale motivo, legittimati attivamente all'esercizio dell'azione sono: *a)* ciascun socio; *b)* la società.

Con riferimento al punto *a)*, il terzo comma della suindicata norma attribuisce la legittimazione attiva all'esercizio dell'azione, data la struttura contrattuale che caratterizza le s.r.l., a *ciascun socio*, indipendentemente dalla quota di partecipazione al capitale sociale. Ed inoltre, *in caso di gravi irregolarità nella gestione della società*, il socio attore può chiedere al tribunale un provvedimento cautelare di revoca degli amministratori convenuti.

Con riferimento al punto *b)*, pur nel silenzio della legge, nessun dubbio sussiste in ordine alla legittimazione attiva all'esperimento dell'azione in oggetto da parte della società.

Tale conclusione trova la sua *ratio*, per un verso, nel fatto che la società è titolare dell'obbligo gestorio inadempito e del relativo diritto al risarcimento del danno, per l'altro, nella circostanza che il quinto comma della norma in esame attribuendo alla società, sia pure in presenza di maggioranze qualificate, il *potere di rinunciare* o di *transigere* l'azione di responsabilità, a maggior ragione le attribuisce il potere di esercitarla.

Vi è, altresì, da precisare, da un lato, che ai sensi del quarto comma della norma in esame, nel caso di accoglimento della domanda di condanna, la società è tenuta a rimborsare a favore del socio attore le spese di giudizio e quelle sostenute per l'accertamento dei fatti, salvo il diritto di regresso nei confronti degli amministratori soccombenti; dall'altro, ai sensi dell'ottavo comma dell'art. 2476 c. c., che l'approvazione del bilancio da parte dei soci non implica, comunque, la liberazione degli amministratori e, ove vi siano, dei sindaci, per le responsabilità incorse nella gestione del patrimonio sociale.

Modalità di esercizio dell'azione

Il silenzio del legislatore in ordine alle modalità di esercizio dell'azione di responsabilità può porre dubbi in ordine alla disciplina applicabile in esse.

L'art. 1 del d.lgs. 5/2003, rubricato «Ambito di applicazione» statuisce: «*Si osservano le disposizioni del presente decreto legislativo in tutte le controversie relative: a)* «... le azioni di responsabilità da chiunque promosse contro gli organi amministrativi...».

Di talchè, risulta evidente che anche alle controversie nascenti dalle azioni di responsabilità contro gli amministratori si applicano le disposizioni del presente d.lgs. e precisamente: l'art. 2, rubricato «Contenuto dell'atto di citazione» disciplina la *forma* ed il *contenuto* dell'atto introduttivo del giudizio.

A tal proposito si rileva quanto segue: anche per l'atto introduttivo del giudizio speciale viene richiamata la forma dell'atto di citazione, ma a differenza dell'atto di citazione del rito ordinario, l'atto introduttivo del rito speciale presenta qualcosa in meno e qualcosa in più.

In particolare, come si evince dal tenore letterale della norma, oltre ad essere eliminato il requisito dell'indicazione del giorno dell'udienza di comparizione (e questo in conseguenza del fatto che la citazione non è ad udienza fissa), viene eliminato anche l'avvertimento di cui al n. 7 dell'art. 163 c. p. c.

In realtà, la scelta della citazione ad udienza non fissa si ricollega alla scelta di fondo che caratterizza la struttura del nuovo processo speciale, di escludere la partecipazione del giudice dalla fase preparatoria.

La responsabilità degli amministratori verso singoli soci, verso i terzi e verso i creditori

L'art. 2476 sesto comma del c.c. prevede, anche nelle s.r.l., la responsabilità degli amministratori per danni arrecati direttamente a terzi o ai singoli soci. Tale azione ha natura e presupposti diversi rispetto all'azione sociale: si tratta di un'azione di carattere *extracontrattuale* che presuppone che l'atto doloso o colposo, realizzato dagli amministratori nell'esercizio delle loro mansioni, abbia arrecato un *danno diretto* al patrimonio del terzo o del socio (considerato, sotto tale profilo, alla stregua di un terzo). In tali casi è possibile configurare, altresì, una responsabilità concorrente della società in nome della quale gli amministratori hanno operato.

Non è, invece, contemplata dalla disciplina sulle s.r.l. l'azione di *responsabilità dei creditori sociali*.

Deve, tuttavia, riconoscersi ai creditori la possibilità di agire nei confronti degli amministratori che abbiano violato gli obblighi inerenti la conservazione del patrimonio sociale.

Verso tale conclusione convergono sia la *tesi della natura surrogatoria dell'azione* in esame rispetto all'azione sociale che la tesi che riconduce l'azione in esame nell'alveo della *responsabilità aquiliana di cui all'art. 2043 c.c.*

Sotto il primo profilo (natura surrogatoria dell'azione), è possibile rilevare, per un verso, che l'azione mira ad ottenere una condanna degli amministratori a risarcire la società il cui patrimonio risulti incapiente in conseguenza della *mala gestio*; per l'altro, l'azione determina l'estensione ai creditori sociali degli effetti delle eventuali rinunzie all'azione da parte della società.

Sotto il secondo profilo (azione *ex art. 2043 c.c.*) il riconoscimento della natura *extracontrattuale* dell'azione, oltre a determinare lo spostamento in capo agli attori dell'onere della prova, implica l'insensibilità dell'azione rispetto alle transazioni intercorse con la società e, soprattutto, la permanenza in capo ai creditori sociali dell'esclusiva legittimazione al suo esercizio anche in caso di fallimento della società.

Termini per l'esercizio dell'azione

Il codice civile non prevede un'autonoma disciplina dei termini di prescrizione o di decadenza con riguardo alle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori delle s.r.l.

Restano, pertanto, applicabili le regole generali, in base alle quali il diritto della società al risarcimento si prescrive in cinque anni dal momento in cui è percepibile il danno derivante dall'inadempimento dei doveri amministrativi (c.f.r. 2949 c.c, comma primo), con sospensione della prescrizione fino a che gli amministratori rimangono in carica (c.f.r. art. 2941, n. 7); mentre l'azione dei terzi (o dei soci) direttamente danneggiati soggiace al termine prescrizione di cui all'art. 2947 c.c. (cinque anni dall'illecito, ovvero, qualora esso integri gli estremi di una fattispecie delittuosa o contravvenzionale, la più lunga prescrizione stabilita per il reato).

Dalla qualificazione in termini surrogatori o autonomi discende l'applicazione del primo o del secondo regime all'azione dei creditori sociali.

Riferimenti bibliografici

N. ABRIANI, L. CALVOSA, G. FERRI JR., G. GIANNELLI, F. GUERRERA, G. GUIZZI, C. MONTI, M. NOTARI, A. PACIELLO, D. REGOLI, G.A. RESCIO, R. ROSAPEPE, M. STELLA RICHTER JR., A. TOFFOLETTO, *Diritto delle società*, Giuffrè Editore, 2005.

F. CORSI, *Le nuove società di capitali*, Giuffrè Editore.

GASTONE COTTINO, GUIDO BONFANTE, ORESTE CAGNASSO, PAOLO MONTALETTI, *Il nuovo diritto societario*, Zanichelli Editore.

SANTINI, *Società a responsabilità limitata*, in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, Bologna Roma, 1992, 280 s.s.

MAINETTI, *Il controllo dei soci e la responsabilità degli amministratori nelle società a responsabilità limitata*, in S. AMBROSINI (a cura di), *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*.

DI AMATO, *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina delle società a responsabilità*, in *Giur. Comm.*, 2003, I, 286 s.s.

La nuova analisi della validità dell'atto: l'irregolarità per omessa comunicazione dell'avvio del procedimento

di Maria Vittoria Lumetti (*)

SOMMARIO: 1. Le istanze riformistiche in nome dell'efficienza. Il superamento delle tradizionali rigidità della patologia dell'atto amministrativo. – 2. segue – Le molteplici giustificazioni dogmatiche dell'irregolarità. – 3. L'art. 21-octies, secondo comma: la generale non annullabilità dell'atto vincolato per vizi procedurali e di forma. – 4. L'art. 21-octies secondo comma: la non annullabilità dell'atto discrezionale per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento. – 5. La prova di resistenza e l'onere della prova. – 6. L'ampliamento del contenuto della comunicazione dell'avvio del procedimento. – 7. Il preavviso di rigetto o motivazione anticipata: una ulteriore fase di contraddittorio tra le parti con duplicazione di oneri motivatori. – 8. L'integrazione della motivazione in giudizio: un'occasione perduta. – 9. Conclusioni.

1. – *Le istanze riformistiche in nome dell'efficienza. Il superamento delle tradizionali rigidità della patologia*

La conferma dell'evoluzione nel senso della progressiva svalutazione formale dell'atto emerge nella recente legge n. 15 del 2005 recante modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 241/1990.

Il punto di partenza delle riforme prospettate si rinviene nella convinzione che la sanzione dell'annullabilità risulti antiquata a fronte di violazioni di carattere formale attinenti al procedimento e alla forma, anche a causa dei costi eccessivi che comporta.

Una maggiore efficacia della giustizia amministrativa potrebbe scaturire dalla possibilità per il giudice di avvalersi di criteri più sostanziali. Sono previste nel corpo della legge, che si presenta nel suo complesso oltremodo garantista per il privato, *norme che escludono la possibilità di annullare il provvedimento che viola norme sul procedimento o sulla forma degli atti* «quando il provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato», e che consentono all'amministrazione di dimostrare in giudizio che l'omessa comunicazione del procedimento non ha inciso sulla validità dell'atto (art. 21-octies secondo comma) (1).

(*) Testo della relazione tenuta in occasione del convegno su «*L'atto amministrativo: evoluzione dei vizi di legittimità, nuove anomalie e nodi problematici nella gestione del territorio dopo la riforma della legge 7 agosto 1990, n. 241/1990*», svoltosi a Roma il 13 aprile 2005 presso la sala Vanvitelli dell'Avvocatura Generale dello Stato.

(1) La svalutazione del vizio formale è il dato emergente delle esperienze straniere: la legge spagnola n. 30 del 1992, la copiosa giurisprudenza del *Conseil d'Etat* francese sulle cosiddette *formalités non substantielles*. Si tratta di regole di procedura la cui violazione dà luogo a semplice irregolarità, in quanto il contenuto del provvedimento finale non risulta modificato e non sorgono limitazioni alle situazioni giuridiche degli amministrati. Il rispetto

Si ritiene superabile tale aspetto in virtù del *principio del raggiungimento dello scopo*, che trova così il proprio riconoscimento ufficiale: valorizzando il profilo della legalità sostanziale degli atti amministrativi, privilegia la conservazione del contenuto, delle scelte discrezionali, laddove emerga che, nonostante la violazione di prescrizioni formali o procedurali, il loro esito non sarebbe mutato (2).

L'elaborazione della categoria della irregolarità risponde all'esigenza di evitare che violazioni poco rilevanti possano inficiare il provvedimento finale (3).

Il principio di conservazione dell'atto si configura come un principio fondamentale dell'ordinamento: *utile per inutile non vitiatur*. Di qui l'ampio spazio riconosciuto al potere di regolarizzazione dei vizi formali e procedurali ininfluenti sul buon esito delle scelte amministrative finali, e al suo esercizio in pendenza di giudizio, oltre che all'utilizzo di tutti gli strumenti conservativi ratificati dalla giurisprudenza e dalla prassi amministrativa (4).

È cambiato il modello di Amministrazione: *la massima espansione del sindacato sull'eccesso di potere, lo spostamento dell'attenzione dall'atto amministrativo al risultato dell'azione amministrativa*, conduce al concreto ed utile perseguimento del fine pubblico cui l'esercizio del potere è preordinato. *Sta proprio nella maggior fortuna che il giudice amministrativo ha voluto riservare all'eccesso di potere, il fondamento dell'attuale teorica dell'invalidità dei provvedimenti amministrativi, sia degli sviluppi futuri*. È nella deviazione dell'atto rispetto al fine assegnato, che la dottrina coglie la trasformazione della nozione di invalidità. *Si determina, infatti, un mutamento del parametro del giudizio di invalidità o, comunque, al parametro della legge tout court, si affianca quello del ragionevole perseguimento del fine pubblico* (5). La nuova definizione dei vizi dell'atto amministrativo dovrebbe, infatti, perseguire lo scopo di rendere più difficile l'annullamento (6).

delle norme procedurali in tale fattispecie risulta impossibile o ininfluenza (R. CHAPUS, *Droit Administratif General*, I, 15^a ed., 2001, Domat Montchretien). L'art. 21-*octies* 2° comma è in particolare ispirato al § 46 della legge tedesca sul procedimento amministrativo (WwVvG, legge del 25 maggio 1976, modificata ed integrata dalle leggi 2 maggio 1996 e 19 settembre 1996), la quale esclude in questi casi, compresa l'incompetenza territoriale, l'annullamento ove risulti in maniera palese che la violazione non abbia influito sul contenuto della decisione.

(2) È infatti immanente nel nostro ordinamento tale principio, P.M. VIPIANA PERPETUA, *Gli amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Milano 2003, 405; A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993, 65 ss.; G. VIRGA, *Le modifiche ed integrazioni alla legge n. 241 del 1990 recentemente approvate. Osservazioni derivanti da una prima lettura*, in *www.lexitalia.it*, n. 1/2005.

(3) A. ROMANO TASSONE, *op. cit.*, 75; P.M. VIPIANA PERPETUA, *op. cit.* 404.

(4) R. e D. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 2001, 1132.

(5) A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. Amm.*, 4/2003, 749.

(6) M. CLARICH, *Sarà più difficile fare annullare gli atti della P.A., ne Il Sole 24-Ore*, 26 ottobre 2000. L'introduzione delle cause di nullità (art. 21-*septies*) non sembra invece una intuizione felice, in quanto c'è il rischio di una ingerenza incontrollata del giudice ordinario, accentuata dall'incomunicabilità tra i due vertici della giurisdizione amministrativa e civile.

L'art. 21-*octies* costituisce un duro colpo per la cultura dei cavilli e del formalismo e un altro passo verso l'Europa (7), ma soprattutto fa risparmiare denaro pubblico: si ricorda che annullare atti amministrativi per anormalità meramente formali e improduttive di effetti sul contenuto del provvedimento significa costringere l'amministrazione a riadottare un atto dotato del medesimo contenuto, con evidente perdita di energie umane e, quindi, di denaro pubblico (8). In secondo luogo, i vantaggi si manifesterebbero per il sistema della giustizia amministrativa già oberata di lavoro, che eviterebbe di trovarsi investita di ricorsi volti all'annullamento in sede giurisdizionale di atti affetti da mere anormalità di carattere formale. In terzo luogo, sarebbero positive le ripercussioni per i cittadini, che sarebbero esentati dall'onere di adire il giudice per vizi meramente formali.

Se vogliamo, da ultimo, delineare uno degli aspetti della *ratio* sottesa all'istituto della irregolarità, si potrebbe evidenziare anche l'elevato tasso di complicazione presente nel nostro sistema di amministrazione (9).

2. – Segue – Le molteplici giustificazioni dogmatiche dell'irregolarità

La categoria delle mere irregolarità è nata prevalentemente in via di prassi amministrativa e giurisprudenziale.

Essa attiene alla presenza di anomalie del provvedimento che vengono ritenute sanabili, in nome dell'interesse alla conservazione dell'atto amministrativo, in quanto non vengono considerate sufficienti a costituire una causa di annullamento (10). L'art. 21-*octies* codificando l'irregolarità, introduce il *discrimen* tra difformità meramente formali e difformità incidenti sul contenuto del provvedimento, limitando l'annullamento dell'atto alla sola violazione della legalità sostanziale.

La violazione di legge che diventa irregolarità non è da considerarsi una patologia, neppure di tono minore, poiché l'ordinamento non prevede alcuna forma reattiva contro il provvedimento irregolare. Il regolamento che ne consegue non contraddice alcuno schema legale, precettivamente imposto, e la violazione della norma è considerata non lesiva del pubblico interesse (11). Il supporto normativo di tale ricostruzione si rinviene, come già detto, nell'art. 156 c.p.c., ossia nel principio del raggiungimento dello scopo.

(7) Si tratta di un progetto di legge che «forse non farà guadagnare voti, ma che è utile al Paese», M. CLARICH...*op. cit.* In realtà l'impianto normativo del disegno di legge ha subito nell'arco di questi ultimi cinque anni molteplici variazioni, e non tutte secondo gli auspici dell'autore.

(8) P.M. VIPIANA PERPETUA, *Gli amministrativi...*, *op. cit.*, 15.

(9) B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, Padova, 1993, 336, *cit.* da P.M. VIPIANA PERPETUA, *Gli atti...**op. cit.*, 388: «...Mediante il principio della semplificazione dell'azione amministrativa si può intervenire per eliminare, senza danni per l'amministrato, le eventuali anomalie, di natura peraltro non patologica, che afferiscono all'atto».

(10) *Cfr.* al riguardo P. CARETTI e U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 2002, 309.

(11) Così B. CAVALLO, *Provvedimenti...*, *op. cit.*, 337. Anche la rettifica, che regolarizza il provvedimento eliminando ovvero correggendo l'anormalità originaria, in realtà opera solo «un intervento di natura estetica, che nulla toglie, né nulla aggiunge alla validità del provvedimento così regolarizzato». F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 105.

Si era già in passato delineato un orientamento, ora sempre più consistente, che tendeva a dare rilevanza antiformalistica e dimensione sostanzialistica alla violazione di norme meramente procedurali (12). È necessario «porre un freno alla crescente tendenza all'espansione di una conflittualità, tuttora ancorata a parametri formali..., è estremamente opportuno che il diritto amministrativo si distacchi da una consuetudine basata su un ruolo distorto tra legislatore (fortemente impegnato nella produzione di leggi speciali e specifiche) e giurisprudenza (proiettata sulla ricostruzione di grandi principi, in termini non raramente contraddittori e sprovvisti, appunto di basi normative), per passare ad un sistema opposto, in cui legislazione, amministrazione e giurisdizione trovino un equilibrio e una funzionalità più accettabili» (13). Il formalismo era considerato un aspetto importante, basti pensare allo Jering che lo considerava gemello della libertà e nemico dell'arbitrio: formalismo è stato per lungo tempo sinonimo di certezza del diritto. Nel tempo la situazione si è modificata, per tutta una serie di motivi. L'indagine si è estesa ai vizi sostanziali. Basti pensare all'evoluzione del concetto di eccesso di potere, inizialmente considerato una forma aggravata di incompetenza ed alla successiva elaborazione del Consiglio di Stato delle cosiddette figure sintomatiche dello stesso.

La verifica delle forme non si pone più come una verifica delle scelte discrezionali.

Il punto di svolta, anche simbolico, della suddetta evoluzione è da considerarsi proprio la legge 241 del 1990: aumentano le garanzie per il privato, ma nello stesso tempo si trasformano alcune ipotesi di eccesso di potere in vizi di violazione di legge, con ciò sottolineandosi il formale passaggio dalla legittimità formale a quella sostanziale.

Dal vizio da accertamento sintomatico (eccesso di potere) a vizio da accertamento diretto non sintomatico (vizi di legittimità). L'analisi dei vizi si pone in maniera diversa: se esiste il sintomo è necessario verificare se esiste il vizio. Tale evoluzione interpreta correttamente l'art. 97 Cost., quasi mai applicato ed osservato in maniera soddisfacente: il rispetto dell'efficacia e dell'economicità e il divieto di aggravamento del procedimento, accompagnato dal rispetto formale, ma con un occhio di riguardo per il contenuto del provvedimento, pur in presenza di vizi formali.

L'art. 97 Cost., laddove prevede che i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, sancisce l'esigenza di una P.A. efficiente ed improntata a criteri di economicità. Se ne desume lo sfavore

(12) La «sproporzione che spesso viene denunciata tra il bisogno di tutela del privato e lo strumento processuale dell'annullamento dell'atto, ha indotto la giurisprudenza ad isolare casi in cui il vizio non comporta annullamento perché non influisce sull'esito della vicenda amministrativa», G. CORSO, *Manuale...*, op. cit., 263.

(13) L. VANDELLI, in *Dossier*, sul disegno di legge A.S. n. 4860, «Norme generali sull'attività amministrativa», 46, datato 5 febbraio 2001 e redatto sulla base dei materiali pervenuti all'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo e dei documenti elaborati dagli associati, cit. da P.M. VIPIANA PERPETUA, *Gli atti amministrativi*, cit. 10.

nei confronti di un aggravamento del procedimento ed un favore, invece, verso la facilitazione degli esiti sostanzialmente corretti del provvedimento amministrativo. Tutto ciò tuttavia, pur in presenza di disposizioni normative della 241 che fissano principi che, per un verso, aumentano i vizi formali (l'indicazione del responsabile del procedimento, dell'autorità giurisdizionale cui ricorrere in caso di inerzia, i termini entro cui adirla, l'ampliamento della comunicazione dell'avvio del procedimento, il preavviso di rigetto).

Ma in questo quadro emerge egualmente e prepotentemente l'esigenza che sul principio formale prevalga il principio sostanziale.

3. – *L'art. 21-octies, secondo comma: la generale non annullabilità dell'atto vincolato per vizi procedimentali e di forma*

La tendenza, dunque, è quella di un mutamento degli stati invalidanti: da un lato violazioni di legge (vizi formali) che non danno luogo ad annullamento e che refluiscono nella categoria delle irregolarità non invalidanti, dall'altro la nuova ipotesi codificata della nullità (14).

La difformità rispetto allo schema legale si potrebbe suddividere in: difformità non incidenti sul contenuto del provvedimento (irregolarità), incidenti sul contenuto del provvedimento (annullabilità), di rilievo tale da essere incluse nelle cause di nullità previste dalla stessa legge n. 15/05. L'art. 21-octies sull'annullabilità del provvedimento stabilisce al comma 1 che *i vizi del provvedimento sono la violazione di legge, l'eccesso di potere e l'incompetenza*, con ciò confermando il testo unico del Consiglio di Stato.

Al secondo comma, nella prima parte, il legislatore introduce subito una importante eccezione alla regola generale, quanto agli atti vincolati: *«non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato»*.

La seconda parte del 2° comma dell'art. 21-octies introduce un'altra importante deroga non solo al comma 1 ma anche all'art. 8, in quanto stabilisce che *«il provvedimento non è altresì annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato»*. Innanzi tutto risulta evidente che proprio l'art. 21-octies sancisce a livello legislativo un importante principio, introducendo inequivocabilmente una distinzione tra vizi sostanziali e formali dell'atto amministrativo, ritenendo possibile per i secondi una sorta di sanatoria, sulla falsariga dei principi elaborati con riferimento all'invalidità degli atti processuali in caso di raggiungimento dello scopo.

(14) «Come si è voluto evitare di colpire con l'annullabilità gli atti amministrativi che non violano il principio di legalità sostanziale, così si è sancita, con norme generali, la misura più radicale della nullità per quegli atti che danno luogo a violazioni particolarmente gravi di tale principio... Si vuole affermare... un canone di adeguatezza fra tipo di scostamento dal modello legale dell'atto e genere di conseguenze applicabili all'atto stesso», P.M. VIPIANA PERPETUA, *Gli atti amministrativi*, op. cit., 14.

Resta da stabilire se la norma si riferisce, per quanto riguarda la comunicazione dell'avvio del procedimento, a tutti gli atti, vincolati e discrezionali, o solo a quelli discrezionali, come si desume dal tenore del comma, dato che la prima parte riguarda i vizi di forma e procedimentali degli atti vincolati in genere (15). La disciplina in via generale dei vizi formali degli atti vincolati dovrebbe ricomprendere anche le ipotesi di omessa comunicazione dell'avvio del procedimento. Ciò è dimostrato dal diverso onere della prova: solo nel caso degli atti discrezionali è richiesta la dimostrazione in giudizio dell'amministrazione che l'atto è sostanzialmente corretto negli esiti (integrazione della motivazione), mentre nel primo caso è sufficiente il mero controllo del giudice circa la conformità a modello.

L'art. 21-*octies* comma 2 dovrebbe essere letto anche congiuntamente all'art. 10-*bis*, il quale introduce l'obbligo per il responsabile del procedimento o per l'autorità competente, «*nei procedimenti ad istanza di parte, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, di comunicare tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda*». La violazione dell'art. 10-*bis*, se inerente ad un atto vincolato, dà luogo a semplice irregolarità, qualora sussistano i presupposti dell'art. 21-*octies* 2° comma (v. oltre).

L'art. 21-*octies*, comma 2 rappresenta, dunque, la sintesi massima dei diversi riflessi che i vizi formali possono avere nei confronti degli atti vincolati e discrezionali: una generale irregolarità per vizi di forma e procedimentali dei provvedimenti vincolati e l'irregolarità per vizi di forma negli atti discrezionali, in riferimento al solo caso specifico della comunicazione dell'avvio del procedimento.

Solo nei provvedimenti vincolati infatti, può concretamente predicarsi, da parte del giudice, la corrispondenza al contenuto che la legge prescrive, mentre per gli atti discrezionali la legge si limita a dare delle indicazioni di criteri, di obiettivi, ma il contenuto specifico del provvedimento è stabilito dalla pubblica amministrazione agente.

Del contenuto dispositivo di tali atti, perciò è da escludere che si possa verificare da parte del giudice, sulla base di elementi «palesi», la piena conformità alla norma.

Com'è noto, il provvedimento avente natura vincolata non lascia margini di apprezzamento discrezionale in capo alla Amministrazione. L'ammi-

(15) Parte della dottrina, che or ora si va delineando, aderisce all'interpretazione meno favorevole all'amministrazione e, anzi, critica la norma. «È da ritenere infatti che la comunicazione prevista dalla norma sia sottoposta alla medesima disciplina della comunicazione dell'avvio del procedimento di cui all'art. 7, la cui mancanza può divenire irrilevante nelle circostanze previste dall'art. 21-*octies*: ciò indubbiamente ne abbassa molto l'impatto in termini pratici», CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della legge n. 241/1990*, in www.giustamm.it, 12, M.A. SANDULLI, *La comunicazione di avvio del procedimento tra forma e sostanza*, in *Foro Amm. T.A.R.*, Milano, 2004, 1596; D.U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003, 77 ss; E. FOLLIERI, *La giurisdizione del giudice amministrativo a seguito della sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204 e dell'art. 21-*octies* della legge 7 agosto 1990, n. 241*, in www.giustamm.it.

nistrazione non ha alcun potere ai fini dell'applicazione del dato normativo e non ha alcun potere in ordine alla scelta che potrebbe apparire più o meno significativa dal punto di vista dell'adozione del reato.

L'Amministrazione ha anzi l'obbligo di intervenire con un atto di diniego o di accoglimento, dovuto nell'*an* e vincolato nel suo contenuto, senza che su di esso possa ingerire alcuna comparazione tra interessi pubblici ed interessi privati (16). La mancanza della possibilità di apprezzamento discrezionale involge anche altri fondamentali aspetti, e non solo la comunicazione di avvio ai sensi dell'art. 7 legge 241 del 1990, ma anche la motivazione stessa dell'atto (17), considerato che proprio dalla natura vincolata dell'atto deriva che l'onere di motivare il provvedimento si esaurisce nell'enunciazione dei presupposti dell'azione amministrativa posta in essere. La natura di atto vincolato, dunque, incide sull'annullabilità dell'atto. Pertanto, nei casi in cui il provvedimento impugnato abbia natura vincolata e non lasci margini di apprezzamento discrezionale in capo alla Amministrazione, sono irrilevanti i vizi di forma e quelli procedimentali (18).

Per quanto riguarda l'esercizio vincolato del potere non si prospetta la possibilità di ricercare l'opportunità, in quanto quest'ultima risulta *ex lege* assorbita nello schema legale prediposto dalla norma per l'attività amministrativa (19).

4. – *L'art. 21-octies, secondo comma: la non annullabilità dell'atto discrezionale per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento*

Come già accennato, per i provvedimenti discrezionali l'unica ipotesi in cui il vizio formale può integrare una mera irregolarità sembra essere il vizio di omessa comunicazione del procedimento.

L'art. 21-octies, 2° comma aggiunge, infatti, nell'ultima parte, una disposizione importante: 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.

Anche quest'ultima costituisce una relevantissima 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.

Com'è noto, il comma 2 dell'art. 1 stabilisce che la P.A. non può aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria.

(16) Sulla natura di atto vincolato *cf.* T.A.R. Toscana, Sez.III, 30 gennaio 2002, n. 90.

(17) *Cfr.* T.A.R. Lombardia, Milano, Sez.III, 5 dicembre 2002, n. 4730, in *Foro Amm. TAR*, 2002, f. 12.

(18) In materia di normativa sugli stranieri ad esempio, è irrilevante l'entità del reato commesso o la supposta poca gravità dello stesso ai fini dell'applicazione del dato normativo posto che l'Amministrazione non ha alcun potere in ordine alla scelta dei reati che potrebbero apparire più o meno significativi dal punto di vista della pericolosità sociale (T.A.R. Piemonte, Sez. I, 15 ottobre 2003, n. 29, in *Foro Amm. TAR*, 2003).

(19) Un certificato, infatti, sarà esatto o inesatto, mai inopportuno, B. CAVALLO, *op. cit.*, 329.

La natura e l'essenza ontologica di questa particolare categoria di provvedimenti ha visto la giurisprudenza, e con essa la dottrina, dividersi sul punto dell'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento. Per un primo orientamento l'obbligo di comunicazione esprime una forma di partecipazione collaborativa che riguarda solo gli atti discrezionali, in quanto l'intervento dei soggetti destinatari dello stesso non potrebbe tradursi in una utile partecipazione, ma solo in aggravamento, ingiustificato, del procedimento (20).

Un secondo orientamento, minoritario in giurisprudenza, in ossequio alla generalità di applicazione della legge 241/1990, ritiene che l'obbligo di comunicazione debba assolutamente essere rispettato, in quanto espressione di una gestione concordata del potere e non mera formalità. Invero, tale tesi invoca una forma di esercizio del potere che chiama alla partecipazione settori della collettività che forse, ancor prima dell'amministrazione stessa, non sono preparati ad un tale passo (21).

Vi è un'impostazione intermedia, prospettata in dottrina ed avallata in un caso specifico dal Consiglio di Stato che, nel tentativo di comporre utilmente le esigenze di economicità ed efficienza dell'agire amministrativo nonché di partecipazione del privato, ritiene che l'obbligo di comunicazione debba essere assolutamente rispettato in tutti quei casi in cui, a fronte di un'attività vincolata, debba aversi una valutazione puntuale della situazione di fatto su cui dovrà innestarsi il provvedimento finale (22). Nei casi in cui tali presupposti di fatto siano pacifici e non contestati, l'obbligo di comunicazione viene a porsi nel nulla, attenendo solo ad una facoltà di valutazione di requisiti che prescindono dalla formazione provvedimentoale dell'atto stesso.

L'orientamento giurisprudenziale più recente riteneva che l'art. 7, come tutte le altre regole sulla partecipazione stabilite dalla legge 241 del 1990, non dovesse essere interpretato in maniera rigidamente formalistica, letterale e acritica, bensì secondo logica e buon senso (23).

È considerato essenziale, infatti, fornire una lettura di tali regole, alla luce dei criteri generali che governano l'azione amministrativa, individuando i contenuti essenziali del rapporto tra esercizio del pubblico potere e tutela della posizione del privato (ragionevolezza, proporzionalità, logicità ed adeguatezza).

Attraverso il vizio dell'eccesso di potere il giudice amministrativo controlla il modo (legittimo o meno) in cui la P.A. ha esercitato la discrezionalità, ossia il modo in cui sono stati ponderati gli interessi coinvolti. Ciò non

(20) In questo senso T.A.R. Lazio, Sez. II, 14 maggio 1998, n. 1093; Cons. St., Sez. V, 13 novembre 1995, n. 1562; Cons. St., Sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1381.

(21) T.A.R. Liguria, Sez. I, 27 maggio 1995, n. 176, Cass. III Sez. civ, 7 agosto 2001, n. 10898.

(22) Cons. St., Sez. V, 23 febbraio 2000, n. 948. Cfr. M. VAGLI, *La comunicazione dell'avvio del procedimento negli atti vincolati tra evoluzione giurisprudenziale e novità legislative*, op. cit.

(23) T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 4 gennaio 2002, n. 88, in *Foro Amm. TAR*, 2002, 208; T.A.R. Lazio Latina, 23 maggio 2001, n. 527, in *Foro Amm.*, 2001.

significa, tuttavia, valutare la bontà del risultato conseguito, in quanto significherebbe entrare nel merito del fatto, che è consentito solo quando la legge lo permette (24).

In ogni caso, anche a fronte dei diversi orientamenti, risulta evidente che il fulcro dell'attività amministrativa autoritativa si è spostato dalla fase decisoria del procedimento con atto decisionale a quella precedente della formazione della decisione, all'istruttoria (25).

Nel caso dell'art. 21-*octies*, comma 2, il legislatore ha ratificato le risultanze cui la giurisprudenza maggioritaria era pervenuta dopo anni di esperienza.

5. – *La prova di resistenza e l'onere della prova.*

L'art. 21-*octies* prevede che l'atto impugnato venga sottoposto ad una specie di prova di resistenza: il giudice valuta se l'omissione sia tale da influire sull'esito del procedimento o da risultare irrilevante. Se il provvedimento conclusivo è semplicemente affetto da una irregolarità non invalidante, il vizio è irrilevante (26). L'impatto dell'art. 21-*octies*, 2° comma spiega effetti anche sul versante processuale ed incide sulla struttura stessa del giudizio amministrativo. Il giudice è chiamato a compiere una sorta di accertamento preliminare della conformità dell'atto impugnato al parametro normativo, al fine di stabilire se il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Solo in tal caso egli deve rigettare i motivi di illegittimità eventualmente dedotti dal ricorrente circa la violazione di determinate norme sul procedimento o sulla forma.

Ove invece tale accertamento dia luogo alla conclusione che il contenuto dispositivo dell'atto avrebbe potuto essere diverso (ad esempio perché trattasi di atto discrezionale), il giudice deve accogliere i motivi dedotti (*anche se* relativi a violazione di carattere formale o procedimentale). In questo caso l'onere della prova si radica in capo al ricorrente.

Come già detto, in ordine alla ipotesi di cui alla seconda parte del secondo comma, che non è limitata nella sua applicazione alla specie degli

(24) «Si tratta certamente di una disposizione che, pur con tutte le cautele da cui è circondata, afferma un principio dalle ampie potenzialità espansive. E tuttavia, mi pare che essa abbia suscitato eccessivo allarme, e che non vi sia, in tali affermazioni, nulla di eversivo. Il principio in questione – ancorché apparentemente espresso e messo in atto attraverso una duplice tecnica: una qualificazione sostanziale di «non-annullabilità» (irregolarità?) per i provvedimenti vincolati, ed una eccezione processuale per quelli discrezionali – è infatti destinato, in realtà, ad operare sempre e comunque nel giudizio ed *ope exceptionis...*», R. TASSONE, *Prime osservazioni sulla legge di riforma della legge n. 241/1990*, in www.giustamm.it.

(25) V. FERA, *Il principio del giusto procedimento alla luce della legge 15 del 2005*, in www.giustamm.it/new2005/ART2059.htm. L'espressa previsione dell'irrilevanza, ai fini della annullabilità dell'atto, della mancata comunicazione dell'avvio del relativo procedimento, che non era contenuta né nell'originaria pdl n. 6844/XII (CERULLI IRELLI), né nel pdl n. 1281/XIV (FRATTINI), ma è stata aggiunta nel corso dei lavori parlamentari.

(26) G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2003, 263.

atti vincolati, l'accertamento è da farsi anche sulla base dei chiarimenti che può rendere in giudizio l'amministrazione, anche se solo in riferimento all'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento.

Tale disposizione chiarisce che in caso di mancanza di comunicazione di avvio del procedimento è l'amministrazione e non il cittadino a dovere dimostrare in giudizio che il provvedimento finale non sarebbe stato diverso: l'onere della prova, dunque, in questo caso, spetta all'amministrazione, attesa la natura discrezionale del contenuto provvedimentoale, che non permette al giudice la valutazione circa gli esiti sostanzialmente corretti.

In realtà, una parte della giurisprudenza si era già espressa nel senso che l'onere della prova dovesse spettare in capo al ricorrente: «solo nei casi in cui soggetti a favore dei quali è previsto l'obbligo di comunicazione possano dimostrare che il loro tempestivo intervento avrebbe potuto significativamente modificare il contenuto degli atti della specie di cui sopra, si configura una illegittimità dell'atto finale per violazione di legge» (27).

Si può pertanto notare come il legislatore abbia optato per una concezione della comunicazione di avvio del procedimento funzionale al raggiungimento dello scopo, tale da permettere una partecipazione utile, collaborativa, capace di arricchire l'istruttoria e di incidere sull'esito finale del provvedimento, da valutarsi per ogni singolo caso.

Attraverso l'inversione dell'onere della prova si è conferito un particolare valore intrinseco al principio della garanzia del contraddittorio, che risulta peraltro oltremodo potenziato dal complesso della legge 15/05 (28).

Tale aspetto non dovrebbe dunque essere sottovalutato da quella parte della dottrina che ha espresso forti perplessità circa il valore garantista della legge (29).

6. – *L'ampliamento del contenuto della comunicazione dell'avvio del procedimento*

In proposito è possibile individuare altre norme che potenziano le garanzie partecipative del privato e che esaltano la struttura dialettica procedimentale.

All'art. 8 sono aggiunti i commi *c bis* e *ter* che determinano un ampliamento del contenuto della comunicazione dell'avvio del procedimento. Il comma *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, nonché dei rimedi esperibili in caso di inerzia. È introdotto inoltre, anche nel caso dei procedimenti ad istanza di parte, l'obbligo della comunicazione dell'avvio del procedimento, sottoforma di obbligo di comunicazione della data di presentazione della relativa istanza. Si è voluto fornire, 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 indi-

(27) T.A.R. Sicilia, Catania Sez. II, 15 aprile 2002, n. 624.

(28) M. VAGLI, *La comunicazione di avvio del procedimento negli atti vincolati tra evoluzione giurisprudenziale e novità legislative*, in www.lexitalia.it.

(29) F. SATTA, *La riforma della legge n. 241/1990: dubbi e perplessità*, in www.giustamm.it.

cato il termine e l'autorità giurisdizionale cui ricorrere. Si presume che la regola dell'art. 21-*octies*, secondo comma venga applicata anche in questo caso. Il disposto normativo non recepisce, tuttavia, le risultanze cui era pervenuta la giurisprudenza pressoché unanime sul punto.

La statuizione parrebbe scaturire 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 presentato. Ciò anche ai fini del ricorso contro il silenzio della p.a., da esperirsi entro un anno (v. nuova versione dell'art. 2 della legge 241/1990, così come riformato dalla legge 14 maggio 2005, n. 80). Come già accennato, la giurisprudenza amministrativa si era espressa in modo pressoché unanime sulla superfluità della comunicazione di avvio del procedimento per quei procedimenti iniziati su istanza di parte, definendo la comunicazione una *mera duplicazione di formalità* oppure una *evidente duplicazione di attività, con aggravio dell'amministrazione, non compensata da particolari utilità per i soggetti interessati*.

In questi casi per il semplice fatto di aver presentato l'istanza, il cittadino è a conoscenza dell'apertura dell'*iter* procedimentale e della possibilità di partecipare al procedimento mediante produzione di documenti e memorie. Veniva quindi, ritenuta superflua e inutile la comunicazione di avvio in quanto lo scopo cui essa tende si poteva ritenere raggiunto.

A fronte di questa posizione giurisprudenziale abbastanza univoca vi era parte della dottrina che invece sottolineava l'importanza della comunicazione dell'avvio del procedimento anche nei procedimenti ad istanza di parte in quanto essa, ai sensi dell'art. 8, deve contenere una serie di informazioni che il cittadino istante non può conoscere quali l'indicazione dell'ufficio e della persona responsabile del procedimento, nonché dell'ufficio in cui è possibile prendere visione degli atti. In questo senso la comunicazione non viene vista come inutile doppiamente o mera formalità, ma è funzionale a offrire al cittadino una serie di informazioni ulteriormente orientate ad agevolare la sua partecipazione all'*iter* procedimentale (30). L'ampliamento del contenuto della comunicazione di avvio con l'indicazione sia del termine iniziale sia del termine finale si pone in contrasto con le risultanze cui era approdata la giurisprudenza dopo anni di esperienza: sembra un «ritorno al passato» più che una innovazione. Un ritorno al passato che non recepisce gli orientamenti giurisprudenziali e che appesantisce l'*iter* procedimentale a scapito della celerità, efficienza e ed efficacia, principi invocati, a tempo debito, dai cittadini.

Garanzia massima e celerità: ecco ciò che, forse un pò irrealisticamente, la nuova legge pretende. Ben diversa è la realtà di tutti i giorni: risorse, energie, finanziamenti e, talora, pure le concrete esigenze dei cittadini stessi.

7. – *Il preavviso di rigetto o motivazione anticipata: una ulteriore fase di contraddittorio tra le parti con duplicazione di oneri motivatori*

Le medesime perplessità si potrebbero rilevare anche in riferimento all'art. 10-*bis* che introduce una rilevante novità nei procedimenti ad istanza di parte: l'obbligo della p.a. di comunicare i motivi ostativi all'accoglimento

(30) M. Vagli, ...*op. cit.* e la giurisprudenza ivi citata.

dell'istanza prima della formale adozione del provvedimento negativo. I due argomenti sono strettamente collegati, come vedremo, anche perché i principi contenuti nell'art. 21-*octies*, comma 2, ben si applicano anche al preavviso di rigetto, la cui omissione integra un vizio di carattere procedimentale.

L'art. 10-*bis* introduce, dunque, un istituto assolutamente nuovo che è il preavviso di rigetto o motivazione anticipata o comunicazione preventiva dei motivi ostativi: tale istituto opera solo nei procedimenti ad istanza di parte.

Viene così inserita 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 deflativo 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. Si determina così un ampliamento del contenuto motivazionale del provvedimento, con un evidente contrasto con le esigenze di celerità. 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. Si tratta, in quest'ultimo caso, di una duplicazione di oneri motivatori che, se rafforza le garanzie per gli istanti, non potrà non incidere sulla speditezza, sulla economicità, sull'efficienza e l'efficacia dei provvedimenti (31). La mancanza di specifica motivazione, in ordine alle osservazioni e ai documenti presentati dagli istanti si tradurrà in un vizio di violazione di legge.

È opportuno sottolineare che la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza non ha lo stesso trattamento giuridico della comunicazione di avvio del procedimento: la violazione dell'art. 10-*bis* integra un vizio procedimentale e, di conseguenza, è da considerarsi, nei casi di attività amministrativa vincolata, mera irregolarità ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2 prima parte. Spetterebbe al cittadino dimostrare che le osserva-

(31) Cfr. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, ... «Si tratta di una norma che indubbiamente comporterà un aggravamento dei procedimenti ad istanza di parte (con qualche contraddizione rispetto al principio di cui all'art. 1, 2° comma), ma sicuramente essa costituisce un'importante estensione dell'istituto della partecipazione procedimentale, in base al principio che la decisione amministrativa è sempre frutto di una dialettica tra le parti interessate e può consentire altresì, in molti casi, attraverso il coinvolgimento del soggetto direttamente interessato, il superamento di dubbi e di difficoltà che ove non chiariti possono portare alla emanazione di provvedimenti negativi».

zioni che avrebbe potuto sollevare al termine della fase istruttoria e prima dell'emanazione del provvedimento finale avrebbero fatto cambiare idea all'amministrazione. L'amministrazione, dunque, è stretta da una parte dagli istituti della d.i.a. e del silenzio assenso, dall'altra dagli oneri motivatori più intensi derivanti dall'istituto della motivazione anticipata, e dall'altra viene accentuata la partecipazione al procedimento amministrativo endoprocedimentale. La tutela del privato e l'attuazione del principio del giusto procedimento si rafforza già nella fase istruttoria, anticipandone la soglia.

La dottrina rinviene la *ratio* nell'esigenza che il cittadino si trovi in una situazione paritaria con la p.a. ed è per questo che la tutela a lui assegnata è, rispetto al passato, una tutela rafforzata (32). La legge prevede due eccezioni: 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. Il nuovo istituto è senz'altro da ricollegarsi al principio della trasparenza e della conoscibilità esterna dell'azione amministrativa, da parte degli interessati, insieme all'istituto del responsabile del procedimento, a quello dell'avvio del procedimento e ai diversi istituti della partecipazione, alla disciplina dell'accesso. Sulla base di questa comunicazione si apre nuova istruttoria con la partecipazione degli istanti, che hanno diritto a rappresentare le loro osservazioni e a depositare documenti, con riferimento alle motivazioni negative dell'amministrazione.

Di queste osservazioni, ove l'amministrazione resti ferma nella sua determinazione di non accoglimento dell'istanza, deve darsi conto nella motivazione del provvedimento negativo finale. Ci si limita ad osservare che tale duplicazione di oneri motivatori potrebbe risultare in contrasto con l'art. 1 della stessa legge che predica l'esigenza della celerità ed efficienza del procedimento amministrativo, ma anche con l'art. 21, comma 2 della stessa legge, che codifica il principio della svalutazione formale dell'atto.

8. – *L'integrazione della motivazione in giudizio: un'occasione perduta*

Com'è noto la previsione originaria dell'art. 21-*octies* proseguiva stabilendo che «*Resta salva la facoltà di regolarizzazione, anche in pendenza di ricorso giurisdizionale*».

La regolarizzazione successiva riguardava il vizio di forma o del procedimento.

È inoltre apparso e scomparso, nelle diverse versioni della norma, la riduzione dell'area di annullabilità per violazione di legge alla sola ipotesi di violazione di norme imperative.

Una ulteriore specificazione legislativa della possibilità di sanare i vizi formali anche con riferimento al vizio di motivazione avrebbe sicuramente approntato un ulteriore passo in avanti. Una delle ipotesi in cui il principio di conservazione degli atti, libero da condizionamenti meramente formali, potrebbe finalmente trovare applicazione, riguarda proprio la possibilità di integrazione

(32) V. FERA, *Il principio del giusto procedimento alla luce della legge 15 del 2005*, in www.giustamm.it/new2005/ART2059.htm

successiva della motivazione del provvedimento impugnato, qualora la motivazione sia carente, insufficiente e illogica, attraverso le argomentazioni e le produzioni difensive poste in essere dalla P.A. in sede di giudizio.

Al riguardo in dottrina non vi è orientamento unanime e la stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato è oscillante. Tuttavia, è proprio la presenza, nel nostro sistema giuridico, del principio di conservazione degli atti e, in particolare, del criterio del raggiungimento dello scopo, che permette una notevole apertura in tal senso. In base a tali principi, l'annullamento dell'atto formalmente viziato diventa l'estrema *ratio*, da utilizzarsi legittimamente solo laddove non esista la possibilità di ricostruire altrimenti l'*iter* logico giuridico seguito dall'amministrazione.

L'efficacia di tale soluzione si ravvisa nel fatto che verrebbe evitato il defatigante rinnovo dell'attività procedimentale che, peraltro, non si pone come soluzione soddisfacente per le ragioni sostanziali del privato ricorrente. Soprattutto oggi le esigenze di celerità e di efficienza si pongono come presupposti imprescindibili volti ad abbattere le barriere formali che impediscono l'accertamento giudiziale della realtà (33).

La motivazione successiva, così come è stata definita da autorevole dottrina (34), è quasi sempre stata tendenzialmente negata dalla giurisprudenza tradizionale.

Si è tanto insistito per fornire una nuova visione volta ad offrire una modifica sostanziale dell'oggetto del processo, inteso non più giudizio sull'atto impugnato bensì come pretesa sostanziale fatta valere da parte ricorrente nel processo e, quindi, giudizio sul rapporto, che appare difficile non accettare come conseguenza, tra i vari aspetti, proprio quello di consentire l'integrazione della motivazione dopo la proposizione del giudizio (35).

È infatti, venuto meno il presupposto sistematico dell'immutabilità del provvedimento impugnato così come rappresentato nell'atto che lo racchiude. Senza parlare, poi, della già accennata visione efficientista dell'attività amministrativa, che si riflette nell'esigenza di evitare inutili sprechi

(33) Il divieto per l'amministrazione di integrare nel corso del giudizio la motivazione del provvedimento impugnato, imponendo al giudice di emettere pronunce meramente formali di annullamento per difetto di motivazione, non preclude all'amministrazione di reiterare lo stesso provvedimento annullato in sede giurisdizionale con una nuova motivazione, G. VIRGA, *Integrazione della motivazione nel corso del giudizio e tutela dell'interesse alla legittimità sostanziale del provvedimento impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, p. 516.

(34) M.S. GIANNINI, voce *Motivazione dell'atto amministrativo* in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, 1977, 258 ss. L'autore precisa che l'obbligo di motivazione «fu il primo dei problemi che aprì la giurisprudenza, dandogli risposta, agli inizi, perentoriamente positiva. Anche nella dottrina, sempre, agli inizi vi furono atteggiamenti conformi: la ragione di politica del diritto... prevalse sull'analisi della normazione positiva, e anche sul buon senso...», voce *Motivazione... cit.*, 262.

(35) In tal senso F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo, cit.*, p. 1427; G. VIRGA, *Integrazione della motivazione nel corso del giudizio e tutela dell'interesse alla legittimità sostanziale del provvedimento impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, p. 520.

dell'attività processuale, nonché del successivo esercizio meramente confermativo dell'attività amministrativa (36).

La giurisprudenza ha in passato mostrato aperture in proposito soprattutto nei casi di procedimento riservato *ex art. 24* legge 241 del 1990 (diritto d'accesso), consentendo all'Amministrazione di intervenire validamente anche in corso del giudizio ad integrare la motivazione del provvedimento impugnato, con conseguente eventuale cessazione della materia del contendere in ordine al dedotto vizio di difetto di motivazione (37).

Ulteriore apertura si è avuta con la cosiddetta motivazione plurima, che si configura qualora l'atto amministrativo si fondi su una pluralità di ragioni di per sé autonome: il provvedimento è considerato legittimo anche nel caso in cui sia esplicitata una sola di queste ragioni, idonea a sostenere l'atto intero (38). Non si tratta, peraltro, di novità recente, considerato che già da tempo, ancora prima dell'art. 21-*octies*, secondo comma della legge 241/1990, parte della dottrina si era spinta verso una svalutazione della rilevanza dei vizi formali quali autonome cause di annullamento dell'atto e più in generale verso una ricostruzione in termini sostanzialistici del processo amministrativo e del suo oggetto (39).

Valorizzazione, dunque, della dimensione sostanzialistica dell'interesse a ricorrere, al fine di emettere pronunce destinate ad incidere sull'assetto sostanziale degli interessi e quindi capaci di condizionare il futuro operato della P.A., senza limitarsi ad una mera demolizione dell'atto amministrativo contestato (40).

Il superamento di una visione meramente demolitoria, così come da più parti in dottrina si auspica, non può non avere come corollario la legittima possibilità di identificare l'oggetto reale del giudizio nella pretesa sostanziale del ricorrente. In tal modo la motivazione non risulta più essere unica ed insostituibile nell'indagine del giudice, ma il principale elemento d'integra-

(36) R. TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, p. 404. Favorevole alla motivazione successiva è anche V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1988, p. 411.

(37) Cons. Giust. Amm. 20 aprile 1993, n. 149, in *Dir. Proc. Amm.*, 1994, p. 577, *Cons. Stato*, Sez. V, 13 novembre 1990, n. 776, in *Cons. St.*, 1990, I, 1235, *Cons. Stato*, Sez. IV, 20 maggio 1992, n. 546, in *Cons. St.*, 1992, I, p. 716; B. MAMELI, *Atto introduttivo e attività istruttoria*, in *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2001, 3 ss.

(38) Giurisprudenza pacifica, cfr. al riguardo F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, *op. cit.*, e la giurisprudenza ivi citata. T.A.R. Salerno, 19 aprile 2000, n. 275, in *I TAR*, 2000, I, 3384.

(39) Sul punto V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1998, p. 411; G. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I e II, Milano, 1962; per la tesi opposta A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, II, Napoli, 1984, p. 1369; P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, p. 160 ss. Per una disamina della problematica A. ZITO, *L'integrazione in giudizio della motivazione del provvedimento: una questione ancora aperta*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1994, p. 577 ss.

(40) Cfr. al riguardo S. D'ALESSANDRO, *Obbligo di motivazione del provvedimento amministrativo e interesse sostanziale a ricorrere*, in *Foro amm.*, 1988, p. 3724.

zione dell'atto, per evitare che ad una maggiore tutela processuale del privato corrisponda una minore tutela sostanziale: si attua quella che già da tempo era stata definita la dequotazione giudiziale della motivazione (41). La legge n. 241 ha fatto assurgere la motivazione a requisito formale del provvedimento, riportando la sua mancanza assoluta a vizio di violazione di legge, ma non ha del tutto escluso la possibilità di valutare il vizio di difetto di motivazione in chiave sostanzialistica, al fine di evitare che «il sistema di giustizia funzioni a vuoto e che la garanzia offerta al privato sia più apparente che reale» (42). Come è stato sostenuto, la motivazione è l'oggetto misterioso della riforma della legge sul procedimento amministrativo» (43). L'unica lettura possibile è quella di una prospettiva formalistica che si coniuga con una concezione obiettiva della motivazione: senza far scomparire all'orizzonte la necessità formale della motivazione si dà piena adesione alle istanze proprie della teoria della dequotazione della motivazione. Tutto al fine di adottare soluzioni che non facciano funzionare a vuoto il delicato meccanismo della giustizia amministrativa. Il rispetto di tali principi non si pone, peraltro, in contrasto con la ricostruzione effettuata dalla recente giurisprudenza, orientata nel senso di non pretendere una visione meramente formale dell'obbligo di motivazione, coerentemente con i principi di trasparenza e lealtà desumibili dall'art. 97 della Costituzione (44). È possibile, dunque, giungere ad un bilanciamento tra gli artt. 113 e 97 della Costituzione. Nelle recenti pronunce del Consiglio di Stato l'onere della motivazione non si considera soddisfatto dall'osservanza di uno *standard* fisso e immutabile, precostituito in rigide regole.

Il ragionamento si snoda a partire proprio dalla funzione della motivazione, che è quella di consentire la possibilità di valutare ed eventualmente contestare la ragionevolezza delle scelte dell'Amministrazione (45). Alla enunciazione dei motivi la dottrina degli anni trenta diede il nome di giustificazione (46) e già molto tempo prima della legge 241 del 1990 si riteneva che nella motivazione convergessero elementi strutturalmente e funzionalmente diversi.

(41) M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Milano, XXVII, 260.

(42) G. MONTEDORO, *Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione*, in www.giustamm.it.

(43) G. MONTEDORO, *Potere amministrativo...op. cit.*; L. TARANTINO, WITTGENSTEIN, *Mortati e l'integrazione della motivazione in giudizio*, in *Urb.appalti*, 2002, 935.

(44) C.d.S. sez. IV n. 2281 del 29 aprile 2002, in www.giust.it/cds1/cds42002-2281.htm

(45) C.d.S. sez. IV, 26 gennaio 1998, n. 66, in *Foro Amm.* 1998, p. 32.

(46) È la nota distinzione tra motivazione in senso ampio e in senso stretto elaborata da Giannini e ripresa poi dalla dottrina successiva, laddove la motivazione in senso stretto ricomprende solo i motivi e la motivazione in senso ampio anche i presupposti. *Cfr.* al riguardo V. MAZZAROLLI, voce *Motivazione dell'atto amministrativo*, p.1 ss. in *Enc. Giur.* Si è addivenuti, dunque, ad una nozione allargata di motivazione, in cui l'obbligo della motivazione si accompagna alla indicazione del contenuto della stessa. Esemplificativa è l'esperienza francese: la legge 11 luglio 1979 n. 587 sulle decisioni amministrative (*Loi relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'Administration et le public*), all'art. 1 individua solo sei tipi di decisioni che devono essere necessariamente motivate.

La legge 241 così come integrata contiene ora non solo una disciplina generale del procedimento ma anche del provvedimento in quanto tale, sia nel suo regime sostanziale che nel rapporto tra attività provvedimentale e negoziale (47).

È bene osservare subito che dalla generalizzazione di istituti come la denuncia di inizio di attività e il silenzio assenso deriva la dequotazione della motivazione per effetto della *deregulation*. Si tratta della materia di provvedimenti favorevoli ai privati e di attività economiche, soprattutto in merito alle attività autorizzatorie vincolate e che, tuttavia, non garantiscono tutela alcuna dei controinteressati. La liberalizzazione stessa delle attività comporta una riduzione delle garanzie.

Alla luce di tutte queste considerazioni ben poteva il legislatore spingersi oltre e confermare la già prevista statuizione che riconosceva la facoltà di regolarizzare anche in pendenza di ricorso giurisdizionale. La lacuna del legislatore non impedisce, tuttavia, alla giurisprudenza di intervenire e di offrire una interpretazione dell'art. 21-*octies* secondo comma in chiave evolutiva. Al riguardo basti scorrere le prime pronunce dei T.A.R.R. per cogliere tale sensibile mutamento. Per T.A.R. Campania — Salerno, sez. I — sentenza 4 maggio 2005 n. 760(48) l'art. 21-*octies*, 2° comma, esclude ormai «ogni patologica ricaduta dei vizi attinenti alla forma degli atti amministrativi o a violazioni procedurali. Tale innovativa norma, unitamente al principio, già da tempo affermato, secondo cui anche dall'esercizio dell'attività provvedimentale della P.A. possono scaturire illeciti risarcibili ex art. 2043 c.c., deve ritenere ormai ribaltato il tradizionale principio del c.d. divieto di motivazione postuma e consente all'amministrazione intimata di precisare, nel corso del giudizio, le ragioni che hanno indotto alla sfavorevole determinazione di cui all'atto impugnato, salva la possibilità dell'interessato di proporre, avverso il provvedimento integrativo, ricorso per motivi aggiunti».

L'art. 21-*octies*, 2° comma, dunque, impone un ripensamento dell'assunto dell'immodificabilità della motivazione e del più generale divieto di interventi in sanatoria in pendenza di giudizio.

9. – Conclusioni

La teorica dell'amministrazione per risultati, refluisce inevitabilmente nella tematica delle irregolarità. È proprio come esplicitazione della teorica per risultati che si ipotizza una nuova classificazione degli stati invalidanti.

L'esigenza è che vengano nettamente distinti i vizi cosiddetti formali da quelli sostanziali: distinzione da cui consegue il regime della invalidità in senso proprio o quello della irregolarità. Tale distinzione scaturisce dalla caratteristica della moderna P.A. che, utilizzando il parametro di giudizio sulla misurazione di risultati, ha spostato l'analisi della validità. In prece-

(47) F. FRANCIOSI, *Dalla legge sul procedimento amministrativo alla legge sul provvedimento amministrativo (sulle modifiche ed integrazioni recate dalla legge 15/2005 alla legge 241/1990)*, in www.giustamm.it.

(48) La sentenza è stata pubblicata in www.lexitalia.it, n. 4/2005.

denza, la dogmatica degli stati invalidanti era costruita in termini di conformità/difformità dell'atto amministrativo dallo schema legale, mentre ora si guarda alla verifica della idoneità o inidoneità dell'attività amministrativa al conseguimento di un risultato e, dunque, alla soddisfazione dell'interesse pubblico.

In realtà tale problematica scaturisce dallo scontro di due teorie: la teorica della legittimità e la teorica del risultato e, quest'ultima, si risolve nella tensione estrema ad uno Stato di diritto informale, da più parti teorizzato (49). «È la messa in stato d'accusa del diritto per eccesso di forme e formalismo che gli sono propri» (50). Si pensa, comunque, che non vi sia un reale scontro tra le due tesi né rigida alternative (51).

Le estreme conseguenze cui è pervenuta la giurisprudenza con l'elaborazione del sindacato di eccesso di potere che, dall'originario sviamento di potere si è a poco a poco tramutato in un sindacato sui fatti (molto simile, talvolta, al sindacato sul merito amministrativo) (52), dove il giudice valuta la ragionevolezza dell'operato dell'amministrazione ed il concreto perseguimento dello scopo pubblico, prescindendo dalla conformità o meno ad uno schema legale, non potevano condurre che alla svalutazione dell'aspetto formale.

Pretendere che l'amministrazione venga sottoposta ad un rigido controllo non solo della ragionevolezza del suo operato ma anche dell'osservanza del dogma della precisione formale che scaturisce dai lacci spesso burocratici che le leggi impongono, significa perdere di vista i principi attuali di efficienza, economicità e semplificazione elaborati per l'agire amministrativo. *Nemo impossibilia tenetur*: è necessario essere realistici e fare i conti con la realtà che può non essere appagante, ma che costituisce l'unico modello che in Italia siamo riusciti a costruire. Il sindacato del G.A. si evolve sempre più nel senso di una verifica sull'uso razionale del potere discrezionale secondo i criteri di logicità, congruità e ragionevolezza: un vero e

(49) G. BERTI, *Stato di diritto informale*, in *Riv.trim.dir.dir pubbl.*, 1992, 3 e ss.

(50) R. FERRARA, *Introduzione di diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2002, 19, cit. da A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. Amm.*, b 4/2003, 739. Parla di desacralizzazione delle forme L. BENVENUTI, *Il metodo giuridico tra ermeneutica ed epistemologia*, in L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002, 1.

(51) Cfr. sempre A. POLICE, *L'illegittimità...op. cit.* anche per la bibliografia sull'argomento. F.G. COCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir. Aggiornamento*, vol. VI, Milano, 2002, 75 ss.; A. FALZEA, *Forma e sostanza nel sistema culturale del diritto*, in *Ricerca di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, vol. I, *Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, 178. Cfr. F. LEDDA, *Elogio della forma scritto da un anticonformista*, in *Foro amm.*, 2000, 3443 e, dello stesso autore «*Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione*», in *Foro amm.*, 1997, 3306, dove si esprimono perplessità circa una dequotazione eccessiva della forma, in quanto questa è un valore irrinunciabile che esprime ordine e sistematicità e non può essere «barattata» con l'efficienza.

(52) Cfr. sul punto A. POLICE, *L'illegittimità...op. cit.*, 756 e P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza*, Padova, 1993, 108: un sia pure limitato sindacato di opportunità è stato introdotto sotto mentite spoglie attraverso un'ampia interpretazione dell'eccesso di potere.

proprio controllo di adeguatezza sostanziale dell'agire pubblico, con il solo divieto di procedere a valutazioni di merito (53).

La preferenza del legislatore mostrata per il risultato e la gestione complessiva dell'azione amministrativa è stata tenuta in considerazione dalla giurisprudenza, anche perché essa emerge *ictu oculi* dai recenti interventi normativi a partire dalla legge 241 del 1990, dove si riscontra un ritiro dello Stato e dei pubblici poteri (come in settori pure cruciali come le *public utilities*), un abbassamento del livello di gerarchia nel sistema delle fonti o anche fenomeni di autoregolazione: una sorta di abdicazione della titolarità del potere in alcuni settori, con una tensione massima verso lo Stato minimo, all'autoamministrazione, agli accordi con i privati, e una progressiva dequotazione delle garanzie delle forme e del procedimento in nome del raggiungimento celere dei risultati.

Non solo, ma in questo contesto deve inserirsi anche la recente riforma processuale ed il conseguente articolarsi dei mezzi istruttori, che conferisce un più penetrante potere di autonomo accertamento del fatto. La possibilità per il giudice di non soffermarsi su di una estrinseca valutazione dell'*iter* logico seguito dall'amministrazione nell'accertamento dei fatti dovrebbe indurre ad una minore considerazione dei vizi di forma e ad una maggiore attenzione al dato contenutistico (54). Delle due l'una: se si procede ad una analisi penetrante dei fatti di causa viene meno l'esigenza di attribuire eccessiva rilevanza alla forma che, in quanto «involucro» del provvedimento, non è più deputata a svolgere le originarie funzioni di garanzia nei confronti dell'amministrato.

(53) M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, 755.

(54) Si pensi al decreto legislativo n. 80 del 1998 che ha riformato la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e alla legge 205 del 2000 che ne ha modificato quella di legittimità; *cfr.* sugli effetti del maggiore potere di indagine del giudice *Cons. di St.*, Sez. V, 6 giugno 2002, in *Foro amm.* CDS, I, 2002, 1447; G. VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il centocinquantenario del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1981, 1584 ss.; W. GIULIETTI, *Vizi delle forme sostanziali e giurisdizione di spettanza*, in *Foro amm.* CDS, I, 2002, 2097; A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza – appunti sul concetto di invalidità*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano, 1993, 1126 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993, 59 ss.

INDICI SISTEMATICI

1 - ARTICOLI, NOTE, DOTTRINA, RECENSIONI

MASSIMO BACHETTI, CARMELA PLUCHINO, <i>Costituzione di parte civile dei familiari di un agente della Polizia di Stato deceduto in un conflitto a fuoco con i terroristi. Questioni sulla legittimazione rispetto al reato associativo</i>	pag.	316
VINCENZO BALSAMO, <i>Esclusione del diritto di accesso per gli atti politici</i>	»	320
BARBARA BOMBACI, <i>Azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di una società a responsabilità illimitata</i>	»	326
ROBERTO DE FELICE, <i>Giurisdizione del giudice amministrativo in pubblici concorsi riservati a dipendenti interni, fuori ruolo e comandati</i>	»	239
PIERLUIGI DI PALMA, <i>La liberalizzazione dei diritti di traffico per le compagnie comunitarie all'interno dell'Unione</i>	»	9
FABRIZIO FEDELI, <i>L'omissione di pronuncia come errore di fatto revocatorio delle sentenze del Consiglio di Stato</i>	»	245
OSCAR FIUMARA, <i>Pratiche di conciliazione nel sistema federale italiano</i>	»	311
OSCAR FIUMARA, GLAUCO NORI, <i>Applicazione retroattiva della pena più mite e limiti all'efficacia verticale delle Direttive comunitarie</i>	»	63
SERENA IANNICELLI, <i>La «longa manus» della modernizzazione del diritto anti-trust europeo</i>	»	218
LUIGI LEPRI GALLERANO, <i>Storia di un silenzio. Le recenti sentenze sull'ammissibilità dei referendum sulla procreazione medicalmente assistita alla luce della precedente giurisprudenza della Corte Costituzionale. Dossier a cura di Ignazio Francesco Caramazza</i>	»	105
MARIA VITTORIA LUMETTI, <i>Autorizzazione al lavoro e distacco di lavoratori stranieri</i>	»	263
MARIA VITTORIA LUMETTI, <i>La nuova analisi della validità dell'atto: l'irregolarità per omessa comunicazione dell'avvio del procedimento</i>	»	330
MARIA VITTORIA LUMETTI, <i>Il sindacato del Giudice Amministrativo sul giudizio di non ammissione alla classe successiva</i>	»	251
PAOLO MARCHINI, <i>Nuova distribuzione delle competenze e foro erariale</i>	»	1
ANTONIO PALATIELLO, <i>Il principio dell'esaurimento dei rimedi interni quale condizione di ammissibilità del ricorso alla CEDU, e i criteri di calcolo del danno non patrimoniale</i>	»	55

<i>La produzione di nuovi documenti nel processo civile ordinario e del lavoro</i>	pag.	224
VINCENZO RAGO, <i>La legge sulla fecondazione medicalmente assistita ha aperto la possibilità per le coppie sterili di avere un figlio. Progresso scientifico e questioni giuridiche. Tutela dell'embrione, tra libertà di ricerca scientifica e diritto alla salute della donna: tre interessanti pronunce del T.A.R. Lazio</i>	»	172
GIACOMO SANTI, <i>I criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici tra direttive comunitarie e legislazione nazionale (Sentenza della Corte di Giustizia 7 ottobre 2004, in causa C-247/02 – Sintesi S.p.A. c. Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici)</i>	»	15

2 - INDICE DELLE SENTENZE

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO		
Sez. 1 ^a , 21 ottobre 2004	pag.	56
Sez. 3 ^a , 2 dicembre 2004	»	57
Sez. 1 ^a , 10 novembre 2004	»	61
CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE		
Grande Sezione, 3 maggio 2005, nelle cause riun. C-387/02, C-391/02, C-403/02	»	71
CORTE COSTITUZIONALE		
Sent. 13-28 gennaio 2005, n. 45	»	143
Sent. 13-28 gennaio 2005, n. 46	»	151
Sent. 13-28 gennaio 2005, n. 47	»	154
Sent. 13-28 gennaio 2005, n. 48	»	160
Sent. 13 28 gennaio 2005, n. 49	»	167
CORTE DI CASSAZIONE		
Sez. Unite, 4 febbraio 2005 n. 2207	»	220
Sez. 1 ^a , ord. 9 febbraio-19 aprile 2005 n. 8187	»	2
Sez. Unite, 20 aprile 2005 n. 8202	»	224
Sez. Unite, 20 aprile 2005 n. 8203	»	231
CORTE D'APPELLO DI ROMA		
Sez. lav., 26 gennaio-22 marzo 2005, n. 639	»	241
CONSIGLIO DI STATO		
Sent. 3 maggio 2005, n. 2138	»	246
TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO		
Sez. 3 ^a ter, cam. cons. 7 aprile-5 maggio, 2005 n. 3452	»	198
Sez. 3 ^a ter, cam. cons. 7 aprile-5 maggio, 2005 n. 4046	»	208
Sez. 3 ^a ter, cam. cons. 7 aprile-5 maggio, 2005 n. 4047	»	211
TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA TOSCANA		
Sez. 1 ^a , sent. 21 dicembre 2004, n. 6555	»	260
Sez. 1 ^a , sent. 19 gennaio 2005, n. 171	»	267

3 - INDICE DEGLI ARGOMENTI

COMPETENZA PER TERRITORIO – Foro della P.A. – Giudizio davanti al tribunale in composizione monocratica originariamente spettante alla competenza ordinaria del pretore ed instaurato dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 51/98 – Sussistenza. (<i>Cassaz., sez. 1^a, ord. 9 febbraio-19 aprile 2005 n. 8187</i>)	pag. 2
COMUNITÀ EUROPEE – Diritto societario – Conti annuali – Principio del quadro fedele – Sanzioni previste per il caso di false comunicazioni sociali – Adeguatezza della sanzione – Successione di leggi nel tempo – Applicazione della pena più favorevole. (<i>Corte di Giustizia CE, Grande Sez., sent. 3 maggio 2005, nelle cause riun. C-387/02, C-391/02, C-403/02</i>)	» 71
CONCORRENZA – Antitrust – Divieto di intese restrittive della concorrenza – Ratio della legge – Conseguenze – Legittimazione ad agire <i>ex art. 33, co. 2 L. 287/90</i> – Consumatori che subiscano pregiudizio dall'intesa (<i>Cassaz., S.U., sent. 4 febbraio 2005 n. 2207</i>)	» 220
CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO – Ammissibilità del ricorso – Principio di esaurimento dei rimedi interni – legge Pinto (<i>CEDU, sez. 1^a, sent. 21 ottobre 2004; sez. 3^a, sent. 2 dicembre 2004; sez. 1^a, sent. 10 novembre 2004</i>)	» 56
DIRITTO PROCESSUALE AMMINISTRATIVO – Revocazione delle sentenze del Consiglio di Stato per errore di fatto, <i>ex art. 395 n. 4 c.p.c.</i> – Omesso esame di un'eccezione – Rilevanza – Inammissibilità (<i>C.D.S., sent. 3 maggio 2005, n. 2138</i>)	» 246
EXTRACOMUNITARI – Autorizzazione al lavoro – Art. 27, co. 1, l. i D.lgs. 286/98 – Lavoratori dipendenti residenti all'estero trasferiti temporaneamente in Italia – Prestazioni determinate di contratti di appalto stipulati tra società estere e italiane (<i>T.A.R. Toscana, sez. 1^a, sent. 19 gennaio 2005, n. 171</i>)	» 267
FECONDAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA – Legge 40/2004 – Decreto del Ministero della Salute del 21 luglio 2004 recante «Linee guida sulla procreazione medicalmente assistita» – Ricorsi (<i>T.A.R. Lazio, sez. 3^ater, sentt. cam. cons. 7 aprile-5 maggio 2005, nn. 3452, 4046, 4047</i>)	» 188
GIURISDIZIONE E COMPETENZA – Azione di nullità di un'intesa restrittiva della concorrenza – Competenza del giudice d'appello – Sussiste – Conseguenze (<i>Cassaz., S.U., sent. 4 febbraio 2005 n. 2207</i>)	» 220
ISTRUZIONE E SCUOLE – Giudizio di non ammissione alla classe successiva – Inammissibilità del sindacato del giudice sui giudizi valutativi – Discrezionalità tecnica dell'amministrazione scolastica – Non necessità di valutazioni dettagliate – Inammissibilità della media aritmetica del tempo complessivo degli scrutini e del loro numero (<i>T.A.R. Toscana, sez. 1^a, sent. 21 dicembre 2004, n. 6555</i>)	» 260
PROCESSO CIVILE – Rito ordinario e rito del lavoro – Produzione di nuovi documenti (<i>Cassaz., S.U., sentt. 20 aprile 2005 nn. 8202 e 8203</i>)	» 224
PUBBLICI CONCORSI (procedura di riqualificazione) – Riparto di giurisdizione – Concorso riservato – Presenza di fuori ruolo e comandati – Giurisdizione amministrativa (<i>Corte d'appello di Roma, sez. lav., sent. 26 gennaio-22 marzo 2005, n. 639</i>)	» 241

REFERENDUM ABROGATIVI – Proposta di abrogazione integrale della legge 19 febbraio 2004 n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) – Inammissibilità – Legge costituzionale necessaria (<i>Corte Cost., sent. 13-28 gennaio 2005, n. 45</i>)	pag. 143
REFERENDUM ABROGATIVI – Proposta di abrogazione integrale della legge 19 febbraio 2004 n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) – Incostituzionalità delle norme abrogate – Irrilevanza – Incostituzionalità della normativa di risulta – Irrilevanza (<i>Corte Cost., sent. 13-28 gennaio 2005, n. 45</i>)	» 143
REFERENDUM ABROGATIVI – Proposta di abrogazione parziale della legge 19 febbraio 2004 n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) (artt. 12, 13 e 14) – Ammissibilità (<i>Corte Cost., sent. 13-28 gennaio 2005, n. 46</i>)	» 151
REFERENDUM ABROGATIVI – Proposta di abrogazione parziale della legge 19 febbraio 2004 n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) (artt. 1 (in parte), 4, 5, 6, 13 e 14) – Ammissibilità (<i>Corte Cost., sent. 13-28 gennaio 2005, n. 47</i>)	» 154
REFERENDUM ABROGATIVI – Proposta di abrogazione parziale della legge 19 febbraio 2004 n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) (artt. 1 (integralmente), 4, 5, 6, 13 e 14) – Ammissibilità (<i>Corte Cost., sent. 13-28 gennaio 2005, n. 48</i>)	» 160
REFERENDUM ABROGATIVI – Proposta di abrogazione parziale della legge 19 febbraio 2004 n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) (artt. 1 (in parte), 4, 5, 6, 13 e 14) – Ammissibilità – Incostituzionalità delle norme abrogate – Irrilevanza – Incostituzionalità della normativa di risulta – Irrilevanza (<i>Corte Cost., sent. 13-28 gennaio 2005, n. 47</i>)	» 151
REFERENDUM ABROGATIVI – Proposta di abrogazione parziale della legge 19 febbraio 2004 n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) (artt. 1 (integralmente), 4, 5, 6, 13 e 14) – Ammissibilità – Incostituzionalità delle norme abrogande – Irrilevanza – Incostituzionalità della normativa di risulta – Irrilevanza (<i>Corte Cost., sent. 13-28 gennaio 2005, n. 49</i>)	» 167
REFERENDUM ABROGATIVI – Proposta di abrogazione parziale della legge 19 febbraio 2004 n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) (artt. 4, 9 e 12) – Ammissibilità – Tecniche di fecondazione di tipo eterologo – Eliminazione della Tutela minima costituzionalmente necessaria – Esclusione (<i>Corte Cost., sent. 13-28 gennaio 2005, n. 49</i>)	» 167
REFERENDUM ABROGATIVI – Proposta di abrogazione parziale della legge 19 febbraio 2004 n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) (artt. 12, 13 e 14) – Incostituzionalità delle norme abrogande – Irrilevanza – Incostituzionalità della normativa di risulta – Irrilevanza (<i>Corte Cost., sent. 13-28 gennaio 2005, n. 46</i>)	» 151
REFERENDUM ABROGATIVI – Soggetti diversi dai presentatori dei referendum e dal governo – Scritti – Ammissibili – Potere di partecipare al procedimento – Esclusione – Integrazioni orali – Rimesse al giudizio di opportunità della Corte Costituzionale (<i>Corte Cost., sent. 13-28 gennaio 2005, n. 45</i>)	» 143

4 - PARERI, COMUNICAZIONI, CIRCOLARI

Consiglio di Stato, Sezione Seconda, parere del 20 ottobre 2004 n. 9032.	
Ministero delle Politiche Agricole e forestali – Applicazione dell’art. 13 del decreto legislativo 30 aprile 1998 n. 173 – Erogazione di aiuti alle imprese che operano nel settore agroalimentare.	pag. 5
A.G.S. – Parere del 17 novembre 2004, n. 150347.	
Domini Internet – Disciplina dell’uso di indirizzi Internet – I poteri di usurpazione – Possibile tutela (<i>consultivo n. 12111/04, avvocato P. Cosentino</i>) . . .	» 269
A.G.S. – Parere del 4 febbraio 2005.	
Cause ostative al rilascio della certificazione antimafia <i>ex art. 3, d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252. (Consultivo n. 33356/04, avvocato L. D’Ascia)</i>	» 272
A.G.S. – Parere del 4 febbraio 2005, n. 14621.	
Usucapibilità delle Chiese del Fondo Edifici di Culto (<i>consultivo n. 37825/04, avvocato L. D’Ascia</i>)	» 276
A.G.S. – Parere del 9 febbraio 2005, n. 17408.	
Autonomia statutaria delle Accademie statali di Belle Arti e Conservatori di Musica (<i>consultivo 52040/04, avvocato G. Fiengo</i>)	» 281
A.G.S. – Parere del 14 febbraio 2005, n. 20140.	
Sequestro conservativo disposto dalla Corte dei conti. Sentenza di condanna della Corte dei Conti. Se i conseguenti adempimenti procedurali o processuali competano all’Amministrazione creditrice, all’Avvocatura dello Stato, al concessionario del servizio di riscossione (<i>consultivo n. 18748/04, avvocato C. Sica</i>).	» 282
A.G.S. – Parere del 18 febbraio 2005, n. 22683.	
Art. 22-bis d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327: occupazione d’urgenza preordinata all’espoglio; determinazione provvisoria dell’indennità, mancata condivisione – Seguito della procedura (<i>consultivo n. 57921/04, avvocato S. Laporta</i>)	» 284
A.G.S. – Parere del 1° marzo 2005, n. 28113.	
Procedura di designazione e nomina del Presidente dell’Autorità Portuale ai sensi dell’art. 8, comma 1-bis, legge n. 84/1994 (legislazione quadro in materia portuale) (<i>consultivo n. 46579/04, avvocato Clemente</i>)	» 287
A.G.S. – Parere del 4 marzo 2005, n. 30282.	
Natura delle istituzioni scolastiche – Riflessi sul patrocinio dell’Avvocatura dello Stato (<i>consultivo n. 37017/04, avvocato E. Figliolia</i>)	» 290
A.G.S. – Parere del 18 marzo 2005, n. 38166.	
Sentenza di improcedibilità per assenza di querela – Rimborso spese legali ai sensi dell’art. 18. D.L. n. 67/1997. (<i>consultivo n. 36026/04, avvocato Fedeli</i>)	» 290
A.G.S. – Parere del 1° aprile 2005, n. 44524.	
Affidamento gestioni aeroportuali – Effetti abrogazione – Atto di indirizzo 30 novembre 2000, n. 141 – T. Contrasto interpretativo natura dei termini del procedimento (<i>AL 26896/04, avvocato P.L. Di Palma</i>)	» 291
A.G.S. – Parere del 5 aprile 2005, n. 46776.	
Procedure di alienazione degli immobili di proprietà del Fondo A.F. (<i>consultivo 2382/05, avvocato F. Greco</i>)	» 295

A.G.S. – Parere del 12 aprile 2005, n. 50308.

Se l'art. 18 del D.L. n. 67 del 1997 come convertito riguarda anche i giudizi tra il dipendente e l'Amministrazione di appartenenza. In particolare, la fase del giudizio di Cassazione promosso con ricorso dell'Amministrazione. (*contenzioso 4368/05, avvocato C. Sica*) pag. 301

A.G.S. – Parere del 14 aprile 2005, n. 51463.

Possibilità di estendere al prodotto «biodiesel» ed alle emulsioni di gasolio e acqua le agevolazioni fiscali a regime operanti per il gasolio per autotrazione; in particolare, se, dopo la Dec. del Consiglio UE 3/5/2002, l'Agenzia possa direttamente, in via interpretativa, applicare quel regime agevolativo o debba attendere una prescrizione normativa. (*consultivo 57670/04, avvocato G. Albenzio*) » 301

A.G.S. – Parere del 14 aprile 2005, n. 51472.

Modalità di applicazione alle persone giuridiche delle sanzioni amministrative in materia doganale, ai sensi dell'art. 7 del D.L. n. 269/03, convertito in legge n. 326/03, con particolare riferimento al principio della responsabilità personale degli amministratori e legali rappresentanti (art. 11 D.Lgs.vo n. 472/97) ed al principio di consapevolezza (art. 5, 6 e 7 del D.Lgs.vo n. 472/97). (*consultivo 6135/05, avvocato G. Albenzio*) » 304

A.G.S. – Parere del 15 aprile 2005, n. 52626

Giudizi di opposizione contro verbali di constatazione redatti a cura dell'Arma dei Carabinieri. 1) quale sia l'Amministrazione competente e sia legittimata passiva: il Ministero della Difesa, nella cui struttura è inserita l'Arma, ovvero il Ministero dell'Interno, per conto del quale vengono eseguiti i controlli; 2) a chi spetta la legittimazione processuale e quale sia la conseguenza se l'opposizione sia stata notificata direttamente ed unicamente all'Arma dei Carabinieri; 3) quale difesa debba essere sostenuta nel giudizio da parte dell'Arma dei Carabinieri. (*consultivo 13512/05, avvocato V. Rago*) » 306

A.G.S. – Parere del 15 aprile 2005, n. 52646.

Art. 1 comma 2, legge 966/65 e istituti scolastici autonomi. Patrocinio dell'Avvocatura dello Stato: natura. (*consultivo 48693/05, avvocato E. Figliolia*) » 309