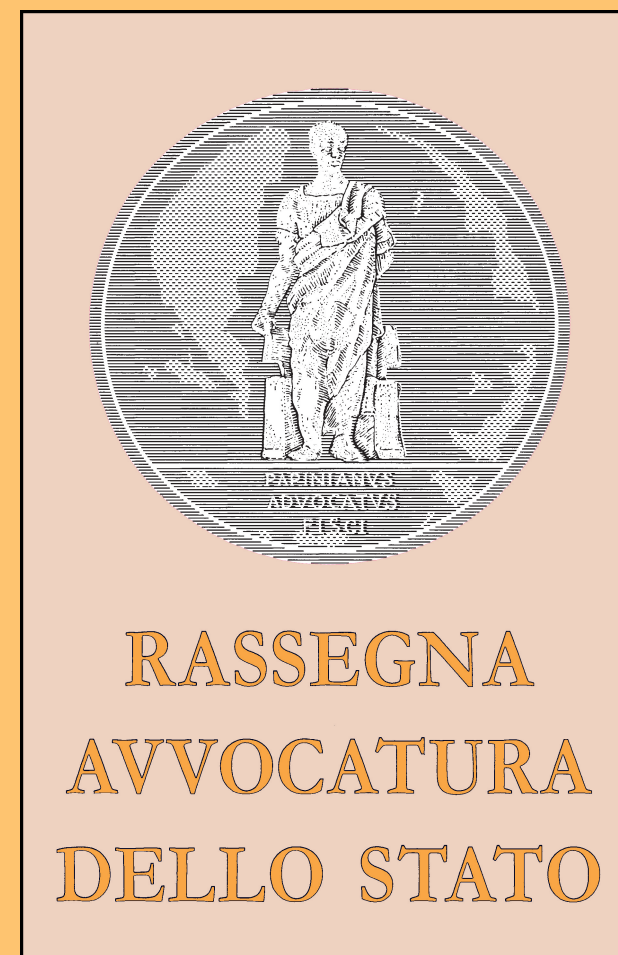


LUGLIO - SETTEMBRE 2005

ANNO LVII

Poste Italiane S.p.A. - Sped. in abb. post. 70% - DCB Roma



RASSEGNA AVVOCATURA DELLO STATO

ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO
ROMA 2005

ANNO LVII - N. 3

LUGLIO-SETTEMBRE 2005

RASSEGNA
AVVOCATURA
DELLO STATO

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE DI SERVIZIO

ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO
ROMA 2005

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

DIRETTORE RESPONSABILE: *Giuseppe Fiengo* – Condirettore: *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: *Ignazio Francesco*
Caramazza – *Giovanni Pietro de Figueiredo* – *Pierluigi Di Palma* – *Pasquale*
Fava – *Wally Ferrante* – *Paolo Marchini* – *Cinzia Melillo* – *Cesare Pagotto*
– *Roberto Palasciano* – *Vincenzo Rago* – *Stefano Rosati* – *Marina Russo* –
Giuseppe Stipo – *Francesco Vignoli* – *Enrica Villani*.

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 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

(P505035/101) Roma, 2005 — Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A. – S.

INDICE – SOMMARIO

TEMI ISTITUZIONALI

Vincenzo Rago, <i>Il patrocinio delle Amministrazioni statali da parte dell'Avvocatura Generale dello Stato</i> (Comitato Consultivo, parere del 20 aprile 2005, n. 54793; Avvocatura generale dello Stato, circolare del 27 maggio 2005, n. 15)	Pag.	1
Pierluigi Di Palma, <i>La difesa in giudizio delle amministrazioni trasformate in società per azioni</i> (Comitato Consultivo, parere del 14 maggio 2005 n. 67614)	»	11
Marina Russo, <i>Legittimazione in giudizio in tema di danni da emoderivati</i> (Comitato Consultivo, parere del 31 maggio 2005, n. 75708)	»	13

IL CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

<i>Corte di Giustizia CE - Nota informativa riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte delle giurisdizioni nazionali (2005/C 143/01)</i>	»	17
1. — <i>Le decisioni</i>		
Glauco Nori, <i>Sul potere sanzionatorio della Corte di giustizia</i> (Corte di Giustizia CE, Grande Sezione, sent. 12 luglio 2005, nella causa C-304/02)	»	22
Giuseppe Fiengo (dossier), <i>Ulteriori sviluppi sull' in house providing</i> (Corte di Giustizia CE, Grande Sezione, sent. 21 luglio 2005 nella causa C-231/03; sez.1°, sent.13 ottobre 2005 nella causa C-458/03)	»	44
Wally Ferrante, <i>La direttiva 2004/18/CE e la giurisprudenza comunitaria in materia di appalti e concessioni</i> (Corte di Giustizia CE, sez.2, sent. 27 ottobre 2005 nelle cause riun.C-187/04 e C-188/04)	»	68
2. — <i>I giudizi in corso.</i>	»	76

IL CONTENZIOSO NAZIONALE

<i>Diritto nazionale e diritto comunitario nella dinamica del giudizio di costituzionalità</i> (Corte Cost.le, sent. 29 gennaio 2005 n. 62)	»	121
Francesco Vignoli, <i>Ragionevole durata del processo e decisione definitiva</i> (Corte Cost., ord. 7-11 febbraio 2005, n. 74)	»	133
Giovanni Pietro de Figueiredo, Enrica Villani, <i>L'attualità dell'art. 8 c.p. (sua capacità espansiva come «risorsa giuridica» sul piano della collaborazione internazionale contro il crimine)</i> (Cass., 1° sez. penale, sent. 17 maggio 2004 n. 23181)	»	139
Stefano Rosati (dossier), <i>Opposizione tardiva; opposizione intempestiva a seguito di nullità della notifica del decreto ingiuntivo</i> (Cass., S.U., sent. 3 marzo-12 maggio 2005 n. 9938)	»	150
Pasquale Fava, <i>Indennità di amministrazione e tredicesima: un caso pratico per valutare le potenzialità delle azioni rappresentative (class actions) nel contenzioso seriale italiano</i> (Cass., S.U., sent. 13 luglio 2005 n. 14698/05)	»	168
Roberto de Felice, Cinzia Melillo, (dossier), <i>In morte di un curatore fallimentare</i> (Cass., Sez. trib., sent. 29 agosto 2005 n. 17461)	»	188
Roberto Palasciano, <i>Ancora sul tema della responsabilità civile per i danni da fumo c.d. attivo</i> (Trib. Napoli, sent. 15 dicembre 2004, n. 12729)	»	197
Maria Vittoria Lumetti, <i>La valutazione del punteggio conseguito presso le S.I.S.S. La natura giuridica delle Frequently Asked Questions (F.A.Q.) e l'evoluzione tecnologica della P.A.</i> (T.A.R. Emilia Romagna, Parma, sez. unica, ord. nella cam. Cons. del 18 ottobre 2005)	»	208

I PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO	»	215
----------------------------------	---	-----

DOTTRINA

Giuseppe Stipo, <i>Il regime d'invalidità del provvedimento amministrativo nel nuovo sistema delineato dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15</i>	»	253
Ignazio Francesco Caramazza, <i>Funzione pubblica e giurisdizione.</i>	»	280

Pierluigi Di Palma, <i>Il diritto degli aeroporti nel nuovo codice della navigazione: le concessioni aeroportuali</i>	Pag.	295
Maria Vittoria Lumetti, <i>Silenzio inadempimento, denuncia di inizio attività, silenzio assenso, accesso: le novità della legge 80/05</i>	»	304
Paolo Marchini, <i>La manutenzione ordinaria e straordinaria in materia di opere idrauliche e la tutela penale del paesaggio: una interpretazione estensiva?</i>	»	315
Cesare Pagotto, <i>Cittadinanza italiana a matre e retroattività delle norme costituzionali: amministrazione e giurisprudenza in trincea</i>	»	322
INDICI SISTEMATICI	»	335

TEMI ISTITUZIONALI

Il patrocinio delle Amministrazioni statali da parte dell'Avvocatura Generale dello Stato.

Meritano di essere segnalati il recente parere del Comitato Consultivo e la circolare con i quali l'Avvocatura dello Stato, in aderenza alla pressoché pacifica giurisprudenza sia della Cassazione che del Consiglio di Stato, ha nuovamente riaffermato e ribadito le caratteristiche proprie del patrocinio delle Amministrazioni statali da parte dell'Avvocatura Generale dello Stato.

In essi, con riferimento – in particolare – alle Università degli Studi statali, agli Istituti di Ricerca educativa (c.d. IRRE), all'Istituto Nazionale per la Valutazione del Sistema dell'Istruzione (INVALSI) e all'Istituto Nazionale di Documentazione per l'Innovazione e la Ricerca Educativa, (c.d. INDIRE), è stato precisato che *il patrocinio* in favore di Amministrazioni dello Stato e/o di enti fortemente compenetrati nell'organizzazione dello Stato *viene reso dall'Avvocatura dello Stato, non in applicazione dell'art. 43 del testo unico R.D n. 1611/1933 (c.d. patrocinio autorizzato), bensì dell'art. 1 del R.D. n. 1611/1933 (c.d. patrocinio obbligatorio).*

Questa conclusione è stata raggiunta, sul presupposto che questi enti, così come è stato anche specificato dal Ministero in sede di richiesta di parere, *«pur dopo la trasformazione, non hanno perso la loro natura di enti compenetrati nella organizzazione e comunque di enti strumentali dell'Amministrazione scolastica statale».*

Nel parere relativo agli IRRE, all'INDIRE ed all'INVALSI, sono anche stati richiamati alcuni degli indici identificati dell'ente strumentale dello Stato, consistenti ne

1) *l'inserimento del personale dell'IRRE nel personale statale, con conseguente responsabilità amministrativa e disciplinare e di risultati, nei confronti dell'Amministrazione statale, nonché*

2) *il potere di vigilanza e controllo rimasto in capo alle strutture del Ministero e*

3) *il finanziamento, riservato allo Stato.*

Non osta a questa conclusione la circostanza che questi enti siano organizzati autonomamente rispetto alle strutture statali, poiché, come noto,

l'art. 1 del R.D. n. 1611/1933 precisa che «*La rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio delle amministrazioni dello Stato, anche se organizzate ad ordinamento autonomo, spettano all'Avvocatura dello Stato*».

La conseguenza di questa impostazione è, senza dubbio, il *carattere esclusivo del patrocinio de qua*, in aderenza a quanto statuito dall'art. 5 del R.D. n. 1611/1933, secondo cui «*Nessuna amministrazione dello Stato può richiedere la assistenza di avvocati del libero foro se non per ragioni assolutamente eccezionali, inteso il parere dell'avvocato generale dello Stato e secondo norme che saranno stabilite dal consiglio dei ministri. L'incarico nei singoli casi dovrà essere conferito con decreto del capo del governo di concerto col ministro dal quale dipende l'amministrazione interessata e col ministro per le finanze*».

In questo senso, il mandato di rappresentanza e difesa ad avvocati del libero foro va ammesso in questi stretti limiti e richiede una previa delibera motivata da parte degli organi di gestione di questi enti, che dia conto delle ragioni per le quali il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato non può essere richiesto.

Avv. Vincenzo Rago

A.G.S.- Parere del 20 aprile 2005, n. 54793.

Patrocinio dell'Avvocatura dello Stato (consultivi 38033 e 31094/04, avvocato V. Rago).

«Con d.P.R. 19 luglio 1984, n. 513 (*Gazz. Uff.* 28 agosto 1985, n. 236) l'Avvocatura dello Stato è stata autorizzata ad assumere la rappresentanza e difesa in giudizio degli Istituti regionali di ricerca, sperimentazione e aggiornamento educativi (IRRSAE), del Centro europeo dell'educazione e della Biblioteca di documentazione pedagogica, ai sensi dell'art. 43 del R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, modificato dall'art. 1 della legge 16 novembre 1939, n. 1889, e dell'art. 11 della legge 3 aprile 1979, n. 103.

Successivamente, a seguito della legge di delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa 15 marzo 1997, n. 59, si è reso necessario riordinare questi enti: in particolare,

a) gli Istituti regionali di ricerca, sperimentazione ed aggiornamento educativi sono stati trasformati in Istituti regionali di ricerca educativa (da ora denominati, in breve, «IRRE») ai sensi dell'art. 76 del D. Lgs. 30 luglio 1999, n. 300 di riforma dell'organizzazione del Governo, a norma dell'art. 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59, e con d.P.R. 6 marzo 2001, n. 190 (regolamento di attuazione) sono state abrogate le disposizioni relative agli IRRSAE;

b) il Centro europeo dell'educazione è stato, invece, trasformato in Istituto nazionale per la valutazione del sistema dell'istruzione «INVALSI» con D.Lgs. 20 luglio 1999, n. 258 (vedi anche il d.P.R. 21 settembre 2000, n. 313 – Regolamento di organizzazione dell'INVALSI adottato ai sensi dell'art. 3, comma 6 del D.Lgs. 20 luglio 1999, n. 258 (vedi anche l'art. 8);

c) la Biblioteca di documentazione pedagogica è stata, infine, trasformata in Istituto nazionale di documentazione per l'innovazione e la ricerca educativa «INDIRE» – a norma degli artt. 2 e 3 del D.Lgs. 20 luglio 1999, n. 258 (vedi anche il d.P.R. 21 novembre 2000, n. 415 – Regolamento di organizzazione dell'INDIRE ai sensi art. 3 comma 6 del D.Lgs. 20 luglio 1999, n. 258 (art. 81).

Con nota n. 9024 del 21 maggio 2004 l'Avvocatura dello Stato di Cagliari (cs. 31094/04) ha riferito che il Presidente dell'IRRE di Cagliari ha informalmente chiesto di conoscere se l'Istituto sia autorizzato ad avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, in considerazione del fatto che gli IRRSAE avevano funzioni in gran parte analoghe.

Ora con nota n. 11904 del 22 luglio 2004 (cs. 38033/04), il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, tenuto conto di aver ricevuto molti quesiti volti ad accertare se permangano o meno i presupposti che hanno consentito agli IRRSAE, trasformati in IRRE, di avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, e poiché le Avvocature Distrettuali

hanno variamente interpretato le norme vigenti, ha chiesto di conoscere se il d.P.R. n. 513/1984 assicuri ancora di avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato sia per gli IRRE che per l'INDIRE e per l'INVALSI, nei confronti del quale, peraltro, l'Avvocatura Generale è già intervenuta in rappresentanza e difesa.

Secondo il Ministero, «il riordino di tali enti, intervenuto a seguito della legge delega n. 59 del 1997 con distinti decreti legislativi e conseguenti regolamenti di organizzazione, ha comportato la definizione di nuove funzioni e un diverso assetto organizzativo, ma non ha introdotto alcuna modifica alla loro natura giuridica di enti strumentali dell'Amministrazione scolastica. Inoltre, occorre evidenziare che alcuni degli elementi che vennero ritenuti discriminanti per l'analoga decisione di codesta Avvocatura in merito all'ammissione al patrocinio delle Istituzioni scolastiche, risultano validi anche per gli enti in argomento (nota Avvocatura dello Stato n. 14721 del 5 febbraio 2001)».

La questione è complessa e resa ancor più difficile dalla circostanza che, secondo quanto sembra, come detto, l'INVALSI avrebbe, almeno in un'occasione, chiesto ed ottenuto il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato (ct. 8810/2003 – Ricorso al T.A.R. avverso l'aggiudicazione della gara per il servizio di lettura ottica dei test della scuola media), con rischio che venga dichiarata la nullità delle attività processuali compiute, ove si riconosca la cessazione del patrocinio dell'Avvocatura, mentre l'INDIRE ha pure richiesto l'assistenza con nota 5 novembre 2003, n. 26845 (cs. 41478/2003), senza che l'Avvocatura dello Stato abbia ancora espresso il suo parere.

Ritiene questa Avvocatura che, così come è stato già chiarito nel parere relativo agli Istituti scolastici, anche nel caso degli IRRE, dell'INVALSI e dell'INDIRE, vi siano gli elementi che consentono di affermare la conservazione del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, in virtù di quanto disposto dall'art. 1 del R.D. n. 1611/1933, per questi enti che, pur dopo la trasformazione, non hanno perso la loro natura di enti compenetrati nella organizzazione e comunque di enti strumentali dell'Amministrazione scolastica statale.

Patrocinio degli IRRE.

L'IRRE è un istituto statale che svolge ricerche educative, la cui natura e finalità sono fissati dall'art. 1 del d.P.R. 190/2001 *cit.* – regolamento attuativo del D.Lgs. n. 300/1999 *cit.* – che dispone che «gli Istituti regionali di ricerca educativa sono enti strumentali dell'amministrazione della pubblica istruzione, dotati di personalità giuridica e autonomia amministrativa e contabile, a norma dell'art. 76 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300».

L'istituto opera sul territorio regionale in stretto contatto con la Direzione scolastica Regionale della regione di appartenenza e collabora con gli altri soggetti, nazionali e locali, che si occupano di istruzione e formazione (INDIRE, INVALSI, Regione, Enti Locali, Università e le Associazioni professionali e culturali) (cfr. art. 76 del D.Lgs. n. 300/1999).

L'IRRE, come detto, è nato dalla trasformazione dell'IRRSAE (Istituto Regionale di Ricerca Sperimentazione e Aggiornamento Educativo), sorto a metà degli anni Settanta, in attuazione dei c.d. Decreti Delegati (d.P.R. 31 maggio 1974, n. 419) che, innovando fortemente l'assetto organizzativo della scuola italiana, hanno istituito gli Organi Collegiali come forme di (almeno parziale) autodeterminazione della scuola, pur mantenendo al Ministero un compito di forte governo centrale del Sistema scolastico. Agli IRRSAE veniva affidato un compito di raccordo fra le iniziative del Ministero e quelle delle singole scuole, relativamente a programmi, curricula, forme organizzative, valutazione, aggiornamento dei docenti ecc.

Con l'autonomia scolastica (art. 21 della legge 59/1997 *cit.*), anche per i vecchi IRRSAE è stato necessario un rinnovamento, tenuto conto che l'autonomia didattica, organizzativa, gestionale, e di autonomia di ricerca delle istituzioni scolastiche non rendeva più necessario un ente di raccordo tra la singola scuola ed il Ministero.

Così come risulta dall'esame del D.Lgs. istitutivo (art. 76 del D.Lgs. n. 300/1999) e dal regolamento di attuazione (decreto del Presidente della Repubblica n. 190/2001) citati in epigrafe, all'IRRE sono stati affidati compiti di «supporto alle istituzioni scolastiche e alle loro reti e consorzi, nonché agli uffici dell'amministrazione, anche di livello sub regionale» (art. 1, comma 2 del d.P.R. n. 190/2001 *cit.*), «funzioni che si esplicano in attività di ricerca nell'ambito didattico-pedagogico e nell'ambito della formazione del personale della scuola» (art. 1, comma 2 *cit.*), ivi comprese quelle in materia di aggiornamento didattico e disciplinare, di dibattito sui temi della educazione e formazione, di diffusione di metodologie e strumenti, di divulgazione di tematiche relative al settore della formazione, di supporto a sperimentazioni ed innovazioni, di ricerca in campo didattico, educativo, organizzativo, di moni-

toraggio di esperienze, di documentazione di pratiche e di realizzazioni, nei vari ordini e gradi di scuola e nella educazione degli adulti (art. 1, comma 3 e articoli ss. del citato d.P.R. n. 190/2001).

Gli IRRE hanno sede nei capoluoghi di regione, sono – come detto – forniti di personalità giuridica, hanno autonomia amministrativa e contabile e sono sottoposti alla vigilanza del Ministero dell'Istruzione, vigilanza che si esplica, ad esempio, nella nomina dei membri del consiglio di amministrazione dell'IRRE (art. 4 del d.P.R. n. 190/2001) nonché nella nomina di due dei tre membri del collegio dei revisori contabili (art. 7 dello stesso d.P.R. n. 190/2001), nell'approvazione del regolamento interno del consiglio di amministrazione (art. 8 del d.P.R. n. 190/2001).

Va anche considerato che, in virtù di quanto stabilito dall'art. 10 dello stesso d.P.R. n. 190/2001, il Ministro dell'Istruzione (ex Pubblica Istruzione), d'intesa con il Ministero dell'economia e finanze (ex Tesoro) provvede ad assegnare all'IRRE «un contingente di personale docente e dirigente della scuola... .. da collocare in posizione di comando» (art. 10, comma 1).

L'art. 10, comma 2 precisa, altresì, che ogni IRRE dispone di un contingente di personale «stabile» con compiti organizzativi e di supporto, «reclutato tra il personale dirigente, amministrativo, tecnico e ausiliario della scuola» che viene collocato fuori ruolo, rendendo indisponibili i posti corrispondenti (cfr. art. 10, comma 3), mentre l'art. 10, comma 4 precisa anche che «il servizio prestato presso gli IRRE è valido a tutti gli effetti come servizio di istituto nella scuola».

Il Ministero provvede, poi, – almeno in grande parte – alle risorse finanziarie degli IRRE, attraverso «un contributo assegnato... .. determinato annualmente, comprensivo di un contributo generale e di contributi finalizzati al finanziamento di specifici progetti» (art. 11 del d.P.R. n. 190/2001 *cit.*), nonché all'approvazione dei «bilanci preventivi e delle relative variazioni e dei conti consuntivi, insieme alle relazioni del collegio dei revisori dei conti e della relazione annuale sull'attività svolta dall'IRRE» (art. 12 del d.P.R. n. 190/2001 *cit.*) e «alla determinazione del compenso da corrispondere agli organi degli IRRE» (art. 14, 5° comma, del d.P.R. n. 190/2001).

Dall'esame delle disposizioni in epigrafe, si ricava che l'IRRE ha conservato la natura e le caratteristiche, proprie dei soppressi IRSSAE, di enti immedesimati e strumentali all'organizzazione scolastica, caratteristiche che avevano consentito l'assunzione del patrocinio da parte dell'Avvocatura dello Stato.

Sotto questo profilo, si può ritenere, analogamente a quanto espresso nel noto parere relativo alle istituzioni scolastiche, che sussistono anche per gli IRRE gli indici rivelatori della natura strumentale di tali enti, identica a quella dei soppressi IRSSAE.

In particolare, si richiamano 1) *l'inserimento del personale dell'IRRE nel personale statale*, con conseguente responsabilità amministrativa e disciplinare e di risultati, nei confronti dell'Amministrazione statale, nonché 2) *il potere di vigilanza e controllo* rimasto in capo alle strutture del Ministero e 3) *il finanziamento*, riservato allo Stato.

Per quanto concerne le caratteristiche del patrocinio, a suo tempo fondato sull'art. 43 del testo unico n. 1611/1933, la rinnovata struttura degli IRSSAE consente un'applicazione dei principi di cui all'art. 1 del testo unico n. 1611/1933, validi per le Amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, come è nel caso di specie.

In questo senso l'efficacia del d.P.R. di autorizzazione del patrocinio *ex art. 43 cit.* può ritenersi caduca, perché tale provvedimento (ora viene, in genere, emesso un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri) non è più necessario, in virtù dell'applicazione «automatica» dell'art. 1 del testo unico n. 1611/1933.

La caducazione del d.P.R. è, nella sostanza, sotto questo profilo, una conferma ed una riprova dell'applicabilità dell'art. 1, con conseguente applicazione di tutti i principi del c.d. foro erariale, ivi compreso l'obbligo di notifica degli atti giurisdizionali presso la competente Avvocatura dello Stato.

Dalle seguenti argomentazioni, si traggono le seguenti considerazioni: così come esposto nel parere relativo alle Istituzioni scolastiche sopra citato, il patrocinio dell'IRRE ha tutte le caratteristiche del patrocinio *ex art. 1 del R.D. n. 1611/1933* e successive modificazioni, secondo il quale «La rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio delle amministrazioni dello Stato, anche se organizzate ad ordinamento autonomo, spettano all'Avvocatura dello Stato», tenuto conto che, come sopra specificato, gli IRRE, ancorché forniti di personalità giuridica autonoma, partecipano della natura e delle funzioni delle

Amministrazioni dello Stato, e considerato, altresì che questo patrocinio spetta anche a queste Amministrazioni «organizzate ad ordinamento autonomo», alla stessa stregua di quello che si verifica, appunto, per le Istituzioni scolastiche.

Poiché la richiesta di patrocinio sembra provenire solo da alcuni degli IRRE presenti sul territorio, sarà opportuno che la questione sia vagliata anche in sede di conferenza nazionale dei Presidenti degli IRRE, di cui all'art. 9 del d.P.R. n. 190/2001.

Patrocinio dell'INVALSI.

L'Istituto Nazionale per la Valutazione del Sistema dell'Istruzione (INVALSI) è, come detto, un ente pubblico istituito dall'art. 1 del D.Lgs. n. 258/2000 *cit.*, frutto della trasformazione del Centro europeo dell'educazione e «sottoposto alla vigilanza del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca», che «con propria direttiva individua le priorità strategiche delle quali l'Istituto dovrà tenere conto per programmare l'attività di valutazione» (art. 1, comma 1 del D.Lgs. n. 258/2000 *cit.*).

L'INVALSI «al quale sono state trasferite le risorse del Centro europeo dell'educazione, ha mantenuto la personalità giuridica di diritto pubblico e l'autonomia amministrativa ed è dotato di autonomia contabile, patrimoniale, regolamentare e di autonomia finanziaria, come previsto dal regolamento di cui all'art. 3, comma 6» (art. 1, comma 2 del D.Lgs. n. 258/2000 *cit.*).

L'art. 1, comma 3 dello stesso D.Lgs. n. 258/2001 ha individuato le funzioni ed i compiti dell'INVALSI: «In particolare, l'Istituto valuta l'efficienza e l'efficacia del sistema di istruzione nel suo complesso ed analiticamente, ove opportuno anche per singola istituzione scolastica, inquadrando la valutazione nazionale nel contesto internazionale; studia le cause dell'insuccesso e della dispersione scolastica con riferimento al contesto sociale ed alle tipologie dell'offerta formativa; conduce attività di valutazione sulla soddisfazione dell'utenza; fornisce supporto e assistenza tecnica all'amministrazione per la realizzazione di autonome iniziative di valutazione e supporto alle singole istituzioni scolastiche anche mediante la predisposizione di archivi informatici liberamente consultabili; valuta gli effetti degli esiti applicativi delle iniziative legislative che riguardano la scuola; valuta gli esiti dei progetti e delle iniziative di innovazione promossi in ambito nazionale; assicura la partecipazione italiana a progetti di ricerca internazionale in campo valutativo e nei settori connessi dell'innovazione organizzativa e didattica».

In virtù di quanto stabilito dall'art. 1, comma 5, «l'Istituto si avvale, sulla base della direttiva di cui al comma 1, anche dei servizi dell'amministrazione della pubblica istruzione istituiti sul territorio provinciale e delle specifiche professionalità degli ispettori tecnici dipendenti dal Ministero della pubblica istruzione».

Tra la fine degli anni '80 ed i primi del '90, sulla spinta della diffusa «autonomia scolastica», si è avvertita anche in Italia la necessità di disporre di un «servizio nazionale» che — analogamente a quanto avveniva in altri Stati socialmente avanzati — «valutasse» la produttività e l'efficacia del sistema scolastico nel suo insieme e, per quanto possibile, dei singoli istituti scolastici.

Con il D.Lgs. n. 258/2000 in esame, come detto, in conseguenza della riconosciuta autonomia delle istituzioni scolastiche, si è reso necessario trasformare il Centro Europeo di documentazione pedagogica — CEDE, in un «Ente finalizzato al supporto dell'autonomia delle istituzioni scolastiche», che, come disposto dall'art. 1 in epigrafe, svolge compiti strettamente collegati con le funzioni svolte da tutte le istituzioni scolastiche.

In tema di studio delle cause della dispersione scolastica l'Istituto ha «ereditato» i compiti già svolti dal soppresso Osservatorio Nazionale, costituito presso il Ministero dell'Istruzione (art. 1, comma 6 del D.Lgs. n. 258/2000 *cit.*).

Con d.P.R. 21 settembre 2000 n. 313 — Regolamento di organizzazione dell'INVALSI, adottato ai sensi dell'art. 3 comma 6 del D.Lgs. 20 luglio 1999, n. 258 — emanato su proposta del Ministro della P.I., di concerto con quelli dell'Economia e delle Finanze (ex Tesoro) e per la Funzione Pubblica, sono state stabilite la struttura organizzativa del nuovo Istituto, le modalità costitutive e le competenze degli organi di controllo e di consulenza scientifica, la dotazione organica del personale di ricerca ed amministrativo, la dotazione massima di personale comandato — sia di ricerca che amministrativo —, le modalità di conferimento di incarichi a personale di ricerca, tecnico e specialistico non appartenente all'Unione Europea, le modalità di trasferimento delle risorse finanziarie appositamente iscritte nello stato di pre-

visione del Ministero della P.I. ed, infine, le modalità di associazione alle attività dell'Istituto da parte di enti di ricerca nonché le modalità di conferimento agli stessi enti di incarichi per studi e ricerche.

In particolare, l'Istituto è retto da un Consiglio di Amministrazione di durata triennale, rinnovabile per un altro triennio, costituito da un presidente e da quattro componenti, nominati dal Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della Pubblica Istruzione.

L'art. 10 del d.P.R. n. 313/2000 stabilisce che l'Istituto, oltre al personale di cui all'art. 8, può avvalersi anche «di personale amministrativo, tecnico, specialistico e di ricerca comandato o collocato fuori ruolo, proveniente dall'amministrazione della pubblica istruzione, dalla scuola o da altre amministrazioni dello Stato...» (comma 1), e «Il servizio prestato in posizione di comando o collocamento fuori ruolo è valido a tutti gli effetti come servizio d'istituto» (comma 4), analogamente a quanto sopra rilevato per gli IRRE.

Anche per l'INVALSI, le risorse finanziarie dell'Istituto sono costituite, prevalentemente, dal contributo ordinario dello Stato comprensivo anche degli oneri per il personale e per gli organi di amministrazione, tecnico-scientifici e di controllo, e di «fondi annualmente assegnati per attuare i progetti e le attività programmate», nel rispetto della direttiva del Ministro sulle «priorità strategiche» (art. 12 del d.P.R. n. 313/2000).

La vigilanza, di carattere amministrativo-contabile, viene esercitata dal Ministero dell'Istruzione, che approva i bilanci preventivi e le relative variazioni e i conti consuntivi; è previsto un Collegio dei revisori dei conti composto da tre membri, uno designato dal Ministero dell'Economia e delle Finanze (ex Tesoro) e gli altri due dal Ministero dell'Istruzione (art. 14 d.P.R. n. 313/2000), anche in questo caso ripetendo lo schema utilizzato per gli IRRE.

Da segnalare anche che l'INVALSI, nel 2002 si è dotato di un regolamento di finanze e contabilità, con cui sono state stabilite varie norme di funzionamento anche contabile dell'Istituto.

Per la parte che qui ci interessa, merita di essere ricordato l'art. 8 del regolamento, secondo cui, per quanto concerne la rappresentanza e difesa in giudizio, «Nell'ipotesi in cui non sia possibile ottenere il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, l'Istituto, sulla base di una motivata deliberazione a stare in giudizio adottata dal Consiglio di Amministrazione, può conferire specifico mandato di rappresentanza e difesa anche ad avvocati del libero foro e ad altri professionisti».

La disposizione in esame conferma certamente da una parte l'interesse dell'INVALSI ad avere il patrocinio dell'Avvocatura, dall'altra però costituisce una difficoltà, tenuto conto che, per principio pacifico, l'Avvocatura dello Stato non può assumere il patrocinio unitamente ad un avvocato del libero foro, essendo tale possibilità vietata dal carattere esclusivo del patrocinio de qua.

La disposizione di cui all'art. 8 del Regolamento finanze e contabilità dell'INVALSI citata in epigrafe va, dunque, interpretata alla luce di quanto disposto dall'art. 5 del R.D. n. 1611/1933, secondo cui «Nessuna amministrazione dello Stato può richiedere la assistenza di avvocati del libero foro se non per ragioni assolutamente eccezionali, inteso il parere dell'avvocato generale dello Stato e secondo norme che saranno stabilite dal consiglio dei ministri. L'incarico nei singoli casi dovrà essere conferito con decreto del capo del governo di concerto col ministro dal quale dipende l'amministrazione interessata e col ministro per le finanze».

In questo senso, il mandato di rappresentanza e difesa ad avvocati del libero foro va ammesso in questi stretti limiti.

In ogni caso, si ritiene che essendo stati rinvenuti, anche per l'INVALSI, gli elementi identificativi analoghi a quelli esaminati per gli IRRE (possibilità di avvalersi di personale scolastico, vigilanza del Ministero dell'Istruzione, finanziamenti statali, ecc.), valgono evidentemente le medesime considerazioni già fatte per gli IRRE.

Per completezza, è opportuno ricordare che con legge-delega n. 53 del 28 marzo 2003, riguardante «la definizione delle norme generali nell'istruzione e dei livelli essenziali delle prestazioni in materia di istruzione e formazione professionale», all'art. 3 è stata prevista la «valutazione degli apprendimenti e della qualità del sistema educativo di istruzione e formazione».

In virtù di quanto stabilito dall'art. 1 della detta legge delega, nella seduta del 28 ottobre u.s. il Consiglio dei Ministri ha approvato in via definitiva un decreto legislativo attuativo della legge 53/2003, relativo alla istituzione del Servizio nazionale di valutazione del sistema di istruzione e di istruzione e formazione professionale nonché al riordino dell'Invalsi, Istituto nazionale per la valutazione del sistema dell'istruzione.

Le più importanti novità di questo decreto legislativo sono le seguenti:

a) viene per la prima volta istituito in Italia, come da tempo in altri Paesi europei, un Servizio nazionale di valutazione del sistema educativo di istruzione e formazione;

b) il nuovo servizio avrà il compito di contribuire al progressivo miglioramento e armonizzazione della qualità del sistema educativo, valutandone l'efficacia e l'efficienza e inquadrandone la valutazione nel contesto internazionale;

c) il Servizio nazionale è affidato principalmente all'INVALSI, che assume il nome di «Istituto nazionale di valutazione del sistema educativo di istruzione e formazione» (viene, in questo senso, modificato il nome dell'INVALSI, aggiungendo il significativo aggettivo «educativo» che conferma la natura di istituzione scolastica dell'ente), che viene a tal fine riordinato. L'INVALSI, già disciplinato con il decreto legislativo 20 luglio 1999, n. 258, ha avuto finora quale fine istituzionale la ricerca sulle metodologie valutative. Esso ha anche svolto, negli ultimi anni, sulla base di specifiche direttive di questo Governo e in via sperimentale, la valutazione delle scuole che hanno aderito volontariamente. Il decreto legislativo affida ora all'INVALSI la valutazione complessiva di sistema, che diviene obbligatoria per tutte le scuole e viene affidata all'Istituto riordinato come sua finalità fondamentale, lasciando agli insegnanti la valutazione, periodica e annuale, degli apprendimenti e del comportamento degli studenti;

d) compito dell'Istituto sarà anche predisporre le prove dell'Esame di Stato per la loro scelta da parte del Ministro;

e) un'altra importante modifica è costituita dalla precisazione che, in sede di disciplina delle procedure contrattuali, nonché delle forme di controllo interno sull'efficienza e sui risultati di gestione complessiva dell'Istituto e l'amministrazione del patrimonio, l'INVALSI è comunque tenuto al rispetto delle vigenti disposizioni in materia di contabilità generale dello Stato.

I principi esposti confermano ancora una volta la natura di ente strumentale dell'Amministrazione scolastica di questo nuovo (e riordinato) istituto, ciò che conferma il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato a favore di questo ente *ex art. 1 del R.D. n. 1611/1933*.

Patrocinio dell'INDIRE.

Infine, l'Istituto Nazionale di Documentazione per l'Innovazione e la Ricerca Educativa, (meglio identificato con l'espressione INDIRE) è stato pure istituito con il D.Lgs. n. 258/1999, che ha disposto la trasformazione della Biblioteca di Documentazione Pedagogica in ente nazionale di ricerca e di documentazione in ambito educativo.

Il decreto, insieme con il proprio regolamento attuativo (d.P.R. n. 415/2000 *cit.*), prevede i compiti e le funzioni attribuite a tale ente, attribuendo all'INDIRE una dimensione anche internazionale, nel segno di una maggiore autonomia e di una pronta rispondenza ai bisogni e alle priorità della scuola italiana.

L'INDIRE si occupa, in particolare, di:

formazione: attraverso PuntoEdu, l'ambiente integrato di apprendimento *online* utilizzato per l'aggiornamento di centinaia di migliaia di insegnanti italiani, interamente sviluppato e gestito da INDIRE. Fondato su un modello di *blended e-learning*, con incontri in presenza e attività *online*, PuntoEdu offre percorsi formativi strutturati e personalizzabili, utilizzando i più avanzati strumenti tecnologici;

ricerca e documentazione: INDIRE fa ricerca applicata e teorica su formazione, comunicazione, educazione e linguaggi di documentazione per un'archiviazione intelligente e condivisibile della memoria; cura e gestisce un sistema nazionale di documentazione delle ricerche educative e delle esperienze d'innovazione didattica, sviluppa una rete informativa comparata sui sistemi educativi in Europa e sui corsi di Istruzione e Formazione Tecnica Superiore (IFTS), progetta e realizza archivi *online* di risorse e strumenti utili per la didattica;

comunicazione: INDIRE fa ricerca sulla teoria e i linguaggi della comunicazione, sostenendo gli insegnanti nella loro professione per una formazione di qualità;

relazioni internazionali: dal 1995 INDIRE è Agenzia nazionale Socrates, ente che gestisce per l'Italia tutte le azioni e le misure dell'omonimo programma europeo. Dal 2001 si occupa anche della gestione dei contratti del progetto Erasmus. INDIRE è inoltre partner di *European Schoolnet*, una rete che coinvolge più di 26 Ministeri europei dell'educazione con l'obiettivo di promuovere in ambito educativo la conoscenza e l'uso delle Tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione (TIC).

INDIRE custodisce un prezioso *patrimonio storico* contenente gli archivi privati di illustri esponenti della pedagogia italiana e una vasta raccolta di materiali scolastici prodotti dalle scuole tra la fine degli anni Venti e la prima metà degli anni Sessanta del Novecento.

INDIRE ha ereditato dalla BDP una *biblioteca specializzata in documentazione pedagogica*, contenente 75.000 volumi e 1.600 testate periodiche.

Le disposizioni normative relative all'INDIRE sono ricalcate su quelle già esaminate per l'INVALSI, tenuto conto che l'art. 2, comma 1 del D.Lgs. n. 258/1999 dispone che «La biblioteca di documentazione pedagogica, di cui all'art. 292 del decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297, è trasformata in Istituto nazionale di documentazione per l'innovazione e la ricerca educativa. L'Istituto è sottoposto alla vigilanza del Ministero della pubblica istruzione. Il Ministro della pubblica istruzione con propria direttiva individua le proprietà strategiche alle quali l'Istituto si uniforma.»

Come l'INVALSI, anche l'INDIRE ha mantenuto la «personalità giuridica di diritto pubblico ed autonomia amministrativa, ed è dotato di autonomia contabile, patrimoniale, regolamentare e di autonomia finanziaria come definita dal regolamento di cui all'art. 3, comma 6» (art. 2, comma 2) ed ha «ereditato» le risorse della soppressa Biblioteca di documentazione pedagogica (art. 2, comma 3).

L'Istituto, altresì, opera «in collegamento con gli istituti regionali di ricerca, sperimentazione e aggiornamento educativi (IRRSAE), cura lo sviluppo di un sistema di documentazione finalizzato alle esperienze di ricerca e innovazione didattica e pedagogica in ambito nazionale e internazionale oltre che alla creazione di servizi e materiali a sostegno dell'attività didattica e del processo di autonomia; rileva i bisogni formativi con riferimento ai risultati della ricerca; sostiene le strategie di ricerca e formazione riferite allo sviluppo dei sistemi tecnologici e documentari ed elabora e realizza coerenti progetti nazionali di ricerca coordinandosi con le università e con gli organismi formativi nazionali e internazionali, curando la diffusione dei relativi risultati; collabora con il Ministero della pubblica istruzione per la gestione dei programmi e dei progetti della Unione europea. (art. 2, comma 4).

Ed ancora, «L'Istituto cura lo sviluppo delle attività di raccolta, elaborazione, valorizzazione e diffusione dell'informazione e di produzione della documentazione a sostegno dell'innovazione didattica e dell'autonomia; sostiene lo sviluppo e la diffusione delle tecnologie dell'informazione, della documentazione e della comunicazione nelle scuole; cura la valorizzazione del patrimonio bibliografico e documentario già appartenente alla biblioteca pedagogica nazionale e lo sviluppo di un settore bibliotecario interno funzionale alla creazione di banche dati» (art. 2, comma 5).

Anche per l'INDIRE, come per l'INVALSI, la vigilanza del Ministero si esplica con la proposta di nomina dei membri del Consiglio di amministrazione (art. 3 D.Lgs. n. 258/1999).

L'art. 1 del d.P.R. n. 415/2000 *cit.*, attuativo del D.Lgs. n. 258/1999, conferma le disposizioni del decreto istitutivo e stabilisce, in particolare, che l'Istituto nazionale di documentazione per l'innovazione e la ricerca educativa è un «ente di diritto pubblico sottoposto alla vigilanza del Ministero della pubblica istruzione, con sede in Firenze...».

L'art. 10, comma 1 chiarisce che «L'Istituto, oltre al personale di cui all'art. 8, può avvalersi... .. di personale amministrativo, tecnico, specialistico e di ricerca comandato o collocato fuori ruolo, proveniente dall'amministrazione della pubblica istruzione, dalla scuola o da altre amministrazioni dello Stato, dalle università, da enti pubblici compresi nel comparto della ricerca...», precisando anche che «Il servizio prestato in posizione di comando o collocamento fuori ruolo è valido a tutti gli effetti come servizio d'Istituto» (art. 10, comma 4).

Anche l'INDIRE è finanziato con fondi del Ministero e, in particolare (art. 12) da un «contributo ordinario dello Stato comprensivo anche delle somme per le spese del personale e per la corresponsione dei compensi ai componenti degli organi a norma dell'art. 3, comma 4, del decreto legislativo».

Il Ministero provvede ad approvare, poi, «I bilanci preventivi e le relative variazioni e i conti consuntivi, insieme alle relazioni del collegio dei revisori dei conti e a una relazione annuale sull'attività svolta dall'Istituto» (art. 14).

L'esame delle disposizioni in epigrafe e le considerazioni fatte sia per l'IRRE che per l'INVALSI inducono, quindi a ritenere, anche per l'INDIRE, la sussistenza del patrocinio, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1 del R.D. n. 1611/1933, per la presenza di tutti gli indici rivelatori di un ente compenetrato nell'amministrazione statale».

A.G.S. – Circolare del 27 maggio 2005, n. 15.

Patrocinio dell'Avvocatura dello Stato alle Università degli Studi.

«Con le precedenti note di questa Avvocatura Generale del 5 giugno 2002, n. 56534 e del 13 marzo 2002, n. 5306 inerenti alla questione della obbligatorietà per le Università Statali del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, si era provveduto a partecipare l'unanime indirizzo della giurisprudenza della S.C. di Cassazione in merito alla obbligatorietà del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato per gli Atenei statali, e ciò anche a seguito della riforma recata dalla legge n. 168/1989.

È utile segnalare che, successivamente, il Consiglio di Stato, con la sentenza della VI Sezione n. 5810 del 7 settembre 2004, ha confermato, coerentemente con i principi ripetutamente statuiti dalla Corte di Cassazione, l'obbligatorietà per le Università Statali del patrocinio di questo Organo Legale, e ciò specificamente motivando sulla assoluta irrilevanza ai fini *de quibus* della riforma universitaria in senso autonomistico di cui alla summenzionata legge n. 168/1989, con ogni conseguente inammissibilità delle iniziative giudiziarie poste in essere in violazione di quanto disposto dalle pertinenti disposizioni che regolano detto patrocinio erariale.

Nello stesso senso si è poi recentemente espressa la Corte d'Appello, Sezione Lavoro, di Roma che condividendo ampiamente le considerazioni formulate da questa Avvocatura Generale, con la sentenza n. 4464 del 15 luglio – 12 novembre 2004, ha ribadito che l'entrata in vigore della legge n. 168/1989 non ha prodotto alcuna modifica della precedente disciplina normativa concernente specificamente il patrocinio legale delle Università desumibile dall'art. 56 del testo unico n. 1592/1933, poi assorbito dall'art. 1 testo unico n. 1611/33, sicché «la rappresentanza e difesa in giudizio delle Università degli Studi statali spetta *ope legis* all'Avvocatura dello Stato».

Altresi è senz'altro doveroso, al fine di fornire ogni necessario elemento chiarificatore sulla problematica di cui trattasi, partecipare che la Suprema Corte di Cassazione, in relazione alle strutture scolastiche che hanno acquisito personalità giuridica di diritto pubblico per effetto dell'art. 21 della legge n. 59/1997 ha statuito l'obbligatorietà del patrocinio di questo Organo Legale a ragione del fatto che trattasi di strutture compenstrate nell'Amministrazione dello Stato, nell'ambito della quale sono incardinate (Sez. III, ord. 13 luglio 2004, n. 12977).

Per quanto precede, atteso che la personificazione delle Università statali è del tutto identica a quella delle scuole, costituendo queste e quelle tipologie di enti di diritto pubblico, distinti dallo Stato, ma a quest'ultimo del tutto immanenti, deve convenirsi che il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato in tali ipotesi rientri nella fattispecie normativa dell'assistenza legale obbligatoria *ex art. 1* testo unico 1611/33, che espressamente si riferisce anche alle Amministrazioni autonome, e non in quella autorizzata disciplinata dall'art. 43 dello stesso Testo Unico.

Tale orientamento appare soprattutto in linea sia con quanto previsto dall'art. 1, comma 2 D.Lg.vo n. 165/2001, che ricomprende le Università statali nella nozione di Amministrazione pubblica, che con le fondamentali funzioni esercitate dalle Università statali di organo decentrato dello Stato, nonché con il summenzionato consolidato orientamento della giurisprudenza civile ed amministrativa che hanno, appunto, riconosciuto, che detti Atenei «non esulano dal novero delle Amministrazioni dello Stato», anche se organizzate ad ordinamento autonomo. Ed infatti ferma la ampissima autonomia funzionale e patrimoniale per quanto attiene all'esercizio delle proprie funzioni, non può revocarsi in dubbio il dato fondamentale che l'art. 6 della legge n. 168/1989 non ha normato l'ulteriore profilo della rappresentanza e difesa in giudizio degli Atenei statali, così come nulla dicono i successivi artt. 7 e 8.

Ciò si spiega in considerazione del fatto che la potestà statutaria e regolamentare attraverso la quale il legislatore ha inteso riconoscere (o meglio rafforzare) l'autonomia degli Atenei in realtà afferisce essenzialmente ad aspetti organizzativi, finanziari, contabili, didattici e scientifici in ordine ai quali il Ministero, come si ricordava, non ha possibilità di intervenire essendogli riservate esclusivamente funzioni di vigilanza e controllo. Sotto altro profilo è da considerare che il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato non è in grado di produrre alcun riflesso negativo sull'autonomia delle istituzioni universitarie ed anzi comporta rilevanti vantaggi sul piano economico (visto e considerato che il patrocinio dell'Avvocatura erariale comporta costi di gran

lunga inferiori rispetto a quelli connessi all'affidamento di incarichi a legali del libero foro) e consente di assicurare omogeneità ed uniformità degli indirizzi defensionali. Nè poi possono condividersi taluni orientamenti che sono a volte emersi in giurisprudenza sulla possibilità di distinguere, anche ai fini del patrocinio obbligatorio dell'Avvocatura dello Stato, la tipologia delle funzioni esercitate in concreto dall'Ateneo, quale articolazione statutale, ovvero quale ente pubblico autonomo: ed invero una tale divaricazione contrasterebbe, tra l'altro, con l'ineludibile esigenza di unitarietà della difesa dell'Amministrazione pubblica, in particolar modo in un contesto, quale quello universitario, in cui le varie competenze sono profondamente e reciprocamente compenstrate tanto da risultare a volte di difficile se non impossibile separazione.

È quindi da ritenere che proprio considerazioni di tal genere abbiano indotto il legislatore, che solitamente è molto attento (basta al riguardo ricordare le disposizioni con le quali è stato regolamentato il patrocinio delle Ferrovie dello Stato quando sono state trasformate da Azienda Autonoma in Ente e lo stesso dicasi per le Poste – poi divenute entrambe S.p.a. – per l'AIMA divenuta AGEA, per l'ANAS quando è stata trasformata da Azienda in Ente e, più di recente, in s.p.a.) a non occuparsi della rappresentanza e difesa in giudizio degli Atenei al momento in cui è intervenuto per dare attuazione all'art. 33 della Costituzione.

Per quanto sopra esposto deve ribadirsi l'inderogabile necessità, al fine di evitare l'insorgenza di situazioni suscettibili di determinare grave pregiudizio agli interessi pubblici, tenuto conto della nullità *ex officio* degli atti posti in essere in violazione della disciplina legislativa che regola il patrocinio di questo G.U. e del conseguente aggravio degli oneri finanziari inerenti alla ripetizione ove ancora possibile delle attività processuali, che si provveda da parte degli Atenei statali ad assicurare la rigorosa osservanza della vigente legge in materia di patrocinio erariale evitando il perpetuarsi di determinazioni che compromettono il legittimo impiego delle risorse pubbliche, ed in disparte le doverose comunicazioni informative che dovranno necessariamente praticarsi nei confronti dell'Autorità giudiziaria contabile e penale nella ricorrenza dei necessari presupposti.

I signori Avvocati Distrettuali dello Stato vorranno dare notizie della presente circolare alle Università statali aventi la propria sede nel distretto di rispettiva competenza.

L'Avvocato Generale Luigi Mazzella».

La difesa in giudizio delle amministrazioni trasformate in società per azioni

Il processo di trasformazione dello Stato in atto, che ha determinato la ricollocazione di attività in capo a soggetti che, pur rimanendo sostanzialmente pubblici, assumono una veste formalmente privatistica determina, tra l'altro, anche una difficoltà interpretativa rispetto all'obbligo da parte di questi di continuare ad avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, senza aggravii di costi per la finanza pubblica latamente intesa.

Da ultimo, l'ANAS è stata trasformata in società per azioni a partecipazione pubblica dall'art. 7, comma 11, della legge 8 agosto 2002, n. 178 (di conversione in legge, con modifiche, del decreto legge 8 luglio 2002, n. 138), disposizione che, contrariamente a quanto era avvenuto in passato per altri enti pubblici divenuti società per azioni come, ad esempio, le Ferrovie dello Stato e, con qualche condizione, le Poste italiane, ha conservato il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, prevedendo, appunto che «L'ANAS S.p.a. può avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, ai sensi dell'art. 43 del testo unico delle leggi e delle norme giuridiche sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e sull'ordinamento dell'Avvocatura dello Stato, di cui al Regio Decreto 30 ottobre 1933, n. 1611, e successive modificazioni».

Con il parere del comitato Consultivo del 14 maggio 2005, n. 67614, pur trattando apparentemente un caso marginale, sostanzialmente si richiama l'ANAS S.p.a. a comportamenti più coerenti rispetto all'assetto normativo vigente, evitando, laddove non previsto, di ricorrere al patrocinio di avvocati del libero foro, con grave ed ingiustificato aggravio di oneri economici per il bilancio della società che evidentemente si riflettono, al momento, sui conti pubblici dello Stato.

Avv. Perluigi Di Palma

A.G.S. Parere del 14 maggio 2005, n. 67614.

Azione di risarcimento danni – Recupero crediti (consultivo 6612/03, avvocato P. Di Palma).

«Con comunicazione del 24 giugno 2004, l'ANAS, a seguito della nota interlocutoria di questa Avvocatura Generale del 13 aprile 2004 con la quale si chiedeva di comunicare l'eventuale adozione di una motivata delibera di deroga al patrocinio erariale secondo le previsioni dell'art. 43 del testo unico n. 1611/1933 e successive modificazioni in materia di «*patrocinio autorizzato*», cui espressamente fa rinvio l'art. 7, comma 11 della legge n. 178/2002 che ha regolamentato la trasformazione in società per azioni dell'Ente nazionale per le strade, ha effettuato «*alcune doverose precisazioni*», per giustificare la determinazione di affidare ad un avvocato del libero foro l'incarico di esperire l'azione giudiziaria in oggetto.

Le predette precisazioni, puntualmente e condivisibilmente contestate nel merito da codesta Avvocatura, si fondano peraltro su presupposti giuridici erronei.

È noto che, ai sensi dell'art. 43 del citato T.U., l'Avvocatura dello Stato, in aggiunta al patrocinio obbligatorio in favore delle amministrazioni dello Stato, può essere autorizzata ad assumere la rappresentanza e difesa anche di amministrazioni pubbliche non statali ed enti sovvenzionati, purché «*sottoposti a tutela od anche a sola vigilanza dello Stato*» (c.d. *patrocinio autorizzato*).

Condizione necessaria per l'esercizio del «*patrocinio autorizzato*» è la sussistenza di un'autorizzazione legislativa, regolamentare o, secondo le previsioni della legge n. 12/1991, di un D.P.C.M., sentito il Guardasigilli ed il Ministro dell'economia e delle finanze.

Quando interviene il provvedimento autorizzativo, la rappresentanza e la difesa, salva l'ipotesi di conflitto di interessi con il patrocinio di amministrazioni dello Stato e delle regioni, sono assunte dall'Avvocatura in via organica ed esclusiva, applicandosi le stesse regole del patrocinio obbligatorio.

In tal senso si è espressa una recente pronuncia della Suprema Corte (sent. 21 luglio 1999, n. 484) che in tema di esercizio dello «*ius postulandi*» in favore dell'ANAS, ancora Ente nazionale per le strade, ha affermato il principio che «anche in regime cosiddetto facoltativo di assistenza legale e di patrocinio da parte dell'Avvocatura dello Stato non è necessario, in ordine ai singoli giudizi, uno specifico mandato all'Avvocatura medesima, né quest'ultima deve produrre il provvedimento del competente organo dell'ente recante l'autorizzazione del legale rappresentante ad agire o resistere in causa. Ciò si evince dagli artt. 43, primo comma, e 45 R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611 e successive modificazioni. Quest'ultima norma, in particolare, stabilisce che per il patrocinio cosiddetto facoltativo si applica il secondo comma dell'art. 1 dello stesso R.D., alla stregua del quale gli avvocati dello Stato esercitano le loro funzioni innanzi a tutte le giurisdizioni ed in qualunque sede e non hanno bisogno di mandato speciale, bastando che consti della loro qualità (cfr. Cass., 26 luglio 1997, n. 7011; Cass., sez. un., 4 novembre 1996, n. 9523; Cass., 6 luglio 1991, n. 7515).

La trasformazione dell'ANAS in società per azioni a partecipazione pubblica secondo le previsioni dell'art. 7 della legge n. 178/2002 non ha modificato il precedente riferimento normativo relativo alle modalità di esercizio del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato.

Infatti, l'art. 7, comma 11, della citata legge, contrariamente a quanto avvenuto in passato per altri enti pubblici trasformati in s.p.a, ad esempio le Ferrovie dello Stato e, con qualche differenza, le Poste Italiane, ha conservato il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, prevedendo che «L'ANAS può avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, ai sensi dell'art. 43 del testo unico delle leggi e delle norme giuridiche sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e sull'ordinamento dell'avvocatura dello stato, di cui al regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611, e successive modificazioni».

Ciò posto, salve ipotesi di conflitto, ove l'ANAS, con delibera motivata sottoposta a vigilanza dei competenti organi, intenda non avvalersi della Avvocatura dello Stato, la rappresentanza e la difesa nei giudizi attivi e passivi, ivi compreso il caso di specie, continua ad essere assicurata da questo Istituto secondo le descritte modalità».

Legittimazione in giudizio in tema di danni da emoderivati

Il presente parere verte sull'individuazione del soggetto passivamente legittimato (tra Ministero della Salute e Regione) nei giudizi aventi ad oggetto il riconoscimento del diritto a percepire il beneficio di cui alla legge n. 210/1992, in particolare nei casi in cui l'istanza sia stata infruttuosamente presentata dall'interessato in sede amministrativa in epoca anteriore al 1° gennaio 2001 (data a decorrere dalla quale l'esercizio delle funzioni in materia transita alla Regione), e pertanto i ratei rivendicati coprono un periodo di tempo che si estende da epoca anteriore al trasferimento delle funzioni ad epoca successiva.

Il parere è stato reso nel senso che, in tali casi, la legittimazione passiva spetti comunque alla Regione, sia per quanto attiene alla domanda di condanna alla corresponsione dei ratei, maturati tanto anteriormente quanto successivamente al 31 dicembre 2001, sia per quanto attiene all'accertamento del requisito sanitario che dà titolo al beneficio.

Avv. Marina Russo

A.G.S. – Parere del 31 maggio 2005, n. 75708.

Legge n. 210/1992 – Legittimazione passiva del Ministero della Salute nei giudizi aventi ad oggetto il riconoscimento del diritto all'indennizzo per il periodo antecedente il trasferimento delle funzioni alla Regione – Sentenza della Corte d'Appello di Venezia n. 364/04 (consultivo 49194/04, avvocato M. Russo).

«La questione che viene in rilievo nella fattispecie attiene all'individuazione del soggetto passivamente legittimato (tra Ministero della Salute e Regione) nei giudizi aventi ad oggetto il riconoscimento del diritto a percepire il beneficio di cui alla legge n. 210/1992, in particolare nei casi in cui l'istanza sia stata infruttuosamente presentata dall'interessato in sede amministrativa in epoca anteriore al 1° gennaio 2001 (data a decorrere dalla quale l'esercizio delle funzioni in materia transita alla Regione), e pertanto i ratei rivendicati coprono un periodo di tempo che si estende da epoca anteriore al trasferimento delle funzioni ad epoca successiva.

In relazione a tale problematica, nel giudizio definito dalla sentenza n. 364/04 della Corte d'Appello di Venezia, l'Avvocatura in indirizzo ha sostenuto che – indipendentemente dalla data di presentazione della domanda di indennizzo (e, quindi, anche qualora la stessa sia anteriore al 1° gennaio 2001) – unico soggetto legittimato a resistere in giudizio sia la Regione, mentre il Ministero della Salute dovrebbe restare estraneo al giudizio.

Ai fini della soluzione della questione, appare utile tracciare brevemente il quadro normativo applicabile alla materia.

In attuazione di quanto disposto dalla legge n. 59/1997, con il d.lgs n. 112/1998 il legislatore ha provveduto a disciplinare il trasferimento di funzioni e compiti amministrativi dallo Stato alle Regioni.

In particolare, per quanto qui interessa, l'art. 114 del d.lgs *cit.* ha previsto: «Sono conferiti alle regioni, secondo le modalità e le regole fissate dagli articoli del presente capo, tutte le funzioni e i compiti amministrativi in tema di salute umana e sanità veterinaria, salvo quelli espressamente mantenuti allo Stato».

Quanto alla concreta attuazione del trasferimento, l'art. 7 dello stesso d.lgs prevede: «I provvedimenti di cui all'articolo 7 della legge 15 marzo 1997, n. 59, determinano la decorrenza dell'esercizio da parte delle regioni e degli enti locali delle funzioni conferite ai sensi del presente decreto legislativo, contestualmente all'effettivo trasferimento dei beni e delle risorse finanziarie, umane, strumentali e organizzative...» «... la decorrenza dell'esercizio

delle funzioni e dei compiti conferiti contestualmente all'effettivo trasferimento dei beni e delle risorse finanziarie, umane, organizzative e strumentali, può essere graduata, secondo date certe, in modo da completare il trasferimento entro il 31 dicembre 2000»; «... ai fini della quantificazione [delle risorse da trasferire] si tiene conto: a) dei beni e delle risorse utilizzati dallo Stato in un arco temporale pluriennale, da un minimo di tre ad un massimo di cinque anni.» (peraltro, nel caso in cui di fatto non si provveda al tempestivo trasferimento delle risorse, le Regioni potranno attivare il meccanismo disciplinato al comma 11 dello stesso articolo onde ottenere se del caso la nomina di un commissario *ad acta*).

Il decreto ministeriale 26 maggio 2000, poi, ha determinato in concreto la decorrenza del trasferimento dell'esercizio delle funzioni (in ossequio a quanto stabilito dal sopra citato art. 7 d.lgs n. 112/1998), prevedendo, all'art. 3, I comma, che: «Ai fini dell'esercizio da parte delle Regioni a statuto ordinario dei compiti e delle funzioni di cui all'art. 1, le risorse individuate dal presente decreto sono trasferite dal 1° gennaio 2001». Nelle allegate tabelle A e B, infine, sono elencate le funzioni conferite (tra cui, appunto, quelle in materia di indennizzi *ex lege* n. 210/1992) e le relative risorse; l'art. 2, n. 4 decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri *cit.*, da ultimo, prevede: «restano a carico dello Stato gli eventuali oneri derivanti dai contenziosi riferiti a fatti precedenti il trasferimento».

Ancora, è utile leggere la normativa di cui sopra anche alla luce dell'Accordo Governo/Regioni dell'8 agosto 2001, nel quale è stato stabilito che: «Il Ministro dell'economia e delle Finanze si impegna:

a trasmettere alle regioni l'elenco nominativo dei soggetti che hanno già ricevuto l'indennizzo previsto dalla legge 25 febbraio 1992, n. 210, al 21 febbraio 2001 a carico dei dipartimenti provinciali del Tesoro, considerata la necessità delle regioni di dover disporre del suddetto elenco ai fini dell'esercizio delle funzioni conferite con il decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112;

a continuare a provvedere al pagamento degli oneri finanziari relativi agli indennizzi iscritti a ruolo sino al 21 febbraio 2001, attraverso i dipartimenti provinciali del Tesoro.

2) Il Ministro della salute si impegna a: mantenere nella propria competenza i benefici previsti dalla legge 25 febbraio 1992, n. 210, per gli indennizzi riconosciuti sino al 21 febbraio 2001, ad esclusione di quanto previsto dall'art. 2, comma 3, della legge 25 febbraio 1992, n. 210, relativamente al caso di decesso; coinvolgere le amministrazioni regionali per la gestione del contenzioso; assicurare il massimo livello possibile di coordinamento con le regioni nello svolgimento delle competenze che, come sopra specificato, rimarranno a suo carico.

3) Le regioni si impegnano a: definire tutte le istanze, già trasmesse dal Ministero della Sanità nel primo invio di pratiche effettuato poco dopo il trasferimento della funzione, entro il 30 maggio 2002; alla definizione di linee guida, da adottarsi in Conferenza Stato-Regioni, al fine di raggiungere il necessario coordinamento tra tutte le regioni per la gestione uniforme delle problematiche della legge n. 210 del 1992.

Alla luce del quadro normativo così sintetizzato, difettando ad oggi una consolidata giurisprudenza sulla questione dell'individuazione del soggetto passivamente legittimato a resistere nei giudizi aventi ad oggetto prestazioni di cui alla legge n. 210/1992, relative a periodi «a cavallo» tra vecchio e nuovo regime, sembra che la linea difensiva più corretta da seguire sia la seguente:

in primo luogo, occorrerà tener conto del dato obiettivo emergente dal quadro normativo sopra delineato, dal quale inequivocabilmente risulta:

– condizione per il passaggio delle competenze dallo Stato alle Regioni è il trasferimento delle necessarie risorse, che – per legge – doveva avvenire entro il termine ultimo del 31 dicembre 2000;

– in effetti, nel rispetto di detto termine, il passaggio delle risorse è stato disposto e disciplinato dal richiamato decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 26 maggio 2000;

– l'Accordo Stato-Regioni ha affrontato la questione delle istanze già definite al 21 febbraio 2001, ovvero iscritte a ruolo entro tale data, ponendole a totale carico del Ministero, nonché quello della definizione delle istanze ancora pendenti, trasmesse dal Ministero alla Regione e da definire a cura della stessa, ormai titolare della rispettiva funzione, entro una data determinata;

Ciò posto, va osservato che – per le annualità antecedenti il passaggio delle competenze – non risultano trasferite risorse economiche dallo Stato alle Regioni. A tal proposito, osserva nelle proprie difese l'Avvocatura Distrettuale in indirizzo, che la Tabella B allegata al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 26 maggio 2000 deporrebbe invece nel senso di un trasferimento anche per il pregresso (e, segnatamente per gli anni 1997, 1998 e 1999), in quanto essa includerebbe, fra le risorse trasferite alle Regioni, anche quelle stanziato dallo Stato per dette annualità, e non solo quelle relative all'anno 2000. L'argomento, tuttavia, non persuade. Invero, la lettura della tabella B, pare debba essere diversa, ed in particolare si ritiene che l'indicazione delle annualità 1997-1999 non corrisponda affatto a risorse trasferite, bensì sia solo strumentale a quantificare (sulla base di una media e tenuto conto anche dell'incremento dello stato di previsione) l'importo da stanziare e trasferire alle Regioni per il prosieguo, come stabilisce l'art. 7 del d.lgs n. 112/1998: «... ai fini della quantificazione [delle risorse da trasferire] si tiene conto: a) dei beni e delle risorse utilizzati dallo Stato in un arco temporale pluriennale, da un minimo di tre ad un massimo di cinque anni...». Pertanto, le risorse economiche trasferite sono – secondo la citata Tabella B – solo quelle per il bilancio 2000 e successivi. Del resto, diversamente opinando, non si comprenderebbe perché sarebbero state trasferite le risorse solo a partire dal 1997, né in base a quale criterio si sarebbe individuata la data del conferimento dei mezzi economici in tale anno anziché in un altro.

Che dal 1° gennaio 2001 le risorse e le funzioni siano state trasferite completamente alle Regioni, poi, non è smentito dalla persistenza, nei decreti di distribuzione relativi al Bilancio dello Stato negli anni dal 1999 all'attualità, di apposito stanziamento per la copertura delle spese aventi titolo negli indennizzi per danni da vaccinazione ed emotrasfusione.

Infatti, detta persistenza è compatibile con l'impegno assunto dallo Stato – mediante il sopra citato Accordo Stato Regioni – a continuare a provvedere al pagamento degli indennizzi iscritti a ruolo entro il 21 febbraio 2001, per la corresponsione dei quali occorre ovviamente una disponibilità finanziaria. L'andamento dello stanziamento nel corso delle annualità analizzate, del resto, pare confermare quanto sopra: esso infatti diminuisce sensibilmente dal bilancio di previsione 1999 al bilancio di previsione 2000 (valevole per il 2001, anno del trasferimento alle Regioni), per restare costante negli anni successivi, ed aumentare solo nei bilanci 2003 e 2004, peraltro in corrispondenza con l'inclusione – nel relativo capitolo – delle somme dovute a titolo di risarcimento del danno accanto a quelle dovute a titolo di indennizzo.

Da quanto sopra sembra doversi desumere che – per le istanze presentate prima del 31 dicembre 2000, non definite alla data del 1° gennaio 2001 né a quella indicata dall'Accordo Stato Regioni del 21 febbraio 2001 – la legittimazione passiva rispetto alla domanda di condanna al pagamento dei benefici debba spettare unicamente alla Regione. Infatti, lo Stato non dispone più, dopo il trasferimento, delle necessarie risorse economiche.

Né sembra deporre in senso opposto la previsione di cui al citato d.p.c.m. 26 maggio 2005, art. 2, IV comma «Restano a carico dello Stato gli eventuali oneri derivanti dal contenzioso riferito a fatti precedenti il trasferimento».

Invero, tale norma – contenuta in una fonte di rango secondario – non potrebbe derogare alla previsione legislativa per cui «Sono conferiti alle regioni [a decorrere dal trasferimento delle risorse economiche], secondo le modalità e le regole fissate dagli articoli del presente capo, tutte le funzioni e i compiti amministrativi in tema di salute umana e sanità veterinaria, salvo quelli espressamente mantenuti allo Stato». Una lettura conforme a legge della norma regolamentare, peraltro, potrebbe essere nel senso di sostenerne l'applicabilità al solo contenzioso pendente alla data del trasferimento delle funzioni.

Non sembra neppure, da ultimo, che la norma di cui all'art. 123 del d.lgs. n. 112/1998 («sono conservate allo Stato le funzioni in materia di ricorsi per la corresponsione di indennizzi a favore di soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni...») possa legittimare la convinzione – diametralmente opposta a quella di codesta Avvocatura – sostenuta dalla Regione Veneto nelle proprie difese, e cioè che lo Stato rimanga legittimato processuale indistintamente per *tutte* le controversie in materia.

Infatti, come affermato dalla sentenza di primo grado, confermata in appello, l'art. 123 *cit.* si riferirebbe ragionevolmente al solo contenzioso amministrativo (in sostanza, ai ricorsi al Ministero *ex* art. 5 legge n. 210/1992 avverso i provvedimenti sfavorevoli delle Commissioni mediche), e non anche al contenzioso giudiziale. Depone in tal senso sia l'ambito in

cui la norma è collocata (relativo al conferimento di «funzioni e compiti amministrativi»), sia il fatto che mantenere in futuro la legittimazione processuale al solo Ministero indiscriminatamente in tutti i casi, contrasterebbe con il trasferimento alle Regioni sia dell'esercizio delle funzioni che dei relativi mezzi economici.

Nei giudizi aventi ad oggetto istanze proposte successivamente al trasferimento delle funzioni del 1° gennaio 2001, poi, la domanda di condanna vede sicuramente legittimata la sola Regione, in quanto competente a definire la pratica amministrativa nonché dotata delle risorse necessarie al pagamento.

Si viene ora al diverso profilo inerente la legittimazione passiva del Ministero della Salute rispetto alla domanda di accertamento del requisito sanitario.

Al riguardo, si osserva quanto segue.

Nell'attuale quadro normativo, sebbene la definizione del procedimento spetti alle Regioni, resta fermo l'*iter* descritto dall'art. 4, comma IV della legge n. 210/1992, che vede competenti in prima battuta le ASL, e successivamente le Commissioni medico ospedaliere di cui all'art. 165 del d.P.R. n. 1092/1973, avverso i giudizi delle quali è ammesso ricorso al Ministero della Salute: l'art. 123 del d.lgs. n. 112/1998 dispone infatti «sono conservate allo Stato le funzioni in materia di ricorsi per la corresponsione di indennizzi a favore di soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni....»

Tuttavia, non pare che le residue competenze ministeriali in fase di accertamento debbano determinare il necessario coinvolgimento del Ministero stesso nei giudizi introdotti sulla base di istanze, tanto successive alla data del trasferimento di competenze e risorse finanziarie, quanto precedenti ma non definite al 1° gennaio 2001 (si rammenta, ove mai occorresse, che l'Accordo Stato Regioni espressamente prevede l'impegno di queste ultime a definire le pratiche ancora «*in itinere*»).

Infatti, va ricordato che – in materia di invalidità civile, ove si verificava un simile sdoppiamento di competenze tra Ministero dell'Economia e Finanze quanto all'accertamento del requisito sanitario, e Regione ovvero INPS quanto al pagamento dei benefici – la Corte di Cassazione (sent. n. 11475/02), ha negato la legittimazione passiva del Ministero dell'Economia e Finanze nei giudizi volti al conseguimento delle provvidenze erogate da Regioni ed INPS, nonché nelle stesse azioni di mero accertamento, affermando: «...in definitiva la legislazione vigente... è nel senso che soltanto gli enti chiamati dalla legge a rispondere del debito, regioni oppure INPS, debbano essere convenuti in giudizio, tanto nelle azioni di mero accertamento dei singoli diritti alle prestazioni di assistenza sociale, quanto nelle azioni di condanna. E ciò quali che siano i soggetti amministrativi della cui opera regioni ed INPS si avvalgono, e che in senso civilistico assumono la figura di ausiliari del debitore (art. 1228 c.c.). Sono per contro inammissibili le domande di accertamento delle sole condizioni sanitarie». (conf. 1898/05)

Solo l'entrata in vigore dell'art. 42 d.l. n. 269/03 conv. in legge n. 326/03, che ha innovato la materia espressamente definendo «litisconsorte necessario» in tale tipo di giudizi il Ministero, ha posto fine al suseposto orientamento.

Sembra che la somiglianza tra la fattispecie analizzata da Cass. 11475/02 e la disciplina dei benefici *ex lege* n. 210/1992 successivamente al 1° gennaio 2001 (in entrambi i casi l'Amministrazione statale ha compiti amministrativi in sede di accertamento ma non eroga più il beneficio) consenta di sostenere che nei giudizi relativi a contenzioso originato da istanze *ex lege* n. 210/1992 possa ragionevolmente negarsi il difetto di legittimazione passiva del Ministero anche in relazione alla domanda di accertamento, tesi che ove accolta scongiurerebbe il rischio di condanna del Ministero alle spese di lite in caso di accoglimento del ricorso.

In sintesi dunque, nei giudizi futuri si sosterrà il difetto di legittimazione passiva del Ministero della Salute, sia rispetto all'accertamento del requisito sanitario, che rispetto alla domanda di condanna in tutti i giudizi inerenti sia istanze anteriori che posteriori al 1° gennaio 2001.

In ragione di quanto sopra, nell'attesa che si consolidi un orientamento giurisprudenziale al riguardo, nonché al fine di provocare una pronuncia della Suprema Corte sul punto, la sentenza della Corte d'Appello di Venezia di cui in oggetto sarà impugnata per cassazione nella parte in cui condanna l'Amministrazione della Salute al pagamento dei ratei fino al 31 dicembre 2000.

Tutto quanto sopra, salvo diverso motivato avviso delle Amministrazioni che leggono per conoscenza».

IL CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

Corte di Giustizia delle Comunità Europee – Nota informativa riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte delle giurisdizioni nazionali (2005/C 143/01).

Una nota d'informazione destinata ai giudici nazionali relativa al procedimento pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia è stata loro comunicata tramite le autorità nazionali competenti nel 1996. Poiché tale nota si è rivelata utile nella prassi, la Corte ha deciso di aggiornarla alla luce dell'esperienza e ritiene appropriato diffonderla attraverso la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee (11 giugno 2005).

«1. – Il sistema del rinvio pregiudiziale è un meccanismo fondamentale del diritto dell'Unione europea, che ha per oggetto di fornire alla giurisdizioni nazionali lo strumento per assicurare un'interpretazione e un'applicazione uniformi di tale diritto in tutti gli Stati membri.

2. – La Corte di Giustizia delle Comunità europee è competente a pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione del diritto dell'Unione europea e sulla validità degli atti di diritto derivato. Questa competenza generale le è conferita dall'art. 234 del Trattato CE e, in taluni casi precisi, da altre norme.

3. – Poiché il procedimento pregiudiziale si basa sulla cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali, sembra opportuno, al fine di assicurarne l'efficacia, fornire alle giurisdizioni le indicazioni seguenti.

4. – Queste indicazioni pratiche, prive di qualsiasi valore vincolante, mirano ad orientare i giudici nazionali circa l'opportunità di procedere ad un rinvio pregiudiziale e, eventualmente, ad aiutarli a formulare e presentare le questioni sottoposte alla Corte.

Sul ruolo della Corte nell'ambito del procedimento pregiudiziale

5. – Nell'ambito del procedimento pregiudiziale, il ruolo della Corte di giustizia è quello di fornire un'interpretazione del diritto comunitario o di statuire sulla sua validità, e non di applicare tale diritto alla situazione di fatto che è alla base del procedimento dinanzi al giudice nazionale, ruolo che spetta a quest'ultimo. La Corte non è competente né a pronunciarsi su

questioni di fatto sollevate nell'ambito della causa principale né a risolvere le divergenze di opinione in merito all'interpretazione o all'applicazione delle norme di diritto nazionale.

6. – La Corte si pronuncia sull'interpretazione o sulla validità del diritto comunitario, cercando di dare una risposta utile per la definizione della controversia, ma spetta alle giurisdizioni di rinvio trarne le conseguenze applicando eventualmente la norma nazionale di cui trattasi.

Sulla decisione di sottoporre una questione alla Corte

L'autore della questione

7. – Nell'ambito degli artt. 234 del Trattato CE e 150 del Trattato CEEA, le giurisdizioni degli Stati membri, qualora debbano statuire nell'ambito di un procedimento destinato a concludersi con una decisione di carattere giurisdizionale, possono in via di principio sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale. La nozione di giurisdizione è interpretata dalla Corte quale nozione autonoma di diritto comunitario.

8. – Tuttavia, nel settore particolare degli atti adottati dalle istituzioni nell'ambito del titolo IV della Terza parte del Trattato CE, relativo ai visti, all'asilo, all'immigrazione ed alle altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone – in particolare in materia di competenza giurisdizionale e di riconoscimento e di esecuzione delle decisioni giudiziarie –, il rinvio è consentito solo ai giudici che statuiscono in ultimo grado, conformemente all'art. 68 del Trattato CE.

9. – Inoltre, conformemente all'art. 345 del Trattato sull'Unione europea, gli atti adottati dalle istituzioni nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale possono costituire oggetto di un rinvio pregiudiziale solo da parte dei giudici degli Stati membri che hanno accettato la competenza della Corte, nel qual caso ciascuno Stato determina se la facoltà di adire la Corte sia concessa a tutte le sue giurisdizioni o sia riservata a quelle che statuiscono in ultimo grado.

10. – Non è necessario che le parti sollevino la questione; il giudice nazionale può sottoporla all'ufficio.

Il rinvio per interpretazione

11. – Ogni giudice interessato può sottoporre alla Corte una questione relativa all'interpretazione di una norma di diritto comunitario qualora lo ritenga necessario ai fini della soluzione di una controversia ad esso sottoposta.

12. – Tuttavia, una giurisdizione avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno è, in via di principio, tenuta a sottoporre alla Corte tale questione, salvo qualora esista già una giurisprudenza in materia (e il contesto eventualmente nuovo non sollevi alcun dubbio reale circa la possibilità di applicare tale giurisprudenza) o qualora non vi sia alcun dubbio quanto alla corretta interpretazione della norma comunitaria.

13. – Pertanto, una giurisdizione avverso le cui decisioni possa proporsi un ricorso di diritto interno, può, in particolare quando ritiene di aver ricevuto sufficienti chiarimenti della giurisprudenza della Corte, decidere essa stessa circa l'esatta interpretazione del diritto comunitario e l'applicazione di quest'ultimo alla situazione di fatto che essa constata. Tuttavia, un rinvio

pregiudiziale può risultare particolarmente utile, nella fase appropriata del procedimento, quando si tratta di una questione di interpretazione nuova che presenta un interesse generale per l'applicazione uniforme del diritto comunitario attraverso l'Unione, o quando la giurisprudenza esistente non sembra potersi applicare ad un contesto di fatto inedito.

14. – Spetta al giudice nazionale indicare perché l'interpretazione richiesta sia necessaria per pronunciare la sua sentenza.

Il rinvio per esame di validità

15. – Anche se i giudici nazionali hanno la possibilità di respingere i motivi di invalidità dedotti dinanzi ad essi spetta unicamente alla Corte dichiarare un atto comunitario invalido.

16. – Ogni giudice nazionale deve quindi sottoporre una questione alla Corte allorché nutre dubbi sulla validità di un atto comunitario, indicando i motivi per cui ritiene che l'atto comunitario possa essere viziato da invalidità.

17. – Tuttavia, il giudice nazionale, ove nutra gravi perplessità in ordine alla validità di un atto della Comunità sul quale è fondato un atto interno, può in via eccezionale sospendere temporaneamente l'applicazione di quest'ultimo o adottare ogni altro provvedimento provvisorio al riguardo. Egli è tenuto, in tal caso, a sottoporre la questione di validità alla Corte di giustizia, indicando i motivi per i quali ritiene che l'atto comunitario sia invalido.

Quando sottoporre una questione pregiudiziale

18. – La giurisdizione nazionale può rinviare alla Corte una questione pregiudiziale non appena constatati che una pronuncia sul punto o sui punti relativi all'interpretazione o alla validità è necessaria per emettere la sua decisione; essa è nella migliore posizione per valutare in quale fase del procedimento occorra sottoporre una tale questione.

19. – È tuttavia auspicabile che la decisione di rinvio di una questione pregiudiziale venga presa in una fase del procedimento nella quale il giudice del rinvio sia in grado di definire l'ambito di fatto e di diritto del problema, affinché la Corte disponga di tutti gli elementi necessari per verificare, eventualmente, che il diritto comunitario si applica alla causa principale. Può anche risultare nell'interesse di una buona amministrazione della giustizia che la questione pregiudiziale venga sottoposta a seguito del contraddittorio tra le parti.

Sulla forma del rinvio pregiudiziale

20. – La decisione con la quale il giudice nazionale sottopone una questione pregiudiziale alla Corte può rivestire qualsiasi forma ammessa dal diritto nazionale per i provvedimenti interlocutori. Occorre tuttavia tenere in mente che è questo il documento che serve come base per il procedimento che si svolge dinanzi alla Corte e che quest'ultima deve poter disporre degli elementi che le consentano di fornire una soluzione utile al giudice nazionale. Inoltre, è solo la domanda di pronuncia pregiudiziale che viene notificata agli interessati legittimati a presentare osservazioni dinanzi alla Corte – in particolare gli Stati membri e le istituzioni – e che costituisce oggetto di una traduzione.

21. – La necessità di tradurre la domanda richiede una redazione semplice, chiara e precisa, senza elementi superflui.

22. – Una lunghezza che non supera una decina di pagine è spesso sufficiente per esporre il contesto di una domanda di pronuncia pregiudiziale in maniera adeguata. Pur rimanendo succinta, la decisione di rinvio deve tuttavia essere sufficientemente completa e contenere tutte le informazioni pertinenti in modo da consentire alla Corte, nonché agli interessati legittimati a presentare osservazioni, di intendere correttamente l'ambito di fatto e di diritto della controversia nel procedimento nazionale. In particolare, la decisione di rinvio deve:

- contenere una breve esposizione dell'oggetto della controversia, nonché dei fatti pertinenti quali sono stati constatati o, quanto meno, chiarire le ipotesi di fatto sulle quali la questione pregiudiziale è basata;

- riportare il contenuto delle disposizioni nazionali che possono trovare applicazione ed identificare, eventualmente, la giurisprudenza nazionale pertinente, indicando ogni volta i riferimenti precisi (ad esempio, pagina di una *Gazzetta Ufficiale* o di una determinata raccolta; eventualmente con riferimento su Internet);

- identificare con la maggiore precisione possibile le disposizioni comunitarie pertinenti nella fattispecie;

- esplicitare i motivi che hanno indotto il giudice del rinvio a sollevare questioni sull'interpretazione o la validità di talune disposizioni comunitarie nonché il nesso che esso stabilisce tra queste disposizioni e la normativa nazionale che si applica alla causa principale;

- comprendere, eventualmente, una sintesi della parte essenziale degli argomenti pertinenti delle parti nella causa principale.

Per facilitarne la lettura e la possibilità di farvi riferimento, è utile che i vari punti o paragrafi della decisione di rinvio siano numerati.

23. – Infine, la giurisdizione del rinvio, se si ritiene in grado di farlo, può indicare succintamente il suo punto di vista sulla soluzione da dare alle questioni pregiudiziali sottoposte.

24. – La o le questioni pregiudiziali stesse devono figurare in una parte distinta e chiaramente identificata della decisione di rinvio, di solito all'inizio o alla fine di questa. Esse devono essere comprensibili senza far riferimento alla motivazione della domanda, che fornirà tuttavia il contesto necessario per una valutazione adeguata.

Sugli effetti del rinvio pregiudiziale sul procedimento dinanzi al giudice nazionale

25. – La proposizione di una domanda di pronuncia pregiudiziale comporta la sospensione del procedimento nazionale fino alla pronuncia della Corte.

26. – Tuttavia, il giudice nazionale rimane competente ad adottare provvedimenti cautelari, in particolare nell'ambito del rinvio per esame di validità (v. sopra punto 17).

Sulle spese e il gratuito patrocinio

27. – Il procedimento pregiudiziale dinanzi alla Corte è gratuito e la Corte non stabilisce sulla ripartizione delle spese tra le parti nella causa principale; spetta al giudice nazionale statuire a tal riguardo.

28. – In caso di risorse insufficienti di una parte e qualora le norme nazionali lo consentano la giurisdizione del rinvio può concedere a tale parte un sussidio per coprire le spese, in particolare di rappresentanza, che essa deve sostenere dinanzi alla Corte. La Corte stessa può anch'essa concedere un tale sussidio.

Sulla corrispondenza tra il giudice nazionale e la Corte

29. – La decisione di rinvio e i documenti pertinenti (in particolare, se del caso, il fascicolo della causa, eventualmente sotto forma di copia) devono essere inviati direttamente alla Corte dalla giurisdizione nazionale mediante plico raccomandato (indirizzato alla Cancelleria della Corte di giustizia delle Comunità europee, L-2925 Lussemburgo, tel. +352 4303-1).

30. – Fino alla pronuncia della decisione, la cancelleria della Corte resterà in contatto con il giudice nazionale al quale trasmetterà copia degli atti di procedura.

31. – La Corte trasmetterà la sua decisione alla giurisdizione del rinvio. Sarebbe opportuno che il giudice nazionale informi la Corte del seguito che verrà dato a tale decisione nella controversia nazionale e invii ad essa eventualmente la sua decisione finale».

Sul potere sanzionatorio della Corte di Giustizia

*(Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Grande Sezione,
sentenza 12 luglio 2005, nella causa C-304/02)*

È la prima volta, a quanto risulta, che, giudicando ai sensi dell'art. 228 CE, la Corte di giustizia ha applicato a carico di uno Stato membro la penalità insieme alla somma forfettaria. L'applicazione cumulativa, inoltre, è stata disposta in presenza di una richiesta della Commissione limitata alla penalità.

Così decidendo la Corte ha ribadito con vigore l'efficacia dei vincoli che gli Stati hanno assunto attraverso il Trattato e che costituiscono la struttura sulla quale poggia l'intero ordinamento comunitario.

L'art. 228 CE ha rimediato ad una lacuna del Trattato originario.

La Corte di giustizia, investita dalla Commissione ai sensi dell'art. 226, può emettere solo una sentenza di accertamento dell'inadempimento.

Se lo Stato, dichiarato inadempiente, non vi dava esecuzione, il Trattato di Roma non prevedeva nessuna sanzione, salvo quelle misure indirette, e di efficacia ridotta, non sempre possibili.

Oggi la Corte, ai sensi dell'art. 228 CE, può applicare allo Stato inadempiente sanzioni pecuniarie nell'esercizio di un potere di condanna.

Il procedimento dell'art. 228 ha mantenuto i caratteri del procedimento per infrazione, disciplinato dall'art. 226, solo che l'infrazione è specifica (la mancata esecuzione della sentenza emessa ai sensi dell'art. 226) e non generica, come quella prevista nell'art. 226 (mancanza ad uno degli obblighi incombenti in virtù del Trattato).

Come è stato rilevato dalla dottrina, tra tutti i ricorsi diretti alla Corte di giustizia quello dell'art. 226 è il meno comunitario e, in corrispondenza, il più internazionalistico.

Può essere proposto solo dalla Commissione, o dagli Stati membri, ed è rivolto contro singoli Stati, quali parti del Trattato.

In altre parole, gli Stati non sono coinvolti come soggetti del rapporto di volta in volta costituito in base alle norme del Trattato, ma come soggetti che hanno stipulato il Trattato, per questo tenuti, secondo i principi di diritto internazionale, a rispettarne tutte le disposizioni, qualunque ne sia la materia.

La Commissione, se lo Stato destinatario non si attiene al parere motivato, ai sensi dell'art. 226, secondo comma, *può*, non deve, adire la Corte di giustizia.

Alla Commissione viene così lasciato un margine di valutazione *politica*, tipico dei ricorsi che operano sul piano del diritto internazionale.

Lo stesso margine di valutazione ha ciascuno degli Stati membri che *può* rivolgersi alla Corte (art. 227, secondo comma).

Lo stesso potere ha la Commissione ai sensi dell'art. 228.2.

Una volta che il ricorso sia proposto il rapporto si inserisce integralmente nell'ordinamento comunitario, con tutte le connotazioni conseguenti.

Con sentenza dell'11 giugno 1991 (C-64/1988) la Corte di giustizia aveva accertato che la Repubblica francese era venuta meno agli obblighi imposti dall'art. 1 del regolamento (CEE) del Consiglio 29 giugno 1987 n. 2057, che istituisce alcune misure di controllo delle attività di pesca esercitate dai pescherecci degli Stati membri, ed alle disposizioni di altri regolamenti, sempre in materia di pesca.

Da allora si era instaurato un rapporto complesso tra la Commissione e la Repubblica francese, le cui fasi si trovano richiamate nella esposizione di fatto della sentenza.

Pur avendo avuto a disposizione tempo più che sufficiente per portare ad esecuzione la sentenza, lo Stato francese aveva adempiuto solo in piccola parte.

Per questo la Commissione aveva introdotto un procedimento ai sensi dell'art. 228 CE (C-304/02), conclusosi con la sentenza del 12 luglio 2005.

L'art. 228 CE impone allo Stato membro, che ha mancato ad uno degli obblighi comunitari, di «prendere i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza della Corte di giustizia comporta».

Attenendosi alla lettera della norma il Governo francese, a sostegno delle sue argomentazioni difensive, aveva richiamato un suo piano di controllo generale, adottato nel 2001 e completato nell'anno successivo, che era stato poi accompagnato da una circolare del Ministero della Giustizia, con la quale i procuratori generali delle zone interessate erano stati invitati a disporre una repressione sistematica delle infrazioni e l'irrogazione di ammende dissuasive.

I *provvedimenti* erano, pertanto, stati presi.

La Corte, secondo un suo orientamento costante, ha preso in considerazione non i provvedimenti di per sé, come aveva sostenuto il Governo francese, ma i risultati pratici ai quali avevano portato. Verificatane l'insufficienza, ha ritenuto sussistente l'inadempimento contestato.

La Commissione aveva richiesto di condannare la Repubblica francese a pagare una penalità «per ogni giorno di ritardo *nell'attuazione dei provvedimenti necessari per conformarsi alla citata sentenza Commissione/Francia*, e ciò a partire dalla pronuncia della presente sentenza sino all'esecuzione della citata sentenza Commissione/Francia».

L'ammontare giornaliero richiesto dalla Commissione era notevole (EUR 316.500), ma compensato dalla decorrenza, fissata nel deposito della sentenza.

Anche se il ritardo nell'attuazione della sentenza precedente decorreva dal 1991, la penalità, secondo quanto deciso dalla Corte, ha preso a decorrere quattordici anni dopo, con la possibilità per la Repubblica francese di ridurla al minimo, provvedendo ad attuare rapidamente la prima sentenza.

Non è indicata la ragione di questa decorrenza. Non si trova nell'art. 228 CE, penultimo comma, secondo il quale il pagamento di una penalità può essere disposto quando lo Stato membro «non si è conformato alla sentenza... pronunciata», quindi per tutto il periodo di mancata attuazione.

La Corte in proposito si è attenuta alla richiesta della Commissione fissando una penalità semestrale «a partire dalla pronuncia della presente sentenza».

In questo può vedersi una proiezione ulteriore del carattere internazionalistico, e non strettamente comunitario, del ricorso.

Come si è visto, la Commissione *può* proporre ricorso ai sensi dell'art. 228.

Non essendo imposto un dovere, la norma presuppone che l'infrazione ad una sentenza *ex art.* 226 possa rimanere non sanzionata.

L'art. 228 lascia, dunque, alla Commissione di valutare se la sentenza, da sola, possa costituire sanzione sufficiente per lo Stato, tenuto conto delle peculiarità dell'inadempimento.

A maggior ragione la Commissione, nel richiedere una sanzione pecuniaria, può dosarla temporalmente secondo le esigenze del caso.

La Commissione ha dimostrato di annettere un particolare interesse alla esecuzione della sentenza, vale a dire al riconoscimento da parte del Governo francese dell'autorità della sentenza comunitaria.

Ha ritenuto, pertanto, che avesse una maggiore forza persuasiva una penalità con decorrenza più ravvicinata, ma di ammontare notevole, proprio perché non c'era un danno da risarcire, ma l'autorità di una sentenza da riconoscere.

La Corte di giustizia ha dimostrato di dividerne il punto di vista.

La Corte «alla luce delle caratteristiche particolari dell'adempimento constatato», prima di disporre la condanna anche di una somma forfetaria, ne ha informato le parti in modo che in proposito si potesse svolgere il contraddittorio (1).

Quattro Paesi si sono dichiarati favorevoli, tredici (compresa l'Italia e, naturalmente, la Francia) contrari (2).

La Corte si è posta, ed ha risolto, diverse questioni.

(1) I giudici italiani dovrebbero tenere presente questo principio, al quale la Corte si attiene rigorosamente. Si eviterebbe che le parti si trovino sentenze di ultima istanza fondate, ad esempio, su interpretazioni normative di dubbia costituzionalità, sulle quali non sono state messe in grado di interloquire.

(2) Il numero dei Paesi intervenuti sta ad indicare che l'argomento è stato ritenuto, e giustamente, di rilievo particolare.

Ha confermato, come si è visto, un suo orientamento, assunto da tempo. Quando la esecuzione della sentenza, ai sensi dell'art. 228 CE, comporta non la produzione di effetti giuridici istantanei, ma una attività concreta di conformazione, non basta la emissione del provvedimento, ma occorre che il provvedimento venga portato ad esecuzione.

Lo Stato non può, quindi, sostenere di avere adempiuto attraverso la emissione di una circolare per l'applicazione di sanzioni pecuniarie, se poi le sanzioni non sono applicate e riscosse (3).

Del tutto nuova era, invece, la questione se la Corte potesse applicare sia la penalità che una somma forfettaria.

Le posizioni assunte in proposito dai vari Paesi sono significative anche in termini generali perché indicano l'orientamento a proposito dei poteri da riconoscere alla Corte di giustizia, che, come sembra, la maggior parte vorrebbe mantenere in limiti ristretti.

La tesi contraria alla possibilità di cumulo è stata fondata sulla formulazione letterale dell'art. 228, n. 2, CE dove è previsto che la Corte di giustizia può comminare il pagamento di una somma forfettaria o di una penalità.

A sostegno dell'effetto rigorosamente alternativo della «o» sono stati portati argomenti diversi, fondati anche su quelle che dovrebbero essere le finalità della disposizione.

La Corte, anche se non l'ha richiamato espressamente, sembra avere applicato il criterio interpretativo del risultato utile.

Lo scopo della norma è quello di spingere gli Stati membri ad eseguire le sentenza per inadempimento, garantendo l'applicazione effettiva del diritto comunitario. Sia la somma forfettaria che la penalità mirano a questo obiettivo. L'una o l'altra va applicata in considerazione delle forme e della gravità dell'inadempimento: la penalità, commisurata alla durata, per ridurre nel tempo l'inadempimento che, in caso contrario, si potrebbe avere interesse a far durare; la somma forfettaria, quando l'inadempimento, malgrado la penale, sia durato nel tempo, dimostrando che la penale non ha avuto l'effetto deterrente sperato.

Ha ritenuto la Corte che alla «o» dell'art. 228 CE non si possa attribuire valore decisivo perché, come è stato messo in evidenza dai Paesi favorevoli all'applicazione cumulativa, può avere un senso sia alternativo che cumulativo.

«Alla luce della finalità perseguita dall'art. 228 CE, l'utilizzazione della congiunzione al n. 2 di tale disposizione deve essere pertanto intesa in senso cumulativo».

È anche questa una applicazione del principio secondo il quale, nell'interpretare un testo normativo comunitario, si deve tenere conto dei canoni propri di tutte le lingue ufficiali.

(3) La Corte ha richiamato in proposito la sua sentenza 11 giugno 1991, C-64/1988, la cui mancata esecuzione ha provocato il procedimento *ex art. 228 CE*: « Poiché non sono state contestate infrazioni che pure potevano essere accertate dalle autorità nazionali e non sono stati redatti verbali a carico del contravventori, il governo francese è venuto meno anche all'obbligo di repressione prescritto dai regolamenti sul controllo».

In questo caso la Corte ha seguito quelli proposti dai governi danese, olandese, finlandese e del Regno Unito che, stando alle loro difese, consentivano la piena realizzazione dell'obiettivo della norma.

Di maggiore interesse, almeno per il momento, è la seconda questione: se la Corte possa applicare una sanzione, non richiesta dalla Commissione.

Su di essa i Paesi si sono schierati in modo diverso, anche questa volta con una netta maggioranza di parere contrario.

Tra gli altri argomenti era stato dedotto che, non attenendosi alle proposte della Commissione, la Corte avrebbe violato un principio generale del processo civile che vieta al giudice di andare oltre alle domande delle parti.

La Corte, decidendo in senso contrario, sembra aver colto, anche a questo proposito, i profili più internazionalistici che strettamente comunitari del procedimento.

È significativo sul piano lessicale che quelle della Commissione siano state indicate come *proposte*, piuttosto che come *domande*.

Gli Stati, anche se talvolta sono ancora definiti dalla dottrina tedesca come *signori dei trattati* (*Herren der Verträge*), ne sono anche i soggetti, tenuti ad adempiere ai doveri che hanno assunto volontariamente.

Al loro inadempimento possono reagire non soltanto chi è danneggiato, ma tutti gli Stati contraenti, oltre che la Commissione, tra i cui compiti c'è di vigilare sull'applicazione delle disposizioni del Trattato (art. 211 CE).

Al giudice che ne è investito, sembra ritenere la Corte, non possono essere preclusi quei mezzi di reazione che, previsti dal Trattato, di volta in volta risultano utili per arrivare all'adempimento.

Guardato non sul versante del diritto internazionale, ma su quello degli ordinamenti interni, il procedimento, come ha sottolineato la Corte, è speciale, *proprio del diritto comunitario*, e non può essere equiparato ad un procedimento civile ordinario.

Assume ancora rilievo che la condanna al pagamento di una sanzione pecuniaria non è destinata a risarcire un danno (in questo caso sarebbe anche stato necessario individuare il soggetto danneggiato oltre che l'ammontare), ma a indurre all'adempimento di un obbligo derivante dal Trattato.

La *proposta* della Commissione, pertanto, necessaria per instaurare il procedimento, non poteva costituire un limite per la Corte, tenuta a disporre una condanna capace di far superare le resistenze dello Stato inadempiente, come è di ogni giudice dell'esecuzione che, una volta sollecitato all'intervento dal soggetto legittimato, può utilizzare gli strumenti esecutivi consentiti.

La Corte non ha ritenuto nemmeno violato il diritto di difesa dello Stato inadempiente perché, proponendo preventivamente la questione, aveva assicurato a tutti, soprattutto al Governo francese, una ampia possibilità di difesa e perché il procedimento dell'art. 228, n. 2, CE «dev'essere considerato come uno speciale procedimento giudiziario di esecuzione delle sentenze, in altri termini come un mezzo di esecuzione» per il quale, nel modellare il diritto di difesa, si deve tenere conto della mancata esecuzione della sentenza, che ne costituisce il presupposto.

Poiché il Trattato non prevede mezzi di esecuzione in forma specifica, ma solo mezzi indiretti di pressione nella forma di sanzioni pecuniarie, che possano rendere antieconomico continuare nell'adempimento, alla Corte, investita in quanto giudice dell'esecuzione, non poteva essere preclusa la scelta tra i mezzi consentiti.

Pur se non forzoso, come la Corte ha rilevato, il procedimento mantiene il suo carattere esecutivo, anche se non nella forma di un *procedimento civile*, inteso questo in senso rigoroso.

Era stata anche prospettata la «mancanza di legittimità politica della Corte per infliggere una sanzione pecuniaria, non proposta dalla Commissione».

La Corte ha smentito l'argomento attraverso la ricostruzione del procedimento.

La premessa è che sia già intervenuta una sentenza che ha accertato un'infrazione a carico di uno Stato ai sensi dell'art. 226 CE, a seguito della quale lo Stato dovrebbe adottare tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurarne l'esecuzione (4).

In mancanza, come si è visto, la Commissione può adire la Corte di giustizia, in base a valutazioni di opportunità.

Una volta introdotto il procedimento giurisdizionale, e proprio per la natura giurisdizionale del procedimento, «l'opportunità di imporre una sanzione pecuniaria e la scelta della sanzione più adeguata alle circostanze del caso di specie possono essere valutate solo alla luce degli accertamenti operati dalla Corte nella sentenza da pronunciare ai sensi dell'art. 228, n. 2, CE e sfuggono quindi alla sfera politica».

Secondo la Corte, dunque, la valutazione politica non è compatibile con l'attività giurisdizionale, anche se, nell'affermarlo, ha usato l'espressione «l'opportunità di imporre una sanzione», che è più adatta per valutazioni politiche che per decisioni giurisdizionali.

È significativo il fatto che questo argomento sia stato prospettato dal Governo tedesco.

L'ambiente tedesco risulta recentemente piuttosto prudente nei confronti dell'ordinamento comunitario (5) secondo una tradizione che risale nel tempo (6).

(4) Sono questi i termini adottati dall'art. 10 CE.

(5) La *Bundesverfassungsgericht* con una sentenza del 18 luglio 2005 ha dichiarato costituzionalmente illegittima la normativa di attuazione della Decisione quadro del Consiglio 13/6/2002 n. 2002/584/GAI sul mandato d'arresto europeo. La sentenza è disponibile sul sito <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20050718-2bvr223604.html> solo nella versione originale tedesca, con una sintesi in inglese.

(6) Sia la Corte costituzionale italiana che quella tedesca subito dopo l'entrata in vigore dei Trattati di Roma hanno rivendicato la loro competenza a tutelare i diritti fondamentali anche nei confronti del diritto comunitario.

Dal punto di vista formale questa posizione si giustificava con la mancanza di qualsiasi riferimento nel Trattato ai diritti fondamentali.

Tenuto conto anche dell'esito del referendum che si è tenuto in Francia sulla Costituzione Europea e dell'atmosfera non particolarmente favorevole all'Unione in diversi Stati membri, è prevedibile che la sentenza venga criticata anche sotto il profilo dell'opportunità.

Trattandosi di sentenza, ogni valutazione dovrebbe essere condotta solo sul piano giuridico.

Pur valutata dal punto di vista dell'opportunità, la sentenza non dovrebbe suscitare perplessità perché proprio quando lo spirito comunitario si attenua è indispensabile che le Istituzioni riaffermino la efficacia dell'ordinamento comunitario.

Indipendentemente dal rilievo economico della infrazione, la Repubblica francese aveva dimostrato di tenere in poco conto la sentenza della Corte se

Nel costituire una *Comunità Economica* ai negoziatori era forse sfuggito che potevano essere coinvolti anche quei diritti. Né va trascurato che la struttura *ordinamentale* del diritto comunitario è emersa con tutte le sue implicazioni solo col tempo ed attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia.

Non è senza significato che l'argomento sia stato affrontato dai Giudici costituzionali dei due Paesi che avevano appena concluso esperienze parallele di regimi autoritari dalle quali era residua una sensibilità particolare per la tutela dei diritti fondamentali.

La Corte costituzionale tedesca sin dal 1967 aveva rilevato che nell'ordinamento comunitario i diritti fondamentali non trovavano tutela, così rivendicando la propria competenza anche a fronte dell'ordinamento comunitario.

La posizione era incompatibile con la costruzione, che la Corte di giustizia stava portando a termine, di un ordinamento completo ed autosufficiente, capace di colmare al suo interno le lacune normative.

È noto il procedimento interpretativo attraverso il quale la Corte è arrivata a questa conclusione.

I diritti fondamentali trovano tutela – è stata questa la tesi della Corte – nei principi fondamentali.

I principi fondamentali comunitari sono quelli comuni a tutti i Paesi membri, principi che costituiscono la struttura portante dell'ordinamento comunitario, anche se non visibile. Per essi, sembra dire la Corte, non c'era bisogno di un richiamo espresso perché, essendo già comuni, non andavano comunitarizzati.

E che questo fosse un principio implicito dell'ordinamento comunitario era confermato dall'art. 215 del Trattato, oggi art. 288, secondo il quale la responsabilità extracontrattuale della Comunità è disciplinata nei *principi generali comuni ai diritti degli Stati membri*.

La Corte costituzionale italiana, partendo dalla premessa che il Trattato di Roma avrebbe attribuito agli organi della CEE, e quindi alla Corte di giustizia, competenze limitate ai rapporti economici, dopo aver escluso in linea di principio (sent. n. 183/1973) che le limitazioni di sovranità accettate dai Paesi membri possano comunque comportare la violazione dei diritti inalienabili della persona da parte degli organi comunitari, ha concluso che «in tale ipotesi sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali».

La Corte è poi ritornata sull'argomento con la sentenza n. 170/1984, nella cui parte finale ha ribadito il suo sindacato, a tutela dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona umana nell'ipotesi, «sia pure... improbabile», della violazione di quei diritti da parte degli organi comunitari.

La Corte costituzionale tedesca con la sentenza 29 maggio 1974 ha riaffermato, in termini generali (non è da escludere che abbia influito la presa di posizione che da poco aveva assunto la

dopo oltre dieci anni non vi aveva dato esecuzione integrale, giustificandosi con versioni di fatto smentite dalle relazioni degli ispettori che la Commissione aveva ripetutamente inviato sul posto.

Non reagire, e non reagire vigorosamente, sarebbe stato un segno di debolezza da parte di una delle Istituzioni della Comunità che, secondo quanto dispone l'art. 220 CE, «assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del presente trattato».

Non si può, pertanto, escludere, al contrario deve forse ritenersi probabile, che proprio le difficoltà che l'Unione sta incontrando presso l'opinione pubblica di alcuni Paesi membri, abbiano indotto la Corte ad esercitare con fermezza i poteri attribuiti dal Trattato.

Anche sotto il profilo dell'opportunità la sentenza, pertanto, non dovrebbe suscitare critiche.

Avv. Glauco Nori

Corte di Giustizia delle Comunità europee, Grande Sezione, sentenza del 12 luglio 2005 nella causa C-304/02 (ricorso per inadempimento ex art. 228 CE, proposto il 27 agosto 2002) – Commissione Ce (agenti M. Nolin, H. van Liwer e Tin van Rijn) c. Repubblica francese (agenti G. de Bergues, A. Colomb) – Pres. V. Skouris – Rel. P.Jann – Avv. Gen. L.A. Geelhoed.

«(Omissis) 1. – Con il suo ricorso, la Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di:

– dichiarare che, non avendo adottato i provvedimenti necessari per l'esecuzione della sentenza 11 giugno 1991, causa C-64/1988, Commissione/Francia (*Racc.* pag. I-2727), la Repubblica francese è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza dell'art. 228 CE;

– condannare la Repubblica francese a pagare alla Commissione, sul conto «Risorse proprie della Comunità europea», una penalità dell'ammontare di EUR 316 500 per ogni giorno di ritardo nell'attuazione dei provvedimenti necessari per conformarsi alla citata sentenza Commissione/Francia, e ciò a partire dalla pronuncia della presente sentenza e sino all'esecuzione della citata sentenza Commissione/Francia;

– condannare la Repubblica francese alle spese.

Corte costituzionale italiana) che in materia di diritti fondamentali le norme costituzionali tedesche dovevano ritenersi prevalenti su quelle comunitarie finché la Comunità attraverso un Parlamento eletto a suffragio universale non avesse introdotto mezzi adeguati di tutela dei diritti fondamentali.

Con la sentenza 22 ottobre 1986, richiamando l'art. 24, primo comma, *Grundgesetz*, per il quale con un atto legislativo lo Stato federale può trasferire diritti di sovranità ad istituzioni internazionali, nel confermare che opera comunque il limite del rispetto dei diritti fondamentali, ha rilevato contemporaneamente che a base dell'ordinamento comunitario c'è il rispetto dei diritti fondamentali.

La Corte costituzionale tedesca è ritornata sull'argomento con la sentenza del 12 ottobre 1993 (la traduzione, anche se non integrale, è in *Riv.it.dir.pub.com.*, 1994, p.173 e ss.) con la quale ha rivendicato il potere di verificare che le Istituzioni comunitarie si mantengano nei limiti fissati dal Trattato, dichiarando, di conseguenza, non vincolante nel diritto interno l'atto comunitario che fosse andato al di là di quei limiti.

NORMATIVA COMUNITARIA

Normativa in materia di controlli

2. – Il Consiglio ha istituito talune misure di controllo nei confronti delle attività di pesca svolte dai pescherecci degli Stati membri. Tali misure sono state definite, nell'ordine, dal regolamento (CEE) del Consiglio 29 giugno 1982, n. 2057, che istituisce alcune misure di controllo delle attività di pesca esercitate dai pescherecci degli Stati membri (*GU L 220*, pag. 1), abrogato e sostituito dal regolamento (CEE) del Consiglio 23 luglio 1987, n. 2241, che istituisce alcune misure di controllo delle attività di pesca (*GU L 207*, pag. 1), a sua volta abrogato e sostituito, dal 1 gennaio 1994, dal regolamento (CEE) del Consiglio 12 ottobre 1993, n. 2847, che istituisce un regime di controllo applicabile nell'ambito della politica comune della pesca (*GU L 261*, pag. 1).

3. – Le misure di controllo definite da tali regolamenti sono, in sostanza, identiche.

4. – L'art. 1, nn. 1 e 2, del regolamento n. 2847/1993 prevede:

«1. Per garantire l'osservanza delle disposizioni della politica comune della pesca, è istituito un regime comunitario comprendente, in particolare, disposizioni sul controllo tecnico:

– delle misure di conservazione e di gestione delle risorse,

– delle misure strutturali,

– delle misure relative all'organizzazione comune dei mercati,

nonché disposizioni relative all'efficacia delle sanzioni da applicare in caso di inosservanza delle misure medesime.

2. A tal fine ogni Stato membro adotta, conformemente alla normativa comunitaria, provvedimenti atti a garantire l'efficacia del regime. Esso dota altresì le proprie autorità competenti di mezzi sufficienti all'espletamento delle loro funzioni ispettive e di controllo definite nel presente regolamento».

5. – L'art. 2, n. 1, dello stesso regolamento dispone:

«Per garantire l'osservanza di tutta la normativa vigente in materia di conservazione e controllo, ogni Stato membro controlla, nel proprio territorio e nelle acque marittime sotto la sua sovranità o giurisdizione, l'esercizio della pesca e delle attività connesse. Esso ispeziona i pescherecci e controlla tutte le attività permettendo in tal modo di verificare l'applicazione del presente regolamento, in particolare le attività di sbarco, di vendita, di trasporto e di magazzinaggio dei prodotti della pesca, nonché la registrazione degli sbarchi e delle vendite».

6. – Ai sensi dell'art. 31, nn. 1 e 2, del detto regolamento:

«1. Gli Stati membri garantiscono che siano prese adeguate misure, compreso l'avvio di azioni amministrative o penali conformemente alle legislazioni nazionali, contro le persone fisiche o giuridiche responsabili, qualora sia stata constatata una violazione delle norme della politica comune della pesca, in particolare in seguito all'ispezione o al controllo effettuati in conformità del presente regolamento.

2. Le azioni promosse ai sensi del paragrafo 1 devono, secondo le pertinenti disposizioni legislative nazionali, privare effettivamente i responsabili del beneficio economico derivante dall'infrazione o produrre effetti proporzionati alla gravità delle infrazioni, tali da fungere da deterrente per ulteriori infrazioni dello stesso tipo».

Normativa tecnica

7. – Le misure tecniche di conservazione delle risorse di pesca previste dalla normativa in materia di controlli sono state definite in particolare nel regolamento (CEE) del Consiglio 25 gennaio 1983, n. 171 (*GU L 24*, pag. 14) abrogato e sostituito dal regolamento (CEE) del Consiglio 7 ottobre 1986, n. 3094 (*GU L 288*, pag. 1), a sua volta abrogato e sostituito dal 1° luglio 1997 dal regolamento (CE) del Consiglio 29 aprile 1997 n. 894 (*GU L 132*, pag. 1), a sua volta parzialmente abrogato e sostituito dal 1 gennaio 2000 dal regolamento (CE) del Consiglio 30 marzo 1998, n. 850, per la conservazione delle risorse della pesca attraverso misure tecniche per la protezione del novellame (*GU L 125*, pag. 1).

8. – Le misure tecniche fissate da tali regolamenti sono sostanzialmente identiche.

9. – Queste misure riguardano in particolare le maglie minime delle reti, il divieto di fissare alle reti taluni dispositivi che consentono di ostruire le maglie o di ridurne le dimen-

sioni, il divieto di mettere in vendita pesci al di sotto di una taglia minima (in prosieguo: i pesci «sotto taglia»), eccetto le catture che rappresentano solo una percentuale limitata della cattura totale (in prosieguo: le «catture accessorie»).

SENTENZA COMMISSIONE/FRANCIA

10. – Nella citata sentenza Commissione/Francia, la Corte ha dichiarato e statuito: «Non avendo assicurato, dal 1984 al 1987, un controllo che garantisse il rispetto delle misure tecniche comunitarie per la conservazione delle risorse di pesca, prescritte dal regolamento [n. 171/1983], nonché dal regolamento [n. 3094/1986], la Repubblica francese è venuta meno agli obblighi imposti dall' art. 1 del regolamento [n. 2057/1982], nonché dall'art. 1 del regolamento [n. 2241/1987]».

11. – In tale sentenza la Corte ha accolto cinque censure nei confronti della Repubblica francese:

- insufficienza dei controlli per quanto riguarda le dimensioni minime delle maglie delle reti (punti 12-15 della sentenza);
- insufficienza dei controlli per quanto riguarda la fissazione alle reti di dispositivi vietati dalla normativa comunitaria (punti 16 e 17 della sentenza);
- inadempimento degli obblighi di controllo in materia di catture accessorie (punti 18 e 19 della sentenza);
- inadempimento degli obblighi di controllo per quanto riguarda il rispetto delle misure tecniche di conservazione che vietano la vendita dei pesci sotto taglia (punti 20-23 della sentenza);
- inadempimento dell'obbligo di repressione delle infrazioni (punto 24 della sentenza).

PROCEDIMENTO PRECONTENZIOSO

12. – Con lettera 8 novembre 1991, la Commissione chiedeva alle autorità francesi di comunicarle i provvedimenti adottati per dare esecuzione alla citata sentenza Commissione/Francia. Il 22 gennaio 1992, le autorità francesi rispondevano che esse intendevano «fare tutto quanto potevano per conformarsi alle disposizioni» comunitarie.

13. – In occasione di diverse missioni effettuate nei porti francesi, gli ispettori della Commissione constatavano un miglioramento della situazione, ma rilevavano parecchie insufficienze nei controlli esercitati dalle autorità francesi.

14. – Dopo aver invitato la Repubblica francese a presentare le sue osservazioni, la Commissione emanava, il 17 aprile 1996, un parere motivato nel quale constatava che alla citata sentenza Commissione/Francia non era stata data esecuzione nei punti seguenti:

- mancanza di conformità delle dimensioni minime delle maglie delle reti alla normativa comunitaria,
- insufficienza dei controlli, che consentiva la messa in vendita di pesci sotto taglia;
- atteggiamento permissivo delle autorità francesi nella repressione delle infrazioni.

15. – Attirando l'attenzione sull'eventualità di sanzioni pecuniarie per mancata esecuzione di una sentenza della Corte, la Commissione fissava un termine di due mesi perché la Repubblica francese prendesse tutti i provvedimenti necessari ai fini dell'esecuzione della citata sentenza Commissione/Francia.

16. – Nell'ambito di uno scambio di corrispondenza tra le autorità francesi e i servizi della Commissione, le dette autorità hanno tenuto quest'ultima informata dalle misure che esse avevano adottato e continuavano ad applicare nel senso di un rafforzamento dei controlli.

17. – Parallelamente, venivano effettuate diverse missioni ispettive nei porti francesi. Sulla base delle relazioni redatte dopo una visita dal 24 al 28 agosto 1996 a Lorient, a Guilvinec e a Concarneau, dal 22 al 26 settembre 1997 a Guilvinec, a Concarneau e a Lorient, dal 13 al 17 ottobre 1997 a Marennes-Oléron, ad Arcachon e a Bayonne, dal 30 marzo al 4 aprile 1998 nella Bretagna meridionale e in Aquitania, dal 15 al 19 marzo 1999 a Douarnez e a Lorient nonché, dal 13 al 23 luglio 1999, a Lorient, a Bénodet, a Loctudy, a Guilvinec, a Lesconil e a Saint-Guénolé, i servizi della Commissione giungevano alla conclusione che esistevano due problemi, cioè, da una parte, l'insufficienza di controlli che consentiva la messa in vendita di pesci sotto taglia e, dall'altra, l'atteggiamento permissivo delle autorità francesi nella repressione delle infrazioni.

18. – Le relazioni degli ispettori hanno indotto la Commissione a emettere, il 6 giugno 2000, un parere motivato complementare nel quale essa constatava che alla citata sentenza

Commissione/Francia non era stata data esecuzione nei due punti di cui sopra. La Commissione precisava che, in tale contesto, essa considerava «particolarmente grave il fatto che documenti pubblici relativi alle vendite alle grida utilizzino ufficialmente il codice «00» in violazione manifesta delle disposizioni del regolamento (CE) del Consiglio 26 novembre 1996, n. 2406, che stabilisce norme comuni di commercializzazione per taluni prodotti della pesca (GU L 334, pag. 1). Essa attirava l'attenzione sull'eventualità di sanzioni pecuniarie».

19. – Nella loro risposta del 1 agosto 2000, le autorità francesi facevano sostanzialmente valere che, dopo l'ultima relazione di ispezione, nel controllo nazionale delle pesche erano intervenuti importanti cambiamenti. Esso sarebbe stato oggetto di una riorganizzazione interna, con l'istituzione di una «cellula», successivamente divenuta «missione» del controllo delle pesche e avrebbe beneficiato di un rafforzamento dei mezzi di controllo, in particolare con la messa a disposizione di mezzi da ricognizione e di un sistema di sorveglianza su schermo delle posizioni dei pescherecci nonché la diffusione di istruzioni ad uso del personale di controllo.

20. – Nel corso di una missione ispettiva dal 18 al 28 giugno 2001, presso i comuni di Guilvinec, di Lesconil, di Saint-Guénolé e di Loctudy, gli ispettori della Commissione constatavano la carenza dei controlli, la presenza di pesci sotto taglia e la messa in vendita di tali pesci con il codice «00».

21. – Con lettera 16 ottobre 2001, le autorità francesi trasmettevano alla Commissione copia di un ordine di servizio indirizzato alle direzioni regionali e dipartimentali degli affari marittimi che ingiungeva loro di far cessare l'utilizzazione del codice «00» entro il 31 dicembre 2001 e di applicare, a partire da tale data, le sanzioni regolamentari agli operatori che non vi si conformavano. Le dette autorità menzionavano un aumento, a partire dal 1998, del numero di procedimenti penali per infrazione alle norme relative alle dimensioni minime ed il carattere dissuasivo delle pene irrogate. Esse comunicavano altresì l'adozione, nel 2001, di un piano di controllo generale delle pesche che fissava delle priorità, tra le quali l'attuazione di un piano di ripopolamento del nasello e il controllo rigoroso del rispetto delle dimensioni minime.

22. – Considerando che la Repubblica francese continuava a non aver dato esecuzione alla citata sentenza Commissione/Francia, la Commissione ha proposto il ricorso in esame.

Procedimento dinanzi alla Corte

23. – In risposta ad un quesito posto dalla Corte ai fini dell'udienza del 3 marzo 2004, la Commissione ha reso noto che, dopo la proposizione del ricorso in esame, i suoi servizi avevano proceduto a tre nuove missioni ispettive (dall'11 al 16 maggio 2003 a Sète e a Port-Vendres, dal 19 al 20 giugno 2003 a Loctudy, a Lesconil, a St-Guénolé e a Guilvinec, nonché dal 14 al 22 luglio 2003 a Port-la-Nouvelle, a Sète, al Grau-du-Roi, a Carro, a Sanary-sur-Mer e a Tolone). Secondo la Commissione, dalle relazioni su tali missioni risulta che il numero dei casi di messa in vendita di pesci sotto taglia era diminuito in Bretagna ma che esistevano problemi sulla costa mediterranea per quanto riguardava il tonno rosso. Ne risulterebbe altresì che i controlli allo sbarco erano poco frequenti.

24. – La Commissione ha spiegato che, per valutare l'efficacia delle misure adottate dalle autorità francesi, sarebbe necessario che essa disponesse dei rendiconti e dei bilanci statistici relativi all'attuazione delle diverse misure di organizzazione generale del controllo delle pesche menzionate dal governo francese.

25. – Invitato dalla Corte a precisare il numero dei controlli in mare e a terra ai quali, dopo la proposizione del ricorso in esame, le autorità francesi avevano proceduto al fine di far rispettare le norme relative alle dimensioni minime dei pesci nonché il numero delle infrazioni accertate e le conseguenze giudiziarie riservate a tali infrazioni, il 30 gennaio 2004 il governo francese ha depositato nuovi dati statistici. Ne risulterebbe che il numero di controlli, di accertamenti di infrazioni e di condanne sarebbe diminuito durante l'anno 2003 rispetto all'anno 2002.

26. – Il governo francese ha spiegato la diminuzione dei controlli in mare con la mobilitazione delle navi francesi per lottare contro l'inquinamento causato dal naufragio della petroliera Prestige e la diminuzione dei controlli a terra con il miglioramento della disciplina dei pescatori. Esso ha spiegato la diminuzione delle condanne pronunciate con gli effetti della legge 6 agosto 2002, n. 2002-1062, recante amnistia (JORF n. 185 del 9 agosto 2002, pag. 13647), sottolineando nel contempo l'aumento dell'importo medio delle ammende inflitte.

SULL'INADEMPIMENTO CONTESTATO

Sull'area geografica interessata

27. – In via preliminare, occorre rilevare che la contestazione formulata nel dispositivo della citata sentenza Commissione/Francia, secondo cui la Repubblica francese non aveva assicurato un controllo che garantisse il rispetto delle misure tecniche comunitarie per la conservazione delle risorse di pesca previste dai regolamenti nn. 171/1983 e 3094/1986, riguardava, come risulta dalla delimitazione operata dall'art. 1, n. 1, di tali regolamenti, solo la cattura e lo sbarco delle risorse alieutiche presenti in talune zone dell'Atlantico nordorientale.

28. – Come fatto valere dal governo francese e precisato dalla Commissione all'udienza del 3 marzo 2004, il presente ricorso verte quindi solo sulla situazione nelle stesse zone.

Sulla data di riferimento

29. – La Commissione ha inviato alla Repubblica francese un primo parere motivato il 14 aprile 1996, poi un parere motivato integrativo il 6 giugno 2000.

30. – Ne consegue che la data di riferimento per valutare l'inadempimento contestato si colloca alla scadenza del termine fissato nel parere motivato integrativo del 6 giugno 2000, ossia due mesi dopo la notifica di quest'ultimo (sentenze 13 giugno 2002, causa C-474/1999, Commissione/Spagna, *Racc.* pag. I-5293, punto 27, e C-33/01, Commissione/Grecia, *Racc.* pag. I-5447, punto 13).

31. – Dato che la Commissione ha chiesto la condanna della Repubblica francese al pagamento di una penalità, occorre altresì accertare se l'inadempimento contestato sia perdurato sino all'esame dei fatti da parte della Corte.

Sulla portata degli obblighi che incombono agli Stati membri nell'ambito della politica comune della pesca.

32. – L'art. 1 del regolamento n. 284/1993, che costituisce, nel settore della pesca, un'espressione particolare degli obblighi imposti agli Stati membri dall'art. 10 CE, prevede che questi ultimi adottano provvedimenti atti a garantire l'efficacia del regime comunitario di conservazione e di gestione delle risorse in materia di pesca.

33. – Il regolamento n. 2847/1993 prevede al riguardo una responsabilità congiunta degli Stati membri (v., a proposito del regolamento n. 2241/1987, sentenza 27 marzo 1990, causa C-9/1989, Spagna/Consiglio, *Racc.* pag. I-1383, punto 10). Tale responsabilità congiunta implica che, quando uno Stato membro viene meno ai propri obblighi, esso pregiudica gli interessi degli altri Stati membri e dei loro operatori economici.

34. – Il rispetto degli obblighi che incombono agli Stati membri in forza delle norme comunitarie è da ritenersi imperativo per garantire la protezione dei fondali, la conservazione delle risorse biologiche marine ed il loro sfruttamento sostenibile e a condizioni economiche e sociali appropriate (v. a proposito del mancato rispetto del regime delle quote per le campagne di pesca 1991-1996, sentenza 25 aprile 2002, cause riunite C-418/00 e C-419/00, Commissione/Francia, *Racc.* pag. I-3969, punto 57).

35. – A tal fine, l'art. 2 del regolamento n. 2847/1993, che riporta gli obblighi previsti dall'art. 1, n. 1, del regolamento n. 2241/1987, impone agli Stati membri di controllare l'esercizio della pesca e delle attività connesse. Esso richiede che gli Stati membri ispezionino i pescherecci e controllino tutte le attività, in particolare le attività di sbarco, di vendita, di trasporto e di magazzinaggio del pesce e la registrazione degli sbarchi e delle vendite.

36. – L'art. 31 del regolamento n. 2847/1993, che riporta gli obblighi previsti all'art. 1, n. 2, dei regolamenti nn. 2057/1982 e 2241/1987, impone agli Stati membri di perseguire le infrazioni constatate. Esso precisa al riguardo che le azioni promosse debbono essere tali da privare effettivamente i responsabili del beneficio economico derivante dall'infrazione o da produrre effetti proporzionati alla gravità delle infrazioni, così da fungere da deterrente per ulteriori infrazioni dello stesso tipo.

37. – Il regolamento n. 2847/1993 fornisce così indicazioni precise quanto al contenuto delle misure che debbono essere adottate dagli Stati membri e che debbono tendere all'accertamento della regolarità delle operazioni di pesca con un obiettivo nel contempo di prevenzione di eventuali irregolarità e di repressione di queste ultime. Tale obiettivo implica che le misure attuate devono avere un carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo. Come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 39 delle sue conclusioni del 29 aprile 2004, deve esi-

stere, per le persone che esercitano un'attività di pesca o un'attività connessa, un serio rischio che, in caso di un'infrazione alle norme della politica comune della pesca, esse siano scoperte e si vedano infliggere sanzioni adeguate.

38. – Alla luce di queste considerazioni occorre verificare se la Repubblica francese ha adottato tutte le misure che l'esecuzione della citata sentenza 11 giugno 1991, Commissione/Francia, comporta.

Sulla prima censura: l'insufficienza del controllo

Argomenti delle parti

39. – La Commissione sostiene che dagli accertamenti operati dai suoi ispettori risulta che il controllo esercitato dalle autorità francesi per quanto riguarda il rispetto delle disposizioni comunitarie in materia di dimensioni minime dei pesci è sempre carente.

40. – L'aumento del numero delle ispezioni menzionato dal governo francese non sarebbe tale da modificare tali accertamenti dato che si tratterebbe unicamente di ispezioni in mare. Quanto ai piani di controllo adottati da tale governo nel 2001 e nel 2002, essi non sarebbero, di per sé, tali da porre fine all'inadempimento contestato. L'attuazione di questi piani presupporrebbe, infatti la previa fissazione di obiettivi, indispensabili per poter valutare l'efficacia e l'attuabilità dei detti piani. Bisognerebbe inoltre che questi ultimi fossero effettivamente applicati, circostanza che le missioni effettuate nei porti francesi dopo la loro introduzione non avrebbero permesso di provare.

41. – Il governo francese fa rilevare, innanzitutto, che le relazioni ispettive sulle quali la Commissione si basa non sono mai state portate a conoscenza delle autorità francesi, che non sono state in grado di rispondere alle affermazioni ivi contenute. Tali relazioni sarebbero inoltre basate su mere supposizioni.

42. – Esso fa inoltre valere che, dopo la pronuncia della citata sentenza 11 giugno 1991, Commissione/Francia, esso non ha cessato di rafforzare i suoi dispositivi di controllo. Tale rafforzamento avrebbe preso la forma di un aumento del numero delle ispezioni in mare e dell'adozione, nel 2001, di un piano di controllo generale, completato, nel 2002, da un piano di controllo «taglie minime di cattura». Quanto all'efficacia di tali misure, esso sottolinea che la non commercializzazione di pesci sotto taglia ha potuto essere accertata in occasione di svariate missioni di verifica effettuate da ispettori della Commissione.

43. – Infine, secondo il governo francese, la Commissione si limita ad affermare che le misure da esso adottate sono inadeguate, ma non indica quelle che sarebbero idonee a porre fine all'inadempimento contestato.

Giudizio della Corte

44. – Come il procedimento di cui all'art. 226 CE (v., a proposito del mancato rispetto del regime dei contingenti per le campagne di pesca 1988 e 1990, sentenza 1° febbraio 2001, causa C-333/1999, Commissione/Francia, *Racc.* pag. I-1025, punto 33), il procedimento di cui all'art. 228 CE si basa sull'accertamento oggettivo dell'inosservanza da parte di uno Stato membro dei propri obblighi.

45. – Nella fattispecie, la Commissione ha fornito a sostegno della propria censura relazioni di missione redatte dai suoi ispettori.

46. – L'argomento del governo francese, sollevato nella fase della controparte, secondo il quale le relazioni a cui la Commissione ha fatto riferimento nel suo ricorso non potrebbero essere utilizzate come prova di persistenza dell'inadempimento in quanto non sarebbero mai state portate a conoscenza delle autorità francesi, non può essere accolto.

47. – Dall'esame delle relazioni presentate dalla Commissione risulta che tutte le relazioni posteriori al 1998, prodotte agli atti nella loro versione integrale o sotto forma di ampi estratti, si riferiscono a resoconti di riunioni nel corso delle quali le autorità nazionali competenti sono state informate dei risultati delle missioni ispettive e hanno quindi avuto la possibilità di presentare le loro osservazioni sugli accertamenti degli ispettori della Commissione. Se tale riferimento non si ritrova nelle relazioni anteriori, prodotte agli atti sotto forma di estratti limitati agli accertamenti di fatto operati dai detti ispettori, basta a questo proposito ricordare che, nella sua lettera 1 agosto 2000, inviata alla Commissione in risposta al parere motivato integrativo del 6 giugno 2000, il governo francese ha presentato le sue osservazioni sul contenuto di tali relazioni senza mettere in discussione le condizioni della loro comunicazione alle autorità francesi.

48. – Di conseguenza, occorre verificare se le informazioni contenute nelle relazioni di missione presentate dalla Commissione siano tali da fondare un accertamento oggettivo della persistenza di un inadempimento dei suoi obblighi di controllo da parte della Repubblica francese.

49. – Per quanto riguarda la situazione alla scadenza del termine impartito nel parere motivato integrativo del 6 giugno 2000, risulta dalle relazioni alle quali la Commissione ha fatto riferimento nel detto parere (v. punto 17 della presente sentenza), che gli ispettori hanno potuto accertare la presenza di pesci sotto taglia in occasione di ciascuna delle sei missioni da loro effettuate. Essi hanno potuto accertare, in particolare, l'esistenza di un mercato per i naselli sotto taglia, commercializzati col nome di «*merluchons*» o «*friture de merluchons*» e messi in vendita, in violazione delle norme di commercializzazione fissate dal regolamento n. 2406/1996, con il codice «00».

50. – In occasione di cinque di tali sei missioni lo sbarco e la messa in vendita dei pesci sotto taglia sono avvenuti in assenza di controllo da parte delle autorità nazionali competenti. Come ha riconosciuto il governo francese nella sua risposta del 1 agosto 2000 al parere motivato integrativo del 6 giugno 2000, le persone che gli ispettori hanno potuto incontrare «non appartenevano alle categorie degli agenti autorizzati ad accertare le infrazioni alla disciplina delle pesche né all'amministrazione degli affari marittimi». In occasione della sesta missione, gli ispettori hanno accertato che pesci sotto taglia erano stati sbarcati e messi in vendita in presenza di autorità nazionali competenti ad accertare le infrazioni alla disciplina della pesca. Tali autorità si sono tuttavia astenute dal perseguire i contravventori.

51. – Tali elementi permettono di accertare la persistenza di una prassi di messa in vendita di pesci sotto taglia in mancanza di un efficace intervento delle autorità nazionali competenti, che presenta un grado di continuità e di generalità tale da compromettere gravemente, a causa del suo effetto cumulativo, gli obiettivi del regime comunitario di conservazione e di gestione delle risorse in materia di pesca.

52. – Per giunta, la similarità e la ripetizione delle situazioni accertate in tutte le relazioni permettono di considerare che tali casi hanno potuto essere solo la conseguenza di un'insufficienza strutturale delle misure attuate dalle autorità francesi e, di conseguenza, di un inadempimento, da parte di tali autorità, dell'obbligo di procedere a controlli effettivi, proporzionati e dissuasivi loro imposto dalla normativa comunitaria (v., in questo senso, citata sentenza 1° febbraio 2001, Commissione/Francia, punto 35).

53. – Si deve pertanto constatare che, alla scadenza del termine impartito nel parere motivato integrativo nel parere motivato integrativo del 6 giugno 2000, la Repubblica francese, non avendo garantito un controllo delle attività di pesca conforme agli obblighi previsti dalle disposizioni comunitarie, non aveva adottato tutte le misure che l'esecuzione della citata sentenza 11 giugno 1991, Commissione/Francia, comportava e pertanto veniva meno agli obblighi che ad essa incombevano in forza dell'art. 228 CE.

54. – Per quanto riguarda la situazione alla data dell'esame dei fatti da parte della Corte, le informazioni disponibili rivelano la persistenza di carenze significative.

55. – Così, nel corso della missione effettuata in Bretagna nel giugno 2001 (v. punto 20 della presente sentenza), gli ispettori della Commissione hanno potuto ancora una volta accertare la presenza di pesci sotto taglia. Una diminuzione del numero di casi di messe in vendita di tali pesci è stata accertata nel corso di una missione ulteriore nella stessa regione nel giugno 2003 (v. punto 23 della presente sentenza). Tuttavia, tale circostanza non è determinante alla luce della convergenza degli accertamenti, figuranti nelle relazioni redatte in occasione di queste due missioni, in ordine alla mancanza di efficacia dei controlli a terra.

56. – Dato che la Commissione ha fornito sufficienti elementi da cui risulta la persistenza dell'inadempimento, spetta allo Stato membro interessato contestare in modo approfondito e particolareggiato i dati prodotti e le conseguenze che ne derivano (v., in tal senso, sentenze 22 settembre 1988, causa 272/1986, Commissione/Grecia, *Racc.* pag. 4875, punto 21, e 9 novembre 1999, causa C-365/1997, Commissione/Italia, *Racc.* pag. I-7773, punti 84-87).

57. – Al riguardo, si deve rilevare che l'informazione concernente l'aumento dei controlli a seguito dei piani adottati nel 2001 e nel 2002, menzionato dal governo francese nel

suo controricorso, contrasta con l'informazione fornita da questo stesso governo in risposta ai quesiti della Corte (v. punto 26 della presente sentenza), da cui risulta che il numero dei controlli a terra ed in mare è diminuito nell'anno 2003 rispetto all'anno 2002.

58. – Anche supponendo che tali informazioni divergenti, come sostiene il governo francese, possano essere considerate rivelatrici di un miglioramento della situazione, nondimeno, gli sforzi prestati non sono tali da scusare gli inadempimenti accertati (citata sentenza 1° febbraio 2001, Commissione/Francia, punto 36).

59. – In questo contesto, neppure l'argomento del governo francese secondo il quale la diminuzione dei controlli sarebbe giustificata da una migliore disciplina dei pescatori può essere accolto.

60. – Infatti, come lo stesso governo francese ha fatto valere nel suo controricorso, l'avvio di azioni dirette a riformare comportamenti e mentalità costituisce un lungo processo. Si deve quindi considerare che la carenza strutturale, per un periodo che si estende su oltre dieci anni, dei controlli diretti a far rispettare le norme relative alle dimensioni minime dei pesci ha dato luogo, presso gli operatori interessati, a comportamenti che potranno essere corretti solo al termine di un'azione costante nel tempo.

61. – Di conseguenza, alla luce degli elementi circostanziati presentati dalla Commissione, le informazioni fornite dal governo francese non sono così solide da dimostrare che le misure attuate da quest'ultimo in materia di controllo delle attività di pesca presentano il carattere effettivo richiesto per soddisfare al suo obbligo di garantire l'efficacia del regime comunitario di conservazione e di gestione delle risorse in materia di pesca (v. punti 37 e 38 della presente sentenza).

62. – Si deve pertanto constatare che, alla data in cui la Corte ha esaminato i fatti che le sono stati presentati, la Repubblica francese, non avendo garantito un controllo delle attività di pesca conforme agli obblighi previsti dalle disposizioni comunitarie, non aveva adottato tutte le misure che l'esecuzione della citata sentenza 11 giugno 1991, Commissione/-Francia, comportava venendo pertanto meno agli obblighi che le incombono in forza dell'art. 228 CE.

Sul secondo motivo: l'insufficienza delle azioni repressive

Argomenti delle parti

63. – La Commissione sostiene che le azioni repressive avviate dalle autorità francesi per infrazione alle disposizioni comunitarie in materia di dimensioni minime dei pesci sono insufficienti. In maniera generale, l'insufficienza dei controlli si rifletterebbe sul numero delle azioni repressive. Inoltre, risulterebbe dalle informazioni fornite dal governo francese che, anche quando sono accertate infrazioni, le azioni repressive non sarebbero sistematiche.

64. – Per quanto riguarda le statistiche presentate dal governo francese prima della scadenza del termine fissato nel parere motivato integrativo 6 giugno 2000, la Commissione rileva che esse sono troppo globali, in quanto riguardano l'insieme del territorio francese e non precisano la natura delle infrazioni perseguite.

65. – Quanto alle informazioni fornite successivamente, la Commissione ritiene che esse non consentano di dedurre che le autorità francesi applichino una politica di sanzioni dissuasive per quanto riguarda le infrazioni alle norme relative alle dimensioni minime dei pesci. Essa rileva che, per l'anno 2001, il governo francese ha segnalato, in applicazione dei regolamenti (CE) del Consiglio 24 giugno 1999, n. 1447, recante l'elenco dei comportamenti che violano gravemente le norme della politica comune della pesca (G.U. L 167, pag. 5) e (CE) della Commissione 21 dicembre 1999, n. 2740, che stabilisce le modalità di applicazione del regolamento n. 1447/1999 (G.U. L 328, pag. 62), 73 casi di infrazioni alle norme relative alle dimensioni minime dei pesci. Ora, solo in 8 casi, ossia l'11%, si sarebbe giunti all'imposizione di un'ammenda.

66. – Pur riconoscendo che la circolare del Ministero della giustizia del 16 ottobre 2002, alla quale fa riferimento il governo francese, costituisce una misura adeguata, la Commissione ritiene tuttavia che occorra verificare il modo in cui essa sarà applicata. Al riguardo, essa fa rilevare che le ultime cifre comunicate da tale governo per l'anno 2003 rivelano una diminuzione delle condanne pronunciate.

67. – Il governo francese fa valere che, a partire dal 1991, il numero delle infrazioni perseguite e l'entità delle condanne pronunciate sono in aumento costante. Esso sottolinea però che un esame puramente statistico del numero di infrazioni perseguite non può, di per sé solo, provare l'efficacia di un regime di controllo in quanto si basa sul presupposto, per nulla dimostrato, di numero stabile delle infrazioni.

68. – Il governo francese menziona una circolare che il Ministro della Giustizia ha inviato, il 16 ottobre 2002, ai procuratori generali presso le corti d'appello di Rennes, di Poitiers, di Bordeaux e di Pau, nella quale sono raccomandate una repressione sistematica delle infrazioni nonché l'irrogazione di ammende dissuasive. Esso riconosce tuttavia che tale circolare non ha potuto produrre pienamente effetti nel 2002 né nel 2003 a seguito della legge n. 2002-1062, che ha amnistiato le infrazioni commesse entro il 17 maggio 2002 purché l'ammenda non eccedesse EUR 750.

Giudizio della Corte

69. – L'obbligo degli Stati membri di vegliare a che le infrazioni alla normativa comunitaria formino oggetto di sanzioni a carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo presenta un'importanza essenziale nel settore della pesca. Infatti, se le autorità competenti di uno Stato membro si astenessero sistematicamente dal perseguire i responsabili di tali infrazioni, sarebbero pregiudicate sia la conservazione e la gestione delle risorse della pesca, sia l'applicazione uniforme della politica comune della pesca (v., a proposito del mancato rispetto del regime dei contingenti per le campagne di pesca 1991 e 1992, sentenza 7 dicembre 1995, causa C-52/1995, Commissione/Francia, *Racc.* pag. I-4443, punto 35).

70. – Per quanto riguarda, nel caso di specie, la situazione alla scadenza del termine impartito nel parere motivato integrativo del 6 giugno 2000, basta ricordare le considerazioni esposte ai punti 49-52 della presente sentenza. Essendo provato che infrazioni peraltro accertabili da parte delle autorità nazionali non sono state rilevate e che non sono stati redatti verbali a carico dei contravventori, è giocoforza constatare che le dette autorità sono venute meno all'obbligo di repressione loro imposto dalla normativa comunitaria (v., in questo senso, citata sentenza 11 giugno 1991, Commissione/Francia, punto 24).

71. – Per quanto riguarda la situazione alla data in cui la Corte ha esaminato i fatti, occorre riportarsi alle considerazioni esposte ai punti 54-61 della presente sentenza, in cui si ammette la persistenza di carenze significative nei controlli. Alla luce di tali considerazioni, l'aumento del numero di infrazioni perseguite, menzionato dal governo francese, non può essere considerato sufficiente. Infatti, come ha fatto osservare tale governo, un esame puramente statistico del numero di infrazioni perseguite non può, di per sé solo, provare l'efficacia di un regime di controllo.

72. – Per giunta, come rilevato dalla Commissione, dalle informazioni fornite dal governo francese risulta che non sono perseguite tutte le infrazioni accertate. Risulta altresì che le infrazioni perseguite non formano tutte oggetto di sanzioni dissuasive. Così, il fatto che numerose infrazioni in materia di pesca abbiano potuto beneficiare della legge n. 2002-1062 attesta che, in tutti questi casi, sono state irrogate ammende inferiori a EUR 750.

73. – Di conseguenza, alla luce degli elementi circostanziati presentati dalla Commissione, le informazioni fornite dal governo francese non sono così solide da dimostrare che le misure attuate da quest'ultimo per quanto riguarda la repressione delle infrazioni alla disciplina della pesca presentano il carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo richiesto per soddisfare al suo obbligo di garantire l'efficacia del regime comunitario di conservazione e di gestione delle risorse in materia di pesca (v. punti 37 e 38 della presente sentenza).

74. – Si deve dunque constatare che, tanto alla scadenza del termine impartito nel parere motivato integrativo del 6 giugno 2000 quanto alla data in cui la Corte ha esaminato i fatti che le sono stati presentati, la Repubblica francese, non avendo garantito che le infrazioni alla disciplina delle attività di pesca siano perseguite conformemente agli obblighi previsti dalle disposizioni comunitarie, non aveva adottato tutte le misure che l'esecuzione della citata sentenza 11 giugno 1991, Commissione/Francia, comportava venendo pertanto meno agli obblighi che le incombono in forza dell'art. 228 CE.

SULLE SANZIONI PECUNIARIE DELL'INADEMPIMENTO

75. – Per sanzionare la non esecuzione della citata sentenza 11 giugno 1991, Commissione/Francia, la Commissione ha proposto alla Corte di infliggere alla Repubblica francese una penalità giornaliera a partire dalla pronuncia della presente sentenza e sino al giorno in cui sarà posto fine all'inadempimento. Alla luce delle caratteristiche particolari dell'inadempimento constatato, la Corte ritiene opportuno esaminare inoltre se l'imposizione di una somma forfettaria potrebbe costituire una misura adeguata.

Sulla possibilità di cumulo di una penalità e di una somma forfettaria

Argomenti delle parti e osservazioni presentate alla Corte

76. – Invitati ad esprimersi sulla questione se, nell'ambito di un procedimento proposto ai sensi dell'art. 228, n. 2, CE, la Corte possa, qualora riconosca che lo Stato membro interessato non si è conformato alla sua sentenza, infliggergli il pagamento, nel contempo, di una somma forfettaria e di una penalità, la Commissione, i governi danese, olandese, finlandese e del Regno Unito hanno risposto in senso affermativo.

77. – Il loro ragionamento si fonda, in sostanza, sul fatto che queste due misure sono complementari, in quanto perseguono, ciascuna per conto proprio, un effetto dissuasivo. Una combinazione di queste misure dovrebbe essere considerata come un solo e identico mezzo per conseguire l'obiettivo fissato dall'art. 228 CE, ossia quello non soltanto di spingere lo Stato membro interessato a conformarsi alla sentenza iniziale, ma anche, in una prospettiva più generale, di ridurre la possibilità che infrazioni analoghe siano nuovamente commesse.

78. – I governi francese, belga, ceco, tedesco, ellenico, spagnolo, irlandese, italiano, cipriota, ungherese, austriaco, polacco e portoghese hanno sostenuto una tesi contraria.

79. – Essi si basano sulla formulazione letterale dell'art. 228, n. 2, CE, e sull'impiego della congiunzione «o», alla quale attribuiscono un senso disgiuntivo, nonché sulla finalità di questa disposizione. Quest'ultima non avrebbe un carattere punitivo, dato che l'art. 228, n. 2, CE, non cerca di punire lo Stato membro inadempiente ma soltanto di spingerlo ad eseguire una sentenza di inadempimento. Sarebbe impossibile distinguere più periodi di inadempimento, solo la durata complessiva dell'inadempimento dovrebbe essere presa in considerazione. Il cumulo di sanzioni pecuniarie sarebbe contrario al principio che vieta che uno stesso comportamento formi oggetto di una duplice pena. Inoltre, in assenza di linee direttive della Commissione in ordine ai criteri applicabili per il calcolo di una somma forfettaria, l'imposizione di una somma del genere da parte della Corte contrasterebbe con i principi di certezza del diritto e di trasparenza. Essa costituirebbe anche una lesione della parità di trattamento tra gli Stati membri, poiché una siffatta misura non è stata presa in considerazione nelle sentenze 4 luglio 2000, causa C-387/1997, Commissione/Grecia (*Racc.* pag. I-5047), e 25 novembre 2003, causa C-278/01, Commissione/Spagna (*Racc.* pag. I-14141).

Giudizio della Corte

80. – Il procedimento previsto all'art. 228, n. 2, CE ha lo scopo di spingere uno Stato membro inadempiente ad eseguire una sentenza per inadempimento garantendo con ciò l'applicazione effettiva del diritto comunitario. Le misure previste da tale disposizione, e cioè la somma forfettaria e la penalità, mirano entrambe a questo stesso obiettivo.

81. – L'applicazione dell'una o dell'altra di queste due misure dipende dalla idoneità di ciascuna a conseguire l'obiettivo perseguito in relazione alle circostanze del caso di specie. Se l'imposizione di una penalità sembra particolarmente adeguata a spingere uno Stato membro a porre fine, nei termini più brevi, ad un inadempimento che, in mancanza di una misura del genere, avrebbe tendenza a persistere, l'imposizione di una somma forfettaria si basa maggiormente sulla valutazione delle conseguenze della mancata esecuzione degli obblighi dello Stato membro interessato sugli interessi privati e pubblici, in particolare qualora l'inadempimento sia persistito per un lungo periodo dopo la sentenza che lo ha inizialmente accertato.

82. – Di conseguenza, non è escluso il ricorso ai due tipi di sanzioni previste dall'art. 228, n. 2, CE in particolare qualora l'inadempimento, nel contempo, sia perdurato a lungo e tenda a persistere.

83. – L'interpretazione così accolta non può vedersi opporre l'impiego, all'art. 228, n. 2, CE, della congiunzione «o» per collegare le sanzioni pecuniarie che possono essere imposte. Come fatto valere dalla Commissione e dai governi danese, olandese, finlandese e del Regno Unito, tale congiunzione può, dal punto di vista linguistico, presentare un senso sia alternativo sia cumulativo e pertanto dev'essere letta nel contesto in cui essa è impiegata. Alla luce della finalità perseguita dall'art. 228 CE, l'utilizzazione della congiunzione «o» al n. 2 di tale disposizione deve pertanto essere intesa in senso cumulativo.

84. – L'obiezione sollevata, in particolare, dai governi tedesco, ellenico, ungherese, austriaco e polacco, secondo la quale l'imposizione cumulativa di una penalità e di una somma forfettaria, prendendo due volte in considerazione lo stesso periodo di inadempimento, contravverrebbe al principio ne bis in idem deve anch'essa essere respinta. Infatti, poiché ogni sanzione ha la propria funzione, essa dev'essere determinata in maniera tale da adempiere quest'ultima. Ne consegue che, nel caso di una condanna simultanea al pagamento di una penalità e di una somma forfettaria, la durata dell'inadempimento è presa in considerazione come un criterio tra altri, al fine di determinare il livello adeguato di coercizione e di dissuasione.

85. – Neppure l'argomento, fatto valere in particolare dal governo belga, secondo il quale, in mancanza di linee direttive fissate dalla Commissione per il calcolo di una somma forfettaria, l'imposizione di una tale somma contrasterebbe con i principi di certezza del diritto e di trasparenza potrebbe essere accolto. Infatti, se siffatte linee direttive contribuiscono effettivamente a garantire la trasparenza, la prevedibilità e la certezza del diritto dell'azione condotta dalla Commissione (v., a proposito delle linee direttive relative al calcolo della penalità, citata sentenza 4 luglio 2000, Commissione/Grecia, punto 87) non è meno vero che l'esercizio del potere conferito alla Corte dall'art. 228, n. 2, CE non è subordinato alla condizione che la Commissione fissi regole del genere che, in ogni caso, non potrebbero vincolare la Corte (citata sentenze 4 luglio 2000, Commissione/Grecia, punto 89, e 25 novembre 2003, Commissione/Spagna, punto 41).

86. – Quanto all'obiezione, sollevata dal governo francese, secondo la quale l'imposizione cumulativa di una penalità e di una somma forfettaria nella presente causa costituirebbe una lesione della parità di trattamento dato che non è stata presa in considerazione nelle citate sentenze 4 luglio 2000, Commissione/Grecia, e 25 novembre 2003, Commissione/Spagna, si deve rilevare che spetta alla Corte, in ciascuna causa, valutare, alla luce delle circostanze del caso di specie, le sanzioni pecuniarie da adottare. Di conseguenza, il fatto che un cumulo di misure non sia stato inflitto in cause decise in precedenza non può costituire, di per sé, un ostacolo all'imposizione di un siffatto cumulo in una causa successiva, qualora, alla luce della natura, della gravità e della persistenza dell'inadempimento accertato, un cumulo del genere appaia adeguato.

Sul potere discrezionale della Corte quanto alle sanzioni pecuniarie che possono essere imposte

Argomenti delle parti e osservazioni presentate alla Corte

87. – Quanto alla questione se, eventualmente, la Corte possa scostarsi dalle proposte della Commissione e infliggere ad uno Stato membro il pagamento di una somma forfettaria, mentre la Commissione non ha fatto alcuna proposta in tal senso, la Commissione e i governi ceco, ungherese e finlandese hanno risposto in senso affermativo. Per essi, la Corte dispone in materia di un potere discrezionale che si estende alla determinazione della sanzione considerata più adeguata, indipendentemente dalle proposte della Commissione al riguardo.

88. – I governi francese, belga, danese, tedesco, ellenico, spagnolo, irlandese, italiano, olandese, austriaco, polacco e portoghese sono di parere contrario. Essi adducono al riguardo argomenti di merito e di procedura. Sul merito, essi fanno valere che l'esercizio da parte della Corte di un siffatto potere discrezionale lederebbe i principi di certezza del diritto, di prevedibilità, di trasparenza e di parità di trattamento. Il governo tedesco aggiunge che la Corte, in ogni caso, non dispone della legittimità politica necessaria per esercitare un siffatto potere in un ambito in cui le valutazioni di opportunità politica svolgono un ruolo notevole. Sul piano procedurale, i governi di cui sopra sottolineano che un potere così esteso è incompatibile con il principio generale di procedura civile comune a tutti gli

Stati membri secondo il quale il giudice non può andare oltre le domande delle parti, e insistono sulla necessità di un procedimento in contraddittorio, che consenta allo Stato membro interessato di esercitare i suoi diritti della difesa.

Giudizio della Corte

89. – Per quanto riguarda gli argomenti relativi ai principi di certezza del diritto, di prevedibilità, di trasparenza e di parità di trattamento, occorre rinviare alla valutazione operata ai punti 85 e 86 della presente sentenza.

90. – Per quanto riguarda l'argomento che il governo tedesco fonda sulla mancanza di legittimità politica della Corte per infliggere una sanzione pecuniaria non proposta dalla Commissione, si debbono distinguere le diverse tappe che comporta il procedimento previsto all'art. 228, n. 2, CE. Una volta che la Commissione ha esercitato il suo potere discrezionale in ordine all'avvio di un procedimento per inadempimento (v., in particolare, a proposito dell'art. 226 CE, sentenze 25 settembre 2003, causa C-74/02, Commissione/Germania, *Racc.* pag. I-9877, punto 17, e 21 ottobre 2004, causa C-477/03, Commissione/Germania, *Racc.* pag. I-0000, punto 11), la questione se lo Stato membro interessato ha eseguito o meno una precedente sentenza della Corte è soggetta ad un procedimento giurisdizionale nel quale le considerazioni politiche sono irrilevanti. Nell'esercizio della sua funzione giurisdizionale la Corte valuta in che misura la situazione esistente nello Stato membro in questione sia conforme o meno alla sentenza iniziale e, eventualmente, valuta la gravità di un inadempimento persistente. Ne consegue che, come ha rilevato l'avvocato generale al paragrafo 24 delle sue conclusioni del 18 novembre 2004, l'opportunità di imporre una sanzione pecuniaria e la scelta della sanzione più adeguata alle circostanze del caso di specie possono essere valutate solo alla luce degli accertamenti operati dalla Corte nella sentenza da pronunciare ai sensi dell'art. 228, n. 2, CE e sfuggono quindi alla sfera politica.

91. – Non è fondato neppure l'argomento secondo il quale, scostandosi dalle proposte della Commissione o andando al di là di esse la Corte violerebbe un principio generale di procedura civile che vieta al giudice di andare oltre le domande delle parti. Il procedimento previsto all'art. 228, n. 2, CE è infatti un procedimento giurisdizionale speciale, proprio al diritto comunitario, che non può essere equiparato ad un procedimento civile. La condanna al pagamento di una penale e/o di una somma forfettaria non mira a compensare un qualunque danno che sia stato causato dallo Stato membro interessato, ma ad esercitare su quest'ultimo una pressione economica che lo spinga a porre fine all'inadempimento accertato. Le sanzioni pecuniarie imposte debbono pertanto essere decise in funzione del grado di persuasione necessario perché lo Stato membro in questione modifichi il suo comportamento.

92. – In ordine ai diritti della difesa di cui deve poter beneficiare lo Stato membro interessato, diritti sui quali hanno insistito i governi francese, belga, olandese, austriaco e finlandese, occorre rilevare, come ha fatto l'avvocato generale al paragrafo 11 delle sue conclusioni del 18 novembre 2004, che il procedimento di cui all'art. 228, n. 2, CE dev'essere considerato come uno speciale procedimento giudiziario di esecuzione delle sentenze, in altri termini, come un mezzo di esecuzione. Questo è il contesto nel quale debbono essere valutate le garanzie procedurali di cui deve disporre lo Stato membro in questione.

93. – Ne consegue che, una volta accertata la persistenza di un inadempimento al diritto comunitario nell'ambito di un procedimento in contraddittorio, i diritti della difesa da riconoscere allo Stato membro inadempiente per quanto riguarda le sanzioni pecuniarie considerate devono tener conto dello scopo perseguito, e cioè quello di assicurare e garantire il ripristino del rispetto della legalità.

94. – Nella fattispecie, per quanto riguarda il carattere reale del comportamento che può dar luogo all'irrogazione di sanzioni pecuniarie, la Repubblica francese ha avuto l'occasione di difendersi durante l'intero corso di un procedimento precontenzioso che è durato quasi nove anni e che ha dato luogo a due pareri motivati, nonché nell'ambito della fase scritta del procedimento e dell'udienza del 3 marzo 2004 nella presente causa. Tale esame dei fatti ha condotto la Corte ad accertare la persistenza di un inadempimento della Repubblica francese ai suoi obblighi (v. punto 74 della presente sentenza).

95. – La Commissione che, nei due pareri motivati, aveva attirato l'attenzione della Repubblica francese sul rischio di sanzioni pecuniarie (v. punti 15 e 18 della presente sen-

tenza) ha precisato alla Corte i criteri (v. punto 98 della presente sentenza) che possono essere presi in considerazione nella determinazione delle sanzioni pecuniarie destinate ad esercitare sulla Repubblica francese una pressione economica sufficiente per indurla a porre fine, nei termini più brevi, al suo inadempimento nonché la ponderazione rispettiva da accordare a tali criteri. La Repubblica francese si è espressa su questi ultimi nel corso della fase scritta del procedimento e all'udienza del 3 marzo 2004.

96. – Con ordinanza 16 giugno 2004, la Corte ha invitato le parti ad esprimersi sulla questione se, nell'ipotesi in cui la Corte accerti che uno Stato membro non ha adottato i provvedimenti che l'esecuzione di una sentenza precedente comporta e in cui la Commissione abbia chiesto alla Corte di condannare tale Stato al pagamento di una penalità, la Corte possa infliggere allo Stato membro interessato il pagamento di una somma forfettaria, o addirittura, se del caso, di una somma forfettaria e di una penalità. Le parti sono state sentite in occasione dell'udienza del 5 ottobre 2004.

97. – Ne consegue che la Repubblica francese è stata in grado di presentare le sue osservazioni su tutti gli elementi di diritto e di fatto necessari per determinare la persistenza e la gravità dell'inadempimento contestatole nonché le misure che possono essere adottate per porvi fine. Sulla base di questi elementi, che hanno formato oggetto di contraddittorio, spetta alla Corte determinare, in relazione al grado di persuasione e di dissuasione che le sembra necessario, le sanzioni pecuniarie adeguate per garantire l'esecuzione più rapida possibile della citata sentenza 11 giugno 1991, Commissione/Francia, ed impedire la ripetizione di infrazioni analoghe al diritto comunitario.

Sulle sanzioni pecuniarie adeguate nel caso di specie

Sull'imposizione di una penalità

98. – Fondandosi sul metodo di calcolo da essa definito nella sua comunicazione 28 febbraio 1997, 97/C 63/02, relativa al metodo di calcolo della penalità prevista dall'articolo [228] del Trattato CE (*G.U. C 63*, pag. 2), la Commissione ha proposto alla Corte di infliggere alla Repubblica francese una penalità di EUR 316 500 per giorno di mora per sanzionare la mancata esecuzione della citata sentenza 11 giugno 1991, Commissione/Francia, a partire dalla data della pronuncia della sentenza nella presente causa e sino al giorno in cui la citata sentenza 11 giugno 1991, Commissione/Francia, sarà stata eseguita.

99. – La Commissione considera che la condanna al pagamento di una penalità è lo strumento più appropriato per porre fine, il più rapidamente possibile, all'infrazione accertata e che, nel caso di specie, una penalità di EUR 316 500 per giorno di mora è adeguata alla gravità e alla durata dell'infrazione tenendo conto nel contempo della necessità di rendere la sanzione effettiva. Tale importo sarebbe calcolato moltiplicando una base uniforme di EUR 500 per un coefficiente di 10 (su una scala da 1 a 20) per la gravità dell'infrazione, per un coefficiente di 3 (su una scala da 1 a 3) per la durata dell'infrazione e per un coefficiente di 21,1 (fondato sul prodotto interno lordo dello Stato membro in questione e sulla ponderazione dei voti al Consiglio dell'Unione europea) che si ritiene rappresenti la capacità finanziaria dello Stato membro interessato.

100. – Il governo francese sostiene, in via principale, che non occorre irrogare una penalità perché esso ha posto fine all'inadempimento, e, in via subordinata, che l'importo della penalità richiesta è sproporzionato.

101. – Esso rileva che, per quanto riguarda la gravità dell'infrazione, la Commissione aveva proposto, nella citata sentenza 4 luglio 2000, Commissione/Grecia, un coefficiente di 6, mentre l'inadempimento metteva in questione la sanità e nessuna misura era stata adottata per dare esecuzione alla sentenza precedente, due elementi che non ricorrerebbero nel caso di specie. Pertanto, il coefficiente di 10, proposto dalla Commissione nella presente causa, non sarebbe accettabile.

102. – Il governo francese ha altresì fatto valere che le misure richieste per l'esecuzione della citata sentenza 11 giugno 1991, Commissione/Francia, non potevano produrre effetti immediati. Tenuto conto dell'inevitabile sfasamento tra l'adozione delle misure e il carattere percettibile del loro impatto, la Corte non potrebbe prendere in considerazione l'intero periodo trascorso tra la pronuncia della prima sentenza e quello della sentenza da emanare.

103. – A questo proposito, se è chiaro che una penalità può indurre lo Stato membro inadempiente a porre fine, nel termine più breve possibile, all'inadempimento accertato (citata sentenza 25 novembre 2003, Commissione/Spagna, punto 42), occorre ricordare che le proposte della Commissione non possono vincolare la Corte e costituiscono solo una base di riferimento utile (sentenza 4 luglio 2000, Commissione/Grecia, punto 89). Nell'esercizio del suo potere discrezionale, spetta alla Corte fissare la penalità in modo tale che essa sia, da una parte, adeguata alle circostanze e, dall'altra, commisurata all'inadempimento accertato nonché alla capacità finanziaria dello Stato membro interessato (v., in questo senso, citate sentenze 4 luglio 2000, Commissione/Grecia, punto 90, e 25 novembre 2003, Commissione/Spagna, punto 41).

104. – In questa prospettiva e come è stato suggerito dalla Commissione nella sua comunicazione del 28 febbraio 1997, i criteri fondamentali da prendere in considerazione per garantire la natura coercitiva della penalità ai fini dell'applicazione uniforme ed efficace del diritto comunitario sono costituiti in linea di principio dalla durata dell'infrazione, dal suo grado di gravità e dalla capacità finanziaria dello Stato membro di cui è causa. Per l'applicazione di tali criteri, occorre tener conto in particolare delle conseguenze dell'omessa esecuzione sugli interessi privati e pubblici e dell'urgenza di indurre lo Stato membro interessato a conformarsi ai suoi obblighi (citata sentenza 4 luglio 2000, Commissione/Grecia, punto 92).

105. – Per quanto riguarda la gravità dell'infrazione e, in particolare, le conseguenze dell'omessa esecuzione sugli interessi privati e pubblici, occorre ricordare che uno degli elementi chiave della politica comune della pesca consiste in uno sfruttamento razionale e responsabile delle risorse acquatiche su una base durevole, in condizioni economiche e sociali adeguate. In tale contesto, la protezione del novellame si rivela determinante per la ricostituzione delle popolazioni ittiche. Il mancato rispetto delle misure tecniche di conservazione previste dalla politica comune, in particolare gli obblighi in materia di dimensioni minime dei pesci, costituisce quindi una minaccia grave per il mantenimento di talune specie e di taluni luoghi di pesca e mette a repentaglio il perseguimento dell'obiettivo essenziale della politica comune della pesca.

106. – Poiché le misure amministrative adottate dalle autorità francesi non sono state attuate in maniera efficace, esse non sono tali da ridurre la gravità dell'inadempimento accertato.

107. – Tenendo conto di questi elementi, il coefficiente di 10 (su una scala di 1 a 20) riflette quindi adeguatamente il grado di gravità dell'infrazione.

108. – Per quanto riguarda la durata dell'infrazione, basta constatare che essa è notevole, anche a partire dalla data di entrata in vigore del Trattato sull'Unione europea e non dalla data della pronuncia della citata sentenza 11 giugno 1991, Commissione/Francia (v., in questo senso, citata sentenza 4 luglio 2000, Commissione/Grecia, punto 98). Di conseguenza, il coefficiente di 3 (su una scala da 1 a 3) proposto dalla Commissione appare adeguato.

109. – La proposta della Commissione di moltiplicare un importo di base per un coefficiente di 21,1, basato sul prodotto interno lordo della Repubblica francese e sul numero di voti di cui essa dispone in seno al Consiglio, costituisce una maniera adeguata di tener conto della capacità finanziaria di tale Stato membro pur mantenendo un divario ragionevole tra i diversi Stati membri (v. citate sentenze 4 luglio 2000, Commissione/Grecia, punto 88, e 25 novembre 2003, Commissione/Spagna, punto 59).

110. – La moltiplicazione dell'importo di base di EUR 500 per i coefficienti di 21,1 (per la capacità finanziaria), di 10 (per la gravità dell'infrazione) e di 3 (per la durata dell'infrazione) dà luogo ad un importo di EUR 316 500 al giorno.

111. – Per quanto riguarda la periodicità della penalità, occorre tuttavia tener conto del fatto che le autorità francesi hanno adottato misure amministrative che potrebbero servire da quadro all'attuazione delle misure richieste per l'esecuzione della citata sentenza 11 giugno 1991, Commissione/Francia. Tuttavia, gli adeguamenti necessari rispetto alle pratiche anteriori non potrebbero essere istantanei e il loro impatto non potrebbe essere percepito

immediatamente. Ne consegue che l'eventuale accertamento della fine dell'infrazione potrebbe intervenire solo al termine di un periodo che consenta una valutazione d'insieme dei risultati ottenuti.

112. – Alla luce di queste considerazioni, la penalità dev'essere inflitta non su base giornaliera, ma su base semestrale.

113. – Tenuto conto di tutti gli elementi che precedono, occorre condannare la Repubblica francese a pagare alla Commissione, sul conto «Risorse proprie della Comunità europea», una penalità di EUR 182,5 x 316 500, ossia EUR 57 761 250, per ciascun periodo di sei mesi a partire dalla pronuncia della presente sentenza al termine del quale alla citata sentenza 11 giugno 1991, Commissione/Francia, non sia ancora stata data piena esecuzione.

Sull'imposizione di una somma forfettaria

114. – In una situazione come quella che forma oggetto della presente sentenza, alla luce del fatto che l'inadempimento è persistito per un lungo periodo a partire dalla sentenza che lo ha inizialmente accertato e alla luce degli interessi pubblici e privati in questione, si impone la condanna al pagamento di una somma forfettaria (v. punto 81 della presente sentenza).

115. – Viene operata un'equa valutazione delle circostanze particolari del caso di specie fissando in EUR 20 000 000 l'ammontare della somma forfettaria che la Repubblica francese dovrà pagare.

116. – Occorre pertanto condannare la Repubblica francese a pagare alla Commissione, sul conto «Risorse proprie della Comunità europea», una somma forfettaria di EUR 20 000 000.

SULLE SPESE

117. – Ai sensi dell'art. 69, n. 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Poiché la Commissione ne ha fatto domanda, la Repubblica francese, rimasta soccombente, va condannata alle spese.

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara e statuisce:

1) – non avendo garantito un controllo delle attività di pesca conforme agli obblighi previsti dalle disposizioni comunitarie, e

– non avendo garantito che le infrazioni alla disciplina delle attività di pesca fossero perseguite conformemente agli obblighi previsti dalle disposizioni comunitarie,

la Repubblica francese non ha adottato tutti i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza 11 giugno 1991, causa C-64/1988, Commissione/Francia, comporta ed è pertanto venuta meno agli obblighi che le incombono in forza dell'art. 228 CE.

2) La Repubblica francese è condannata a pagare alla Commissione delle Comunità europee, sul conto «Risorse proprie della Comunità europea», una penalità di EUR 57 761 250 per ciascun periodo di sei mesi a partire dalla pronuncia della presente sentenza al termine del quale alla citata sentenza 11 giugno 1991, Commissione/Francia, non sia stata data piena esecuzione.

3) La Repubblica francese è condannata a pagare alla Commissione delle Comunità europee, sul conto «Risorse proprie della Comunità europea», una somma forfettaria di EUR 20.000.000.

4) La Repubblica francese è condannata alle spese».

Dossier**Ulteriori sviluppi sull'*in house providing***

(Corte di Giustizia delle Comunità europee, Grande Sezione, sentenza 21 luglio 2005 nella causa C-231/03; prima sezione, sentenza 13 ottobre 2005 nella causa C-458/03)

Nel numero 4 del 2004 della *Rassegna Avvocatura dello Stato* un brillante articolo di Iole Moricca offriva ai lettori un documentato resoconto dello stato degli atti sull'*in house providing*. In particolare veniva segnalata la tendenza della Commissione e della Corte di Giustizia ad interpretare in senso rigorosamente restrittivo i requisiti, ai quali la sentenza *Teckal* (in causa C-108/1998) subordina la legittimità di affidamenti diretti (senza gara) di appalti di fornitura servizi e lavori a persona sulla quale l'ente locale «*eserciti... un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi*» e che «*realizzi la parte più importante delle proprie attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano*».

Nel dossier venivano, in particolare, messe in evidenza le posizioni, più aperte agli affidamenti diretti, portate avanti in sede giudiziaria dalla Repubblica Italiana e le indicazioni, sostanzialmente favorevoli a tale indirizzo, assunte dall'Avvocato Generale Juliane Kokott nella causa C-458/03, relativa alla concessione di parcheggi di Bressanone alla società *Parking Brixen GmbH*, nata dalla trasformazione di una precedente azienda comunale.

È noto al riguardo che la normativa nazionale, dopo un lungo contenzioso con la Commissione UE, ha trasfuso letteralmente le indicazioni della sentenza *Teckal* nel comma 5 lettera c) dell'art 113 del Testo Unico sugli Enti Locali (decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267, così come modificato da ultimo dal decreto legge 30 settembre 2003, n. 269 e relativa legge di conversione) che disciplina la gestione delle reti e dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Ai sensi di tale disposizione «*L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea... b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedura di evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche; c) a società di capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante delle proprie attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano*».

A esprimere la vocazione italiana al rispetto delle regole comunitarie, la legislazione nazionale ha mantenuto anche nel nuovo assetto normativo la disposizione del comma 6 dell'articolo 113, per il quale «*Non sono ammesse a partecipare alle gare di cui al comma 5 le società che, in Italia o all'estero, gestiscono a qualunque titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica, o a seguito dei relativi rinnovi; tale divieto si estende alle società controllate o collegate con quest'ultime. Sono parimenti esclusi i soggetti di cui al comma 4*». Questo limite specifico

di legittimazione a contrattare, infatti, non si ritrova nella sentenza *Teckal*, ma appare funzionale ad un indirizzo generale, portato avanti dagli organi dell'Unione Europea, di favorire un processo di privatizzazione dei Servizi economici d'interesse generale (SIEG), nell'area di applicazione del diritto comunitario.

Recenti pronunce della Corte di Giustizia e la trattazione orale di questioni pregiudiziali, sollevate dai Tribunali Amministrativi Regionali della Puglia e della Lombardia, proprio sul comma 5 dell'art. 113 del TUEL sembrano tuttavia rimettere in discussione tutto il sistema di gestione diretta dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, che il legislatore nazionale aveva fondato sull'applicazione pedissequa della sentenza *Teckal*.

Un primo segnale nasce dalla sentenza *Coname* resa dalla Corte di Giustizia il 21 luglio 2005 nella causa C-231/03. La questione pregiudiziale riguardava l'affidamento diretto da parte del piccolo comune di Cingia de' Botti della distribuzione del gas ad una società consortile, la Padania Acque S.p.A. nella quale lo stesso comune deteneva una partecipazione dello 0,97%. La particolarità del caso era nel fatto che tutte le altre partecipazioni erano possedute da comuni limitrofi, sicché la partecipazione limitata al capitale sociale e l'affidamento diretto alla società in tal modo partecipata, costituivano l'unico strumento attraverso il quale un piccolo comune potesse avere (e partecipare a) un bacino d'utenza idoneo a sorreggere la gestione *in house* di un servizio d'interesse economico generale, che non si intendeva affidare ad imprenditori privati.

La Corte di Giustizia, dopo aver qualificato l'atto di affidamento – sia pure presuntivamente e salvo verifica da parte del giudice nazionale – come concessione di pubblico servizio, ha ritenuto che «*Gli articoli 43 CE e 49 CE ostano, in circostanze come quelle oggetto della causa principale, all'affidamento diretto da parte di un comune di una concessione relativa alla gestione di un servizio pubblico di distribuzione del gas ad una società a prevalente capitale pubblico, capitale nel quale il detto comune detiene una partecipazione dello 0,97%, qualora tale affidamento non risponda a condizioni di trasparenza che, senza necessariamente implicare un obbligo di fare ricorso ad una gara, siano in particolare, tali da consentire ad un impresa con sede nel territorio di uno stato membro diverso da quello del detto comune di avere accesso alle informazioni adeguate riguardo alla detta concessione prima che essa sia attribuita, di modo che tale impresa, se lo avesse desiderato, sarebbe stata in grado di manifestare il proprio interesse a ottenere la detta concessione*».

La particolare cautela della Corte nel delineare l'obbligo del Comune di dar corso ad una gara è correlato al fatto che, nel caso di specie, era la prima volta che si affrontava in sede giustiziale il tema delle procedure, esperibili in sede di affidamento di una concessione di pubblici servizi, necessarie per rispettare direttamente le regole del trattato CE (principi di parità di trattamento e di non discriminazione), restando pacifico che non trovano diretta applicazione alle concessioni di pubblico servizio le direttive comunitarie in tema di appalti di lavori, di forniture e di servizi e, ovviamente, la pubblicazione preventiva del bando di gara sulla *Gazzetta Ufficiale* della Comunità Europea.

Per contro nessun dubbio si solleva sul fatto che i meccanismi di esenzione (*melius:eccezione*) previsti dalla sentenza *Teckal* non trovano applicazione allorché la società affidataria «*costituisce una società aperta, almeno in parte, al capitale privato. Il che impedisce di considerarla una struttura di gestione interna di un servizio pubblico nell'ambito dei comuni che ne fanno parte*».

La successiva affermazione della sentenza, che non fosse stata portata a conoscenza della Corte che «*nessun'altra circostanza obiettiva in grado di giustificare un eventuale differenza di trattamento*», inserisce peraltro la decisione del 21 luglio 2005 nel solco di quanto già precedentemente statuito nella sentenza *Stadt Halle* (in causa C-26/03). Secondo tale decisione, infatti, «*Nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva 92/50, come modificata dalla direttiva 97/52, con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private, le procedure degli appalti pubblici previsti dalla citata direttiva devono sempre essere applicate*». Conclusione quest'ultima, della sentenza *Stadt Halle*, che appariva effettivamente fondata sulla circostanza che l'affidamento *in house* finiva nel caso di specie per offrire un ingiustificato aumento di valore alla partecipazione privata nella società affidataria del servizio, anche se la pronuncia della Corte finisce per mettere in discussione la concreta operatività, nel settore dei pubblici servizi, delle ricorrenti formule di *partenariato pubblico – privato*, soprattutto in relazione ad affidamenti successivi di attività o a proroghe degli originari affidamenti.

La vera novità nella giurisprudenza della Corte si coglie invece nella sentenza *Parking Brixen GmbH* in causa C-458/03 depositata il 13 ottobre 2005, nella quale sono state sostanzialmente disattese le conclusioni all'epoca assunte dall'Avvocato Generale Kokott.

La tesi della Corte è che «*Gli articoli 43 CE e 49 CE nonché i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano a che un'autorità pubblica attribuisca, senza svolgimento di pubblica gara, una concessione di pubblici servizi ad una società per azioni nata dalla trasformazione di un'azienda speciale della detta autorità pubblica, società il cui oggetto sociale è stato esteso a nuovi importanti settori, il cui capitale deve essere a breve termine obbligatoriamente aperto ad altri capitali, il cui ambito territoriale di attività è stato ampliato a tutto il paese e all'estero e il cui consiglio di amministrazione possiede amplissimi poteri di gestione che può esercitare autonomamente*».

Acquisita sicurezza sull'applicabilità diretta delle disposizioni del trattato alle concessioni di pubblico servizio e sul fatto che tale applicazione comporti la necessità di una pubblica gara nell'affidamento del servizio, la Corte fonda l'inapplicabilità dei criteri *Teckal* alla società per azioni, nata dalla trasformazione di un'azienda speciale e integralmente partecipata dall'ente concedente, su cinque ordini di considerazioni: a) la trasformazione dell'azienda speciale in società per azioni e la natura di questo tipo di società; b) l'ampliamento dell'oggetto sociale a nuovi ed importanti settori; c) la pre-

visione che, sia pure attraverso procedure di evidenza pubblica, la società concessionaria si sarebbe aperta all'ingresso di capitali privati; d) l'espansione territoriale potenziale dell'attività societaria in Italia e all'estero; e) i considerevoli poteri di gestione conferiti al consiglio di amministrazione e la mancanza di un controllo gestionale da parte dell'ente affidante. In pratica secondo la Corte di Giustizia la ASM Bressanone avrebbe definitivamente acquisito «una vocazione commerciale che rende precario il controllo del Comune».

La situazione descritta nella sentenza consente altresì alla Corte di Giustizia di non andare a verificare «se l'ente concessionario realizzi la parte essenziale delle sue attività con l'autorità pubblica concedente», restando così stabilito che, quand'anche si fosse superato l'esame del primo requisito Teckal (il controllo analogo a quello svolto su un proprio servizio), doveva considerarsi impregiudicata e non risolta la questione della ricorrenza o meno del secondo requisito (i limiti funzionali e territoriali dell'attività espletata).

Risulta chiaro che siffatta valutazione negativa della Corte di Giustizia sulla ricorrenza di un legittimo appalto *in house* colpisce alle fondamenta le caratteristiche tipiche delle società per azioni, così come disciplinate nell'ordinamento nazionale, che non conosce né pratica in generale, rispetto a tali soggetti economici, limitazioni di legittimazione negoziale, note ad altri ordinamenti (ad esempio, il principio di *common law* del *nec ultra vires*). Le caratteristiche della società creata dal Comune di Bressanone sono infatti quelle tipiche delle società di capitali, nelle quali già la sola partecipazione di controllo rende spesso gli amministratori e le strutture della società controllata un mero strumento nelle mani del controllante, ancor più duttile (anche se meno trasparente) di quanto possa risultare una sovraordinazione gerarchica rispetto un ufficio interno di una pubblica amministrazione. La società di capitali ed in particolare la società per azioni è fatta in un certo modo ed è difficile connotarla diversamente, almeno allorché si va da un notaio per redigerne l'atto costitutivo.

L'applicazione dei requisiti fissati dalla sentenza Teckal, affinché un ente locale possa procedere ad un ragionevole affidamento *in house* secondo il diritto comunitario, diviene in questo modo una sorta di corsa ad ostacoli, nei quali il giudice nazionale, soprattutto i Tribunali Amministrativi Regionali, e la stessa Corte di Giustizia finiscono per creare di volta in volta barriere non facilmente superabili. Non va al riguardo dimenticato che ragioni di trasparenza nella gestione dei servizi pubblici avevano imposto, proprio in forza del diritto comunitario, la trasformazione delle aziende autonome statali e delle municipalizzate in soggetti dotati di autonoma personalità giuridica e, per ovvie ragioni di correttezza nella gestione, in società per azioni.

Di questo difficile stato dell'arte dell'*in house providing* danno contezza due discussioni orali, tenute rispettivamente il 27 ottobre e il 10 novembre 2005 innanzi alla prima sezione della Corte di Giustizia a Lussemburgo, nelle quali è intervenuta ovviamente anche la Repubblica Italiana con la difesa erariale. Il resoconto di quanto in esse avvenuto e degli argomenti trattati può costituire un utile abbozzo per il disegno che si va componendo nella materia.

Nella prima causa pregiudiziale il TAR della Puglia, nell'ambito di una causa promossa contro l'affidamento *in house*, da parte del Comune di Bari, del servizio di trasporto pubblico urbano a società, interamente partecipata dal Comune stesso, ha posto un dubbio di conformità al diritto comunitario, ed in particolare con gli articoli 46, 49 e 86 del Trattato CE, proprio del nuovo comma 5 dell'art 113 del TUEL *«nella parte in cui non pone alcun limite alla libertà di scelta dell'Amministrazione pubblica tra le diverse forme di affidamento del servizio pubblico, ed in particolare tra l'affidamento mediante procedura di gara ad evidenza pubblica e l'affidamento diretto a società da essa interamente controllata.»*.

Il carattere generale del quesito e la rilevanza degli interessi in gioco nel settore dei servizi pubblici hanno consentito una discussione sui principi fondanti della stessa Unione Europea.

In particolare sono state portate all'attenzione della Corte di Giustizia alcune affermazioni svolte dalla stessa Commissione nel libro bianco sui servizi d'interesse generale edito il 12 maggio 2004 e specificatamente:

a pagina 7: *«La Commissione rispetta il ruolo fondamentale degli Stati membri e delle autorità regionali e locali nel settore dei servizi d'interesse generale. Tale ruolo trova riscontro nelle politiche comunitarie riguardanti i servizi d'interesse generale che prevedono vari livelli di intervento e l'impiego di diversi strumenti in linea con il principio di sussidiarietà»*;

a pagina 8: *«Tuttavia in talune situazioni la realizzazione dell'obiettivo della politica pubblica nazionale potrebbe necessitare di un coordinamento con altri obiettivi della Comunità. Al livello di trattato tali situazioni sono disciplinate dall'articolo 86, paragrafo 2, che stabilisce che i servizi di interesse economico generale non sono soggetti all'applicazione delle norme del trattato nella misura in cui ciò risulti necessario per consentire loro di adempiere il loro compito d'interesse generale. Ciò significa che in base al trattato CE e in presenza delle condizioni di cui all'art. 86, paragrafo 2, l'effettiva prestazione di un compito d'interesse generale prevale, in caso di controversia sull'applicazione delle norme del trattato. Pertanto, la normativa tutela i compiti, piuttosto che le loro modalità di esecuzione...»*;

a pagina 11: *«In tale contesto va osservato che la proposta di direttiva relativa ai servizi nel mercato interno si concentra soltanto sui servizi che corrispondono ad un'attività economica. Essa non riguarda i servizi non economici di interesse generale bensì solamente i servizi di interesse economico generale. Inoltre nella proposta in questione alcune attività che potrebbero essere considerate dagli stati membri come servizi d'interesse economico generale sono escluse dal campo di applicazione della proposta (ad es. i trasporti) o sono soggette a deroghe riguardo il paese d'origine (per es. i servizi postali e di distribuzione dell'energia elettrica, del gas, dell'acqua). Un aspetto ancora più importante risiede nel fatto che la proposta non impone agli Stati membri di aprire i servizi d'interesse economico generale alla concorrenza e non interferisce sulle modalità di finanziamento e di organizzazione»*;

a pagina 12 *«Nel contempo è stato sottolineato che è essenziale che le politiche comunitarie rispettino e riflettano le diverse caratteristiche dei differenti servizi e le diverse realtà degli Stati membri:*

Ancora più chiaro sulla natura del conflitto in essere è il parere reso il 24 febbraio 2005 dal Comitato economico e sociale europeo in merito al citato libro bianco della Commissione sui servizi d'interesse economico generale. Se ne riportano alcuni stralci essenziali:

«1.4 ...Il Trattato riconosce il principio di libera amministrazione degli enti locali e fa della possibilità che questi ultimi forniscano essi stessi dei servizi d'interesse economico generale un principio costituzionale, il quale concretizza in tal modo il principio di sussidiarietà per quanto riguarda le competenze rispettive dell'Unione e degli Stati membri per i servizi d'interesse generale.

1.5 Nonostante ciò, nella sostanza il diritto derivato continua ad essere caratterizzato da uno squilibrio generale tra il diritto della concorrenza, corpo giuridico comunitario dettagliato e con effetti diretti, da un lato, e, dall'altro, gli obiettivi d'interesse generale che si configurano come eccezione a tale diritto.

1.6 L'Unione Europea continua a trovare difficoltà nel superare le contraddizioni tra l'impegno a costruire un mercato che ha come strumento la concorrenza e la necessità di assicurare un controllo pubblico di processi che non possono dipendere soltanto da meccanismi economici. I servizi d'interesse generale non sono tecniche o strumenti, dando essi espressione a diritti della persona, a legami sociali, all'inclusione e all'integrazione...»

Va detto per completezza che la Commissione Europea in relazione all'affidamento del servizio pubblico di trasporto nel Comune di Bari in forza dell'art 113 comma 5 lett. c del TUEL ha rassegnato conclusioni favorevoli alla legittimità comunitaria dello stesso.

Un carattere più tecnico, ma in certa misura più contrastato, ha assunto invece la discussione del secondo caso trattato dalla Corte di Giustizia all'udienza del 10 novembre scorso.

Si discuteva, su ordinanza del TAR per la Lombardia, della conformità al trattato CE dell'affidamento diretto del servizio di fornitura di energia e di manutenzione degli impianti termici da parte del Comune di Busto Arsizio a società per azioni integralmente partecipata da una Holding S.p.A. nella quale lo stesso Comune conservava una partecipazione pari al 99,98 % del capitale sociale, restando la rimanente partecipazione pari allo 0,2 % attribuita a comuni limitrofi. Controllo indiretto quindi e partecipazione azionaria formalmente non totalitaria, che potrebbero indurre la Corte di Giustizia a confermare anche nel caso di specie l'orientamento espresso in tema di affidamento a società di capitali da ultimo con la sentenza *Parking Brixen GmbH*, con un probabile approfondimento, nel caso di specie, anche del secondo requisito previsto dalla sentenza *Teckal* circa lo svolgimento della maggior parte dell'attività dell'affidatario *in house* con l'ente o gli enti che lo controllano. Contro tale prospettiva si sono svolte, tra le altre, le osservazioni della Repubblica tedesca e l'intervento in udienza del Regno Unito; la Commissione invece ha concluso per la declaratoria di contrasto dell'affidamento *in house* con la normativa comunitaria.

La difesa della Repubblica Italiana, integrando le osservazioni a suo tempo svolte, ha portato all'attenzione della Corte alcuni profili ed in particolare:

a) risulta dalla stessa ordinanza di rinvio del TAR Lombardia che il problema sollevato nel quesito pregiudiziale ha carattere generale: attiene

alla mancanza di un rapporto di subordinazione gerarchica, essendo la società affidataria del servizio «una società di diritto privato, i cui organi e legali rappresentanti agiscono autonomamente con capacità di diritto privato» ;

b) in siffatto contesto la sentenza *Teckal*, ove se ne chieda la trasposizione al caso di specie, diventa un *boomerang*, nel senso che ponendo regole per l'affidamento *in house* in relazione ad un'azienda comunale speciale, ovverosia a figura giuridica soggettiva distinta e non commisurabile alla società di capitali, diviene di per sé inapplicabile.

c) occorre tener conto del fatto che il diritto comunitario, laddove riconosce la possibilità di essere forgiato direttamente dalle pronunce della Corte di Giustizia, pone regole funzionali e mai formali.

d) il diritto comunitario per i servizi d'interesse economico generale conosce regole differenti rispetto alla tutela della concorrenza, fondate sul rispetto primario della missione affidata all'ente pubblico e sul sistema di autoproduzione dei servizi, del tutto paritetico e non residuale rispetto al ricorso al mercato.

e) la missione di un soggetto affidatario di un pubblico servizio deriva dall'atto costitutivo e tra gli organismi creati per finalità non d'interesse industriale e commerciale ben possono figurare società per azioni (il principio si ricava dall'art. 1 della direttiva unificata n. 18/2004 in materia di appalti pubblici, che riproduce precedenti disposizioni presenti in tutte le direttive sugli appalti)

f) le società per azioni affidatarie di missioni pubbliche devono necessariamente aprire la loro partecipazione a soggetti diversi dall'ente che le aveva create, per evitare la responsabilità illimitata del socio unico e quindi una posizione peggiore rispetto ai privati che gestiscono i servizi pubblici, spesso forieri di rischi e obbligazioni, giovandosi in tal modo della limitazione della responsabilità connessa all'uso dello strumento societario.

g) l'ordinamento comunitario conosce ed applica regole per evitare che la gestione diretta da parte dei soggetti pubblici d'interesse generali crei distorsioni nel mercato attraverso: regole di separazione e trasparenza nella gestione; obbligo di considerare l'affidatario diretto di un servizio *in house* a sua volta *organismo di diritto pubblico* allorché richiede prestazioni e servizi all'esterno della sua organizzazione; attenzione da parte delle autorità preposte alla tutela della concorrenza sul come questo soggetto affidatario di servizi *in house* si comporta concretamente nel mercato.

Le conclusioni dell'Avvocato generale su entrambe le cause sono attese per il nuovo anno. Nel frattempo la Commissione ha notificato alla Repubblica Italiana un ricorso per inadempimento (Causa C- 371/05) nel quale viene mossa contestazione di violazione della direttiva 92/50/CEE del Consiglio per aver affidato il Comune di Mantova, in via diretta e senza la previa pubblicazione del bando di gara sulla *Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea*, la manutenzione e lo sviluppo dei propri servizi informatici alla società A.S.I. S.p.A., società a prevalente capitale pubblico partecipata in via maggioritaria dal Comune stesso.

Corte di Giustizia delle Comunità europee, Grande Sezione, sentenza 21 luglio 2005 nella causa C-231/03 – Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia con ordinanza 14 febbraio 2003, pervenuta in cancelleria il 28 maggio 2003 – Consorzio Aziende Metano (Coname) c/ Comune di Cingia de' Botti, con l'intervento di Padania Acque S.p.A. – Pres. V. Skouris – Rel. C.W.A. Timmermans – Avv. Gen. C. Stix-Hackl. Governo italiano (ag. I.M. Braguglia, avv. dello Stato G. Fiengo), dei Paesi Bassi (ag. D.J.M. de Grave), austriaco (ag. M. Fruhmann), finlandese (ag. A. Guimaraes – Purokoski) e Commissione delle Comunità europee. (Artt. 43 CE, 49 CE e 81 CE).

«1. – La domanda di pronuncia pregiudiziale in esame concerne l'interpretazione degli artt. 43 CE, 49 CE e 81 CE.

2. – Tale domanda è stata proposta nel contesto di una controversia che vede il Consorzio Aziende Metano (in prosieguo: il «Coname») contrapposto al Comune di Cingia de' Botti in merito all'attribuzione da parte di quest'ultimo alla Padania Acque S.p.A. (in prosieguo; la «Padania») del servizio per la gliene della distribuzione e la manutenzione degli impianti di gas metano.

CONTESTO NORMATIVO

3. – In forza dell'art. 22, n. 3, della legge 8 giugno 1990, n. 142, recante ordinamento delle autonomie locali (*Supplemento ordinario* alla *GURI* del 12 giugno 1990, n. 135; in prosieguo: la «legge n. 142/1990»), un servizio come quello riguardante la gestione, la distribuzione e la manutenzione degli impianti di distribuzione di gas metano può essere garantito dall'ente pubblico stesso, oppure mediante concessione a terzi, o facendo ricorso ad imprese terze o anche, ai sensi del detto art. 22, n. 3, lett. e), «a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati».

CAUSA PRINCIPALE E QUESTIONE PREGIUDIZIALE

4. – Il Coname aveva concluso con il Comune di Cingia de' Botti, per il periodo 1° gennaio 1999 – 31 dicembre 2000, un contratto per l'affidamento del servizio di manutenzione, conduzione e sorveglianza della rete di gas metano.

5. – Con lettera del 30 dicembre 1999 il detto Comune ha informato il Coname che, con delibera 21 dicembre 2000, il Consiglio comunale aveva affidato alla Padania il servizio avente ad oggetto la gestione, la distribuzione e la manutenzione dell'Impianto di distribuzione del gas metano per il periodo 1° gennaio 2000 – 31 dicembre 2005. Quest'ultima società è a prevalente capitale pubblico, detenuto dalla Provincia di Cremona nonché da quasi tutti i comuni di tale provincia. Il Comune di Cingia de' Botti detiene una partecipazione dallo 0,97% nel capitale della detta società.

6. – Il servizio controverso nella causa principale è stato attribuito alla Padania con affidamento diretto, in applicazione dell'art. 22, n. 3, lett. e), della legge n. 142/1990.

7. – Il Coname, che chiede al giudice del rinvio, in particolare, l'annullamento della delibera 21 dicembre 1999, fa valere che l'attribuzione del detto servizio avrebbe dovuto essere effettuata mediante gara d'appalto.

8. – Considerando che la soluzione della controversia della quale è investito richiede l'interpretazione di talune disposizioni del Trattato CE, il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale: «Se gli artt. 43 [CE] 49 [CE] e 81 [CE], laddove vietano rispettivamente le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato ed alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità nei confronti dei cittadini degli Stati membri, nonché le pratiche commerciali e societarie idonee ad impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza nell'ambito dell'Unione Europea, ostino a che sia previsto l'affidamento diretto e, cioè, senza l'indizione di una gara, della gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas a società a partecipazione pubblica comunale, ogni volta che detta partecipazione al capitale sociale sia tale da non consentire alcun possibile controllo diretto sulla gestione stessa e se debba conseguentemente affermarsi che, come ricorre nel caso di specie, ove la partecipazione è pari allo 0,97%, non si configurino gli estremi della gestione *in house*».

QUESTIONE PREGIUDIZIALE

9. – Occorre osservare preliminarmente che la causa principale sembra riguardare, come risulta dalla risposta fornita dal giudice del rinvio ad una richiesta di chiarimenti formulata dalla Corte ai sensi dell'art. 104, n. 5, del suo regolamento di procedura, un servizio qualificato come concessione, che non rientra nell'ambito di applicazione né della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (*Gazzetta Ufficiale* L 209, pag. 1), né della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti eroganti di acque e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (*Gazzetta Ufficiale* L 199, pag. 84) (v., in questo senso, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/1998, Teleaustria e Telefonadress, *Racc.* pag. I-10745, punto 56, e ordinanza 30 maggio 2002, causa C-358/00, Buchhändler-Vereinigung, *Racc.* pag. I-4685, punto 28).

10. – La presente sentenza si basa dunque sul presupposto che la controversia nella causa principale concerna l'attribuzione di una concessione, presupposto che spetta al giudice del rinvio verificare.

11. – Ciò precisato, con la questione proposta il giudice del rinvio chiede un'interpretazione degli artt. 43 CE, 49 CE e 81 CE.

12. – Occorre ricordare che l'art. 81 CE, che si applica, secondo la sua formulazione letterale, agli accordi «tra imprese» non si riferisce in linea di principio, ai contratti di concessione conclusi da un comune, nella sua veste pubblica, con un concessionario incaricato dell'esecuzione di un pubblico servizio (v., in questo senso, sentenza 4 maggio 1988, causa 30/1987, Bodson, *Racc.* pag. 2479, punto 18).

13. – Pertanto, come giustamente osservano il governo finlandese e la Commissione, la detta disposizione non è applicabile alla controversia di cui alla causa principale, come descritta nell'ordinanza di rinvio.

14. – Non occorre pertanto risolvere la questione sotto questo profilo.

SUGLI ARTT. 43 CE E 49 CE

15. – Con la questione proposta, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se gli artt. 43 CE e 49 CE ostino all'affidamento diretto cioè senza l'indizione di una gara, da parte di un comune, di una concessione relativa alla gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas ad una società a prevalente capitale pubblico, capitale nel quale il detto comune detiene una partecipazione dello 0,97%.

16. – Occorre ricordare che l'attribuzione di simile concessione non è disciplinata da nessuna delle direttive con cui il legislatore comunitario ha disciplinato il settore degli appalti pubblici. In mancanza di una disciplina del genere, è alla luce del diritto primario e, più in particolare, delle libertà fondamentali previste dal Trattato che devono essere esaminate le conseguenze di diritto comunitario relative all'affidamento di tali concessioni.

17. – Al riguardo, occorre osservare che, nella misura in cui la detta concessione può interessare anche un'impresa con sede in uno Stato membro diverso da quello del Comune di Cingia de' Botti, l'affidamento, in mancanza di qualsiasi trasparenza, di tale concessione ad un'impresa con sede in quest'ultimo Stato membro costituisce una differenza di trattamento a danno dell'impresa avente sede nell'altro Stato membro (v., in questo senso, sentenza Telaustria e Telefonadress, citata, punto 61).

18. – Infatti, in mancanza di qualsiasi trasparenza, quest'ultima impresa non ha alcuna reale possibilità di manifestare il suo interesse ad ottenere la detta concessione.

19. – Orbene a meno che non sia giustificata da circostanze obiettive, siffatta differenza di trattamento, che, escludendo tutte le imprese aventi sede in un altro Stato membro, opera principalmente a danno di queste ultime, costituisce una discriminazione indiretta in base alla nazionalità, vietata ai sensi degli artt. 43 CE e 49 CE (v. in particolare, in questo senso, sentenze 10 marzo 1993, causa C-111/1991, Commissione/Lussemburgo, *Racc.* pag. I-817, punto 17; 8 giugno 1999, causa C-337/97, Meeusen, *Racc.* pag. I-3289, punto 27, nonché 26 ottobre 1999, causa C-294/1997, Eurowings Luftverkehr, *Racc.* pag. I-7447, punto 33 e giurisprudenza ivi citata).

20. – Per quanto riguarda la controversia nella causa principale, non risulta dal fascicolo che, a causa di circostanze particolari, come un valore economico molto limitato, si possa ragionevolmente sostenere che un'impresa con sede in uno Stato membro diverso da

quello cui appartiene il Comune di Cingia de' Botti non avrebbe interesse alla concessione controversa e che gli effetti sulle libertà fondamentali di cui trattasi dovrebbero quindi essere considerati troppo aleatori e troppo indiretti perché si possa concludere nel senso di un'eventuale violazione di queste ultime (v, in questo senso, sentenze 7 marzo 1990, causa C-69/1988, Krantz, *Racc.* pag. I-583 punto 11; 21 settembre 1999, causa C-44/1998, BASF, *Racc.* pag. I-6269, punto 16, nonché ordinanza 12 settembre 2002, causa C-431/01, Mertens, *Racc.* pag. I-7073, punto 34).

21. – In tale contesto, spetta al giudice del rinvio verificare se l'affidamento della concessione da parte del Comune di Cingia de' Botti alla Padania risponda a condizioni di trasparenza che, senza necessariamente comportare un obbligo di fare ricorso ad una gara, siano, in particolare, tali da consentire a un'impresa avente sede nel territorio di uno Stato membro diverso da quello della Repubblica Italiana di aver accesso alle informazioni adeguate relative alla detta concessione prima che essa sia attribuita, di modo che tale impresa, se lo avesse desiderato, sarebbe stata in grado di manifestare il proprio interesse ad ottenere la detta concessione.

22. – Se ciò non avviene, è necessario concludere per l'esistenza di una differenza di trattamento a danno di tale impresa.

23. – Per quanto riguarda le circostanze obiettive che possono giustificare tale differenza di trattamento, va osservato che il fatto che il Comune di Cingia de' Botti detenga una partecipazione dello 0,97% nel capitale della Padania non costituisce di per sé una di tali circostanze obiettive.

24. – Infatti, anche supponendo che la necessità per un comune di esercitare un controllo su un concessionario che gestisce un servizio pubblico possa costituire una circostanza obiettiva tale da giustificare un'eventuale differenza di trattamento, va rilevato che, come osserva lo stesso giudice del rinvio, una partecipazione dello 0,97% è talmente esigua da non consentire tale controllo.

25. – All'udienza il governo italiano ha fatto valere, in sostanza, che, a differenza di alcune grandi città italiane la maggior parte dei comuni non ha i mezzi per garantire mediante strutture interne servizi pubblici come quello della distribuzione del gas sul suo territorio e si vede pertanto costretto a fare ricorso a strutture, come quella della Padania, nel capitale delle quali più comuni detengono partecipazioni.

26. – Al riguardo occorre constatare che una struttura come quella della Padania non può essere equiparata ad una struttura mediante la quale un comune o una città gestisce, a livello interno, un servizio pubblico. Infatti, come risulta dal fascicolo, la Padania costituisce una società aperta, almeno in parte, al capitale privato, il che impedisce di considerarla come una struttura di gestione «interna» di un servizio pubblico nell'ambito dei comuni che ne fanno parte.

27. – Non è stata portata a conoscenza della Corte nessun'altra circostanza obiettiva in grado di giustificare un'eventuale differenza di trattamento.

28. – In tale contesto, occorre risolvere la questione proposta nel senso che gli artt. 43 CE e 49 CE ostano, in circostanze come quelle oggetto della causa principale, all'affidamento diretto da parte di un comune di una concessione relativa alla gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas ad una società a prevalente capitale pubblico, capitale nel quale il detto comune detiene una partecipazione dello 0,97%, qualora tale affidamento non risponda a condizioni di trasparenza che, senza necessariamente comportare un obbligo di fare ricorso ad una gara, siano, in particolare, tali da consentire a un'impresa avente sede nel territorio di uno Stato membro diverso da quello del detto comune di avere accesso alle informazioni adeguate riguardo alla detta concessione prima che essa sia attribuita, di modo che tale impresa, se lo avesse desiderato, sarebbe stata in grado di manifestare il proprio interesse a ottenere la detta concessione.

SULLE SPESE

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

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

Gli artt. 43 CE e 49 CE ostano, in circostanze come quelle oggetto della causa principale, all'affidamento diretto da parte di un comune di una concessione relativa alla gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas ad una società a prevalente capitale pubblico, capitale nel quale il detto comune detiene una partecipazione dello 0,97%, qualora tale affidamento non risponda a condizioni di trasparenza che, senza necessariamente implicare un obbligo di fare ricorso ad una gara, siano, in particolare, tali da consentire a un'impresa con sede nel territorio di uno Stato membro diverso da quello del detto comune di avere accesso alle informazioni adeguate riguardo alla detta concessione prima che essa sia attribuita, di modo che tale impresa, se lo avesse desiderato, sarebbe stata in grado di manifestare il proprio interesse a ottenere la detta concessione».

Corte di Giustizia delle Comunità europee, Prima Sezione, sentenza 13 ottobre 2005 nella causa C-458/03 – Domanda di pronuncia pregiudiziale del *Verwaltungsgericht, Autonome Sektion für die Provinz Bozen (Italia)*, con decisione del 23 luglio 2003, pervenuta in cancelleria il 30 ottobre 2003 – Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG – Pres. P. Jann – Avv. Gen. J. Kokott. Governi italiano (ag. I.M. Bragaglia, avv. dello Stato G. Fiengo), dei Paesi Bassi (ag. C. Wissels), austriaco (ag. M. Fruhmann), e Commissione delle Comunità europee.

«1. – La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (*Gazzetta Ufficiale* L 209, pag. 1), degli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE, nonché dei principi di non discriminazione, di trasparenza e di parità di trattamento.

2. – Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra, da un lato, la società Parking Brixen GmbH (in prosieguo: la «Parking Brixen») e, dall'altro, la Gemeinde Brixen (in prosieguo: il «comune di Bressanone») e la società Stadtwerke Brixen AG (in prosieguo: la «ASM Bressanone Spa») in ordine all'aggiudicazione, a quest'ultima della gestione di due parcheggi situati sul territorio del detto comune.

CONTESTO NORMATIVO

Diritto comunitario

3. – L'art. 43 CE così dispone:

«Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro vengono vietate (...).

La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività non salariate e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'art. 48, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali».

4. – L'art. 49, primo comma, CE prevede quanto segue:

«Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione».

5. – L'ottavo 'considerando' della direttiva 92/50 precisa quanto segue:

«(...) la prestazione di servizi è disciplinata dalla presente direttiva soltanto quando si fondi su contratti d'appalto; (...) la prestazione di servizi su altra base, quali leggi o regolamenti ovvero contratti di lavoro, esula dal campo d'applicazione della presente direttiva».

6. – L'art. 1 della detta direttiva così recita:

«Ai fini della presente direttiva s'intendono per:

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

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

Normativa nazionale

7. – L'art. 22, n. 3, della legge 8 giugno 1990, n. 142, relativa all'ordinamento delle autonomie locali (*supplemento ordinario* alla *GURI* n. 135 del 12 giugno 1990; in prosieguo: la

«legge n. 142/1990»), stabilisce che i comuni e le province possono avvalersi, per lo svolgimento dei servizi pubblici locali attribuiti dalla legge alla loro competenza, delle seguenti forme di gestione:

a) in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda;

b) in concessione a terzi, quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale;

c) a mezzo di azienda speciale, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale;

d) a mezzo di istituzione, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale;

e) a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, qualora si renda opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati».

8. – L'art. 44 della legge regionale 4 gennaio 1993, n. 1, nella versione iniziale, ha ampiamente ripreso l'art. 22 della legge n. 142/1990. L'art. 44 è stato poi modificato dalla legge regionale 23 ottobre 1998, n. 10.

9. – L'art. 44 della legge regionale n. 1, come modificata dalla legge regionale n. 10, dispone quanto segue:

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

a) costituzione di aziende speciali;

b) costituzione o partecipazione ad apposite società per azioni o a responsabilità limitata ad influenza dominante pubblica locale;

c) affidamento della gestione di servizi pubblici a terzi, prevedendo adeguate procedure concorrenziali per la loro individuazione. Salvo diverse disposizioni di legge, il rapporto non può avere durata superiore a venti anni e non può essere rinnovato con lo stesso soggetto se non nei modi di cui alla presente lettera. Le cooperative, le associazioni che rappresentano per legge gli invalidi ed i disabili, nonché le associazioni di volontariato e le imprese senza fini di lucro, a parità di condizioni, vengono privilegiate (...).

18. Alle società costituite ai sensi del comma 6 e alle società di cui al comma 17, gli enti locali soci possono affidare in qualunque momento lo svolgimento di ulteriori servizi pubblici compatibili con l'oggetto della società mediante deliberazione consiliare che approva contestualmente il relativo contratto di servizio».

10. – Le disposizioni dell'art. 44, nn. 6 e 18, della legge regionale n. 1, come modificata dalla legge regionale n. 10 sono riprese testualmente come art. 88, nn. 6 e 18, del Testo coordinato delle disposizioni sull'ordinamento dei comuni della Regione autonoma Trentino-Alto Adige.

11. – L'art. 115 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (*supplemento ordinario* alla GURI n. 227 del 28 settembre 2000; in prosieguo: il «decreto legislativo n. 267/2000»), autorizza i comuni a trasformare le aziende speciali in società per azioni di cui possono restare azionisti unici per un periodo comunque non superiore a due anni dalla trasformazione.

CONTROVERSIA PRINCIPALE E QUESTIONI PREGIUDIZIALI

12. – In applicazione dell'art. 22 della legge n. 142/1990, il comune di Bressanone era ricorso per la gestione di alcuni servizi pubblici locali rientranti nella sua competenza, alla Stadtwerke Brixen (in prosieguo: la «Servizi Municipalizzati Bressanone»), azienda speciale di proprietà del comune.

13. – In virtù dell'art. 1 dello statuto, dal 1° gennaio 1999 la Servizi Municipalizzati Bressanone era dotata di personalità giuridica e di autonomia imprenditoriale, ed era un ente del comune preposto specialmente all'esercizio unitario e integrato dei servizi pubblici locali.

14. – Ai sensi dell'art. 2 dello statuto, la Servizi Municipalizzati Bressanone aveva per oggetto, tra gli altri: «la gestione di parcheggi ed autosilo compreso l'esercizio di tutte le attività connesse».

15. – In applicazione dell'art. 115 del decreto legislativo n. 267/2000, con la deliberazione comunale del 25 ottobre 2001, n. 97, il comune di Bressanone ha trasformato l'azienda speciale Servizi Municipalizzati Bressanone in una società per azioni denominata «ASM Bressanone Spa».

16. – In virtù dell'art. 1, terzo comma, dello statuto di quest'ultima, «[t]utti i diritti e gli obblighi preesistenti in capo all'azienda speciale [Servizi Municipalizzati Bressanone] permangono anche dopo la trasformazione e la società [ASM Bressanone S.p.a.] subentra pertanto in tutti i rapporti attivi e passivi dell'Azienda [speciale] Servizi Municipalizzati Bressanone».

17. – Ai sensi dell'art. 4 dello statuto, la ASM Bressanone S.p.a. può gestire, tra le altre, le attività che seguono su base locale, nazionale ed internazionale: «g) la gestione di parcheggi ed autosilos e le attività connesse».

18. – L'art. 18 dello statuto della ASM Bressanone S.p.a. prevede che al Consiglio di amministrazione vengano delegati i seguenti poteri:

«1) Al Consiglio di Amministrazione spettano i più ampi poteri per l'ordinaria amministrazione della società, con facoltà di compiere tutti gli atti ritenuti opportuni o necessari per il conseguimento dell'oggetto sociale.

2) Salvo preventiva autorizzazione da parte dell'assemblea, il Consiglio di Amministrazione non potrà rilasciare garanzie eccedenti il limite di 5 (cinque) milioni di euro, nonché firmare pagherò o accettare tratte oltre al detto limite.

3) Sono considerati atti di ordinaria amministrazione l'acquisto e la cessione di partecipazioni in altre società, l'acquisto, la cessione e l'affitto di aziende o rami di aziende nonché l'acquisto e la vendita di veicoli per un valore massimo per ciascun atto di 5 (cinque) milioni di euro.

4) Spetta alla competenza esclusiva del Consiglio di Amministrazione ogni deliberazione relativa alla determinazione e/o la modifica degli emolumenti per cariche speciali ai sensi dell'art. 2389, secondo comma, del Codice Civile».

19. – Ai sensi dell'art. 5, n. 2, dello statuto della ASM Bressanone S.p.a., «la quota di partecipazione al capitale sociale di appartenenza del comune di Bressanone non potrà mai essere inferiore alla maggioranza assoluta delle azioni ordinarie». Inoltre, il comune di Bressanone ha la facoltà di nominare la maggioranza dei componenti del Consiglio di amministrazione della società. Il Collegio Sindacale è composto da tre membri effettivi e due supplenti, di cui almeno due membri effettivi ed un membro supplente nominati dal comune.

20. – Secondo il giudice del rinvio, la trasformazione di un'azienda speciale in società per azioni comporta un manifesto incremento di autonomia a favore di quest'ultima. L'ambito di attività della ASM Bressanone S.p.a. è stato infatti considerevolmente ampliato rispetto a quello della Servizi Municipalizzati Bressanone, dal momento che può compiere attività in ambito locale nazionale e internazionale, mentre l'attività dell'azienda speciale Servizi Municipalizzati Bressanone era limitata al territorio del comune di Bressanone. Inoltre, l'azienda speciale Servizi Municipalizzati Bressanone era subordinata al controllo diretto e all'influenza del Consiglio comunale, mentre, nel caso della ASM Bressanone S.p.a., il controllo da parte del comune è limitato alla libertà di azione di cui gode, ai sensi del diritto societario, la maggioranza dei soci.

21. – Con deliberazione comunale 23 marzo 2000, n. 37, il Consiglio comunale di Bressanone ha affidato la costruzione e la gestione di una piscina pubblica alla Servizi Municipalizzati Bressanone. Al momento della trasformazione di questa in società per azioni, avvenuta il 25 ottobre 2001, la ASM Bressanone S.p.a. è subentrata in tutti i diritti e gli obblighi derivanti da quella deliberazione.

22. – Con deliberazione 18 novembre 2001, n. 118, il Consiglio comunale di Bressanone ha concesso alla ASM Bressanone S.p.a. un diritto di superficie sopra il suolo e sotto il suolo del terreno destinato alla piscina, in particolare sulla particella fondiaria 491/11, situata nel territorio del comune di Bressanone, per la realizzazione di garage sotterranei.

23. – Nell'attesa che tale progetto di parcheggio fosse realizzato, è stato previsto un parcheggio di superficie provvisorio. A tale scopo la particella fondiaria 491/11, fino ad allora utilizzata come campo di calcio, è stata rivestita temporaneamente in *macadam* per servire

come parcheggio da circa 200 posti auto. Secondo il giudice del rinvio, per la gestione della particella fondiaria 491/11 come parcheggio di superficie non è stata stipulata alcuna convenzione.

24. – Al fine di predisporre ulteriori posti auto, il limitrofo parcheggio di superficie situato sul terreno adiacente, cioè sulla particella 491/6, sita parimenti nel territorio del comune di Bressanone, con una capienza di circa 200 posti auto e direttamente gestito dal comune da oltre dieci anni, è stato affidato in gestione alla ASM Bressanone S.p.a. con deliberazione del Consiglio comunale di Bressanone 28 novembre 2002, n. 107. In tale deliberazione si precisa che «per l'attività degli stabilimenti balneari è già stato costruito da parte dell'Azienda Servizi Municipalizzati S.p.a. provvisoriamente un parcheggio vicino all'area comunale» e che si ritiene pertanto «necessario e opportuno di assegnare all'Azienda Servizi Municipalizzati S.p.a. anche provvisoriamente la gestione dell'area accanto, costituita dalla p.f. 491/6, (...) con una superficie di 5137 m², che al momento viene amministrata direttamente dal comune».

25. – Il 19 dicembre 2002, al fine dell'applicazione della deliberazione n. 107, il comune di Bressanone ha concluso una convenzione con la ASM Bressanone S.p.a., affidandole per un periodo di nove anni la gestione del parcheggio sulla particella 491/6.

26. – Come corrispettivo per la gestione del parcheggio, la ASM Bressanone S.p.a. riscuote le tasse di parcheggio. A sua volta però, versa al comune di Bressanone un'indennità annuale pari a EUR 151 700, che è indicizzata sulla base del prezzo del biglietto di parcheggio, cosicché un aumento di questo si traduce in un aumento dell'indennità versata al comune. Oltre alla gestione del parcheggio, la ASM Bressanone S.p.a. si assume il servizio di locazione gratuita di biciclette e accetta che il mercato settimanale continui a tenersi in quell'area. La ASM Bressanone S.p.a. ha altresì assunto il personale, precedentemente alle dipendenze del comune di Bressanone sull'area predetta. Infine, la manutenzione ordinaria e straordinaria dell'area spetta alla detta società, che se ne assume tutte le relative responsabilità.

27. – Sulla base di un contratto di concessione stipulato con il comune di Bressanone in data 19 giugno 1992, la Parking Brixen aveva assunto la costruzione e la gestione di un parcheggio, distinto da quelli su cui verte la causa principale, sempre situato nel territorio di quel comune. Dinanzi al *Verwaltungsgericht, Autonome Sektion für die Provinz Bozen* (Tribunale amministrativo, Sezione autonoma per la provincia di Bolzano), la Parking Brixen ha contestato l'attribuzione alla ASM Bressanone S.p.a. della gestione dei parcheggi ricavati sulle particelle 491/6 e 491/11. A suo dire, il comune di Bressanone avrebbe dovuto applicare la normativa in materia di pubblici appalti.

28. – Le convenute nella causa principale, cioè la ASM Bressanone S.p.a. e il comune di Bressanone, hanno contestato l'obbligo di espletamento di una pubblica gara. Il comune ha fatto valere a questo proposito di controllare per intero la ASM Bressanone S.p.a., cosicché non vi sarebbe stata attribuzione di un appalto a terzi.

29. – In tale contesto, il *Verwaltungsgericht, Autonome Sektion für die Provinz Bozen*, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se nel caso di attribuzione della gestione di parcheggi pubblici a pagamento, oggetto della materia controversa, si tratti di un appalto di pubblico servizio ai sensi della direttiva 92/50/CEE ovvero di una concessione di pubblico servizio, nei cui confronti si applicano le regole sulla concorrenza della Comunità europea, in particolare gli obblighi di parità di trattamento e trasparenza.

2) Se – qualora si dovesse effettivamente trattare di una concessione di pubblico servizio avente ad oggetto la gestione di un servizio pubblico locale – l'attribuzione della gestione di un pubblico parcheggio a pagamento, che può essere effettuata senza svolgimento di pubblica gara ai sensi dell'art. 44, n. 6, lett. b), della legge regionale 4 gennaio 1993, n. 1, modificata dall'art. 10 della legge regionale 23 gennaio 1998, n. 10, e ai sensi dell'art. 88, n. 6, lett. a) e b), del testo coordinato delle disposizioni sull'ordinamento dei comuni, sia compatibile con il diritto comunitario e, in particolare, con i principi della libera prestazione dei servizi e della libera concorrenza, del divieto di discriminazione e degli obblighi che ne conseguono di parità di trattamento e di trasparenza come pure del principio di proporzionalità, nel caso in cui si tratti di una società per azioni che, conformemente all'art. 115 del decreto

legislativo n. 267/2000, è stata costituita mediante la trasformazione di un'azienda speciale di un comune e il cui capitale azionario al momento dell'attribuzione era detenuto al 100% dal comune, ma il cui Consiglio di amministrazione dispone dei più ampi poteri di ordinaria amministrazione entro un valore di EUR 5000 000 per affare.

30. – Con ordinanza del presidente della Corte 25 maggio 2004, la domanda di intervento presentata dalla Energy Service S.r.l. è stata dichiarata irricevibile.

SULLA PRIMA QUESTIONE

31. – Con la prima questione, il giudice del rinvio chiede se l'attribuzione della gestione dei parcheggi pubblici a pagamento su cui verte la causa principale costituisca un appalto pubblico di servizi, ai sensi della direttiva 92/50, o una concessione di pubblici servizi.

32. – Si deve precisare innanzitutto che non spetta alla Corte qualificare concretamente le operazioni controverse nella causa principale. Infatti, a tale scopo è competente il solo giudice nazionale. Il ruolo della Corte si limita a fornire al detto giudice un'interpretazione del diritto comunitario utile per la decisione da adottare nella controversia che gli è sottoposta.

33. – A tale scopo, la Corte può estrapolare dal fascicolo della causa principale gli elementi pertinenti per l'interpretazione del diritto comunitario.

34. – In tale contesto occorre rilevare che la causa principale riguarda l'attribuzione della gestione di due distinti parcheggi: da una parte, quello situato sulla particella 491/11 e, dall'altro, quello situato sulla particella 491/6.

35. – In relazione al parcheggio di superficie situato sulla particella 491/11, la decisione di rinvio indica solamente che non è stata conclusa alcuna convenzione per il suo sfruttamento. In particolare, la decisione non contiene informazioni relative alle condizioni di remunerazione del gestore di quel parcheggio.

36. – Pertanto, la Corte può solo constatare di non disporre di elementi di informazione sufficienti per procedere a un'interpretazione utile del diritto comunitario in risposta a questa parte della questione.

37. – Per quanto riguarda il parcheggio situato sulla particella 491/6, dalla decisione di rinvio, come rilevato ai punti 24-26 della presente sentenza, risulta che esso era gestito direttamente dal comune di Bressanone da più di dieci anni allorché la gestione è stata affidata, per un periodo di nove anni, alla ASM Bressanone S.p.a. grazie ad una convenzione stipulata da questa e dal detto comune il 19 dicembre 2002. Come corrispettivo per la gestione del parcheggio, la ASM Bressanone S.p.a. riscuote dagli utenti una tassa di parcheggio; essa versa poi al comune di Bressanone un'indennità annuale. Inoltre, la ASM Bressanone S.p.a. acconsente a che il mercato settimanale continui a svolgersi nella zona in questione, assicura il servizio di locazione gratuita di biciclette e si assume l'onere della manutenzione della zona.

38. – Alla luce di questi elementi, si deve intendere che il giudice del rinvio, con la prima questione, chiede in sostanza se l'attribuzione, da parte di un'autorità pubblica ad un prestatore di servizi, della gestione di un parcheggio pubblico a pagamento, per la quale il prestatore riceve come corrispettivo le somme versate dai terzi per l'utilizzo del parcheggio, costituisca un appalto pubblico di servizi, ai sensi della direttiva 92/50, ovvero una concessione di pubblici servizi a cui tale direttiva non è applicabile.

39. – Come risulta dal suo ottavo 'considerando', la direttiva 92/50 si applica agli «appalti pubblici di servizi», i quali sono definiti all'art. 1, lett. a), della stessa come «contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice». Da tale definizione discende che un appalto pubblico di servizi ai sensi di quella direttiva comporta un corrispettivo che è pagato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi.

40. – Nella situazione descritta dalla prima questione, invece, la remunerazione del prestatore di servizi proviene non già dall'autorità pubblica interessata bensì dagli importi versati dai terzi per l'utilizzo del parcheggio di cui si tratta. Tale forma di remunerazione implica che il prestatore assume il rischio della gestione dei servizi in questione, delineando in tal modo una concessione di pubblici servizi. Conseguentemente, in una situazione come quella della causa principale, non si è di fronte ad un appalto pubblico di servizi, ma ad una concessione di pubblici servizi.

41. – A questo proposito, è opportuno rilevare che tale interpretazione è confermata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa

al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (*Gazzetta Ufficiale* L 134, pag. 114), benché essa non fosse applicabile all'epoca dei fatti nella causa principale. Infatti, ai sensi dell'art. 1, n. 4, di questa direttiva, la «“concessione di servizi” è un 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».

42. – È pacifico che le concessioni di pubblici servizi sono escluse dall'ambito di applicazione della direttiva 92/50 (v. ordinanza 30 maggio 2002, causa C-358/00, *Buchhändler-Vereinigung*, *Racc.* pag. 1-4685, punto 28).

43. – Si deve pertanto risolvere la prima questione dichiarando che l'attribuzione, da parte di un'autorità pubblica ad un prestatore di servizi, della gestione di un parcheggio pubblico a pagamento, per la quale il prestatore riceve come corrispettivo le somme versate dai terzi per l'utilizzo del parcheggio, costituisce una concessione di pubblici servizi a cui la direttiva 92/50 non è applicabile.

SULLA SECONDA QUESTIONE

44. – Con la seconda questione il giudice del rinvio chiede in sostanza se l'attribuzione di una concessione di pubblici servizi senza svolgimento di pubblica gara sia compatibile con il diritto comunitario qualora l'impresa concessionaria sia una società costituita mediante la trasformazione di un'azienda speciale di un'autorità pubblica e il cui capitale sociale al momento dell'attribuzione sia interamente detenuto dall'autorità pubblica concedente, il cui Consiglio di amministrazione disponga però dei più ampi poteri di ordinaria amministrazione e possa concludere autonomamente, senza l'accordo dell'assemblea dei soci, taluni negozi entro un valore di cinque milioni di euro.

45. – La questione riguarda, da un lato, la condotta dell'autorità concedente in relazione all'attribuzione di una concessione specifica e, dall'altro, la normativa nazionale che permette l'attribuzione di tale concessione senza bando di gara.

46. – Nonostante il fatto che i contratti di concessione di pubblici servizi, allo stadio attuale del diritto comunitario sono esclusi dalla sfera di applicazione della direttiva 92/50, gli enti aggiudicatori che li stipulano sono comunque tenuti a rispettare le norme fondamentali del Trattato, in generale, e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, in particolare (v., in questo senso, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/1998, *Telaustria* e *Telefonadress*, *Racc.* pag. I-10745, punto 60, e 21 luglio 2005, causa C-231/03, *Coname*, *Racc.*, pag. I-0000, punto 16).

47. – Il divieto di discriminazione in base alla nazionalità è sancito dall'art. 12 CE. Le norme del Trattato più specificamente applicabili alle concessioni di pubblici servizi comprendono in particolare l'art. 43 CE, il cui primo comma enuncia che le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate, e l'art. 49 CE, che dispone, al primo comma, che le restrizioni alla prestazione dei servizi all'interno della Comunità sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione.

48. – Secondo la giurisprudenza della Corte, gli artt. 43 CE e 49 CE sono specifica espressione del principio della parità di trattamento (v. sentenza 5 dicembre 1989, causa C-3/1988 *Commissione/Italia*, *Racc.* pag. 4035, punto 8). Il divieto di discriminazione in base alla nazionalità è parimenti un'espressione specifica del principio generale di parità di trattamento (v. sentenza 8 ottobre 1980, causa 810/1979, *Überschär*, *Racc.* pag. 2747, punto 16). Nella sua giurisprudenza relativa alle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici la Corte ha precisato che il principio della parità di trattamento degli offerenti ha lo scopo di consentire che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte, a prescindere dalla loro nazionalità (v., in questo senso, sentenza 25 aprile 1996, causa C-87/1994, *Commissione/Belgio*, *Racc.* pag. I-2043, punti 33 e 54). Ne risulta che il principio di parità di trattamento tra offerenti deve applicarsi alle concessioni di pubblici servizi anche quando non vi sia discriminazione sulla base della nazionalità.

49. – I principi di parità di trattamento e di non discriminazione sulla base della nazionalità comportano, in particolare, un obbligo di trasparenza, che permette all'autorità pubblica concedente di assicurarsi che tali principi siano rispettati. L'obbligo di trasparenza

che incombe alla detta autorità consiste nella garanzia, a favore di ogni potenziale offerente, di un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura della concessione di servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione (v. in questo senso, sentenza *Telaustria e Telefonadress*, *cit.*, punti 61 e 62).

50. – Spetta all'autorità pubblica concedente valutare, sotto il controllo delle giurisdizioni competenti, se le modalità di gara siano adeguate alle specificità della concessione di pubblici servizi di cui si tratta. Tuttavia, la totale mancanza di gara nel caso di un'attribuzione di concessione di pubblici servizi come quella controversa nella causa principale non è conforme a disposto degli artt. 43 CE e 49 CE, né ai principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza.

51. – Inoltre, l'art. 86, n. 1, CE, stabilisce che gli Stati membri non emanano né mantengono nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi alcuna misura contraria alle norme del Trattato, specialmente a quelle contemplate dagli artt. 12 CE e 81 CE-89 CE.

52. – Ne risulta che gli Stati membri non devono mantenere in vigore una normativa nazionale che consenta l'attribuzione di concessioni di pubblici servizi senza gara, giacché una simile attribuzione viola gli artt. 43 CE o 49 CE o i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza.

53. – Per sostenere che le disposizioni del Trattato e i principi generali menzionati ai punti 46-52 della presente sentenza non si applicano a una concessione di pubblici servizi attribuita in circostanze quali quelle della causa principale sono invocati due argomenti.

54. – Innanzitutto, la ASM Bressanone S.p.a. sostiene che gli artt. 43 CE-55 CE non sono applicabili a una situazione quale quella della causa principale perché si tratta di una situazione puramente interna ad un solo Stato membro, visto che la Parking Brixen, la ASM Bressanone S.p.a. e il comune di Bressanone hanno tutti sede in Italia.

55. – Quest'argomento non può essere accolto. Infatti, non si può escludere che, nella causa principale, imprese stabilite in Stati membri diversi dalla Repubblica italiana potessero essere interessate a fornire i servizi di cui si tratta (v., in questo senso, sentenza *Commissione/Belgio*, *cit.*, punto 33). Ora, in mancanza di pubblicità e di apertura alla concorrenza dell'attribuzione di una concessione di pubblici servizi quale quella di cui alla causa principale, si ha discriminazione, perlomeno potenzialmente, a danno delle imprese degli altri Stati membri che non possono fruire della libertà di fornire servizi e della libertà di stabilimento previste dal Trattato (v., in questo senso, sentenza *Coname*, *cit.*, punto 17).

56. – In secondo luogo, la Repubblica italiana, la ASM Bressanone S.p.a. e il comune di Bressanone fanno valere che l'applicazione delle regole del Trattato e dei principi generali del diritto comunitario a una situazione quale quella controversa nella causa principale è esclusa per il fatto che la ASM Bressanone S.p.a. non è un ente indipendente da quel comune. A sostegno di quest'argomento invocano la sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/1998, *Teckal* (*Racc.* pag. 1-8121, punti 49-51).

57. – A questo proposito, si deve ricordare che, nella citata sentenza *Teckal*, la Corte ha dichiarato che la direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (*Gazzetta Ufficiale* L 199, pag. 1), è applicabile ove un'amministrazione aggiudicatrice, quale un ente locale, decida di stipulare per iscritto, con un ente distinto da essa sul piano formale e autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale, un contratto a titolo oneroso avente ad oggetto la fornitura di prodotti.

58. – In relazione all'esistenza di un tale contratto, la Corte ha precisato, al punto 50 della citata sentenza *Teckal*, che, conformemente all'art. 1, lett. a), della direttiva 93/36, in linea di principio basta che il contratto sia stato stipulato, da una parte, da un ente locale e, dall'altra, da un soggetto giuridicamente distinto da quest'ultimo. Può avvenire diversamente solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti su tale soggetto un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e quest'ultimo realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali detentori.

59. – La Corte ha confermato che le medesime considerazioni si applicano alla direttiva 92/50, relativa agli appalti pubblici di servizi, e alla direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (*Gazzetta Ufficiale* L 199, pag. 54) (v., rispettivamente, sentenze 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle e RPL Lochau*, *Racc.* pag. 1-1, punti 48, 49 e 52, e 13 gennaio 2005, causa C-84/03, *Commissione/Spagna*, *Racc.* pag. 1-139, punto 39).

60. – Queste considerazioni partono dalla premessa che l'applicazione delle direttive 92/50, 93/36 e 93/37 dipende dall'esistenza di un contratto concluso tra due soggetti distinti (v. sentenza Teckal, punti 46 e 49). Ebbene, l'applicazione degli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE, nonché dei principi di uguaglianza, non discriminazione e trasparenza che sono loro collegati, non dipende dall'esistenza di un contratto. Conseguentemente, le considerazioni sviluppate nella giurisprudenza citata ai punti 56-59 della presente sentenza non si applicano automaticamente a quelle disposizioni del Trattato né a quei principi.

61. – Ciò nondimeno, occorre constatare che le dette considerazioni possono essere trasposte alle disposizioni del Trattato e ai principi che si rapportano a concessioni di pubblici servizi escluse dall'ambito di applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici. Infatti, nel settore degli appalti pubblici e delle concessioni di pubblici servizi, il principio di parità di trattamento e le sue specifiche manifestazioni del divieto di discriminazione fondato sulla nazionalità e degli artt. 43 CE e 49 CE trovano applicazione nel caso in cui un'autorità pubblica affidi la prestazione di attività economiche ad un terzo. Al contrario non occorre applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici o di concessioni di pubblici servizi nel caso in cui un'autorità pubblica svolga i compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza far ricorso ad entità esterne (v., in questo senso, sentenza Stadt Halle et RPL Lochau, *cit.*, punto 48).

62. – Di conseguenza, nel settore delle concessioni di pubblici servizi, l'applicazione delle regole enunciate agli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE nonché dei principi generali di cui esse costituiscono la specifica espressione è esclusa se, allo stesso tempo, il controllo esercitato sull'ente concessionario dall'autorità pubblica concedente è analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e se il detto ente realizzata la maggior parte della sua attività con l'autorità detentriche.

63. – Trattandosi di un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le due condizioni enunciate al punto precedente debbono formare oggetto di un'interpretazione restrittiva e l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regole grava su colui che intenda avvalersene (v. sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, *cit.*, punto 46).

64. – Occorre esaminare, innanzitutto, se l'autorità pubblica concedente eserciti sull'ente concessionario un controllo analogo a quello esercitato di propri servizi.

65. – Tale valutazione deve tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti. Da quest'esame deve risultare che l'ente concessionario in questione è soggetto ad un controllo che consente all'autorità pubblica concedente di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti.

66. – Dalla decisione di rinvio si ricava che, in virtù dell'art. 1 dello statuto dell'azienda speciale Servizi Municipalizzati Bressanone, questa costituiva un ente del comune preposto specificamente all'esercizio unitario e integrato dei servizi pubblici locali. Il Consiglio comunale determinava gli indirizzi generali, conferiva il capitale di dotazione, provvedeva alla copertura di eventuali costi sociali, controllava i risultati della gestione ed esercitava la vigilanza strategica, assicurando all'azienda la necessaria autonomia imprenditoriale.

67. – La ASM Bressanone S.p.a. ha invece acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo del comune. In questo senso militano:

a) la trasformazione della Servizi Municipalizzati Bressanone – azienda speciale del comune di Bressanone – in una società per azioni (ASM Bressanone S.p.a.) e la natura di questo tipo di società;

b) l'ampliamento dell'oggetto sociale, giacché la società ha cominciato ad operare in nuovi importanti settori, in particolare quelli del trasporto di persone e merci, dell'informatica e delle telecomunicazioni. Si deve rilevare che la società ha conservato la vasta gamma di attività precedentemente esercitate dall'azienda speciale, tra cui quella di adduzione dell'acqua e di depurazione delle acque reflue, di fornitura di calore ed energia, di smaltimento dei rifiuti e di costruzione di strade;

c) l'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali;

d) l'espansione territoriale delle attività della società e tutta l'Italia e all'estero;

e) i considerevoli poteri conferiti al Consiglio di amministrazione, senza che in pratica venga esercitato alcun controllo gestionale da parte, del comune.

68. – Concretamente, per quanto riguarda i poteri conferiti al detto Consiglio di amministrazione, dalla decisione di rinvio risulta che lo statuto della ASM Bressanone S.p.a., in particolare l'art. 18, affidano a tale organo ampi poteri di gestione della società, poiché dispone della facoltà di adottare tutti gli atti ritenuti necessari per il conseguimento dell'oggetto sociale. Inoltre, il potere, previsto al detto art. 18, di rilasciare garanzie fino al limite di EUR 5.000.000 o di realizzare altre operazioni senza il previo accordo dell'assemblea dei soci indica che tale società dispone di un'ampia autonomia nei confronti dei suoi azionisti.

69. – La decisione di rinvio indica altresì che il comune di Bressanone ha la facoltà di designare la maggioranza dei membri del Consiglio di amministrazione della ASM Bressanone S.p.a.. Tuttavia, il giudice del rinvio sottolinea che il controllo esercitato dal comune è in pratica limitato a quei provvedimenti consentiti ai sensi del diritto societario alla maggioranza dei soci, riducendo così sensibilmente il rapporto di dipendenza che esisteva tra il comune e l'azienda speciale Servizi Municipalizzati Bressanone, soprattutto alla luce degli ampi poteri di cui dispone il Consiglio di amministrazione della ASM Bressanone S.p.a.

70. – Allorché un ente concessionario fruisce di un margine di autonomia caratterizzato da elementi come quelli messi in rilievo ai punti 67-69 della presente sentenza, è escluso che l'autorità pubblica concedente eserciti sull'ente concessionario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

71. – Pertanto, senza che sia necessario verificare se l'ente concessionario realizzi la parte essenziale della sua attività con l'autorità pubblica concedente, l'attribuzione di una concessione di pubblici servizi da parte di un'autorità pubblica a un simile ente non può essere considerata un'operazione interna a quell'autorità, a cui le norme comunitarie sono inapplicabili.

72. – Ne consegue che la seconda questione proposta dev'essere risolta dichiarando quanto segue:

Gli artt. 43 CE e 49 CE nonché i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano a che un'autorità pubblica attribuisca, senza svolgimento di pubblica gara, una concessione di pubblici servizi a una società per azioni nata dalla trasformazione di un'azienda speciale della detta autorità pubblica, società il cui oggetto sociale è stato esteso a nuovi importanti settori, il cui capitale dev'essere a breve termine obbligatoriamente aperto ad altri capitali, il cui ambito territoriale di attività è stato ampliato a tutto il paese e all'estero, e il cui Consiglio di amministrazione possiede amplissimi poteri di gestione che può esercitare autonomamente.

SULLE SPESE

73. – Nei confronti delle parti della causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese (*omissis*).»

Pubblichiamo di seguito le osservazioni svolte dal Governo italiano nelle due cause discusse recentemente in Corte di Giustizia, in cui si dà sommario resoconto dei temi in discussione.

Avvocatura Generale dello Stato – Osservazioni del Governo della Repubblica italiana nella causa C- 410/04 – Questione pregiudiziale (cont. 942/05, avv. dello Stato G. Fiengo).

«In data 5 ottobre 2004 è stata notificata alla Repubblica italiana copia dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale proposta davanti alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE, dal T.A.R. Puglia, nell'ambito di una causa promossa dall'ANAV contro l'affidamento *in house*, da parte del Comune di Bari, del servizio di trasporto pubblico urbano ad un'altra società, interamente partecipata dal Comune stesso.

Con la suindicata ordinanza, il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, propone il seguente quesito:

“*Se sia compatibile con il diritto comunitario, ed in particolare con gli obblighi di trasparenza e libera concorrenza di cui agli artt. 46, 49 e 86 del Trattato CE, l'art. 113, V comma, del decreto legislativo n. 267/2000, come modificato dall'art. 14 decreto legge n. 269/2003, nella parte in cui non pone alcun limite alla libertà di scelta dell'Amministrazione pubblica tra le diverse forme di affidamento del servizio pubblico, ed in particolare tra l'affidamento mediante procedura di gara ad evidenza pubblica e l'affidamento diretto a società da essa interamente controllata*”.

Il Governo della Repubblica italiana osserva quanto segue:

APPLICABILITÀ AL CASO DI SPECIE DEI PRINCIPI SANCITI NELLA SENTENZA RĪSAN.

La Corte di Giustizia ha stabilito che gli affidamenti di pubblici servizi non ricadono nell'ambito precettivo del Trattato, sul presupposto che esso non trova applicazione in vicende che, come il caso di specie, sono circoscritte all'interno di un medesimo Stato membro.

L'Avvocato generale Siegbert Alber affermava nelle sue conclusioni che, trattandosi di una situazione puramente interna ad uno Stato membro, in definitiva non sono qui applicabili le norme sulla libertà di circolazione, cosicché non occorre nemmeno accertare se possa entrare in gioco la deroga prevista dall'art. 55 del Trattato. Né reputa necessario affrontare la questione, implicitamente sollevata dal giudice *a quo*, se dai principi generali del Trattato si ricavi un obbligo generale di ricorrere ad una pubblica gara; tuttavia ritiene che non sia individuabile un tale obbligo (punto 38 Conclusioni).

LIBERTÀ DI SCELTA IN CAPO ALLE AMMINISTRAZIONI SULLE MODALITÀ DI PRESTAZIONE DEI PUBBLICI SERVIZI.

L'art. 16 del Trattato dispone “*Fatti salvi gli articoli 73, 86 e 87, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, la Comunità e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nel campo di applicazione del presente Trattato, provvedono affinché tali servizi funzionino in base ai principi e condizioni che consentano loro di assolvere ai loro compiti*”.

In relazione ai servizi di interesse economico, pertanto, l'esigenza di garantire un servizio universale consente gli affidamenti diretti a condizione che si tenda alla realizzazione di uno scopo pubblico; in altri termini, si deve trattare di attività ascrivibili al novero dei «servizi di interesse generale», quali appunto nel caso di specie il servizio di trasporto locale.

È noto che il concetto di servizio di interesse generale deriva dalla dottrina francese; nel caso Corbeau del 1993, la Corte di Giustizia, chiamata a valutare la compatibilità dell'assetto normativo belga con l'art. 86 del Trattato, ha introdotto l'idea che il servizio postale abbia un *nocciolo duro* (la distribuzione della posta ordinaria), intorno al quale si vengono a costituire dei servizi *a valore aggiunto*, uno dei quali è appunto il servizio di posta celere. Il servizio corrispondente al nocciolo duro, chiamato dalla Corte di Giustizia *servizio universale*, deve essere erogato a tutti ad un prezzo ragionevole a prescindere dalla collocazione territoriale dell'utente. In tal senso viene giustificato il monopolio della *Regie des postes*, in vista della realizzazione di un interesse pubblico di rilevanza essenziale. Pertanto nell'ambito del servizio universale è legittima una ragionevole limitazione della concorrenza, trattandosi in definitiva della realizzazione di un interesse di carattere economico generale.

La nozione di servizio universale indicata dalla Corte di Giustizia penetra quindi nella normativa europea, che mira ad individuare un'area di servizio universale con riferimento ad ogni singola categoria di servizi.

Nella Comunicazione del 20 settembre 2000, è la stessa Commissione Europea a fornire per la prima volta chiarimenti sulla nozione di pubblico servizio nel diritto comunitario. Il termine viene riferito espressamente agli obblighi di servizio pubblico, intesi come quelle prestazioni che il regolatore pubblico può imporre ai soggetti che svolgono l'attività corrispondente a pubblico servizio. La comunicazione collega strettamente l'idea di missione del servizio di interesse generale ai bisogni espressi dai cittadini.

Per i criteri relativi all'organizzazione del servizio si applicano i principi di: *a*) neutralità (quanto alla natura pubblica o privata del prestatore dei servizi); *b*) di libertà di definizione (spetta agli Stati membri definire che cosa considerino servizi d'interesse economico generale); *c*) di sussidiarietà (lasciandosi agli Stati membri la libertà di definire i servizi di interesse generale); *d*) proporzionalità (tra limitazioni della libertà di concorrenza ed obiettivi di interesse pubblico che si intendono perseguire).

In riferimento alla clausola di sussidiarietà, questa deve intendersi nel senso che l'amministrazione è legittimata ad occupare spazi di mercato che altrimenti rimarrebbero aperti all'iniziativa privata solo se si dimostra che l'intervento che si attua nei moduli amministrativi sia più efficiente o efficace a realizzare gli obiettivi di interesse pubblico che ci si propongono. In questi casi non si può parlare di impresa, ma di amministrazione, e quindi si accede alle sfere della libertà di autorganizzazione e/o autoproduzione

In riferimento invece alla proporzionalità, tale principio (enunciato al punto 3.1.3 della comunicazione interpretativa della commissione) assume una valenza generale ed esige, conformemente alla consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, che *“ogni provvedimento adottato sia al tempo stesso necessario ed adeguato rispetto agli scopi perseguiti. Uno Stato membro, infatti, nella scelta dei provvedimenti da adottare deve ricorrere a quelli che comportino le minori turbative per l'esercizio di una attività economica”*.

In definitiva, nell'ordinamento comunitario non è riscontrabile un principio generale in base al quale le amministrazioni debbano provvedere alla gestione dei servizi pubblici locali attraverso il necessario espletamento di una pubblica gara: al contrario viene riconosciuta la massima libertà sulle modalità di prestazione del servizio, fermo restando l'obbligo del rispetto dei principi sanciti dal Trattato nel caso in cui decidano di avvalersi dell'affidamento tramite gara. Infatti, già nella sentenza RISAN, si era escluso che dai principi generali del Trattato potesse ricavarsi un obbligo generale di ricorrere ad una pubblica gara.

Così anche la giurisprudenza del Supremo Organo Nazionale di Giustizia Amministrativa, il Consiglio di Stato, ha affermato che le norme di derivazione comunitaria *“non interferiscono sui poteri delle pubbliche amministrazioni di adottare soluzioni organizzative che siano le più rispondenti alle esigenze che esse stesse ritengano di dover soddisfare, conformemente alle leggi che le disciplinano”* (Consiglio di Stato, n. 5316/2003).

APPLICABILITÀ DEI PRINCIPI SANCITI DALLA CORTE DI GIUSTIZIA NELLA CAUSA C-108/1998 TECKAL E DA ULTIMO RIBADITI NELLA SENTENZA STADT HALLE NELLA CAUSA C-26/03

L'affidamento diretto della gestione del servizio pubblico di trasporti oggetto della presente questione, risulta perfettamente in linea con i principi sanciti dalla Corte in tema di affidamento *in house*: a) controllo analogo a quello svolto sui propri servizi; b) svolgimento dell'attività in prevalenza per l'ente territoriale di riferimento. Il Comune ha pertanto esercitato delle facoltà previste nell'ambito dell'ordinamento comunitario, il quale non pone alcuna limitazione all'affidamento diretto se non quella del rispetto dei principi sopra esposti.

Pertanto, l'*in house providing*, se contenuto entro i suddetti limiti, è insindacabile dal giudice nazionale, il quale andrebbe indebitamente a sostituirsi all'amministrazione pubblica nelle valutazioni di opportunità. Così, sulla scorta delle osservazioni che precedono, le determinazioni dell'amministrazione pubblica saranno censurabili esclusivamente sotto il profilo della ragionevolezza e della proporzionalità dei mezzi impiegati rispetto agli obiettivi prefissati.

Il fine ultimo dell'amministrazione è infatti la migliore realizzazione dell'interesse pubblico, in questo caso la gestione del pubblico servizio: così nell'ambito delle opzioni tutte egualmente possibili spetta alla stessa l'individuazione del mezzo più idoneo. Nel caso di specie, l'affidamento diretto non è qualificabile assolutamente come eccezione alla regola dell'espletamento della gara, visto che entrambi sono qualificabili come mezzi egualmente idonei in vista della migliore gestione del servizio pubblico.

È evidente tuttavia che, nell'ordinamento italiano come in tutti gli ordinamenti conformi al diritto europeo, la concreta scelta amministrativa, ancorché non limitata da specifici criteri (in relazione alla pluralità di circostanze che possono rendere opportuna l'assunzione diretta da parte dei pubblici poteri di un servizio d'interesse generale) resta assoggettata a procedure di ricorso per motivi di legittimità, soprattutto sotto il profilo della motivazione, della logicità e ragionevolezza.

Si propone pertanto di rispondere al quesito posto dal giudice *a quo* nei seguenti termini:

“È compatibile con il diritto comunitario, ed in particolare con gli obblighi di trasparenza e libera concorrenza di cui agli artt. 46, 49 e 86 del Trattato CE, l'art. 113, V comma, del decreto legislativo n. 267/2000, come modificato dall'art. 14 decreto legge n. 269/2003, nella parte in cui non pone alcun limite alla libertà di ragionevole scelta dell'Amministrazione pubblica tra le diverse forme di affidamento del servizio pubblico, ed in particolare tra l'affidamento mediante procedura di gara ad evidenza pubblica e l'affidamento diretto a società da essa interamente controllata”.

Roma, li 23 gennaio 2005 – Avvocato dello Stato Giuseppe Fiengo».

Avvocatura Generale dello Stato – Osservazioni del Governo della Repubblica italiana, nella causa C- 340/04 – Questione pregiudiziale (cons. 51881/04, avv. dello Stato G. Fiengo).

«In data 5 ottobre 2004 è stata notificata alla Repubblica italiana copia dell'ordinanza n. 140/04 del Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, emessa il 30 giugno 2004, con la quale si pongono le seguenti questioni pregiudiziali:

1) *se sia compatibile con la direttiva 93/36/CEE l'affidamento diretto dell'appalto per la fornitura di combustibili e calore per impianti termici di edifici di proprietà o competenza del Comune, e relativa gestione, conduzione, manutenzione (con prevalenza del valore della fornitura), ad una Società per azioni il cui capitale è, allo stato attuale, interamente detenuto da un'altra società per azioni, della quale è a sua volta socio di maggioranza (al 99,98%) il Comune appaltante, ovvero ad una società (AGESP) che non è partecipata direttamente dall'Ente Pubblico, ma da un'altra società (Agesp Holding) il cui capitale è attualmente posseduto al 99,98% dalla Pubblica Amministrazione;*

2) *se il requisito dello svolgimento, da parte dell'impresa alla quale è stata direttamente affidata la fornitura, della parte più importante dell'attività con l'Ente pubblico che la controlla, debba essere accertato facendo applicazione dell'art. 13 della direttiva 93/38/CEE, e possa ritenersi sussistente nel caso in cui la suddetta impresa realizzi la prevalenza dei proventi con l'Ente pubblico controllante o in alternativa, nel territorio dell'Ente stesso».*

L'ordinanza del T.A.R. per la Lombardia ha per oggetto specificatamente la cosiddetta gestione «*in house*» di servizi pubblici da parte di autorità nazionali, prevalentemente locali.

Il paradigma di questa modalità di gestione dei pubblici servizi si sostanzia nella scelta da parte della stazione appaltante di gestire *in proprio* un determinato servizio pubblico, del quale ha la titolarità, affidandolo direttamente ad una Società per Azioni di cui detiene la totalità (o la maggioranza) del capitale sociale e che, normalmente, ha creato a tali precisi fini. Pur potendo apparire come un affidamento ad un terzo, in quanto l'attribuzione del servizio avviene a favore di un soggetto avente formalmente natura giuridica di diritto privato, in realtà questa distinta persona giuridica non rappresenta altro che una *longa manus* della stessa amministrazione pubblica. L'utilità del ricorso a questa particolare modalità di gestione dei servizi pubblici è quella di consentire all'ente pubblico l'utilizzo di strumenti più duttili e flessibili alle esigenze del mercato, pur mantenendo sull'ente affidatario del servizio controlli analoghi a quelli che può esercitare sulle proprie articolazioni interne. L'individuazione e la disciplina di questa particolare modalità di gestione trova fondamento nello stesso diritto comunitario, (si veda al riguardo il *libro verde sui servizi di interesse generale COM(2003)270*, la relazione sullo stesso al Parlamento europeo di Philippe Herzog nonché la successiva conforme risoluzione del Parlamento europeo sul predetto libro verde – punto 35 – ove si parla in maniera espressa del «*diritto all'autoproduzione dei servizi*» da parte degli enti pubblici) ed è stata riconosciuta legittima della stessa Corte di giustizia del Lussemburgo (sentenza Teckal del 18 novembre 1999 in causa C -107/1998).

Il problema posto dal giudice nazionale riguarda le modalità attraverso cui l'ente pubblico esercita sul soggetto affidatario del servizio quel «*controllo gestionale e finanziario stringente*» che, secondo la giurisprudenza comunitaria, consente di assimilarne la struttura ad una propria, particolare, articolazione organizzativa.

In via preliminare si osserva che si tratta di un quesito che non sembra riguardare l'applicazione del Trattato e delle norme comunitarie, quanto piuttosto l'interpretazione del diritto interno al fine di verificare in concreto se si sia in presenza, nel caso dedotto in lite, di un controllo gestionale e finanziario stringente, ai fini dell'applicazione della deroga alla pubblica gara, consentita dalla normativa comunitaria e nazionale.

Già in occasione della causa C 458-03 il T.A.R. di Bolzano ha sollevato una questione analoga in presenza di un controllo finanziario e di gestione, che avveniva attraverso l'articolazione del capitale sociale, del soggetto beneficiario dell'affidamento *in house*, in più comuni di una stessa provincia, nessuno dei quali conseguentemente aveva la maggioranza assoluta della partecipazione. In quella occasione il Governo Italiano ha avuto modo di osservare che l'organizzazione *in house* dei pubblici servizi potesse avvenire legittimamente (secondo il diritto comunitario), allorché il *controllo stringente* fosse comunque nelle mani di un consorzio e/o associazione di enti parimenti pubblici: tale soluzione razionalmente si impone, infatti, allorché la dimensione ridotta di un singolo comune non consente la costitu-

zione di strutture amministrative e finanziarie idonee ad assumere il servizio per il singolo territorio comunale, ma sia necessaria invece la presa in considerazione, sul piano organizzativo e funzionale, di un bacino d'utenza più vasto.

Nel caso sottoposto oggi all'esame di codesta Ecc.ma Corte di Giustizia analoghe esigenze organizzative e funzionali (e, non ultime, di trasparenza nella gestione) impongono al Comune di Busto Arsizio di articolare in più società per azioni le strutture privatistiche affidatarie *in house* di singoli diversi pubblici servizi e di collegare ad un'unica *holding*, di pari proprietà pubblica, il controllo finanziario e gestionale, che l'ente esercita sui gestori di pubblico servizio.

Sembra evidente che si tratta comunque di semplici modalità organizzative nella gestione pubblica dei servizi d'interesse generale in relazione alle quali non hanno ragion d'essere i dubbi sollevati dal giudice nazionale in ordine alla conformità al diritto comunitario. La conferma indiretta della legittimità di siffatto modello organizzativo si ricava dalla stessa ordinanza n. 140/04 del T.A.R. per la Lombardia laddove il giudice rimettente, pur non soffermandosi in modo diffuso sul punto, implicitamente conferma l'intenzione della AGESP (società controllata dall'ente pubblico attraverso una *holding*) di procedere all'acquisto del gasolio con gara ad evidenza pubblica (Confronta pagina 3 dell'ordinanza ove si richiama la richiesta della ricorrente di annullamento del «*bando di gara per la fornitura di gasolio pubblicato il 23/1/2004 da AGESP S.p.A.*».)

La necessità per la AGESP S.p.A., società di diritto privato di procedere all'acquisto di gasolio attraverso gara pubblica, ancorché la sua dipendenza diretta si articoli solo attraverso il controllo di un'altra società (Agest Holding S.p.A) di diritto privato, fa comprendere come, unitariamente considerati il Comune di Busto Arsizio, la Agest Holding S.p.A e la Agesp S.p.A, affidataria del servizio «*in house*» siano unitariamente da considerare come un unico «*organismo di diritto pubblico*», sul quale grava l'onere di procedere ad appalti e forniture attraverso gare, ai sensi delle normative comunitarie e nazionali in materia.

Quanto al secondo quesito si osserva che la materia dei limiti territoriali cui viene ristretta la legittimazione delle società di diritto privato, affidatarie di servizi «*in house*», ad operare – ovviamente attraverso gare pubbliche – in realtà diverse da quelle per le quali sono state costituite è in rapida evoluzione. Lo stesso limite previsto dall'art. comma 1 lettera b) della direttiva 93/38/CEE non si ritrova più nella nuova direttiva 2004/17/CE che ha unificato la disciplina della materia

Nell'ordinamento italiano è stato mantenuto invece, anche a fronte di una recente riforma del settore degli appalti *in house* il comma 6 dell'articolo 113 TUEL sul divieto di partecipazione alle gare da parte «*delle società che in Italia ed all'estero, gestiscono a qualunque titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica, o a seguito dei relativi rinnovi*», fatta salva la norma transitoria di cui al successivo comma 15 *quater* che sposta la data di entrata in vigore del divieto di cui al comma 6 al 1° gennaio 2007.

Si tratta tuttavia di una normativa nazionale che è stata dettata in funzione dell'accelerazione del processo di liberalizzazione dei pubblici servizi locali, ma che, in un assetto definitivo della materia, potrebbe anche venire meno, in quanto il comportamento di una società destinataria di appalti *in house* che partecipa a gare in aree diverse da quelle per le quali è stata costituita (ed è rimasta assegnataria senza gara di servizi) potrebbe ragionevolmente trovare eventuale sanzione sotto altri e diversi aspetti della disciplina della concorrenza.

Su piano strettamente interpretativo del diritto comunitario non sembra che sussistano ragioni per le quali lo svolgimento della parte più importante dell'attività a favore dell'ente pubblico che controlla una società affidataria di pubblici servizi *in house* debba avvenire secondo i parametri previsti dall'articolo 13 della direttiva 93/38/CEE.

Sulla base di tali premesse si suggerisce di rispondere al quesito nel senso:

1) è compatibile con la direttiva 93/36/CEE l'affidamento diretto dell'appalto per la fornitura di combustibili e calore per impianti termici di edifici di proprietà o competenza del Comune, e relativa gestione, conduzione, manutenzione (con prevalenza del valore della fornitura), ad una Società per azioni il cui capitale è, allo stato attuale, interamente detenuto da un'altra società per azioni, della quale è a sua volta socio di maggioranza (al 99,98%) il

Comune appaltante, ovvero ad una società (AGESP) che non è partecipata direttamente dall'Ente Pubblico, ma da un'altra società (Agesp Holding) il cui capitale è attualmente posseduto al 99,98% dalla Pubblica Amministrazione;

2) il requisito dello svolgimento, da parte dell'impresa alla quale è stata direttamente affidata la fornitura, della parte più importante dell'attività con l'Ente pubblico che la controlla, non deve essere necessariamente accertato facendo applicazione dell'art. 13 della direttiva 93/38/CEE e il controllo finanziario e gestionale da parte dell'ente pubblico, che giustifica l'affidamento senza gara di un servizio pubblico può sussistere, ricorrendo determinati presupposti, anche nei casi in cui la suddetta impresa non realizzi la prevalenza dei proventi con l'Ente pubblico controllante o in alternativa, nel territorio dell'Ente stesso.

Roma li, 28 novembre 2004 – Avvocato dello Stato Giuseppe Fiengo.

La direttiva 2004/18/CE e la giurisprudenza comunitaria in materia di appalti e concessioni

(Corte di Giustizia delle Comunità europee, seconda sezione, sentenza 27 ottobre 2005, nelle cause riunite C-187/04 e C-188/04)

1. Il Legislatore comunitario è intervenuto sulla complessa materia degli appalti pubblici di opere, servizi e forniture, unitariamente ridisciplinati dalla Direttiva 2004/18/CE, tanto da costituire un vero e proprio testo unico europeo, ispirato a criteri di semplificazione, trasparenza ed efficienza.

Il testo normativo contiene significative novità anche se alcuni aspetti problematici, al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale, non sono stati trattati dal Legislatore comunitario.

2.1. Sotto il primo profilo, va evidenziato il merito di una compiuta consacrazione normativa della nozione di concessione di servizi, volta a sottolinearne gli elementi distintivi rispetto a quella di appalto di servizi, tratteggiando così una precisa demarcazione dei confini di applicabilità della Direttiva stessa.

A differenza del pubblico appalto di servizi, la concessione di servizi esula infatti dall'ambito di applicazione della Direttiva, essendo caratterizzata dal fatto che la controprestazione che il gestore del servizio in questione ottiene dall'amministrazione aggiudicatrice consiste nel diritto di sfruttare, ai fini della sua remunerazione, la propria prestazione (così la sentenza *Telaustria e Telefonadress*, Corte di Giustizia CE 7 dicembre 2000, causa C-324/1998).

Anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato aveva recepito la predetta distinzione, affermando che la normativa comunitaria impone la scelta dell'affidatario di servizi pubblici previa procedura ad evidenza pubblica quando tale affidamento avvenga attraverso un appalto, caratterizzato da una prestazione resa dall'appaltatore, cui corrisponde una controprestazione economica da parte dell'amministrazione e non anche in caso di concessione, connotata invece dalla gratuità per l'amministrazione (Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2005 n. 272).

Sull'argomento è intervenuta la recentissima sentenza della Corte di Giustizia del 13 ottobre 2005 nella causa *Parking Brixen GmbH* C-458/03 che ha affermato che l'attribuzione, da parte di un'autorità pubblica ad un prestatore di servizi, della gestione di un parcheggio pubblico a pagamento, per la quale il prestatore riceve come corrispettivo le somme versate dai terzi per l'utilizzo del parcheggio, costituisce una concessione di pubblici servizi a cui non è applicabile la direttiva 92/50/CEE.

Tuttavia, la Corte ha altresì affermato che i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano a che un'autorità pubblica attribuisca, senza svolgimento di pubblica gara, una concessione di pubblici servizi a una società per azioni nata dalla trasformazione di un'azienda speciale della detta autorità pubblica, società il cui oggetto sociale è stato esteso a nuovi importanti settori, il cui capitale deve essere a breve termine obbligatoriamente aperto

ad altri capitali, il cui ambito territoriale di attività è stato ampliato a tutto il paese e all'estero e il cui Consiglio di amministrazione possiede amplissimi poteri di gestione che può esercitare autonomamente.

Anche la quasi coeva sentenza della Corte di Giustizia del 27 ottobre 2005, pronunciata su due ricorsi per inadempimento dello Stato Italiano nelle cause riunite C-187/04 e C-188/04, ha ritenuto che la Repubblica Italiana fosse venuta meno agli obblighi che incombono in forza della Direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, avendo l'ANAS affidato la costruzione e gestione di due autostrade ad una S.p.a. mediante concessione diretta non preceduta da pubblicazione di un bando di gara, senza che ne ricorrero i presupposti.

2.2. Particolare rilevanza assumono inoltre, nel nuovo testo normativo, gli strumenti finalizzati a garantire maggiori flessibilità e semplificazione delle procedure, quali i meccanismi di committenza per mezzo delle aste elettroniche, il c.d. dialogo competitivo – che consente alle amministrazioni aggiudicatrici, nelle ipotesi di appalti particolarmente complessi, di contemplare il principio della *par condicio* dei concorrenti con l'esigenza di discutere con ciascun candidato tutti gli aspetti dell'appalto da affidare – il sistema degli accordi quadro, utilizzati per le commesse destinate a ripetersi, che permettono alle amministrazioni di effettuare acquisti a migliori condizioni che tengano conto della continua evoluzione del mercato, soprattutto per i prodotti e i servizi nel settore delle tecnologie, senza dover restare vincolate a condizioni contrattuali non più vantaggiose.

3.1. Quanto alle lacune della nuova disciplina e alle conseguenti tematiche lasciate aperte dall'intervento del legislatore comunitario, vanno evidenziate, in primo luogo, quella degli appalti c.d. sotto soglia, in quanto la Direttiva, al pari delle precedenti direttive unificate, si occupa dei soli appalti con valore superiore ad una certa soglia, pur affermando, anche per gli appalti di modesto rilievo economico, la necessità di rispettare i principi del Trattato ed in particolare i principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi nonché dei principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza.

3.2. In secondo luogo, non viene codificata la delicata figura dell'affidamento *in house*, creata ed elaborata dalla giurisprudenza comunitaria.

Va ricordato, in proposito, che, con la sentenza Teckal (Corte di Giustizia CE, sez. V, sent. 18 novembre 1999, causa C-107/1998), la giurisprudenza comunitaria ha per la prima volta parlato di «*in house providing*» quale modello di organizzazione e gestione di pubblici servizi con il quale le pubbliche amministrazioni realizzano le attività di loro competenza attraverso propri organismi, senza quindi ricorrere al mercato per procurarsi, mediante appalti, i lavori, i servizi e le forniture ad esse occorrenti o per erogare alla collettività, mediante affidamento a terzi, prestazioni di pubblico servizio.

L'affidamento «*in house*», si propone infatti di armonizzare i principi della tutela della concorrenza, codificati nel trattato CE e ribaditi, per il set-

tore dei servizi, dalla Direttiva 92/50/CEE, attuata nel nostro ordinamento con il D.Lgs. 17 marzo 1995 n. 157, con il potere di auto-organizzazione parimenti riconosciuto alle amministrazioni pubbliche degli Stati membri.

La predetta sentenza Teckal ha chiarito che, in caso di contratto stipulato tra una pubblica amministrazione e una persona giuridica formalmente diversa, l'applicazione della normativa europea in tema di appalti pubblici a tutela del libero mercato può essere esclusa, oltre che nei casi previsti dall'art. 6 Direttiva 92/50/CEE, qualora ricorrano contemporaneamente due presupposti: l'amministrazione aggiudicatrice deve esercitare sul soggetto aggiudicatario un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi e il soggetto aggiudicatario deve realizzare la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti pubblici che lo controllano.

Sulla scia di tale apertura della giurisprudenza comunitaria, il Legislatore italiano ha recentemente disciplinato, nel settore dei servizi pubblici locali, la possibilità di affidamento diretto del servizio a società miste a condizione che il socio privato sia scelto mediante gara e quella dell'affidamento «*in house*» a società interamente a capitale pubblico, ricorrendo i presupposti delineati dalla citata sentenza Teckal.

Com'è noto, l'art. 113, comma 5 testo unico sugli enti locali (D.Lgs n. 267 del 18 agosto 2000) come sostituito dall'art. 35 legge n. 448 del 28 dicembre 2001, ulteriormente modificato dall'art. 14 decreto-legge n. 269 del 30 settembre 2003 convertito in legge n. 326 del 2003, prevede una triplice alternativa per l'erogazione del servizio pubblico, con conferimento della titolarità del servizio: *a*) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica; *b*) a società a capitale misto pubblico-privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza; *c*) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

In base alla predetta norma, quindi, l'affidamento «*in house*» (lett. *c*) prevede *aa*) la totale partecipazione pubblica; *bb*) un rapporto che determina, da parte dell'amministrazione controllante, un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato; *cc*) lo svolgimento esclusivo o largamente preponderante dell'attività svolta dalla società partecipata a favore dell'ente pubblico che la controlla, affinché non venga alterata la *par condicio* tra imprese concorrenti presenti sul mercato, trattandosi in tal caso di organismo che non sta sul mercato o che vi sta in posizione del tutto marginale, svolgendo la parte più importante della propria attività a favore dell'ente controllante.

Da ultimo, va però segnalata la recente sentenza Stadt Halle (Corte di Giustizia CE, sez. I, sent. 11 gennaio 2005, causa C-26/03) che ha fortemente ridimensionato lo spazio di deroga alla disciplina comunitaria a tutela della concorrenza e della libera circolazione dei servizi, affermando che l'art. 11,

n. 3 della direttiva 92/50, in quanto disposizione derogatoria alle norme comunitarie intese a garantire l'effettività dei diritti conferiti dal Trattato CE nel settore degli appalti pubblici di servizi, deve essere interpretato restrittivamente e pertanto, nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva 92/50/CEE, con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale la detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private, le procedure di affidamento degli appalti pubblici previste dalla citata direttiva debbono sempre essere applicate.

A seguito di tale pronuncia, l'ambito che sfugge all'applicazione della normativa comunitaria in materia di concorrenza, resta quindi circoscritto ai contratti a titolo gratuito e a quelli in cui vi è una totale partecipazione pubblica dell'amministrazione aggiudicatrice.

Peraltro, va ricordato che un orientamento ancor più restrittivo è stato espresso dal Consiglio di Stato con la recente pronuncia (sez. V, ord. 22 aprile 2004 n. 2316) che ha rimesso alla Corte di Giustizia CE la questione pregiudiziale sulla compatibilità con il diritto comunitario e, in particolare, con la libertà della prestazione di servizi, il divieto di discriminazione e l'obbligo di parità di trattamento, trasparenza e libera concorrenza, di cui agli artt. 12, 45, 46 e 86 del Trattato CE, dell'affidamento diretto, ossia in deroga ai sistemi di scelta del contraente di cui alla direttiva 92/50/CEE, di un servizio pubblico ad una società per azioni a capitale interamente pubblico (analogo ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia CE è stata adottata dal TAR Puglia Bari, sez. III, 8 settembre 2004 n. 885).

Molti problemi sono quindi ancora aperti e c'è da domandarsi quale sorte avrà l'art. 113 testo unico sugli enti locali, ricalcato sui principi enunciati dalla citata sentenza Teckal, fortemente ridimensionati dalla successiva giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia CE.

Avv. Wally Ferrante

Corte di Giustizia delle Comunità europee, seconda sezione, sentenza 27 ottobre 2005 nelle cause riunite C-187/04 e C-188/04 – Ricorsi per inadempimento ai sensi dell'art. 226 CE, presentati il 22 aprile 2004 – Commissione delle Comunità europee (ag. K. Wiedner) c/ Repubblica italiana (ag. I.M. Braguglia, avv. dello Stato M. Fiorilli) – Pres. C.W.A. Timmermans – Rel. J. Makarczyk – Avv. Gen. D. Ruiz-Jarabo Colomer.

«(Omissis) 1. – Con i suoi ricorsi, la Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di constatare che, in quanto l'ente pubblico ANAS S.p.A. ha affidato la costruzione e la gestione delle autostrade della Valtrompia, da un lato, e della Pedemontana Veneta Ovest, dall'altro, alla Società per l'autostrada Brescia-Verona-Vicenza-Padova pA (in prosieguo: la «società concessionaria») mediante concessione diretta attuata per mezzo di una convenzione stipulata il 7 dicembre 1999 non preceduta da pubblicazione di un bando di gara, senza che ne ricorressero i presupposti, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono in forza della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (G.U. L 199, pag. 54), ed in particolare degli artt. 3, n. 1, e 11, nn. 3, 6 e 7 di quest'ultima.

Ambito normativo

2. – L'art. 1 della direttiva 93/37 prevede:

«Ai fini della presente direttiva:

a) gli «appalti pubblici di lavori» sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra un imprenditore e un'amministrazione aggiudicatrice di cui alla lettera b), aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di lavori relativi ad una delle attività di cui all'allegato II o di un'opera di cui alla lettera c) oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice; (...)

c) s'intende per «opera» il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile che di per sé espliciti una funzione economica o tecnica;

d) la «concessione di lavori pubblici» è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di cui alla lettera a), ad eccezione del fatto che la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo; (...).

3. – L'art. 3, n. 1, di questa direttiva è così formulato:

«Qualora le amministrazioni aggiudicatrici concludano un contratto di concessione di lavori pubblici, le norme di pubblicità definite all'articolo 11, paragrafi 3, 6, 7 e da 9 a 13, nonché all'articolo 15 sono applicabili a tale contratto se il suo valore è pari o superiore a 5.000.000 di ecu».

4. – L'art. 7, n. 3, della stessa direttiva è così redatto:

«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. Una relazione deve essere presentata alla Commissione, su sua richiesta;

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 paragrafo 2. Le circostanze invocate per giustificare l'urgenza imperiosa non devono in alcun caso essere imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici;

d) per i lavori complementari che non figurano nel progetto inizialmente aggiudicato né 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; (...).

5. – L'art. 11 della direttiva 93/37 stabilisce:

«(...) 3. Le amministrazioni aggiudicatrici che intendono ricorrere alla concessione di lavori pubblici rendono nota tale intenzione con un bando di gara. (...)

6. I bandi di gara e gli avvisi di cui ai paragrafi da 1 a 5 sono redatti conformemente ai modelli che figurano negli allegati IV, V e VI e precisano le informazioni richieste nei suddetti allegati.

Le amministrazioni aggiudicatrici non possono esigere condizioni diverse da quelle previste agli articoli 26 e 27 allorché domandano informazioni sulle condizioni di carattere economico e tecnico che esse esigono dagli imprenditori per la loro selezione (allegato IV sezione B, punto 11, allegato IV, sezione C, punto 10, e allegato IV, sezione D, punto 9).

7. I bandi di gara e gli avvisi di cui ai paragrafi da 1 a 5 sono inviati dalle amministrazioni aggiudicatrici, nei termini più brevi e per le vie più appropriate, all'Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee. Nel caso della procedura accelerata di cui all'articolo 14, i bandi di gara sono inviati per telex, telegramma o fax.

L'avviso di cui al paragrafo 1 è inviato il più rapidamente possibile dopo che sia stata adottata la decisione che autorizza il programma in cui si inquadrano gli appalti di lavori che le amministrazioni aggiudicatrici intendono attribuire.

L'avviso di cui al paragrafo 5 è inviato al più tardi quarantotto giorni dopo la stipulazione del contratto d'appalto in questione».

FATTI ALL'ORIGINE DELLE CONTROVERSIE E FASE PRECONTENZIOSA DEL PROCEDIMENTO

6. – La costruzione e la gestione delle autostrade della Valtrompia e della Pedemontana Veneta Ovest sono state affidate dall'ANAS alla società concessionaria mediante due concessioni, attribuite per mezzo di una convenzione stipulata il 7 dicembre 1999 in revisione di una precedente convenzione del 21 dicembre 1972 e successivi atti aggiuntivi ed approvata con decreto interministeriale del 21 dicembre 1999, poi registrato dalla Corte dei conti in data 11 aprile 2000.

7. – Le concessioni di cui trattasi, attribuite senza previa pubblicazione di un bando di gara ai sensi della direttiva 93/37, prevedevano una serie di lavori miranti a completare e sviluppare la rete autostradale, ossia la costruzione di due raccordi: il primo, tra l'autostrada A/4 Brescia-Padova e la Valtrompia, costituito da due rami consecutivi, il secondo, tra l'autostrada A/4 (Comune di Montebello-Vicentino) e l'autostrada A/31 (Comune di Thiene).

8. – Ritenendo che la Repubblica italiana fosse venuta meno agli obblighi che ad essa incombono in forza della direttiva 93/37, la Commissione ha avviato nei confronti di tale Stato membro il procedimento per inadempimento di cui all'art. 226 CE.

9. – Dopo aver indirizzato a tale Stato, in data 18 ottobre 2002, una lettera di costituzione in mora alla quale le autorità italiane non hanno risposto, la Commissione, in data 11 luglio 2003, ha emesso un parere motivato, invitando tale Stato membro ad adottare le misure necessarie per conformarsi entro due mesi a decorrere dalla sua notifica. Poiché le autorità italiane non hanno dato seguito a tale parere, la Commissione ha deciso di introdurre il presente ricorso.

10. – Con ordinanza 19 ottobre 2004 del presidente della Corte, le cause C-187/04 e C-188/04 sono state riunite ai fini dell'eventuale fase orale del procedimento e della sentenza.

SUI RICORSI

Argomenti delle parti

11. – A sostegno dei suoi ricorsi, la Commissione fa valere che le concessioni relative alla costruzione e alla gestione delle autostrade della Valtrompia e della Pedemontana Veneta Ovest affidate alla società concessionaria rientrano nell'art. 1, lett. d), della direttiva 93/37. Essa sostiene inoltre che le autostrade oggetto dei lavori di cui trattasi costituiscono opere ai sensi dell'art. 1, lett. c), della detta direttiva.

12. – Dopo aver ricordato che il costo dei contratti di costruzione e di gestione delle autostrade della Valtrompia e della Pedemontana Veneta Ovest supera ampiamente il limite stabilito dalla direttiva 93/37, la Commissione fa valere che i detti contratti avrebbero dovuto costituire oggetto di pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*, ai sensi degli artt. 3, n. 1, e 11, nn. 3, 6 e 7, della direttiva 93/37.

13. – Il governo italiano fa presente, in primo luogo, che, secondo l'interpretazione delle disposizioni nazionali pertinenti, i lavori consistenti nell'ammodernamento, nell'ampliamento o nel completamento delle autostrade in funzione, quali, tra l'altro, i raccordi autostradali e i collegamenti tra le varie autostrade, costituiscono opere che rientrano negli interventi ricompresi nel normale esercizio della concessione originaria. Pertanto, la direttiva 93/37 non troverebbe applicazione.

14. – In secondo luogo, esso fa valere che solo mediante la razionalizzazione e l'assorbimento di una parte dei costi da parte della società concessionaria, il cui azionariato è costituito prevalentemente da enti locali, è possibile procedere all'investimento necessario alla realizzazione dei raccordi autostradali di cui trattasi.

15. – A tal riguardo, il governo italiano sostiene che, se i raccordi di cui trattasi costituissero oggetto di una concessione autonoma, questa non consentirebbe il recupero dei costi di investimento, qualunque fosse la durata della concessione prevista. Di conseguenza, un eventuale bando di gara per l'attribuzione della concessione autonoma nella presente fattispecie si tradurrebbe nell'assenza di concorrenti o porterebbe al fallimento dell'aggiudicatario della concessione.

16. – In terzo luogo, tale governo contesta la qualificazione dei lavori relativi ai raccordi autostradali di cui è causa come opera ai sensi dell'art. 1, lett. c), della direttiva 93/37, in quanto l'infrastruttura autostradale di cui trattasi sarebbe priva di una funzione tecnica ed economica autonoma.

17. – Per quanto riguarda l'argomento del governo italiano secondo cui la realizzazione dei raccordi autostradali rientrerebbe nell'esercizio delle concessioni originarie, la Commissione fa valere che, in quanto, nella fattispecie, l'amministrazione aggiudicatrice ha rinegoziato la concessione originaria approvando anche un nuovo piano finanziario, i lavori di cui trattasi non possono essere qualificati come semplici interventi rientranti nelle concessioni originarie, poiché queste ultime sono state sostituite da nuove concessioni.

18. – Per quanto riguarda la nozione di «opera» ai sensi dell'art. 1, lett. c), della direttiva 93/37, e più in particolare la funzione tecnica o economica autonoma che quest'opera dovrebbe esplicare di per sé, la Commissione precisa, da un lato, che la funzione tecnica autonoma non comporta necessariamente che l'opera sia priva di connessioni con altre opere e, dall'altro, che la funzione economica deve riferirsi all'opera stessa e non alla sua gestione. Pertanto, la mancanza di remuneratività della concessione, derivante dalla decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di imporre tariffe che consentono solo di sostenere il costo di manutenzione della detta opera, non potrebbe giustificare il mancato rispetto delle norme di pubblicità.

Giudizio della Corte

19. – Dall'art. 3, n. 1, della direttiva 93/37 risulta che le norme di pubblicità relative agli appalti di lavori si applicano anche nel caso in cui le amministrazioni aggiudicatrici concludono un contratto di concessione di lavori pubblici.

20. – In via preliminare, occorre rilevare che, ai sensi dell'art. 1, lett. a) e d), della direttiva 93/37, una concessione di lavori pubblici è un contratto a titolo oneroso, concluso in forma scritta tra, da un lato, un imprenditore e, dall'altro, un'amministrazione aggiudicatrice definita nello stesso articolo *sub b)*, e avente per oggetto l'esecuzione di un certo tipo di lavori, la cui controprestazione consiste nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

21. – Orbene, occorre constatare, in primo luogo, che, nella fattispecie, alla società concessionaria è stato accordato, come controprestazione della costruzione di raccordi autostradali, il diritto di gestire l'opera e di riscuotere un pedaggio da parte degli utenti. Di conseguenza, i contratti di cui trattasi costituiscono «concessioni di lavori pubblici» ai sensi dell'art. 1, lett. d), della direttiva 93/37.

22. – In secondo luogo, in relazione al loro valore, è pacifico che i contratti relativi alla costruzione e alla gestione delle autostrade della Valtrompia e della Pedemontana Veneta Ovest rientrano nel campo di applicazione della direttiva 93/37.

23. – In terzo luogo, per quanto riguarda gli argomenti del governo italiano secondo cui, da un lato, in forza delle disposizioni nazionali pertinenti, i lavori di cui trattasi sarebbero opere che rientrano negli interventi compresi nel normale esercizio della concessione originaria ai quali non si applicherebbe la direttiva 93/37, e, dall'altro, un eventuale bando di gara per l'attribuzione della concessione autonoma si sarebbe tradotto in una mancanza di concorrenti, occorre ricordare che si può far ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione preliminare di un bando di gara solo nei casi tassativamente elencati all'art. 7, n. 3, di tale direttiva.

24. – A tal riguardo occorre rilevare che, secondo una giurisprudenza costante, le disposizioni di una direttiva che autorizzano deroghe alle norme miranti a garantire l'efficacia dei diritti conferiti dal Trattato nel settore degli appalti di lavori pubblici devono essere interpretate restrittivamente e che l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano una deroga grava su colui che intenda avvalersene (sentenze 18 maggio 1995, causa C-57/1994, Commissione/Italia, *Racc.* pag. I-1249, punto 23; 28 marzo 1996, causa C-318/1994, Commissione/Germania, *Racc.* pag. I-1949, punto 13, e 13 gennaio 2005, causa C-84/03, Commissione/Spagna, *Racc.* pag. I-139, punto 48).

25. – Ora, il governo italiano non ha dimostrato l'esistenza di una situazione che giustificasse l'applicazione di una delle eccezioni previste dalla direttiva 93/37, in particolare di quelle che figurano all'art. 7, n. 3, lett. a) e d), della stessa.

26. – In quarto luogo, dall'art. 1, lett. c), della direttiva 93/37 risulta che l'esistenza di un'opera dev'essere valutata in relazione alla funzione economica o tecnica del risultato dei lavori effettuati.

27. – Ora, come rileva il governo italiano, la costruzione e la gestione di due nuovi raccordi autostradali sono, da un punto di vista tecnico, destinate a collegare le zone scelte al fine di risolvere i gravi problemi di viabilità cui devono far fronte i comuni. Il risultato dell'insieme dei lavori di genio civile di cui trattasi esplica quindi di per sé la funzione tecnica.

28. – Per quanto riguarda la funzione economica cui fa riferimento la direttiva 93/37, occorre constatare che un concessionario di autostrada, in quanto mette a disposizione degli utenti contro un corrispettivo un'infrastruttura autostradale, svolge un'attività economica (v., in tal senso, sentenza 12 settembre 2000, causa C-276/1997, Commissione/Francia, *Racc.* pag. I-6251, punto 32). La mancanza di una redditività autonoma delle concessioni di cui è causa non è tale da privare l'insieme dei lavori di cui trattasi del carattere di opera ai sensi della direttiva 93/37.

29. – In ogni caso, affinché il risultato dei lavori possa essere qualificato come opera ai sensi dell'art. 1, lett. c), della direttiva 93/37, è sufficiente che sia esplicita una delle due funzioni sopra menzionate.

30. – Da quanto precede risulta che le censure della Commissione sono fondate.

31. – In tale contesto, occorre constatare che, in quanto l'ente pubblico ANAS ha affidato la costruzione e la gestione delle autostrade della Valtrompia e della Pedemontana Veneta Ovest alla società concessionaria mediante concessioni dirette non precedute da pubblicazione di un bando di gara, senza che ne ricorressero i presupposti, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono in forza della direttiva 93/37, e più in particolare dei suoi artt. 3, n. 1, e 11, nn. 3, 6 e 7.

SULLE SPESE

32. – Ai sensi dell'art. 69, n. 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Poiché la Commissione ne ha fatto domanda, la Repubblica italiana, rimasta soccombente, va condannata alle spese.

Per questi motivi, la Corte (Seconda Sezione) dichiara e statuisce:

1) *In quanto l'ente pubblico ANAS S.p.A. ha affidato la costruzione e la gestione delle autostrade della Valtrompia e della Pedemontana Veneta Ovest alla Società per l'autostrada Brescia-Verona-Vicenza-Padova S.p.A. mediante concessioni dirette non precedute da pubblicazione di un bando di gara, senza che ne ricorressero i presupposti, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono in forza della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, e più in particolare degli artt. 3, n. 1, e 11, nn. 3, 6 e 7 di quest'ultima.*

2) *La Repubblica italiana è condannata alle spese».*

I GIUDIZI IN CORSO ALLA CORTE DI GIUSTIZIA CE

Causa C-123/04 e C-124/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Arricchimento dell'uranio – Impresa avente sede fuori dal territorio comunitario – Obblighi di notifica nei confronti della Agenzia per l'approvvigionamento dell'EURATOM – Violazione – Materie fissili speciali – Diritto di utilizzazione di consumo – Articolo 75 CEEA – Articolo 86 CEEA – Articolo 87 CEEA – Articolo 196 CEEA – Ordinanza dell' Oberlandesgericht Oldenburg (Germania) del 17 dicembre 2003 (cs. 35096/04, avv. dello Stato M. Fiorilli).

IL FATTO

La questione pregiudiziale è stata sollevata in un giudizio nel quale si controverte del diritto alla riconsegna di più cilindri di uranio arricchito, stoccati presso una delle parti, che sono stati oggetto di pignoramento da parte di altro soggetto.

I QUESITI

1. – Se nelle espressioni «trattamento, trasformazione e formattazione» di cui all'art. 75, primo comma, del Trattato CEEA, sia ricompreso anche l'arricchimento dell'uranio.

2. – Se un'impresa avente sede al di fuori del territorio della CEEA svolga interamente o in parte le sue attività, ai sensi dell'art. 196, lett. *b*), del Trattato CEEA, nel territorio della Comunità Euratom, qualora intratenga con un'impresa avente sede nel territorio della Comunità Euratom una relazione d'affari concernente:

a) la consegna di materie prime per la produzione di uranio arricchito e l'acquisizione di uranio arricchito presso l'impresa avente sede nel territorio della Comunità Euratom;

b) il relativo stoccaggio presso un'altra impresa avente sede nel territorio della Comunità Euratom.

3.a. – Se, a prescindere dalle variazioni fisiche dovute alla trasformazione, l'art. 75, primo comma, lett. *e*), del Trattato CEEA presupponga l'identità tra i materiali consegnati per il trattamento, la trasformazione o la formattazione e quelli successivamente riconsegnati.

3.b. – Se sia, invece, sufficiente che i materiali lavorati corrispondano, per qualità e quantità, ai materiali consegnati.

3.c. – Se l'applicazione dell'art 75, primo comma, lett. *e*), del Trattato CEEA resti esclusa qualora ai materiali riconsegnati non possa essere ricollegato alcun materiale consegnato dal destinatario;

3.d. – Se l'applicazione dell'art. 75, primo comma, lett. *e*) resti esclusa qualora l'impresa che procede alla lavorazione con la consegna delle materie prime ne acquisisca la proprietà e debba pertanto ritrasferire all'altro contraente la proprietà dell'uranio arricchito, dopo la lavorazione.

4.a. – Se l'applicazione dell'art. 75 del Trattato CEEA resti esclusa qualora le persone o le imprese interessate non soddisfino i loro obblighi di notifica nei confronti dell'Agenzia per l'approvvigionamento dell'Euratom ai sensi dell'art. 75, secondo comma, del Trattato CEEA.

4.b. – Se la violazione degli obblighi di notifica nei confronti dell'Agenzia per l'approvvigionamento Euratom, ex art. 75, secondo comma, del Trattato CEEA, risulti sanata qualora le persone o le imprese interessate adempiano a posteriori il loro obbligo di notifica, ovvero qualora l'Agenzia venga successivamente a conoscenza del negozio in altro modo.

5.a. – Se il fatto che i soggetti contraenti non abbiano raccolto il necessario preventivo consenso della Commissione delle Comunità europee implichi l'inefficacia di un accordo o di una convenzione ai sensi dell'art. 73 del Trattato CEEA.

5.b. – Se l'inefficacia del negozio possa eventualmente essere sanata qualora le persone o le imprese interessate ottengano a posteriori il consenso, ovvero qualora gli organismi della Comunità Euratom rimangano inerti dopo aver avuto conoscenza del negozio in altro modo.

6.a. – Se sia vietato disporre dei materiali, nel senso dell'art. 57, primo comma, del Trattato CEEA, qualora il produttore interessato non abbia soddisfatto il suo obbligo di offerta a favore dell'Agenzia per l'approvvigionamento Euratom di cui all'art. 57, n. 2, secondo comma, del Trattato CEEA.

6.b. – Se la violazione dell'obbligo di offerta ex art. 57, n. 2, secondo comma, del Trattato CEEA nei confronti dell'Agenzia per l'approvvigionamento Euratom possa sanarsi nel caso in cui il produttore abbia soddisfatto successivamente il suo obbligo di offerta, ovvero l'Agenzia venga successivamente a conoscenza del negozio in altro modo e non si avvalga del suo diritto di opzione per l'acquisto.

7. – Se il concetto di produzione di cui all'art. 86 del Trattato CEEA comprenda anche l'arricchimento di uranio.

8. – Se l'uranio greggio e l'uranio a debole arricchimento siano «materie fissili speciali» ai sensi dell'art. 197, n. 1, ultimo periodo, del Trattato CEEA.

9.a. – Se i materiali che sono divenuti proprietà della Comunità Euratom, ai sensi dell'art. 86, primo comma, del Trattato CEEA, possono essere sottoposti al regime della proprietà di diritto civile ai sensi del paragrafo 903 del BGB, per quanto riguarda la costituzione e il trasferimento del diritto

9.b. – Se l'illimitato diritto di utilizzazione e di consumo, che residua a favore degli aventi diritto in forza dell'art. 87 del Trattato CEEA, vada considerato come un diritto reale *sui generis* identico o simile al diritto di proprietà accanto ai diritti reali contemplati dal codice civile della Repubblica federale di Germania.

10. – Se il fatto che un'impresa ceda od acquisti uranio arricchito stoccato nel territorio degli Stati membri della Comunità Euratom implichi che essa svolga in tale territorio una parte delle sue attività ai sensi dell'art. 196, lett. b), del Trattato CEEA.

11. – Se l'art. 73 del Trattato CEEA vada applicato per analogia anche a convenzioni che hanno ad oggetto l'uranio arricchito stoccato nel territorio della Comunità Euratom, ma alle quali partecipano esclusivamente soggetti appartenenti a Stati terzi.

Causa C-229/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Diritti del consumatore – Contratti a domicilio – Mutuo immobiliare – Direttiva 85/577/CEE – Ordinanza del «*Verwaltungsgerichtshof*» (Austria), notificata il 21 luglio 2004 (cs. 39035/04, avv. dello Stato D. Del Gaizo).

IL FATTO

La ricorrente nelle tre cause principali, una banca popolare, richiede ai convenuti nelle cause principali il rimborso dei mutui da essa rispettivamente loro concessi per l'acquisto di miniappartamenti in una «*Boarding-House*» (*residence*) a Steinenbronn, nei pressi di Stoccarda.

I QUESITI

1. – Se sia compatibile con l'art. 1, n. 1, della direttiva 85/577/CEE, subordinare i diritti del consumatore, in particolare il suo diritto di recesso, non solo alla condizione che il contratto sia stato stipulato a domicilio, ai sensi dell'art. 1, n. 1, della direttiva, bensì anche ad altri criteri di imputabilità aggiuntivi, come quello del consapevole coinvolgimento di un terzo da parte del commerciante nella conclusione del contratto o quello della negligenza del commerciante con riguardo alla condotta del terzo nella stipulazione di contratti a domicilio.

2. – Se sia compatibile con l'art. 5, n. 2, della direttiva 85/577/CEE il fatto che, nell'ambito di un mutuo immobiliare, il mutuatario, che abbia non solo stipulato il contratto di mutuo a domicilio, ma che, contemporaneamente e sempre a domicilio, abbia ordinato che il versamento del capitale avvenisse su un conto praticamente sottratto alla sua disponibilità, in caso di recesso sia tenuto a rimborsare al mutuante l'importo mutuato.

3. – Se sia compatibile con l'art. 5, n. 2, della direttiva 85/577/CEE il fatto che, nell'ambito di un mutuo immobiliare, il mutuatario – sempre che a seguito del recesso sia tenuto a rimborsare l'importo mutuato – debba rimborsare tale importo non alle scadenze rateali pattuite nel contratto bensì immediatamente ed in un'unica soluzione.

4. – Se sia compatibile con l'art. 5, n. 2, della direttiva 85/577/CEE il fatto che, nell'ambito di un mutuo immobiliare, il mutuatario – sempre che a seguito del recesso sia tenuto a rimborsare l'importo mutuato – debba anche versare gli interessi al tasso di mercato.

Causa C-231/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Impossibilità di utilizzare la denominazione «Tocai friulano» e «Tocai italico» dopo il 31 marzo 2007 a causa degli accordi intervenuti fra le Comunità europee e la Repubblica di Ungheria del 1991 e del 1993, come recepiti in diritto comunitario – Regolamento (CEE) n. 753/2002 – Ordinanza del TAR per il Lazio 23 febbraio 2004 (ct 42806/04, avv. dello Stato M. Fiorilli).

IL FATTO

Si impugna il decreto delle Ministero per le politiche agricole forestali 26 settembre 2002 concernente «Condizioni nazionali per l'utilizzo, in deroga al disposto nell'articolo 19 paragrafo 1 lettera c) del Regolamento (CE) n. 753/2002, dei nomi di varietà di vite e dei loro sinonimi comprendenti

una indicazione geografica, elencati nell'allegato II del citato regolamento, che possono figurare nelle etichettature dei VQPRD e vini IGT italiani», nella parte in cui nell'allegato I, per il Tocai friulano e il Tocai italico consente la deroga in misura limitata, fino al 31 marzo 2007, secondo l'accordo tra l'Unione europea e la Repubblica di Ungheria.

I QUESITI

1. – Se l'Accordo europeo istituente un'associazione tra la Comunità Europea, gli Stati membri e la Repubblica d'Ungheria, stipulato il 16 dicembre 1991 (*Guce* L 347 del 31 dicembre 1993) possa costituire una base giuridica legittima, valida e sufficiente per conferire alla Comunità europea il potere di adottare l'Accordo comunitario sulla tutela delle denominazioni dei vini concluso il 29 novembre 1993 (*Guce* L 337 del 31 dicembre 1993) tra la Comunità europea e la Repubblica d'Ungheria; e ciò anche con riferimento a quanto previsto all'art. 65, part. 1, della dichiarazione comune n. 13 e all'Allegato XIII (punti 3,4 e 5) dell'Accordo europeo del 1991 circa l'eventuale riserva di sovranità e competenza dei singoli Stati in materia di denominazioni geografiche nazionali riferite ai propri prodotti agroalimentari, compresi i prodotti vitivinicoli, escludendo qualsiasi trasferimento di sovranità e competenza in tale materia alla Comunità Europea.

2. – Se l'Accordo comunitario sulla tutela delle deonominazioni dei vini, concluso il 29 novembre 1993 tra la Comunità europea e la Repubblica d'Ungheria (*Guce* L 337/1993), disciplinando la tutela delle denominazioni geografiche rientranti nella materia della proprietà industriale e commerciale, anche alla luce di quanto affermato nel Parere n. 1/1994 della Corte di giustizia della Comunità europea in ordine alla competenza esclusiva della CE, debba essere dichiarato invalido ed inefficace per l'ordinamento comunitario, considerato che non risulta ratificato l'Accordo medesimo da parte dei singoli Stati membri della Comunità europea

3. – Nel caso in cui si dovesse considerare legittimo ed applicabile nel suo complesso l'Accordo comunitario del 1993 (*Guce* L 337/1993), se il divieto di utilizzare in Italia dopo il 2007 la denominazione «*Tocai*», che si ricava dalle lettere scambiate fra le parti a conclusione dell'Accordo medesimo (e ad esso allegate) debba ritenersi invalido ed inefficace perché in contrasto con la disciplina delle denominazioni omonime stabilito dallo stesso Accordo del 1993 (cfr. art. 4, par. 5 e Protocollo allegato all'Accordo).

4. – Se la Seconda Dichiarazione Comune allegata all'Accordo del 1993 (*Guce* L 337/1993), da cui si deduce che le parti contraenti non erano al corrente, al momento dei negoziati, dell'esistenza di denominazioni omonime relative ai vini europei ed ungheresi debba essere considerata una rappresentazione sicuramente errata della realtà (visto che le denominazioni italiane ed ungheresi riferite ai vini «*Tocai*» esistevano e convivevano da secoli, erano state ufficialmente riconosciute nel 1948 in un Accordo tra l'Italia e l'Ungheria ed erano entrate da ultimo nella normativa comunitaria) così da costituire una causa di nullità della parte dell'Accordo del 1993 da cui deriva il divieto di utilizzare in Italia la denominazione *Tocai*, sulla base dell'art. 48 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati.

5. – Se alla luce dell'art. 59 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati, l'Accordo TRIP'S sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (*Guce* L 336 del 21 novembre 1994) concluso nel quadro dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC-WTO) ed entrato in vigore il 1° gennaio 1996 e quindi successivamente all'entrata in vigore dell'Accordo comunitario del 1993 (*Guce* L 337/1994), debba essere interpretato nel senso che le sue disposizioni, riferite alla disciplina delle denominazioni omonime dei vini, si applicano al posto di quelle dell'Accordo comunitario del 1993 in caso di incompatibilità tra le medesime considerata l'identità delle parti dei due accordi.

6. – Se gli artt. 22-24 della Sezione Terza dell'Allegato C del Trattato istitutivo dell'OMC (WTO) contenente l'Accordo TRIP'S (*Guce* L 336/1994), entrato in vigore il 1 gennaio 1996, in presenza di due denominazioni omonime riferite ai vini, prodotti in due diversi Paesi aderenti all'Accordo TRIP'S (tanto se l'omonimia riguarda due denominazioni geografiche usate in entrambi i Paesi aderenti all'Accordo quanto se riguarda una denominazione geografica di un Paese aderente e l'omonima denominazione riferita ad un vitigno tradizionalmente coltivato nell'altro Paese aderente) debbano essere interpretati nel senso che entrambe le denominazioni possono continuare ad essere utilizzate in futuro purché siano state usate in passato dai rispettivi produttori o in buona fede o per almeno 10 anni prima del 15 aprile 1994 (art. 24 par. 4) e ciascuna denominazione indichi chiaramente il Paese o la regione o la zona da cui proviene il vino tutelato in modo da non ingannare i consumatori.

7. – Se il diritto di proprietà di cui all'art. 1 del Protocollo n. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Convenzione di Roma del 1950), e ripreso dall'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea proclamata a Nizza il 7 ottobre 2000, concerne anche la proprietà intellettuale relativamente alle denominazioni di origine dei vini ed il suo sfruttamento, e conseguentemente se la sua tutela osti all'applicazione di quanto previsto nello scambio di lettere, allegato all'Accordo tra la Comunità europea e la Repubblica di Ungheria, sulla tutela ed il controllo reciproci delle denominazioni dei vini (*Guce* L 337 del 31 dicembre 1994), ma non ricompreso nello stesso, in base al quale i viticoltori friulani non potranno utilizzare la denominazione «*Tocai Friulano*», in considerazione anche della totale assenza di ogni forma di indennizzo a favore dei viticoltori friulani espropriati, della mancanza di un interesse generale pubblico che giustifichi l'espropriazione, del mancato rispetto del principio di proporzionalità.

8. – Nel caso in cui venga stabilita l'illegittimità delle norme comunitarie dell'Accordo sulla tutela delle denominazioni dei vini, concluso il 29 novembre 1993 tra la Comunità europea e la Repubblica d'Ungheria (*Guce* L 337/1993) e/o dell'allegato scambio di lettere nella misura evidenziata nei precedenti quesiti, se le disposizioni del regolamento Ce n. 753/2002 in base alle quali viene eliminato, l'utilizzo della denominazione «*Tocai Friulano*» dopo la data del 31 marzo 2007 (art. 19 II comma) debbano essere considerate invalide e comunque inefficaci.

Cause C-295-296-297-298/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Assicurazione contro la responsabilità civile auto – Articolo 81 CE – Ordinanza del Giudice di Pace di Bitonto del 30 giugno 2004 (avv. dello Stato M. Fiorilli).

IL FATTO

Con provvedimenti in data 8 settembre 1999, 10 novembre 1999 e 3 febbraio 2000, l’Autorità garante per la concorrenza e il mercato dichiarava che diverse compagnie assicuratrici avevano posto in essere un’intesa vietata ai sensi dell’articolo 2 della legge 287/1990. Tali provvedimenti venivano sostanzialmente confermati dal Consiglio di Stato con sentenza n. 2199/02. In seguito, alcuni clienti delle compagnie assicurative destinatarie di questi provvedimenti, divenuti definitivi, hanno citato le rispettive compagnie per sentirle condannare alla restituzione della maggiorazione dei premi a loro danno derivante dall’intesa illecita di cui sopra. Il Giudice di Pace di Bitonto, dopo avere sciolto preliminarmente l’eccezione di incompetenza ai sensi dell’articolo 33 della legge 298/1990, evidenziando la necessità di sciogliere la pregiudiziale interpretativa se tale intesa vietata sia rilevante, oltre che sul piano nazionale (legge 298/1990), anche sul piano del diritto comunitario (articolo 81 CE) al fine di dedurne la previsione comunitaria della risarcibilità dei consumatori, ha sottoposto alla Corte di giustizia quattro quesiti interpretativi.

I QUESITI

1. – Se l’articolo 81 del Trattato deve essere interpretato nel senso che esso commini la nullità di un’intesa o di una pratica concordata tra compagnie di assicurazione consistente nello scambio di reciproche informazioni tali da permettere un aumento dei premi per le polizze di assicurazione RC auto non giustificato dalle condizioni di mercato, anche in considerazione della partecipazione all’accordo o alla pratica concordata di imprese che appartengono a diversi Stati membri.

2. – Se l’articolo 81 del Trattato debba essere interpretato nel senso che esso legittimi i terzi, portatori di interesse giuridicamente rilevante, a far valere la nullità di un’intesa o di una pratica vietata dalla stessa norma comunitaria e a chiedere il risarcimento dei danni subiti ove sussiste nesso di causalità tra l’intesa con la pratica concordata ed il danno.

3. – Se l’articolo 81 del Trattato debba essere interpretato nel senso che il termine di prescrizione dell’azione risarcitoria su di esso fondata debba ritenersi decorrere dal giorno in cui l’intesa o la pratica concordata è stata posta in essere oppure dal giorno in cui l’intesa o la pratica concordata è cessata.

4. – Se l’articolo 81 del Trattato debba essere interpretato nel senso che il giudice nazionale, ove ravvisi che il danno liquidabile in base al proprio diritto nazionale sia comunque inferiore al vantaggio economico ricavato dall’impresa danneggiante parte dell’intesa o della pratica concordata vietata, debba altresì d’ufficio liquidare al terzo danneggiato il «danno puni-

tivo», necessario a rendere il danno risarcibile superiore al vantaggio ricavato dal danneggiante, al fine di scoraggiare la posizione in essere di intese o di pratiche concordate vietate dall'articolo 81 del Trattato.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

Il decreto legge 18/03, convertito nella legge 63/2003, ha escluso dai casi di decisione secondo equità da parte del giudice di pace le cause derivanti da rapporti giuridici relativi a contratti conclusi secondo le modalità di cui all'articolo 1342 c.c., di cui fanno parte i contratti di assicurazione.

Il Governo italiano è intervenuto nella fase scritta deducendo:

«2.- Il giudice remittente ritiene che alla rilevata intesa anticoncorrenziale trovi applicazione diretta e immediata l'art. 81 C.E. E ciò in quanto, avendo partecipato all'intesa anche imprese comunitarie, la violazione ha avuto rilevanza sull'intero territorio dell'Unione Europea, senza limitazioni al mercato interno italiano. L'assunto è destituito di fondamento. Invero, al fine di ricondurre una fattispecie anticoncorrenziale all'ambito della disciplina interna ovvero di quella comunitaria, la giurisprudenza interna e quella comunitaria hanno individuato, con specifico riferimento nel caso di intese vietate, una serie di criteri che vanno al di là del criterio semplicisticamente richiamato dall'emittente per spaziare ad una analisi delle dimensioni o degli effetti della condotta stessa in relazione alla concorrenza all'interno dell'Unione e, quindi, dei vari Stati membri. Per pregiudicare il commercio fra Stati membri, un accordo o pratica concordata tra imprese deve consentire di prevedere con sufficiente grado di probabilità, in base ad un insieme di elementi oggettivi di fatto o di diritto, che esso sia atto ad incidere direttamente o indirettamente, effettivamente o potenzialmente, sui flussi commerciali fra Stati membri, in modo da potere nuocere alla realizzazione degli obiettivi di un mercato unico fra Stati (v. sentenza 11 luglio 1985, causa C 42/1984, Remia, punto 22). Dunque, il pregiudizio per gli scambi intracomunitari deriva in generale dalla combinazione di diversi fattori (tra cui anche quello della quota di mercato coinvolta) che, considerati isolatamente, non sono necessariamente determinanti (v. sentenza 15 dicembre 1994, causa C-250/1992, DLG, punto 54, e sentenza 21 gennaio 1999, C-215/1996, Bagnasco, punto 47). Alla luce di queste considerazioni, quando l'ambito geografico del mercato è limitato al territorio di uno Stato membro, come nel caso di specie, se l'intesa o la pratica è posta in essere unicamente in tale Stato, la giurisprudenza è dell'avviso che gli effetti si producono essenzialmente nel medesimo, anche se, per ipotesi, l'intesa o la pratica fosse idonea ad incidere sul commercio fra Stati membri (cfr. XXIV Relazione della Commissione sulla politica della concorrenza).

A ciò si aggiunga che l'ambito spaziale di validità delle tariffe praticate dalle imprese di Paesi U.E. «stabilite» era rigorosamente circoscritta al territorio italiano, senza essere estensibile allo Stato d'origine o ad altri Stati membri in cui essa era stabilita.

In questa ottica, si palesano tutti i limiti della ricostruzione del giudice remittente, il quale, nel ritenere la fattispecie riconducibile all'ambito comu-

nitario, ha omesso di considerare tutti i profili problematici della stessa, basando il suo giudizio sulla sola circostanza della partecipazione all'intesa di imprese di altri Stati membri.

3.- Sotto un profilo formale, si osserva che è la stessa legge 10 ottobre 1990, n. 287, al cui ambito è da ricondursi la valutazione del caso di specie, a negare ogni validità alla pretesa di fare riferimento, per una corretta interpretazione dell'articolo 33 della stessa (contenuto nel titolo VI di tale legge), a normative diverse da quella italiana. Mentre, infatti, con riguardo al primo titolo della legge in esame, l'articolo 1, comma 4, di questa, prevede che l'interpretazione delle norme contenute nel «presente titolo» (cioè degli articoli da 1 a 9) è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza, analogo principio non è ribadito con riguardo all'interpretazione degli altri titoli della stessa legge, fra i quali è ricompreso l'articolo 33.

Se così è, la scelta sulla attribuzione della competenza a conoscere le controversie *de quibus* alla Corte di appello ovvero al giudice individuato secondo il valore della domanda deriva non già dal diverso modo di intendere la tutela della concorrenza e del mercato, come il giudice remittente sostiene nell'ordinanza, ma esclusivamente dalla organizzazione giudiziaria dei singoli Stati.

Quest'ultima risulta non conforme alla normativa comunitaria soltanto ove, diversamente dal caso di specie, sia contraria al principio di equivalenza, in virtù del quale le modalità processuali applicabili in relazione a situazioni giuridiche riconosciute in ambito comunitario non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna, ovvero si ponga in contrasto col principio di effettività, il quale esige che le modalità procedurali per far valere una situazione di origine comunitaria non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei relativi diritti.

Così, contrarie a questi principi potrebbero essere ragionevolmente ritenute norme che riducono i termini per far valere in giudizio dette situazioni ovvero altri incombenti che si risolvono in una sostanziale riduzione della tutela offerta, ma non certo norme che distribuiscono la cognizione di una determinata materia «di rilievo comunitario» fra vari organi appartenenti tutti al medesimo potere, e cioè a quello giudiziario, contraddistinte dalle medesime caratteristiche di terzietà e dalle stesse garanzie nella trattazione dei procedimenti sottoposti alla loro cognizione, nei quali il singolo è posto pienamente in condizione di far valere le proprie ragioni, nel rigoroso rispetto dei principi del contraddittorio ma anche dell'onere della prova (sentenza 11 luglio 2002, in causa C- 62/00).

Pertanto, come osservato dalla Corte di Giustizia, è da ritenersi rimessa all'incensurabile opzione ordinamentale di ciascuno Stato membro la designazione dei giudici competenti e lo stabilire le modalità procedurali di ricorsi intesi a garantire la tutela di diritti spettanti ai singoli in forza dell'effetto diretto del diritto comunitario, in omaggio al principio della libertà delle modalità procedurali.

4. – Sotto altro profilo, va rilevata la totale infondatezza dell'interpretazione fornita dal giudice remittente in relazione ad aspetti attinenti più squi-

sitamente al merito della questione in esame. Innanzitutto risulta quanto meno opinabile, alla luce dell'avvicinarsi delle pronunce giurisprudenziali in materia (la questione è stata recentemente rimessa alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione le quali non risultano ancora essersi pronunciate), il convincimento secondo cui l'unico strumento azionabile dal consumatore finale che si dichiara danneggiato nella singola transazione con impresa per effetto di un'intesa a valle fra più operatori economici risulti l'articolo 33 della legge n. 287/1990. Ciò anche in considerazione del fatto che dalla mancata azionabilità da parte del consumatore del rimedio di cui all'articolo 33 della legge 287/1990 non scaturisce l'irrisarcibilità assoluta delle eventuali ricadute estreme delle intese vietate su di lui, ma consegue solo che la azione risarcitoria eventualmente spettante a quest'ultimo, ove dia prova degli elementi costitutivi dell'illecito e delle conseguenze dannose che da esso gli sono derivate, riveste i caratteri di una ordinaria azione di responsabilità ai sensi dell'articolo 2043 c.c. Tali conclusioni hanno trovato una conferma nelle disposizioni del decreto legge n. 13/2003, convertito nella legge n. 63/2003, con le quali la materia è stata sottratta al giudizio di equità da parte del giudice di pace. Pertanto, alla luce di tale novità, le controversie come quelle nelle quali è stata posta la questione interpretativa sono decise secondo diritto e contro le pronunce emesse dall'organo giudicante è concessa piena tutela, essendo consentito il ricorso ai gravami ordinali prima in sede d'appello e poi in sede di cassazione.

Questa linea interpretativa è in assoluta armonia con le disposizioni del Trattato e pienamente idonea ad assicurare «l'effetto utile dell'effetto diretto» delle stesse, e non crea alcun vuoto di tutela, ma porta soltanto ad escludere la sussistenza di una situazione tutelabile in capo al consumatore finale per il solo fatto in sé che a monte sia intervenuta una «intesa vietata», a prescindere da ogni considerazione e dimostrazione della antigiuridicità nella singola transazione con l'impresa.

Sotto tale prospettiva la questione sollevata dal giudice remittente, oltre a basarsi su un'interpretazione erronea, si appalesa anche inammissibile per difetto di rilevanza. Peraltro, una diversa conclusione si porrebbe in contrasto con il fondamentale principio in tema di determinazione del *quantum* risarcibile, secondo cui il risarcimento è concesso soltanto per le conseguenze immediate e dirette del fatto illecito (art. 1223 c. civ). Addirittura nell'ipotesi in esame difetta perfino il nesso di causalità fra intesa anticoncorrenziale e danno lamentato dal consumatore finale, danno che si deve porre come effetto immediato e diretto della intesa medesima, e non di fenomeni che, pur attenendo alla vita del mercato, si pongano solo a valle, sullo sfondo, in quanto mediati dal concreto comportamento tenuto dalle singole imprese nella gestione di singoli e specifici rapporti intessuti direttamente con i singoli consumatori.

5. – Altrettanto opinabile risulta anche l'affermazione, contenuta nell'ordinanza di remissione, secondo cui l'azionabilità del rimedio previsto dall'articolo 33 della legge 287/1990 da parte del consumatore finale è necessitata da un'interpretazione di tale norma alla luce dell'articolo 81 del Trattato, il quale si limita a vietare gli accordi tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza «in

quanto incompatibili con il mercato comune» e statuisce la nullità, senza fare alcun cenno né di altre azioni eventualmente esperibili, né della legittimazione a proporle o della loro decorrenza.

Va, infatti, dato conto della linea interpretativa che, facendo leva su una interpretazione letterale e sistematica della norma in questione, inserita non a caso nel Capo I del Titolo VI del Trattato fra le norme sulla fiscalità e sul riavvicinamento delle legislazioni, giunge a ritenere che i diretti destinatari della norma stessa siano gli attori del mercato, cioè le imprese e che quest'ultima sia funzionalizzata al perseguimento di un interesse del mercato nel suo complesso, rispetto al quale il consumatore rimane sullo sfondo, beneficiando soltanto indirettamente della maggiore efficienza e di minori costi derivanti dalla regolazione del mercato.

6. – Anche volendo considerare corretta la lettura del remittente e ritenere che il giudice competente a conoscere dell'azione risarcitoria del consumatore finale sia la Corte d'appello, ai sensi dell'articolo 33 della legge 287/1990, essa non determinerebbe una diminuzione della tutela spettante all'attore, come erroneamente sostiene il giudice remittente in maniera piuttosto apodittica, ma finirebbe per rendere maggiormente incisivi ed effettivi gli strumenti di tutela a disposizione del consumatore finale. Infatti quest'ultimo avrebbe la possibilità di rivolgersi ad un giudice «specializzato» in virtù della sua competenza in materia, il quale risulta maggiormente in grado rispetto ad altri organi giudicanti di cogliere tutte le possibili implicazioni lesive connesse alla dichiarazione di nullità delle intese anticoncorrenziali e di prestare una tutela più completa ed effettiva all'attore. Ma soprattutto va considerato che nella logica dell'articolo 33 della legge 287/1990 la condanna al risarcimento del danno è conseguente alla declaratoria di nullità dell'intesa violata: ove il consumatore potesse avvalersi di tale rimedio, rivolgendosi ad un unico giudice per ottenere entrambe le misure, ne deriverebbe una notevole concentrazione di tempi e di costi, al contrario di quanto sostenuto dal giudice remittente.

7. – A conclusioni non diverse da quelle fin qui rassegnate in relazione alla lettura di quest'ultimo, si perviene anche qualora si opti per una lettura estensiva dell'articolo 81 del Trattato, diretta a concedere al singolo consumatore finale la possibilità di chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza (sentenza 20 settembre 2001, in causa C-453/1999). Infatti in tal caso occorre considerare che:

a) I presupposti e le regole per chiedere ed ottenere risarcimento possono essere legittimamente determinati dall'ordinamento interno, nel rispetto dei principi di effettività e di equivalenza, come nel caso di specie. In particolare, ciò vale sia con riferimento al *dies a quo* per l'esercizio dell'azione, stabilito in via generale ed uniforme per tutte le fattispecie di responsabilità civile, senza alcuna discriminazione rispetto all'illecito derivante da fattispecie anticoncorrenziale, sia soprattutto con riguardo al meccanismo di determinazione del *quantum* risarcibile, fondato sul rigoroso rispetto dell'onere della prova e sul dovere del giudice di non andare *extra probata et alligata partium*, principi chiave dell'ordinamento;

b) Quand'anche si concordi con l'interpretazione secondo cui la tutela del consumatore è estranea ai rimedi contemplati nella disciplina antitrust, ciò non significa che essa sia destinata a venir meno: soccorrono in proposito le norme interne sulla responsabilità per fatto illecito sempre che venga adeguatamente provata la sussistenza dei relativi elementi costitutivi;

c) Le conseguenze che il giudice remittente pretende di far derivare dalla diretta applicazione dell'articolo 81 del Trattato in tema di decorrenza dell'azione risarcitoria e di liquidazione del «*danno punitivo*» (!), da un lato non sono riconducibili neppure ad una interpretazione estensiva di tale norma, il cui portato si limita a comminare la nullità di diritto delle intese anticoncorrenziali, senza soffermarsi su altri aspetti e può tutt'al più essere ampliato fino a legittimare l'azione da parte del singolo consumatore finale; dall'altro, l'interpretazione patrocinata nell'ordinanza finisce per porsi in grave contrasto con i principi dell'ordinamento italiano, riservando un trattamento più favorevole al consumatore che agisce per il risarcimento in relazione ad intese concorrenziali rispetto alla generalità delle vittime dei fatti illeciti, senza alcuna giustificazione ragionevole: infatti, il primo da una parte risulta agevolato in relazione alla decorrenza dell'azione stessa (stabilita non già, come nella genericità dei casi, nel momento in cui il fatto illecito è stato posto in essere ma dal momento in cui lo stesso è cessato), dall'altro è del tutto assolto dall'onere della prova del pregiudizio subito ed è destinato a conseguire anche un'indebita locupletazione per effetto della liquidazione del danno punitivo.

d) L'istituto del «danno punitivo» è estraneo all'ordinamento italiano e alla ragione stessa dell'istituto del risarcimento; quest'ultimo, infatti, è concepito come strumento di ristoro del pregiudizio subito e provato dal danneggiato, senza che possano venire in rilievo funzioni sanzionatorie o repressive, che sono oggetto di riserva di legge. Per di più, per effetto delle disposizioni in tema di determinazione dell'ammontare risarcibile (articoli 1923 e seguenti; 2056 c. civ.), la liquidazione equitativa del danno da parte del giudice è ammessa soltanto nei casi in cui, diversamente dalla fattispecie in questione nella quale si controverte sulle conseguenze patrimoniali negative provocate dall'intesa concorrenziale, sia impossibile o molto difficile per il danneggiato monetizzare il pregiudizio subito, come nell'ipotesi del danno non patrimoniale.

e) L'interpretazione patrocinata dal giudice remittente in materia di decorrenza dell'azione risarcitoria desta perplessità anche in relazione alla difficoltà di individuare con sufficiente certezza il momento in cui l'intesa anticoncorrenziale sia cessata, posto che non necessariamente le imprese si astengono dall'intesa per effetto del solo provvedimento di condanna dell'autorità competente. Per converso, fondata e in linea con i principi generali, risulta la interpretazione della legge 287/1990 fatta propria dalla Corte di cassazione, secondo cui la tutela degli effetti negativi derivati dalla intesa è efficace a partire da quando è stata posta in essere (cfr. Cass. n.827 del 1999).

Sono intervenuti nella fase scritta oltre alle parti della causa pendente dinanzi al Giudice di Pace di Bitonto, la Repubblica federale di Germania, la Repubblica d'Austria e la Commissione delle Comunità europee.

Causa C-331/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Appalti servizi pubblici locali – Art. 34 della direttiva delle Consiglio 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, e articolo 36 della direttiva delle Consiglio 92/50/CE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi – Ordinanza del Consiglio di Stato (Italia), sez. VI, del 6 aprile 2004 (ct 49535/04, avv. dello Stato M. Fiorilli).

IL FATTO

La società ricorrente ha partecipato ad una procedura negoziata, indetta dall'azienda di trasporti comunali di Venezia, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ex articolo 24, lettera *b*) del decreto legislativo 158/1995, per il sub affidamento dei servizi automobilistici di trasporto persone, dal 16 giugno 2002 alle 31 dicembre 2003, lotto n. 1 – servizio urbano di Mestre. Il TAR per il Veneto ha respinto ricorso della società contro l'aggiudicazione operata dalla stazione appaltante. Avverso questa sentenza la società ricorrente in primo grado ha proposto gravame davanti al Consiglio di Stato adducendo, a motivo dell'illegittimità dell'aggiudicazione, fra l'altro, la contrarietà al diritto comunitario (nella specie, articolo 34 della direttiva sugli ex «settori esclusi» e articolo 36 della direttiva quadro sulle procedure di aggiudicazione di evidenza pubblica) delle norme interne (nella specie l'articolo 24, 1 comma, lettera *b*) del decreto legislativo «servizi» 158/1993, che, nella consolidata interpretazione del Consiglio di Stato alla luce dei detti parametri comunitari, consentono alla stazione appaltante in caso di aggiudicazione con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di fissare i criteri in via generale nel bando o nel capitolato d'onori, consentendo poi alla Commissione di gara l'eventuale specificazione successiva di tali criteri, ove necessaria, e sempre che tale integrazione avvenga prima dell'apertura dei plichi e non contenga innovazioni per rispetto ai criteri fissati dal bando originario. Tale interpretazione, a detta della ricorrente, viola i principi di trasparenza, predeterminazione e pubblicità dei criteri di aggiudicazione previsti dal diritto comunitario.

I QUESITI

In relazione alla norma dell'articolo 34 della direttiva 93/38 CE, e in particolare all'analoga norma di cui all'articolo 36 della direttiva 92/50 CE,

1. – se sia legittimo interpretare tali disposizioni come contenenti norme elastiche che permettono alla stazione appaltante, in caso di aggiudicazione con il metodo dell'offerta economica più vantaggiosa, di fissare i criteri in via generale nel bando o nel capitolato d'onori, consentendo poi alla Commissione di gara, l'eventuale specificazione e/o integrazione di tali criteri, ove necessaria, e sempre che tale specificazione e/o integrazione avvenga prima della apertura dei plichi contenenti le offerte e non risulti innovativa dei criteri predeterminati dal bando o se, invece, detta norma debba essere interpretata come norma rigida, che impone alla stazione

appaltante di determinare analiticamente i criteri di aggiudicazione nel bando o nel capitolato d'oneri, e comunque prima della prequalificazione o dell'invito, ed esclude che la Commissione di gara possa in qualsiasi modo intervenire specificando e/o integrando i predetti criteri, o costruendo sottovoci o sub-punteggi, in quanto ogni indicazione dei criteri di aggiudicazione, per ragioni di trasparenza, deve essere contenuta nel bando o nel capitolato d'oneri. Se sia legittimo, in definitiva, alla luce del diritto comunitario, l'orientamento interpretativo tradizionale maturato nella giurisprudenza del Consiglio di Stato e volto ad ammettere l'intervento integratore dei criteri, da parte della Commissione di gara, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte.

2. – Se sia legittimo, alla luce di tale norma interpretata elasticamente alla luce dell'avverbio «possibilmente», per la stazione appaltante emanare un disciplinare di gara che in relazione ad un criterio di aggiudicazione (nella specie modalità organizzative di supporto) preveda l'assegnazione di punti ad insindacabile giudizio della stazione appaltante, con riferimento ad una serie complessa di criteri di cui il bando non prevede la graduazione risultando in tal senso, in parte, indeterminato, o se comunque la norma imponga una tassatività di massima nella formulazione dei criteri non compatibile con la mancata graduazione degli stessi nel bando e se, in caso di legittimità della previsione, per effetto della ritenuta elasticità della norma e della non obbligatorietà della graduazione di tutti gli elementi, a fronte di essa, in mancanza di un espresso conferimento di poteri alla Commissione da parte del bando, possa ammettersi l'intervento integrativo-specificativo della Commissione (risoltosi semplicemente nell'attribuire rilevanza autonoma e peso relativo ad ogni singolo elemento che il bando voleva valutare attribuendo complessivamente massimo 25 punti) o se, invece, debba farsi applicazione letterale del disciplinare di gara, attribuendo il punteggio con valutazione unitaria dei vari e complessi elementi considerati dalla *lex specialis*.

3. – Se comunque sia legittimo, alla luce di tale disposizione, riconoscere in via generale alla Commissione di gara che deve valutare le offerte, indipendentemente dalle modalità di formulazione del bando, nel procedimento di aggiudicazione mediante offerta economicamente più vantaggiosa, ma solo a fronte della complessità degli elementi da valutare, un potere di autolimitare, in via generale, la propria azione, specificando i parametri di applicazione dei criteri prefissati dal bando, e se tale potere della Commissione possa essere esercitato costruendo sottovoci, sub-punteggi, o semplicemente dettando criteri più specifici di applicazione dei criteri indicati in via generale dal bando o dal capitolato d'oneri e naturalmente sempre prima di procedere all'apertura delle buste.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

Il Governo italiano non è intervenuto nella fase scritta, né ha chiesto di intervenire nella fase orale. Sono intervenuti nella fase scritta il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica Federale d'Austria.

Cause riunite C-362-363-364-365/04 (domande di pronuncia pregiudiziale) – Appalti pubblici di lavori – Sospensione dell'applicazione del bando di gara relativamente alle clausole relative al controllo delle offerte ritenute come «anormalmente basse in via definitiva» – Applicazione delle direttive nn. 93/37/CEE e 89/665/CEE – Adozione di provvedimenti cautelari per la tutela di interessi legittimi – Ordinanza n. 2181/04 del *Symvoulío tis Epikrateias* (Grecia) e numeri 643/04, 644/04 e 645/04 della Commissione Sospensioni (cs 5068/05, avv. dello Stato M. Fiorilli).

IL FATTO

I giudizi nei quali sono state poste le questioni pregiudiziali riguardano la selezione per l'affidamento di appalto di lavori per la costruzione della nuova sede del museo archeologico di Pella e il riassetto dello spazio circostante. La fase di preselezione ha individuato 16 imprese concorrenti invitate a presentare offerte. La fase di aggiudicazione ha visto il concorso di 13 imprese, tra le quali la impresa «A» ricorrente. Applicando il metodo matematico di individuazione delle offerte anormalmente basse previsto dalle disposizioni del bando, la Commissione *ad hoc* riteneva che provvisoriamente risultasse essere minore offerente il Consorzio «B» di imprese, costituitosi nel frattempo, ed invitava a richiedere agli altri concorrenti di presentare una giustificazione scritta delle loro offerte giudicate «anormalmente basse». Nessuno degli 11 concorrenti invitati presentava la giustificazione della propria offerta, per il che la Commissione *ad hoc* si esprimeva in favore dell'aggiudicazione al citato Consorzio. La impresa «A» ha proposto reclamo in via amministrativa sostenendo che la procedura di gara avrebbe dovuto essere annullata, in quanto, a suo giudizio, tutti gli altri concorrenti si erano messi d'accordo per eludere un effettiva concorrenza, cosicché il lavoro in questione avrebbe dovuto essere oggetto di una nuova gara d'appalto oppure essere aggiudicato alla stessa, previa presentazione di una giustificazione dell'offerta; altrimenti, nell'ambito della procedura di gara, si sarebbe dovuto invitare la ricorrente a presentare una motivazione completa e dettagliata della sua offerta. Nel corso del procedimento amministrativo sono state proposte istanze di provvedimenti cautelari. Avverso i conseguenti provvedimenti negativi (aggiudicazione e istanze di provvedimenti cautelari) la impresa «A» ha proposto distinti ricorsi giurisdizionali riuniti dinanzi al giudice remittente.

La normativa ellenica vigente in materia prevede, per la definizione delle soglie di offerte «anormalmente o eccessivamente basse» un metodo matematico consistente in una serie di calcoli basati anche – per la determinazione dell'ammontare dell'offerta che corrisponde al «costo minimo dei lavori» – su coefficienti fissi, ricavati dallo studio e dall'analisi di numerose gare, concernenti in particolare le «spese generali», il «costo diretto» e l'esperienza dell'impresa. La stessa normativa dispone che possono essere escluse «*sic et simpliciter*» quelle offerte che appaiono, in base al metodo matematico in parola, «eccezionalmente ed anormalmente basse»; e che per giustificare un'offerta anormalmente bassa «non ci può riferire alle «spese generali», ai «costi diretti» o all'esperienza dell'impresa, trattandosi di fattori già «ricom-

presi ed integrati» nell'offerta corrispondente al «costo minimo dei lavori». Nel caso di specie la ricorrente afferma che l'atto impugnato sarebbe stato adottato in violazione dell'articolo 30 n. 4, della direttiva 93/37/CE, e della relativa norma interna di recepimento in quanto l'amministrazione aggiudicatrice, pur avendo invitato la ricorrente a giustificare la sua offerta, qualificata come «eccezionalmente e anormalmente bassa» in applicazione del metodo matematico sopramenzionato, non ha richiesto specifiche precisazioni e nemmeno ha fatto riferimento ai punti precisi dell'offerta che avrebbero suscitato dubbi o perplessità. Il giudice *a quo*, rilevato che nel corso della procedura sono state espresse sulla questione due opinioni diverse, basate su una diversa motivazione, propendenti l'una per l'annullamento, l'altra per il rigetto del motivo addotto dalla ricorrente, ha ritenuto necessario porre alla Corte i quesiti seguenti.

I QUESITI

1. – Se, ai sensi dell'articolo 30, n. 4, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (*Gazzetta Ufficiale* L 199) l'amministrazione aggiudicatrice, nel corso di una procedura di gara d'appalto fondata su un sistema di aggiudicazione come quello descritto nella motivazione della presente ordinanza (consistente nella presentazione di offerte non corredate da una relazione giustificativa, con singole percentuali di ribasso rispetto a gruppi di prezzi e controllo di normalità delle singole percentuali di ribasso), sia tenuta ad attribuire un determinato contenuto all'atto con cui invita il concorrente a fornire spiegazioni in ordine alla sua offerta, che sia stata qualificata come anormalmente bassa rispetto ad una soglia determinata in applicazione di un metodo matematico aventi caratteristiche analoghe a quelle del metodo matematico descritto nella motivazione della presente ordinanza.

2. – In caso di soluzione affermativa della prima questione, se, ai sensi della citata disposizione della direttiva 93/37/CEE, sia sufficiente che nell'atto di cui trattasi sia menzionato il singolo ribasso, offerto al concorrente rispetto ad uno o più gruppi di prezzi, che sia stato ritenuto problematico dall'amministrazione aggiudicatrice, se quest'ultima sia tenuta inoltre a specificare le ragioni per cui ritiene che tale ribasso sia problematico, esponendo e giustificando le proprie valutazioni rispetto al costo minimo di esecuzione dei rispettivi lavori.

Causa C-379/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Premiazione dei vini e degli spumanti di Franconia – Articolo 21 del regolamento (CE) 753/02 – Ordinanza del *Landesgericht Würzburg* (Germania) del 23 agosto 2004 (cs. 53773/04, avv. dello Stato M. Fiorilli).

IL FATTO

L'attrice gestisce una società di viticoltura e di commercio dei vini e non è socia della associazione tra viticoltori che organizza la premiazione dei vini e dei vini spumanti della Franconia. In base alle disposizioni della associazione per la partecipazione alla gara sono richiesti, quale tassa di partecipa-

zione: per la parte vini dai soci euro 46 e dai non soci euro 92; per la parte vini spumanti, dai soci euro 76, 50 e per i non soci euro 153. L'attrice deduce che l'associazione, mediante le differenti casse di partecipazione, si avvale della sua posizione di monopolio e nella premiazione dei vini e degli spumanti della Franconia ha svantaggiato l'attrice in modo non consentito.

I QUESITI

1. – Se l'articolo 21 del regolamento (CE) 753/02 conferisce all'attrice un diritto soggettivo a che non venga discriminata dalla convenuta nella premiazione dei vini e degli spumanti della Franconia.

2. – Qualora dovesse essere data soluzione affermativa alla questione *sub* 1):

se il fatto che la convenuta, in relazione alla premiazione dei vini e degli spumanti della Franconia pretenda dall'attrice, in quanto non suo socio-membro, tasse di partecipazione in misura doppia rispetto ai soci, costituisca una discriminazione ai sensi dell'articolo 21 del regolamento (CE) n. 753/02.

Causa C-423/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Pensione di vecchiaia a transessuale passato dal sesso maschile a quello femminile – Articoli 4 e 7 della direttiva del Consiglio 79/7/CEE, relativa alla graduale attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale – Ordinanza del *Social Security Commissioner* (Regno Unito) del 4 ottobre 2004 (cs 55915/04, avv. dello Stato M. Fiorilli).

IL FATTO

La questione pregiudiziale è stata sollevata nel corso di un giudizio di appello proposto da una persona transessuale (passata da sesso maschile a quello femminile) per fare accertare il proprio diritto alla pensione di vecchiaia all'età di sessant'anni, la quale, in base alla legge del Regno Unito, costituisce l'età alla quale una donna nata prima del 6 aprile 1950 raggiunge l'età della pensione (paragrafo 1 (2) della quarta tabella della *Pensions Act* (legge britannica sulle pensioni) del 1995. Nella decisione R(P) 1/80 del *Commissioner* era stabilito che una persona che era stata registrata come persona di sesso maschile alla nascita doveva essere considerata come persona di detto sesso ai fini della decisione relativa all'età pensionabile. Per i motivi esposti in detta decisione (riassunti al nono paragrafo dell'ordinanza) il diritto britannico continuerà quasi certamente a richiedere che una persona, che era stata correttamente classificata e registrata come persona di sesso maschile alla nascita, deve essere considerata come tale ai fini del diritto alla pensione fino a quando entrerà in vigore il *Gender Recognition Act* (legge britannica sul riconoscimento del sesso) del 2004. Anche se il rifiuto della pensione all'appellante viola i diritti *ex* articolo 8 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo, i rimedi giurisdizionali esperibili in base agli *Human Rights Act* (legge britannica sui diritti dell'uomo) del 1998 non consentono alle autorità britanniche di assegnare una pensione che non sia conforme alla normativa pertinente.

I QUESITI

1. – Se la direttiva 79/7/CEE porti al rifiuto di una pensione di vecchiaia ad un transessuale, passato dal sesso maschile a quello femminile, finché questa persona raggiunga l'età di 65 anni, la quale avrebbe avuto diritto alla pensione all'età di sessant'anni se fosse stata considerata come donna sotto il profilo del diritto nazionale.

2. – In caso affermativo, a partire da quale data debba avere effetto la pronuncia della Corte sulla questione n. 1.

Causa C-431/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Rilascio certificato protettivo per i medicinali – Concetto di «composizione di principi attivi di un medicinale» – Regolamento n. 1768/92/ CEE del Consiglio del 18 giugno 1992, sull'istituzione di un certificato protettivo complementare per i medicinali – Ordinanza del *Bundesgerichtshof* (Germania) del 29 giugno 2004 (cs 960/05, avv. dello Stato M. Fiorilli).

IL FATTO

La questione pregiudiziale è stata sollevata nel corso di un giudizio di impugnazione del diniego di concessione di un certificato protettivo complementare, con la motivazione che la sostanza del collante (polimero Polifreposan) non è da considerare un principio attivo in senso proprio secondo l'accezione dell'articolo 1, lettera *b*) e dell'articolo 9 del regolamento CE del Consiglio 18 giugno 1992, n. 1768.

I QUESITI

1. – Se il concetto di «composizione di principi attivi di un medicinale» ai sensi dell'articolo 1 lettera *b*) regolamento presuppone che gli ingredienti, dei quali è costituito il composto, siano, ciascuno di per sé considerato, principi attivi con effetti medicinali.

2. – Se una «composizione di principi attivi di un medicinale» sia anche nel caso di un composto costituito da due ingredienti, di cui uno è un noto principio attivo medicinale per una determinata indicazione e l'altro renda possibile una forma di somministrazione del medicinale, che comporta una mutata efficacia del medicinale per la detta indicazione (impianto in vivo con rilascio controllato del principio attivo e al fine di evitare effetti tossici).

Causa C- 463/2004 e C-464/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Privatizzazioni di società municipalizzata e poteri speciali dell'ente locale – Articolo 2449 c.civ. e legge 474/1994 – Articolo 56 CE – Partecipazione maggioritaria e poteri speciali dell'ente locale – Ordinanza del TAR per la Lombardia, sezione prima, Milano, 29 settembre 2004 (ct 12332/05, avv. dello Stato M. Fiorilli).

IL FATTO

Associazioni di consumatori hanno impugnato la delibera del Consiglio comunale di Milano del 17 febbraio 2004 n. 4/04, avente ad oggetto «Cessione di parte delle azioni A.E.M. s.p.a. detenute dal Comune di Milano – Offerta di vendita accelerata. Emissione di prestito obbligazionario converti-

bile in azioni di A.E.M. S.p.a.», e la delibera del Consiglio Comunale di Milano dell'8 marzo 2004 n. 5/04, avente ad oggetto «Modifiche allo Statuto della società A.E.M. S.p.a.», nonché ogni altro atto antecedente presupposto, esecutivo, attuativo, consequenziale e comunque connesso. Con le delibere impugnate il Consiglio Comunale di Milano ha deliberato la prosecuzione del processo di privatizzazione della società A.E.M. S.p.a. (ex municipalizzata) costituita nel 1996, successivamente quotata in borsa ed operante nel settore dei servizi pubblici di distribuzione del gas ed energia elettrica affidati in gestione dal Comune medesimo, e di cui, a quella data, il Comune di Milano deteneva il 51% del capitale. In particolare, con la delibera n. 4 del 17 febbraio 2004 il Comune ha deciso di ridurre la propria partecipazione nella società dal 51% al 33,4%, procedendo alla vendita delle azioni, in parte, e per un ammontare pari all'8,8%, mediante offerta di vendita accelerata ad investitori istituzionali professionali italiani ed esteri e, per la restante parte, anch'essa pari all'8,8%, mediante emissione di un prestito obbligazionario convertibile in azioni della società. Con la delibera n. 5 dell'8 marzo 2004, invece, il Comune di Milano ha deliberato di promuovere le modifiche statutarie della società, come previsto dalla legge statale n. 474 del 1994 che, tra le altre disposizioni, all'articolo 2 prescrive come obbligatoria la riserva in favore dell'amministrazione pubblica controllante di uno o più dei poteri speciali ivi elencati, prima dell'adozione di ogni atto che determini la perdita del controllo della società partecipata. La delibera n. 5 dà espressamente atto che le modifiche deliberate allo statuto della società rappresentano l'attuazione del dispositivo della precedente delibera n. 4 che aveva dichiaratamente subordinato la cessione delle quote azionarie alla preventiva modifica dello statuto societario. Tra le modifiche allo Statuto della società deliberate dal Consiglio comunale di Milano e successivamente recepite dall'assemblea straordinaria della società rilevano, ai fini del giudizio pregiudiziale, quelle relative alle modalità di nomina degli amministratori disciplinate dal novellato articolo 17 dello Statuto societario.

I QUESITI

1. – Se l'art. 2449 del codice civile, così come applicato nella vicenda per cui è causa, possa ritenersi conforme all'art. 56 del Trattato CE come interpretato con le sentenze 23 maggio 2000 causa C-58/1999; 4 giugno 2002 cause C-503/1999 e C-483/1999; 13 maggio 2003 cause C-98/01 e C-463/00, allorquando ad avvalersene sia un ente pubblico che, pur avendo perso il controllo di diritto della società per azioni, conservi *una partecipazione rilevante* (pari, nel caso di specie, al 33,4%) quale socio di maggioranza relativa, *così ottenendo uno sproporzionato potere di controllo*.

2. – Se l'art. 2449 del codice civile, applicato congiuntamente all'art. 4 del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332 convertito nella legge 30 luglio 1994, n. 474, possa ritenersi conforme all'art. 56 del Trattato CE come interpretato con le sentenze 23 maggio 2000 causa C-58/1999; 4 giugno 2002 cause C-503/1999 e C-483/1999; 13 maggio 2003 cause C-98/01 e C-463/00, allorquando ad avvalersene sia un ente pubblico che, pur avendo perso il

controllo di diritto della società per azioni, conservi *una partecipazione rilevante* (pari, nel caso di specie, al 33,4%) quale socio di maggioranza relativa, *così ottenendo uno sproporzionato potere di controllo*.

3. – Se l'art. 2449 del codice civile possa ritenersi conforme all'art. 56 del Trattato CE come interpretato con le sentenze 23 maggio 2000 causa C-58/1999; 4 giugno 2002 cause C-503/1999 e C-483/1999; 13 maggio 2003 cause C-98/01 e C-463/00, nella misura in cui, *così come concretamente applicato*, realizza un effetto in contrasto con altra disposizione di legge nazionale (e segnatamente con l'art. 2, comma 1, lett. *d*) del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332 convertito nella legge 30 luglio 1994, n. 474) *a sua volta conforme all'articolo 56 del Trattato CE e comunque riproduttiva*, quanto a condizioni di esercizio ed a presupposti applicativi, dei principi affermati dalle citate sentenze della Corte di giustizia in materia di poteri speciali.

NOTA

L'Italia ha presentato le seguenti Osservazioni:

«Profili di ricevibilità del rinvio pregiudiziale.

15. – *È necessario valutare la rilevanza delle delibere del Consiglio di amministrazione in relazione alla questione di merito per la cui soluzione sono stati formulati i quesiti a codesta Corte.*

E ciò, in quanto il rinvio pregiudiziale ex art. 234 C.E. è strumentale alla uniforme applicazione del diritto comunitario.

La delibera del Consiglio comunale di Milano n. 4/2004 legittima l'alienazione di una parte della partecipazione del Comune di Milano al capitale di A.E.M. S.p.a. e, come tale, interessa esclusivamente l'ente comunale e non gli azionisti della società.

La delibera del Consiglio comunale n. 5/2004 contiene la manifestazione di volontà del Comune di Milano di accedere, in quanto socio di A.E.M. S.p.A., ad una modifica dello statuto della società mista. Entrambe le delibere non incidono sui diritti degli azionisti di A.E.M. S.p.a., in quanto non pregiudicano il loro diritto di proprietà, nel senso che non è loro vietato di incrementare la loro partecipazione, acquistando una porzione delle azioni messe in vendita dal Comune di Milano.

È opportuno sottolineare che la impugnazione delle deliberazioni comunali, la cui funzione è unicamente quella di determinare la volontà dell'ente che deve essere portata ad effetto dai funzionari del medesimo, presuppone la validità della delibera della Assemblea straordinaria dei soci della A.E.M. S.p.A.

La modifica statutaria, non conseguendo direttamente dalla deliberazione del consiglio comunale di Milano n. 5/2004, ma dall'approvazione della maggioranza qualificata dei soci è da riferire giuridicamente e formalmente a tale - maggioranza e non alla volontà espressa dal Comune di Milano, quale socio della società mista.

L'accertamento della legittimità sostanziale della decisione del Comune di Milano di procedere alla cessione della propria partecipazione in A.E.M. S.p.A. esula dalla giurisdizione del giudice amministrativo, come esula dalla

sua giurisdizione la modifica statutaria. In entrambi i casi, si tratta di questioni di rilievo privatistico e, come tali, rientranti nella giurisdizione del giudice ordinario.

Ne consegue che la questione interpretativa sottoposta a codesta Corte non è idonea a risolvere le controversie sottoposte al giudizio del giudice remittente, per il quale, in ogni caso, non rileva che l'azionista pubblico a seguito della operazione economica di cessione delle quote di proprietà mantenga uno «sproporzionato potere di controllo» nella società mista, della quale rimane azionista di maggioranza relativa.

Tanto non pregiudica in alcun modo la applicazione uniforme del diritto comunitario, in quanto non si nega la tutela dei diritti che eventualmente potrebbe essere pregiudicata dalla applicazione di una norma nazionale che si assume non conforme al diritto comunitario, solo si contesta che la risposta ai quesiti interpretativi posti alla Corte possa garantire la effettività del diritto comunitario in quanto l'assetto degli interessi conseguente alla decisione del giudice amministrativo non sarebbe comunque definitiva. E ciò, in quanto detta decisione, in quanto risolve un problema di giurisdizione è, in ogni caso, soggetta a scrutinio della Corte di cassazione, che è giudice di ultima istanza, il quale all'occorrenza potrà legittimamente sottoporre a codesta Corte ogni questione di compatibilità delle norme del codice civile da applicare nella fattispecie concreta in giudizio, che siano di ostacolo alla effettività del diritto comunitario.

16. – I quesiti posti dal giudice remittente pongono, dunque, delle questioni meramente ipotetiche, in quanto non rispondono ad un effettivo bisogno del giudice nazionale in vista della soluzione della controversia.

La questione pregiudiziale de qua deve conseguentemente essere dichiarata inammissibile, in quanto non necessaria ai fini di garantire la effettività del diritto comunitario nella fattispecie in lite.

Contesto normativo italiano di riferimento delle privatizzazioni.

17. – La cessione di quote del capitale sociale da parte del Comune di Milano si inserisce in un procedimento di privatizzazione sostanziale di una società mista, possibile in quanto si è proceduto nel 1998 ad una privatizzazione formale della municipalizzata, cioè di un plesso della amministrazione comunale, che in precedenza godeva di mera autonomia amministrativa.

18. – È «in mano pubblica» secondo una formula corrente, la società per azioni della quale lo Stato o altri enti pubblici detengono la totalità o una maggioranza delle azioni o, comunque, un numero di azioni sufficiente ad assicurare, anche di fatto, il controllo della società.

Al fenomeno dell'azionariato pubblico il codice civile italiano non dedica che poche norme, quelle degli articoli 2449-2451. Ciò non denota il preciso intento di assoggettare la società in mano pubblica, salvo quanto disposto dalle norme speciali, alla medesima disciplina applicabile alla società in mano privata.

Anche la disciplina della società per azioni mista è, come quella dell'impresa, diritto comune a pubblici e privati operatori: è, nella sostanza, diritto privato esteso ai pubblici operatori.

Nel caso della società in mano pubblica tale estensione è di gran lunga più ampia: sono sottoposti al diritto comune non solo i rapporti esterni di impresa, ma anche i rapporti interni di organizzazione.

Siamo in presenza di società che sono in tutto private per la forma; si realizza qui, salva l'applicabilità dei ricordati articoli 2449-2451, una perfetta identità di condizione giuridica fra impresa pubblica e impresa privata.

L'economia mista, ad un tempo privata e pubblica, era stata il carattere saliente del sistema economico italiano. L'impresa in mano pubblica, operante in concorrenza con imprese private, era presente in pressoché tutti i settori dell'economia, dalle banche ai trasporti, dall'industria automobilistica a quella alimentare.

La premessa di politica economica dalla quale l'economia mista muoveva era che lo Stato, per orientare l'economia nazionale verso obiettivi di sviluppo fissati con i programmi economici del governo, dovesse farsi imprenditore fra gli imprenditori e competere sul mercato con imprenditori privati.

Allo smantellamento dell'economia mista ha atteso la politica delle privatizzazioni, ispirata da una serie di motivazioni, che non rileva qui richiamare.

Anzitutto va detto che di privatizzazione si può parlare in due sensi, l'uno più ristretto e l'altro più esteso.

In senso puramente formale è privatizzazione l'adozione per l'impresa pubblica della forma giuridica della società per azioni. È tale, tra le altre, quella consentita alle aziende autonome dei comuni e delle province e dei loro consorzi (aziende municipalizzate per gas e acqua, trasporti eccetera e relativi consorzi intercomunali). In senso sostanziale è privatizzazione il trasferimento a privati delle azioni delle società in mano pubblica, con uscita di scena, parziale o totale, dello Stato o dell'ente pubblico azionista. La privatizzazione in senso formale può essere considerata come strutturale rispetto alla privatizzazione in senso sostanziale: la proprietà pubblica, trasformata in proprietà azionaria, viene resa negoziabile e perciò suscettibile di passare in mani private. A volte la privatizzazione in senso formale è preordinata ad un totale passaggio dell'impresa in mani private, anche se questo passaggio è destinato a attuarsi con gradualità, per evitare gli effetti negativi di un massiccio collocamento sul mercato di ingenti pacchetti azionari, che deprimerebbero il prezzo delle azioni poste in vendita e provocherebbero forti squilibri sul mercato finanziario. Poiché l'ente pubblico può, per principio, operare solo in base alla legge, tale preordinazione deve essere prevista dalla legge. Questa può renderla facoltativa o obbligatoria; in ogni caso, è indicativa della individuazione dell'oggetto sociale dell'ente privatizzato come non strategico. Altre volte la privatizzazione in senso sostanziale riguarda solo i pacchetti azionari di minoranza, come ad esempio per le società risultanti dalla trasformazione delle aziende municipalizzate, per le quali la (parziale) privatizzazione mira a provocare l'afflusso di capitale di rischio privato, alleviando l'onere di finanziamento dell'impresa da parte dell'azionista pubblico, che però resta azionista di maggioranza relativa.

19. – Con d.l. 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, in legge 30 luglio 1994, n. 474, sono state fissate «Norme per l'accelerazione delle procedure di dismissioni di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni». Tale decreto stabilisce che al Ministero dell'Econo-

mia e delle Finanze siano attribuiti, nelle società operanti in alcuni settori strategici ed espressamente individuate con decreto del Presidente del Consiglio, i «poteri speciali» che assicurino allo Stato un controllo su tali società, anche a prescindere dall'entità della partecipazione azionaria detenuta.

20. – *Per espressa estensione normativa (art 2, comma 3, del d.l. 332/1994, rimasto immutato dopo la legge finanziaria 2004) i poteri speciali trovano applicazione anche nei confronti delle società controllate, direttamente o indirettamente, da enti pubblici (anche territoriali ed economici) operanti in settori strategici, anch'esse individuate con provvedimento dell'ente pubblico partecipante.*

La legge finanziaria 23 dicembre 1999, n. 488, relativa all'anno 2000, ha modificato la legge 474/1994. Con il correlato d.p.c.m. 11 febbraio 2000, relativo ai poteri speciali riconosciuti allo Stato e all'ente pubblico territoriale conferente dalla legge 474/1994 ed ai relativi criteri di applicazione, si sono enunciati cinque criteri per l'esercizio dei poteri speciali. Non è espresso il gradimento ad acquisizioni azionarie che: a) non siano trasparenti e non assicurino, comunque, la conoscenza della titolarità delle partecipazioni azionarie rilevanti ai fini del controllo, diretto o indiretto, della società, nonché degli obiettivi e dei programmi industriali dell'acquirente; b) compromettano processi di liberalizzazione e apertura dei mercati, non siano coerenti con la scelta di privatizzazione della società ovvero determinino situazioni di conflitto di interessi atte a pregiudicare il perseguimento della missione affidata alla società nel campo delle finalità d'interesse pubblico; c) comportino oggettivi rischi di infiltrazione di organizzazioni criminali o di coinvolgimento della società in attività illecite; d) siano lesive della conservazione dei poteri speciali; e) comportino consistenti pericoli di grave pregiudizio per vitali interessi dello Stato anche con riferimento a: 1) l'autonomia o la sicurezza dei rifornimenti di materie prime e beni essenziali alla collettività; 2) la continuità dei servizi pubblici essenziali alla collettività e la sicurezza dei relativi impianti e reti; 3) lo sviluppo dei settori tecnologicamente avanzati.

21. – *Con l'art. 4 della legge 24 dicembre 2003, n. 350 (legge finanziaria 2004) è stata modificata ulteriormente la legge 474/1994 con riferimento ai poteri speciali riconosciuti allo Stato (o all'ente pubblico) conferente all'articolo 2.*

Procedimento di privatizzazione sostanziale della Azienda Energetica Municipale, divenuta A.E.M. S.p.A.

22. – *Al fine di cogliere la rilevanza, in relazione a detto articolo 2, della modifica apportata all'art. 17 (ora 16) dello statuto di A.E.M. S.p.A. è utile riportare il testo della modifica statutaria.*

«1. La società è amministrata da un consiglio di amministrazione composto da un numero non inferiore a 1 e non superiore a 9 membri, compreso il Presidente. L'assemblea ne determina il numero entro i limiti suddetti.

2. Ai sensi dell'art. 2449 del codice civile, il Comune di Milano ha diritto di procedere alla nomina diretta di un numero di amministratori, proporzionale all'entità della propria partecipazione, con arrotondamento, in caso di numero frazionario, all'unità inferiore. In ogni caso, il Comune di Milano,

non potrà nominare in via diretta un numero di consiglieri superiore ad un quarto del numero complessivo degli amministratori da eleggere, con arrotondamento, in caso di numero frazionario, all'unità inferiore.

3. Per quanto riguarda gli amministratori non nominati in via diretta dal Comune di Milano, si procederà all'elezione sulla base di liste, nelle quali i candidati dovranno essere elencati mediante un numero progressivo pari ai posti da coprire (*omissis*).

5. Ogni socio, compreso il Comune di Milano, può presentare o concorrere a presentare una sola lista. I soci aderenti ad uno stesso patto di sindacato possono presentare e votare una sola lista. Le adesione ed i voti espressi in violazione di tale divieto non sono attribuibili ad alcuna lista (*omissis*).

11. I consiglieri nominati direttamente dal Comune di Milano, potranno essere revocati solo dal Comune stesso secondo le modalità previste dal suo statuto e sono rieleggibili a norma dell'art. 2383, terzo comma, codice civile. Gli amministratori, rimangono in carica per tre anni.

L'articolo 2449 dispone:

«Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici.

1. Se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare uno o più amministratori o sindaci ovvero componenti del consiglio di sorveglianza.

2. Gli amministratori e i sindaci o i componenti del consiglio di sorveglianza e nominati a norma del comma precedente possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati.

3. Essi hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea. Sono salve le disposizioni delle leggi speciali».

23. – È di palese evidenza che le disposizioni contenute nell'articolo 16 dello Statuto di A.E.M. S.p.A., relative al diritto di procedere alla nomina diretta di alcuni amministratori non rientra in alcuno dei poteri speciali di cui alla comma 2 della legge 464/1994.

È di pari evidenza che l'articolo 2449 c.civ. non costituisce espressione di alcuno dei poteri speciali di cui all'articolo 2 della legge 464/1994.

Quesiti posti dal Tribunale Amministrativo Regionale di Milano.

24. – Tutti e tre i quesiti posti alla Corte si imperniano sull'articolo 2449 del codice civile da esaminare in relazione all'articolo 56 del Trattato CE.

Invero, il giudice remittente prospetta che le disposizioni contenute nell'articolo 2449 del codice civile valutate singolarmente (quesito 1), o in combinazione con l'articolo 4 del decreto legge 31 marzo 1994 n. 332 convertito nella legge 30 luglio 1994, n. 474 («... alle liste di minoranza dovrà essere riservato complessivamente almeno un quinto degli amministratori non nominati ai sensi dell'articolo 2, comma 1, lettera d) e, con arrotondamento, in caso di numero frazionato inferiore all'unità, all'unità superiore...») (quesito 2), attribuiscono al Comune di Milano, quale socio di maggioranza relativa, uno sproporzionato potere di controllo; o le disposizioni medesime in quanto contrastanti con l'articolo 2, comma 1, lettera d) del decreto legge n. 332/1994, convertito nella legge 474/1994 siano in contrasto con l'articolo 56 del trattato CEE o con principi affermati dalla giurisprudenza comunitaria (quesito 3).

25. – *Presupposto implicito di tutti i quesiti sottoposti alla Corte è che l'articolo 2449 del codice civile sia espressione di quelle prerogative sintetizzate nella sintesi verbale giuridica «golden share» o «action spécifique», che costituiscono restrizione alla libera circolazione dei capitali.*

L'articolo 2449 c. civ. nulla ha a che vedere con la sintesi verbale giuridica «golden share», ma come si vedrà subito dopo avere esaminato quale sia la portata di detta sintesi verbale giuridica la norma si inserisce nell'istituto dell'azionariato pubblico, che è regolamentato da norme comuni, come tali perfettamente compatibili con la effettività delle norme comunitarie relative all'esercizio delle libertà fondamentali e alla concorrenza.

26. – *Per «golden share» si intende quel nucleo di prerogative, inserite per legge o con provvedimenti statali equivalenti, che resta nella titolarità dell'amministrazione alienante in caso di privatizzazione di enti pubblici esercitanti attività di peculiare interesse pubblico. Si tratta della attribuzione al soggetto pubblico alienante di diritti maggiori o più incisivi di quelli che, per diritto comune, gli competerebbero. I poteri «speciali» in questione non sono necessariamente legati alla qualità di azionista rivestita dallo Stato o da un ente pubblico. Anzi, l'istituto, di matrice anglosassone, sembra assumere come presupposto l'effettiva completa dismissione della partecipazione da parte dello Stato o dall'ente pubblico. Lo schema giuridico inglese è quello di inserire nel capitale della società un'azione speciale privilegiata convertibile del valore nominale di una sterlina, posseduta dal Governo o da un suo rappresentante. Il legislatore di altri Stati membri ha preferito svincolare la posizione di privilegio dal possesso azionario, attribuendola direttamente allo Stato o all'ente pubblico all'insorgere di situazioni che possano compromettere il raggiungimento di predeterminati obiettivi di interesse pubblico di riconosciuta importanza strategica. Dalla stessa giurisprudenza della Corte di giustizia è possibile ricavare i principi guida cui lo Stato membro deve attenersi qualora intenda riservarsi detti poteri speciali senza ostacolare o scoraggiare la libera circolazione di capitali (articolo 56 CEE) e la libertà di stabilimento (articolo 43 CEE). In particolare, secondo la Corte, la libera circolazione dei capitali può essere limitata da una normativa nazionale soltanto se quest'ultima sia giustificata dai motivi previsti dall'articolo 58, n. 1, CE o da ragioni operative di interesse pubblico che si applicano ad ogni persona o impresa che eserciti un'attività sul territorio dello Stato membro ospitante. Inoltre, per essere così giustificata, la normativa nazionale deve essere idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito senza andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di quest'ultimo. Inoltre, tale normativa deve fondarsi su criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo alle imprese interessate.*

27. – *L'articolo 2449 del codice civile non costituisce espressione di poteri speciali derogatori delle disposizioni generali in materia societaria. La formulazione della norma può consentire allo Stato o all'ente pubblico di nominare anche la maggioranza degli amministratori indipendentemente dalla quota di partecipazione nella società, ma presuppone la partecipazione del soggetto pubblico al capitale della società, che in relazione a tale partecipazione assume la qualità sostanziale di società mista. Invero, la nomina degli amministratori da parte di chi non ha la maggioranza del capitale sociale non costituisce un'ano-*

malia nel quadro normativo societario di diritto comune. Da un lato, infatti, il nuovo codice civile italiano consente addirittura la nomina di amministratori da parte di non soci (il diritto può essere infatti attribuito dallo statuto ai portatori di «strumenti finanziari»: articolo 2351, comma 5 del codice civile); dall'altro, la nomina della maggioranza degli amministratori da parte di chi possiede una minoranza del capitale sociale è evenienza comune in ogni caso di azionariato diffuso, e nel caso di società per azioni che abbiano emesso (per un importo pari alla metà del capitale) azione di risparmio con diritto di voto limitato alle assemblee straordinarie: in questo caso chi possiede il 25% del capitale, più una azione, controlla l'assemblea ordinaria, e quindi può eleggere l'intero consiglio. Infine, il riconoscimento espresso da parte del legislatore della riforma dei patti parasociali che hanno per oggetto l'esercizio del diritto di voto nelle società per azioni (articolo 2341 del codice civile) comporta de iure la validità di quei patti che attribuiscono al socio di minoranza la facoltà di nomina della maggioranza degli amministratori; facoltà che non sarebbe consentita nel caso in cui il risultato a livello di organizzazione societaria così raggiunto fosse contrario a norme e principi di carattere imperativo. Ne consegue che nell'ordinamento italiano, non esiste un principio inderogabile di proporzionalità tra la partecipazione sociale ed i diritti riguardanti l'amministrazione della società. La regola vale sia per l'azionista privato che per l'azionista pubblico.

L'elezione degli amministratori mediante il voto di lista è pratica diffusa, pacificamente ritenuta legittima.

28. – *L'articolo 2449 del codice civile è relativo alle società a partecipazione pubblica ed ha come premessa che vi sia partecipazione pubblica a società per azioni, sicché la sua evocazione è nel caso di specie naturale.*

Esso si distingue nettamente dalla c.d. golden share, introdotta dalla legge 474/1994, vuoi in via sistematico-concettuale vuoi nella specifica disciplina dettata.

29. – *La legge 474/1994, come modificata dalla legge 350/2003, impone per un certo periodo di tempo l'attribuzione all'ente pubblico di poteri speciali, indipendentemente dalla partecipazione azionaria e, fra quei poteri, indica il diritto di nomina di un amministratore (senza diritto di voto) nella società rinveniente dalla privatizzata dell'ente pubblico, il diritto di veto alla modifica dello statuto della detta società, nonché altri poteri interdittivi di modifiche all'organizzazione sociale.*

L'articolo 2449 del codice civile, invece, con precetto che tra l'altro prescinde in toto dalla stessa sussistenza di un processo di privatizzazione, consente (soltanto) che lo statuto legittimi l'ente pubblico socio a nominare uno o più amministratori della società partecipata senza attribuire all'ente pubblico poteri di veto quanto alle eventuali future modifiche dello statuto in parola.

30. – *Si tratta, dunque, di due profili normativi non confondibili: l'uno a carattere generale (art. 2449 c.c.) riferito all'ente pubblico che è coinvolto in una società tramite partecipazione azionaria ed a tutela dell'interesse collettivo che quella partecipazione giustifica; l'altro, a carattere speciale (art. 2 legge 474/1994) mirato ad una regolazione di vertice di determinate società privatizzate. Inoltre, mentre l'art. 2449 prevede l'attribuzione di poteri all'ente pubblico socio per clausola statutaria di introduzione volontaria (nel caso di A.E.M., è*

stata introdotta grazie al voto decisivo di oltre il 60% del capitale sociale) e sempre modificabile con maggioranze, la legge 474/1994 prevede attribuzioni per legge di poteri speciali all'ente indipendentemente dalla circostanza che lo Stato o l'ente pubblico conservi la qualità di socio della società privatizzata, e soprattutto con potere di veto ex lege dello stato o dell'ente pubblico verso modifiche dello statuto. Due modi diversi, dunque, ascrivibili ad istanze diverse, anzi opposte: l'uno, riferibile alla gestione della società dove lo Stato o un ente pubblico abbia investito; l'altro, al monitoraggio della privatizzazione, che continua, imperativamente, anche quando lo Stato o ente pubblico abbia disinvestito.

31. – Le due discipline – quella dell'articolo 2949 del codice civile e quella della legge 474 del 1994 – in un processo di privatizzazione, come nel caso di specie, si possono sommare, senza che il ricorso all'una e all'altra sia soggetto ad un unico sindacato di legittimità.

Al limite è possibile prevedere sia la nomina diretta di uno o più amministrazioni da parte dell'ente pubblico ex art. 2449 c. civ., sia la nomina di amministratore senza diritto di voto ai sensi della legge 474 del 1994 e, sempre, che venga garantita alla minoranza, ai sensi della legge 474 del 1994, la nomina di almeno un quinto degli amministratori nell'applicazione del voto di lista.

32. – Il TAR non ha dubbi che la modifica dello Statuto di A.E.M. S.p.A. in contestazione produca un risultato contrario alle sentenze della Corte di giustizia in materia di golden share, ma il dubbio è frutto di un errore di impostazione giuridica e di una erronea valutazione della propria giurisdizione in subiecta materia. Sul punto è appena il caso di dire che la tutela delle situazioni giuridiche soggettive è principio costituzionale, ma non lo è la modalità di tale tutela se non sotto il profilo della effettività, che nel caso dei ricorsi amministrativi che hanno innescato la proposizione della questione pregiudiziale non è in discussione.

33. – La tesi del giudice amministrativo remittente si fonda su una malintesa interpretazione del significato e della portata della giurisprudenza comunitaria e soprattutto sulla mancata comprensione del fatto che, come ha puntualmente rilevato il Consiglio di Stato nelle ordinanze nn. 3866/04, 3867/04, 3873/04 e 3874/04, l'istituto della golden share ha una funzione «profondamente diversa» da quella dell'art. 2449 c.c. (l'unica norma – si ripete – a venire in rilievo ai nostri fini).

34. – Per rendersene conto, giova subito precisare che tutta la tematica della c.d. golden share nell'ambito dell'ampio processo di privatizzazioni in atto in Europa attiene soltanto a quelle disposizioni di legge nazionali che consentono allo Stato di esercitare un'influenza determinante sulla società nonostante il venir meno dell'iniziale potere di controllo.

35. – La Commissione, già nella propria Comunicazione del 1997 relativa agli investimenti intracomunitari, si era espressa nel senso che i poteri attribuiti alle autorità nazionali (quali il diritto di veto o la nomina di alcuni amministratori) possono «creare dei problemi» in relazione alle regole in materia di esercizio di libertà fondamentali, quali la libera circolazione dei capitali o la libertà di stabilimento nella Comunità, soltanto nei casi in cui uno Stato membro non detenga una partecipazione di controllo. La Corte di giustizia (al termine di una serie di procedure di infrazione, tutte promosse dalla Commissione) si è

pronunciata soltanto sui casi in cui lo Stato non deteneva più una «partecipazione strategica» nell'impresa. Ciò vale senza dubbio per i casi francese, belga e portoghese e per quello inglese.

In relazione al caso spagnolo (causa C-463/00), il discorso, benché più complesso, nella sostanza non cambia. La legge spagnola, sottoposta all'indagine della Commissione (legge 23 marzo 1995, n. 5), si applicava alle imprese che, alla data di entrata in vigore della legge medesima, erano controllate dallo Stato con una partecipazione superiore al 25%. Senonché, la Commissione ha aperto la procedura di infrazione quattro anni più tardi (26 ottobre 1999), contestando non soltanto la menzionata legge, ma anche i decreti di attuazione relativi alle società Repsol, Telefónica de Espana, Argentana, Tabacalera ed Endesa, società che nel frattempo, tra il 1997 ed il 1998, erano state integralmente privatizzate, con la partecipazione dello Stato ridotta a zero. Al momento, dunque, dell'apertura della procedura da parte della Commissione, lo Stato, che pur manteneva i poteri speciali derivanti dalla legge spagnola n. 5/1995, aveva completamente dismesso la propria partecipazione nelle imprese considerate.

37. – *È di tutta evidenza la diversità tra i regimi nazionali di golden share sottoposti al vaglio della Corte di giustizia ed il caso in esame. In questo i poteri conferiti al Comune di Milano trovano fondamento di legittimazione nella misura dominante della partecipazione mantenuta dallo stesso nella società mista. E ciò in base ad un principio derivato dal diritto comune, non dal diritto speciale, che prescinde dalla partecipazione del soggetto pubblico al capitale della società commerciale.*

38. – *Né nella predetta Comunicazione della Commissione né nelle sentenze della Corte in materia di golden share si fa riferimento ad una necessaria proporzionalità tra la partecipazione azionaria detenuta dallo Stato (che addirittura conservi una partecipazione idonea a garantirgli il controllo della società) ed i poteri ad esso attribuiti per legge.*

39. – *In tutt'altro senso, infatti, opera il richiamo al principio di proporzionalità, in base al quale una disposizione nazionale, limitativa di diritti garantiti dal Trattato, deve essere proporzionale allo scopo perseguito, nel senso che quest'ultimo non possa essere ugualmente conseguito con misure meno restrittive. Il riferimento al principio di proporzionalità, pertanto, riguarda soltanto l'esigenza di adeguatezza delle singole misure ai motivi imperativi di interesse generale (ad esempio, la difesa e la sicurezza dei rifornimenti in materie prime).*

40. – *Anche nei principi OCSE in materia di corporate governance non si rinviene alcuna presa di posizione a favore dell'applicazione del concetto «one share one vote». Anzi, l'approccio prevalente è quello di preferire un'interpretazione «flessibile» del principio della proporzionalità, anche in considerazione del fatto che, secondo un recente studio, circa il 60% delle società europee non si conformano al principio «one share one vote». In relazione al tema della nomina degli amministratori, nel caso belga, la Corte di giustizia ha ritenuto compatibile con il diritto comunitario un regime che, tra l'altro, attribuiva al Ministro la nomina di due rappresentanti del governo federale, sia pure senza diritto di voto, nell'ambito del consiglio di amministrazione delle società S.N.T.C. e Distrigaz. La normativa francese, poi, che pur prevedeva la nomina*

pubblica di due amministratori, è stata ritenuta incompatibile con il Trattato soltanto nelle parti in cui prevedeva un limite all'acquisto di partecipazioni unito al previo gradimento in capo al Ministro dell'Economia nonché un'opposizione contro le decisioni di cessione o di attribuzione a titolo di garanzia.

Emblematico appare anche l'atteggiamento assunto dalla Commissione nel caso della legge tedesca che privatizza la Volkswagen ("legge VW"). La legge VW prevede che, fintantoché detengano azioni (sembra di capire, più di una azione) dell'impresa, il Governo federale tedesco («Bund») e il Land della Bassa Sassonia debbano avere due posti nel consiglio di amministrazione (che consiste di 20 membri, di cui soltanto la metà rappresenta gli azionisti). Di conseguenza, grazie ad una misura statale e in deroga alla normale normativa tedesca sulle società, 4 dei 10 membri che rappresentano gli azionisti possono essere direttamente nominati dalle autorità pubbliche. Dato che il governo federale ha venduto tutte le proprie azioni, il Land della Bassa Sassonia (che detiene circa il 13 % delle azioni con diritto di voto) è ora l'unico ad avere il diritto di nominare due membri del consiglio di amministrazione. Ora, la Commissione non pare preoccupata dal fatto che il Land possa nominare due amministratori su dieci fintantoché detenga una partecipazione azionaria all'incirca corrispondente. Tuttavia, dal momento che tale disposizione ad hoc attribuisce anche al Bund un diritto di rappresentanza che non è proporzionato al suo livello di partecipazione al capitale della società, lo stesso Bund (al momento attuale uscito del tutto dalla società) può agevolmente recuperare tale diritto speciale acquisendo soltanto due azioni della società.

41. – Su tali presupposti si suggerisce:

1) di dichiarare inammissibili tutte le questioni interpretative sollevate dal Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia per carenza di rilevanza;

2) di dichiarare che l'articolo 2449 c. civ. è compatibile con l'articolo 56 del Trattato, in quanto non fondativo di alcun diritto speciale a favore del soggetto pubblico che partecipa al capitale della società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici disciplinata dalla sezione XIII del Capo V del Titolo V del codice civile italiano».

Causa C-494/04 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Modalità per il prelievo fiscale sui tabacchi lavorati – Articolo 27, n. 5, della direttiva del Consiglio 25 febbraio 1992, 92/12/CEE, relativa al regime generale, alla detenzione, alla circolazione ed ai controlli dei prodotti soggetti ad accise (nel testo vigente) – Ordinanza del Hoge Raad der Nederlanden (Paesi Bassi) 26 novembre 2004 (cs 8175/05, avv. dello Stato M. Fiorilli).

IL FATTO

La controversia riguarda il rigetto della domanda della società «A» diretta alla compensazione o rimborso ai sensi della legge olandese sulle accise di importi corrisposti in relazione alla richiesta di contrassegni afferenti a tabacchi lavorati e a titolo di imposta sul valore aggiunto pagata o dovuta.

I QUESITI

1. – Se la direttiva sulle accise debba essere interpretata nel senso che impone agli Stati membri di adottare una normativa in base alla quale essi sono

tenuti a restituire o compensare gli importi pagati o divenuti esigibili al momento della richiesta di bolli per accise, nel caso in cui il richiedente (titolare di una autorizzazione per un deposito fiscale) non abbia utilizzato né potrà utilizzare bolli che sono spariti prima di essere apposti ai prodotti, soggetti ad accisa e i terzi non abbiano potuto o non potranno fare legittimamente uso di tali bolli, benché non sia escluso che essi li abbiano utilizzati o potranno utilizzarli apponendoli a tabacchi lavorati immessi illegalmente in commercio.

2. – Se la sesta direttiva, e in particolare l'articolo 27, nn.1 e 5, debba essere interpretata nel senso che la circostanza che solo in una data successiva a quella prevista nell'articolo 27, n. 5, della sesta direttiva, quale adeguata dalla nona direttiva, il Governo dei Paesi Bassi ha comunicato alla Commissione che desiderava continuare a mantenere in vigore la modalità particolare per il prelievo fiscale sui tabacchi lavorati comporta che, qualora un singolo, dopo che tale comunicazione ha avuto comunque luogo, invochi il superamento del termine, tale modalità speciale di prelievo fiscale debba essere disapplicata anche successivamente alla comunicazione.

3. – Nell'ipotesi in cui la soluzione alla questione sia di senso negativo, se la sesta direttiva, in particolare l'articolo 27, 1 e 5, debba essere interpretata nel senso che la modalità speciale di prelievo fiscale sui tabacchi lavorati, di cui all'articolo 28 della legge sull'imposta sul valore aggiunto, deve essere disapplicata in quanto incompatibile con i requisiti stabiliti nelle disposizioni menzionate.

4. – Nel caso in cui la soluzione alla questione 3 sia di senso negativo, se la sesta direttiva, e in particolare l'articolo 27, nn.1 e 5, debba essere interpretata nel senso che con essa sia incompatibile il mancato rimborso dell'imposta sul valore aggiunto e in circostanze quali quelle descritte alla questione 1.

Causa C-6/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Fornitura di dispositivi medici- Appalto – Direttive del Consiglio 93/36/CEE e 93/42/CEE – Ordinanza del *Symvoulio tis Epikrateias* (Grecia) del 16 marzo 2005 (avv. dello Stato M. Fiorilli).

I FATTI

Un ospedale ha bandito una gara d'appalto aperta, sulla base del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, per la fornitura di diversi tipi di punti per sutura. Nella gara hanno presentato offerte nove imprese, tra cui anche la ricorrente. Con parere consultivo inviato alla commissione giudicatrice d'appalto, i chirurghi dell'ospedale si lamentavano dei problemi causati da alcuni dei punti forniti dalla ricorrente, per il che chiedevano l'esclusione di questi ultimi dalla gara. La richiesta è stata accolta. L'impresa interessata, dopo un reclamo in via amministrativa, ha impugnato l'esclusione.

QUESITI

1. – Se in caso di gare di appalto disciplinate dalla direttiva del Consiglio 93/36/CEE, per la fornitura di dispositivi medici di cui alla direttiva 93/42/CEE, e qualora tali gare si svolgano secondo il sistema dell'offerta più bassa, l'autorità giudicatrice, nella veste di acquirente dei beni in questione, ai sensi delle disposizioni della su menzionata direttiva del Consiglio 93/42/CEE, in combinato disposto con le disposizioni della direttiva del

Consiglio 93/36/CEE, abbia la facoltà di respingere un'offerta di dispositivi medici che rechino la marcatura CE che abbiano costituito oggetto di un controllo di qualità da parte del competente organo di certificazione, in quanto tecnicamente inammissibili nella fase della valutazione tecnica, invocando obiezioni sostanziali sulla loro idoneità tecnica, collegate alla tutela della salute pubblica e all'uso particolare cui tali dispositivi sono destinati e in considerazione delle quali sono giudicati inadatti e non adatti a tale uso (sulla base del presupposto evidente che tali obiezioni siano soggette al controllo del giudice competente sotto il profilo della loro fondatezza, nel caso in cui sussista un dubbio quanto al fatto che esse ricorrano effettivamente).

2. – In caso di risposta affermativa alla precedente questione, se l'autorità giudicatrice nella veste di acquirente dei beni in questione, abbia la facoltà di considerare direttamente, per le ragioni precedentemente indicate, inadatti al tipo di uso a cui sono destinati dispositivi medici che recano la marcatura CE oppure se occorra che siano previamente applicate le clausole di salvaguardia contenute nella direttiva 93/42/CE del precedente menzionato decreto interministeriale Y 7/comma./2480/199, che attribuiscono all'autorità nazionale competente – che nella specie è costituita dal Ministero della Salute, della Previdenza e Assistenza sociale attraverso la Direzione della Tecnologia biomedica – di adottare provvedimenti in base alla procedura di cui all'articolo 8 della direttiva, nel caso in cui i dispositivi medici correttamente installati e usati possono rappresentare un pericolo per la vita alla sicurezza dei pazienti o degli utilizzatori, o ai sensi dell'articolo 18 della medesima, quando si constata che la marcatura CE è stata attribuita senza motivo.

3. – Se, in considerazione della risposta data alla seconda questione, e qualora essa sia risolta nel senso che occorre prima applicare le summenzionate clausole di salvaguardia, l'autorità giudicatrice sia tenuta ad aspettare il risultato del procedimento avviato in base all'articolo 8 o all'articolo 18 della direttiva 93/42/CE e inoltre sia vincolata dal risultato di esso, nel senso che sia tenuta a ricevere in appalto il bene di cui si tratta, nonostante sia provato che il suo uso fa sorgere dei pericoli per la salute pubblica o, in generale, che esso è inadatto all'uso a cui l'autorità giudicatrice lo destina.

Causa C-26/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 20 dicembre 1994, 94/62/CE – Imballaggi – Ordinanza del «*Landesgericht Korneuburg*» (Austria), notificata il 16 marzo 2005 (avv. dello Stato G. Fiengo).

IL FATTO

Punto di partenza della controversia tra l'attrice Partei Plato Plastik Frank GmbH, produttore e venditore di sacchetti di plastica, e la convenuta Caropack Handels GmbH, che vende questi sacchetti, è il rifiuto di quest'ultima di rilasciare una certificazione del fatto che essa sia collegata ad un sistema di raccolta e recupero di rifiuti di imballaggio. Questa controversia era già alla base del procedimento pregiudiziale dinanzi alla Corte di giusti-

zia delle Comunità europee nella causa C-341/01 (ordinanza 4 settembre 2001 di questo stesso tribunale e la sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee 29 aprile 2004, punti 14-20).

Oggetto dell'ordinanza di rinvio 4 settembre 2001 erano, tra le altre, le questioni sull'interpretazione dei termini «imballaggio» e «produttore» di cui all'art. 3, n. 1, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 20 dicembre 1994, 94/62/CE, sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio, al fine di valutare se i sacchetti di plastica in questione nella controversia principale fossero da considerare come imballaggi e se l'attrice fosse da ritenere un produttore di imballaggi ai sensi della direttiva. Il tribunale al riguardo partiva dal presupposto che la parte convenuta non avesse alcun obbligo di rilasciare la certificazione richiesta dall'attrice, qualora i sacchetti di plastica oggetto della domanda non fossero stati imballaggi o qualora l'attrice non fosse stata considerata quale produttrice di imballaggi ai sensi della direttiva.

La Corte di giustizia delle Comunità europee ha riconosciuto, nella sentenza 29 aprile 2004, causa C-341/01, che i sacchetti di plastica sono imballaggi ai sensi della direttiva e che nel termine «produttore», nel contesto dell'art. 3, n. 1, primo comma, rientra il produttore delle merci, ma non il fabbricante dei prodotti di imballaggio.

I QUESITI

1. – *Questione principale*: se, ai sensi della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 20 dicembre 1994, 94/62/CE, il produttore di imballaggi secondari o di imballaggi per il trasporto, vale a dire il produttore di imballaggi, sia pure colui che, nell'ambito dell'esercizio della sua attività professionale, assembla o fa assemblare indirettamente o direttamente merci con il prodotto destinato ad essere utilizzato come imballaggio e se ciò valga anche per i sacchetti con manici. Se quindi il produttore (fornitore) dei prodotti indicati nell'art. 3, n. 1, prima frase, ossia di prodotti adibiti a contenere e a proteggere determinate merci, a consentire la loro manipolazione e la loro consegna, e ad assicurare la loro presentazione, nonché di articoli «a perdere» usati allo stesso scopo, sia il produttore (fornitore) di materiale di imballaggio (prodotti di imballaggio) e non il produttore di un imballaggio per la vendita, di un imballaggio secondario o di un imballaggio per il trasporto (produttore di imballaggi; v. i termini equivalenti di cui all'art. 3, n. 11, della direttiva).

2. – *Prima questione supplementare nell'ipotesi in cui la questione principale venga risolta in senso affermativo*: se quindi il produttore di sacchetti con manici debba essere considerato non produttore di imballaggio per la vendita, di imballaggio secondario o di imballaggio per il trasporto, bensì produttore di materiale di imballaggio (prodotti di imballaggio).

3. – *Seconda questione supplementare nell'ipotesi in cui la prima questione supplementare venga risolta in senso affermativo*: se sia in contrasto con il diritto comunitario e in particolare con il principio di uguaglianza, con il divieto di una oggettiva ed ingiustificata limitazione della libertà professionale e con il divieto di creare distorsioni della concorrenza, il fatto che la legislazione di uno Stato membro imponga al produttore di materiali di

imballaggio, in particolare di sacchetti con manici, l'obbligo, assistito da sanzioni penali, di ritirarli oppure di partecipare ad un sistema di raccolta e recupero, a meno che un settore a valle della filiera non si faccia carico di questo obbligo e fornisca in proposito al produttore di materiale di imballaggio una certificazione valida.

Causa C-194/05 – Commissione CE c. Repubblica italiana – Ricorso notificato l'8 giugno 2005 (ct. 26963/05, avv. dello Stato G. Fiengo).

IL RICORSO

La Commissione formula nei confronti del Governo della Repubblica Italiana le seguenti conclusioni:

«constatare che la Repubblica Italiana:

– nella misura in cui gli articoli 10 della legge n. 93 del 2001 e l'art. 1 commi 17 e 19 della legge 443 del 2001 hanno escluso le terre e le rocce da scavo destinate all'effettivo riutilizzo per reinterri, riempimenti, rilevati e macinati, con esclusione di materiali provenienti da siti inquinati e da bonifiche con contrazione di inquinanti superiore ai limiti di accettabilità stabiliti dalle norme vigenti, dall'ambito di applicazione della disciplina dei rifiuti, è venuta meno agli obblighi che Le incombono in virtù dell'articolo 1 (a) della direttiva 75/442/CEE sui rifiuti come modificata dalla direttiva 91/156/CE.

Condannare la Repubblica Italiana al pagamento delle spese di giudizio».

IL CONTRORICORSO

Il ricorso è inammissibile ed infondato, e se ne chiede il rigetto per i motivi di seguito riportati.

Si fa preliminarmente e pregiudizialmente presente che la proposta di modifica della legge n. 443/01 (così come rappresentato nella nota dell'Ufficio Legislativo 14 febbraio 2003 n. 907/317/113), con emendamento all'art. 1, commi 17, 18 e 19 da inserire nella legge comunitaria 2003, nelle more della procedura d'infrazione avviata dalla Commissione, è stata approvata ed è divenuta legge 31 ottobre 2003, n. 306. Di conseguenza gli articoli di cui si tratta, con decorrenza dal 30 novembre 2003, sono così modificati:

Comma 17. «Il comma 3, lettera *b*), dell'articolo 7 ed il comma 1, lettera *f bis*) dell'articolo 8 del decreto legislativo n. 22 del 1997, si interpretano nel senso che le terre e rocce da scavo, anche di gallerie, non costituiscono rifiuti e sono, perciò, escluse dall'ambito di applicazione del medesimo decreto legislativo solo nel caso in cui, anche quando contaminate, durante il ciclo produttivo, da sostanze inquinanti derivanti dalle attività di escavazione, perforazione e costituzione siano utilizzate, senza trasformazioni preliminari, secondo le modalità previste nel progetto sottoposto a VIA ovvero, qualora non sottoposte a VIA, secondo le modalità previste nel progetto approvato dall'autorità amministrativa competente previo parere dell'ARPA, sempreché la composizione media dell'intera massa non presenti una concentrazione di inquinanti superiori ai limiti massimi previsti dalle norme vigenti».

Comma 18. «Il rispetto dei limiti di cui al comma 17 può essere verificato in accordo alle previsioni progettuali anche mediante accertamenti sui

siti di destinazione dei materiali da scavo. I limiti massimi accettabili sono individuati dall'allegato 1, Tabella 1, colonna B, dal decreto del Ministro dell'Ambiente 15 ottobre 1999, n. 471, e successive modificazioni, salvo che la destinazione urbanistica del sito non richieda un limite inferiore».

Comma 19. «Per i materiali di cui al comma 17 si intende per effettivo utilizzo per reinterri, riempimenti, rilevati e macinati anche la destinazione a differenti cicli di produzione industriale, purché sia progettualmente previsto l'utilizzo di materiali intendendosi per tale anche il riempimento delle cave coltivate, nonché la ricollocazione in altro sito a qualsiasi titolo autorizzata dall'autorità amministrativa competente previo, ove il relativo progetto non sia sottoposto a VIA, parere dell'ARPA, a condizione che siano rispettati i limiti di cui al comma 18 e la ricollocazione sia effettuata secondo modalità di rimodellazione ambientale del territorio interessato. Qualora i materiali di cui al comma 17 siano destinati a differenti cicli di produzione industriale, le autorità amministrative, competenti ad esercitare le funzioni di vigilanza e controllo sui medesimi cicli, provvedono a verificare, senza oneri aggiuntivi per la finanza pubblica, anche mediante l'effettuazione di controlli periodici, l'effettiva destinazione all'uso autorizzato dei materiali; a tal fine l'utilizzatore è tenuto a documentarne provenienza, quantità e specifica destinazione».

Dal tenore del ricorso, ed in particolare dalla genericità della contestazione della Commissione, si evince chiaramente che l'organo comunitario non ha tenuto in considerazione la modifica normativa «*medio tempore*» intervenuta.

Detta modifica ha circoscritto e delimitato l'esclusione dal concetto di rifiuto delle terre e rocce da scavo alla fattispecie ivi prevista ed ha, altresì, previsto garanzie e temperamenti quali la Valutazione di Impatto Ambientale del progetto o, nei casi di progetti di minore rilevanza, il parere dell'ARPA. (Agenzia Regionale Prevenzione e Protezione Ambiente).

Nel merito della questione, si osserva che è imprescindibile per lo sviluppo economico del Paese, quale l'Italia, la realizzazione di vie di comunicazione, nazionali ed internazionali, tramite la costruzione di rilevati e gallerie, stanti le caratteristiche orografiche del territorio nazionale «*ch'Appennin parte, il mar circonda e l'Alpe*». Di qui la necessità che alle direttive dell'U.E. sia data attuazione, nel pieno rispetto degli obiettivi finali voluti dal legislatore comunitario, ma secondo il ragionevole uso della discrezionalità riservata al legislatore nazionale nel considerare l'effettiva valenza del fenomeno sul quale si va ad incidere e le modalità più idonee per raggiungere il risultato imposto dalle norme comunitarie.

Per quanto concerne in particolare la nozione di rifiuto, come delineata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, si ricorda la sentenza della Sesta Sezione dell'11 settembre 2003 in causa C-114/01 (che ha ribadito i principi dell'ordinanza del 5 marzo 2001 della Sesta sezione - Palin Granit), secondo cui non rientrano nel concetto di rifiuto, così come delineato dalla direttiva del Consiglio 75/442/CEE, i detriti o la sabbia da scarto da operazioni da arricchimento di minerale qualora il detentore li utilizzi legalmente

per il necessario riempimento delle gallerie della detta miniera e fornisca garanzie sufficienti sull'identificazione e sull'utilizzazione effettiva delle sostanze destinate a tale effetto.

Da detta massima si evince che il concetto generale di rifiuto ai sensi della citata normativa europea è connotato da ragionevoli eccezioni, così come la stessa Corte ha più volte riconosciuto.

Pertanto, alla luce di tutto quanto sopra esposto e dedotto, si chiede che venga riconosciuta e dichiarata la legittimità e la conformità ai principi comunitari e della normativa italiana nella modifica apportata all'art. 1, commi 17, 18 e 19 legge n. 443/01 ex art. 19 della legge 31 ottobre 2003, n. 306, con decorrenza dal 30 novembre 2003.

Con riserva - ove la Commissione alla luce di quanto dedotto in ordine alle innovazioni legislative, intervenute nelle more della procedura, intenda proseguire nell'azione d'inadempimento intrapresa - di rispondere nell'eventuale controreplica agli aspetti generali, alcuni non condivisibili, assunti dalla stessa Commissione a base del ricorso proposto.

Roma, li 8 agosto 2005 – Avvocato dello Stato G. Fiengo».

Causa C-220/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Convenzione pubblica di lottizzazione di suolo – Nozione di appalto di opera pubblica – Valutazione limite del controvalore di diritti speciali di prelievo – Applicazione procedure di aggiudicazione appalti – (Direttiva 93/37/CEE) – Ordinanza del Tribunale Amministrativo di Lione (Francia), emessa il 7 aprile 2005 e depositata il 19 maggio 2005, notificata il 7 luglio 2005 (cs. 37339/05, avv. dello Stato G. Fiengo).

IL FATTO

I ricorrenti chiedono a questo Tribunale di annullare la delibera 28 ottobre 2002 con la quale il Consiglio municipale di Roanne ha autorizzato il proprio sindaco a stipulare con la *Société d'équipement du département de la Loire* (SEDL) una convenzione pubblica di lottizzazione ai fini della realizzazione di un centro di divertimenti e di un'area di parcheggio.

I QUESITI

1. – Se una convenzione, con la quale una prima amministrazione aggiudicatrice affidi ad una seconda amministrazione aggiudicatrice la realizzazione, per fini di interesse generale, di un'operazione di lottizzazione, nell'ambito della quale tale seconda amministrazione aggiudicatrice rimetta alla prima opere destinate a soddisfare sue esigenze, e allo scadere della quale la prima amministrazione aggiudicatrice diventi automaticamente proprietaria dei terreni e delle opere che non siano stati ceduti a terzi, costituisca un appalto pubblico di lavori ai sensi delle disposizioni di cui all'art. 1 della direttiva 14 giugno 1993, 93/37, come modificata.

2. – In caso di soluzione affermativa alla prima questione se, ai fini della valutazione del summenzionato limite di ECU 5.000.000 di diritti speciali di prelievo, fissato dall'art. 6 della detta direttiva, occorra tener conto esclusivamente del prezzo versato a titolo di corrispettivo per la cessione delle opere

rimesse all'amministrazione aggiudicatrice, ovvero la somma di tale prezzo e delle partecipazioni versate, ancorché queste ultime siano solo parzialmente destinate alla realizzazione delle dette opere, o, infine, l'importo complessivo dei lavori, ove i beni non ceduti allo scadere del contratto divengono automaticamente di proprietà della prima amministrazione aggiudicatrice, che prosegue, in tal caso, l'esecuzione dei contratti in corso e si accolla i debiti contratti dalla seconda amministrazione aggiudicatrice.

3. – In caso di soluzione affermativa alle prime due questioni: se la prima amministrazione aggiudicatrice sia dispensata, per concludere una siffatta convenzione, dal ricorso alle procedure di aggiudicazione degli appalti previste dalla direttiva medesima, sulla base del rilievo che tale convenzione può essere aggiudicata esclusivamente a determinate persone giuridiche e che le medesime procedure verranno applicate dalla seconda autorità aggiudicatrice ai fini dell'attribuzione dei propri appalti di lavori.

Causa C-244/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Interpretazione della direttiva del Consiglio delle Comunità europee 21 maggio 1992, 92/43/CEE, relativa alla conservazione degli *habitat* naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche – Ordinanza del «*Bayerischer Verwaltungsgerichtshof*» (Germania), notificata il 1° agosto 2005 (cs. 41357/05, avv. dello Stato G. Fiengo).

IL FATTO

I ricorrenti contestano la costruzione della nuova autostrada A94 Monaco-Mühldorf-Simbach-Pocking nel tratto Forstinning-Pastetten (dal Km 10.755 al Km 16.980). La A94 (E 552), risultante alla fine della costruzione lunga complessivamente circa 150 Km, deve collegare Monaco, capitale del Land, con la zona sud-orientale della Baviera nonché garantire un collegamento verso l'Austria. Essa inizia nel territorio comunale di Monaco, dove, all'altezza dell'incrocio autostradale di Monaco-est, si collega con l'autostrada A99, per terminare, infine, in Pocking nell'autostrada A3, già esistente.

Il primo ricorrente ha partecipato al procedimento di approvazione del progetto in qualità di associazione per la protezione dell'ambiente. Inoltre esso è proprietario di un fondo che, in base al progetto, dovrà essere parzialmente edificato in uno dei tratti successivi. Gli altri ricorrenti sono proprietari di fondi situati lungo il tracciato Dorfen e utilizzati per lo più a fini agricoli che devono essere edificati nel tratto controverso indicato nel progetto o in quelli successivi.

I QUESITI

1. – Quale sia il regime di protezione richiesto dall'art. 3, n. 1, della direttiva 92/43/CEE in combinato disposto con il sesto «considerando» della stessa direttiva, alla luce dell'obbligo di astensione di cui all'art. 10, secondo comma, CE (trattato che istituisce la Comunità europea 25 marzo 1957, poi modificato dagli Atti di adesione 14 aprile 2003), in seguito alla sentenza della Corte di giustizia 13 gennaio 2005, causa C-117/03, per siti atti ad

essere individuati quali siti di importanza comunitaria, e segnatamente quelli ospitanti tipi di *habitat* naturali prioritari e/o specie prioritarie, prima che essi vengano iscritti nell'elenco dei siti di importanza comunitaria adottato dalla Commissione delle Comunità europee secondo la procedura prevista dall'art. 21 della direttiva.

2. – Come indica su tale regime di protezione il fatto che tali siti siano già stati inseriti nell'elenco proposto dagli Stati e trasmesso alla Commissione ai sensi dell'art. 4, n. 1, della direttiva 92/43/CEE.

3. – Se un regime di protezione per detti siti quale quello previsto dall'art. 48, n. 2, *Bayerische Naturschutzgesetz* (legge bavarese sulla protezione dell'ambiente) soddisfi le prescrizioni comunitarie di cui all'art. 3, n. 1, della direttiva 92/43/CEE in combinato disposto con il sesto considerando della stessa alla luce dell'obbligo di astensione di cui all'art. 10, secondo comma, CE.

Causa C-259/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Sorveglianza e controllo delle spedizioni di rifiuti all'interno della Comunità europea – Regolamento 1° febbraio 1993, n. 259 (cs. 41921/05, avv. dello Stato G. Fiengo).

IL FATTO

La controversia in esame riguarda l'interpretazione del regolamento 1° febbraio 1993, n. 259, relativo alla sorveglianza e al controllo delle spedizioni di rifiuti all'interno della Comunità europea, nonché in entrata e in uscita dal suo territorio e verte sulla sussistenza o meno di obblighi in caso di esportazione per il recupero di rifiuti combinati, in una combinazione che non viene menzionata come tale nel c.d. elenco verde allegato al Regolamento, ma le cui sostanze figurano peraltro - singolarmente - in siffatto elenco.

La fattispecie in esame verte su residui di cavi elettrici (un nucleo di rame ricoperto da un rivestimento in PVC), spedito attraverso l'Olanda (Rotterdam) dalla Spagna e destinato alla Cina. Le diverse sostanze contenute nella partita di cavi vengono rielaborate in Cina per essere riutilizzate.

I QUESITI

1. – Se residui di cavo come quelli controversi (aventi in parte un diametro di 15 cm) possano essere considerati come «residui elettronici, come cavi ecc.», ai sensi del codice GC 020 dell'elenco verde.

2. – Qualora la questione debba essere risolta in senso negativo, se una combinazione di sostanze dell'elenco verde, peraltro non figurante come tale in siffatto elenco, possa o debba essere considerata come una sostanza dell'elenco verde e se per questa possa essere effettuato il trasporto per il recupero di siffatta combinazione di sostanze, senza che trovi applicazione la procedura di notifica.

3. – Se a questo riguardo sia necessario che i rifiuti vengano presentati o trasportati in maniera differenziata.

Causa T- 185/05 – Italia c. Commissione – Regime linguistico – Articoli 290, 12 C.E. e art. 12 Carta dei diritti fondamentali dell’U.E. – Reg.(CEE) 1/1958 (avv. dello Stato M. Fiorilli).

IL FATTO

La Commissione nel corso della 1678esima riunione amministrativa e di bilancio del 10 novembre 2004 ha adottato la decisione «DG ADMIN – Regime linguistico – pubblicazione articolo 29, par. 2 – posti EUR-25» secondo la quale gli avvisi di vacanza di posti di livello superiore riservati a candidati esterni verranno pubblicati nella *Gazzetta Ufficiale dell’Unione europea* solo in tedesco, inglese e francese, e ciò per un periodo che avrà termine, in linea di principio, il 1° gennaio 2007. Tale decisione è motivata con la capacità di traduzione della Direzione generale della Traduzione, tiene conto delle regole di procedura adottate in materia di reclutamento di funzionari di livello superiore (SEC(2004)252) e si iscrive nel quadro dell’applicazione della comunicazione della Commissione del 26 maggio 2004 dal titolo «*Traduzione: equilibrare l’offerta e la domanda*» (SEC(2004)63816).

La Comunicazione SEC(2004)252 (*Communication from Mr. Kinnock, in agreement with the President. The recruitment of Senior Managers from the new Member States*) riguarda l’assunzione di funzionari di livello superiore appartenenti ai 10 nuovi Stati membri. Propone di svolgere le procedure di selezione solo in inglese, francese e tedesco.

La Comunicazione SEC(2004)63816 (*Communication from Vice-President Kinnock in agreement with the President. Matching supply and demand for translation*) riguarda uno studio sui problemi della traduzione conseguenti all’ingresso dei nuovi Stati Membri. Propone di tradurre taluni testi, in base ad una tabella allegata, solo in alcune delle lingue comunitarie. Non si parla espressamente dei bandi di concorso.

L’art. 29, par. 2, dello Statuto dei funzionari delle Comunità europee recita:

«L’Autorità investita del potere di nomina può seguire una procedura diversa da quella del concorso per il reclutamento di personale di livello superiore (direttori generali o equivalenti di grado AD 16 o 15 nonché direttori o equivalenti di grado AD 15 o 14) oltre che in casi eccezionali, per posti che richiedono qualifiche speciali.»

Il Governo italiano ha impugnato la decisione DG ADMIN – Regime linguistico – pubblicazione art. 29, par. 2 – posti EUR-25, adottata nel corso della 1678esima riunione amministrativa e di bilancio del 10 novembre 2004; e il bando di concorso per «(*Directorate-General OLAF Publication of a vacancy for a Director-General (grade A*15-16) (Article 29(2) of the Staff Regulation*) COM/2005/335) pubblicato nella *GUCE* del 9 febbraio 2005, serie C34A.

Il bando prevede, fra i requisiti di selezione, una conoscenza approfondita di una delle lingue delle Comunità oltre ad una conoscenza di un’altra lingua delle Comunità in misura sufficiente ad assolvere i compiti assegnati ed inoltre che la domanda venga redatta preferibilmente in lingua inglese.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

Il regime linguistico delle istituzioni.

Il regime linguistico delle istituzioni è regolamentato dalle seguenti disposizioni:

Regolamento del Consiglio 15 aprile 1958 n. 1 che stabilisce il regime linguistico della comunità economica europea:

«Articolo 1 – *Le lingue ufficiali e le lingue di lavoro delle istituzioni dell'Unione sono la lingua ceca, la lingua danese, la lingua estone, la lingua finlandese, la lingua francese, la lingua greca, la lingua inglese, la lingua italiana, la lingua lettone, la lingua lituana, la lingua maltese, la lingua olandese, la lingua polacca, la lingua portoghese, la lingua slovacca, la lingua slovena, la lingua spagnola, la lingua svedese, la lingua tedesca e la lingua ungherese.*

Articolo 2 – *I testi, diretti alle istituzioni da uno Stato membro o da una persona appartenente alla giurisdizione di uno Stato membro, sono redatti, a scelta del mittente, in una delle lingue ufficiali. La risposta è redatta nella medesima lingua.*

Articolo 3 – *I testi, diretti dalle istituzioni da uno Stato membro o ad una persona appartenente alla giurisdizione di uno Stato membro, sono redatti nella lingua di tale Stato.*

Articolo 4 – *I regolamenti e gli altri testi di portata generale sono redatti nelle venti lingue ufficiali.*

Articolo 5 – *La Gazzetta ufficiale dell'Unione europea è pubblicata nelle venti lingue ufficiali.*

Articolo 6 – *Le istituzioni possono determinare le modalità di applicazione del presente regime linguistico nei propri regolamenti».*

Le norme del Trattato di rilievo sono:

«Articolo 12 CE – *Nel campo di applicazione del presente trattato, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dallo stesso previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità.*

Articolo 290 – *Il regime linguistico delle istituzioni della Comunità è fissato, senza pregiudizio delle disposizioni previste nel regolamento della Corte di Giustizia, dal Consiglio che delibera all'unanimità.*

Articolo 314 CE – *Il presente trattato, redatto in unico esemplare, in lingua francese, in lingua italiana, in lingua olandese e in lingua tedesca, i quattro testi tutti facenti ugualmente fede, sarà depositato negli archivi del governo della Repubblica italiana che provvederà a rimetterne copia certificata conforme a ciascuno dei governi degli altri Stati firmatari.*

In forza dei trattati di adesione, fanno ugualmente fede le versioni del presente trattato in lingua danese, finlandese, greca, inglese, irlandese, portoghese, spagnola e svedese.

Articolo 22 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – *L'unione rispetta la diversità culturale, religiosa e linguistica».*

Si riporta il ricorso proposto dal Governo italiano:

«3. – La Corte ha riconosciuto che un ricorso di annullamento può essere diretto contro tutti gli atti che producono effetti giuridici qualunque sia la loro natura la loro forma o il loro autore (sentenza 31 marzo 1971, causa 22/1970; 11 novembre 1981, causa 60/1981; 23 aprile 1986, causa 294/1983).

Perché il ricorso sia ricevibile uno Stato membro non deve dimostrare che l'atto da esso impugnato produca effetti giuridici nei suoi confronti (ordinanza 27 novembre 2001, causa C-208/99, in *Raccolta* I-9mila 183, punto 23).

Il corretto funzionamento della Comunità sostanzia l'interesse. La Comunità esiste, in quanto gli Stati hanno ad essa trasferito funzioni.

Non può sostenersi che ove fosse riconosciuta l'esperibilità del ricorso ai sensi degli articoli 90 e 91 dello Statuto del personale avverso gli atti impugnati, il presente ricorso risulterebbe vano. Tale obiezione ignora l'interesse che tale tipo di ricorso presenta per gli Stati membri. È certo che ricorsi basati sulle disposizioni dello Statuto del personale presentano un carattere speciale, in quanto riguardano unicamente il rapporto tra il dipendente e la rispettiva istituzione. Il rapporto tra il dipendente e l'istituzione non esclude l'esistenza di un interesse superiore collegato al buon andamento della amministrazione, condizione per il corretto esercizio delle funzioni attribuite all'apparato amministrativo della Comunità. La difesa degli interessi derivanti da tale rapporto particolare non può, dunque, considerarsi quale l'unica via per agire dinanzi alla Corte.

Deve essere consentito ad uno Stato membro di promuovere un ricorso di annullamento per l'accertamento della violazione del principio di corretto funzionamento delle istituzioni comunitarie.

4. – I due atti impugnati violano un principio essenziale del diritto della Comunità la cui tutela spetta, in primo luogo, agli Stati membri. Dall'articolo 290 CE emerge che le istituzioni della Comunità esercitano le loro competenze nel rispetto della diversità linguistica. Il rispetto della diversità linguistica è uno degli aspetti essenziali della tutela riconosciuta all'identità nazionale degli Stati membri, come risulta dagli articoli 12, 149 CE e 6,11.3 U.E. L'articolo 12 CE sancisce un principio generale di diritto comunitario (sentenza 3 ottobre 2000, causa C-411/1998, punto 39), in quanto *espressione specifica del principio generale di uguaglianza* (sentenza 19 marzo 2002, causa C-224/00, punto 14). Tale principio ha rango di «*principio fondamentale*» dell'ordinamento giuridico comunitario (sentenza 16 settembre 2004, causa C-465/01, punto 25: sul divieto di discriminazione motivo della nazionalità come «norma fondamentale» della Comunità, sentenza 15 gennaio 2002, causa C-55/00.34: sul principio della parità di trattamento in quanto «principio fondamentale» del diritto comunitario).

L'interesse degli Stati non viene, dunque, assorbito dagli interessi dei singoli; vi è, invece, coesistenza dei rispettivi interessi ad agire.

Il ricorso è, pertanto, astrattamente ricevibile.

5. – Il ricorso è anche concretamente ricevibile. L'art. 230 CE dispone che un atto adottato da una istituzione comunitaria è impugnabile a due condizioni: che non sia una raccomandazione o un parere e che sia destinato a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. La lettura dell'art. 230 CE potrebbe indurre a ritenere che il requisito della capacità dell'atto di produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi riguardi solo gli atti del Parlamento europeo. Questo è stato peraltro escluso dalla Corte secondo la quale «*costituiscono atti o decisioni impugnabili con un ricorso di annullamento, ai sensi dell'art. 230 CE, solamente i provvedimenti che producono effetti giuridici obbli-*

gatori idonei ad incidere sugli interessi di chi li impugna, modificandone in misura rilevante la situazione giuridica. Per stabilire se un atto o una decisione produca tali effetti occorre far riferimento alla sua sostanza» (sentenze della Corte 11 novembre 1981, causa 60/81, IBM/Commissione, *Racc.* pag. 2639, punto 9, e 5 ottobre 1999, causa C-308/95, Paesi Bassi/Commissione, *Racc.* pag. 16513, punto 26; sentenze del Tribunale 19 ottobre 1995, causa T562/93, Obst/Commission, *Racc.* PI pagg. IA-247 e 11737, punto 23, 16 luglio 1998, causa T81/1997, Regione Toscana/Commission, *Racc.* pag. 112889, punto 21, e 29 gennaio 2002, causa T/60/98, Van Parys e Pacific Fruit Company/Commissione, *Racc.* pag. 11233, punto 60). Ciò che è necessario accertare è se la decisione del 2004 e/o il bando di concorso siano tali da produrre effetti giuridici obbligatori nei confronti di soggetti estranei alla Commissione. Non può dubitarsi che i bandi di concorso producano sicuramente effetti nei confronti di terzi, per cui costituiscono atti impugnabili ai sensi dell'art. 230 CE, non è certo che anche la decisione del 2004 sia idonea a produrre, nella sostanza, effetti di tal tipo.

7. – Si potrebbe ritenere, infatti, che tale decisione, non essendo rivolta all'esterno, bensì unicamente all'Autorità comunitaria preposta a decidere sulla pubblicazione di bandi di concorso per l'assunzione di funzionari di livello superiore, non è tale da incidere su interessi di soggetti estranei alla Commissione, effetto che può derivare invece solo dalla pubblicazione di uno specifico bando di concorso.

La tesi contraria si basa sul fatto che la decisione in questione, stabilendo il regime linguistico da applicarsi per il futuro a tutti i bandi di concorso riguardanti posti apicali, già di per sé incide sugli interessi di soggetti estranei alla Commissione e segnatamente sugli interessi degli Stati membri le cui lingue risulteranno escluse dalla pubblicazione. Tali Stati non avrebbero quindi bisogno di attendere la pubblicazione dei bandi di concorso solo nelle tre lingue comunitarie previste, in esecuzione della decisione, ma potrebbero rivolgersi immediatamente alla Corte.

A favore di quest'ultima tesi sta inoltre il fatto che la decisione del 2004 non appare un atto preparatorio di una decisione finale bensì si configura essa stessa come una decisione finale. Non potrebbe sostenersi infatti che il carattere di definitività spetti solo ai bandi di gara, che costituiscono piuttosto atti esecutivi o applicativi della decisione del 2004. È da ricordare infatti che, come affermato dalla Corte, per quanto riguarda gli atti la cui elaborazione ha luogo in varie fasi, costituiscono atti impugnabili solamente quei provvedimenti che stabiliscono in modo definitivo la posizione della Commissione, con esclusione quindi dei provvedimenti provvisori destinati a preparare la decisione finale.

8. – La decisione del 2004 non è stata divulgata all'esterno ed infatti l'Italia ne è venuta a conoscenza solo accidentalmente. Pertanto, qualora detta conoscenza in via indiretta non si fosse verificata, l'Italia sarebbe stata in grado di impugnare solo i bandi di concorso pubblicati nella *GUCE* e non per questo gli interessi di cui essa è portatrice potrebbero essere ritenuti recessivi.

9. – In altri termini l'impugnazione del solo bando di gara dovrebbe risultare sufficiente già di per sé a ripristinare la situazione di legalità che

l'Italia assume violata, senza che vi sia bisogno di impugnare anche la decisione. Tanto, peraltro, comporterebbe la necessità di impugnare tutti i bandi di gara che fossero pubblicati in lingua diversa da quella italiana (analogamente dovrebbero fare gli altri Stati membri ove il bando non fosse stato pubblicato nella propria lingua ufficiale).

10. – La tutela dell'interesse di cui è portatore lo Stato membro, correlato al trasferimento di poteri alla Comunità a seguito della ratifica del trattato istitutivo, è meglio garantita con l'accertamento della illegittimità della decisione del 2004 relativa alla regime linguistico degli avvisi di vacanza di posti in di livello superiore riservati a candidati esterni. E ciò, in quanto il corretto funzionamento delle istituzioni comunitarie costituisce soggetto di un interesse strettamente correlato alla loro costituzione. Si deve, quindi, concludere che sussista un interesse dello Stato membro differenziato da quello del singolo candidato ad un posto nella amministrazione comunitaria.

11. – Il ricorso è ricevibile anche in relazione al termine fissato dall'articolo 230 CE. Invero, la decisione relativa al regime linguistico degli avvisi di concorso non è stata pubblicata e l'Italia ne ha avuto conoscenza unicamente in occasione della pubblicazione del bando di concorso relativo al posto di Direttore generale dell'OLAF, pubblicato nella *GUCE* del 9 febbraio 2005.

12. – La decisione della Commissione del 10 gennaio 2004 ed il bando di concorso per il posto di Direttore generale dell'OLAF, in quanto rispettivamente non dispone che l'avviso di concorso sia redatto anche in lingua italiana, e non è redatto in lingua italiana viola gli articoli 1, 3,4 e 5 del regolamento del Consiglio n. 1158 che stabilisce il regime linguistico della C.E., nonché gli articoli 12 CE e 22 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

13. – Nella prospettiva di una Comunità fondata sulla libera circolazione delle persone «*la tutela di diritti e delle prerogative dei singoli in materia linguistica riveste un'importanza particolare*» (sentenza 11 luglio 1985, causa 137/1984, 11; 24 novembre 1998, causa C-274/1996, punto 13) e per un cittadino comunitario la facoltà di usare la propria lingua facilita l'esercizio della libera circolazione e l'integrazione nella società dello Stato ospitante. Per tale ragione, la Corte ha deciso di perseguire qualsiasi forma di discriminazione indiretta fondata sulle conoscenze linguistiche (sentenza 28 novembre 1989, causa C-379/1987, punti 29 e 23).

14. – L'applicazione del regime linguistico delle istituzioni dell'unione non deve essere dissociata da tale principio. Detto regime garantisce, infatti, che siano riconosciuti i diritti linguistici degli individui aventi accesso diretto alle istituzioni comunitarie. Esso deriva dalla particolare natura dei rapporti che legano la CE ai propri cittadini. Occorre quindi considerarlo quale diretta espressione della diversità linguistica propria all'Unione europea.

15. – Dalle suesposte considerazioni risulta chiaramente che il principio della tutela della diversità linguistica della Comunità si impone come un'esigenza fondamentale nei confronti di tutte le istituzioni ed organi.

16. – È necessario, peraltro, conciliare l'osservanza di tale principio con le necessità della vita istituzionale e amministrativa, e questo può compor-

tare la legittimità di restrizioni nella pratica. Occorre, peraltro, che tali restrizioni siano limitate e giustificate da necessità imperiose della vita istituzionale e amministrativa.

In ogni caso, esse non possono pregiudicare la sostanza del principio che impone alle istituzioni il rispetto e l'uso di tutte le lingue ufficiali della Comunità.

17. – Per valutare la legittimità delle restrizioni concretamente poste a tale principio, occorre tenere conto del contesto nel quale esse devono inserirsi.

18. – Al riguardo, si possono distinguere tre diverse situazioni, puntualmente considerate dal regolamento (CEE) 1/58. Nelle premesse del regolamento si richiama l'articolo 217 CE (ora 290), che attribuisce al Consiglio la regolamentazione del regime linguistico con deliberazione «*all'unanimità*», il che conferma che la materia non è sottratta alla competenza degli Stati, quali soggetti di diritto internazionale. Le istituzioni comunitarie sono a competenza attribuita, quindi in assenza di attribuzione di competenza i provvedimenti eventualmente emessi sono illegittimi. L'articolo 1 distingue tra «lingua ufficiale» e «lingua di lavoro»; l'unico elemento per distinguere tra le due categorie è fornito dalla norma di competenza contenuta nell'articolo.

19. – Dalla norma contenuta dell'articolo 4 si ricava che i «regolamenti» e i «testi di portata generale», sono redatti in «tutte» le «venti lingue ufficiali». Nei rapporti tra Stato/cittadini da un lato e istituzioni dall'altro il regime linguistico è scelto dallo Stato/cittadino (articolo 2) o imposto dalla appartenenza alla giurisdizione» del destinatario (articolo 3). La «lingua di lavoro», dunque attiene unicamente alla attività «materiale» interna delle istituzioni, con l'effetto che nei casi in cui detta attività abbia rilievo esterno e, comunque, coinvolga il rapporto tra l'istituzione medesima e il cittadino comunitario deve trovare applicazione il principio dell'uso della «lingua ufficiale» di quest'ultimo.

20. – Nell'ambito delle comunicazioni fra le istituzioni e i cittadini il principio del rispetto della diversità linguistica richiede la massima protezione. In tal caso, infatti, tale principio si ricollega a un principio democratico fondamentale il cui rispetto esige, segnatamente, che i soggetti di diritto della Comunità, Stati membri e cittadini europei, possano accedere agevolmente alla legislazione della Comunità e alle istituzioni che ne sono autrici. Nell'ambito dell'esercizio dei diritti di partecipazione cittadini europei il rispetto della diversità linguistica non può scontrarsi con difficoltà tecniche che una istituzione efficiente può e deve separare.

21. – Nell'ambito dei rapporti amministrativi è essenziale che gli interessati, Stati membri cittadini, possano comprendere l'istituzione o l'organo con il quale sono in relazione. Pertanto, a termini dell'articolo 3 del regolamento numero 1/58, vige il principio che la lingua di comunicazione deve essere quella dell'interessato. In tale contesto, peraltro, i diritti linguistici degli interessati possono soggiacere a talune restrizioni dovute alle esigenze dell'amministrazione (sentenza 9 settembre 2003, causa C-361/01 punti 92-94). Di conseguenza, il Consiglio (non la Commissione) può istituire, ai sensi dell'articolo 290 CE un trattamento differenziato delle lingue ufficiali. Ma, da un lato, la scelta effettuata dal Consiglio deve essere adeguata e pro-

porzionata rispetto al principio della diversità linguistica (sentenza 9 settembre 2003, causa C-361/01 .94), dall'altra, tale scelta non deve creare discriminazioni ingiustificate fra i cittadini europei.

22. – Da questi due rapporti occorre distinguere il regime del funzionamento interno delle istituzioni e degli organi della Comunità. Se la diversità linguistica è la regola fondamentale nell'ambito delle procedure esterne, è perché si tratta di rispettare i diritti linguistici dei soggetti che accedono alle istituzioni e agli organi della Comunità. Il principio sotteso al Trattato è che la scelta della lingua di comunicazione spetta allo Stato membro o alla persona che si trovi in relazione con l'istituzione. Per contro, nell'ambito del funzionamento interno della istituzione, la scelta della lingua veicolare interna rientra nella responsabilità della istituzione stessa, che ha il potere di imporla ai propri agenti. Dall'articolo 6 del regolamento (CEE) 1/58 deriva, infatti, che le istituzioni possono determinare le modalità di applicazione del regime linguistico nei propri regolamenti «interni». In tale contesto, si individuano due ordini di esigenze contrapposte. Da un lato, elementari motivi di efficacia del lavoro amministrativo richiedono una scelta limitata delle lingue di lavoro, in quanto un sistema di pluralismo linguistico integrale è praticamente ingestibile ed economicamente insopportabile per una istituzione o per un organo dotato di competenze tecniche specializzate; dall'altra, il regime linguistico interno non può essere totalmente dissociato dal regime delle comunicazioni esterne delle istituzioni. Di conseguenza, la scelta di una o più lingue «ufficiali» a livello interno è ammissibile soltanto se fondata su considerazioni oggettive, legate alle esigenze funzionali dell'organo interessato, e a condizione che non crei ingiustificate differenze di trattamento fra i cittadini della Comunità. Invero, occorre garantire, da un lato, che il regime linguistico scelto corrisponda alle specifiche esigenze dell'organo interessato, in considerazione, ad esempio, dell'ubicazione della sede, delle esigenze di comunicazione interna o della natura delle funzioni ad essa spettanti. Occorre accertarsi, d'altra parte, che tale scelta non comprometta la parità di accesso dei cittadini dell'Unione ai posti di lavoro offerti dalle istituzioni. A tale riguardo, tutti coloro che possiedono le competenze necessarie per svolgere funzioni relative ai posti da ricoprire devono poter accedere e partecipare, alle stesse condizioni, ai procedimenti di assunzione.

23. – La limitazione a sole tre lingue della pubblicazione di bandi di concorso per l'accesso a posti di organico della Commissione, che sino all'anno 2004 sono stati pubblicati in tutte le «lingue ufficiali» della Comunità costituisce violazione non solo del regolamento (CEE) 1/58, ma anche dell'articolo 18, ultimo comma, del Regolamento interno della Commissione («*Ai sensi del presente regolamento le lingue facenti fede sono tutte le lingue ufficiali delle comunità, quando si tratta di atti aventi efficacia generale*»), nonché dello Statuto dei funzionari (articoli 1 *quinquies*, n. 1, e 27), del principio di non discriminazione per ragioni di nazionalità e del principio di tutela della diversità linguistica.

24. – La Commissione ha giustificato con le Autorità italiane la limitazione del diritto al regime linguistico delle istituzioni con la difficoltà di procedere alla traduzione dei bandi nelle nove lingue «ufficiali» dei nuovi Stati membri.

Non si comprende come detta difficoltà (meramente organizzativa) possa incidere sulla possibilità di continuare a rispettare il regime linguistico dell'Unione nei confronti degli Stati già membri, visto che la capacità di produzione verso le loro lingue non ha sino al novembre 2004 posto problemi. Anzi, la limitazione a sole tre lingue «ufficiali» ha comportato la soppressione della struttura di traduzione verso le altre lingue «ufficiali».

25. – Non è giustificazione legittima di tale scelta amministrativa quella di non discriminare le nuove lingue ufficiali. E ciò, in quanto la discriminazione in danno delle lingue ufficiali dei nuovi nove Stati membri, poteva temporalmente giustificarsi, ove gli interessati fossero stati messi in grado di giungere utilmente a conoscenza della posizione della istituzione interessata. (è sentenza 27 febbraio 1992, cause riunite T-79/89, da T-84/89 a T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 e T-104/89, punti 54 e 55; sentenza 10 febbraio 1998, causa C-263/1995, punto 27). A tale riguardo, occorre tener conto del fatto che le parti del procedimento non sono considerate semplicemente come persone soggette alla giurisdizione di uno Stato membro, ai sensi dell'articolo 2 del regolamento (CEE) 1/58, bensì come persone qualificate interessate, che beneficiano di risorse cognitive materiali che possono consentire loro di essere sufficientemente informate. La pubblicazione nella stampa nazionale dei nove nuovi Stati membri di un avviso relativo alla pubblicazione nella *GUCE* del bando di concorso o la segnalazione alle Autorità dei medesimi Stati membri dell'avvenuta pubblicazione avrebbe consentito di sopperire alla temporanea violazione del regime linguistico della Unione europea.

La scelta effettuata dalla Commissione non è adeguata e proporzionata rispetto al principio della diversità linguistica, e pertanto è illegittima.

26. – L'irrazionalità della scelta e la violazione del principio di proporzionalità risulta dalla ulteriore considerazione che al fine di evitare una discriminazione verso le nuove lingue, se ne è aggiunta un'altra verso la maggior parte di quelle «vecchie». È evidente che l'iniziativa di porre rimedio ad una situazione di discriminazione con ampliamento dei soggetti e delle lingue discriminati ha il solo effetto di aggravare il problema e non di risolverlo.

27. – Inoltre, la scelta è irrazionale, viola il principio di proporzionalità perché compiuta a vantaggio di un gruppo seppure ristretto di lingue. La scelta, invece di soddisfare ad obiettivi di effettiva economicità, finisce esclusivamente per accordare un rango privilegiato a talune lingue della Unione, scelte sulla base non si comprende di quale criterio. Il regolamento (CEE) 1/58 consente certamente alle singole istituzioni di «determinare le modalità di applicazione» del regime linguistico della Comunità «nei propri regolamenti interni» (articolo 6). Ma in primo luogo, non esiste alcuna norma scritta che indichi nel francese, inglese e tedesco le lingue di lavoro interno della Commissione. In secondo luogo, nella specie si tratta di bandi di concorso ai sensi dell'articolo 29, numero due dello Statuto, che nulla hanno a che fare con il presunto regime linguistico interno della Commissione: il fatto che quest'ultima possa far ricorso nelle sue procedure interne ad un numero limitato di lingue non può in nessun modo avere ripercussioni sul regime linguistico delle istituzioni fissato dal Consiglio in applicazione dell'articolo 290 CE, né sulle modalità di reclutamento del personale delle istituzioni.»

IL CONTENZIOSO NAZIONALE

Diritto nazionale e diritto comunitario nella dinamica del giudizio di costituzionalità. (Art. 117, primo comma, Cost. e questione comunitaria)

(Corte Costituzionale, sentenza 29 gennaio 2005 n. 62)

Con la sentenza in rassegna la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittime diverse norme regionali, sia di una Regione a statuto speciale che di due a statuto ordinario, che avevano disposto la *denuclearizzazione* del loro territorio con esclusione dei materiali necessari per scopi sanitari e per la ricerca scientifica.

Per parametro costituzionale è stato adottato l'art. 120 Cost., «pur se non espressamente invocato dal ricorrente», come la Corte ha rilevato nel decidere su tutte e tre le leggi regionali.

Un commentatore della sentenza⁽¹⁾ ne ha dedotto che, «stando a quanto dice la Corte ... si deve supporre che 'almeno implicitamente' il riferimento a codesta norma costituzionale fosse presente nel ricorso», richiamando quella giurisprudenza della Corte secondo la quale, in caso di omessa indicazione nel dispositivo dell'ordinanza di rimessione dei parametri costituzionali che si assumono violati, la questione di legittimità costituzionale è ugualmente ammissibile qualora gli stessi risultino chiaramente deducibili, anche se solo in maniera implicita, dal contesto della motivazione.

Questa deduzione dell'Autore, sicuramente corretta stando alla formulazione della sentenza, non corrispondeva, invece, alla situazione processuale, che presentava qualche particolarità che non emerge dalla sentenza stessa.

In giudizio erano state prospettate alcune questioni intorno all'interpretazione dell'art. 117, primo comma, Cost., che, fino ad oggi, non risultano affrontate, quanto meno in termini generali.

(1) D'AMICO, *Rifiuti radioattivi nelle Regioni «meno reattive»? Il nimby non trova spazio alla Corte costituzionale (brevi note alla sent. n. 62 del 2005)* in <http://forumcostituzionale.it/giurisprudenza/gd622005.htm>.

Dopo le modifiche del Titolo V una legge, sia statale che regionale, che sia in contrasto con i vincoli derivanti dalla normativa comunitaria (è questa la formulazione adottata nell'art. 117, primo comma) è anche costituzionalmente illegittima.

Si è detto *anche* perché, secondo quanto la Corte di Giustizia ha chiarito già nelle sue prime sentenze, la norma nazionale, confliggente con l'ordinamento comunitario, non può essere applicata ed il giudice nazionale e la pubblica amministrazione, prima di tutti, debbono attenersi alla disciplina comunitaria perché la norma nazionale, comunque formulata, non può produrre effetti nelle materie comunitarizzate.

La situazione che ne scaturisce diventa complessa.

L'art. 117, primo comma, Cost. consente di impugnare per illegittimità costituzionale una norma non applicabile per un principio comunitario, vincolante per tutti gli Stati membri.

Se non ci fosse l'art. 117, primo comma, la Corte costituzionale, nel verificare, per esempio, la rilevanza della questione incidentale, la dovrebbe escludere in quanto il giudice gli rimetterebbe una norma che non può trovare applicazione.

La questione di rilevanza resta superata per la presenza di una norma esplicita, come quella portata dal primo comma dell'art. 117.

La situazione è diversa quando la Corte costituzionale è giudice di unica istanza (2).

(2) Nelle questioni incidentali la Corte costituzionale non può essere considerata giurisdizione di ultima istanza, come è stato rilevato in dottrina (v. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, p. 311), ma non può nemmeno essere considerata *giurisdizione* ai sensi dell'art. 234 del Trattato: «Dal tenore letterale e dalla logica complessiva di tale disposizione sembra potersi dedurre che il rinvio compete al *giudice della controversia*, nel senso del giudice che definisce la causa, e che questi è il destinatario del relativo obbligo quando sia di ultimo grado. Il giudice costituzionale non è il giudice della controversia nel contesto di un incidente di costituzionalità, mentre lo è il giudice *a quo* ... Diversa è l'ipotesi che il giudice costituzionale sia egli stesso il giudice che definisce la causa, come nel caso del conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni, ove è anche giudice di unica ed ultima istanza, sì che sarebbe a stretto rigore obbligato al rinvio in virtù del 3° comma dell'art. 234».

L'orientamento della Corte costituzionale si è modificato nel tempo.

Nella sentenza n. 168/1991 si è riconosciuta «la facoltà di sollevare ... questione pregiudiziale di interpretazione dell'art. 177 ...». Nel caso era chiamata a pronunciarsi su di una questione incidentale, cosicché ha dato per presupposta la sua qualità di *giurisdizione* ai sensi dell'art. 177 (ora art. 234).

Successivamente ha cambiato orientamento (ord n. 536/1995, pronunciata anche essa in un caso di questione incidentale). Dopo aver richiamato il diverso orientamento seguito nella sentenza n. 168/1991, ha affermato che «nella Corte costituzionale non è ravvisabile quella 'giurisdizione nazionale' alla quale fa riferimento l'art. 177 del trattato istitutivo della Comunità Economica Europea, poiché la Corte non può essere inclusa fra gli organi giudiziari, ordinari o speciali che siano, tante sono, e profonde, le differenze tra il compito affidato alla prima, senza precedenti nell'ordinamento italiano, e quelli ben noti e storicamente consolidati propri degli organi giurisdizionali' (sent. n. 13 del 1960, *cit.*)».

In questo modo la Corte costituzionale non si è adeguata al principio, già da tempo enunciato dalla Corte di Giustizia, ed ormai non più messo in discussione, che le nozioni e le figure giuridiche richiamate in una norma comunitaria vanno definite dalla Corte di Giustizia.

Una volta che sia sorta una questione comunitaria, sarebbe tenuta a rimetterla alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 234 del Trattato.

Nel caso di impugnativa diretta di una legge ai sensi dell'art. 127 Cost. la Corte si viene a trovare, pertanto, di fronte ad una alternativa rigida.

Se dichiara la legge impugnata costituzionalmente illegittima per contrasto con l'ordinamento comunitario, elimina ogni possibilità di violazione comunitaria perché la legge che avrebbe potuto provocarla perde la sua efficacia.

In caso contrario, non potrebbe evitare di rimettere la questione alla Corte di Giustizia, che è la sola che può accertare in ultima istanza la compatibilità con l'ordinamento comunitario di una norma interna.

Come si è già rilevato, la Corte costituzionale ha escluso di essere *giurisdizione* ai sensi dell'art. 234. E su questa sua posizione è stata conseguente tanto è vero che non risulta che abbia mai disposto un rinvio alla Corte di Giustizia.

La sentenza in rassegna va inquadrata in questo suo orientamento.

Se avesse affrontato la questione in termini comunitari, avrebbe dovuto pronunciarsi di nuovo sulla sua collocazione nell'ambito dell'art. 234, affrontando difficoltà che nel frattempo sono diventate più ardue.

Il principio, già richiamato, secondo il quale la interpretazione in via definitiva delle figure o delle definizioni giuridiche riportate in una norma comunitaria compete solo alla Corte di Giustizia, nel frattempo si è consolidato cosicché, non attenersi ad esso, avrebbe potuto integrare una infrazione comunitaria.

Il primo comma dell'art. 117 Cost. impone, inoltre, alla Corte di interpretare la normativa comunitaria, che si assume violata.

Confermando il suo orientamento, la Corte costituzionale, nel giudicare sulla conformità della norma interna all'ordinamento comunitario, avrebbe dovuto dare di quest'ultimo una interpretazione in via definitiva, senza che della questione fosse investita la Corte di Giustizia. La formulazione del primo comma dell'art. 117 rende più arduo poterlo sostenere.

La decisione del caso al suo esame in base all'art. 120 Cost., senza nemmeno richiamare la questione comunitaria che gli era stata sottoposta, è probabile che si spieghi con l'obiettivo di non smentire il suo orientamento senza correre il rischio di incorrere in una infrazione comunitaria. Nei ricorsi, a sostegno della illegittimità costituzionale delle norme impugnate ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost., si era rilevato che il mercato di riferimento per i *materiali nucleari* è quello comunitario tanto è vero che trovano una loro apposita disciplina nel Trattato CEEA, dove il *Capo IX* è intitolato *Mercato Comune Nucleare*.

Nell'art. 93, al primo comma, è imposto espressamente agli Stati membri l'obbligo di abolire ogni restrizione quantitativa sia all'importazione o all'esportazione dei prodotti nucleari.

L'argomentazione, in sintesi, era così articolata:

- il mercato rilevante dei materiali nucleari è quello comunitario, nel quale debbono essere realizzati gli obiettivi fissati nell'art. 2;
- le restrizioni quantitative esistenti andavano abolite; a maggior ragione non potevano esserne introdotte di nuove;

– l'art. 120 Cost., secondo principi comunitari affermati da tempo, in quanto norma interna, anche se col rango più elevato, non può interferire con la normativa comunitaria, in particolare non può ritenersi applicabile ad un mercato riservato *di per sé*, e non soltanto in quanto interessi gli scambi tra Stati membri, alla disciplina comunitaria.

Di conseguenza – era stato precisato – si era evitato il richiamo all'art. 120 Cost. perché l'applicazione di una norma nazionale, anche se coincidente con quella comunitaria, avrebbe costituito un'infrazione comunitaria (3), salvo che fosse dimostrato che la norma comunitaria non era applicabile nel caso esaminato.

Questa dimostrazione era tutt'altro che agevole e per questo la Corte probabilmente ha preferito fondare la sua sentenza sul diritto interno, evitando di pronunciarsi sull'art. 234 del Trattato.

Corte Costituzionale, sentenza 29 gennaio 2005 n. 62 – Pres. V. Onida – Giudizi di legittimità costituzionale della legge della Regione Sardegna 3 luglio 2003, n. 8 (*Dichiarazione della Sardegna territorio denuclearizzato*); dell'art. 1, commi 1 e 2, della legge della Regione Basilicata 21 novembre 2003, n. 31 (*Modifiche ed integrazioni alla legge regionale 31 agosto 1995, n. 59*); della legge della Regione Calabria 5 dicembre 2003, n. 26 (*Dichiarazione della Calabria denuclearizzata. Misure di prevenzione dall'inquinamento proveniente da materiale radioattivo. Monitoraggio e salvaguardia ambientale e salute dei cittadini*), del decreto-legge 14 novembre 2003, n. 314 (*Disposizioni urgenti per la raccolta, lo smaltimento e lo stoccaggio, in condizioni di massima sicurezza, dei rifiuti radioattivi*) e della relativa legge di conversione 24 dicembre 2003, n. 368 promossi con tre ricorsi del Presidente del Consiglio dei ministri (Avv. dello Stato G. Nori) e con un ricorso della Regione Basilicata.

«(Omissis) Considerato in diritto – 1. – Il Governo impugna tre leggi regionali, rispettivamente delle Regioni Sardegna (r. ric. n. 67 del 2003), Basilicata (r. ric. n. 7 del 2004) e Calabria (r. ric. n. 19 del 2004), aventi in comune fra loro l'oggetto, consistente essenzialmente nella dichiarazione del territorio regionale come territorio «denuclearizzato» e precluso al transito e alla presenza di materiali nucleari provenienti da altri territori.

(3) Già con la sentenza 7 febbraio 1973, *Commissione c. Repubblica italiana* (39/72), la Corte di Giustizia ha rilevato che «*procedendo in questo modo (vale a dire recependo in un decreto legislativo le norme portate da un Regolamento comunitario) il Governo italiano ha creato un equivoco per quanto riguarda sia la natura giuridica delle norme da applicarsi, sia il momento della loro entrata in vigore. A norma degli artt. 189 e 191 del Trattato, infatti, i regolamenti sono di per sé direttamente efficaci in tutti gli Stati membri ed entrano in vigore, per il semplice fatto della loro pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità, alla data in essi stabilita, ovvero, in mancanza nel momento stabilito dal Trattato. Sono quindi in contrasto col Trattato le modalità di attuazione che possano avere la conseguenza di ostacolare l'efficacia diretta dei regolamenti comunitari e di compromettere quindi la simultanea ed uniforme applicazione nell'intera Comunità*». Dopo alcune sentenze in cui questo principio, anche se non ripetuto, è stato dato per presupposto, la Corte lo ha ribadito espressamente nella sentenza 10 ottobre 1973, *Variola*, (34/73): «*In particolare, gli Stati membri devono astenersi dall'adottare provvedimenti atti a sminuire la competenza della Corte a pronunciarsi su qualsiasi questione di interpretazione del diritto comunitario o di validità degli atti emanati dalle Istituzioni della Comunità. Ne consegue l'inammissibilità di qualsiasi pratica che possa nascondere agli amministrati la natura comunitaria di una norma giuridica. La competenza attribuita alla Corte dall'art. 177 resta intatta, nonostante qualunque tentativo di trasformare, mediante una legge interna, una norma comunitaria in diritto nazionale*».

A sua volta la Regione Basilicata impugna (r. ric. n. 40 del 2004) il decreto legge 14 novembre 2003, n. 314 (*Disposizioni urgenti per la raccolta, lo smaltimento e lo stoccaggio, in condizioni di massima sicurezza dei rifiuti radioattivi*), e la relativa legge di conversione 24 dicembre 2003, n. 368, il cui oggetto riguarda principalmente la previsione di un Deposito nazionale dei rifiuti radioattivi e le competenze e le procedure per la sua realizzazione.

2. – Data la connessione oggettiva, i giudizi possono essere riuniti per essere decisi con unica pronunzia.

3. La legge della Regione Sardegna 3 luglio 2003, n. 8 (*Dichiarazione della Sardegna territorio denuclearizzato*) si compone di 4 articoli. L'art. 1 sancisce al comma 1 che «la Regione autonoma della Sardegna, sulla base dei principi costituzionali e delle competenze esclusive in materia di urbanistica ed ambiente attribuite dall'articolo 3, lettera f, dello statuto speciale, interpretate dall'articolo 58 del d.P.R. n. 348 del 1979 e dall'articolo 80 del d.P.R. n. 616 del 1977, nonché delle attribuzioni in via concorrente in materia di salute pubblica, protezione civile e governo del territorio di cui al terzo comma dell'articolo 117 della Costituzione, dichiara il territorio regionale della Sardegna denuclearizzato e precluso al transito ed alla presenza, anche transitoria, di materiali nucleari non prodotti nel territorio regionale».

Il comma 2 stabilisce che «sono esclusi dal divieto di cui al comma 1 i materiali necessari per scopi sanitari, per il supporto della sicurezza, del controllo e della produzione industriale e per la ricerca scientifica».

L'art. 2 prevede la nomina di una Commissione di inchiesta con compiti di verifica della eventuale presenza di materiali radioattivi e dello stato di avanzamento degli studi in vista delle localizzazioni di depositi di detti materiali nel territorio regionale (comma 1), e dispone che successivamente il Presidente della Regione, su parere vincolante del Consiglio approvato a maggioranza di due terzi dei consiglieri, «esprime la definitiva posizione della Regione sia sull'utilizzo ed il deposito nel territorio regionale di sostanze radioattive o scorie e rifiuti di sostanze radioattive, sia anche sullo stoccaggio in Sardegna di rifiuti pericolosi o dannosi non prodotti nel territorio regionale» (comma 2), mentre «ove necessario il Consiglio regionale promuove l'adozione di apposite norme di attuazione statutarie, che regolino i controlli e le azioni amministrative necessarie per l'effettiva denuclearizzazione del proprio territorio».

L'art. 3 prevede *Misure urgenti di vigilanza e controllo* curate dalle strutture regionali preposte alla vigilanza ambientale e sanitaria; l'art. 4 disciplina l'entrata in vigore della legge.

Il ricorrente censura l'intera legge in quanto interferirebbe con la materia dell'ambiente, riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, non potrebbe trovare base nelle competenze regionali in materia di urbanistica, governo del territorio e protezione civile, e in quanto, con riferimento alla competenza regionale concorrente in materia di tutela della salute, non si sarebbe attenuata ai principi fondamentali desumibili dalla legislazione statale preesistente, secondo i quali «restrizioni generalizzate alle attività economiche, non legate a situazioni particolari di ambiente o di operatore», andrebbero fondate su dati scientifici attendibili e non su valutazioni genericamente prudenziali.

La legge impugnata violerebbe altresì l'art. 117, primo comma, della Costituzione, in quanto contrasterebbe con la disciplina attuativa di direttive comunitarie recata dal d.lgs. n. 230 del 1995, che sarebbe fonte della «disciplina integrale della materia». Inoltre, precludendo la circolazione dei rifiuti radioattivi sul territorio regionale, la legge violerebbe l'art. 117, secondo comma, lettera e, della Costituzione (che riserva allo Stato la competenza in materia di tutela della concorrenza), perché interferirebbe nel mercato dei materiali nucleari, anch'essi soggetti alla disciplina della concorrenza.

Dalla incostituzionalità dell'art. 1 discenderebbe come conseguenza necessaria quella degli articoli 2 e 3 della legge, destinati ad operare sul presupposto della efficacia dell'art. 1 medesimo.

4. – La questione è fondata.

Un intervento legislativo della portata di quello posto in essere dalla Regione Sardegna con la legge impugnata non trova fondamento in alcuna delle competenze attribuite alla Regione medesima dallo statuto speciale e dalla Costituzione.

In particolare, non può valere a fondare tale intervento la competenza legislativa primaria in materia di «edilizia ed urbanistica» (art. 3, lettera *f*, dello statuto), che non comprende ogni disciplina di tutela ambientale, e deve comunque esercitarsi – quando si tratti di ambiti in cui le Regioni ordinarie non abbiano acquisito con il nuovo titolo V, parte II, della Costituzione, maggiori competenze invocabili anche dalle Regioni speciali in forza dell'art. 10 della legge cost. n. 3 del 2001 (cfr. sentenza n. 536 del 2002) – nei limiti statutari delle norme fondamentali di riforma economico-sociale e degli obblighi internazionali e comunitari (a cui si può ricondurre almeno in parte la disciplina del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 230, recante «Attuazione delle direttive 89/618/Euratom, 90/641/Euratom, 92/3/Euratom e 96/29/Euratom in materia di radiazioni ionizzanti», la quale infatti trova applicazione anche nei confronti delle Regioni speciali, come risulta da alcune delle sue disposizioni in materia di rifiuti radioattivi, quali ad esempio gli artt. 29, comma 2, 30, comma 2, 33, comma 1).

Per quanto riguarda la disciplina ambientale, non solo le Regioni ordinarie non hanno acquisito maggiori competenze, invocabili anche dalle Regioni speciali, ma, al contrario, una competenza legislativa esclusiva in tema di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema è stata espressamente riconosciuta allo Stato, sia pure in termini che non escludono il concorso di normative delle Regioni, fondate sulle rispettive competenze, al conseguimento di finalità di tutela ambientale (cfr. sentenze n. 407 del 2002, n. 307 e n. 312 del 2003, n. 259 del 2004).

Né, in proposito, può valere riferirsi, come fa l'art. 1, comma 1, della legge impugnata, all'art. 58 delle norme di attuazione dello statuto sardo di cui al d.P.R. n. 348 del 1979, che si limita a trasferire alla Regione le funzioni amministrative concernenti gli interventi per la protezione della natura, le riserve e i parchi naturali, e all'art. 80 del d.P.R. n. 616 del 1977, che pur includendo la «protezione dell'ambiente» nell'ambito della disciplina dell'uso del territorio riconducibile alla materia «urbanistica» non ha fatto venir meno le competenze statali in materia specificamente ambientale.

Ancor meno la legge censurata può giustificarsi in base alla competenza concorrente della Regione in materia di salute pubblica, protezione civile e governo del territorio: mentre questi ultimi due titoli di competenza non aggiungono nulla ai poteri della Regione in campo ambientale, in presenza della competenza statale di cui all'art. 117, secondo comma, lettera *s*, i poteri della Regione nel campo della tutela della salute non possono consentire, sia pure in nome di una protezione più rigorosa della salute degli abitanti della Regione medesima, interventi preclusivi suscettibili, come nella specie, di pregiudicare, insieme ad altri interessi di rilievo nazionale (cfr. sentenza n. 307 del 2003), il medesimo interesse della salute in un ambito territoriale più ampio, come avverrebbe in caso di impossibilità o difficoltà a provvedere correttamente allo smaltimento di rifiuti radioattivi.

È, in ogni caso, decisivo osservare che alle Regioni, sia ad autonomia ordinaria sia ad autonomia speciale, è sempre interdetto adottare misure di ogni genere capaci di ostacolare «in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose tra le Regioni» (art. 120, primo comma, Cost., pur non espressamente invocato dal ricorrente); e una normativa, come quella impugnata, che preclude il transito e la presenza, anche provvisoria, di materiali nucleari provenienti da altri territori è precisamente una misura fra quelle che alle Regioni sono vietate dalla Costituzione.

In fatto, poi, è ben noto che il problema dello smaltimento dei rifiuti pericolosi – e quelli radioattivi lo sono – di origine industriale non può essere risolto sulla base di un criterio di «autosufficienza» delle singole Regioni (cfr. sentenze n. 281 del 2000, n. 335 del 2001, n. 505 del 2002), poiché occorre tener conto della eventuale irregolare distribuzione nel territorio delle attività che producono tali rifiuti, nonché, nel caso dello smaltimento dei rifiuti radioattivi, della necessità di trovare siti particolarmente idonei per conformazione del terreno e possibilità di collocamento in sicurezza dei rifiuti medesimi. La comprensibile spinta, spesso presente a livello locale, ad ostacolare insediamenti che gravino il rispettivo territorio degli oneri connessi (secondo il noto detto «*not in my backyard*»), non può tradursi in un impedimento insormontabile alla realizzazione di impianti necessari per una corretta gestione del territorio e degli insediamenti al servizio di interessi di rilievo ultraregionale.

5. – Nemmeno varrebbe, a contrastare la fondatezza della censura, il rilievo che il comma 2 dell'art. 1 della legge impugnata esclude dal divieto di transito e di presenza «i materiali necessari per scopi sanitari, per il supporto della sicurezza, del controllo e della produzione industriale e per la ricerca scientifica», né il rilievo del carattere in qualche modo

transitorio della disciplina, in attesa che, ai sensi dell'art. 2, comma 2, della stessa legge, la Regione adotti la propria «definitiva posizione» sull'utilizzo ed il deposito nel territorio regionale di sostanze radioattive o di rifiuti radioattivi.

Quanto al primo rilievo, basta infatti osservare che queste esenzioni non riguardano il caso dello smaltimento di rifiuti radioattivi, che è, notoriamente, il problema che fa sorgere le maggiori difficoltà in termini di individuazione dei siti idonei.

Quanto alla transitorietà della disciplina, essa, anche se sussistesse (ma l'art. 1 non si esprime in questi termini), non varrebbe a giustificarla sul piano costituzionale, una volta che si riscontri, come si è fatto, che essa eccede dalla competenza della Regione e viola limiti a questa imposti dalla Costituzione.

L'art. 1 della legge regionale è dunque costituzionalmente illegittimo. Lo sono egualmente, per la loro stretta connessione con l'art. 1, le altre disposizioni della legge: l'art. 2, infatti, presuppone la possibilità per la Regione di decidere autonomamente sullo stoccaggio in Sardegna di rifiuti pericolosi prodotti fuori del territorio regionale, e l'art. 3 si riferisce espressamente a misure dirette ad impedire «l'immissione di nuove ed ulteriori consistenze» di materiali nucleari nel medesimo territorio della Regione.

6. – La legge regionale della Basilicata 21 novembre 2003, n. 31 (*Modifiche ed integrazioni alla legge regionale 31 agosto 1995, n. 59*), aggiunge, con l'art. 1, un comma 1-bis all'art. 1 della legge regionale 31 agosto 1995, n. 59 (*Normativa sullo smaltimento dei rifiuti*), del seguente tenore: «Il territorio della Regione Basilicata è dichiarato denuclearizzato e precluso al transito e alla presenza, anche transitoria, di materiali nucleari non prodotti nel territorio regionale. Tale preclusione non si applica ai materiali necessari per scopi sanitari e per la ricerca scientifica».

L'art. 2 della legge impugnata, a sua volta, aggiunge alla legge regionale n. 59 del 1995 il seguente art. 4-bis: «La Regione, attraverso le proprie strutture preposte alla vigilanza ambientale e sanitaria, ivi comprese l'ARPAB e le Aziende del Servizio sanitario regionale, cura la rilevazione tecnica e strumentale di presenze sul territorio regionale di materiale nucleare e adotta le misure di prevenzione necessarie ai fini di cui al precedente articolo 1, comma 1-bis».

Il ricorrente lamenta la violazione della competenza statale esclusiva in materia di tutela dell'ambiente, la violazione di norme comunitarie e dunque dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, il contrasto con i principi fondamentali ricavabili in materia dal d.lgs. n. 230 del 1995.

7. – La questione è fondata.

Poiché la legge impugnata tende a disciplinare in modo preclusivo di ogni altro intervento la presenza e lo stesso transito, nel territorio regionale, di sostanze radioattive, fra cui i rifiuti radioattivi, è palese la invasione della competenza esclusiva attribuita allo Stato in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema dall'art. 117, secondo comma, lettera s, della Costituzione, nonché la violazione del vincolo generale imposto alle Regioni dall'art. 120, primo comma, Cost. (pur non espressamente invocato dal ricorrente), che vieta ogni misura atta a ostacolare la libera circolazione delle cose e delle persone fra le Regioni.

Né può essere invocato, a difesa della legge, un potere della Regione di intervenire a difesa della salute con misure più rigorose di quelle fissate dallo Stato, poiché, come si è già osservato a proposito dell'analoga legge della Regione Sardegna, la Regione non può in ogni caso adottare misure che pregiudichino, insieme ad altri interessi di rilievo nazionale, lo stesso interesse alla salute in un ambito più vasto, come accadrebbe se si ostacolasse la possibilità di smaltire correttamente i rifiuti radioattivi.

Anche in questo caso, come in quello della Regione Sardegna, e per le stesse ragioni, l'illegittimità della legge non può essere esclusa invocando le esenzioni dal divieto previste dallo stesso comma 1-bis introdotto nell'art. 1 della legge regionale n. 59 del 1995.

L'art. 1 della legge impugnata (art. 1, comma 1-bis, della legge regionale n. 59 del 1995) è dunque costituzionalmente illegittimo; e altrettanto è a dirsi, di conseguenza, per l'art. 2 (art. 4-bis della legge regionale n. 59 del 1995), che si riferisce a misure «necessarie ai fini» di cui al detto art. 1.

8. – La legge regionale della Calabria 5 dicembre 2003, n. 26 (*Dichiarazione della Calabria denuclearizzata. Misure di prevenzione dall'inquinamento proveniente da materiale radioattivo. Monitoraggio e salvaguardia ambientale della salute dei cittadini*) si compone di 5 articoli.

L'art. 1 stabilisce che «La Regione Calabria, sulla base dei principi costituzionali e delle competenze in materia di urbanistica ed ambiente, nonché delle attribuzioni in via concorrente in materia di salute pubblica, protezione civile e governo del territorio di cui al terzo comma dell'art. 117 della Costituzione, dichiara il territorio regionale della Calabria denuclearizzato e precluso al transito ed alla presenza, anche transitoria, di materiali nucleari non prodotti nel territorio regionale».

L'art. 2 dispone la promozione di una «Conferenza per la sicurezza e la cooperazione del Sud» intesa a «rilanciare la denuclearizzazione di territori vocati all'agricoltura e al turismo individuando forme di collaborazione solidaristica tra le popolazioni interessate».

L'art. 3 prevede la nomina di un «Collegio referente» con compiti di verifica, a seguito della cui attività il Presidente della Regione, su parere vincolante del Consiglio regionale sugli esiti dell'inchiesta esprimerà «la definitiva posizione della Regione sull'utilizzo ed il deposito nel territorio regionale di sostanze nucleari o di loro residui» (comma 2); e la adozione di «apposite norme che regolino i controlli e le azioni amministrative necessarie per l'effettiva denuclearizzazione del proprio territorio» (comma 4).

L'art. 5 prevede misure di vigilanza e controllo necessarie per impedire ogni contiguità di materiali nucleari con le popolazioni e le strutture civili «prevenendo l'immissione di nuove consistenze dei medesimi materiali».

L'art. 5 disciplina l'entrata in vigore della legge.

Il ricorrente censura la legge con argomentazioni analoghe a quelle riferite alla legge della Regione Basilicata.

9. – La questione è fondata, per le medesime ragioni e in base ai medesimi argomenti già svolti a proposito della analoga legge della Regione Basilicata, nonché a proposito della legge della Regione Sardegna circa l'asserita non definitività della disciplina adottata.

Anche in questo caso l'illegittimità dell'art. 1 comporta necessariamente la dichiarazione di illegittimità dell'intera legge: infatti l'art. 2 nuovamente si riferisce alla «denuclearizzazione» di territori; l'art. 3 presuppone la possibilità per la Regione di adottare una «definitiva posizione» autonoma sull'utilizzo e sul deposito nel territorio regionale di sostanze nucleari e di loro residui; e l'art. 4 finalizza le misure alla prevenzione dell'ingresso di materiali nucleari nel territorio regionale.

10. – Il decreto legge 14 novembre 2003, n. 314 (*Disposizioni urgenti per la raccolta, lo smaltimento e lo stoccaggio, in condizioni di massima sicurezza, dei rifiuti radioattivi*), è impugnato dalla Regione Basilicata nel testo risultante dalla legge di conversione 24 dicembre 2003, n. 368.

Esso, a differenza del testo originario del decreto, non individua più nel territorio del Comune di Scanzano Jonico, in Provincia di Matera, il sito per la realizzazione del Deposito nazionale dei rifiuti radioattivi. Si limita invece a prevedere che la sistemazione in sicurezza dei rifiuti radioattivi, degli elementi di combustibile irraggiati e dei materiali nucleari, ivi inclusi quelli rivenienti dalla disattivazione delle centrali elettronucleari e degli impianti di ricerca e di fabbricazione del combustibile, sia effettuata presso il Deposito nazionale, riservato ai soli rifiuti di III categoria, che costituisce «opera di difesa militare di proprietà dello Stato»; e che il sito sia individuato entro un anno dal Commissario straordinario nominato ai sensi dell'art. 2, sentita l'apposita Commissione tecnico-scientifica, e previa intesa in sede di conferenza unificata Stato-Regioni-autonomie locali, ovvero, in mancanza del raggiungimento dell'intesa entro il termine stabilito, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri previa deliberazione del Consiglio dei ministri (art. 1, comma 1).

La realizzazione del Deposito è affidata alla società gestione impianti nucleari (SOGIN s.p.a.: art. 1, comma 2), utilizzando le procedure speciali previste per le opere cosiddette strategiche dalla legge n. 443 del 2001 e dal d.lgs. n. 190 del 2002 (art. 1, comma 3).

La «validazione» del sito è effettuata dal Consiglio dei ministri, sulla base degli studi effettuati dalla apposita Commissione tecnico-scientifica, previo parere dell'Agenzia per la protezione dell'ambiente e per i servizi tecnici, del Consiglio nazionale delle ricerche e dall'Ente per le nuove tecnologie, l'energia e l'ambiente (art. 1, comma 4-bis).

L'art. 2 prevede la nomina da parte del Presidente del Consiglio dei ministri di un Commissario straordinario, il quale provvede «in deroga alla normativa vigente» agli adempimenti relativi alla realizzazione del Deposito, fra cui l'approvazione dei progetti (comma 1, lettera f), ed è autorizzato ad adottare, con speciali modalità e poteri, anche sostitutivi, tutti i provvedimenti e gli atti di qualsiasi natura necessari alla progettazione, all'istruttoria, all'affidamento e alla realizzazione del Deposito nazionale, fatte salve le sole competenze del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio in materia di valutazione di impatto ambientale e le competenze dell'Agenzia per la protezione dell'ambiente e per i servizi tecnici-APAT (comma 2). È prevista una speciale Commissione tecnico-scientifica composta da diciannove esperti, di cui quattro nominati dalla Conferenza unificata, espressi due dalle Regioni e due dagli enti locali. Il Presidente della Commissione (a seguito di una successiva modifica introdotta con l'art. 1, comma 106, della legge n. 239 del 2004) è nominato dal Presidente del Consiglio d'intesa con la Conferenza unificata (comma 3).

L'art. 3 prevede la allocazione e gestione in via definitiva dei rifiuti radioattivi di III categoria e del combustibile irraggiato nel Deposito nazionale, e la messa in sicurezza e lo stoccaggio dei rifiuti di I e II categoria in base ad un decreto del Presidente del Consiglio.

L'art. 4 prevede fra l'altro misure compensative a favore dei siti che ospitano impianti nucleari, e successivamente del territorio che ospita il Deposito nazionale.

L'art. 5 dispone misure di carattere finanziario; l'art. 6 disciplina l'entrata in vigore del decreto.

11. – La ricorrente Regione Basilicata censura il decreto legge nel suo complesso, in primo luogo, lamentando la mancanza dei requisiti di straordinaria necessità ed urgenza idonei a legittimare l'intervento del Governo, e quindi la violazione dell'art. 77 della Costituzione. Essa osserva che il decreto disciplina attività, come la realizzazione del Deposito, destinate ad essere completate solo entro il 2008, e che non vi era urgenza di provvedere per la inerzia del Parlamento, il quale aveva *in itinere* l'approvazione di una legge di delega sull'argomento, dal contenuto più rispettoso delle autonomie regionali.

In secondo luogo la ricorrente lamenta la violazione delle competenze legislative della Regione in materia di tutela della salute, protezione civile e governo del territorio, in quanto la disciplina adottata produrrebbe effetti vincolanti e irreversibili, e non si limiterebbe, come sarebbe stato doveroso, a fissare principi sulla cui base le Regioni potessero dettare una ulteriore normativa.

Infine la ricorrente denuncia la violazione dei principi costituzionali di «sussidiarietà, ragionevolezza, leale collaborazione e previa intesa tra Stato e Regioni», osservando che, pur avendo lo Stato competenza legislativa esclusiva in materia di tutela dell'ambiente, le funzioni amministrative dovrebbero essere svolte dagli enti territoriali ogni volta che l'ente sia coinvolto da iniziative riguardanti il suo territorio o la sua popolazione. Lo Stato, per assumere le funzioni amministrative che apparirebbero *naturaliter* agli enti territoriali, dovrebbe preliminarmente esaurire una fase interlocutoria di previa intesa, coinvolgente tutte le Regioni, per procedere alla individuazione del territorio ove ubicare il deposito, e successivamente, per la realizzazione dell'opera, la Regione il cui territorio fosse stato individuato come area utile per collocarvi l'opera stessa. Solo a seguito di un infruttuoso tentativo di intesa sarebbe consentito allo Stato di avocare a sé le funzioni amministrative in questione. Nella normativa impugnata, invece, secondo la ricorrente, non vi sarebbe traccia dell'esaurimento di tale fase interlocutoria e l'intervento dell'esecutivo statale non sarebbe previsto come successivo «ad un espresso atto di diniego proveniente dall'ente regionale interessato».

12. – Non può accogliersi l'eccezione del Presidente del Consiglio dei ministri di tardività dell'impugnazione perché effettuata solo dopo l'entrata in vigore della legge di conversione del decreto legge, che avrebbe solo completato la disciplina. La giurisprudenza di questa Corte è costante nel riconoscere la tempestività della impugnazione dei decreti legge dopo la loro conversione, che ne stabilizza la presenza nell'ordinamento (cfr. sentenze n. 113 del 1967, n. 192 del 1970, n. 25 del 1996 e n. 287 del 2004).

13. – La censura di violazione dell'art. 77 della Costituzione, anche a volerla considerare ammissibile in quanto intesa a far valere in via indiretta una lesione delle competenze della Regione derivante dal contenuto delle norme del decreto legge, è infondata.

Non solo non è evidente, nella specie, la mancanza dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza, che legittimano il ricorso al decreto legge (cfr. sentenze n. 29 del 1995

e nn. 6 e 285 del 2004): ma, al contrario, appare evidente come l'esigenza di prevedere una adeguata disciplina idonea a consentire la realizzazione delle opere, oggi mancanti, necessarie per un corretto smaltimento dei rifiuti radioattivi, evitando pericoli per la salute e per l'ambiente, configuri un valido presupposto per un intervento d'urgenza: anche se poi il completamento delle procedure e delle opere necessarie possa richiedere tempi non brevi. L'urgenza infatti riguarda il provvedere, anche quando occorra tempo per conseguire il risultato voluto.

14. – Passando alle censure fondate sull'art. 117 della Costituzione e sui principi di sussidiarietà e leale collaborazione (mentre non viene in esame un autonomo profilo attinente alla «ragionevolezza» della legge), si deve anzitutto disattendere l'ulteriore eccezione di inammissibilità avanzata dall'Avvocatura erariale, secondo cui difetterebbe nel ricorso la individuazione di singole disposizioni in ipotesi non di principio, e come tali denunciate in quanto lesive della competenza regionale.

È vero che l'impugnazione riguarda l'intero decreto legge, ma è altrettanto vero che il contenuto di questo è omogeneo e assai specifico, concernendo le competenze ed i procedimenti per la individuazione del sito in cui ubicare il Deposito nazionale e per la sua realizzazione. Pertanto l'oggetto delle censure appare sufficientemente precisato.

15. – La questione, sotto questi profili, è solo parzialmente fondata.

La competenza statale in tema di tutela dell'ambiente, di cui all'art. 117, secondo comma, lettera *s*, Cost., è tale da offrire piena legittimazione ad un intervento legislativo volto a realizzare un impianto necessario per lo smaltimento dei rifiuti radioattivi, oggi conservati in via provvisoria in diversi siti, ma destinati a trovare una loro collocazione definitiva che offra tutte le garanzie necessarie sul piano della protezione dell'ambiente e della salute.

È ben vero che tale competenza statale non esclude la concomitante possibilità per le Regioni di intervenire, anche perseguendo finalità di tutela ambientale (cfr. sentenze n. 407 del 2002, n. 307 del 2003 e n. 259 del 2004), così nell'esercizio delle loro competenze in tema di tutela della salute e di governo del territorio, ovviamente nel rispetto dei livelli minimi di tutela apprestati dallo Stato e dell'esigenza di non impedire od ostacolare gli interventi statali necessari per la soddisfazione di interessi unitari, eccedenti l'ambito delle singole Regioni. Ma ciò non comporta che lo Stato debba necessariamente limitarsi, allorché individui l'esigenza di interventi di questa natura, a stabilire solo norme di principio, lasciando sempre spazio ad una ulteriore normativa regionale.

Del pari, l'attribuzione delle funzioni amministrative il cui esercizio sia necessario per realizzare interventi di rilievo nazionale può essere disposta, in questo ambito, dalla legge statale, nell'esercizio della competenza legislativa esclusiva di cui all'art. 117, secondo comma, lettera *s*, della Costituzione, e in base ai criteri generali dettati dall'art. 118, primo comma, della Costituzione, vale a dire ai principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.

Nella specie, la localizzazione e la realizzazione di un unico impianto destinato a consentire lo smaltimento dei rifiuti radioattivi potenzialmente più pericolosi, esistenti o prodotti sul territorio nazionale, costituiscono certamente compiti il cui esercizio unitario può richiedere l'attribuzione della competenza ad organi statali.

16. – Tuttavia, quando gli interventi individuati come necessari e realizzati dallo Stato, in vista di interessi unitari di tutela ambientale, concernono l'uso del territorio, e in particolare la realizzazione di opere e di insediamenti atti a condizionare in modo rilevante lo stato e lo sviluppo di singole aree, l'intreccio, da un lato, con la competenza regionale concorrente in materia di governo del territorio, oltre che con altre competenze regionali, dall'altro lato con gli interessi delle popolazioni insediate nei rispettivi territori, impone che siano adottate modalità di attuazione degli interventi medesimi che coinvolgano, attraverso opportune forme di collaborazione, le Regioni sul cui territorio gli interventi sono destinati a realizzarsi (cfr. sentenza n. 303 del 2003).

Il livello e gli strumenti di tale collaborazione possono naturalmente essere diversi in relazione al tipo di interessi coinvolti e alla natura e all'intensità delle esigenze unitarie che devono essere soddisfatte.

Nella specie, i procedimenti configurati dal decreto legge impugnato concernono sia la individuazione del sito in cui collocare il Deposito, e dunque la scelta dell'area più idonea sotto il profilo tecnico e in relazione ad ogni altra circostanza rilevante, sia la concreta localizzazione e la realizzazione dell'impianto.

Sotto il primo profilo è corretto il coinvolgimento, che il decreto legge attua, delle Regioni e delle autonomie locali nel loro insieme, attraverso la Conferenza unificata Stato-Regioni-autonomie locali, chiamata a cercare l'intesa sulla individuazione del sito (art. 1, comma 1, del decreto legge impugnato). Naturalmente, ove l'intesa non venga raggiunta, lo Stato deve essere posto in condizioni di assicurare egualmente la soddisfazione dell'interesse unitario coinvolto, di livello ultraregionale. Pertanto, non si presta a censure la previsione secondo cui, in caso di mancata intesa, la individuazione del sito è rimessa, secondo uno schema ben noto ed usuale, ad un provvedimento adottato dal Presidente del Consiglio dei ministri, previa delibera del Consiglio dei ministri, e dunque col coinvolgimento del massimo organo politico-amministrativo, che assicura il livello adeguato di relazione fra organi centrali e autonomie regionali costituzionalmente garantite.

Parimenti appare idonea ad assicurare la tutela degli interessi degli enti territoriali la previsione secondo cui, nella apposita Commissione tecnico-scientifica incaricata di fornire pareri e studi, quattro membri sono nominati dalla Conferenza unificata, mentre il Presidente (in base alla modifica introdotta nell'art. 2, comma 3, del decreto legge dall'art. 1, comma 196, della legge n. 239 del 2004) è nominato dal Presidente del Consiglio d'intesa con la medesima Conferenza unificata.

17. – Quando però, una volta individuato il sito, si debba provvedere alla sua «validazione», alla specifica localizzazione e alla realizzazione dell'impianto, l'interesse territoriale da prendere in considerazione e a cui deve essere offerta, sul piano costituzionale, adeguata tutela, è quello della Regione nel cui territorio l'opera è destinata ad essere ubicata. Non basterebbe più, a questo livello, il semplice coinvolgimento della Conferenza unificata, il cui intervento non può sostituire quello, costituzionalmente necessario, della singola Regione interessata (cfr. sentenze n. 338 del 1994, n. 242 del 1997, n. 303 del 2003 e n. 6 del 2004).

Da questo punto di vista, la disciplina recata dal decreto legge impugnato è carente. Infatti essa prevede che alla «validazione» del sito provveda il Consiglio dei ministri, sulla base degli studi della Commissione tecnico-scientifica, e sentiti i soli pareri di enti nazionali (l'Agenzia per la protezione dell'ambiente, il CNR e l'ENEA: art. 1, comma 4-*bis*). A sua volta il Commissario straordinario statale provvede, fra l'altro, anche in deroga alla normativa vigente, ad approvare i progetti (art. 2, comma 1, lettera *f*).

È dunque necessario, al fine di ricondurre tali previsioni a conformità alla Costituzione, che siano previste forme di partecipazione al procedimento della Regione interessata, fermo restando che in caso di dissenso irrimediabile possono essere previsti meccanismi di deliberazione definitiva da parte di organi statali, con adeguate garanzie procedurali.

Una garanzia minima della Regione è invece presente nella previsione del comma 2, primo periodo, dell'art. 2, ai cui sensi il Commissario straordinario è autorizzato ad adottare, anche in sostituzione dei soggetti competenti, tutti i provvedimenti e gli atti di qualsiasi natura necessari alla progettazione, all'istruttoria, all'affidamento e alla realizzazione del Deposito nazionale, ma operando con le modalità e i poteri di cui all'articolo 13 del decreto legge 25 marzo 1997, n. 67, convertito con modificazioni dalla legge 23 maggio 1997, n. 135. Infatti il comma 4, secondo periodo, di detto art. 13 prevede che, ove il Commissario, decorso un termine per l'adozione degli atti necessari da parte delle amministrazioni competenti, provveda in sostituzione, in caso di competenza regionale i provvedimenti siano comunicati al Presidente della Regione, il quale, entro quindici giorni, può disporne la sospensione, anche provvedendo diversamente.

Quanto alle procedure per la messa in sicurezza e lo stoccaggio dei rifiuti radioattivi di I e II categoria, cui provvede, ai sensi dell'art. 3, comma 1-*bis*, il Presidente del Consiglio con proprio decreto, vale osservare che per tale messa in sicurezza «si applicano le procedure tecniche e amministrative di cui agli articoli 1 e 2» del decreto, fatta eccezione per quelle speciali previste dalla legge n. 443 del 2001 e dal d.lgs. n. 190 del 2002. Pertanto, anche a seguito della dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale degli art. 1 e 2, a tali procedure vengono ad essere estese le garanzie previste per quelle relative al Deposito nazionale.

In definitiva, i soli artt. 1, comma 4-*bis*, e 2, comma 1, lettera *f*, devono essere dichiarati costituzionalmente illegittimi nella parte in cui non prevedono idonee forme di partecipazione al procedimento da parte della Regione nel cui territorio l'opera sia destinata ad essere realizzata.

Avendo la Corte deciso il merito del ricorso, non vi è luogo a procedere in ordine alla istanza di sospensione del decreto legge impugnato, formulata dalla ricorrente Regione Basilicata.

Per questi motivi la Corte costituzionale riuniti i giudizi,

a) dichiara l'illegittimità costituzionale della legge regionale della Sardegna 3 luglio 2003, n. 8 (Dichiarazione della Sardegna territorio denuclearizzato);

b) dichiara l'illegittimità costituzionale della legge regionale della Basilicata 21 novembre 2003, n. 31 (Modifiche ed integrazioni alla legge regionale 31 agosto 1995, n. 59);

c) dichiara l'illegittimità costituzionale della legge regionale della Calabria 5 dicembre 2003, n. 26 (Dichiarazione della Calabria denuclearizzata. Misure di prevenzione dall'inquinamento proveniente da materiale radioattivo. Monitoraggio e salvaguardia ambientale della salute dei cittadini);

d) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 4-bis, del decreto legge 14 novembre 2003, n. 314 (Disposizioni urgenti per la raccolta, lo smaltimento e lo stoccaggio, in condizioni di massima sicurezza, dei rifiuti radioattivi), convertito con modificazioni dalla legge 24 dicembre 2003, n. 368, nella parte in cui non prevede una forma di partecipazione della Regione interessata, nei sensi di cui in motivazione, al procedimento di «validazione» del sito;

e) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1, lettera f, del predetto decreto legge n. 314 del 2003 nella parte in cui non prevede una forma di partecipazione della Regione interessata, nei sensi di cui in motivazione, al procedimento di approvazione dei progetti;

f) dichiara non fondata, salvo quanto disposto nei capi d ed e, la questione di legittimità costituzionale del predetto decreto legge n. 314 del 2003, sollevata, in riferimento agli articoli 77 e 117 della Costituzione, nonché ai principi costituzionali di sussidiarietà, di ragionevolezza e di leale collaborazione, dalla Regione Basilicata con il ricorso in epigrafe (r. ric. n. 40 del 2004).

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 13 gennaio 2005».

Ragionevole durata del processo e *decisione definitiva*

(Corte costituzionale, ordinanza 7-11 febbraio 2005, n. 74)

La Corte d'Appello di Genova, con ordinanza datata 5 novembre 2003, ha sollevato questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 4 della legge n. 89 del 2001 per contrasto con gli artt. 24 e 101 Cost., nella parte in cui la norma subordina l'ammissibilità della domanda all'osservanza del termine decadenziale di sei mesi decorrente «dal momento in cui la decisione che conclude il procedimento è divenuta definitiva» (1).

Il giudice rimettente, rilevato che «il *dies a quo* da cui decorre il termine decadenziale non può essere inteso se non come coincidente col momento in cui il provvedimento conclusivo del procedimento (e non di un semplice grado) è divenuto definitivo: vale a dire col momento in cui il provvedimento stesso non è più soggetto a impugnazione ordinaria», lamentava che «tale momento, nell'ipotesi di sentenza civile pubblicata, non è conoscibile dalla parte cui la legge attribuisce il potere di paralizzare l'azione avversaria attraverso l'esercizio del potere di eccezione né dal giudice investito del dovere di ufficio di verificare l'ammissibilità della domanda».

Nell'ordinanza di rimessione, la Corte d'Appello di Genova si discosta dal precedente orientamento interpretativo assunto. Giova rilevare che, con decreto 31 ottobre 2002, n. 348 (2), il Collegio genovese aveva ritenuto che il termine di decadenza per presentare la domanda di riparazione ai sensi della legge Pinto iniziasse a decorrere «dal momento in cui il richiedente ha potuto prendere conoscenza dei motivi della decisione, e quindi con il deposito nella Cancelleria» della pronuncia.

Nel decreto sopra richiamato, il giudicante enunciava che «la decisione deve intendersi definitiva quando chiude non il processo, ma appunto il procedimento, cioè la fase o il grado al cui termine la decisione si pone con carattere di conclusività e quindi di definitività per quel procedimento», puntualizzando che l'espressione *decisione definitiva* andava interpretata «nel senso che la pronuncia conclude quella fase ed il giudice per effetto della pronuncia si spoglia del processo».

Le sopra riportate asserzioni non vengono richiamate dalla Corte d'Appello di Genova in sede di proposizione della questione di legittimità costituzionale, pur evidenziando il giudice *a quo* gli «aspetti ambigui della normativa» che non consentono nei processi, quali quello civile e amministrativo, che «contemplano una varietà di esiti definitivi», di individuare con oggettiva certezza la definitività del provvedimento.

Ciò premesso, ad avviso della Corte rimettente, non può trovare adesione la tesi sostenuta dalla parte resistente nel giudizio rimesso alla Corte costituzio-

(1) Corte d'Appello di Genova, ordinanza 11 novembre 2003 n. 1191 in *Gazz. Uff.*, I serie speciale, 28 gennaio 2004.

(2) In questa *Rassegna*, ottobre-dicembre 2004, 1255-1260.

nale, adottata in precedenza dallo stesso giudice genovese, secondo cui la definitività del provvedimento, «conformemente all'orientamento della giurisprudenza europea», coinciderebbe con il momento del deposito della pronuncia.

Reputa il Collegio genovese che tale esegesi sia in contrasto con «il senso fatto palese dal significato proprio delle parole» dell'art. 4 della legge Pinto risultando più conforme al dettato letterale l'interpretazione che il *dies a quo* per la proposizione della domanda riparatoria decorra dal momento in cui il provvedimento non è più soggetto ad impugnazione ordinaria. Tuttavia, giacché tale momento non è conoscibile dalla parte resistente, rimasta estranea al giudizio di cui si lamenta la irragionevole durata, nella fattispecie – osserva la Corte d'Appello di Genova – verrebbe ad integrarsi un'ipotesi di lesione all'art. 24 della Costituzione. L'Amministrazione convenuta sarebbe nell'impossibilità di dimostrare l'intervenuta decadenza con una conseguente ripercussione pregiudizievole sui propri diritti di difesa.

Secondo il giudice rimettente, la parte ricorrente nel procedimento instaurato ai sensi della legge Pinto non è tenuta a dimostrare la tempestività della domanda. Diversamente opinando il ricorrente sarebbe gravato dell'onere di fornire una prova negativa (la non avvenuta notifica, ai fini di impugnazione, della sentenza conclusiva del giudizio) con «l'aggravante» che, essendo i procedimenti, quello di cui si lamenta l'irragionevole durata e quello introdotto ai sensi della legge n. 89/01, distinti, «diversi potrebbero essere... e frequentemente sono i difensori, non necessariamente tenuti a conoscere cadenze processuali proprie di vicende giudiziali nei quali non hanno esercitato il proprio ministero».

Assume la Corte d'Appello di Genova che il giudice dell'equa riparazione non è investito del dovere d'ufficio di verificare l'ammissibilità della domanda con il conseguente profilarsi di un insanabile contrasto fra l'art. 4 della legge n. 89/01 e l'art. 24 della Costituzione giacché, oltre alla conclamata lesione dei diritti di difesa della parte convenuta, viene impedito al giudice «di assicurare alle parti la concreta praticabilità degli istituti processuali alla cui osservanza è formalmente tenuto (art. 101 Cost.)».

Prima di passare all'esame della pronuncia della Corte costituzionale, merita riportarsi alla posizione assunta dall'Avvocatura dello Stato nel procedimento di legittimità costituzionale (3).

La difesa erariale (ct. 45119/03, Avv. Palatiello) sosteneva che la parte convenuta nel giudizio di equa riparazione non poteva essere onerata dell'accertamento dell'avvenuta notifica ad istanza di parte della pronuncia che aveva definito il procedimento di cui si lamentava l'irragionevole durata. Pertanto, sarebbe risultata corretta un'interpretazione dell'art. 4 legge *cit.* «coerente con la norma europea», nel senso che il calcolo di sei mesi operasse dal deposito della sentenza.

Il fatto originatore del diritto al ristoro è costituito dalla violazione del termine ragionevole di cui all'art. 6, par.1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Dunque, «bisogna interpretare il sistema interno avendosi

(3) Cfr. questa *Rassegna*, ottobre-dicembre 2004, 1255 s.

riguardo alla Convenzione e alla giurisprudenza della Corte Europea, il più possibile cercando di evitare soluzioni difformi da quella giurisprudenza (Cass., S.U. Civ., 26 gennaio 2004, n. 1338 ed altre coeve)».

Ne discende che, nei casi in cui il processo contempla una varietà di «esiti definitivi», il semestre si computa dal deposito della pronuncia, la definitività ha luogo con la pubblicazione della sentenza.

L'Avvocatura dello Stato rilevava in sede di conclusioni che, in ogni caso, la norma oggetto del sindacato di costituzionalità non sarebbe risultata contraddittoria se fosse stata «interpretata nel senso che in detta ipotesi sia onere dell'attore dare la prova della non intervenuta notifica della sentenza e dunque della tempestività della domanda di equa riparazione».

La Corte costituzionale con ordinanza 7 febbraio – 11 febbraio 2005, n. 74, di seguito pubblicata, sembra accogliere l'opzione interpretativa suggerita dalla difesa erariale nella parte in cui grava il ricorrente dell'onere di dimostrare la tempestività della domanda.

Il giudice delle leggi si astiene dal prendere posizione sulla suggerita interpretazione di fare decorrere, nei casi in cui la definitività della pronuncia che chiude il procedimento di cui si lamenta l'irragionevole durata non sia desumibile con certezza, il *dies a quo* per la proposizione della domanda di riparazione dalla pubblicazione della sentenza che definisce il giudizio.

La Corte costituzionale *rimprovera* al giudice rimettente di non avere considerato «gli ulteriori ausili ermeneutici desumibili dalla giurisprudenza di legittimità secondo cui l'onere di provare la sussistenza della condizione di proponibilità della domanda di equa riparazione richiesta dalla norma censurata incombe alla parte istante e l'eventuale decadenza è rilevabile d'ufficio dal giudice». Viene così inequivocabilmente chiarito che la prova della tempestività della domanda costituisce condizione indispensabile ai fini della sua proposizione. Incombe, dunque, sulla parte istante fornire la prova della mancata notificazione della pronuncia ai fini della decorrenza del termine breve per l'impugnazione.

Permane qualche perplessità in ordine all'interpretazione «coerente con la norma europea» della locuzione *decisione definitiva* che non è oggetto di esplicita statuizione da parte del giudice delle leggi. Al riguardo, non resta che attendere il consolidarsi dell'orientamento della giurisprudenza di legittimità e di merito (4).

In ogni caso, dalla statuizione della Corte costituzionale è dato desumere alcuni fermi principi, chiaramente sintetizzati dall'ordinanza della Corte d'Appello di Genova 24 marzo – 25 marzo 2005, n. 110, di seguito riportata, che, sulla scorta dell'ordinanza del giudice delle leggi, puntualizza:

A) l'onere di provare la sussistenza della condizione di proponibilità della domanda di equa riparazione grava sulla parte ricorrente;

B) l'eventuale decadenza è rilevabile d'ufficio del giudice;

C) all'onere di cui sopra la parte istante può adempiere in virtù dei meccanismi di cui agli artt. 123 e segg. disp. att. c.p.c.

Dott. Francesco Vignoli

(4) Sul punto cfr. questa *Rassegna*, ottobre-dicembre 2004, 1255-1262.

Corte Costituzionale, ordinanza 7 febbraio – 11 febbraio 2005, n. 74 – Pres. F. Contri – Red. F. Bille – Ricorso di G.G. (Avv. F. Lorenzoni) c. Ministero della giustizia (Avv. dello Stato A.Palatiello).

«(Omissis) Ritenuto che – chiamata a pronunciarsi su una domanda di condanna del Ministero della giustizia alla corresponsione dell'equo indennizzo per irragionevole durata di un processo civile celebratosi davanti al Tribunale di Firenze – la Corte d'appello di Genova, con ordinanza emessa l'11 novembre 2003, ha sollevato, in riferimento agli articoli 24 e 101 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge 24 marzo 2001, n. 89 (Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'articolo 375 del codice di procedura civile), «nella parte in cui subordina l'ammissibilità della domanda all'osservanza del termine decadenziale di sei mesi, decorrente “dal momento in cui la decisione, che conclude il procedimento, è divenuta definitiva”»;

che – essendo stata eccepita dall'Amministrazione resistente la decadenza dell'attore dalla domanda, proposta un anno e quattro mesi dopo la pronuncia conclusiva del giudizio di merito, ed essendo rimasta senza riscontro la richiesta diretta al Tribunale di Firenze in ordine all'eventuale proposizione di gravame avverso la sentenza di primo grado, e alla conseguente annotazione *ex art.* 123 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile – la rimettente osserva che la sentenza civile ritualmente depositata, se notificata, diviene definitiva se non è impugnata nei trenta giorni dalla notifica ai sensi dell'art. 325 del codice di procedura civile ovvero, se non notificata, dopo la scadenza del termine di un anno dal deposito ai sensi del successivo art. 327; e che, tuttavia, l'esito dell'alternativa, affidata ad una scelta discrezionale della parte, non consente alcuno strumento di verifica della notificazione della sentenza e, di conseguenza, della decorrenza del termine breve per la proposizione di eventuale gravame;

che – affermata la non fondatezza dell'assunto difensivo dell'Amministrazione resistente, secondo cui tale incongruenza potrebbe essere superata assumendo come termine *a quo* il momento in cui è pronunciata la decisione che conclude definitivamente il procedimento – la Corte rimettente perviene alla conclusione che il *dies a quo* da cui decorre il termine decadenziale di sei mesi previsto dalla norma impugnata coincide col momento in cui il provvedimento conclusivo del procedimento (e non di un suo semplice grado) diviene definitivo, in quanto non più soggetto a impugnazione ordinaria;

che, però, nell'ipotesi di sentenza civile, tale momento non è conoscibile dalla parte cui pure la legge attribuisce il potere di paralizzare l'azione avversaria attraverso l'esercizio del potere di eccezione, né dal giudice investito del dovere d'ufficio di verificare l'ammissibilità della domanda, e neppure, al limite, dalla stessa parte ricorrente nel giudizio di equa riparazione (cui, secondo la Corte rimettente, non incombe l'onere di dimostrare la tempestività della domanda);

che pertanto la norma «sembra» alla rimettente in contrasto col diritto della parte di difendersi in giudizio attraverso l'esperimento degli strumenti processuali all'uopo apprestati dalla legge (art. 24 della Costituzione) e con quello speculare che impone al giudice di assicurare alle parti la concreta praticabilità degli istituti processuali, alla cui osservanza è formalmente tenuto (art. 101 della Costituzione);

che nel giudizio di costituzionalità si è costituito il ricorrente nel processo *a quo*, concludendo per la non fondatezza della questione, giacché la Corte d'appello rimettente ben avrebbe potuto, sulla scorta dell'interpretazione data alla norma impugnata, rigettare l'eccezione proposta dall'Amministrazione resistente, ovvero per l'inammissibilità, in quanto la medesima Amministrazione non contesta affatto che la sentenza non sia stata notificata e che, quindi, sia stato preso in considerazione, per il calcolo della decorrenza, il termine lungo per l'impugnazione;

che è intervenuto, altresì, il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, concludendo per la declaratoria di non fondatezza della questione, in quanto la rimettente avrebbe potuto interpretare la norma censurata nel

senso che – ove non si ritenesse onere dell'attore dare la prova della non intervenuta notifica della sentenza civile e dunque della tempestività della domanda di equa riparazione – il calcolo dei sei mesi si opera dal deposito della sentenza.

Considerato che la Corte d'appello rimettente – che pure muove dalla premessa secondo cui l'unica possibile lettura della norma impugnata è nel senso che il momento iniziale, da cui decorre il termine di decadenza dalla domanda di equo indennizzo previsto dalla legge n. 89 del 2001, coincide col momento in cui il provvedimento conclusivo del procedimento (e non di un suo semplice grado) è divenuto definitivo, in quanto non più soggetto ad impugnazione ordinaria – ritiene la norma stessa in contrasto con gli evocati parametri in quanto, nel processo civile, per accertare la definitività della sentenza pubblicata mediante deposito (che, in ragione di una libera scelta di parte, diviene definitiva, se notificata, qualora non sia impugnata nei trenta giorni dalla notifica ai sensi dell'art. 325 del codice di procedura civile o, se non notificata, alla scadenza del termine di un anno dal deposito ai sensi del successivo art. 327) non esisterebbe alcuno strumento di verifica dell'avvenuta notificazione della sentenza e, quindi, della decorrenza del termine breve per la proposizione dell'eventuale gravame;

che, peraltro, l'enunciazione di tale dubbio di costituzionalità risente dell'omesso adempimento – da parte della rimettente – dell'onere di dare, se possibile, una lettura conforme a Costituzione della norma impugnata;

che, infatti, la Corte d'appello di Genova non considera gli ulteriori ausili ermeneutici desumibili dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui l'onere di provare la sussistenza della condizione di proponibilità della domanda di equa riparazione richiesta dalla norma censurata incombe alla parte istante, e l'eventuale decadenza è rilevabile d'ufficio dal giudice; né considera come l'art. 3, comma 5, della medesima legge n. 89 del 2001, anche a tali fini, preveda tra l'altro che «le parti hanno facoltà di richiedere che la corte disponga l'acquisizione in tutto o in parte degli atti e dei documenti del procedimento in cui si assume essersi verificata la violazione di cui all'articolo 2 ed hanno diritto, unitamente ai loro difensori, di essere sentite in camera di consiglio se compaiono»;

che, inoltre, quella Corte – che pure ricorda di aver richiesto senza esito al Tribunale di Firenze, davanti al quale si era svolto il giudizio cui si riferiva la richiesta di equo indennizzo, l'avviso di impugnazione di cui all'art. 123 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile (secondo cui «l'ufficiale giudiziario che ha notificato un atto di impugnazione deve darne immediatamente avviso scritto al cancelliere del giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata» ed il cancelliere medesimo «deve fare annotazione dell'impugnazione sull'originale della sentenza») – trascura che, ai sensi del successivo art. 124, «a prova del passaggio in giudicato della sentenza il cancelliere certifica, in calce alla copia contenente la relazione di notificazione, che non è stato proposto, nei termini di legge, appello o ricorso per cassazione, né istanza di revocazione per i motivi di cui ai numeri 4) e 5) dell'art. 395 del codice» (primo comma), e «ugualmente il cancelliere certifica in calce alla copia della sentenza che non è stata proposta impugnazione nel termine previsto dall'art. 327 del codice» (secondo comma);

che, in conclusione, la rimettente, nel dubitare della legittimità costituzionale della norma, non ha esaminato – con riguardo all'intero contesto normativo di sistema ed all'elaborazione giurisprudenziale in materia – la possibilità di fornire di essa un'interpretazione diversa da quella sulla cui base la questione è stata prospettata;

che, pertanto, la questione – in quanto conseguentemente carente di adeguata motivazione sulla non manifesta infondatezza – deve essere dichiarata manifestamente inammissibile (v. ordinanza n. 215 del 2004).

Per questi motivi la Corte costituzionale dichiara la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge 24 marzo 2001, n. 89 (Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'articolo 375 del codice di procedura civile), sollevata, in riferimento agli artt. 24 e 101 della Costituzione, dalla Corte d'appello di Genova, con l'ordinanza in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 7 febbraio 2005».

Corte d'appello di Genova, seconda sezione civile, ordinanza del 24-25 marzo 2005 – Pres. Rel. G. Bonetto.

«(omissis) Con provvedimento reso all'udienza del 18 dicembre 2003 questa Corte ha sospeso il giudizio camerale instaurato su ricorso di F.C., O.A. e O.P. (...), con il quale si chiede la corresponsione dell'indennizzo previsto dalla legge 24 marzo 2002.

La Corte ha rilevato che la legge stessa, attribuendo alla parte resistente la facoltà di eccepire la decadenza di cui all'art. 4 della legge (per decorso del termine semestrale dal momento in cui il provvedimento che definisce il giudizio «presupposto» è divenuto definitivo) e l'organo giudicante il dovere di rilevare anche d'ufficio la decadenza medesima (con la conseguente declaratoria di inammissibilità del ricorso), senza peraltro predisporre alcuno strumento che consenta alla parte e all'Ufficio di accertare l'evenienza prefigurata come causa di decadenza, e cioè l'avvenuto passaggio in giudicato della sentenza civile per effetto di notifica eseguita ex art. 326 c.p.c. non seguita dalla proposizione di impugnazione nel termine prescritto, e ha rimesso, in separato procedimento, la questione alla Corte costituzionale perché si pronunciasse sulla legittimità della procedura come sopra delineata, sospendendo, nell'attesa, il procedimento in corso.

Con ordinanza depositata l'11 febbraio 2005 n. 74 la Corte costituzionale, dichiarando la manifesta inammissibilità della questione sollevata, ha statuito:

- a) che l'onere di provare la sussistenza della condizione di proponibilità della domanda di equa riparazione richiesta dalla norma censurata incombe alla parte istante;
- b) che l'eventuale decadenza è rilevabile d'ufficio dal giudice;
- c) che tale onere la parte istante può assolvere grazie ai meccanismi previsti dagli artt. 123 e ss. delle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile.

Il Collegio rileva che, alla luce di tali principi, incombe alla parte ricorrente dimostrare che la sentenza con cui viene definito il giudizio non è stata oggetto di notificazione e che, di conseguenza, non è iniziato il decorso del termine decadenziale previsto per la proposizione del ricorso.

Invita, pertanto, la parte ricorrente, in adempimento dell'onere di cui sopra, a produrre certificazione, ai sensi degli artt. 123 e ss. disp. att. cp.c., del Tribunale di Prato, attestante che la sentenza che definisce il giudizio non è stata oggetto di notificazione tra le parti.

Rinvia in prosecuzione dell'udienza camerale del 30 maggio 2005 (...).

Genova, 24 marzo 2005».

L'attualità dell'art. 8 c.p. (*Sua capacità espansiva come «risorsa giuridica» sul piano della collaborazione internazionale contro il crimine*)

(Corte di Cassazione penale, sezione prima, sentenza 28 aprile – 17 maggio 2004 n. 23181)

Uno dei punti di maggior contrasto dialettico tra l'accusa, pubblica e privata, e la difesa nel primo processo, celebrato in Italia, sui «*desaparecidos*» argentini è stato quello sulla **questione preliminare della procedibilità** o non nei confronti degli imputati, tutti di nazionalità argentina, in relazione alla (corretta) applicazione del disposto dell'**art. 8 c.p.** che, come è noto, pone le condizioni al verificarsi delle quali lo Stato italiano può esercitare il suo *jus poenitendi* nei confronti del cittadino o dello straniero che abbiano commesso, all'estero, un **delitto politico** non qualificabile come «delitto contro la personalità dello stato» (ex artt.7 e 241 e ss. C.p.).

Esula dalla presente trattazione la parte del contrasto concernente la presenza della condizione di procedibilità della richiesta del Ministro della giustizia, di cui al comma primo della norma in argomento (di cui pure si è discusso nel processo), volendosi limitare il discorso a valutazioni riguardanti la «nozione di delitto politico» data dal terzo comma dell'art. 8 c.p., anch'essa oggetto di viva dialettica.

Il contrasto sulla «nozione di delitto politico», trascinato fino in Cassazione, è stato da questa risolto (**Cass. Sez. I Penale n. 23181/2004**) aderendo alla tesi della procedibilità sostenuta dall'accusa e accogliendo, in particolare, la tesi della Avvocatura dello Stato (difensore della parte civile Presidenza del Consiglio dei Ministri) secondo cui «*la definizione di delitto politico data dall'art. 8 c.p. va letta alla luce dell'art. 10 della Costituzione secondo cui l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute*», tra cui la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata con legge 848/1955 (che obbliga gli Stati contraenti al rispetto di alcuni diritti fondamentali nei confronti di ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione, quali il diritto alla vita, il diritto alla libertà personale, il diritto a non essere sottoposti a tortura, ecc.).

Da questa vicenda processuale è scaturita la considerazione della «attualità dell'art. 8 c.p.» o, che è lo stesso, della sua «modernità» a distanza di oltre sessant'anni dalla promulgazione del vigente Codice Penale italiano, per le considerazioni che seguono.

Si ricorda, innanzitutto, che, con l'art. 8 c.p., il legislatore penale ha introdotto una significativa deroga ai criteri generali per la determinazione della competenza territoriale della giurisdizione italiana. Tale è infatti, come noto a tutti, **il criterio della «territorialità»**, in quanto **sancito dall'art. 6 c.p.**, secondo cui la legge italiana si applica a tutti i reati commessi sul territorio dello Stato italiano, vuoi da cittadini, vuoi da stranieri.

Innanzitutto si rileva che è indubbio che, mediante la deroga posta dall'art. 8 c.p. – che consente, a certe condizioni, la perseguibilità del delitto politico commesso da cittadini italiani o stranieri in territorio estero – il legi-

slatore abbia inteso assicurare la massima tutela ad alcuni interessi fondamentali, rafforzando la difesa dello Stato italiano rispetto ad alcune condotte valutate come gravi forme di offesa nei suoi confronti. Con l'art. 8 c.p., cioè, secondo quanto agevolmente affermato dalla dottrina (1), si è in qualche modo temperato quel principio generale di «territorialità» mediante il riferimento e l'accoglimento, per alcune ipotesi, di un principio di «difesa» o, anche, «di personalità passiva». Tale temperamento peraltro non è l'unico: esso si inserisce in un contesto di «eccezioni» alla regola dell'art. 6, alcune delle quali anche più incisive, come quella prevista dall'art. 7, c.p., addirittura ispirate ad un principio di «universalità».

La situazione delineata nell'ordinamento italiano corrisponde peraltro a quella della maggior parte degli ordinamenti giuridici moderni.

L'ordinamento francese, ad esempio, dopo aver accolto il citato principio di territorialità (art. 113-2 del Codice Penale francese), prevede delle eccezioni fondate sul principio della «personalità attiva» (secondo cui «*la loi pénale française est applicable à toute crime commis par un français hors du territoire de la République, aux délits commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis*», art. 113-6), nonché su quello della personalità passiva («*la loi pénale est applicable à tout crime, ainsi qu'à tout délit puni d'emprisonnement, commis par un français ou par un étranger hors du territoire de la République lorsque la victime est de nationalité française au moment de l'infraction*», art. 113-7), stabilendo per tali ipotesi eccezionali il requisito, corrispondente alla nostra condizione di procedibilità, della richiesta del pubblico ministero, preceduta da una richiesta della vittima o dei suoi aventi diritti, o altrimenti di una denuncia ufficiale dell'autorità del paese in cui il fatto è stato commesso (così l'art. 113-8).

Non molto diverso, per continuare in una esemplificativa verifica di carattere comparato, è, sul punto, lo stato dell'**ordinamento spagnolo**. Anche qui, pur assunto quale base generale il principio di territorialità, sulla base del quale procedere ad incriminare cittadini o stranieri che commettano reati nel territorio spagnolo, il sistema normativo della Spagna introduce numerose eccezioni al predetto principio, esemplificativamente richiamando quelle fondate sul principio di personalità attiva (incriminando dunque anche i delitti commessi fuori dallo stato da cittadini spagnoli) e a molteplici condizioni (principio della doppia incriminazione; denuncia o querela del pubblico ministero o della persona offesa; assenza di una pronuncia all'estero nei riguardi dal reo); sul principio di «difesa», e cioè per i delitti commessi all'estero da cittadino spagnolo o straniero ai danni dello Stato (espressamente elencati dalla norma, ed esclusi invece quelli direttamente in danno di un cittadino spagnolo); sul principio di «universalità», per alcune gravi ipotesi di reato (genocidio, terrorismo, ...).

(1) F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2001, p. 949; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2001, p. 115 e ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 1994, p. 108; BETTIOL-PETTOLELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1986, p. 174; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Artt. 1-84, Milano, 2004, p. 133; A. PAGLIARO, voce *Legge penale nello spazio*, in *Enc. Giur.*, XXIII, Milano, 1973, p. 1054.

Chiarito che la norma del Codice Rocco si colloca nell'ambito di un quadro (internazionale) di eccezioni alla regola generale della territorialità, secondo un indirizzo comune agli ordinamenti moderni, diviene essenziale chiarirne la portata.

In proposito, il nucleo fondamentale della disposizione, che coincide, o dovrebbe coincidere, con la *ratio* ad essa sottesa, è costituito dalla individuazione del delitto politico, che è appunto l'ipotesi in cui opera il rafforzamento della difesa degli interessi dello Stato italiano: rafforzamento ben comprensibile nell'ambito del sistema politico-istituzionale in cui fu approvato il codice Rocco, e cioè del sistema fascista. Ora, proprio in considerazione di tali più forti esigenze di tutela, quali avvertite all'epoca della stesura del vigente codice penale, è evidente che gli attuali aspetti problematici connessi alla disposizione ruotano necessariamente intorno alla interpretazione ed alla valenza da dare oggi (operando oggi la norma in un sistema antitetico rispetto a quello delle sue origini) alla nozione che l'art. 8 c.p. dà del delitto politico.

La *nozione di «delitto politico»* è chiaramente data dal *comma terzo dell'art. 8 c.p.*, secondo il quale «agli effetti della legge penale, è *delitto politico* ogni delitto, che offende un interesse politico dello Stato, ovvero un *delitto politico del cittadino*», aggiungendo, poi, che «è *altresi considerato delitto politico il delitto comune determinato, in tutto o in parte, da motivi politici*».

In realtà, le maggiori controversie interpretative sono insorte principalmente con riferimento all'ultimo periodo della norma, che definisce il c.d. «delitto soggettivamente politico» (2).

Abbastanza agevole, infatti, è la delimitazione del primo caso di delitto politico, quello cioè di «*delitto oggettivamente politico*»: tale categoria infatti va naturalmente definita in ragione dell'interesse offeso, e cioè, secondo autorevole e condivisa interpretazione, dell'interesse politico quale «interesse dello Stato complessivamente considerato, toccando l'assetto delle componenti essenziali dello Stato stesso (indipendenza e sicurezza, integrità territoriale, forma di governo), restandovi fuori i profili concernenti lo stato-apparato o gli ordinamenti sociali» (3).

Più consistenti, invece, sono i profili critici che presenta la nozione di *delitto «soggettivamente politico»*, in quanto legati al pericolo che essa, ove eccessivamente dilatata, conduca ad una estensione smisurata dell'applicazione della norma (4). In effetti, a tale interpretazione estensiva ha aderito, per molto tempo, la giurisprudenza, la quale ricorrentemente definiva movente politico «l'agire in concreto per interessi che trascendono l'individuo, per investire le collettività sociali mediante agitazione di idee o attività

(2) D. PULITANÒ, voce *Delitto politico*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, p. 360; G. DE FRANCESCO, voce *Reato politico*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, pp. 897 e ss.; G. MARINI, voce *Delitto politico*, in *Noviss. Dig. it., Appendice*, I, 1981, p. 1046;

(3) PULITANÒ, voce *Delitto politico*, cit., p. 360.

(4) DE FRANCESCO, voce *Reato politico*, cit., p. 989.

pratiche dirette a imporre soluzioni determinate, in contrasto con quelle proposte dagli avversari, soluzioni di indole strettamente politica, o economico-sociale, indipendentemente da quelli che possono essere i segreti impulsi psichici, o la moralità dei fini che s'intendono raggiungere»(5). Ferma e condivisibile la delimitazione della nozione in rapporto agli impulsi psichici interni ed inespressi, vivaci critiche, invece, ha spesso sollevato la dottrina in ordine all'equiparazione operata dalla giurisprudenza tra motivi politici e motivi economico-sociali (6).

In realtà, **il problema di fondo** che emerge a fronte di una troppo estesa nozione di delitto politico, è strettamente collegato alla finalità per la quale si ricorre a tale nozione.

In particolare, i più rilevanti dubbi interpretativi hanno riguardato i rapporti tra la nozione offerta dal codice penale, ora ricordata, e **il richiamo al concetto di «reato politico» operato dalla Costituzione agli art. 10 e 26**. Entrambe le norme costituzionali, infatti, richiamano tale concetto per imporre un limite alla estradizione, rispettivamente dello straniero e del cittadino, e tuttavia non forniscono, come fa il comma terzo dell'art. 8, una propria definizione di esso. E allora, la questione di fondo, sulla quale si sono scontrate diverse opinioni dottrinali, è stata quella di comprendere se il riferimento costituzionale, tecnicamente già più ampio, in quanto riferito ai reati e non solo ai delitti, andasse letto alla luce della definizione data dal terzo comma dell'art. 8 c.p., o invece autonomamente (7). **In ciò, evidentemente, la disposizione codicistica già rivela uno dei fondamentali risvolti della sua portata di generale «risorsa interpretativa».**

E, in proposito, se la giurisprudenza s'è sempre sostanzialmente mossa nell'ottica di una sostanziale corrispondenza tra le indicazioni di legislazione ordinaria e quelle di carattere costituzionale (anche quando più recentemente essa ha assunto posizioni più restrittive in merito al significato di delitto politico) (8), la dottrina, a parte una più risalente opinione volta a riconoscere tale corrispondenza, è oggi più ampiamente orientata verso concezioni di tipo «autonomistico» (9).

(5) Cass. pen., 8-1-1949, in *Giust. pen.*, 1949, II, p. 346; Cass. pen., 26-4-1948, *ivi*, 1948, II, p. 794, con nota di Granata, e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, con nota di Nuvolone; Cass. pen., 18-1-1978, in *Cass. pen. mass.*, 1979, p. 540.

(6) NUVOLONE, *Delitto politico e diritto d'asilo*, in *Ind. pen.*, 1970, pp. 170 e ss.; MAZZACUVA, *Commento all'art. 26 della Costituzione*, in *Comm. Cost. Branca*, 1981, pp. 337 e ss.

(7) PULITANÒ, voce *Delitto politico*, cit., p. 361; DE FRANCESCO, voce *Reato politico*, cit., p. 902; MARINI, voce *Delitto politico*, p. 1046; di recente vedi altresì A. CIANCIO, *Reato politico e limiti costituzionali all'estradizione*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2001, pp. 278 e ss.

(8) Cass. pen., S. U., 5-3-1949, in *Giust. Pen.*, 1950, II, p. 385; Cass. pen., 29-10-1951, *ivi*, 1951, II, p. 103; Cass. pen., 6-9-1957, *ivi*, 1958, II, p. 1; Cass. pen., 5-4-1961, in *Giur. it.*, 1964, II, p. 64; Cass. pen., 14-1-1982, in *Cass. pen.*, 1983, p. 1112.

(9) QUADRI, voce *Estradizione (dir. int.)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 43; CASSESE, *Commento all'art. 10*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1975, p. 553; MAZZACUVA, *Commento all'art. 26 della Cost.*, cit., pp. 317 e ss.; PAGLIARO, *La nozione di reato politico ai fini dell'estradizione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 807 e ss.

In particolare, è abbastanza diffusa l'idea che il Costituente abbia accolto esclusivamente l'accezione «oggettiva» del delitto politico (10), dovendosi ritenere estranea agli artt. 10 e 26, invece, la categoria dei reati «soggettivamente politici». Tale interpretazione muove peraltro dall'esigenza di temperare le norme costituzionali richiamate con gli altri valori tutelati dalla Carta Fondamentale, a cominciare dalle «libertà democratiche» (11).

Nell'ambito di tale panorama problematico va dunque letta *la sentenza della Cassazione n. 23181/2004*, con la quale si è concluso, dopo un lungo iter procedimentale, il primo processo italiano sulla drammatica vicenda dei «desaparecidos».

In particolare, essa ha sostanzialmente recepito le impostazioni generali di cui s'è discusso, peraltro con alcune aperture alquanto innovative.

Da un lato, infatti, si è ribadito il significato del delitto «oggettivamente politico» quale delitto individuato in base alla natura del bene giuridico offeso; dall'altro s'è incentrata la sostanza del delitto «soggettivamente politico» nel movente di natura politica, «nel senso che l'agente sia stato spinto a delinquere al fine di poter incidere sulla esistenza, costituzione e funzionamento dello Stato ovvero favorire o contrastare idee o tendenze politiche proprie dello Stato o offendere un diritto politico del cittadino».

Date tali premesse, dunque, la Cassazione ha ritenuto di dover condividere le conclusioni delle Corti di merito circa la natura politica – si badi bene – sia oggettiva che soggettiva dei reati commessi, in base ad *una lettura dell'art. 8 alla luce dell'art. 10 della Costituzione, comma primo* (12).

In ragione di tale lettura, secondo la Cassazione, i delitti commessi dai militari argentini – sicuramente realizzati per un «movente politico», consistente «nel contrastare idee e tendenze politiche delle vittime, in quanto iscritte a sindacati, partiti politici o ad associazioni universitarie,» – offedevano già direttamente (e dunque si configuravano *già oggettivamente* come «politici») «un interesse politico dello Stato italiano, consistente nel diritto-dovere di intervenire per tutelare i diritti di cittadini italiani e per fornire loro l'assistenza necessaria, ma anche i diritti fondamentali delle stesse vittime, garantiti dalla nostra Carta Costituzionale e da norme internazionali riconosciute dal nostro ordinamento giuridico, come il diritto alla vita, alla libertà personale, il diritto di associazione,...» (ragioni per le quali la Presidenza del Consiglio dei Ministri si era costituita parte civile in tale processo).

Sotto tale profilo si manifesta, a nostro avviso, *l'aspetto più originale del ragionamento della Suprema Corte*, che valorizza il significato dell'art. 8 c.p., già in ordine all'accezione oggettiva del «delitto politico», evidenziandone il

(10) NUVOLONE, *Delitto politico*, cit., p. 179; MAZZACUVA, *Commento all'art. 26 della Costituzione*, cit., p. 343.

(11) CASSESE, *Commento all'art. 10*, cit., p. 553.

(12) In particolare la Corte fa leva sull'idea che, tra il recepimento di norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, figurino anche quelle della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e del cittadino, firmata a Roma il 4/11/1950 e ratificata con L. 848/1955.

ruolo di moderna «risorsa» giuridica nell'attuale contesto di sempre più intensi rapporti e scambi internazionali posti in essere dai cittadini italiani, in relazione alla loro presenza, occasionale o stabile, in stati stranieri.

In realtà, le questioni problematiche derivanti dalla lata delineazione del delitto politico accolta dal Codice Rocco, come intuisce la maggioranza della dottrina, riguardano il temperamento delle ricordate – ed originarie – esigenze di «difesa» dell'interesse dello Stato con le diverse – ma attuali – esigenze a tutela di altri e fondamentali valori protetti sia dall'attuale ordinamento giuridico dello Stato italiano, sia dalla maggioranza degli altri (moderni) ordinamenti giuridici.

Da un lato, infatti, il più intenso adeguamento della repressione di fatti lesivi di interessi politici dello Stato va calibrato nell'ambito di un sistema democratico e pluralista, quale quello nazionale italiano attuale (13).

Dall'altro, la centralità di alcuni valori fondamentali, lesi da condotte motivate da intenti politici (appunto la vita e le libertà fondamentali dell'individuo) e riconosciuti dalla comunità giuridica internazionale, comporta (o dovrebbe comportare) che il sistema delle nazioni (o i suoi membri meno chiusi nel loro interesse particolare) difficilmente potrà continuare a sopportare restrizioni alla universale perseguibilità di quelle condotte, e dunque *in primis*, restrizioni all'utilizzo dello strumento dell'estradizione (14).

Ecco, quindi, che la portata dell'**art. 8 del c.p.** va, pertanto, necessariamente misurata e valutata in stretto raffronto con ***i temi fondamentali ed attualissimi del diritto penale internazionale***.

In proposito, anzi, devono essere sottolineate indicazioni che, con puntuale evidenza ispirate alle drammatiche vicende dei «*desaparecidos*», sono contenute nello ***Statuto di Roma della Corte penale internazionale, adottato da 120 Stati in seno alla conferenza diplomatica delle Nazioni Unite a Roma, il 17 luglio 1998, e ratificato dall'Italia con la legge n. 232 del 1999*** (15).

Particolare attenzione, soprattutto, merita ***l'articolo 7 dello Statuto***, il quale elenca e definisce i delitti facenti parte dei «***crimini contro l'umanità***», in rapporto ai quali, e tra gli altri (16), la Corte ha una propria competenza.

Infatti, la disposizione (con impressionante, fotografica descrizione delle tragiche vicende dei «*desaparecidos*») indica tra gli atti rilevanti come «cri-

(13) Sul problema della legittimazione del diritto penale politico cfr. PULITANÒ, voce *Delitto politico*, cit., p. 359.

(14) CIANCIO, *Reato politico e limiti costituzionali all'estradizione*, cit., pp. 278 e ss.

(15) Entrato in vigore il 1 luglio 2002, lo Statuto, per la parte che concerne l'Italia, è in attesa delle norme interne di adeguamento, necessarie per l'effettivo funzionamento della Corte penale internazionale.

(16) I crimini per i quali la Corte ha la competenza sono, secondo l'articolo 5 dello Statuto: crimini di genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra, crimini di aggressione (per quanto in ordine a quest'ultimo il comma secondo della stessa norma stabilisca che la Corte eserciterà il proprio potere giurisdizionale su quel crimine successivamente all'adozione, in conformità agli articoli 121 e 123, della disposizione che definirà tale crimine, e che tale norma dovrà essere compatibile con le disposizioni in materia della Carta delle Nazioni Unite).

mini contro l'umanità», «se commessi nell'ambito di un esteso o sistematico attacco contro popolazioni civili, e con la consapevolezza dell'attacco», *la sparizione forzata delle persone* (lettera i). Il comma secondo della stessa norma, invero, definisce tale condotta come «l'arresto, la detenzione o il rapimento delle persone da parte o con l'autorizzazione, il supporto o l'acquiescenza di uno Stato o organizzazione politica, che in seguito rifiutino di riconoscere la privazione della libertà o di dare informazioni sulla sorte di tali persone o sul luogo ove le stesse si trovano, nell'intento di sottrarle alla protezione della legge per un prolungato periodo di tempo».

Tali disposizioni vanno evidentemente lette nell'ambito del *quadro generale dello Statuto e delle regole fondamentali di funzionamento della Corte penale internazionale*.

In particolare, è innanzitutto molto significativo che la Corte, ai sensi dell'**articolo 1 dello Statuto** e in rapporto ai crimini di sua competenza, può esercitare il suo potere giurisdizionale direttamente sulle persone fisiche. Naturalmente, tale principio viene contemperato da quello di «sussidiarietà», indicato subito dopo dallo stesso articolo 1, secondo il quale la Corte è «complementare alle giurisdizioni penali nazionali». Ciò che tuttavia è massimamente rilevante è la determinazione della giurisdizione e delle modalità di intervento della Corte.

A tal proposito significativi sono gli *articoli 12 e 13, rispettivamente relativi alla competenza della Corte e alle condizioni di procedibilità*.

Secondo la prima norma, infatti, la Corte può esercitare il proprio potere giurisdizionale se, tra gli Stati parti dello Statuto o tra quelli che hanno accettato la competenza della Corte (17), vi è lo Stato nel cui territorio hanno avuto luogo l'atto o l'omissione in oggetto (o, se il crimine è stato commesso a bordo di una nave o di un aeromobile, lo Stato della bandiera o di immatricolazione di tale nave o aeromobile) oppure, e dunque in alternativa, vi è lo Stato del quale la persona accusata ha la nazionalità.

Quanto poi alle condizioni di procedibilità, l'art. 13 prevede: la segnalazione di uno Stato parte al Procuratore di una situazione nella quale uno o più crimini appaiono commessi; la medesima segnalazione del Consiglio di Sicurezza al Procuratore, nell'ambito delle azioni previste dal capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite; oppure, ancora, l'apertura di un'indagine da parte dello stesso Procuratore. Tale disciplina si completa per la verità, specie per dirimere le controversie in ordine all'interferenza con le giurisdizioni nazionali, con *l'art. 17 dello Statuto* (18).

È evidente, dunque, che il sistema delineato dal predetto Statuto, una volta che siano superate le difficoltà pratiche inerenti all'adeguamento delle

(17) Secondo il terzo comma (paragrafo) dell'art. 12, se è necessaria, a norma delle disposizioni del paragrafo 2, l'accettazione di uno Stato non parte del presente Statuto, tale Stato può con dichiarazione depositata in cancelleria, accettare la competenza della Corte sul crimine di cui trattasi.

(18) In particolare, stabilisce il comma primo dell'art. 17: «Con riferimento al decimo comma del preambolo ed all'articolo primo del presente Statuto, la Corte dichiara improcedibile il caso

normative interne, è destinato ad incidere significativamente su quei reati di massima gravità, rispetto ai quali le eventuali limitazioni fraposte dalle giurisdizioni nazionali necessitano, evidentemente, di adeguati (e quanto mai auspicabili!) ripensamenti da parte degli stati aderenti.

In questo contesto, allora, va misurata anche la capacità espansiva delle disposizioni dell'art. 8 del nostro codice penale, con riferimento, appunto, ai riflessi che la norma – per quanto riguarda la nostra Nazione – può avere sul piano della collaborazione internazionale contro il crimine, in particolare contro i «crimini contro l'umanità», oggetto ancora oggi di dichiarazioni di intenti che, però, tali restano in molti casi, senza approdare alla realizzazione condivisa di un concreto strumento normativo di sicura efficacia internazionale.

*Avv. Giovanni Pietro de Figueiredo
Dott.ssa Enrica Villani*

Corte di Cassazione penale, sezione prima, sentenza 28 aprile – 17 maggio 2004 n. 23181 – Pres. R. Teresi – P.G. M. Fraticelli – Ricorso proposto da: Suarez Mason Carlos Guillermo n. il 24 gennaio 1924; parti civili: Regione Emilia Romagna; Cisl-Uil; Regione Marche; Regione Piemonte; Provincia Oristano; Regione Autonoma della Sardegna (avv. dello Stato G. de Figueiredo), avverso sentenza del 17 marzo 2003 Corte Assise Appello di Roma.

«(Omissis) «*Svolgimento del processo.* – Il presente processo riguarda vari delitti (omicidi volontari, sequestri di persona, lesioni ed altro) commessi in danno di cittadini italiani residenti in Argentina a partire dal 24 marzo 1976, data in cui il potere militare instaurò la dittatura sotto il comando del generale dell'esercito Jorge Videla. A seguito di lunghe e laboriose indagini in relazione alla vicenda dei «*desaparecidos*», tali delitti, meglio specificati nei capi di imputazione, furono contestati a soggetti facenti parte all'epoca degli alti gradi dell'organico della pubblica amministrazione argentina, i quali, pur avendo concorso in vario modo nella commissione dei suddetti delitti, non erano stati giudicati dall'autorità giudiziaria di quello Stato.

Per la parte che ancora interessa in questa sede, con sentenza 17 marzo 2003 la Corte di Assise di Appello di Roma confermava la sentenza 06 dicembre 2000 della Corte di Assise di Roma, con la quale Suarez Mason Carlos Guillermo (giudicato insieme ad altri imputati non ricorrenti) era stato condannato alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno per la durata di anni tre, oltre al risarcimento dei danni a favore delle costituite parti civili, siccome ritenuto colpevole, nella sua qualità di comandante del primo corpo dell'esercito argentino e di responsabile della zona prima di Buenos Aires, dei delitti di omicidio aggravato di Laura Estela Carlotto, Norberto Mio Morresi, Pedro Luis Mazzocchi, Luis Alberto Fabbri, Daniel Jesus Ciuffo, nonché del delitto di sequestro del neonato Guido Carlotto, tutti fatti commessi in Argentina tra il 1976 ed il 1978.

Preliminarmente la Corte territoriale disattendeva varie eccezioni sollevate dalla difesa di Suarez Mason.

se: a) sullo stesso sono in corso di svolgimento indagini o provvedimenti penali condotti da uno Stato che ha su di esso giurisdizione, a meno che tale Stato non intenda iniziare le indagini ovvero non abbia la capacità di svolgerle correttamente o di intentare un procedimento; b) lo stesso è stato oggetto di indagini condotte da uno Stato che ha su di esso giurisdizione e tale Stato ha deciso di non procedere nei confronti della persona interessata, a meno che la decisione non costituisca il risultato del rifiuto o dell'incapacità dello Stato di procedere correttamente; c) che la persona interessata è già stata giudicata per la condotta oggetto della denuncia e non può essere giudicata dalla Corte a norma dell'art 20, paragrafo 3; d) il fatto non è di gravità sufficiente da giustificare ulteriori azioni da parte della Corte».

In particolare, quanto alla eccezione relativa alla non corretta instaurazione del rapporto processuale, la Corte riteneva che giustamente nel giudizio di primo grado l'imputato era stato dichiarato assente, in quanto lo stesso, a seguito della richiesta di assistenza giudiziaria, aveva dichiarato al Giudice Federale argentino che non intendeva comparire davanti all'autorità giudiziaria italiana, volendo prima dimostrare la propria innocenza in ordine ai reati di sottrazione dei minori contestatigli in Argentina e solo successivamente valutare la possibilità di presentarsi davanti all'autorità giudiziaria italiana.

Quanto alla eccezione relativa al difetto di procedibilità, la Corte territoriale, dopo aver precisato che non vi era prova che l'imputato fosse stato giudicato per gli stessi reati in Argentina, osservava da un lato che la richiesta di procedimento era pienamente valida ed efficace, in quanto avanzata dal Ministro della Giustizia in data 21 gennaio 1983 e confermata con nota ministeriale in data 08 agosto 1996 nell'ambito dello stesso procedimento, dall'altro che i delitti, tutti commessi in danno di cittadini italiani residenti all'estero, dovevano considerarsi politici, in quanto lesivi del diritto primario alla vita e comunque diretti a contrastare idee e tendenze politiche e sociali proprie delle vittime.

Nel merito la Corte riteneva provata la responsabilità dell'imputato sulla base di numerose testimonianze e di atti processuali provenienti da processi celebrati in Argentina, dei quali se ne omette l'illustrazione, trattandosi di materiale probatorio non oggetto dei motivi di ricorso.

Avverso la predetta sentenza ha proposto ricorso il difensore dell'imputato Suarez Mason, che ne ha chiesto l'annullamento per i seguenti motivi.

Con il primo motivo si deduce la violazione di legge in relazione alla ritenuta costituzione del rapporto processuale sul rilievo che la Corte territoriale non aveva considerato che l'imputato non si era rifiutato di presenziare al dibattimento, essendosi limitato a dichiarare di voler rinviare la sua partecipazione al giudizio all'esito del processo pendente nei suoi confronti in Argentina per il quale si trovava ristretto agli arresti domiciliari.

Con il secondo motivo si deduce la violazione dell'art. 8 c.p. sul rilievo che i delitti non potevano essere considerati politici, in quanto non risultava che le persone offese nel presente processo fossero state perseguitate a causa delle loro origini italiane o della loro appartenenza a partiti politici italiani o sindacati italiani. Pertanto, non ricorrendo la lesione di un interesse politico dello Stato italiano o di un diritto politico del cittadino italiano, doveva ritenersi carente la condizione di procedibilità prevista dall'art. 8 c.p.. Si deduce inoltre che la richiesta del Ministro doveva considerarsi da un lato generica, in quanto diretta nei confronti di soggetti non individuati, dall'altro tardiva, in quanto avanzata solo in data 21 gennaio 1983, mentre i fatti relativi ai «*desaparecidos*» erano stati portati a conoscenza dell'opinione pubblica a mezzo stampa sin dall'estate del 1982. Si deduce infine che la richiesta del Ministro non poteva considerarsi ancora valida ed efficace in relazione al nuovo procedimento instaurato a seguito della denuncia-querela presentata dalle attuali parti offese, in quanto detto procedimento si riferiva a fatti nuovi e diversi per i quali in precedenza non erano state svolte indagini, mentre il precedente procedimento, cui si riferiva la richiesta del Ministro, era stato archiviato.

Con il terzo motivo si deduce la violazione dell'art. 11, comma 2, c.p. sul rilievo che la Corte di merito non aveva considerato che per gli stessi delitti il ricorrente era stato già giudicato in Argentina, di guisa che, ai fini della procedibilità, era necessaria la richiesta del Ministro ai sensi dell'art. 11, comma 2, c.p..

Motivi della decisione. Il ricorso non merita accoglimento.

Manifestamente infondato deve ritenersi il primo motivo relativo alla mancata costituzione del rapporto processuale.

Invero risulta dalla sentenza impugnata che il ricorrente, all'epoca ristretto agli arresti domiciliari in Argentina, a seguito di richiesta di assistenza giudiziaria, fu interpellato dal Giudice Federale argentino se intendesse essere presente in giudizio. In tale occasione il ricorrente rispose che non intendeva comparire davanti all'autorità giudiziaria italiana, riservandosi di valutare la possibilità di presentarsi in giudizio solo dopo aver dimostrato la propria innocenza in altro processo pendente davanti all'autorità giudiziaria argentina. Non vi è dubbio che tale comportamento, come giustamente affermato dalla Corte di merito, era indicativo di una inequivoca volontà del ricorrente di non presenziare all'udienza o, quanto-

meno, era espressione di una volontà che per «*facta concludentia*» non poteva che essere interpretata in tal senso. Pertanto, poiché nel caso di specie, a fronte del suo rifiuto a presenziare all'udienza, l'imputato è stato dichiarato assente, deve ritenersi che il rapporto processuale sia stato validamente instaurato.

Infondato deve ritenersi il secondo motivo diretto a contestare la natura politica dei delitti in esame.

Va premesso che, secondo l'elaborazione giurisprudenziale relativa al terzo comma dell'art. 8 c.p., sono delitti oggettivamente politici quelli diretti ad offendere un interesse politico dello Stato o un diritto politico del cittadino, mentre sono soggettivamente politici quelli comuni, determinati in tutto o in parte, da motivi politici. Nel delitto oggettivamente politico è rilevante solo la natura del bene giuridico offeso, mentre per la sussistenza del delitto comune soggettivamente politico è necessario che ricorra un movente di natura politica nel senso che l'agente sia stato spinto a delinquere al fine di poter incidere sulla esistenza, costituzione e funzionamento dello Stato ovvero favorire o contrastare idee o tendenze politiche proprie dello Stato o offendere un diritto politico del cittadino. Né può ritenersi sufficiente ad escludere la natura politica del delitto comune la circostanza che il delitto sia stato commesso per motivi in parte o non prevalentemente politici, atteso il tenore letterale dell'ultima parte del terzo comma dell'art. 8 c.p., che equipara il delitto politico al delitto comune determinato «in tutto o in parte» da motivi politici.

Cio' premesso non può che condividersi la conclusione cui sono pervenuti i giudici di merito circa la natura politica, sia oggettiva che soggettiva, dei delitti in esame, tanto più che la definizione di delitto politico data dall'art. 8 c.p. va letta alla luce dell'art. 10 della Cost. secondo cui «l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute». E tra tali norme va ricordata la convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata con legge n. 848 del 1955, che obbliga gli Stati contraenti al rispetto di alcuni diritti fondamentali nei confronti di ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione, quali il diritto alla vita, il diritto alla libertà personale, il diritto ad un processo equo, il diritto a non essere sottoposto a tortura, ecc..

Orbene nel caso di specie i delitti – tutti di eccezionale gravità come risulta dalla motivazione della sentenza impugnata, della quale non viene illustrato il merito, in quanto non contestato con i motivi di ricorso – furono commessi in danno di cittadini italiani residenti in Argentina non in circostanze occasionali, ma in esecuzione di un preciso piano criminoso diretto alla eliminazione fisica degli oppositori al regime senza il rispetto di alcuna garanzia processuale e al solo scopo di contrastare idee e tendenze politiche delle vittime, in quanto iscritte a sindacati, partiti politici o ad associazioni universitarie. Pertanto tali delitti non solo offendevano un interesse politico dello Stato italiano, che aveva il diritto e il dovere di intervenire per tutelare i diritti di cittadini italiani e per fornire loro l'assistenza necessaria, ma anche i diritti fondamentali delle stesse vittime, garantiti dalla nostra Carta Costituzionale e da norme internazionali recepite nel nostro ordinamento giuridico, come il diritto alla vita, il diritto alla libertà personale, il diritto di associazione, il diritto di manifestare le proprie idee, ecc..

Ne' può ritenersi fondato il motivo relativo alla genericità o alla tardività della richiesta di procedimento. Infatti nella stessa richiesta ministeriale del 21 gennaio 1983 viene fatto esplicito riferimento alla vicenda dei «*desaparecidos*» di nazionalità italiana con sufficienti indicazioni sia delle persone offese, sia delle condizioni di tempo e di luogo in relazione ai delitti commessi in danno delle stesse.

D'altra parte la richiesta non poteva che essere generica in relazione ai soggetti da sottoporre a indagini, in quanto all'epoca non erano note le persone che si erano macchiate di tali gravi delitti. Per tale ragione deve essere senz'altro disatteso anche l'ulteriore motivo relativo alla tardività della richiesta, in quanto inizialmente i fatti erano tutti da accertare sia sotto il profilo della loro eccezionale gravità, sia in relazione ai soggetti cui dovevano essere attribuiti.

Ne' la richiesta del Ministro può considerarsi inefficace o invalida in relazione ai fatti oggetto del presente processo. Infatti – a parte la considerazione che la richiesta di procedimento *ex art. 8 c.p.*, costituendo espressione di una scelta discrezionale di natura politica, è

un atto irrevocabile per espressa previsione di legge (art. 129 c.p.) – va rilevato che sul punto la Corte territoriale ha svolto una esauriente e condivisibile motivazione, chiarendo che nel caso di specie non si trattava di distinti procedimenti, bensì di un unico procedimento, nel corso del quale in un primo momento erano state svolte indagini che si erano concluse con l'archiviazione per essere rimasti ignoti gli autori dei delitti, mentre nella fase successiva, a seguito di istanze-querelle presentate dalle parti offese, le indagini erano sfociate nel rinvio a giudizio del ricorrente (e di altri imputati non ricorrenti).

Né può ritenersi che la richiesta di procedimento abbia perso efficacia o validità a seguito del decreto di archiviazione emesso *ex art.* 415 c.p.p.. Infatti la riapertura delle indagini non ha comportato, come sostenuto dal ricorrente, l'instaurazione di un nuovo procedimento, bensì la prosecuzione del procedimento già esistente per il quale la richiesta era stata ritualmente avanzata dal Ministro in data 21 gennaio 1983 e confermata in data 8 agosto 1996, di guisa che, trattandosi di richiesta irrevocabile ai sensi dell'art. 129 c.p., non vi era necessità di una nuova richiesta di procedimento.

D'altra parte, a conferma che si tratta dello stesso procedimento, milita l'ulteriore circostanza che, alla luce del prevalente indirizzo giurisprudenziale, non è richiesta l'autorizzazione del G.I.P. alla riapertura delle indagini dopo il provvedimento di archiviazione disposto per essere rimasti ignoti gli autori del reato. Infatti l'archiviazione degli atti prevista dall'art. 415 c.p.p. costituisce ipotesi diversa da quella prevista dall'art. 414 c.p.p., che disciplina l'archiviazione nei confronti di soggetti noti. Pertanto deve ritenersi che non ricorre alcuna preclusione processuale alla ripresa delle indagini quando emergano elementi indiziari a carico di soggetti determinati, attesa la diversità funzionale dei due istituti e gli scopi perseguiti dalle due norme. Infatti l'archiviazione disposta nei confronti di soggetti noti – che deve essere richiesta in un termine determinato dalla legge decorrente dalla data di iscrizione del soggetto noto nel registro degli indagati – è diretta a garantire la posizione di persona già individuata sottoposta alle indagini, mentre l'archiviazione disposta per essere rimasto ignoto l'autore del fatto non assolve alcuna funzione di garanzia per l'ovvio motivo che in tal caso manca il titolare della posizione da garantire (Cass. sez. 1^a n. 17900 del 25 marzo 2002, *rv.* 221.705; Cass. sez. 1^a n. 9539/1999, *rv.* 215.135; Cass. sez. 5^a n. 7567/1999, *rv.* 213.625).

Infine manifestamente infondato deve ritenersi il terzo motivo relativo alla violazione dell'art. 11, comma 2, c.p.. Invero, alla luce di un consolidato indirizzo giurisprudenziale, l'imputato che eccepisca l'esistenza di precedente giudicato ha l'obbligo di fornire la prova di quanto affermato, producendo o, quantomeno, indicando esattamente gli estremi del precedente giudicato, onde consentire al giudice di stabilire con certezza se il fatto per cui si procede sia lo stesso e se la decisione precedente sia irrevocabile. Orbene, come giustamente evidenziato dalla Corte territoriale, nel caso di specie il ricorrente non ha prodotto alcun provvedimento di natura giurisdizionale, suscettibile di divenire irrevocabile ai sensi dell'art. 649 c.p.p., dal quale risulti che sia stata accertata la sua responsabilità o, quantomeno, sia stata dichiarata l'improcedibilità dell'azione penale per i delitti specifici oggetto del presente processo. Né tantomeno risulta che questi specifici fatti fossero noti e individuati al momento della concessione di eventuali provvedimenti di natura indulgenziale, dei quali ne è stata affermata solo l'esistenza senza procedere alla relativa produzione. Ne consegue che, mancando la prova che in Argentina il ricorrente fosse stato giudicato per gli stessi delitti o avesse beneficiato di provvedimenti di indulto, grazia o amnistia in relazione ai fatti specifici oggetto del presente processo, ai fini della procedibilità non era necessaria la richiesta del Ministro ai sensi dell'art. 11, comma 2, c.p..

Pertanto, non ravvisandosi vizi logico-giuridici della motivazione, il ricorso deve essere rigettato con la conseguente condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali *ex art.* 616 c.p.p., nonché alla rifusione delle spese sostenute dalle costituite parti civili, che si liquidano come in dispositivo.

P.T.M. La Corte Suprema di Cassazione rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali, nonché alla rifusione di quelle sostenute dalle parti civili (*omissis*)».

Dossier

Opposizione tardiva; opposizione intempestiva a seguito di nullità della notifica del decreto ingiuntivo

(Corte Suprema di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 3 marzo – 12 maggio 2005, n. 9938)

Le notificazioni alle Amministrazioni vanno, come noto, eseguite presso l'Avvocatura dello Stato competente, a pena di nullità (art. 11, R.D. n. 1611/1933).

Il coordinamento di questa disposizione con l'art. 650 c.p.c., in tema di opposizione tardiva a decreto ingiuntivo, è stato oggetto di un recente intervento delle SS.UU. della Cassazione; ove, infatti, la notifica del decreto ingiuntivo sia irregolare, e costituisce ormai massima tralattizia che tutte le ipotesi di invalidità siano ricomprese nell'irregolarità esulandone solo le ipotesi di inesistenza, l'intimato potrà essere ammesso al rimedio dell'opposizione tardiva.

Ammissione, tuttavia, condizionata allo svolgimento di una deliberazione nella quale l'intimato dovrà provare che l'irregolarità della notifica ha determinato la non tempestiva conoscenza del provvedimento di ingiunzione.

Presupposti per l'ammissione all'opposizione tardiva, oggetto della deliberazione giudiziale, sono, quindi, l'irregolarità della notifica (condotta), la non tempestività della conoscenza (evento) legati da nesso di causalità; su tali elementi si articola, correlativamente, il tema probatorio che dovrà essere svolto dall'intimato medesimo.

Il dirimendo contrasto, secondo le Sezioni Unite, consisterebbe nella possibilità di ritenere che la notifica nulla implichi conoscenza non tempestiva dello stesso decreto, legittimando l'opposizione «senza bisogno di altra prova» da parte dell'ingiunto.

Prospetta, del quesito, soluzione positiva un primo orientamento, posto che il vizio della notifica per essere stato il provvedimento notificato all'Ufficio in luogo dell'Avvocatura domiciliataria *ex lege*, facendo «presumere sia la mancata conoscenza del decreto che la ricollegabilità dello stesso al vizio di notifica» (Cass., 10 gennaio 1996, n. 147), implicherebbe «la dimostrazione dell'ovvio collegamento e del nesso di causalità fra tardiva conoscenza del decreto ingiuntivo e vizio della notificazione» (Cass., 27 gennaio 1995, n. 992).

Altra giurisprudenza, al contrario, non solo esclude la configurabilità di un nesso di necessaria consequenzialità tra vizio di notifica e conoscenza non tempestiva ma sottolinea la circostanza per cui non ogni conoscenza tardivamente acquisita a seguito del vizio di notifica sarebbe anche non tempestiva (Cass., 28 dicembre 1995, n. 13132).

Tale, restrittivo, indirizzo interpretativo è stato accolto dalle Sezioni Unite secondo le quali l'ammissibilità dell'opposizione tardiva è subordinata alla circostanza che l'ingiunto abbia avuto conoscenza intempestiva e non semplicemente tardiva del decreto ingiuntivo, sicché incomberebbe sull'ingiunto l'onere di provare, ai fini dell'ammissione al mezzo, «la mancata cono-

scenza del provvedimento monitorio come effetto di irregolarità della notifica ma anche della non tempestività della conoscenza stessa ossia dell'aver egli acquisito cognizione del decreto solo quando non era più in grado di proporre opposizione tempestiva».

Exemplum gerendum: il creditore, ottenuto dal Tribunale di Milano decreto ingiuntivo nei confronti dell'Università di Palermo, lo notificò, non all'Avvocatura distrettuale competente (Milano), cui l'atto andava notificato a pena di nullità, ma direttamente all'Ente debitore (1).

Notifica nulla, e, visti i «tempi tecnici» con i quali circolano informazioni ed atti nel *network* delle Pubbliche Amministrazioni, l'Amministrazione chiede di essere ammessa al rimedio dell'opposizione tardiva allegando il vizio di notifica.

Il creditore, ora, potrà eccepire, ed il giudice dichiarare, l'inammissibilità della tardiva opposizione, non avendo l'intimato provato che il tempo rimasto a disposizione fosse insufficiente per approntare adeguata tutela.

Il creditore, dunque, ottenuto senza contraddittorio provvedimento esecutivo, il cui accertamento ha attitudine ad acquisire stabilità di giudicato ove non opposto, potrebbe pretestuosamente notificare il provvedimento all'Amministrazione in luogo della difesa erariale, precostituendosi un'eccezione assorbente.

Eccezione, per altro, presumibilmente vincente, attesa la gravosità dell'onere, in tal modo, incumbente sull'ingiunto. L'intimato sarebbe, infatti, tenuto a dimostrare, non solo che l'intimato non ha debitamente notificato il decreto monitorio e che, per l'effetto egli non ha potuto disporre del termine legale per difendersi, ma anche l'insufficienza del termine – già, di fatto, ridotto – per ad articolare difese adeguate: in ciò consiste la intempestività dell'acquisita cognizione.

A ben vedere siamo alle soglie di una «responsabilità per fatto altrui», posto che si fa dipendere la tutela giurisdizionale dei propri diritti soggettivi dalla irregolarità della condotta altrui.

Il costume, tutto italico, di decidere le liti invocando massime giurisprudenziali, unitamente alla «vischiosità» di una massima ricavata da un pronunciamento a sezioni unite, in quanto normalmente maggiormente stabile e seguita, non fanno che aggravare un quadro che desta, nella fattispecie, preoccupazione per le prevedibili, ed in parte prospettate, conseguenze. Preoccupazione non attenuata dalla circostanza che l'effettiva *ratio decidendi* della sentenza in commento abbia contenuto ben diverso dalla massima.

Si rende, quindi, auspicabile un intervento del legislatore, malgrado tali questioni trovino da secoli, *interpretatione prudentium*, adeguata soluzione.

Posto, dunque, il rilievo che il rapporto tra l'art. 650 c.p.c. e l'art. 11 R.D. n. 1611/1933 occupano nella soluzione della questione, pare opportuno esaminarne brevemente i connotati peculiari, onde desumere l'assetto disciplinatorio maggiormente congruo.

(1) Caso tratto da Cass., 10 gennaio 1996 n. 147.

Difesa erariale e domiciliazione legale presso l'Avvocatura dello Stato.

L'art. 11 R.D., come detto, prescrive che «le notifiche degli atti giudiziari devono essere fatte presso la competente Avvocatura dello Stato a pena di nullità da pronunciarsi anche d'ufficio».

Disposizione questa, strumentale al corretto svolgimento delle attribuzioni e delle potestà della Avvocatura medesima, la quale, ben diversamente da un privato patrocinatore, «dirige le Amministrazioni quando si tratti di promuovere, contestare, abbandonare giudizi» (art. 13 testo unico Avv. Stato); in concreto, quindi, la domiciliazione legale dell'Ufficio presso l'Avvocatura è funzionale all'esercizio di una potestà decisionale dell'Avvocatura stessa circa la definizione della complessiva strategia processuale.

In effetti, malgrado la situazione giuridica tutelanda pertenga all'Amministrazione, è l'organo tecnico, deputato alla sua tutela, che decide come tutelarla, e, quindi, anche se tutelarla promovendo, resistendo o coltivando la lite (2).

La notifica – doverosa – dell'atto all'Avvocatura pare, sotto questo profilo, proprio per il suo carattere strumentale all'esercizio di una potestà istituzionale dell'Avvocatura, eterogenea rispetto alla notifica presso il procuratore eletto dalla parte privata; eterogeneità asseverata dalla nota preminenza della notifica a mani proprie, che rimane valida ed efficace pur in presenza dell'elezione di domicilio (arg. ex art. 139 e 141 c.p.c.).

Paradossalmente, e, per usare una categoria di matrice giurisprudenziale, la fattispecie delineata dall'art. 11 R.D. *cit.* pare approssimarsi maggiormente ad una ipotesi di notifica inesistente, in quanto eseguita presso un soggetto sostanzialmente estraneo alla vicenda processuale; né, d'altra parte, pare un caso che la disposizione citata, prima dell'intervento amputatorio della Consulta, prevedesse l'insanabilità della comminata nullità della notifica (si allude a Corte Cost., n. 97/1967 che ha disposto per tale motivo l'incostituzionalità della norma *in parte qua*).

Se, infatti, «nel processo gli Avvocati dello Stato sono difensori di parte e nulla più» (3) essi non sono, del pari, burocrati in toga (4).

In vista dell'adempimento di una sì delicata funzione ben si comprende la comminatoria espressa di nullità, prevista dal citato art. 11, ove la notifica venga eseguita presso l'Amministrazione.

(2) Tale lo stato della normativa, malgrado la prassi deponga decisamente nel senso di una codicizione in ordine alla definizione della strategia processuale.

(3) P. CALAMANDREI, «*Gli Avvocati dello Stato e l'inamovibilità*», in *Foro It.*, 1943, III, 33.

(4) La scelta di politica del diritto, per quanto attiene alla difesa dello Stato in giudizio, è, infatti, stata nel senso del principio c.d. di *alterità* per cui non si conferisce *ius postulandi* ad un funzionario della stessa Amministrazione parte in giudizio. Scelta che se, da un lato, si evidenzia meno funzionale all'unità di indirizzo, meglio garantita dal rapporto gerarchico (in tal modo la gestione del contenzioso diverrebbe manifestazione e forma di proseguimento dell'attività amministrativa), dall'altro, la circostanza che l'Amministrazione non sia patrocinata dalle stesse persone che hanno emesso il provvedimento sembra garantire una maggiore imparzialità ed efficienza, evitando il manifestarsi di tendenze all'oltranzismo difensivo. Spunti in E. ZECCA, «*Rappresentanza e difesa in giudizio della Pubblica Amministrazione*», in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXVIII.

L'art. 650 c.p.c.: opposizione tardiva ed opposizione non tempestiva

Le sezioni unite hanno, come detto, scelto di seguire l'opzione interpretativa più restrittiva.

Se, in effetti, l'onere probatorio potrà essere adempiuto anche a mezzo di presunzioni – sul punto concordano anche le Sezioni Unite – non pare conforme al testo della disposizione ritenere che, nel caso di notifica del provvedimento monitorio all'Ufficio in luogo della difesa erariale, la prova della mancata conoscenza sia *in re ipsa*.

La prova e l'accertamento del nesso causale tra l'evento tipico – conoscenza intempestiva – e la condotta – notifica irregolare – non può ridursi alla mera descrizione della successione cronologica degli eventi, posto che ciò non costituisce prova della loro relazione causale (*post hoc propter hoc*).

Al limite è possibile affermare che risponde ad una massima d'esperienza, pur idonea a fondare un giudizio di derivazione causale ove corroborata da altri elementi, che l'avvenuta notifica del decreto monitorio all'Ufficio faccia «presumere sia la mancata conoscenza del decreto che la ricollegabilità della stessa al vizio di notifica» (Cass., 10 gennaio 1996, n. 147).

Per quanto attiene al principio di diritto enucleabile dalla sentenza, le sezioni Unite non sembrano recare proposizioni particolarmente innovative; incombe sull'intimato, secondo la S.C., l'onere di provare che l'irregolarità della notifica abbia determinato la non tempestività della conoscenza del decreto ingiuntivo.

Fondamento di questa proposizione, che, in realtà, altro non sembra se non una delle possibili interpretazioni letterali della disposizione dell'art. 650 *cit.*, posto che il sintagma «tempestiva conoscenza» costituisce copula del verbo «prova» (5), sarebbe la differenza tra conoscenza tardiva, ossia successiva al giorno da cui decorre il termine per fare opposizione al decreto *ex art.* 641 c.p.c., e conoscenza non tempestiva, acquisita quando «l'intimato non sia più in grado di proporre opposizione perché tale conoscenza è stata acquisita dopo la scadenza del termine, ovvero quando l'opposizione non poteva più essere predisposta in modo adeguato all'approfondimento e allo sviluppo delle proprie difese» (pp. 8-9).

Unicamente la conoscenza non tempestiva legittimerebbe l'opposizione tardiva.

La differenza tra conoscenza tardiva e conoscenza non tempestiva, a sommo avviso di chi scrive, oltre a non avere fondamento testuale e a non svolgere una funzione decisiva nell'economia della decisione, costituendo, in realtà, un gigantesco *obiter* (32 righe), pare carente anche sotto il profilo logico.

In effetti: la conoscenza del decreto ingiuntivo acquisita successivamente all'inizio del decorso del termine ma *nel* termine per proporre opposizione

(5) La non tempestiva conoscenza, in altri termini, farebbe parte del tema probatorio perché collocato dopo il predicato «prova»: provare è, in questo caso, predicato con funzione copulativa.

pare semplicemente irrilevante; ove, invece, l'intimato abbia conoscenza del provvedimento monitorio, per causa sostanzialmente imputabile al creditore (*scilicet*; vizio della notifica), un'interpretazione dell'art. 650 c.p.c. che conducesse ad una declaratoria di inammissibilità del mezzo non parrebbe brillare per la sua sintonia costituzionale con l'art. 24 Cost..

È probabilmente dalla valorizzazione del collegamento dell'art. 650 con l'art. 647 c.p.c., negletto dalla sentenza in commento, che passa l'esatta comprensione dei termini della questione.

Il sindacato giurisdizionale, dopo la rinnovazione *iussu iudicis* della citazione ex art. 647 c.p.c., ben si attaglia ai casi in cui l'aspirante opponente abbia avuto conoscenza dell'esistenza del decreto ingiuntivo nei pressi dello spirare del termine per esperire il rimedio a causa di un vizio anche tenue della notifica (e qui sta il significato di garanzia del riferimento alla irregolarità in luogo dell'invalidità *tout court*; per l'opponente, perché il provvedimento, emesso *inaudita altera parte*, deve essere portato a conoscenza della parte, appunto inaudita, nel rispetto rigoroso di tutte le forme prescritte ponendolo al riparo da contegni surrettizi e dilatori del creditore; ma anche per l'opposto, il quale sarà posto al riparo da eccezioni pretestuose dell'intimato circa la regolarità della notifica proprio per mezzo del sindacato giurisdizionale e dell'incombenza probatoria).

Costituisce insegnamento secolare, tramandato nell'esercizio della professione forense, quello per cui è necessario distinguere spesso (*distingue frequenter!* è monito che risuona a quanto pare almeno dai tempi di Triboniano) ma sempre nel rispetto dei principi fondamentali della logica (ἄξιωμα τῆς ἀντιφάσεως, o principio di non contraddizione, e di inutilità o, nella celeberrima versione del rasoio di Ockam, «*entia multiplicanda non sunt sine necessitate*»).

L'esercizio della logica è ciò che accomuna, anche nell'immaginario collettivo, l'avvocato con il diavolo – d'altra parte l'etimo della parola proveniente dal greco δια-βάλλω altro non indica se non l'atto del separare; ciò che è alla base del pensiero dualistico o razionale in opposizione al modello concettuale solistico – ma, in questo caso, sembrerebbe trattarsi di un esercizio inutile (6).

La differenza tra conoscenza tardiva e non tempestiva appare priva di un reale oggetto, esclusivamente rilevando, come pure riconoscono le sezioni unite, la possibilità o meno per l'intimato di proporre tempestiva opposizione.

(6) Rappresentazioni letterarie in cui il Diavolo è raffigurato come vera ipostasi della logica possono trarsi dalla Divina Commedia, Inferno XXVII, nella quale viene mirabilmente raffigurata la disputa tra il Diavolo e San Francesco circa l'anima di Guido da Montefeltro, autore in vita di un omicidio su mandato papale, ricevendo, per tale atto criminoso, assoluzione preventiva dal mandante (per altro, in chiaro conflitto d'interessi). Contesa che il maligno volge a proprio vantaggio grazie all'uso della logica: non si può insieme «*pentere e volere*» cosicché il diavolo vittorioso può affermare: «*tu non pensavi ch'io loico fossi*». Altro caso: Mefistofele, prese le sembianze di Faust, ad una giovane matricola in cerca di suggerimenti per il suo «piano degli studi» consiglia «anzitutto di iscriverti ad un corso di logica».

Nè pare, in effetti, che in questa distinzione risieda la effettiva *ratio decidendi*, ossia che si tratti di una distinzione effettivamente dirimente.

La Suprema Corte semplicemente sottolinea l'insufficienza della mera deduzione del vizio della notifica ai fini di cui all'art. 650 c.p.c..

Nulla di più, a ben vedere, di quanto non emerga dal testo della disposizione citata; dunque, in sostanza, *ratio* effettiva della statuizione in esame risiederebbe nel fatto che «nulla la parte opponente avrebbe dedotto nel giudizio di merito sulla non tempestiva conoscenza del decreto» (par. 2.6 II cpv. della sentenza).

Se, per effetto della notifica irregolare, la contrazione del termine a disposizione non è stata significativa perché comunque avvenuta nel termine per proporre opposizione essa pare sostanzialmente irrilevante, come trova probabilmente più corretta *sedes materiae* nel caso fortuito o forza maggiore l'ipotesi dell'intimato che acquisisca cognizione del provvedimento per invalidità della notifica una volta scaduto il termine.

Se, dunque, è possibile dolersi tanto del complessivo impianto argomentativo della sentenza, quanto della preterita valutazione della funzione dell'Avvocatura, tale pronuncia non dovrebbe, tuttavia, condurre ad una posizione peggiore per la difesa erariale, ove, semplicemente, venga dedotta la prova di quando il provvedimento con notifica irregolare sia stato trasmesso dall'Amministrazione all'Avvocatura, essendo il resto della fattispecie provabile a mezzo di presunzioni.

In altri termini; ciò che è parso essere il fondamento della decisione, indicato nel par. 2.6, II cpv. funge come una sorta di *caveat* per la difesa erariale: venga almeno provata la data di trasmissione del decreto all'Avvocatura, nulla di trascendentale insomma.

La funzione della sentenza emessa dalle sezioni unite dovrebbe essere quella di dirimere contrasti giurisprudenziali indicando la soluzione giuridicamente più corretta in relazione al caso della vita dedotto e, dunque, risolvere un dubbio teorico per risolvere una lite e, quindi, un dubbio pratico.

In realtà, da una esegesi pur sommaria dei precedenti, non solo delle massime, richiamati dalla motivazione non pare nemmeno sussistere un effettivo e sostanziale *casus belli*; difetta il presupposto per un pronunciamento a sezioni unite (le quali, comunque, ove pur esistente non lo avrebbero risolto con questa sentenza).

Si potrebbe dire, parafrasando Voltaire, che la Suprema Corte ha stupidamente unito ciò che nessuno aveva pensato di dividere, dimostrando verità che nessuno aveva mai pensato di contestare.

Nessuno dei precedenti non accolti aveva affermato che non dovesse essere provato almeno il momento dell'avvenuta trasmissione – dell'acquisita cognizione, quindi – del decreto all'Avvocatura competente da parte dell'Ufficio, destinatario della notifica irregolare:

Mentre proprio la sentenza n. 13132/1995, all'indirizzo interpretativo espresso dalla quale le Sezioni Unite dichiarano *ex professo* di aderire, pare aderente al caso di specie, posto che, anche in quel caso, la difesa erariale non aveva «nemmeno offerto di documentare quando la notizia [dell'avvenuta notifica all'Ufficio] fu trasmessa» dal che si sarebbe potuto inferire il

nesso di causalità tra mancata tempestiva conoscenza e difettosa notificazione; tale attività probatoria da un lato era stata offerta nel caso di cui alla sentenza n. 992/1995 mentre nel caso della sentenza n. 147/1996 la fattispecie all'esame della Corte prevedeva la competenza dell'Avvocatura distrettuale di Milano, mentre intimata ed obblata della notificazione era l'Università di Palermo con termini per fare opposizione, all'epoca, di venti giorni.

Dott. Stefano Rosati

Corte Suprema di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza 12 maggio 2005, n. 9938 – Pres. V. Carbone – Rel. E. Lupo – P.G. (conf.) D. Iannelli – Università di Palermo (cont. 15699/1995, Avv. dello Stato R. de Felice) c. Soc. (...).

Ove la notifica di un decreto ingiuntivo sia nulla (nella specie, perché effettuata agli uffici amministrativi di una Università anziché presso l'Avvocatura dello Stato) l'ingiunto, che intenda proporre opposizione tardiva, deve dimostrare anche la intempestività dell'acquisita cognizione del decreto per effetto di tale notifica nulla, tale intempestività risolvendosi nella inadeguatezza del tempo residuo per approntare le proprie difese entro i termini della opposizione ordinaria. (c.p.c. 650 – 647).

«(Omissis) Svolgimento del processo. Il Presidente del Tribunale di Velletri, in data 8 maggio 1995, in accoglimento del ricorso proposto dalla (...) S.r.l., emetteva decreto ingiuntivo contro l'Università degli studi di Palermo per il pagamento alla società ricorrente della somma di L. 14.089.719, oltre gli interessi e le spese processuali. Tale decreto era notificato nella sede della detta Università il 30 maggio 1995.

L'Università degli studi di Palermo, rappresentata dall'Avvocatura dello Stato, con atto di citazione notificato il 26 giugno 1995, proponeva opposizione tardiva avverso il decreto ingiuntivo.

Il Tribunale di Velletri, con sentenza depositata il 14 marzo 1998, dichiarava inammissibile detta opposizione, compensando tra le parti le spese processuali.

Proposto appello dall'Università degli studi di Palermo, la Corte di appello di Roma, con la sentenza depositata il 27 marzo 2000, ha confermato la pronuncia di primo grado, osservando che l'opposizione tardiva, a norma dell'art. 650 c.p.c., presuppone non soltanto la nullità della notifica del decreto ingiuntivo (nel caso di specie sussistente), ma anche che, per effetto di detta nullità, l'opponente dimostri di non avere avuto tempestiva conoscenza del decreto ingiuntivo, prova (quest'ultima) su cui nulla l'appellante aveva dedotto; ha, poi, compensato tra le parti le spese di lite.

Avverso la sentenza della Corte di appello di Roma l'Università degli studi di Palermo ha proposto ricorso per cassazione, deducendo tre motivi. La parte intimata non ha svolto attività difensiva. La Sezione III di questa Corte, al quale il ricorso è stato assegnato, ha, con ordinanza emanata nell'udienza del 7 aprile 2004, rilevato un contrasto interpretativo interno a questa Corte tra l'orientamento su cui si è fondata la sentenza impugnata e l'orientamento richiamato dalla parte ricorrente a sostegno del secondo motivo di ricorso ed ha perciò rimesso gli atti al Primo Presidente della Corte per l'eventuale assegnazione alle Sezioni unite. Tale assegnazione è stata poi disposta. La parte ricorrente ha presentato memoria a queste Sezioni unite.

Motivi della decisione. 1. – Con il primo motivo la parte ricorrente deduce «violazione e inesatta applicazione di norma di diritto (art. 644 c.p.c. in combinato disposto con l'art. 11 R.D. 30 ottobre 1933 n. 1611)», sostenendo che la notifica del ricorso per ingiunzione e del decreto ingiuntivo effettuata all'Università di Palermo, anziché all'Avvocatura dello Stato (come prescritto, a pena di nullità, dal citato art. 11), ha determinato l'inefficacia del decreto ingiuntivo per la mancanza di una valida notifica entro il termine di sessanta giorni previsto dall'art. 644.

Il motivo di ricorso è infondato perché l'invocato art. 644 c.p.c. non trova applicazione nella presente fattispecie.

Dall'art. 650 c.p.c. si desume che l'intimato è legittimato a fare opposizione al decreto ingiuntivo anche dopo scaduto il termine in esso fissato (opposizione tardiva) «se prova di

non averne avuta tempestiva conoscenza per irregolarità della notificazione». La giurisprudenza di questa Corte è pacifica nel ritenere che nell'espressione «irregolarità della notificazione» vadano incluse tutte le ipotesi di nullità della notifica del decreto ingiuntivo, mentre ne resta fuori solo l'ipotesi di inesistenza della stessa notifica. È sufficiente, in tal senso, richiamare la sentenza delle Sezioni unite di questa Corte 8 ottobre 1974, n. 2656, la quale ha affermato che nella previsione dell'art. 650 c.p.c. rientrano tutti i vizi che inficiano la notificazione e quindi anche la sua nullità, da qualsiasi causa determinata.

Pertanto, salva l'ipotesi di mancanza o di inesistenza giuridica della notificazione, la sola opposizione consentita per contrastare la legittimità e la validità del decreto stesso o la fondatezza della pretesa oggetto dell'ingiunzione, è quella tardiva regolata dal citato art. 650, assoggettata alle condizioni di ammissibilità da questo articolo indicate.

Successivamente la giurisprudenza di questa Corte è sempre rimasta ferma nell'intendere il concetto di irregolarità della notificazione, previsto dall'art. 650 c.p.c., come comprensivo della nullità, e nell'espungerne soltanto i casi di inesistenza: per limitarsi alle più recenti pronunzie v., *ex plurimis*, Sez. III, 1 giugno 2004 n. 10495, Sez. I, 26 luglio 2001 n. 10183, Sez. III, 1 settembre 2000 n. 11498, ove si rileva che la notificazione del decreto ingiuntivo comunque effettuata, anche se nulla, è pur sempre indice della volontà del creditore di avvalersi del decreto stesso, ed esclude, conseguentemente, ogni presunzione di abbandono del titolo, ciò che costituisce il fondamento della previsione di inefficacia di cui all'art. 644 c.p.c.

Nella memoria della parte ricorrente tale pacifico orientamento interpretativo viene criticato perché si sostiene che la nullità della notificazione non possa rientrare nella previsione dell'art. 650 di «irregolarità» della stessa notifica. Va in senso contrario osservato che, come si è detto, la notifica affetta da nullità non può essere parificata alla «mancata notificazione del decreto» prevista dall'art. 644 c.p.c. e che, nel sistema delineato dal detto codice, la nullità della notifica del decreto non può dare ingresso a rimedio diverso dalla opposizione tardiva disciplinata dall'art. 650 c.p.c. (v. *infra*, § 2.5).

D'altro canto l'interpretazione ampia che questa Corte ha dato alla nozione di «irregolarità della notificazione» (art. 650 c.p.c.) è uguale a quella espressa in relazione alla uguale formulazione dell'art. 668, primo comma, c.p.c., che prevede l'opposizione dopo la convalida dell'intimazione di licenza o di sfratto (Cass. 3 febbraio 1995, n. 1327).

Consegue che la disposizione dell'art. 644, invocata con il motivo di ricorso in esame, non trova applicazione nel caso in cui si sia avuta una notificazione nulla del decreto ingiuntivo. E la violazione dell'art. 11 del R.D. 30 ottobre 1933, per essere stata la notifica del decreto ingiuntivo effettuata all'Amministrazione, anziché all'Avvocatura dello Stato, comporta la nullità, e non l'inesistenza della stessa notifica, come è espressamente sancito dal terzo comma dell'art. 11 citato.

2. – Con il secondo motivo la parte ricorrente deduce «violazione o inesatta applicazione di norma di diritto (art. 650 c.p.c. in combinato disposto con l'art. 11 del R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611)», sostenendo che l'opposizione tardiva da essa proposta doveva essere ritenuta ammissibile perché «la prova della mancata tempestiva conoscenza del decreto ingiuntivo, in conseguenza del vizio della sua notificazione, è implicita nel caso in cui il decreto sia stato notificato direttamente all'Amministrazione anziché all'Avvocatura dello Stato domiciliataria ex art. 11 del R.D. n. 1611/1933», come è stato già affermato da questa Corte di legittimità con le sentenze della Sez. II, 27 gennaio 1995, n. 992 e della Sez. I, 10 gennaio 1996, n. 147, con orientamento disatteso dalla sentenza impugnata.

2.1. – Il motivo di ricorso pone la questione su cui sussiste il contrasto interpretativo interno a questa Corte per la cui soluzione la decisione del ricorso è stata rimessa a queste Sezioni unite.

2.2. – Va premesso che, secondo l'art. 650 c.p.c. (nella parte che qui interessa), «l'intimato può fare opposizione anche dopo scaduto il termine fissato nel decreto (*scil.*: ingiuntivo), se prova di non averne avuta tempestiva conoscenza per irregolarità della notificazione» (e quindi anche, come si è detto, per nullità della notifica). Il contrasto interpretativo rimesso a queste Sezioni unite concerne il caso in cui la parte intimata con il decreto ingiuntivo sia un'Amministrazione statale o comunque un'Amministrazione tenuta a stare in giudizio con il necessario patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, nel cui ufficio pertanto debba essere notificato il decreto ingiuntivo, a pena di nullità della stessa notifica (art. 11 del

R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611). Qualora la notifica del decreto avvenga invalidamente presso l'Amministrazione, e non presso l'Avvocatura dello Stato domiciliataria *ex lege*, si è posto il problema se tale notifica nulla implichi di per sé una conoscenza non tempestiva dello stesso decreto e quindi legittimi l'opposizione tardiva prevista dall'art. 650 c.p.c., senza bisogno di altra prova da parte dell'opponente.

Risposta positiva al quesito è stata data dalla Sez. II, 27 gennaio 1995, n. 992, secondo cui la prova della mancata tempestiva conoscenza del decreto ingiuntivo, come conseguenza del vizio della notificazione, è implicita nell'ipotesi in cui il decreto ingiuntivo sia stato notificato direttamente all'Amministrazione, anziché presso la competente Avvocatura dello Stato, domiciliataria *ex lege*, «in quanto tale fatto implica la dimostrazione dell'ovvio collegamento e del nesso di causalità fra tardiva conoscenza del decreto ingiuntivo e vizio della notificazione».

Siffatto orientamento interpretativo è stato richiamato e ribadito dalla Sez. I, 10 gennaio 1996 n. 147, secondo cui l'irregolarità della notifica del decreto ingiuntivo consistente nella sua esecuzione direttamente all'Amministrazione od agli Enti ad essa a tal fine equiparati, anziché agli stessi presso la competente Avvocatura dello Stato, «fa presumere sia la mancata conoscenza del decreto che la ricollegabilità della stessa al vizio di notifica» (con questa sentenza la Cassazione ha accolto il ricorso della stessa odierna ricorrente, l'Università degli studi di Palermo, avverso una pronuncia di inammissibilità di opposizione tardiva a decreto ingiuntivo in cui l'opponente si era limitato a dedurre la nullità della notifica del decreto effettuata presso la stessa Università, anziché presso l'Avvocatura dello Stato).

In senso opposto ha, invece, deciso la Sez. I con la sentenza 28 dicembre 1995, n. 13132, che ha confermato la pronuncia di inammissibilità di un'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo, respingendo il ricorso dell'Amministrazione statale con cui si sosteneva che la prova della mancata tempestiva conoscenza del decreto come conseguenza del vizio della sua notificazione era implicita nell'ipotesi in cui il decreto sia stato notificato all'Amministrazione, anziché all'Avvocatura dello Stato. Secondo Cass. n. 13132/1995 (che peraltro non fa menzione delle due sentenze in precedenza qui citate), l'art. 650 c.p.c. ricollega l'ammissibilità dell'opposizione tardiva non già al mero «ritardo» della conoscenza del decreto ingiuntivo, sebbene alla circostanza che l'ingiunto non abbia avuto «tempestiva conoscenza» dello stesso. Di conseguenza, ai fini dell'ammissibilità della opposizione tardiva l'ingiunto deve fornire la prova non solo della mancata conoscenza del provvedimento monitorio come effetto di una irregolarità della sua notifica, ma anche della «non tempestività» della conoscenza stessa, ossia dell'aver egli acquisito cognizione del decreto solo quando non era più in grado di proporre un'opposizione tempestiva.

Sulla questione va considerata anche la sentenza della Sez. III, 14 maggio 1990, n. 4143, la quale ha cassato una pronuncia di accoglimento di opposizione tardiva proposta da Amministrazione statale avverso decreto ingiuntivo notificato all'Amministrazione (anziché all'Avvocatura dello Stato), affermando che l'invalidità della notifica del decreto rende ammissibile l'opposizione tardiva soltanto se l'opponente fornisce la prova del nesso di causalità tra la detta nullità e la mancata conoscenza del decreto, e rilevando che tale punto non era stato esaminato dalla pronuncia di merito.

Tutti i precedenti qui esposti sono stati tenuti presenti dalla sentenza impugnata, che ha ritenuto di seguire l'orientamento espresso da Cass. n. 13132/1995, mentre il ricorso per cassazione è stato fondato sull'opposto orientamento affermato da Cass. n. 992/1995 e n. 147/1996.

2.3. – Queste Sezioni unite condividono l'orientamento espresso da Cass. n. 13132/1995 e seguito dalla sentenza impugnata.

L'art. 650 c.p.c., nella parte che qui rileva, pone come presupposti per l'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo non solo l'irregolarità della notificazione, ma altresì che tale irregolarità abbia causato all'intimato una conoscenza «non tempestiva» del decreto ingiuntivo.

La conoscenza non tempestiva non si identifica con quella semplicemente tardiva, e cioè con la conoscenza che sia successiva al giorno da cui decorre il termine per l'opposizione fissato dall'art. 641 c.p.c.

La tempestività della conoscenza va correlata non al *dies a quo* della decorrenza di detto termine, ma al *dies ad quem* dello stesso, e cioè al termine previsto per la proposizione della opposizione. Con riferimento ai soggetti diversi dall'Amministrazione statale (o a quest'ul-

tima equiparati in ordine alla domiciliazione presso l'Avvocatura dello Stato), questa Corte ha già affermato che la cognizione del decreto ingiuntivo nel giorno immediatamente successivo alla notificazione non impedisce all'ingiunto di predisporre le proprie difese nel termine di venti giorni previsto dall'art. 641 c.p.c. e non è idonea a legittimare l'opposizione tardiva di cui all'art. 650 c.p.c., in quanto l'impedimento della tempestiva conoscenza che giustifica questa opposizione deve essere tale da non consentire all'ingiunto, in relazione alle condizioni soggettive ed oggettive, particolarmente di tempo e di luogo, di predisporre le necessarie difese e proporre la conseguente opposizione, secondo la valutazione del giudice del merito (Cass. 28 aprile 1981 n. 2563). Non vi è alcuna ragione per dare al requisito della non tempestiva conoscenza (previsto dall'art. 650 c.p.c. per l'ammissibilità della opposizione tardiva) un significato diverso quando l'intimato sia un soggetto che abbia il domicilio legale presso l'Avvocatura dello Stato.

In altri termini, ciò che rileva, ai fini della applicazione dell'art. 650 c.p.c., è la possibilità o meno per l'intimato di proporre una tempestiva opposizione, e non invece la semplice riduzione del termine previsto per l'opposizione, che si sia avuta a seguito della irregolarità della notifica del decreto ingiuntivo. In concreto, è non tempestiva la conoscenza del decreto ingiuntivo che avvenga quando l'intimato (e, quindi, nel caso di specie, l'Avvocatura dello Stato) non sia in grado di proporre l'opposizione entro il termine previsto dall'art. 641 perché tale conoscenza è stata acquisita dopo la scadenza di detto termine ovvero quando l'opposizione non poteva più essere predisposta in modo adeguato all'approfondimento ed allo sviluppo delle proprie difese.

Nella memoria di parte ricorrente si sostiene che l'interpretazione qui data all'art. 650 c.p.c., da un lato, attribuisce effetti ad una notifica nulla (in deroga al principio secondo cui «un atto nullo non produce effetti») e, dall'altro, rende difficile l'esercizio del diritto di difesa dell'intimato per una nullità imputabile alla controparte.

Siffatte considerazioni non sono idonee ad inficiare l'orientamento interpretativo qui recepito.

Altre disposizioni processuali attribuiscono effetti ad una fattispecie complessa costituita sia dalla nullità dell'atto processuale compiuto da una parte sia dalla mancata conoscenza del processo che tale nullità abbia procurato alla controparte (art. 294, primo comma, c.p.c., concernente la rimessione in termini del contumace; art. 327, secondo comma, sulla non applicabilità del termine annuale di impugnazione delle sentenze). Anche in queste due ipotesi la notifica (o la citazione) nulla produce effetti per la controparte nei casi in cui quest'ultima, non ostante il verificarsi del grave vizio, abbia avuto conoscenza del processo. Ciò che rileva, ai fini della esperibilità dei rimedi giuridici di volta in volta previsti (l'opposizione tardiva al decreto ingiuntivo analogamente alla rimessione in termini del contumace ed alla proponibilità dell'impugnazione ordinaria oltre il termine previsto dall'art. 327 c.p.c.), è sempre la prova – da parte di colui in danno del quale si è verificata la nullità, pure se imputabile alla controparte – che egli, a causa di detta nullità – non ha avuto conoscenza del processo (o, nel caso dell'art. 650, del decreto ingiuntivo).

Per quanto attiene al diritto di difesa, esso viene adeguatamente tutelato da una interpretazione ragionevole della conoscenza «tempestiva» che impedisca l'applicazione dell'art. 650. Tale conoscenza, come si è detto, è soltanto quella che, pur non coincidendo appieno con l'inizio del decorso del termine previsto dall'art. 641 per l'opposizione, consenta però all'intimato di predisporre in modo adeguato le proprie difese e di proporre tempestiva opposizione. In assenza di siffatta piena possibilità, la conoscenza tardiva che l'intimato abbia avuto del decreto ingiuntivo (a causa della irregolarità della sua notifica) deve essere qualificata non tempestiva, e quindi idonea a rendere ammissibile l'opposizione tardiva. Va, peraltro, osservato che l'esigenza difensiva sottolineata dalla parte ricorrente, se era particolarmente rilevante quando per l'opposizione era previsto il breve termine di venti giorni (secondo il testo originario dell'art. 641 c.p.c., applicabile nel presente giudizio), si è oggi sensibilmente attenuata a seguito dell'ampliamento di detto termine a quaranta giorni (per effetto dell'art. 8 del decreto-legge 21 ottobre 1995, n. 432, convertito dalla legge 20 dicembre 1995, n. 534).

2.4. – Va qui ribadita l'affermazione, sovente fatta da questa Corte (v., tra le altre, le sentenze 15 luglio 2003, n. 11066; 3 febbraio 1999, n. 880; 30 dicembre 1994, n. 11313), secondo cui la prova della non tempestiva conoscenza può essere fornita anche a mezzo di

presunzioni. Ma tale prova presuntiva non può esaurirsi nella nullità della notifica (sia pure di un particolare tipo), come finisce con l'affermare l'orientamento interpretativo seguito da questa Corte nelle sentenze qui criticate, perché in tal modo si mutila il disposto dell'art. 650 c.p.c.

Né può dirsi che si chieda all'intimato che proponga una opposizione tardiva la prova di un fatto negativo. In linea generale può osservarsi che la dimostrazione della non tempestività della conoscenza del decreto ingiuntivo notificato in modo irregolare implica normalmente la prova del fatto positivo di come tale conoscenza si sia avuta e di quando ciò sia avvenuto. Questa osservazione vale particolarmente per la fattispecie qui giudicata (decreto ingiuntivo invalidamente notificato presso l'ufficio amministrativo, anziché presso l'Avvocatura dello Stato domiciliataria *ex lege*), dato che, in siffatta ipotesi, può facilmente provarsi la data in cui il decreto stesso è stato trasmesso dall'ufficio e poi ricevuto dall'Avvocatura dello Stato. Onde sarà facile, per l'opponente e per il giudice del merito, valutare la tempestività o meno della conoscenza del decreto in relazione alla scadenza del termine posto dall'art. 641 per la proposizione dell'opposizione.

2.5. – Non può farsi a meno, infine, di prendere in esame la tesi giuridica che la parte ricorrente ha esposto nella memoria. In tale atto la parte ricorrente ha sostenuto che, nell'ipotesi di nullità della notifica del decreto ingiuntivo, rimedio esperibile è l'opposizione *ex art. 645 c.p.c.*, il cui termine di proposizione inizierebbe a decorrere dalla «effettiva conoscenza del decreto»; spetterebbe, poi, all'opposto provare che l'opposizione è stata proposta oltre il termine decorrente da tale effettiva conoscenza, essendo egli «attore in senso sostanziale».

La tesi giuridica esposta nella memoria invoca un rimedio che è diverso sia da quello ritenuto applicabile nel primo motivo di ricorso (l'inefficacia del decreto ingiuntivo *ex art. 644*), sia da quello sostenuto con il secondo motivo di ricorso (l'opposizione tardiva *ex art. 650*).

La prospettazione giuridica contenuta nella memoria, pur non coincidendo con quella su cui si è fondato il ricorso per cassazione, è ammissibile perché è diretta pur sempre a sostenere che, come dedotto con i primi due motivi del ricorso, l'opposizione a decreto ingiuntivo non è stata proposta tardivamente. Essa, però, non può essere condivisa.

La mancata conoscenza, da parte dell'intimato, del decreto ingiuntivo a lui notificato in modo irregolare è situazione specificamente prevista dall'art. 650 c.p.c. L'inapplicabilità alla presente fattispecie di quest'ultima disposizione normativa sostenuta dalla parte ricorrente nella memoria implica una differenziazione tra irregolarità e nullità della notifica, nel senso che la nullità non vada inclusa nella previsione della irregolarità. Ma tale opinione, oltre a porsi contro il costante orientamento di questa Corte (*v. retro*, § 1) condiviso dalla quasi unanime dottrina, avrebbe l'effetto di ridurre l'ambito della irregolarità della notifica ad ipotesi molto limitate nelle quali è difficile che si produca una mancata conoscenza del decreto ingiuntivo, rendendo pertanto la previsione dell'art. 650 (nella parte qui considerata) del tutto marginale. Una volta che la nullità della notificazione venga compresa nell'ambito delle «irregolarità», la fattispecie qui giudicata rientra pienamente nell'ambito disciplinato dall'art. 650, onde l'art. 645 c.p.c. non può trovare applicazione.

Ma, anche se si volesse sostenere l'applicabilità dell'art. 645 c.p.c. nell'ipotesi di nullità della notifica del decreto, non potrebbe comunque porsi a carico dell'opposto l'onere di provare il giorno in cui l'intimato ha avuto conoscenza effettiva del decreto stesso, sia perché, in linea di principio, la tempestività dell'opposizione – qualunque sia la natura giuridica che si attribuisca a tale rimedio giuridico – deve essere provata da colui che la propone, sia perché, sotto l'aspetto pratico, l'opposto non è in grado di conoscere quando l'opponente abbia avuto conoscenza effettiva del decreto, onde la tesi sostenuta nella memoria della parte ricorrente comporterebbe, nella realtà, la proponibilità della opposizione a decreto ingiuntivo senza l'imposizione di alcun termine finale.

2.6. – Va, pertanto, ribadito che, anche nell'ipotesi di nullità della notifica del decreto ingiuntivo, trova applicazione il disposto dell'art. 650 c.p.c., onde l'ammissibilità della opposizione al decreto è subordinata alla prova, a carico dell'opponente, dei presupposti ivi previsti, e quindi del fatto che, a causa della nullità della notifica, l'opponente non ha avuto tempestiva conoscenza del decreto stesso.

Nel caso di specie, secondo la sentenza impugnata non censurata sul punto, nulla la parte opponente ha dedotto sulla non tempestiva conoscenza del decreto ingiuntivo, onde correttamente l'opposizione è stata ritenuta inammissibile da ambedue le sentenze di merito.

3. – Poiché va confermata l'inammissibilità della opposizione, manca l'interesse del ricorrente all'esame del terzo motivo, con cui si è dedotta la violazione delle norme sulla competenza in ordine all'emanazione del decreto ingiuntivo.

4. – In conclusione, il ricorso, essendo infondato nei primi due motivi ed inammissibile nel terzo motivo, va rigettato.

Poiché la parte intimata non ha svolto attività difensiva, manca il presupposto per la pronuncia sulle spese del giudizio di cassazione.

P. Q. M. La Corte rigetta il ricorso. Nulla per le spese del giudizio di cassazione. Così deciso a Roma il 3 marzo 2005».

Si riportano il ricorso e la memoria dell'Avvocatura dello Stato.

Avvocatura Generale dello Stato – Corte di Cassazione – Ricorso.

«*Omissis* Fatto. 1. – Con decreto ingiuntivo n. 1738/1995 emesso dal Presidente del Tribunale di Velletri in data 8 maggio 1995, su istanza della (...) s.r.l., veniva ingiunto all'Università degli Studi di Palermo il pagamento alla suddetta società della somma di L. 14.089.719 oltre agli interessi legali e alle spese del rito monitorio.

Il predetto decreto veniva notificato, a mezzo del servizio postale, il 30 maggio 1995, direttamente nella sede dell'Università, anziché presso la sede dell'Avvocatura dello Stato competente ex art. 11 del r.d. n. 1611/1993.

2. – L'Università degli studi di Palermo, con atto di citazione notificato il 26 giugno 1995, proponeva opposizione avverso il suddetto decreto ingiuntivo eccependo:

a) la nullità della notificazione di quest'ultimo ex art. 11 del r.d. n. 1611/1933; nullità che, inoltre, rendeva ammissibile ex art. 650 c.p.c. l'opposizione tardiva proposta;

b) l'incompetenza territoriale del giudice adito per violazione dell'art. 25 c.p.c. (foro erariale);

c) la prescrizione del credito della società ingiungente;

d) l'avvenuto pagamento del credito vantato dalla società e, quantomeno, la non correttezza della quantificazione dello stesso.

3. – La società si costituiva eccependo l'inammissibilità dell'opposizione proposta dall'Università, perché tardiva, nonché l'infondatezza dei motivi a sostegno dell'opposizione stessa.

4. – Il Tribunale di Velletri, dopoché era stata concessa, ex art. 648 c.p.c. la provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo opposto, con sentenza n. 287/1998, dichiarava inammissibile l'opposizione proposta dall'Università affermando che la non contestata nullità della notificazione del decreto ingiuntivo per violazione dell'art. 11 del r.d. n. 1611/1933, non renderebbe per se stessa, ammissibile l'opposizione tardiva in mancanza di prova circa il nesso di causalità fra la suddetta nullità e l'imponibile della proposizione di opposizione nei termini per la mancata tempestiva conoscenza del decreto ingiuntivo.

5. – Avverso tale sentenza, proponeva appello l'Università con atto di citazione notificato il 9 settembre 1998 fondato sui seguenti motivi:

a) Violazione dell'art. 11 del r.d. n. 1611/1933 in combinato disposto con l'art. 50 c.p.c.: la nullità della notificazione del decreto ingiuntivo, in quanto effettuata direttamente presso l'Amministrazione, anziché presso l'Avvocatura dello Stato competente, imporrà l'ammissibilità dell'opposizione tardiva in quanto nella suddetta nullità è implicita l'imponibilità di una difesa tempestiva;

b) Violazione dell'art. 25 c.p.c.: incompetenza territoriale del giudice adito;

c) Violazione dell'art. 644 c.p.c., in quanto la mancata notifica del decreto ingiuntivo nei quaranta giorni dalla sua emissione rende quest'ultimo inefficace.

6. – La società si costituiva nel giudizio di appello ribadendo l'inammissibilità della opposizione al decreto ingiuntivo proposta dall'Università e l'infondatezza della stessa nel merito.

7. – La Corte d'Appello di Roma, con la sentenza n. 1029/2000, rigettava l'appello proposto dall'università, ribadendo l'inammissibilità dell'opposizione proposta da quest'ultima, in quanto la stessa avrebbe mancato di assolvere all'onere della prova, asseritamente su di essa incombente, in ordine al nesso di causalità fra la nullità della notificazione per violazione dell'art. 11 del r.d. n. 1611/1933 e l'impossibilità di effettuare l'opposizione nei termini.

Diritto. 1. – Violazione e inesatta applicazione di norma di diritto (art. 644 c.p.c. in combinato disposto con l'art. 11 del R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611).

L'art. 11 del R.D. n. 1611/1933 al comma 1 stabilisce che: «tutte le citazioni, i ricorsi e qualsiasi atto di opposizione giudiziale, nonché le opposizioni ad ingiunzione... devono essere notificati alle Amministrazioni dello Stato presso l'Ufficio dell'Avvocatura dello Stato, nel cui distretto ha sede l'autorità giudiziaria innanzi alla quale è portata la causa» e al comma 3: «Le notificazioni di cui ai commi precedenti devono essere fatte presso la competente Avvocatura dello Stato a pena di nullità da pronunciarsi anche d'ufficio».

Emerge, quindi, come dato incontestabile, la nullità della notificazione del decreto ingiuntivo effettuata direttamente presso l'Università.

Da tale nullità deriva, ex art. 644 c.p.c., l'inefficacia del decreto ingiuntivo opposto per mancanza di una valida notifica dello stesso nel termine di 60 giorni di cui all'art. 644 c.p.c.

La Suprema Corte ha, infatti, affermato che, se la notifica è nulla, l'inefficacia può essere fatta valere, onde evitare sanatoria per eventuale acquiescenza, mediante il rimedio dell'opposizione all'esecuzione (Cass. 9872/1997), eventualmente anche tardiva ex art. 650 c.p.c., qualora tale nullità abbia impedito alla parte intimata di proporre opposizione nel termine ordinario (Cass., n. 8582/1996).

Da quanto sin qui detto emerge, quindi, l'inefficacia del decreto ingiuntivo opposto.

2. – Violazione e falsa o inesatta applicazione di norma di diritto (art. 650 c.p.c. in combinato disposto con l'art. 11 del R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611).

La già precedentemente dimostrata, nullità della notificazione del decreto ingiuntivo opposto, per violazione dell'art. 11 del R.D. n. 1611/1933, comporta, come conseguenza, oltre alla predetta inefficacia del decreto ingiuntivo, anche l'ammissibilità dell'opposizione tardiva ex art. 650 c.p.c..

L'art. 650 c.p.c., infatti, stabilisce che «l'intimato può fare opposizione anche dopo scaduto il termine fissato nel decreto, se prova di non averne avuta tempestiva conoscenza per irregolarità della notificazione o per caso fortuito o forza maggiore».

Nel caso di specie, secondo la Corte d'Appello, in base alla suddetta norma, l'Università sarebbe stata onerata della prova circa il nesso di causalità fra nullità della notifica e impossibilità della tempestiva opposizione.

A ben vedere, tuttavia, questa interpretazione non può ritenersi condivisibile, se, infatti, la ratio dell'art. 650 c.p.c. è da individuarsi nell'esigenza di evitare che un difetto della notifica del decreto ingiuntivo determini una menomazione del diritto di difesa dell'intimato, allora, dovrà ritenersi ammissibile l'opposizione tardiva ogni qualvolta, l'irregolarità della notifica si concretizzi in vizi tali da determinare per se stessi, la suddetta menomazione del diritto di ex difesa.

Nel caso di specie, non può negarsi che la notificazione effettuata all'Amministrazione, anziché all'Avvocatura dello Stato, abbia necessariamente comportato una contrazione del tempo a disposizione del patrocinatore legale dell'ente per approntare la difesa di quest'ultimo. Considerato, infatti, il brevissimo termine (solo 20 giorni dalla notificazione) a disposizione dell'Avvocatura per la proposizione dell'opposizione e il tempo inevitabilmente necessario per la trasmissione degli atti dall'Università di Palermo all'Avvocatura Generale dello Stato, non può che derivare la conseguenza, implicita nel suddetto difetto di motivazione dell'avvenuta violazione del diritto di difesa dell'intimato idonea e giustificare l'opposizione tardiva ex art. 650 c.p.c., senza necessità di fornire alcuna prova circa il nesso di causalità tra tale difetto della notificazione e la impossibilità di proporre tempestivamente l'opposizione al decreto ingiuntivo.

Secondo quanto affermato dalla stessa Suprema Corte (Cass. Civ., sez. II, 27 gennaio 1995 n. 992; Cass. civ., sez. I, 10 gennaio 1996, n. 147), quindi, al fine dell'opposizione tardiva ex art. 650 c.p.c., la prova della mancata tempestiva conoscenza del decreto ingiuntivo, in conseguenza del vizio della sua notificazione, è implicita nel caso in cui il decreto ingiuntivo

sia stato notificato direttamente all'Amministrazione anziché all'Avvocatura dello Stato domiciliataria ex art. 11 del R.D. n. 1611/1933, in quanto da tale fatto deriva la dimostrazione del nesso di causalità tra tardiva conoscenza del decreto ingiuntivo e vizio della notificazione.

3. – *Violazione delle norme sulla competenza (art. 25 c.p.c.).*

L'art. 25 c.p.c. stabilisce che «Per le cause nelle quali è parte un'amministrazione dello Stato è competente, a norma delle leggi speciali sulla rappresentanza e difesa dello Stato in giudizio e nei casi ivi previsti, il giudice del luogo ove ha sede l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato, nel cui distretto si trova il giudice che sarebbe competente secondo le norme ordinarie.

Quando l'amministrazione è convenuta, tale distretto si determina con riguardo al giudice del luogo in cui è sorta o deve eseguirsi l'obbligazione o in cui si trova la cosa mobile o immobile oggetto della domanda».

In base a questa norma risulta certamente e incontestabilmente incompetente il Tribunale di Velletri, in quanto, in tale località non ha sede alcun ufficio dell'Avvocatura dello Stato. In base all'art. 25 c.p.c., infatti, il c.d. foro erariale deve determinarsi con riferimento al giudice del luogo ove ha sede l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato, nel cui distretto si trova il giudice che sarebbe competente secondo le norme ordinarie e, pertanto, pur nella denegata ipotesi, in cui si ritenga competente, secondo le norme ordinarie, il Tribunale di V., comunque, il foro erariale andrebbe individuato nel Tribunale di Roma.

Si ritiene, tuttavia, che, competente secondo le norme ordinarie non è il Tribunale di Velletri, bensì, ex art. 25 c.p.c., il giudice del luogo ove è sorta o deve eseguirsi l'obbligazione, vale a dire, nel caso di specie il Tribunale di Palermo, considerato che ivi è sorta l'obbligazione e ivi doveva essere eseguita, in quanto l'Università adempie tramite la Tesoreria (e quindi in Palermo) e la società doveva consegnare la merce sempre a Palermo.

Si sottolinea, infine, che l'eccezione d'incompetenza territoriale inderogabile è stata ritualmente e tempestivamente sollevata dall'Università, nel suo primo atto difensivo (citazione in opposizione al decreto ingiuntivo) e ribadita nell'atto di appello.

Dalla suddetta incompetenza territoriale inderogabile del giudice che ha emesso il decreto ingiuntivo opposto deriva la nullità dello stesso.

P. Q. M. Piaccia alla Corte, decidendo nel merito ex art. 884 c.p.c.:

a) Cassare la sentenza della Corte d'Appello di Roma n. 1029/2000.

b) Dichiarare la nullità del decreto ingiuntivo n. 1738/1995 emesso dal Tribunale di Velletri (*Omissis*).

Roma, 15 marzo 2001 – Avvocato dello Stato Roberto de Felice».

Avvocatura Generale dello Stato – Corte Suprema di Cassazione, S.U. – Memoria per l'Università di Palermo.

«*Premesso* 1. – Nel caso di specie, un ricorso per decreto ingiuntivo, accolto contro ogni canone di competenza territoriale dal Presidente del Tribunale di Velletri, contro l'Università di Palermo, era notificato direttamente a questa anziché all'Avvocatura dello Stato competente (Roma) a proporre opposizione.

2. – Quest'ultima ha proposto opposizione tardiva; respinta dal Tribunale di Velletri mancando la prova del nesso etiologico tra nullità della notifica e mancata tempestiva conoscenza del decreto; in appello, l'Avvocatura sosteneva che in tale ipotesi di nullità una tale impossibilità è configurabile *in re ipsa*; la Corte d'Appello di Roma, nel respingere il gravame aderiva alla motivazione di prime cure.

3. – Nel ricorso per Cassazione, l'Avvocatura Generale ha dedotto che la notifica, effettuata alla P.A., *comprime sempre* il tempo a disposizione dell'Avvocatura per proporre opposizione tempestiva e citava Cass. n. 992/1995 e n. 147/1996.

4. – La Sezione seconda della Suprema Corte ha rilevato un contrasto tra Cass. I n. 13132/1995 e (in parte) n. 4143/1990 e le sentenze sopra citate; in quanto le prime *esigono la prova* che la P.A. non avesse, per effetto della nullità, potuto proporre opposizione tempestiva (ord. 1° ottobre 2004).

Senza con ciò rinunciare agli altri motivi rispetto al II, assorbente e sopra commentato, si esprimono le seguenti considerazioni

In diritto.

1. *Della nullità*. 1.1. – L'art. 11 R.D. n. 1611/1933 esige che gli atti introduttivi di giudizio di cognizione siano notificati alla Avvocatura, se questa difende organicamente la P.A.

Non c'è dubbio che il ricorso per decreto ingiuntivo, e il pedissequo decreto, introducono la lite come espressamente prevede l'art. 643, II comma, c.p.c. Trattasi quindi di atti pacificamente ricompresi nell'elenco di cui all'art. 11, comma 1, *cit.*

1.2. – L'Università degli studi (di Palermo) e non, si badi un'Azienda universitaria, è all'epoca della notifica, soggetta a tale regime.

In punto: Consiglio di Stato Sezione IV, n. 5810/2004 che esclude che gli artt. 6 e ss. legge n. 168/1989 abbiano fatto venir meno la regola dell'art. 56 R.D. n. 1592/1933 di domiciliatazione legale della Università presso l'Avvocatura Generale, non essendovi abrogazione espressa. Cfr. Cass. n. 4143/1990.

1.3. – Ne consegue la pacifica nullità di detta notifica, *rilevabile d'ufficio* (art. 11, comma 1 e 3 R.D. n. 1611/1933).

2. *Degli effetti della nullità. Il rapporto con l'art. 650 c.p.c.* 2.1. – Una interpretazione adeguata sia alla lettera dell'art. 650 che al principio del giusto processo, impone di considerare che le tre ipotesi in cui è data opposizione tardiva sono:

- irregolarità della notifica;
- caso fortuito;
- forza maggiore.

2.1.1. – Tali ultime due ipotesi (poco distinguibili) presuppongono una notifica *perfetta*: diversamente si ricadrebbe nella prima ipotesi di notifica irregolare. Ecco emergere la *ratio* dell'art. 650. È una norma che consente la remissione in termini quando un evento incontrollabile sottragga l'atto al destinatario, dopo la [perfetta] notifica di esso impedendo di proporre opposizione tempestiva. Norma comune anche all'altro procedimento monitorio, per convalida di sfratto o licenza, con riferimento alla mancata *comparizione* all'udienza (art. 663 c.p.c.) che ha effetti *irreversibili* come la mancata opposizione a decreto ingiuntivo (vale a dire il giudicato).

Solo con la riforma del 1995 la remissione in termini diventa *istituto generale*.

2.1.2. – *Pertanto anche la prima delle tre ipotesi* (irregolarità della notifica) contemplata dall'art. 650 c.p.c. deve presupporre che la notifica, ancorché *deviante* dallo schema normativo, *non sia però nulla*.

2.1.3. – Le nullità, si ricorda, sono *tassative*. E la irregolarità della notifica (o di qualunque atto del processo) è una categoria *precisa*, che si costruisce *per sottrazione dalla nullità e dalla inesistenza*.

2.1.3.4. – Di conseguenza, in caso di notifica *nulla* del ricorso per decreto ingiuntivo, l'art. 650 *nemmeno dovrebbe applicarsi* essendo l'opposizione sempre tempestiva, non avendo senso parlare di remissione in termini a fronte di atto che non produce effetti.

2.1.5. – Del resto, sarebbe grottesco continuare ad affermare che, in caso di notifica *ex* 325-326 c.p.c., la relativa nullità *non* fa decorrere il termine breve, dunque non si forma il giudicato mentre nel caso di notifica nulla *ex* 645 c.p.c. opponente (pur egli sottoposto al rischio del giudicato, non «salvato» dal termine *ex* 327 c.p.c., detto «lungo») debba provare non solo la nullità (al che potrebbe, ma non sempre, bastare la relata fidefacente dell'ufficiale giudiziario e sovente *prove documentali*, anagrafiche o statutarie in caso di enti e società) ma il nesso etiologico tra vizio e conoscenza dell'atto.

Sarebbero situazioni *sperperate* a fronte di un risultato (o rischio) *eguale* (il giudicato) che rendono il processo monitorio iniquo e (se così interpretato) incostituzionale.

3. *La Dottrina*. 3.1. – Il Garbagnati (*Il procedimento d'ingiunzione*, 110) sostiene che la possibilità del giudice, *ex* 647 c.p.c. di ordinare la rinnovazione di una tale notifica, che sia nulla prova che il decreto è efficace. L'Autore parte dalla obliterazione di un dato: il decreto è efficace *per 40 giorni* (art. 644) ma va notificato, ordinare di notificare nuovamente è *garanzia per l'intimato*, che non può peraltro controllare il corretto esercizio dei poteri *ex* 647 c.p.c. (nella specie, *nemmeno esercitati*). La fattispecie *ex* 647 sfocia in una nuova notifica, *a partire dalla quale* decorre il *dies ad opponendum*.

L'interpretazione dell'A. non è poi l'unica necessitata dalla logica: se il giudice provvede *ex* 647 c.p.c. *oltre* il termine dei 40 giorni, rinnova (per economia processuale) l'efficacia del provvedimento. E tutto ciò non ha nulla a che vedere con la *decadenza* dal termine per opporsi.

Infine, sarebbe *incostituzionale premiare* la parte che compie un atto nullo, magari di proposito, con l'opposizione *ex* 650, soggetta a un previo vaglio su prove negative a pena di inammissibilità.

3.2. – Tarzia cita il *Mahnverfahren* germanico (8688 ss. ZPO) che equipara il decreto non opposto a una sentenza contumaciale *opponibile*, laddove in Italia, dall'art. 20 R.D. n. 1531/1936, non c'è rimedio se non la ristretta opposizione tardiva, criticando, con ciò il sistema.

4. *La Giurisprudenza Costituzionale*. Premesso che Corte Cost. n. 18/2002 esula dalla specie, trattando della mancata tempestiva *costituzione* dell'Opponente (che quindi aveva esercitato il diritto di opporsi), occorre partire da Corte Cost. n. 120/1976 che estende l'art. 650 c.p.c. nelle citate ipotesi di forza maggiore e di caso fortuito, limitate al caso di non *conoscenza*, del decreto per tali prime ragioni al caso di conoscenza seguita tuttavia da mancata opposizione nei termini per tali *due cause* ampliando le possibilità di tutela dell'intimato. Ciò prova, ad avviso di questa Difesa e conferma che l'art. 650 c.p.c. (come l'attuale art. 420-ter, comma 1 e comma 2 c.p.p. e già art. 485 e 486 comma 1 c.p.p.) è norma che sana preclusioni verificatesi nonostante la perfezione *formale* degli atti a causa di impedimento (a *conoscere* l'atto o ad *agire* per la sua riforma) in via di *mero fatto*.

5. *Esame critico della giurisprudenza della S.C. 5.0.* – È noto che una giurisprudenza tralatticia ritiene rientri nella previsione dell'art. 650 c.p.c. il caso di nullità (non quello di *inesistenza*) della notifica del decreto ingiuntivo (Cass. SS.UU. 2656/1974; III 3767/1979, 3486/1991).

5.1. – Tale rimedio è *l'unico* ammissibile, non potendo proporsi l'eccezione relativa all'inefficacia del decreto *non* notificato ai sensi dell'art. 188 att. c.p.c. o di opposizione all'esecuzione.

5.2. – La prefata giurisprudenza non merita conferma. Leggasi in Cass. n. 2656/1974 «la materia è compiutamente regolata negli artt. 644, 645 e 650 del codice di rito, cosicché salva l'ipotesi di mancanza o di inesistenza della notificazione, nel qual caso l'intimato può far valere l'inefficacia del decreto ... *ex* art. 188 att. c.p.c., e con ordinaria azione di accertamento anche mediante opposizione all'esecuzione... la sola opposizione consentita per contestare oltre il termine *ex* 641 c.p.c. la legittimità del decreto... è quella *ex* 650 c.p.c.. Non può ritenersi, perché sarebbe contrario ai principi di sistematica normativa, che il legislatore, nel regolare in modo specifico la materia dei possibili rimedi, abbia pretermesso particolari fattispecie affidandone la disciplina alle norme generali di rito. In conseguenza poiché come si è sopra rilevato l'ambito dell'art. 644 c.p.c. è limitato alla sola ipotesi di inesistenza non può non farsi rientrare nell'art. 650 c.p.c. la fattispecie di nullità. Ciò trova conferma nella generica e ampia espressione «irregolarità della notificazione» che lascia ritenere compresa in essa la nullità.

Tanto la nullità quanto la semplice irregolarità derivano dal difetto o dal vizio di alcuno degli elementi che integrano l'atto di notificazione e anche la prima non esclude... che l'ingiunto possa avere tempestiva conoscenza dell'atto.

Non è dato distinguere fra le diverse ipotesi in cui la irregolarità, in senso lato, della notificazione e quindi la nullità di questa possano presentarsi nelle singole fattispecie».

5.2.1. – Tale argomentare prova troppo: anche l'inesistenza (residuo campo, per quelle SS.UU., dell'art. 644 c.p.c.) deriva dal difetto di taluno degli elementi che integrano la notifica (quale l'identità della persona del destinatario) e nemmeno in caso di *inesistenza* (es. notifica ad omonimo) può escludersi che l'ingiunto abbia conoscenza dell'atto.

Dunque *non* è dimostrata l'equiparazione *irregolarità/nullità* alla luce di tale logica, visto che in tal campo dovrebbe rientrare anche l'inesistenza.

Né ha avuto molto senso logico affermare che tra i vari rimedi (644, 645, 650 c.p.c.) non ne esista uno *ad hoc* per la nullità (che è il 645 c.p.c., solo che il *dies cedens* è quello della *effettiva conoscenza del decreto*, nel caso di nullità).

Ciò non ha nulla a che vedere con la «sistematica normativa» ma con l'*interpretazione* di tali articoli. Inoltre, l'affermazione è ai limiti dell'assurdo. Asserire che il legislatore nel disciplinare un *procedimento speciale*, non possa affidare parte della disciplina dello stesso ai principi generali (cioè al Libro I del c.p.c.) significa affermare che per ogni procedimento vada disciplinata in modo specifico la materia dei termini, delle nullità, della forma degli atti.

5.2.2. – Il precedente merita sicuro e sereno *overruling*, considerata anche l'intervenuta modifica dell'art. 111 Cost..

In particolare, il diritto fondamentale al contraddittorio e all'esame imparziale delle ragioni dell'interessato non può essere reso più difficile nel caso in cui il meccanismo prodromico al contraddittorio sia gravemente viziato per attività imputabili al ricorrente, quali la nullità della notifica del decreto, che, secondo il ragionamento «tralaticio» qui contestato, comporta la necessità di opporsi *ex* 650 c.p.c. fornendo la prova dell'impossibilità di conoscenza. Ciò è esplicitamente contrario agli artt. 3, 97, 24 e 111 Cost.

5.2.3. – Inoltre, nulla autorizza a *derogare* (nel procedimento *ex* 633 c.p.c.) al principio che un atto nullo non produce effetti, e che quindi la notificazione nulla del decreto ingiuntivo *non fa* decorrere il termine *ad opponendum*.

5.3.1 – Ciò non può risultare, in particolare, dall'art. 650, u.c., c.p.c.. Infatti, se è vera la tesi qui sostenuta, la citata norma non si applica, alla ipotesi di notifica nulla, in cui si può spiegare opposizione tempestiva e quindi tale ipotesi resta fuori dell'art. 650 c.p.c., compreso il comma che fissa al decimo giorno dall'inizio dell'esecuzione (cioè dal pignoramento art. 491 c.p.c.) quello *ultimo* per l'opposizione *ex* 650 c.p.c. Secondo la nostra tesi, tale opposizione tardiva è limitata a casi eccezionali di incolpevole non conoscenza dell'atto; pertanto e peraltro (e sempre che sia valida la notifica del precetto) è *ragionevole* prevedere che vi sia un *dies ultimus* anticipato ove il decreto sia posto in esecuzione; ciò non implica alcuna convalida di nullità perché, lo si ripete, l'art. 650 a tale fattispecie non sarebbe mai riconducibile.

5.2.4. – Infondato, pertanto, è l'argomentare di chi vede in tale norma la conferma della efficacia del decreto interministeriale notificato in modo nullo, con conseguente inespugnabilità dei rimedi (camerale e ordinario, eventualmente anche *ex* art. 615 c.p.c.) previsti dall'art. 188 att. c.p.c. Se l'ordinamento non tollera tale limitazione del contraddittorio a una prova, negativa, preliminare in presenza di un vizio dovuto all'avversario (norme che impongono molto meno, come il deposito per soccombenza, sono state spazzate via), e quindi il 650 3° c. non è applicabile al caso di nullità di notifica del D.I., si applica anche l'art. 188 att. Non ha molto senso ritenere che basti una notifica nulla, o un qualsiasi atto nullo, a soddisfare un onere quale quello posto dall'art. 644 c.p.c. *L'onere di compiere un atto giuridico implica la validità di tale atto*. E se il giudice del monitorio deve imporre la nuova notifica del decreto se risulta o appare probabile la mancata conoscenza dell'atto (art. 647 c.p.c.) e se tale norma ha un senso (*cf.* l'uso del verbo *dovere* che *non è sollecitatorio*) questo senso non può essere quello di sanare una nullità *ma solo una mancata conoscenza che altrimenti* (la formula del 647, 1° comma, 2° al. corrisponde al 650, 1° comma) causerebbe l'opposizione tardiva (e conseguentemente l'art. 647 vuole tutelare l'intimato e il suo diritto al contraddittorio, non affermare che una notifica nulla conserva efficacia al decreto).

5.2.5. – Né può dedursi un parallelismo con l'art. 294 c.p.c., dove il contumace (che interviene nel processo nello stato in cui esso si trova) deve essere ammesso ad attività precluse se prova di non aver avuto conoscenza del processo per la nullità della citazione. In quel caso la posta in gioco è una preclusione, in questo (del procedimento monitorio) ogni forma di tutela e il giudicato.

Inoltre, la condizione del contumace nel processo ordinario è diversa: proprio per il minor rischio, sopra considerato, e la maggior durata del rito, che dà maggiore possibilità di conoscere il processo, non è prevista la nuova notifica nel caso in cui risulti o appaia probabile, indipendentemente dalla nullità, la mancata conoscenza dell'atto introduttivo (art. 647, 1° comma, c.p.c.).

Poi, la dizione dell'art. 650 menziona la irregolarità, categoria giuridica precisa e non coincidente con la nullità, e quindi la *ratio legis* è che nel rito monitorio l'interessato debba avere maggiori garanzie di conoscenza dell'atto introduttivo, rispetto al rito ordinario, proprio perché rischia un giudicato entro termini brevissimi, se non si oppone.

5.2.6. – Le *suesposte tesi* militano per argomentazioni l'affermazione che l'opposizione *ex* 645 c.p.c. è rimedio esperibile nel caso di nullità della notifica del D.I. L'opponente dovrà provare la nullità; al contrario, la relativa sanatoria deve provarla l'opposto.

5.3. – In tale quadro è improprio probabilmente parlare di opposizione tardiva, *ex* 650 c.p.c. (soggetta al noto onere della prova) quanto di opposizione tempestiva, perché prima della piena conoscenza *altrunde* (non dalla notifica) avuta è inconcepibile la decorrenza del termine.

Di tal guisa, sarà l'opponente a dovere provare la nullità della notifica (prova facilitata dalla relata) e l'opposto la sua validità.

Ci si chiede, a questo punto, se sia l'opponente a dover provare che la conoscenza piena dell'atto è avvenuta *non oltre 20 giorni prima* dell'opposizione. Di regola, però, è l'opposto, anzi il ricorrente a dovere provare il contrario cioè che ha notificato bene e che sono passati i 20 giorni; se invece emerge che la notifica *nullum produxit effectum* dev'essere l'opposto a provare che l'allegata intempestività è stata *sanata* (perché l'eccezione – qui attore in senso sostanziale è l'opposto – è proposta e provata dall'opponente, la controeccezione – cioè la sanatoria – è a carico dell'opposto).

5.4. – Nel caso di notifica a una P.A. organicamente difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato (notifica nulla *ex art.* 11 R.D. n. 1611/1933, come sopra ribadito) v'è poi, un'ulteriore serie di considerazioni. L'Avvocatura dello Stato (e non la P.A.) è competente, *la sola competente, a valutare se l'opposizione possa essere fondata*.

Le relazioni e richieste di agire in giudizio della P.A. ben possono essere disattese e in questo caso si apre il conflitto disciplinato dall'art. 11 legge n. 103/1979 (deciso, addirittura, dal Ministro).

Dunque la P.A. (che non può, salvo casi eccezionali, ricorrere ad avvocati del libero foro, casi quali un *conflitto* d'interessi tra P.A. egualmente difese; e che nella pratica si risolve, se entrambe sono statali con un *provvedimento*, se una non è statale, con la riserva del patrocínio erariale e quella statale) non solo riceve una notifica nulla, ma non può nemmeno *a)* provvedere alla propria difesa salvi i casi eccezionali citati; *b)* decidere da sé, se attivare la lite, essendo necessaria la valutazione dell'Avvocatura Generale. A contrario, l'Avvocatura Generale può (ricevuta una valida notifica) coltivare il contenzioso anche prima di avere ricevuto una relazione dalla P.A., se il contenzioso è di serie, coinvolge principi pacifici, e l'atto da impugnare è palesemente viziato o erroneo.

6. – *L'approccio tradizionale*. Fingiamo, ora, che sia esperibile solo l'opposizione *ex art.* 650 c.p.c.

L'ordinanza della Sezione III del 7 aprile 2004 – 1° ottobre 2004 che, su conforme richiesta del P.G., rimette al Primo Presidente la decisione se assegnare la causa alle SS.UU. Civili, evidenzia che l'orientamento dei precedenti di Sez. II n. 992/1995 e Sez. I n. 147/1996 è di ritenere «*in re ipsa*» la prova della mancata conoscenza nel caso di nullità *ex art.* 11 R.D. n. 1611/1933. Tale orientamento merita conferma. Infatti la P.A. non è titolare in proprio del potere di rivolgersi a un Avvocato del libero foro, sicché la notifica alla stessa non la mette in condizione di reagire subito, essendo necessaria la trasmissione all'Avvocatura. Tale trasmissione, per principio che nelle PP.AA. gli atti possano essere trasmessi solo dal Dirigente competente, non certo dall'impiegato addetto alla ricezione, comporta che *in ogni caso* il termine (di 40 giorni) sia menomato e quindi risulti ammissibile *l'opposizione tardiva*.

Infatti l'atto non perverrà all'Avvocatura se non *almeno* il giorno successivo, può notarsi, e quindi il termine a difesa non sarà *mai* integro.

Nella fattispecie non si è valutata nemmeno la circostanza che l'interessato ha sede in Palermo e l'Ufficio dell'Avvocatura in Roma (che comprende il Distretto di Velletri).

Dunque, poiché la *legge* impone un preciso luogo di notifica e il potere di proporre opposizione è scisso dalla P.A. intimata (l'Avvocatura ben può *consigliarla di non opporsi*, o rifiutarsi in caso di conflitto di interessi tra Stato ed Ente difeso, o *tra più amministrazioni dello Stato, che va deciso dal Presidente del Consiglio*) conoscenza *utile* alla impugnativa si ha solo con la piena conoscenza dell'atto da parte dell'Avvocatura necessariamente in termine più ristretto.

Dunque l'Avvocatura non deve «provare» di non avere avuto la conoscenza *tempestiva* dell'atto perché ciò già risulta dalla relata nulla.

In tali termini si chiede di risolvere il conflitto giurisprudenziale e *si insiste* nel ricorso.

Roma, 16 novembre 2004 – Avvocato dello Stato Roberto de Felice».

Indennità di amministrazione e tredicesima: un caso pratico per valutare le potenzialità delle azioni rappresentative (*class actions*) nel contenzioso seriale italiano.

(Corte Suprema di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza 13 luglio 2005, n. 14698)

Le Sezioni Unite con la sentenza 13 luglio 2005, n. 14698, inceneriscono le velleitarie pretese di un contenzioso seriale che stava assumendo dimensioni preoccupanti per le finanze pubbliche (il Ragioniere Generale dello Stato con nota del 16 aprile 2004 quantificava la maggiore eventuale spesa in oltre € 590 Ml.+90 Ml. in ragione d'anno) in considerazione del fatto che, interessando questioni ermeneutiche del Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro/Comparto Ministeri (conteggiabilità dell'indennità di amministrazione ai fini della tredicesima), era destinato a coinvolgere tutto il personale delle Amministrazioni statali sia a livello centrale che periferico.

Confermando l'inesistenza del principio di omnicomprensività della retribuzione, la Suprema Corte, pur ritenendo applicabile l'articolo 7 D.Lg. C.P.S. 25 ottobre 1946, n. 263, in virtù del rinvio contenuto nella fonte negoziale (art. 33 CCNL) (1), esclude che l'indennità di amministrazione sia rilevante ai fini del calcolo della tredicesima mensilità alla luce di una complessiva interpretazione «storico-evolutiva» non solo delle previsioni dei vari contratti collettivi via via succedutisi a partire da quello stipulato il 16 maggio 1995 (2) ma anche della stessa normativa del 1946 (3).

Mentre per la ricostruzione della condivisibile soluzione ermeneutica fatta propria dalle Sezioni Unite che recepiscono la linea difensiva della difesa erariale si rinvia alla lettura della sentenza e del controricorso, anche in ragione delle recentissime iniziative di regolazione comunitaria e nazionale

(1) «...la previsione del citato art. 7 avrebbe in ogni caso valore cogente come fonte contrattuale, perché il relativo disposto viene espressamente richiamato dall'art. 33, comma 3 del CCNL integrativo 1998/2001, ossia dal contratto collettivo che è la fonte cui l'art. 2, comma 3, D.Lgs 165/2001 affida in via esclusiva l'attribuzione dei trattamenti economici» (Cassazione S.U., sentenza 13 luglio 2005, n. 14698).

(2) Dalle previsioni del contratto collettivo sarebbe evidentissimo che ai fini del computo della tredicesima sono rilevanti solo le «voci che sono corrisposte a tale titolo» e che, con particolare riferimento all'indennità di amministrazione, è del tutto neutra rispetto a tale accertamento la natura generale, fissa e ricorrente della stessa («Il carattere di generalità dice solo che essa deve essere corrisposta a tutti i dipendenti, la natura ricorrente dice che deve essere corrisposta con la medesima cadenza temporale, mentre la natura fissa significa che la medesima è parametrata a criteri oggettivi di determinazione» – Cassazione S.U., cit. nota 1).

(3) «... detto art. 7 non solo non contiene alcuna previsione di omnicomprensività della tredicesima, ma depone addirittura in senso contrario... Ossia, all'entrata in vigore del d.l.cps. n. 263 del 1946 la retribuzione del personale statale constava non solo del trattamento di base e dell'indennità di carovita, ma anche di indennità e di assegni accessori, che però furono esclusi dal computo della tredicesima mensilità ad opera del citato art. 7 del dlcp, segno quindi che prima il legislatore, e poi le parti stipulanti il CCNL che ad esso hanno fatto riferimento, la intesero computare al netto delle indennità che allora venivano erogate, e quindi in misura non omnicomprensiva. Pertanto il suddetto art. 7 del dlcp del 1946 induce a negare la inclusione dell'indennità di amministrazione nella tredicesima mensilità» (Cassazione S.U., cit. nota 1).

in materia che saranno segnalate, preme qui esternare talune considerazioni su rilevanti questioni processuali tipicamente legate al contenzioso seriale (caratterizzato oggettivamente dalla presenza di pretese implicanti la risoluzione di questioni di fatto o di diritto comuni a più persone) che coinvolgono problematiche di competitività del sistema, di efficientismo processuale e, soprattutto, di risparmio di spesa pubblica cui non risulta estranea l'Avvocatura dello Stato, tradizionalmente e istituzionalmente obbligata a cimentarsi con questa tipologia di vertenze collettive che ordinariamente richiede grandi impegni di risorse umane, tecniche ed economiche.

Al di là delle specificità del contenzioso su cui sono intervenute le Sezioni Unite in commento (4) e che lo contraddistinguono per l'indiscussa ragionevole durata del processo collettivo (5), non va sottaciuto che nella maggior parte dei casi la «soluzione definitiva» (rectius «tendenzialmente stabile» (6)) viene raggiunta solo dopo molti anni (e potrebbe anche non giungere mai ove si maturino contrasti giurisprudenziali o si verifichino inefficienze interne al sistema processuale).

In entrambi i casi (contenzioso seriale che giunge in tempo ragionevolmente breve ad una soluzione tendenzialmente «definitiva»/contenzioso seriale caratterizzato da contrasti di giurisprudenza e dalla irragionevolezza dei tempi richiesti dall'ordinamento processuale per dare una risposta tendenzialmente stabile) gli strumenti processuali attualmente presenti nel codice di rito non paiono assicurare con particolare riferimento al contenzioso seriale un'adeguata tutela giurisdizionale che possa ritenersi in linea con i canoni del giusto processo imposti dall'articolo 111 della Costituzione.

A ciò si aggiungano i consistenti aggravii di spesa per l'Erario dello Stato e la riduzione della competitività del sistema economico nazionale conseguenti ad una gestione inefficiente del contenzioso.

Prendendo come modello di contenzioso seriale quello sull'indennità di amministrazione (dove la serialità afferisce alla questione di diritto relativa alla rilevanza dell'indennità di amministrazione circa il calcolo della tredicesima), al fine di valutarne i vantaggi, attualmente anche all'esame del Legislatore comunitario (7) e

(4) Il Primo Presidente della Cassazione ha tempestivamente accolto la richiesta della difesa erariale di rimettere la pronuncia alle Sezioni Unite pur in mancanza di contrasto tra le Sezioni semplici in considerazione della questione di massima e di particolare importanza sollevata dal ricorso (art. 374, comma 2, c.p.c.).

(5) La Suprema Corte ha di recente riconosciuto che il diritto all'equa riparazione copre anche le ipotesi di ricorso collettivo (Sezione I, sentenza 11 maggio 2005, n. 9921 in *Guida al Diritto* 25/2005, 36 ss.).

(6) Nell'ordinamento interno non opera il principio dello *stare decisis* ma solo l'onere di motivare l'eventuale contrasto con la giurisprudenza della Suprema Corte.

(7) Inserendosi nel varco aperto prima dalla Corte di Giustizia nel caso *Courage* (sentenza 20 settembre 2001, causa C-453/1999, *Courage Ltd. v. Bernard Crehan*, in *European Court Reports*, 2001, I, 6297; per la verità l'esistenza di un diritto al risarcimento del danno da violazione del diritto comunitario antitrust era già stata affermata dall'Avv. Generale Van Gerven nell'*opinion* resa nella causa C-128/1992, *H.J. Banks & Co. Ltd. C. British Coal Corp.*, in *European Court Reports*, 1994, I, 1209) e poi dal Regolamento del Consiglio 16 dicembre 2002, n. 1/2003 (concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, in *G.U.C.E.* L1 del 4 gennaio 2003 nonché in

nazionale (8), si ipotizzi l'esistenza in Italia di strumenti di risoluzione in forma aggregata di questioni controverse seriali (azioni rappresentative) operanti sulla

Boll. UE 12-2002, punto 1.3.70), la Commissione Europea ha intenzione di pubblicare per la fine del 2005 un Libro Verde in materia di *private enforcement* del diritto antitrust (a tal uopo, su incarico della Commissione, lo studio legale Ashurst ha condotto un'analisi accurata delle esperienze di *private antitrust enforcement* sviluppate nei vari Stati membri rilevando il «totale sottosviluppo» e la «sconvolgente diversità» dei sistemi nazionali – cfr. www.europa.eu.int/commission/competition/competitionandconsumers).

Anche nel diritto della concorrenza, come a più riprese affermato in tema di responsabilità dello Stato per violazione/inadempimento del diritto comunitario (l'azione risarcitoria civilistica nei confronti dello Stato è esperibile anche se il Trattato prevede lo specifico rimedio della procedura di infrazione), si afferma il principio in base al quale gli strumenti di tutela privatistica sono di complemento essenziale a quelli di *enforcement* pubblicistico che non possono in alcun modo obliterarli dovendo, viceversa, gli stessi procedere in modo coordinato tra loro (si valuti, ad esempio, la questione dell'efficacia degli accertamenti contenuti nei provvedimenti sanzionatori dell'Autorità amministrativa antitrust nei giudizi collegati aventi ad oggetto il risarcimento del danno da illecito antitrust – le c.d. *follow-on actions*).

È stato, altresì, sottolineato che il *private enforcement* potrebbe rivelarsi un deterrente molto più efficace ed effettivo del sistema pubblicistico Commissione/Autorità di vigilanza nazionali (cfr. MONTI, *Private Litigation as a key complement to public enforcement of competition rules and the first conclusion on the implementation of the new Merger Regulation, VIII Annual Competition Conference*, Fiesole, 17 settembre 2004).

Tra gli strumenti di attuazione privata del diritto della concorrenza le *class actions* sono guardate con grande interesse. Sono allo studio possibili opzioni di regolazione per valutare in che forma si possano stimolare gli Stati membri posto che, come noto, secondo gli orientamenti della Corte di Giustizia, in materia processuale l'autonomia sovrana degli Stati può essere «superata» solo ove si dimostri la violazione dei principi di equivalenza (*non discrimination*) e di effettività (*adequacy*).

(8) A seguito della vicenda dei rimborsi R.C.A. e degli scandali finanziari italiani (Cirio, Parmalat e Bipop) e stranieri (*bonds* argentini) sono stati presentati numerosi disegni di legge volti a introdurre strumenti simili alle *class actions* statunitensi per assicurare efficienti forme di tutela delle pretese seriali che fungano anche da deterrente a pratiche illecite degli operatori economici.

Allo stato l'approccio del Legislatore è stato settoriale mancando di quella trasversalità che dovrebbe ispirare l'introduzione di strumenti processuali dotati di caratteristiche profondamente innovative in merito all'impostazione tradizionale del codice di rito. A livello linguistico non si è ancora percepito che la terminologia più appropriata è «azioni rappresentative» in quanto le azioni «di gruppo» evocano pericoli confusori con la tutela degli interessi diffusi (che è questione diversa dalle problematiche legate agli strumenti di risoluzione del contenzioso seriale) mentre quelle «collettive» sono già conosciute ed utilizzate nel nostro ordinamento processuale.

In materia consumeristica, anche per dare seguito agli accordi intervenuti tra Ministero delle Attività Produttive e Associazioni dei consumatori e ANIA, si è intervenuto con i disegni di legge A.C. 3838 (On. Bonito e altri – azione di gruppo) e A.C. 3839 (On. Lettieri e altri – azione di classe) unificati, dopo l'approvazione della Camera dei Deputati (PICCHIO, *Dalla Camera arriva il sì al dl sulla class action*, in *Il Sole 24 Ore* del 22 luglio 2004), in quello all'analisi del Senato (S. 3058 - On. Bonito e altri). Si tratta di un approccio elaborato sulla falsariga di quello spagnolo che, innestandosi sulle previsioni della legge 30 luglio 1998, n. 281, si presenta assolutamente migliorabile in quanto, tra l'altro, istituisce un monopolio giudiziale delle associazioni dei consumatori e solleva una serie di problematiche tecnico-giuridiche non risolte dai disegni di legge. Per la prima lettura degli stessi cfr. FAVA, *L'importabilità delle class actions in Italia*, *Contratto e Impresa*, 2004, 166-226 nonché Id., *Class Actions all'italiana: «Paese che vai usanza che trovi» (l'esperienza dei principali ordinamenti giuridici stranieri e le proposte di legge n. 3838 e 3839)*, *Corriere Giuridico*, 2004, 397.

Nell'ambito delle proposte di legge e degli studi relativi alla riforma della regolazione del mercato finanziario italiano (c.d. riforma del risparmio) le *class actions* sono state considerate eccellenti strumenti di deterrenza nei confronti delle pratiche scorrette degli operatori professionali e di miglioramento del livello di tutela processuale degli investitori. In questo modo se ne è proposto l'inserimento attraverso talune proposte di legge che presentano un approccio più meditato e completo rispetto a quelle di matrice consumeristica.

falsariga delle *class actions* statunitensi, canadesi e svedesi, o dei *representative proceedings* australiani oppure della *group litigation* inglese (9).

L'A.C. 4747 (On. Letta e altri) segue il modello statunitense dell'azione rappresentativa (che, tuttavia, viene etichettata come azione collettiva) essendo espressamente prevista l'autorizzazione giudiziale a far valere diritti altrui. Il modello, tuttavia, consente il ricorso al rimedio solo all'attore e sembra caratterizzato dall'assenza di preclusioni temporali per l'esercizio del diritto di uscita (*opt-out*) con pericoli risvolti per l'incertezza e l'instabilità nella composizione della classe.

L'A.C. 4639 (On. Fassino e altri) affianca all'azione rappresentativa la legittimazione della CONSOB ad agire per il risarcimento dei danni (anche punitivi) derivanti da pratiche censurabili poste in essere dai soggetti dalla stessa vigilati. La proposta, che fa ampio ricorso alla delega legislativa, sembra fare implicito riferimento a meccanismi di adesione espressa in quanto consente l'allargamento della classe nel corso del giudizio («*apportare modifiche al codice civile, affinché gli effetti di giudicato della sentenza emessa siano estesi a tutti i soggetti della stessa classe che vi abbiano aderito espressamente, consentendo loro di aderire, integrando il contraddittorio, in ogni fase e stato del giudizio*», art. 30, comma 2, lett. m) e prevede che la transazione possa essere efficace sono in caso di adesione espressa all'azione rappresentativa.

(9) Per l'analisi della normativa e delle relative applicazioni giurisprudenziali circa i menzionati strumenti di risoluzione del contenzioso seriale in forma aggregata che, contrariamente a quanto di recente sostenuto (BELLINI, *Class actions e mercato finanziario: l'esperienza nordamericana*, in *Danno e Resp.* 2005, 817, «...*class actions, nate ed evolutesi unicamente negli Stati Uniti...*») non costituiscono una «*specie rara*» stanziata solo negli Stati Uniti, sia consentito rinviare a FAVA, *L'importabilità delle class actions in Italia*, *Contratto e Impresa*, 2004, 166-226 nonché Id., *Class Actions all'italiana: «Paese che vai usanza che trovi» (l'esperienza dei principali ordinamenti giuridici stranieri e le proposte di legge n. 3838 e 3839)*, *Corriere Giuridico*, 2004, 397, in cui si forniscono altresì talune motivate considerazioni sulle possibilità di aggiornare, anche alla luce delle esigenze imposte dall'evoluzione dell'economia globalizzata, i principi tradizionali dell'ordinamento processuale interno al fine di consentire un trapianto senza rigetto delle *azioni rappresentative* nel rispetto delle specificità del sistema nazionale.

La tesi ha trovato di recente largo seguito anche nella dottrina più autorevole che ribalta le perplessità e il giudizio negativo dell'orientamento tradizionale (RESCIGNO, *Sulla compatibilità tra il modello processuale delle class actions ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, *Giurisprudenza Italiana*, 2000, 2224).

CONSOLO (*Fra nuovi riti civili e riscoperta delle class actions, alla ricerca di una «giusta» efficienza*, *Corriere Giuridico*, 2004, 565), cautamente favorevole, invita a maggiori riflessioni tecniche («*sembra importante, per l'efficienza della giustizia, introdurre qualche forma di azione collettiva che vada al di là di quella in materia inhibitoria di clausole abusive e di quella sempre inhibitoria in materia di consumatori... introdurre le class actions in Italia significa anche creare sistemi di deterrenza civile senza i quali evidentemente episodi significativi di prassi purtroppo generalizzate continueranno a non essere sanzionati se non con un'inefficienza di cui avremo prova una volta di più in materia per intanto di bonds decotti*»).

GIUSSANI E ZOPPINI (*Tutela del risparmio e mercati finanziari: una ricetta italiana per la «class actions»*, *Guida al Diritto*, 27/2004, 11) con il conforto del dato comparato ritengono che l'azione collettiva, pur se con i necessari correttivi, possa contribuire ad una gestione economica della giustizia («*L'azione collettiva a tutela dei diritti individuali omogenei è una nuova tecnologia del processo che si va diffondendo ormai in tutto il mondo – l'hanno di recente introdotta in varie forme, fra gli ormai numerosissimi ordinamenti il cui sviluppo sembra meritare speciale attenzione, l'Inghilterra, la Svezia, la Spagna, la Cina – con diversi miglioramenti dei suoi dispositivi di sicurezza: è perfettamente ragionevole cercare di adattarla alle strade della giustizia civile europea, ma ritenerla in linea di principio antieconomica è come suggerire che si debbano eliminare gli autobus e lasciare ai piedi chiunque non possa o non voglia pagarsi il taxi. Il progetto Letta-Maccanico-Pinza quindi, non contempla pericolosi e irragionevoli inseguimenti del modello americano: si intende piuttosto sia promuovere l'efficienza delle imprese, sia garantire l'effettività della tutela dei diritti individuali, e ciò avvalendosi in maniera doverosamente informata e critica dei risultati delle più recenti ricerche comparatistiche*»).

MENCHINI (*Per i «mass torts» e le azioni collettive la necessità di adattare i modelli stranieri*, *Guida al Diritto*, 24/2004, 11) ritiene insufficiente il solo «modello europeo» (*Verbandsklage*) che si fonda esclusivamente sull'attribuzione della legittimazione ad agire ad enti esponenziali e associazioni («*Evidente è l'insufficienza di questo sistema nei casi di danni provocati a una molteplicità di soggetti in forza di analoghi comportamenti illeciti*»).

Sarebbe stato possibile all'Avvocatura distrettuale di Firenze (o ai dipendenti del Ministero della Giustizia ricorrenti) chiedere al giudice la certificazione

Con particolare riferimento al processo amministrativo, CARINGELLA (*Corso di Diritto Amministrativo*, 2004, 632), evidenziando gli ostacoli tradizionalmente posti dagli articoli 26 T.U.C.d.S. e 4 L.TAR (che collegano la legittimazione a ricorrere alla natura individuale degli interessi attivati), mostra particolare interesse per lo strumento («A fronte di questa disarmonia tra l'esigenza ormai penetrata nel comune sentire di tutela degli interessi seriali e questa impostazione normativa, le strade percorribili sono fondamentalmente due: una di tipo legislativo ed una di tipo interpretativo. Seguendo la prima il Legislatore dovrebbe prendere atto dell'arretratezza della disciplina positiva e introdurre un nuovo sistema di accesso alla giurisdizionale, svincolato dalla natura individuale della posizione soggettiva dedotta in giudizio. In questa direzione sarebbe stato possibile introdurre nel nostro processo amministrativo forme di tutela mutate ad esempio dal diritto anglo-americano di cui sono da tempo conosciute le c.d. class actions, cioè azioni volte a tutela di interessi politici e più in generale di interessi *latu sensu* collettivi»).

Di recente MACCABONI (*Frodi finanziarie, azioni di gruppo e risarcimento del danno non patrimoniale: il caso Banco Ambrosiano, Danno e Resp.* 2005, 755), riprendendo molti degli spunti altrove già approfonditi (cfr. P. FAVA, *L'importabilità delle class actions in Italia, Contratto e Impresa*, 2004, 166-226 nonché Id., *Class Actions all'italiana: «Paese che vai usanza che trovi» (L'esperienza dei principali ordinamenti giuridici stranieri e le proposte di legge n. 3838 e 3839)*, *Corriere Giuridico*, 2004, 397), mette in evidenza attraverso l'analisi concreta del caso Banco Ambrosiano come, pur se dall'applicazione delle *class actions* potrebbero scaturire benefici e vantaggi, il dibattito dottrinale e legislativo sia ancora aperto.

Non si ritengono condivisibili né convincenti le valutazioni espresse da LENER (*L'introduzione della class action nell'ordinamento italiano del mercato finanziario*, in *Giur. Comm.* 2005, I, 269). In considerazione della tradizionale concentrazione che caratterizza gli assetti proprietari delle società italiane nonché del carente attivismo dei piccoli azionisti (scarso utilizzo degli strumenti di sollecitazione delle deleghe di voto e delle azioni di responsabilità delle minoranze) e degli investitori istituzionali si ritiene, in modo del tutto aprioristico e in contrasto con le testimonianze risultanti dai recenti scandali finanziari italiani, che in Italia potrebbe essere inutile introdurre le *class actions* per la carenza di soggetti realmente interessati ad avvalersene («il trapianto dell'istituto nella nostra esperienza giuridica potrebbe invece condurre a una «crisi di rigetto» per l'opposta ragione della carenza di soggetti realmente interessati ad avvalersene»). L'affermazione, peraltro condizionata dalla prospettiva limitante della materia societaria e finanziaria, non solo è discutibile in relazione alla specifica materia toccata ma soffre di un approccio settoriale non opportuno posto che le *class actions* non sono solo dirette a migliorare la tutela degli investitori (svolgendo un importante ruolo deterrente nei confronti delle pratiche illecite degli operatori professionali) ma anche a risolvere questioni processuali trasversali che interessano tutto il contenzioso seriale rendendo più efficiente ed economica la gestione dello stesso e aumentando, in ultima analisi, la competitività del sistema.

Per i contributi dottrinari italiani che precedono le recenti iniziative di regolazione comunitaria e nazionale nonché gli scandali finanziari e anticoncorrenziali che hanno rivitalizzato l'interesse verso lo strumento, taluni anche condizionati dalla necessità di dare risposta alle preoccupazioni delle multinazionali del tabacco statunitensi all'epoca della c.d. *tabacco litigation* circa la non praticabilità delle *class actions* in Italia, cfr. TARUFFO, *I limiti soggettivi del giudicato e le «class actions»*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1969, 609; Id., «*Collateral estoppel*» e giudicato sulle questioni (I), in *Riv. Dir. Proc.*, 1971, 651; Id., «*Collateral estoppel*» e giudicato sulle questioni (II), in *Riv. Dir. Proc.*, 1972, 272; PATTI, *L'esperienza delle «class actions»* in due libri recenti, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1979, 1559; DONDI, *Funzione «remedial» delle «injunctive class actions»*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1988, 245; GIUSSANI, *Le mass tort class actions negli Stati Uniti d'America*, in *Riv. Cri. Dir. Priv.*, 1988, 331; Id., *Un libro sulla storia della «class action»*, in *Riv. Cri. Dir. Priv.*, 1989, 171; Id., *La prova statistica nelle «class actions»*, in *Riv. Dir. Proc.* 1989, 1029; Id., *Studi sulle «class actions»*, Padova, 1996; CONSOLO, *Class actions fuori dagli USA? (Un'indagine preliminare sul versante della tutela dei crediti di massa: funzione sostanziale e struttura processuale minima)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1993, I, 609; PONZANELLI, «*Class action*», tutela dei fumatori e circolazione dei modelli giuridici, in *Foro it.*, 1995, IV, 305; SCUFFI, *Azione collettiva in difesa dei consumatori: legittimazione e tecniche processuali*, in *Giud. pace*, 1998, 317; RESCIGNO, *Sulla compatibilità tra il modello processuale delle class actions ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. it.*, 2000, 2224; CORAPI, *La tutela dei consumatori e degli investitori nel diritto statunitense: class actions e derivative suits*, in *Rass. Giur. Energia Elettr.* 2003, 401. Sulla *derivative action* statunitense cfr. anche BISOGNI, *La derivative action nel sistema di governo della public corporation*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1996, I, 191.

della classe (tutti i dipendenti delle Amministrazioni cui si applica il Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro Comparto Ministeri) al fine di consentire l'aggregazione della stessa e la soluzione unificata della questione controversa seriale (interpretazione delle previsioni del CCNL in materia di indennità di amministrazione e tredicesima), senza lasciare sul tappeto pesanti «appendici» di contenzioso da continuare a gestire.

Circa la possibilità di considerare le azioni rappresentative uno strumento costituzionalmente necessario (chiaramente con quegli adattamenti che consentano all'operazione di trapianto di non dare luogo a rigetti dovuti all'omesso coordinamento con i principi fondamentali del sistema processuale interno) nonché quella di superare le obiezioni tecniche mosse dalla dottrina tradizionale in relazione alle note questioni dell'inesistibilità degli effetti *ultra partes* del giudicato e del divieto nostrano di *quota litis* si richiama quanto motivatamente già osservato in altra sede (10).

Qui giova ricordare che, contrariamente a quanto erroneamente ritenuto dall'opinione dominante, anche negli Stati Uniti (come in tutte le moderne democrazie che hanno introdotto lo strumento processuale) si è posto il problema del possibile contrasto con la Costituzione federale (11) delle *class actions* in merito alla violazione del diritto di difesa dei membri «assenti» della classe. La questione è stata risolta dalla Corte Suprema e dal Legislatore federale con l'introduzione del meccanismo di *notice/opt-out* (con la certificazione giurisdizionale, che viene adeguatamente ed efficientemente pubblicizzata, si attribuisce la qualità di parte anche ai membri della classe «assenti»; questi ultimi sono rappresentati dai soggetti che procedono su autorizzazione del giudice ma possono essere sempre estromessi dal giudizio seriale ove lo richiedano nei termini stabiliti). Peraltro, recentissime iniziative legislative hanno introdotto nuovi strumenti (in particolare destinati ad attecchire sulle questioni di competenza e sul compenso dei legali) volti ad eliminare quei fenomeni patologici che hanno in alcuni casi comportato un uso distorto delle *class actions* (12).

In Inghilterra, viceversa, gli strappi ai principi sono stati evitati in radice mettendo a punto un sistema (che per la verità non ha nulla o poco in comune con le autentiche *class actions* statunitensi, canadesi o australiane) col quale si consente l'aggregazione solo degli appartenenti alla classe che

(10) FAVA, *L'importabilità delle class actions in Italia, Contratto e Impresa*, 2004, 166-226 e nonché Id., *Class Actions all'italiana: «Paese che vai usanza che trovi» (l'esperienza dei principali ordinamenti giuridici stranieri e le proposte di legge n. 3838 e 3839)*, *Corriere Giuridico*, 2004, 397.

(11) Il V Emendamento della Costituzione federale statunitense (*No person shall be deprived of life, liberty, or property without due process of law*) prevede il principio del *due process of law* che, affinché si verifichi la produzione degli effetti processuali del provvedimento giurisdizionale nella sfera giuridica del soggetto nei cui confronti si agisce, impone di far acquistare allo stesso la qualità di parte processuale.

(12) *Class Actions Fairness Act* 2005, firmato dal Presidente Bush il 18 febbraio 2005 dopo l'approvazione definitiva del Senato (10 febbraio 2005) e della Camera (17 febbraio 2005), in www.law.cornell.edu.

facciano espressa richiesta di partecipare al giudizio collettivo “iscrivendosi” al *litigation group register* tenuto presso la corte che procede (*management court*) (13).

Passando dal «poter essere» all’«essere», allo stato in Italia, anche dopo pronunce come quella in commento, è necessario continuare a «gestire» le «appendici» del contenzioso seriale perché, al di là del giudizio che si è chiuso con la soluzione giurisprudenziale «tendenzialmente definitiva» sulla questione di fatto o di diritto comune a tutti i membri della classe, restano incardinati nel sistema processuale tutti gli altri processi (solitamente numerosissimi) che devono proseguire e che, talvolta, possono anche dare luogo ad esiti sconcertanti (14). A ciò si aggiunga che nuovi giudizi possono essere introdotti in relazione a pretese per le quali non sono ancora decorsi i termini di prescrizione e di decadenza.

Questa situazione dovrebbe essere valutata non solo in relazione all’efficienza del sistema processuale considerato nel suo complesso e all’opportunità di evitare contrasti tra pronunce ma anche alla luce di una prospettiva economico-contabile volta al contenimento dei costi inutili e all’eliminazione di sprechi nell’uso del denaro pubblico.

Si pensi a tutta l’attività processuale avente un contenuto analogo (udienze, atti defensionali, accertamenti, notifiche, provvedimenti giurisdizionali), all’impegno lavorativo di giudici e avvocati gravanti sul bilancio dello Stato, ma anche alle risorse materiali che ruotano direttamente o indirettamente attorno all’espletamento della funzione giurisdizionale e defensionale (carta, energia elettrica, benzina...) interessata dalla «gestione appendicolare» di un contenzioso «tendenzialmente chiuso» e che si limitano solo a riprodurre, ripetere e ripercorrere attività che già si sono altrove esaurite.

Se si eliminasse questo sistema a «carta carbone» e si unificassero in un solo contesto tutte le attività richieste per la ricerca della soluzione processuale che applichi e interpreti la normativa rilevante al caso seriale concreto, tutte queste risorse ed energie inutilmente spese potrebbero essere ricollocate e utilizzate per migliorare e rendere più efficiente il nostro sistema processuale interno.

Peraltro, ove lo strumento non sia rimesso solo all’iniziativa delle associazioni di consumatori (15) o limitato a taluni settori (materia societaria e

(13) Per i dettagli relativi al funzionamento degli strumenti utilizzati negli Stati Uniti, in Canada, in Australia e in Inghilterra cfr. FAVA, *L’importabilità delle class actions in Italia, Contratto e Impresa*, 2004, 166-226 nonché Id., *Class Actions all’italiana: «Paese che vai usanza che trovi» (L’esperienza dei principali ordinamenti giuridici stranieri e le proposte di legge n. 3838 e 3839)*, *Corriere Giuridico*, 2004, 397.

(14) Si pensi ai decreti ingiuntivi ottenuti da taluni dipendenti allegando la sola pronuncia del Tribunale di Pisa 9 gennaio 2004, n. 726/03 che aveva, per così dire, «aperto il filone».

(15) La limitazione alla materia consumeristica è prevista dai disegni di legge A.C. 3838, A.C. 3839 e S 3058 citati *sub* nota 7.

Si è già messo in evidenza come questo aspetto è destinato a produrre incertezze applicative a partire dall’identificazione del campo di applicazione della normativa approvanda non solo perché la nozione di consumatore non è affatto consolidata ma anche perché non risultano circoscrivibili, tra l’altro, né la materia consumeristica né i poteri rimessi al consumatore.

Si segnalano due dei «casi» processuali recenti più significativi.

finanziaria) (16) ma sia fruibile da qualunque parte processuale coinvolta in contenziosi di natura seriale, dell'eventuale introduzione delle azioni rappresentative (*class actions*) nel sistema processuale italiano potrebbe beneficiare anche l'Avvocatura dello Stato sia in termini di semplificazione e miglioramento della gestione del contenzioso seriale sia per le accresciute potenzialità di chiusura stragiudiziale (17).

Sulla mancanza di chiarezza e consolidamento della nozione di consumatore si segnala che la Consulta (ordinanza 16 luglio 2004, n. 235, in *Foro It.*, 2005, I, 992), dichiarando manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1469 *bis* c.c. per contrasto con l'articolo 3 Cost. nella parte in cui non include nella nozione di consumatore anche il beneficiario non contraente della polizza infortuni cumulativa stipulata dal datore di lavoro titolare di un autonomo e non derivato diritto ai vantaggi dell'assicurazione, ha correttamente rimesso la soluzione della problematica circa l'equiparabilità del menzionato lavoratore assicurato al consumatore contraente individuale al giudice *a quo* (Trib. Napoli, ordinanze 22 luglio e 21 novembre 2002 nonché 11 marzo e 29 aprile 2003 che si è commentato in *L'estensione della necessaria facoltatività delle perizie contrattuali alle polizze infortuni cumulative: i lavoratori assicurati sono consumatori ex art. 1469 bis c.c.*, *Corriere Giuridico*, 2003, 659) che non aveva nemmeno tentato di dare alla norma un'interpretazione conforme a Costituzione in palese violazione dell'obbligo di verificare la praticabilità di vie ermeneutiche costituzionalmente orientate.

Con riferimento all'incertezza dei rimedi a disposizione del consumatore si segnala la vicenda dei rimborsi dei premi R.C.A. Le Sezioni Unite della Suprema Corte (sentenza 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foro It.*, 2005, I, 1014), interessate con l'ordinanza 17 ottobre 2003, n. 15538, della Sezione III (in *Foro It.*, 2003, I, 2938), hanno finalmente ribaltato l'orientamento espresso nella pronuncia 9 dicembre 2002, n. 17475 della Sezione I. Le Sezioni Unite hanno affermato che il consumatore è direttamente tutelato dalla normativa sulla concorrenza ed è conseguentemente legittimato ad agire con i relativi rimedi risarcitori riprendendo talune considerazioni già espresse in occasione delle dure critiche mosse alla pronuncia 17475/02 (cfr. FAVA, *L'importabilità delle class actions in Italia*, cit. 177-183 nonché Id., *Class Actions all'italiana...*, cit. 409-412 per i riferimenti al diritto statunitense e comunitario nonché alle relative applicazioni giurisprudenziali non perfettamente conosciuti e/o fraintesi dalla sentenza della Cassazione del 2002 che pur ad essi si richiamava) che, viceversa, era stata accolta favorevolmente della dottrina quasi unanime (cfr. GUIZZI, *Struttura concorrenziale del mercato e tutela dei consumatori. Una relazione ancora da esplorare*, in *Foro It.*, 2004, I, 479 afferma che l'interesse del consumatore è un «interesse di mero fatto, come tale non tutelabile in via giurisdizionale»; CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile, Danno e Resp.* 2004, 469 e Id., *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi, Danno e Resp.* 2004, 1165; è contrario LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust, Danno e Resp.*, 2004, 933).

(16) Come previsto dalle proposte A.C. 4639 e A.C. 4747.

(17) Lo stesso Avvocato Generale dello Stato, Avv. Oscar Fiumara, ha segnalato alle Autorità presenti alla cerimonia del suo insediamento tenutasi il 25 ottobre 2005, l'opportunità che l'Avvocatura dello Stato svolga un ruolo chiave nella selezione delle cause pilota («un cenno va fatto alla recente esperienza del contenzioso seriale promosso da vaste platee di consumatori, a volte per effetto di provvedimenti delle autorità indipendenti (si pensi alla vicenda dei rimborsi dei premi assicurativi in materia di responsabilità automobilistica), o in relazione a vicende di grande impatto sociale (si pensi alla tutela del risparmio o alla tutela della salute da rischi di massa); alcune proposte legislative tendono ad introdurre lo strumento della class action allo scopo di ridurre i costi processuali e di favorire soluzioni rapide e giuridicamente omogenee: in tale ambito l'Avvocatura dello Stato, per le descritte sue caratteristiche, oltre che prevenire o contenere tali tipi di contenzioso, potrebbe utilmente intervenire nella delicata fase preliminare di selezione delle cause pilota», discorso di insediamento dell'Avvocato Generale dello Stato, Avv. Oscar Fiumara, in *questa Rassegna*, n. 2/2005).

Evitando di confondere la tutela degli interessi diffusi con le problematiche legate alla risoluzione unitaria, omogenea ed efficiente delle questioni di fatto e/o di diritto di natura seriale (18), sarebbe, pertanto, opportuno mutare l'angolo prospettico di analisi e di studio delle azioni rappresentative considerando che le stesse non svolgono esclusivamente una funzione deterrente nei confronti di pratiche illecite, scorrette o sleali degli operatori professionali ma costituiscono, più generalmente, un efficace ed efficiente strumento di miglioramento della gestione del contenzioso seriale. In tal modo si dovrebbe considerare la possibilità di mettere a punto un disegno di legge a carattere più generale e trasversale anche attraverso l'ausilio e l'interessamento dei soggetti istituzionalmente competenti nella gestione del contenzioso seriale dello Stato che potrebbero apportare un prezioso contributo in considerazione dell'unica e irripetibile esperienza maturata da anni nel settore.

Si ritiene opportuno, pertanto, che dopo i decisivi passi compiuti nella semplificazione amministrativa e le ricerche e le sperimentazioni in materia di miglioramento della qualità della regolazione, sia giunto il momento di cominciare ad interessarsi degli strumenti di semplificazione processuale per far prepotentemente sterzare la giustizia italiana verso modelli che non solo evitino imbarazzanti giudizi di condanna dinanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, pesanti esborsi di denaro pubblico per irragionevole durata del processo e penalizzazioni della giustizia italiana (anche arbitrale) nel contesto internazionale da sempre additata come modello patologico di inefficienza e lungaggine, ma anche che, caratterizzandosi per l'efficientismo, l'eliminazione dei costi inutili e la riallocazione delle risorse pubbliche, comportino un innalzamento della competitività del sistema interno.

Dott. Pasquale Fava ()*

Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza 13 luglio 2005, n. 14698 – Pres. V. Carbone – Rel. M. La Terza – P.M. Domenico Iannelli – B. C. (Avv. R.G. Cipriani e B. Lucia) c/ Ministero della Giustizia (Avv.ti dello Stato G. D'Avanzo e P. Fava, estensore).

L'indennità dei amministrazione non è conteggiabile ai fini della tredicesima mensilità. L'art. 7 del dleps 25 ottobre 1946, n. 263, non contiene alcuna previsione di omnicomprensività della tredicesima anzi depono in senso contrario come confermato dalla volontà delle parti contraenti espressa nelle disposizioni dei CCNL applicabili.

«(Omissis) Svolgimento del processo – Con sentenza del 10 luglio 2004 la Corte d'appello di Firenze, riformando la statuizione resa dal Tribunale di Pisa il 10 dicembre 2003, rigettava la domanda proposta da V.B. e dagli altri dipendenti del Ministero della Giustizia indicati in epigrafe, intesa ad ottenere le differenze retributive derivanti dalla inclusione della indennità di amministrazione nella tredicesima mensilità.

(18) Le pericolose sovrapposizioni e la mancanza dei dovuti distinguo sono ancora presenti anche nella dottrina più recente. Cfr. RESCIGNO, *L'introduzione della class action nell'ordinamento italiano. Profili generali*, in *Giur. Comm.* 2005, I, 407 («...se ancora non può dirsi introdotta nel nostro ordinamento la class action di cui si discute in questo convegno, tuttavia il riconoscimento della tutela processuale degli interessi diffusi – e segnatamente degli interessi ai quali principalmente si rivolge lo strumento della class action: quelli dei consumatori dei beni e dei servizi prodotti e prestati dalle imprese (di cui uno degli esempi più importanti è appunto quello del risparmiatore che affida agli intermediari il proprio denaro a fini di investimento) ha compiuto significativi passi avanti»).

(*) Procuratore dello Stato presso l'Avvocatura Generale.

La Corte territoriale – negata l'esistenza nell'ordinamento di un principio generale di onnicomprensività della retribuzione ed affermata però la necessità di verificare se una disposizione specifica di fonte primaria imponesse la onnicomprensività della tredicesima mensilità – rilevava che l'art. 33 comma terzo del C.C.N.L. integrativo 1998/2001 prevedeva che, in relazione alla disciplina della tredicesima mensilità, si continuava a far riferimento al dlcgs n. 263 del 1946 e successive modifiche. A detta disposizione, soggiungevano i Giudici di merito, non poteva conferirsi il valore di fonte legale, ma di fonte negoziale, essendo richiamata dal C.C.N.L., secondo la tecnica del rinvio materiale, considerando che l'art. 69 primo comma del testo unico n. 165 del 2001 prevede che le disposizioni generali e speciali in materia di pubblico impiego diventano «inapplicabili a seguito della stipulazione dei contratti collettivi del quadriennio 1994/1997 in relazione ai soggetti ed alle materie dagli stessi contemplate» di talché dovevano considerarsi definitivamente abrogate tutte le norme di cui sopra dopo il rinnovo contrattuale per il quadriennio successivo. La Corte territoriale, contrariamente a quanto affermato dal primo Giudice, escludeva che l'abrogazione derivante dalla stipula del secondo contratto collettivo fosse operativa solo se enunciata espressamente dalla fonte negoziale, non potendosi affidare alla volontà delle parti la abrogazione di disposizioni di legge, considerando anche la definitiva cancellazione dall'ordinamento della disciplina legale previdente alla seconda mandata contrattuale, per riallineare tutta la normativa a quella dell'impiego privato.

La stipula del C.C.N.L., in tale sistema transitorio, si atteggia a mero evento da cui il citato art. 69 del d.lgs. 165/2001 fa dipendere l'effetto abrogativo delle norme generali e speciali proprie del «vecchio» pubblico impiego, per cui, da quel momento in poi il complesso delle fonti si compendia nelle norme di cui allo stesso d.lgs. 165/2001, nelle norme codicistiche sul rapporto di lavoro, nelle norme speciali in tema di lavoro subordinato, nelle norme contrattuali e nelle norme di legge intervenute medio tempore qualora si siano definite come non derogabili dal contratto collettivo (art. 2 del d.lgs. 165/2001).

In ogni caso, anche ad accedere alla diversa ricostruzione operata dal primo Giudice, osservavano i Giudici d'appello, che il criterio di onnicomprensività enunciato dall'art. 7 del d.lgs. n. 263 del 1946, non può ritenersi rilevante ai fini della questione, in ragione della sua intrinseca inattualità, perché il legislatore dell'epoca, nel regolare la disciplina della grafica natalizia, oggi tredicesima mensilità, aveva come riferimento una struttura della retribuzione del tutto diversa da quella cui deve farsi attualmente riferimento ex art. 28 del C.C.N.L. 1998/2001, in quanto sicuramente mancante di elementi come l'indennità di amministrazione, connotati non dal nesso di corrispettività, ma dall'accessorietà, per cui il citato art. 7 imporrebbe di applicare il criterio di onnicomprensività limitatamente alle voci stipendiali ivi previste, ossia stipendio e indennità di caro vita, e non anche ai trattamenti retributivi introdotti successivamente. Passando poi ad esaminare la indennità di amministrazione alla luce delle disposizioni contrattuali, la Corte di Firenze affermava che nessuna di queste ne imponeva la inclusione nella tredicesima mensilità, ed infatti secondo l'art. 33 comma 3 del C.C.N.L. 1998/2001, come modificato dall'art. 17 comma 1 Idei contratto integrativo, la medesima viene corrisposta per dodici mensilità, ha carattere di generalità e natura fissa e ricorrente, caratteristiche che nulla dicono circa la sua inclusione nella tredicesima. Inoltre, l'art. 25 del C.C.N.L. integrativo distingue tra retribuzione base mensile, retribuzione individuale mensile e retribuzione di fatto annuale, disponendo che quest'ultima è «costituita dall'importo della retribuzione individuale mensile per dodici mensilità, cui si aggiunge il rateo della tredicesima mensilità per le voci corrisposte anche a tale titolo». Ed ancora l'art. 17 del C.C.N.L. integrativo 1998/2001 dispone che per il biennio economico 2000/2001 l'indennità di amministrazione sia considerata utile solo agli effetti del T.F.R. e del preavviso.

Infine due ulteriori considerazioni conducevano ad escludere il computo della indennità di amministrazione nella tredicesima mensilità: in primo luogo il fatto che, secondo il medesimo C.C.N.L., solo per il personale penitenziario la medesima dovesse essere erogata per tredici mensilità, ed il fatto che all'art. 21 del successivo C.C.N.L. 2002/2005 veniva espressamente previsto che gli aumenti stipendiali erano utili anche ai fini della tredicesima, mentre per gli aumenti della indennità di amministrazione mancava una previsione analoga, per cui gli incrementi dovevano considerarsi limitati alle dodici mensilità.

Avverso detta sentenza i lavoratori soccombenti propongono ricorso affidato a due motivi illustrati da memoria.

Resiste l'Avvocatura dello Stato per il Ministero di Giustizia con controricorso.

Motivi della decisione – Con il primo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione; degli artt. 69 e 71 del d.lgs. 165/2001, dell'art. 1362 cod. civ. e dell'art. 12 delle preleggi, per avere la sentenza impugnata affermato che l'art. 7 del dlcps n. 263 del 1946 era stato abrogato ad opera dell'art. 69 primo comma del d.lgs. 165/2001, mentre, sostengono i ricorrenti, con il testo unico del 2001 si era inteso mitigare l'effetto abrogativo «a cascata» di cui all'art. 69 primo comma, attraverso l'introduzione del successivo art. 71, per cui l'abrogazione riguarderebbe solo le norme di cui agli allegati A) e B) e quindi la disposizione del dlcps n. 263 del 1946, che reca il sistema di calcolo della tredicesima mensilità, non sarebbe mai stata abrogata, né esplicitamente né implicitamente per incompatibilità, dal momento che è proprio la norma contrattuale a richiamarla.

Con il secondo motivo, denunciando violazione e falsa applicazione del C.C.N.L. del Comparto Ministeri, ai sensi dell'art. 63 del d.lgs n. 165 del 2001 e difetto di motivazione, si sostiene che la base di calcolo della tredicesima mensilità è la retribuzione individuale mensile, la quale – secondo il C.C.N.L. integrativo 1998/2001 – è costituita dalla retribuzione base mensile nonché da altri eventuali assegni personali a carattere fisso e continuativo comunque denominati, tra cui si dovrebbe ricomprendere anche l'indennità di amministrazione, trattandosi di elemento fisso e continuativo, per cui avrebbero errato i Giudici di merito a ritenere che la medesima indennità sia esclusa dalla «retribuzione normale» sul rilievo che la medesima era stata inclusa solo in alcuni compensi come T.F.R. e preavviso, l'art. 17 comma 12 del C.C.N.L. integrativo 98/2001, perché, al contrario, detta inclusione sarebbe implicita per la sua natura retributiva normale.

Il ricorso non merita accoglimento.

1. – Invero per decidere la questione sottoposta nella presente causa, ossia se la tredicesima mensilità debba o meno essere comprensiva della indennità di amministrazione, non è necessario affrontare la complessa questione relativa alla ritenuta abrogazione (censurata con il primo motivo) – ad opera dell'art. 69 del d.lgs. n. 165 del 2001 – dell'art. 7 del dlcps del 25 ottobre 1946 n. 263, ossia della disposizione che, secondo la prospettazione dei ricorrenti, sancirebbe la onnicomprensività della tredicesima mensilità, perché, anche ad escludere la permanenza di detta disposizione nell'ordinamento come fonte legale, la previsione del citato art. 7 avrebbe in ogni caso valore cogente come fonte contrattuale, perché il relativo disposto viene espressamente richiamato dall'art. 33 comma 3 del C.C.N.L. integrativo 1998/2001, ossia dal contratto collettivo che è la fonte cui l'art. 2 comma 3 del d.lgs. 165/2001 affida in via esclusiva l'attribuzione dei trattamenti economici.

2. – Occorre quindi interpretare il disposto dell'art. 7 del dlcps 263/46, cui le parti stipulanti il C.C.N.L. hanno fatto riferimento per la determinazione della tredicesima.

Come correttamente rilevato dai Giudici di merito, detto art. 7 non solo non contiene alcuna previsione di onnicomprensività della tredicesima, ma depone addirittura in senso contrario. Ed infatti dal tenore letterale della disposizione: «*Detta gratificazione, commisurata al trattamento economico complessivo spettante alla data suindicata per stipendio, paga o retribuzione e indennità di carovita, escluse le quote complementari, va corrisposta per intero al personale in servizio...*» si desume che il trattamento economico «complessivo» a cui si fa riferimento non è tale in senso assoluto, ossia non è comprensivo di tutto quante percepito, perché in questo caso non vi sarebbe stata necessità di precisare gli addendi da considerare, ma è quello risultante dal totale delle due somme espressamente indicate ossia stipendio, paga o retribuzione (che sono termini equivalenti indicanti il trattamento di base, che vengono distinti a seconda del personale di riferimento, come si rileva dall'art. 1 del medesimo dlcps) e indennità di carovita. E ciò non solo perché contro la onnicomprensività della formula milita la esplicita esclusione; di una determinata indennità, ossia delle «quote complementari», che costituivano maggiorazione dell'indennità di carovita, spettante ad alcuni soggetti, come coloro che avevano prole minorenni, o genitori inabili a carico (cfr. art. 2 d.lgs. luogotenenziale 21 novembre 1945 n. 722), ma anche considerando la struttura del trattamento economico del personale statale vigente all'atto dell'entrata in vigore del citate dlcps 263/46, il quale per la prima volta introdusse la tredicesima mensilità. Orbene, anche nel contesto in cui si trovò ad incidere la disposizione del 1946, al pri di quanto avviene attualmente, nel trattamento economico del personale statale erano incluse – oltre lo stipendio, o paga o retribuzione, che costituivano il trattamento di base e l'indennità di carovita - anche altre indennità, come risulta sia dall'art. 4 del medesimo dlcps 263/46, il quale precisa che le nuove misure stipendiali non avevano effetti «*sulle altre indennità ed assegni accessori di attività di servizio comunque denominati...*», sia dall'art. 5 che fa riferimento «*all'assegno perso-*

nale previsto dall'art. 4 del R.D. 11 novembre 1923 n. 2395». Ossia, all'entrata in vigore del dlcps n. 263 del 1946 la retribuzione del personale statale constava non solo del trattamento di base e dell'indennità di carovita, ma anche di indennità e di assegni accessori, che però furono esclusi dal computo della tredicesima mensilità ad opera del citato art. 7 del dlcps, segno quindi che prima il legislatore, e poi le parti stipulanti il C.C.N.L. che ad esso hanno fatto riferimento, la intesero computare al netto delle indennità che allora venivano erogate, e quindi in misura non onnicomprensiva.

Pertanto il suddetto art. 7 del dlcps del 1946 conduce ad negare la inclusione dell'indennità di amministrazione nella tredicesima mensilità.

3. – La conferma si trae dalle altre disposizioni dei C.C.N.L., ossia dal C.C.N.L. 1998/2001, dal C.C.N.L. 2002/2003 ed anche da quello integrativo, parimenti stipulato dall'Anni il 16 febbraio 1999.

Per quanto riguarda le disposizioni in materia di tredicesima, l'art. 25 del C.C.N.L. integrativo 16 febbraio 1999 distingue tra «retribuzione base mensile» (composta dal valore economico mensile di ciascuna delle posizioni dell'area e dall'indennità integrativa speciale), «retribuzione individuale mensile» (costi) oltre dalla retribuzione base mensile, dalla retribuzione individuale di anzianità, dalla indennità di posizione organizzativa, ove spettanti, nonché dagli altri eventuali assegni personali a carattere fisso e continuativo) e «retribuzione globale di fatto annuale», la quale è costituita dalla retribuzione individuale mensile per dodici mensilità, cui si aggiunge il rateo di tredicesima «per le voci che sono corrisposte anche a tale titolo». Questa espressione conduce ad escludere, contrariamente a quanto sostenuto dai ricorrenti, che la tredicesima si debba commisurare alla «retribuzione individuale mensile» e che sia quindi comprensiva – oltre che della retribuzione base – anche di tutti gli assegni a carattere fisso e continuativo. La tredicesima invero si distingue dalla retribuzione individuale mensile perché in essa vanno computate solo le voci espressamente previste, di talché, per addivenire all'accoglimento della pretesa fatta valere dai ricorrenti, si dovrebbe reperire una precisa disposizione, all'interno del C.C.N.L., che prevedesse la inclusione della indennità di amministrazione nella medesima tredicesima mensilità.

4. – Siffatta disposizione non è però rinvenibile, come ha giustamente osservato la sentenza impugnata. Infatti secondo l'art. 33 comma 3 del C.C.N.L. 1998/2001, come modificato dall'art. 17 comma 11 del contratto integrativo, la indennità di amministrazione viene corrisposta per dodici mensilità, ha carattere di generalità e natura fissa e ricorrente. Il carattere di generalità dice solo che essa deve essere corrisposta a tutti i dipendenti, la natura ricorrente dice che deve essere corrisposta con la medesima cadenza temporale, mentre la natura fissa significa che la medesima è parametrata a criteri oggettivi di determinazione. Ed ancora l'art. 17 del C.C.N.L. integrativo 1998/2001 dispone che per il biennio economico 2000/2001 l'indennità di amministrazione sia considerata utile agli effetti del T.F.R. e del preavviso, e la espressa previsione di inclusione dell'indennità solo in queste competenze, conduce a ritenere che la medesima si intenda esclusa in tutte le altre, ed in particolare debba essere esclusa dalla tredicesima mensilità. Lo conferma un ulteriore elemento testuale che si nova nel C.C.N.L. 2002/2005. e precisamente nella tabelle allegate che formano parte integrante del testo contrattuale, dal momento che nella tabella A) vengono fissati gli incrementi mensili della «retribuzione gabellare» con la precisazione che i medesimi valgono per tredici mensilità, mentre nelle tabelle C) e D) vengono fissati gli incrementi mensili «dell'indennità di amministrazione», distinti per ministeri, con la precisazione che detti incrementi valgono per dodici mensilità, dimostrandosi così che se gli aumenti valgono per dodici mensilità, anche l'indennità medesima non può che valere per dodici mensilità.

Il ricorso va quindi rigettato.

Stante la novità della questione, si compensano tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M. La Corte rigetta il ricorso e compensa tra le parti le spese del giudizio.

Così deciso in Roma il 9 giugno 2005 (*omissis*)».

Le difese dell'Avvocatura Generale dello Stato.

Si riportano le deduzioni difensive svolte nel controricorso del 15 novembre 2004 redatto dall'Avv. Pasquale Fava, controfirmato dall'Avv. Gabriella D'Avanzo (ct. 49709/04).

«*Omissis* In diritto

1. – *Con il primo motivo di ricorso* i ricorrenti chiedono la cassazione e la riforma della sentenza impugnata per non avere la Corte d'Appello riconosciuto all'articolo 71 del D.Lgs 165/2001 l'efficacia di «mitigare l'effetto abrogativo a cascata enunciato dall'articolo 69».

La censura è infondata per le seguenti ragioni

A) Il rinvio contrattuale all'articolo 7 del D.Lgs. C.P.C. N. 263/46 conferma la tesi dell'irrelevanza dell'indennità di amministrazione ai fini del computo della tredicesima.

Il rinvio compiuto dall'articolo 33, comma 3, del C.C.N.L. integrativo 1998/2001, All. A maggio, (recante «Modalità di applicazione dei benefici economici previsti da discipline speciali») e inserito nel Capo I «Disposizioni finali e transitorie» del Titolo V del contratto all'articolo 7 della normativa del 1946 («per quanto riguarda la disciplina della tredicesima mensilità si continua a fare riferimento al D.Lgs.C.P.S. 25 ottobre 1946, n. 263 e successive modificazioni od integrazioni») non può consentire di affermare l'esistenza di un principio di omnicomprensività della retribuzione ai fini del calcolo dell'indennità di amministrazione in tredicesima, in quanto si tratta di una tecnica redazione frequentemente utilizzata dalla contrattazione collettiva per evitare di dover riscrivere il testo delle disposizioni cui ci si richiama.

In applicazione dei principi di ermeneutica normativa e contrattuale, risulta evidente che la normativa cui si fa riferimento acquista la medesima forza della disposizione richiamante e deve essere inserita nel complesso delle disposizioni del contratto collettivo senza creare rapporti di incompatibilità che, ove sussistenti, vanno risolti affermando la prevalenza delle previsioni di fonte contrattuale, in conformità ai principi di contrattualizzazione e privatizzazione del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'amministrazione affermati dal D.Lgs. 165/2001.

In altri termini, la norma viene richiamata dalla stessa fonte negoziale e non può essere interpretata in modo incompatibile con le disposizioni della contrattazione collettiva e con quelle del D.Lgs 165/2001 che impongono un accurato controllo da parte del Ministero dell'Economia e delle Finanze e della Corte dei Conti in relazione al rispetto dei tetti di spesa pubblica stanziati per la contrattazione collettiva (articoli 45 e 48) e che fissano il principio che l'attribuzione di trattamenti economici può avvenire solo mediante contratti collettivi (articolo 2, comma 3).

Si ricordi, difatti, che l'articolo 2, 3° comma, del D.Lgs. 165/2001 stabilisce che «l'attribuzione di trattamenti economici può avvenire esclusivamente mediante contratti collettivi» (la norma riproduce quella contenuta nell'art. 2 del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, e conferma le analoghe disposizioni degli artt. 2 e 49 del D. Lgs 3 febbraio 1993, n. 29, e della legge quadro sul pubblico impiego 29 marzo 1983, n. 93, nonché aggiunge che «le disposizioni di legge, regolamenti o atti amministrativi che attribuiscono incrementi retributivi non previsti da contratti cessano di avere efficacia a far data dall'entrata in vigore del relativo rinnovo contrattuale» sancendo in tal modo la prevalenza della contrattazione collettiva su qualsiasi altra norma o fonte normativa in materia di trattamenti economici dei pubblici dipendenti).

Peraltro, la prevalenza della contrattazione collettiva in materia di trattamenti economici dei pubblici dipendenti vuole garantire la compatibilità delle pretese economiche con la disponibilità delle necessarie risorse finanziarie e risponde, quindi, all'esigenza di assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'Amministrazione, secondo i precetti sanciti dall'art. 97 della Costituzione, tenuto conto che il procedimento di contrattazione collettiva delineato dall'art. 47 del D.Lgs. n. 165/2001 prevede anche l'intervento governativo e il controllo contabile della Ragioneria Generale dello Stato e della Corte dei Conti.

A conferma dell'opzione ermeneutica che impone il rinvio di natura contrattuale all'articolo 7, la cui disciplina viene richiamata nei limiti della compatibilità con le disposizioni della contrattazione collettiva, si rappresenta che la contrattazione collettiva non potrebbe avere il potere di disporre degli effetti abrogativi della precedente disciplina di fonte unilaterale già disposti a livello di normativa primario (dall'articolo 69 del D.Lgs 165/2001). Né potrebbe argomentarsi diversamente dalla lettura dell'articolo 71.

L'articolo 69 del D.Lgs. 165/2001 ha stabilito che le norme generali e speciali del pubblico impiego vigenti alla data del 13 gennaio 1994 e non abrogate (espressamente dal testo unico del pubblico impiego) sono inapplicabili a seguito della stipulazione dei contratti collettivi del quadriennio 1994-1997 e cessano di avere efficacia dal momento della sottoscrizione dei contratti collettivi del quadriennio 1998-2001. L'effetto abrogativo, conformemente al meccanismo di delegificazione (qui in realtà di autentica deregolamentazione in quanto alla fonte pubblicistica autoritativa si sostituisce la fonte negoziale), è disposto direttamente dal decreto legislativo e si verifica al momento della stipulazione dei contratti della seconda tornata che costituiscono il mero fatto al verificarsi del quale si producono gli effetti abrogativi. Ciò non è contraddetto dal comma 3 dell'articolo 71 in quanto l'individuazione

delle norme da disapplicare in quanto incompatibili con la stipula dei contratti collettivi nazionali (o dei contratti quadro) è prevista a meri effetti ricognitivi di certezza del diritto e non ha alcun valore costitutivo, come confermato dal primo comma dello stesso articolo che prevede «rimangono salvi gli effetti di quanto previsto dallo stesso comma 1 dell'articolo 69 con riferimento all'inapplicabilità delle norme incompatibili con quanto disposto dalla contrattazione nazionale».

Autorevole dottrina ha rilevato che l'articolo 69 pone la disciplina idonea ad assicurare la graduale sostituzione del regime attualmente in vigore nel settore pubblico in quanto con esso «viene previsto un regime bifasico collegato all'intervento della contrattazione collettiva per lo smantellamento della pregressa regolamentazione del pubblico impiego, con la non applicazione nella prima tornata contrattuale e la cessazione di efficacia nella seconda, così da permettere un atterraggio morbido del lavoro pubblico nei nuovi territori del diritto privato. Infatti mentre in una prima fase la normativa pubblicistica considerata continua a trovare applicazione per i soggetti e le materie non regolamentate dall'autonomia collettiva, nella successiva viene meno completamente» (RICCARDI A., *Il rapporto tra fonti unilaterali e contratto collettivo, in Diritto del Lavoro*, Commentario a cura di Carinci F., 2004, 173, nonché in giurisprudenza TAR Lazio, Sez. III, 13 novembre 1995, n. 1783, in *TAR*, 1995, 4765; TAR Friuli Venezia Giulia 3 luglio 1997, in *Giur. Mer.*, 1998, 342; TAR Toscana, Sez. II, 10 novembre 1998, n. 1043; Corte dei Conti Liguria, Sez. Giur., 12 ottobre 1995, n. 88, in *Riv. Corte Conti*, 1995, 151; TAR Lazio, Sez. II, 10 novembre 1999, n. 2151). *Né l'effetto abrogativo potrebbe essere vanificato dalla contrattazione collettiva che non avrebbe alcun potere di «disporre» dell'effetto abrogativo, dilazionando l'effetto abrogativo ad un secondo momento in modo assolutamente contrastante con l'art. 69 (che lega irrimediabilmente alla seconda tornata contrattuale l'effetto automatico di cessazione di efficacia di tutte le norme pubblicistiche).*

Il rapporto esistente tra gli articoli 69 e 71 è stato correttamente impostato dalla dottrina maggioritaria. «La soluzione del problema deve essere trovata nella funzione della norma che va rinvenuta nelle leggi delega e nelle vicende storiche nel cui contesto essa è nata. Per quanto attiene alle deleghe non va dimenticato che esse hanno finalità di garantire il riordino e il coordinamento delle norme già emanate, provvedendo ad una indicazione espressa delle disposizioni abrogate a seguito della sottoscrizione dei contratti del periodo 1994-1997 e di quelle che hanno cessato di produrre effetti dalla sottoscrizione della seconda tornata contrattuale. Lo scopo è evidentemente quello di fare ordine racchiudendo in un testo normativo le disposizioni pubblicistiche che gradualmente sono state eliminate... (l'articolo 71) ha una finalità meramente pratica e non può essere considerata come innovativa del meccanismo previsto dall'articolo 69. In sostanza l'articolo 71 è una disposizione con una funzione «ricognitiva» che non modifica quanto stabilito dall'altra norma. In definitiva, la disapplicazione e la cassazione di efficacia seguono le regole previste dal secondo e dal terzo periodo del 1° comma dell'articolo 69» (SPEZIALE, *Il riordino del regime transitorio e finale nel D.Lgs. 165/2001*, in *Diritto del Lavoro*, Commentario a cura di Carinci F., 2004, 183; cfr. anche TALAMO, *Il D.Lgs. 165/2001 fra tradizione e discontinuità: Guida ad un testo unico meramente compilativo*, in *Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2001, 23 e 24).

La tesi della dottrina maggioritaria è stata seguita anche dalla pronuncia della Corte d'Appello di Firenze che ha espressamente motivato la sua posizione a differenza delle dommatiche e aprioristiche affermazioni del giudice di prime cure.

"È opinione del Collegio che la regola di cui al D.Lgs. c.p.s. invocata dagli appellati non abbia valore di fonte legale. Essa, infatti, è meramente richiamata dalla disposizione negoziale che ne fa proprio il contenuto (secondo una tecnica contrattuale – c.d. di rinvio materiale – diffusissima in tema di contrattazione nel pubblico impiego privatizzato) e dunque, sul piano delle fonti, il criterio di computo ivi enunciato con riferimento alla tredicesima mensilità è da ritenersi come derivante da una norma collettiva e non da una fonte legale. Se ne ha una indiretta conferma dalla lettura del disposto dell'art. 69, primo comma, del tu. n. 165/2001 secondo cui le disposizioni generali e speciali in materia di pubblico impiego diventano «inapplicabili a seguito della stipulazione dei contratti collettivi del quadriennio 1994/1997 in relazione ai soggetti ed alle materie dagli stessi contemplati», definitivamente risultando abrogate tutte le norme di cui sopra con l'intervento del rinnovo contrattuale per il quadriennio successivo ed indipendentemente dalla coincidenza di materie e soggetti (art. 69, primo comma, cit ult. alinea).

Non condivide, sul punto, la Corte quanto ritenuto dal Tribunale sulla base del disposto del successivo art. 71 del D.Lgs. 165/2001 (e cioè che l'abrogazione derivante dalla stipula secondo

contratto collettivo non sarebbe operativa se non enunciata espressamente dalla fonte negoziale), dovendosi escludere la possibilità di affidare alla volontà della parti contrattuali la determinazione sulla abrogazione di disposizioni di legge, tanto più in ragione della definitiva cancellazione dall'ordinamento della disciplina legale previgente alla seconda mandata contrattuale.

In realtà quando l'articolo 71 cit. affida alla contrattazione la c.d. disapplicazione espressa assegna alle parti contrattuali un mero compito ricognitivo che non potrà condurre mai al risultato dal mantenimento di regole legali che, secondo il principio generale (art 69 cit) siano ope legis abrogate.

Quando il legislatore della riforma del pubblico impiego, in coerenza con la valorizzazione massima della contrattualità, assegna al contratto collettivo la funzione abrogatrice in realtà si limita a ricollegare al verificarsi di un fatto (stipula del primo e poi del secondo contratto) gli effetti ablativi sul piano delle fonti, senza attribuire alle parti negoziali alcun potere in ordine alla individuazione delle norme abrogate. Questo, per altro, si ricava agevolmente se il sistema delle fonti si legge nella sua costruzione sistematica, poiché da un lato il progetto di privatizzazione presuppone un allineamento della normativa a quella generale sul lavoro privato e dall'altro sollecita la valutazione del ruolo delle regole negoziali al fine di realizzare un complesso normativo che, superato il regime transitorio, coincida con lo scopo assegnato. E cioè ricondurre le regole allo schema proprio del lavoro subordinato tradizionale, cioè all'impianto legale e contrattuale che è proprio dell'impiego privato, mediante la graduale abrogazione della normativa pubblicistica. In tale contesto è coerente che il legislatore abbia affidato la definitiva cancellazione dall'ordinamento delle regole – generali e speciali – che connotavano il rapporto di pubblico impiego all'intervento della seconda mandata contrattuale, cioè ad un fatto significativo della definitiva composizione degli assetti. Ma la stipula del contratto, in tale sistema transitorio, nulla innova sul piano delle fonti, atteggiandosi a mero evento dal quale la legge (art 69 cit.) fa dipendere determinati effetti sul piano delle fonti; di tal che, lo specificchino o meno le parti contrattuali, l'effetto abrogativo delle norme generali e speciali proprie del «vecchio» pubblico impiego deriva direttamente dalla legge (con il risultato che, da quel momento in poi, il complesso delle fonti si compone delle norme di cui al D.Lgs. 165/2001, delle norme codicistiche sul rapporto di lavoro, delle norme speciali in tema di lavoro subordinato, delle regole contrattuali e delle norme di legge intervenute medio tempore qualora si siano definite come non derogabili dal contratto (articolo 2 testo unico n. 165/2001).

L'opinione qui espressa, poi, trova una conferma testuale nella lettera dell'art 71 cit., quando la norma, nel prevedere il meccanismo ricognitivo delle fonti primarie abrogate, stabilisce che comunque «rimangono salvi gli effetti di quanto previsto dallo stesso comma 1 dell'art 69, con riferimento alla inapplicabilità delle norme incompatibili con quanto disposto dalla contrattazione collettiva nazionale». Il che significa che il meccanismo di abrogazione diventa operativo indipendentemente dalla attività di ricognizione operata dalla fonte collettiva.

Ma vi è di più, perché il terzo comma dell'art. 71, con riferimento alla seconda mandata contrattuale (1998/2001) e dunque all'evento cui la legge (art 69 cit) ricollega l'abrogazione di tutte le norme speciali e generali, prevede che la contrattazione collettiva debba provvedere alla disapplicazione espressa di quelle disposizioni che risultino incompatibili con la stipula dei contratti collettivi nazionali e dei contratti quadro. A meno di non cogliere una insanabile contraddizione (poiché tutte le norme sono abrogate dalla contrattazione collettiva e dunque non vi è ragione di valutare alcuna compatibilità) la disposizione in esame non può riferirsi che alle sole ipotesi (di cui all'art. 2, comma 2, del D.Lgs 165/2001) di interventi normativi posti in essere medio tempore» (Corte d'Appello di Firenze n. 824/04 del 29/6-10/197/2004, All. C febbraio).

2. – *Con il secondo motivo di ricorso i ricorrenti chiedono la cassazione e la riforma della sentenza impugnata per avere la Corte d'Appello interpretato le previsioni del C.C.N.L. Comparto Ministeri in modo da escludere la rilevanza dell'indennità di amministrazione ai fini del calcolo della tredicesima in violazione del principio di omnicomprensività della retribuzione.*

La censura è infondata per le seguenti ragioni

B. L'inesistenza del principio di omnicomprensività della retribuzione e le applicazioni giurisprudenziali in materia di tredicesima mensilità.

Non esiste un principio di omnicomprensività della retribuzione.

La giurisprudenza della Suprema Corte ha ripetutamente affermato (Cass. S.U. 5312/1979; S.U. 5887/1981; n. 3210/1982; S.U. 1069/1984; S.U. 1608/1989; n. 5942/1991) che la definizione della misura, delle modalità e dei termini di corresponsione della retribu-

zione è affidata alla contrattazione collettiva e, nell'ambito di questa, all'autonomia individuale («*la tanto favoleggiata retribuzione unitaria non esiste (perché)... laddove una legge non imponga, ai fini dell'istituto da essa regolato, di calcolare tutti gli elementi della retribuzione... e invece rinvii, puramente e semplicemente alla nozione di retribuzione, questa deve essere intesa nella misura e negli elementi già determinati dalla autonomia collettiva o, in difetto, da quella individuale, o, in estrema ipotesi, dal giudice (art. 2099 c.c.)*» Cass. S.U. 1069/1984; il principio di omnicomprensività, pertanto, può essere applicato esclusivamente «*come criterio sussidiario, in quanto espressione di una linea di tendenza dell'ordinamento*» (Cass., 13 febbraio 1984, n. 1081)).

È quindi un problema di interpretazione della volontà contrattuale accertare il significato delle espressioni di volta in volta utilizzate quali «*retribuzione normale*», «*retribuzione globale di fatto*» (Cass. 1075/1984; 108/1984; 3672/1990; 3092/1996).

Con particolare riferimento all'individuazione delle voci retributive che possono fungere da base di calcolo per la tredicesima mensilità la Cassazione, affermando la prevalenza della volontà delle parti, ha riconosciuto l'assenza in materia di un principio di omnicomprensività («*Mancando nel nostro ordinamento giuridico una nozione generale di retribuzione omnicomprensiva il problema della commutabilità di una voce della retribuzione diretta nelle mensilità aggiuntive (tredicesima e quattordicesima), le quali hanno origine e disciplina esclusivamente contrattuale, deve risolversi in base all'interpretazione del contratto collettivo ratione temporis; pertanto il premio aziendale, che il contratto collettivo colleghi all'effettiva prestazione di lavoro, non può essere incluso nelle mensilità aggiuntive per il solo fatto che queste abbiano natura retributiva, ma occorre che l'inclusione sia prevista espressamente dalla disposizione contrattuale che disciplina il premio stesso ovvero risulti all'esito dell'interpretazione della disciplina contrattuale delle mensilità aggiuntive*» Cass. 3 marzo 1987, n. 2242, Standa c/ Natali, in *Mass. Giur. It.* 1987; «*La nozione dell'omnicomprensività della retribuzione è configurabile nel vigente ordinamento non quale principio inderogabile, impeditivo come tale di ogni limitazione della retribuzione stessa, ma soltanto quale tendenziale criterio di giudizio in funzione supplementare, ove manchino disposizioni legali o contrattuali che regolino la materia; ciò vale anche in relazione agli istituti per i quali la legge si limita ad assumere come base di computo la retribuzione senza nulla disporre sulla regolabilità degli addendi, ma vale a maggior ragione in relazione agli istituti di origine contrattuale come tali rimessi, come nel caso della tredicesima e quattordicesima mensilità, alla libera determinazione delle parti*» Cass. 8 gennaio 1981, n. 175 Affinito c/Cons. Trasp. Pubbl. Napoli, in *Not. Giur. Lav.*, 1981, 70).

Anche la Corte d'Appello di Firenze si pone sulla stessa linea statuendo che «*La Corte non condivide l'interpretazione sistematica fornita dal Tribunale, seppure movendo dalla condisione del principio di diritto secondo cui non appartiene all'ordinamento lavoristico (privato o pubblico che sia il rapporto) un criterio di omnicomprensività della retribuzione, bensì dovendosi, di volta in volta, accertare quale sia la sorte delle singole voci retributive (che compongono il trattamento complessivo dell'impiegato) ai fini del calcolo dei vari istituti contrattuali*» (Corte d'Appello di Firenze con sentenza n. 824/04 del 29/6-10/197/2004; All. C.2.).

Va pertanto fin d'ora precisato che, in applicazione della menzionata giurisprudenza della Suprema Corte in tema di inesistenza del principio di omnicomprensività, dall'accertamento della volontà delle parti risulta che l'indennità di amministrazione non può essere computata ai fini della tredicesima mensilità in quanto la contrattazione collettiva contiene inequivoche affermazioni in questo senso (corresponsione per dodici mensilità; in tredicesima vanno sole le voci espressamente indicate; la corresponsione per tredici mensilità è prevista solo per il personale penitenziario; l'indennità di amministrazione rileva espressamente solo per altre voci indirette; le integrazioni salariali rilevano ai fini della tredicesima...).

C. *La disciplina contrattuale della tredicesima mensilità – in conformità all'orientamento della Suprema Corte sono computabili solo le voci retributive espressamente indicate da specifiche previsioni contrattuali – l'indennità di amministrazione non è mai menzionata.*

È necessario, pertanto, preliminarmente individuare, alla luce dell'orientamento costante e consolidato della Suprema Corte (che afferma l'inesistenza del principio di omnicomprensività della retribuzione), la disciplina contrattuale della tredicesima per comprendere quali voci retributive sono considerate rilevanti dalla volontà delle parti ai fini del computo della stessa.

L'articolo 25 del C.C.N.L. sottoscritto il 16 maggio 2001 (All. A.5.), nell'ambito della disciplina della struttura della retribuzione stabilisce che la tredicesima (ricompresa nella retribuzione globale di fatto) è costituita esclusivamente dalle «voci che sono corrisposte anche a tale titolo», rendendo evidente che rientrano nel computo della tredicesima mensilità solo quelle voci della retribuzione per le quali esiste un'espressa disposizione della contrattazione collettiva che le consideri utili ai fini del computo.

Una siffatta disposizione è del tutto assente nella contrattazione collettiva, che, viceversa, esprime il *principio della tendenziale irrilevanza (salvo pattuizione contraria) del trattamento accessorio ai fini del computo della tredicesima per la quale rilevano esclusivamente le voci di natura stipendiale.*

Peraltro l'articolo 29 del C.C.N.L. sottoscritto il 16 febbraio 1999 (All. A.3.) ha previsto la rilevanza, ai fini della tredicesima mensilità, dei soli incrementi salariali ivi previsti («*gli stipendi tabellari derivanti dall'articolo 2 del C.C.N.L. stipulato in data 26 luglio 1996 sono incrementati degli importi mensili lordi, per tredici mensilità, indicati nelle allegate tabelle D e D bis*»; «*le misure degli stipendi risultanti dall'applicazione del presente contratto hanno effetto sulla tredicesima mensilità...*»).

È d'altra parte importante rilevare che *la contrattazione collettiva ha costantemente tenuti distinti gli incrementi economici afferenti alle voci stipendiali da quelli relativi all'indennità di amministrazione, precisando che le Amministrazioni avrebbero dovuto corrispondere questi ultimi solo per dodici mensilità.*

Nelle parti economiche dei vari contratti collettivi succedutisi nel tempo (cfr. gli allegati sub (A)) le parti hanno premurosamente sempre distinto il trattamento di questi incrementi della retribuzione indicando la precisa volontà di escludere la rilevanza di quelli relativi alla tredicesima.

Già nel primo contratto (All. A gennaio) stipulato il 16 maggio 1995 si prevedeva che solo gli incrementi salariali andavano conteggiati ai fini della tredicesima («*Le misure degli stipendi risultanti dall'applicazione del presente contratto hanno effetto sulla tredicesima mensilità*») e nulla veniva previsto per l'indennità di amministrazione.

Il successivo contratto (All. A.2.) stipulato il 26 luglio 1997 conteneva previsioni ancora più chiare. A fronte dell'espressa rilevanza ai fini della tredicesima degli incrementi salariali ivi previsti («*Gli incrementi stipendiali hanno effetto, inoltre, sugli altri istituti (tra l'altro la tredicesima) indicati all'art. 32 del C.C.N.L. stipulato in data 16 maggio 1995*») si ribadiva l'assoluta esclusione dell'indennità di amministrazione («*Le indennità di amministrazione... sono incrementate, per dodici mensilità, delle misure mensili lorde di cui all'allegata tabella B*»).

Anche nel contratto del 16 febbraio 1999 (All. A.3.) mentre all'articolo 29 si ribadiva la volontà delle parti di considerare gli incrementi stipendiali nel calcolo della tredicesima («*Le misure degli stipendi risultanti dall'applicazione del presente contratto hanno effetto sulla tredicesima mensilità*»), nulla veniva previsto per gli incrementi relativi l'indennità di amministrazione («*Allo scopo di favorire il processo di perequazione delle retribuzioni complessivamente spettanti al personale del comparto... gli importi delle indennità di amministrazione... sono incrementati nelle misure previste nell'allegata tabella G*» articolo 34).

In contratto del 21 febbraio 2001 manteneva la differenziazione tra incrementi stipendiali («*Gli incrementi stipendiali di cui all'articolo 2 hanno effetto sugli altri istituti indicati all'articolo 29 del C.C.N.L. (tra cui la tredicesima)*») e incrementi all'indennità di amministrazione (qui nulla è detto ai fini della tredicesima «*Allo scopo di favorire il processo di perequazione delle retribuzioni complessivamente spettanti al personale del comparto, gli importi di cui all'articolo 33 del C.C.N.L. sono incrementati nelle misure previste nella tabella C*»). E la stessa volontà negoziale è presente nel contratto del 16 maggio 2001 («*L'indennità di amministrazione è corrisposta per dodici mensilità*»).

Peraltro, giova ricordare che anche l'ultimo C.C.N.L. stipulato il 12 giugno 2003 conferma l'assoluta irrilevanza dell'indennità di amministrazione ai fini del calcolo della tredicesima («*Gli stipendi tabellari sono incrementati degli importi mensili lordi, per tredici mensilità...*» articolo 20; «*Le misure degli stipendi risultanti dall'applicazione del presente contratto hanno effetto sulla tredicesima mensilità*» articolo 21; «*Allo scopo di favorire il procedimento di perequazione delle retribuzioni complessivamente spettanti al personale del comparto, le misure attualmente vigenti dell'indennità di amministrazione sono incrementate degli importi e per la decorrenza indicati nelle Tabelle C e D*» articolo 22).

Anche il rinvio dell'articolo 33, comma 3, del C.C.N.L. stipulato il 16 maggio 2001 (che stabilisce *«per quanto riguarda la disciplina della 13.ma mensilità si continua a fare riferimento al D.Lgs. C.P.S. 25 ottobre 1946, n. 263 e successive modificazioni ed integrazioni»* All. A.5.) non può valere a consentire il computo dell'indennità di amministrazione nella tredicesima, anzi avvalorare l'opzione ermeneutica opposta. Difatti, come correttamente affermato dalla pronuncia della Corte d'Appello di Firenze n. 824/04 del 29/6-10/197/2004 (All. C.2.), il menzionato articolo 7, istitutivo della tredicesima nel pubblico impiego (*«Ai personali statali è concessa, a titolo di gratificazione una tredicesima mensilità da corrispondersi alla data del sedici dicembre di ogni anno. Detta gratificazione, commisurata al trattamento economico complessivo spettante alla data suindicata per stipendio, paga o retribuzione e indennità carovita, escluse le quote complementari, va corrisposta per intero al personale in servizio continuativo dal 1° gennaio dello stesso anno»*), escludendo la rilevanza delle quote complementari, stabilisce che ai fini del computo della tredicesima avrebbero potuto avere rilevanza *esclusivamente voci stipendiali* unitamente all'indennità carovita (unica eccezione nei trattamenti accessori).

«Nel regolare la disciplina della gratifica natalizia (oggi tredicesima mensilità) il legislatore dell'epoca aveva come riferimento una struttura della retribuzione del tutto diversa da quella cui oggi deve farsi riferimento (art. 28 CCNL 1998/2001), sicuramente mancate di elementi, come quello di cui si discute, legati non alla diretta corrispettività della prestazione ma connotati da accessorietà. Si che, ove si volesse applicare la disciplina di cui all'art 7 del D.Lgs. n. 263/1946, questa finirebbe per imporre il criterio di omnicomprensività limitatamente alla voce stipendiale (ed indennità di «caro vita») ma non anche ai trattamenti tempo per tempo intervenuti a corredare il trattamento complessivo o poi definitivamente cristallizzati nell'unica voce della quale oggi si discute (art. 34 CCNL 1994/1997). Semmai, ove si volesse attualizzare l'interpretazione della disciplina originaria dettata nel 1946, dovrà prendersi atto di come la norma escluda dal computo per la gratifica natalizia le c.d. quote complementari e dunque quanto non appartenga alla voce stipendiale. Con il che rimane accertato che la regola – materialmente recepita dalla contrattazione collettiva – non impone il computo della indennità accessoria (e di quant'altro non sia stipendio in sensi tecnico) nella tredicesima mensilità» (Corte d'Appello di Firenze n. 824/04 del 29/6-10/197/2004, All. C.2.).

L'orientamento trova, altresì, il conforto degli orientamenti degli organi tecnici.

Anche l'INPDAP, con l'informativa n. 51 del 22 maggio 2002 (All. D.1.), relativa alle *«modalità di computo dell'indennità di amministrazione sulla base di calcolo della pensione per il personale del Comparto Ministeri»*, finalizzata, appunto, a fornire chiarimenti a tutte le Amministrazioni pubbliche statali sul trattamento pensionistico di tale emolumento, ha affermato la natura di emolumento accessorio dell'indennità di amministrazione. È stato confermato espressamente che l'indennità di amministrazione, avendo natura di retribuzione accessoria – e come tale non sottoposto ad imposizione contributiva e non incluso nell'elenco tassativo di cui all'art. 15 L. 29 aprile 1976, n. 117 – è computabile nella quota di pensione di cui all'art. 13 lett. B) D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 503. In ogni caso la questione della conteggiabilità dell'indennità di amministrazione a fini pensionistici si pone in termini diversi rispetto a quella relativa alla tredicesima in quanto non primo caso il dipendente «collabora» attraverso la «contribuzione» e nel secondo l'onere economico e del tutto in capo all'amministrazione.

A ciò si aggiunga che anche l'ARAN, con nota n. 12113 del 6/09/01 (All. D.2.), ha ribadito che l'indennità di amministrazione *«pur avendo carattere di generalità e continuità, presenta connotazioni peculiari, in quanto erogata per dodici mensilità (a differenza dei trattamenti economici fondamentali che vengono corrisposti per tredici mensilità)»*.

D. Le origini storiche dell'indennità di amministrazione e la sua disciplina di fonte contrattuale la conferma dell'irrelevanza ai fini del calcolo della tredicesima.

Al fine di affermare con ancora più certezza l'assoluta irrilevanza dell'indennità di amministrazione per il calcolo della tredicesima è necessario fare alcune precisazioni in merito alla struttura, al contenuto e alle funzioni dell'indennità di amministrazione, come risultanti dalla contrattazione collettiva.

L'indennità di amministrazione nasce con l'istituzione del comparto Ministeri e la sottoscrizione del C.C.N.L. 1994-1997 (cfr l'articolo 34 recante *«Disciplina della retribuzione accessoria»* e l'allegato B che prevede tale indennità quale *«retribuzione accessoria mensile»*

distinta per livello, All. A.1.) che riconosce la spettanza della predetta indennità accessoria, avente carattere di generalità e continuità, nella misura indicata dalla specifica disciplina legislativa, contrattuale ed amministrativa in vigore presso ciascun Ministero.

Storicamente l'innovazione era motivata dall'allora vigente articolo 72, comma 3, del D.Lgs. 29/1993 che prevedeva che con la sottoscrizione dei primi contratti collettivi (e il predetto contratto era il primo C.C.N.L. di comparto) erano abrogate le disposizioni che prevedevano trattamenti economici accessori, comunque denominati, a favore di dipendenti pubblici, facendo salvi quei trattamenti economici corrisposti a tutto il personale in maniera continuativa.

L'indennità di amministrazione, pertanto, veniva istituita come contropartita dell'eliminazione dei menzionati trattamenti accessori e la sua misura fu quantificata sulla base dei compensi mensili percepiti a titolo di compenso incentivante collegato alla presenza in servizio e di altri eventuali trattamenti accessori in atto presso le singole amministrazioni del comparto. L'indennità ha poi mantenuto un collegamento alla presenza in servizio in quanto nei periodi di assenza per malattia il dipendente ha diritto, a norma dell'articolo 21 del C.C.N.L. stipulato il 16 maggio 1995 (All. A.1.), all'intera retribuzione fissa mensile, con esclusione di ogni compenso accessorio comunque denominato (ad eccezione dei casi di malattie superiori a quindici giorni o di ricovero ospedaliero per i quali al dipendente compete anche il trattamento accessorio di cui all'articolo 34 (l'indennità di amministrazione)).

Sulla base della natura accessoria di tale retribuzione e dello stretto collegamento con il vecchio compenso incentivante tale indennità è stata da sempre corrisposta dalle amministrazioni per dodici mensilità e non è mai stata considerata utile ai fini del calcolo della tredicesima mensilità.

Con l'articolo 17 del C.C.N.L. Comparto Ministeri stipulato il 16 maggio 2001, All. A.5. (che modifica l'articolo 33 del C.C.N.L. del 16 febbraio 1999), pur riconoscendosi il carattere generale (corresponsione a tutti i dipendenti), fisso (la misura dell'indennità è parametrata a criteri oggettivi di determinazione) e ricorrente (da corrispondersi periodicamente con la medesima cadenza temporale) dell'indennità di amministrazione, si è espressamente previsto che «l'indennità di cui al presente articolo è corrisposta per dodici mensilità» sancendosi l'irrilevanza ai fini del calcolo della tredicesima per il quale, in conformità agli orientamenti della Cassazione che affermano l'inesistenza del principio di omnicomprensività, opera il principio per cui tutto quello che non è espressamente incluso nel calcolo deve essere escluso dalla tredicesima (sul punto la volontà delle parti è sovrana, anche perché la previsioni del Testo Unico sul Rapporto di Lavoro alle Dipendenze dell'Amministrazione impongono un'espressa previsione contrattuale per gli aumenti dei trattamenti economici negli ambiti dei tetti di spesa programmati).

Peraltro, il comma 17 dell'articolo 17 del C.C.N.L. Comparto Ministeri stipulato il 16 maggio 2001, All. A.5. (che modifica l'articolo 33 del C.C.N.L. del 16 febbraio 1999), stabilisce, altresì, che dal 1° gennaio 2000 l'indennità di amministrazione è considerata utile agli effetti di cui al comma 1, secondo periodo dell'articolo 3 del C.C.N.L. (che si riferisce all'indennità di buonuscita, al TFR e alla indennità di licenziamento (*id est* di preavviso)) escludendosi, viceversa, ogni rilevanza della stessa ai fini del calcolo della tredicesima.

Non è senza significato rilevare come «*il CCNL 1994/1997 abbia disposto, avuto riguardo alla sola indennità di competenza del personale penitenziario, che la medesima debba essere corrisposta per tredici mensilità: il che conferma che la tecnica contrattuale usata è quella di includere o escludere esplicitamente l'indennità in discussione nella tredicesima mensilità*» (Corte d'Appello di Firenze, sentenza 29 giugno 2004 depositata in cancelleria il 10 luglio 2004, All. C.2. e All. A.1.).

A ciò si aggiunga che nella struttura della retribuzione disciplinata dall'articolo 25 del C.C.N.L. del 16 maggio 2001 (All. A.5.), l'indennità di tredicesima è prevista in modo del tutto distinto dal rateo di tredicesima mensilità ed è sempre esclusa la rilevanza della prima ai fini della seconda. In particolare, fermo restando il principio che *nella tredicesima refluiscono solo «le voci che sono corrisposte anche a tale titolo»*, l'indennità di amministrazione è considerata altro rispetto alla tredicesima, sia che si aderisca all'opzione che considera che l'indennità di amministrazione ricada nel novero degli *«altri eventuali assegni personali»* (di cui alla seconda alinea), sia che si segua la soluzione che la faccia ricadere all'interno delle *«indennità contrattuali»* (di cui alla terza alinea).

Pertanto, sono le stesse previsioni della contrattazione collettiva ad escludere l'operatività del (comunque inesistente) principio di omnicomprensività della retribuzione con riferimento all'individuazione delle voci retributive da computarsi ai fini della tredicesima in quanto è espressamente stabilito che si possano considerare solo quelle specificamente volute delle parti e non risulta alcuna previsione del contratto collettivo che menzioni espressamente l'indennità di amministrazione a tale fine (nel quadro della regolamentazione della «retribuzione globale di fatto» (che si differenzia dalla «retribuzione base mensile» e dalla «retribuzione individuale mensile») il C.C.N.L. del 16 maggio 2001, all'articolo 25, specifica, viceversa, che il rateo di tredicesima deve essere aggiunto solo per le voci che siano corrisposte anche a tale titolo: «*la retribuzione globale di fatto annuale è costituita dall'importo della retribuzione individuale mensile per 12 mensilità, cui si aggiunge, il rateo della tredicesima mensilità per le voci che sono corrisposte anche a tale titolo nonché l'importo annuo della retribuzione variabile e delle indennità contrattuali, comunque denominate, percepite nell'anno di riferimento non ricomprese nel secondo alinea*», All. A.5.

Per tutto quanto sopra, dall'analisi delle previsioni della contrattazione collettiva, risulta quanto segue: 1. sono rilevanti ai fini della tredicesima solo quelle voci espressamente considerate dalla contrattazione collettiva (stipendio, incrementi stipendiali): sono espressamente escluse le quote complementari e i trattamenti accessori, salvo espressa pattuizione contraria; 2. l'indennità di amministrazione deve essere corrisposta per dodici mensilità (ad eccezione del personale penitenziario); 3. l'indennità di amministrazione rileva espressamente per altre voci retributive indirette (TFR, indennità di preavviso, indennità di buonuscita) ma non per la tredicesima; 4. in assenza di una previsione espressa che imponga la rilevanza dell'indennità di amministrazione ai fini del calcolo della tredicesima l'unica opzione ermeneutica praticabile è nel senso di affermarne l'assoluta irrilevanza, in conformità al principio di inesistenza dell'omnicomprensività retributiva nonché a quello che i trattamenti economici possono essere riconosciuti solo dal contratto collettivo nei limiti dei tetti di spesa preventivamente fissati.

Si depositano unitamente alla presente: A) *Estratti delle disposizioni citate dei contratti collettivi nazionali del Comparto Ministeri* A.1. articoli 21, 29, 32 e 34 nonché Tabella I dell'Allegato B del Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro Comparto Ministeri (Parte Normativa 1994-1997 e Parte Economica 1994-1995) stipulato il 16 maggio 1995; A febbraio Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro Comparto Ministeri (Parte Economica 1996-1997) stipulato il 26 luglio 1996; A marzo articoli 28, 29 e 33 del Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro Comparto Ministeri (Parte Normativa 1998-2001 e Parte Economica 1998-1999) stipulato il 16 febbraio 1999; A aprile Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro Comparto Ministeri (Parte Economica 2000-2001) stipulato il 21 febbraio 2001; A maggio articoli 17, 25 e 33 del Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro Comparto Ministeri (Parte Economica 2000-2001) stipulato il 16 maggio 2001; A giugno Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro Comparto Ministeri (Parte Normativa 2002-2005 e Parte Economica 2002-2003) stipulato il 12 giugno 2003; B) *Legislazione* B gennaio Articolo 7 del D. Lgs. C.P.S. 25 ottobre 1946, n. 263 (*Gazzetta Ufficiale* 7 novembre 1946, n. 253) «Nuovo trattamento economico dei dipendenti dello Stato e dei pensionati»; B febbraio Articoli 2, 64, 69, 71 del D.Lgs 30 marzo 2001, n. 165 (*Gazzetta Ufficiale* 9 maggio 2001, n. 106) «Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche»; C) *Giurisprudenza* C.1. Tribunale di Pisa, sentenza n. 726/2003 del 10 dicembre 2003 depositata il 9 gennaio 2004; C febbraio Corte d'Appello di Firenze, sentenza n. 824/2004 del 29 giugno-10 luglio 2004. D) Note D.1. Informativa INPDAP 6 settembre 2001 «Indennità di amministrazione da corrispondere al personale comandato»; D.2. Informativa ARAN 22 maggio 2002 «Modalità di computo della indennità di amministrazione nella base di calcolo della pensione per il personale del comparto ministeri». E) *Produzioni dei precedenti gradi di giudizio*. Per quanto sopra il Ministero della Giustizia *ut supra* rapp.to e dif.so chiede all'Ecc.ma Suprema Corte di Cassazione di respingere il ricorso in quanto del tutto infondato confermando la sentenza impugnata e onerare i ricorrenti delle spese processuali.

Roma, 15 novembre 2004. Pasquale Fava, Procuratore dello Stato (*Avv. estensore*); Gabriella D'Avanzo, Avvocato dello Stato (*Avv. controfirmante*).

*Dossier***In morte di un curatore fallimentare***(Corte Suprema di Cassazione, Sezione Tributaria, sentenza 29 agosto 2005 n. 17461)*

Emerge, in primo luogo, dalla annotata decisione che la Suprema Corte ha il preciso dovere di leggere non solo la copia notificata del ricorso e la relativa relata, ma anche i tentativi di notifica precedenti. Ovvio, nel caso, è l'onere di produrli, a carico del ricorrente; tuttavia pensiamo dover aggiungere, in ossequio al principio di autosufficienza, che il ricorso dovrebbe, in normativa, dare conto del primo tentativo di notifica, tutte le volte che da esso risulti una circostanza tale da ampliare il termine per ricorrere o che comunque *influisca* sulla ammissibilità del ricorso. Tale è, pacificamente, la morte del Curatore Fallimentare, evento interruttivo che comporta, ai sensi dell'art. 328 c.p.c., la proroga del termine.

Emerge dalla lettura della sentenza revocata che in essa il Collegio *non ha* percepito né letto il primo tentativo di notifica, pure contenente un *atto di fede privilegiata* attestante circostanze di fatto utili per la ammissibilità del ricorso.

Sembra quindi che le circostanze rilevanti siano state, oltre alla *non contestazione della tempestività della notifica*, che per regola generale, è il presupposto dell'errore di fatto (ogni valutazione *richiesta*, e *omessa*, sul punto trasformandosi in errore di diritto, *ex* 112 c.p.c., quanto meno) la *non menzione* del fatto da parte del Collegio e la sua *documentazione* da parte dell'Avvocatura. L'errore poi cade sul *fatto* (morte del Curatore) non sul *diritto* (tale sarebbe stata una erronea ma incensurabile decisione che, prendendo in considerazione l'evento luttuoso, non ne avesse tratto le conseguenze debite *ex* art. 328, co. 3, c.p.c.).

Interessante anche la considerazione della S.C. circa il mancato esercizio di una *attività critica* sul fatto, che sembra essere una migliore definizione della «mancata percezione» presupposto della via revocativa.

Avv.ti Roberto de Felice, Cinzia Melillo

La controversia è stata originata dal seguente ricorso.

Avvocatura generale dello Stato – Corte Suprema di cassazione – Ricorso per il Ministero delle Finanze.

«*Omissis*) Con avviso di rettifica notificato il 4 luglio 1983 l'Ufficio IVA di (...) accertava nei confronti della fallita ditta in oggetto una maggior imposta per il 1981 di £. 19.564.000 oltre interessi per £. 1.762.000 e pene pecuniarie per £. 82.157.000, per un totale di £. 103.483.500.

La Commissione Tributaria di I grado di (...), adita dal curatore, ne accoglieva la tesi dell'illegittimità di tale avviso perché posteriore alla dichiarazione di condono automatico (art. 28 legge n. 516/1982) presentata in favore del contribuente il 15 dicembre 1982; e la C.T.R. di Roma respingeva l'appello dell'Ufficio (fondato sulla nullità dell'istanza di condono perché riferita al solo anno 1981 e non a tutte le annualità previste dalla norma regolatrice).

Tale decisione, presentandosi ingiusta e lesiva per l'Amministrazione ricorrente, veniva da questa impugnata per cassazione con ricorso notificato il 12 aprile 1989, ultimo giorno utile, nel quale però – com'è poi risultato dalla relata, depositata in atti – il curatore e legale rappresentante del fallimento era deceduto.

Risultando quindi il termine di impugnazione prorogato, *ex art.* 328 c.p.c., di sei mesi da tale decesso, e quindi dallo stesso 12 aprile 1999, dopo la nomina del nuovo curatore si ripropone il ricorso di legittimità deducendo il seguente motivo:

Violazione e falsa applicazione degli artt. 16, 26 e 28, 3c. del d.l. n. 429/1982, convertito in legge n. 516/1982, in relazione agli artt. 62 Dlgs. n. 546/1992 e 360, 1°c. n. 3 c.p.c. Omessa o insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia (in relazione agli artt. 62 Dlgs. n. 546/1992 e 360, n. 5, c.p.c.).

L'art. 28, 3°c., legge n. 516/1982 prevede una definizione automatica dell'I.V.A., tra l'altro, per i periodi di imposta per cui non siano stati notificati avvisi di accertamento o di rettifica (com'era il caso alla presentazione della dichiarazione di condono del contribuente); in tale ipotesi vanno condonati *tutti i periodi di imposta* le cui dichiarazioni sono scadute entro il 5 marzo 1982, e la dichiarazione integrativa deve contenere a pena di nullità la richiesta di definizione automatica per tutti i periodi di imposta in questione, in cui sia stata presentata la dichiarazione.

La sentenza impugnata ha motivato il rigetto dell'appello affermando:

1) che la mancata richiesta di definizione automatica per tutti i periodi di imposta previsti dall'art. 28, 3°c., non comporta la nullità della definizione semplice (che è quella di cui all'art. 26), per la quale il contribuente può optare;

2) che è nullo l'avviso di rettifica successivo alla dichiarazione integrativa *ex art.* 28;

3) che la Corte Costituzionale ha dichiarato illegittimo l'art. 16 legge 516/1982 in quanto consente la notifica di accertamenti in rettifica o d'ufficio sino alla presentazione della dichiarazione integrativa e non sino all'entrata in vigore del decreto legge n. 429/1982.

In proposito, appare anzitutto assolutamente fuori luogo il richiamo all'art. 16 della legge in esame, come pure alla sentenza C.C. n. 175/1986 che lo ha dichiarato incostituzionale, trattandosi di norma relativa alle imposte dirette e quindi inapplicabile all'I.V.A..

In secondo luogo, la prima e la seconda affermazione della stessa sentenza sono in reciproca insanabile contraddizione, perché se – come pare – si vuole affermare che comunque nel caso di specie non è pregiudicata la dichiarazione semplice (quella di cui all'art. 26 legge cit.), da un lato si sottintende che in effetti quella automatica nella specie mancasse dei requisiti di cui al 3°c. dell'art. 28, e dall'altro si ricava che l'avviso di rettifica presentato successivamente alla dichiarazione integrativa semplice non era affatto precluso, come emerge dall'art. 27, se invece si evidenzia la nullità della rettifica successiva alla definizione automatica, si implica che quest'ultima sussista e sia valida, il che è stato appena negato.

Comunque, è incontrovertibile che la lettera dell'art. 28, 3°c. legge cit. prescrive a pena di nullità che la definizione automatica riguardi tutti i periodi d'imposta, nessuno escluso, antecedenti alla vigenza della legge di condono: su ciò vi è copiosa giurisprudenza (Cass. n. 8904/1992 e 6727/1995, che hanno anzi dichiarato manifestamente infondata la questione di costituzionalità sul punto; 12818/1995, 12823/1995).

Altrettanto pacifico è che il contribuente ha invece presentato la dichiarazione solo per il 1981; peraltro, per tale annualità viene liquidato un importo di sole £. 214.000, nettamente inferiore a quanto dovuto in base ai criteri di calcolo imposti dalla norma, secondo cui l'imposta da versare ai fini del condono doveva essere pari alla somma del 2% (o del 4% per i «contribuenti minori») dell'imposta relativa alle operazioni imponibili e del 2% (o 4%) di quella detraibile.

In ultimo, e sia pure in via del tutto residuale, si rileva che la C.T.R. ha ommesso di considerare che l'ipotesi di definizione semplice di cui all'art. 26 non può comunque ricorrere perché si riferisce a fattispecie in cui prima della dichiarazione di condono siano stati notificati accertamenti o rettifiche, il che nella specie non risulta né è stato mai neppure dedotto; e che comunque, anche ove ricorresse tale ipotesi, mentre verrebbe comunque a cadere qualsiasi ipotesi di nullità dell'avviso di rettifica, che in tal caso è pienamente consentito dalla legge come conferma lo stesso Giudice d'appello, esso sarebbe poi del tutto corretto perché sarebbe di nuovo insufficiente l'imposta liquidata, che non raggiunge certamente la somma del 60% della maggiore imposta accertata col 25% di quella dovuta in base all'originaria dichiarazione (somma che nella specie si aggira sui 6 milioni e mezzo di lire) (*omissis*).

Roma, 15 giugno 1999 – Avvocato dello Stato Cinzia Melillo».

Il ricorso non era consegnato al Curatore, l'ultimo giorno utile, essendo questi deceduto poche ore prima della consegna. Il Giudice Fallimentare provvedeva alla relativa sostituzione e il ricorso era quindi notificato al nuovo Curatore circa tre mesi dopo.

La Suprema Corte, con sentenza della Sezione Tributaria 13 maggio 2003, n. 7320, dichiarava inammissibile il ricorso così motivando.

«(Omissis) – Rilevato in fatto e diritto

che con avviso di rettifica notificato il 4 luglio 1983 l'Ufficio IVA di (...) accertava nei confronti del fallimento di (...) una maggiore imposta per il 1981 di lire 19.564.000, con interessi e applicazione delle pene pecuniarie;

che la Commissione tributaria di 1° grado di (...) accoglieva il ricorso del contribuente perché la rettifica era stata notificata dopo la presentazione della dichiarazione di condono automatico (art. 28 della legge 516/1982);

che la Commissione tributaria regionale del Lazio, con la sentenza in epigrafe indicata, rigettava l'appello dell'Ufficio;

che propone ricorso per cassazione l'Amministrazione finanziaria, con un unico articolato motivo;

che il ricorso risulta proposto oltre il termine annuale di cui all'art. 327 primo comma c.p.c. (sentenza di appello, non notificata, pubblicata il 25 febbraio 1998; ricorso dell'Amministrazione finanziaria spedito a mezzo del servizio postale il 3 luglio 1999);

che il ricorso è pertanto inammissibile;

che non vi è da provvedere sulle spese non avendo svolto il fallimento intimato attività difensiva in questa sede;

P. Q. M. Dichiarò l'inammissibilità del ricorso.

Roma, 11 novembre 2002».

Seguiva pertanto, non senza perplessità, il ricorso per revocazione dell'Avvocatura Generale.

«(Omissis) Con la sentenza in epigrafe la S.C. ha dichiarato inammissibile il ricorso R.G. n. 14371/1999, notificato il 12 aprile 1999 e poi il 3 luglio 1999 dal Ministero delle Finanze, Ufficio IVA di (...), nel quale si esponeva quanto segue.

Con avviso di rettifica notificato il 4 luglio 1983 l'Ufficio IVA di (...) accertava nei confronti della fallita ditta in oggetto una maggior imposta per il 1981 di £. 19.564.000 oltre interessi per £. 1.762.000 e pene pecuniarie per £. 82.157.000, per un totale di £. 103.483.500.

La Commissione Tributaria di I grado di (...), adita dal curatore, ne accoglieva la tesi dell'illegittimità di tale avviso perché posteriore alla dichiarazione di condono automatico (art. 28 L. n. 516/1982) presentata in favore del contribuente il 15 dicembre 1982; e la C.T.R. di Roma respingeva l'appello dell'Ufficio (fondato sulla nullità dell'istanza di condono perché riferita al solo anno 1981 e non a tutte le annualità previste dalla norma regolatrice).

Tale decisione, presentandosi ingiusta e lesiva per l'Amministrazione ricorrente, veniva da questa impugnata per cassazione per *violazione e falsa applicazione degli artt. 16, 26 e 28, 3° c. del d.l. n. 429/1982, convertito in legge n. 516/1982, in relazione agli artt. 62 D.lgs. n. 546/1992 e 360, 1° c. n. 3 c.p.c., e per omessa o insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia (in relazione agli artt. 62 D.lgs. n. 546/1992 e 360, n. 5, c.p.c.)*, con le seguenti testuali argomentazioni.

L'art. 28, 3° c., legge n. 516/1982 prevede una definizione automatica dell'I.V.A., tra l'altro, per i periodi di imposta per cui non siano stati notificati avvisi di accertamento o di rettifica (com'era il caso alla presentazione della dichiarazione di condono del contribuente); in tale ipotesi vanno condonati tutti i periodi di imposta le cui dichiarazioni sono scadute entro il 5 marzo 1982, e la dichiarazione integrativa deve contenere a pena di nullità la richiesta di definizione automatica per tutti i periodi di imposta in questione, in cui sia stata presentata la dichiarazione.

La sentenza impugnata (C.T.R. Roma, n. 398/15/1997, dep. il 25 febbraio 1998) ha motivato il rigetto dell'appello affermando:

1) che la mancata richiesta di definizione automatica per tutti i periodi di imposta previsti dall'art. 28, 3°c., non comporta la nullità della definizione semplice (che è quella di cui all'art. 26), per la quale il contribuente può optare;

2) che è nullo l'avviso di rettifica successivo alla dichiarazione integrativa *ex art. 28*;

3) che la Corte Costituzionale ha dichiarato illegittimo l'art. 16 L. 516/1982 in quanto consente la notifica di accertamenti in rettifica o d'ufficio sino alla presentazione della dichiarazione integrativa e non sino all'entrata in vigore del decreto legge n. 429/1982.

In proposito, appare anzitutto assolutamente fuori luogo il richiamo all'art. 16 della legge in esame, come pure alla sentenza C.C. n. 175/1986 che lo ha dichiarato incostituzionale, trattandosi di norma relativa alle *imposte dirette* e quindi inapplicabile all'I.V.A..

In secondo luogo, la prima e la seconda affermazione della stessa sentenza sono in reciproca insanabile contraddizione, perché se – come pare – si vuole affermare che comunque nel caso di specie non è pregiudicata la dichiarazione *semplice* (quella di cui all'art. 26 legge cit.), da un lato si sottintende che in effetti quella automatica nella specie mancasse dei requisiti di cui al 3°c. dell'art. 28, e dall'altro si ricava che l'avviso di rettifica presentato successivamente alla dichiarazione integrativa semplice non era affatto precluso, come emerge dall'art. 27, se invece si evidenzia la nullità della rettifica successiva alla definizione *automatica*, si implica che quest'ultima sussista e sia valida, il che è stato appena negato.

Comunque, è incontrovertibile che la lettera dell'art. 28, 3°c., legge cit. prescrive a pena di nullità che la definizione automatica riguardi tutti i periodi d'imposta, nessuno escluso, antecedenti alla vigenza della legge di condono: su ciò vi è copiosa giurisprudenza (Cass. n. 8904/1992 e 6727/1995, che hanno anzi dichiarato manifestamente infondata la questione di costituzionalità sul punto; 12818/1995; 12823/1995).

Altrettanto pacifico è che il contribuente ha invece presentato la dichiarazione solo per il 1981; peraltro, per tale annualità viene liquidato un importo di sole £. 214.000, nettamente inferiore a quanto dovuto in base ai criteri di calcolo imposti dalla norma, secondo cui l'imposta da versare ai fini del condono doveva essere pari alla somma del 2% (o del 4% per i «contribuenti minori») dell'imposta relativa alle operazioni imponibili e del 2% (o 4%) di quella detraibile.

In ultimo, e sia pure in via del tutto residuale, si rileva che la C.T.R. ha ommesso di considerare che l'ipotesi di definizione semplice di cui all'art. 26 non può comunque ricorrere perché si riferisce a fattispecie in cui prima della dichiarazione di condono siano stati notificati accertamenti o rettifiche, il che nella specie non risulta né è stato mai neppure dedotto; e che comunque, anche ove ricorresse tale ipotesi, mentre verrebbe comunque a cadere qualsiasi ipotesi di nullità dell'avviso di rettifica, che in tal caso è pienamente consentito dalla legge come conferma lo stesso Giudice d'appello, esso sarebbe poi del tutto corretto perché sarebbe di nuovo insufficiente l'imposta liquidata, che non raggiunge certamente la somma del 60% della maggiore imposta accertata col 25% di quella dovuta in base all'originaria dichiarazione (somma che nella specie si aggira sui 6 milioni e mezzo di lire).

Il ricorso era notificato il 12 aprile 1999, ultimo giorno utile, nel quale però – com'è poi risultato dalla relata, l'allora curatore e legale rappresentante del fallimento Adv. (...) era deceduto: pertanto la difesa erariale, risultando il termine di impugnazione prorogato, ex art. 328 c.p.c., di sei mesi da tale decesso, e quindi dallo stesso 12 aprile 1999, dopo la nomina del nuovo curatore riproponeva il ricorso di legittimità notificandolo il 3 luglio 1999, e depositando insieme ad esso anche il precedente atto notificato con la relata attestante il decesso nello stesso giorno del precedente procuratore domiciliatario.

La pronuncia della S.C., tuttavia ha dichiarato il ricorso inammissibile per decorso del termine lungo *ex art. 327 c.p.c., senza alcun cenno alla notifica del 12 aprile 1999 né alcuna motivazione sul diniego dell'applicazione dell'art. 328 c.p.c.,* così mostrando chiaramente di non aver percepito la reale situazione, avendo probabilmente solo messo a confronto la data di deposito della sentenza impugnata sulla prima pagina del ricorso e la data di notifica sull'ultima, *senza però leggere il ricorso stesso né gli atti con esso depositati.*

Essa appare pertanto affetta da errore revocatorio per il seguente *motivo*:

Erronea supposizione dell'intervenuto decorso del termine ex art. 327 c.p.c. alla data del 3 luglio 1999, ed erronea supposizione dell'inesistenza della proroga di tale termine ex art. 328, 3°c., c.p.c. (in relazione all'art. 395, n. 4 c.p.c.).

Erroneamente la pronuncia ha ritenuto inammissibile il ricorso sol perché notificato, per la seconda volta il 3 luglio 1999, dopo che (in circostanze normali) sarebbe decorso il termine lungo ex art. 327 c.p.c. dal deposito della sentenza d'appello (25 marzo 1998), senza tenere in conto che invece il ricorso doveva ritenersi tempestivo in base alla proroga di tale termine disposta dell'art. 328 dello stesso Codice e alla *prima notifica tempestivamente tentata l'ultimo giorno utile, 12 aprile 1999.*

In fatti a tale data, *successiva al decorso dei sei mesi* dalla pubblicazione della sentenza (di cui al 3°c. dell'art. 328), si era verificato l'evento interruttivo costituito dalla morte del procuratore costituito, equiparato a quelli ex art. 299 c.p.c. (richiamati dall'art. 328) ad opera della *sentenza della Corte Costituzionale n. 41/1986*: pertanto, come vuole il 3°c. dell'art. 328, il termine di cui all'art. precedente (=327) doveva intendersi prorogato per tutte le parti di sei mesi dal giorno dell'evento e la notifica del 3 luglio 1999 era tempestiva.

Si ripropongono, comunque, i motivi del ricorso per cassazione come esposti nelle pagg. 1-2 del presente ricorso.

P.Q.M. Voglia codesta Suprema Corte revocare la propria sentenza n. 7320/03 (*omissis*). Roma, 23 luglio 2003 – Avvocato dello Stato Cinzia Melillo».

È utile riportare anche la memoria d'udienza.

«(*Omissis*) Con il ricorso in esame si è chiesta la revocazione della sentenza della S.C. indicata in epigrafe, in quanto, nel dichiarare inammissibile perché tardivo il ricorso per cassazione *notificato il 3 luglio 1999* avverso la sentenza della C.T.R. di Roma, n. 398/15/1997, depositata il 25 febbraio 1998, appariva resa sul presupposto, implicito e *non oggetto di alcuna motivazione né in fatto né tanto meno in diritto*, che nessun evento idoneo a prorogare i termini si fosse verificato, mentre invece era intervenuta dal 12 aprile 1999, ultimo giorno del termine di impugnazione utile ex art. 327 c.p.c., e in cui era stata tentata una prima volta la notifica, l'interruzione del processo ex artt. 299 ss. c.p.c. e 40. lett. a e u.c., Dlgs. n. 546/1992, per essere *quella stessa mattina*, poco prima dell'arrivo dell'Ufficiale Giudiziario, *deceduto il curatore del fallimento*, destinatario della notifica stessa: e il dato costituito da tale decesso, *in sé di mero fatto*, non solo non appariva *valutato* dalla S.C., ma *neppure in alcun modo giunto alla sua percezione* a chi leggesse la sentenza impugnata, la quale si limitava a statuire «che il ricorso risulta proposto oltre il termine annuale di cui all'art. 327, 1°c. c.p.c. (sentenza di appello, non notificata, pubblicata il 25 febbraio 1998; ricorso dell'Amministrazione finanziaria spedito a mezzo del servizio postale il 3 luglio 1999); che il ricorso è pertanto inammissibile».

Sorprende, quindi, la lettura delle conclusioni del Procuratore Generale, secondo le quali il ricorso per revocazione sarebbe preliminarmente *inammissibile* per difetto dell'errore di fatto ex art. 395 n. 4 c.p.c., in quanto nella specie ricorrerebbe un vizio «che invest(e) direttamente la formulazione del giudizio sul piano logico-giuridico»; e sarebbe, comunque, *infondato* perché il decesso del curatore fallimentare non avrebbe effetti interruttivi, non trattandosi né del procuratore costituito (in effetti così definito per mera svista in un solo punto del ricorso) né del legale rappresentante della parte, tale potendosi definire solo quello dei soggetti incapaci.

Nessuno dei due assunti convince, e si chiede alla S.C. di esaminarli alla luce delle considerazioni che seguono.

1) *Sul piano dell'ammissibilità*: non sembra condivisibile che «l'esposta questione implic(hi) valutazione sul piano logico-giuridico». Ovvero: indubbiamente una *valutazione* giuridica si impone, *una volta che* sia stato percepito e ammesso al giudizio il *mero fatto* del decesso di un soggetto significativo (come poi si ribadirà) ai sensi dell'art. 299 c.p.c., fatto che ha indubbia rilevanza per il diritto e al quale perciò vanno ricondotte determinate *conseguenze*; ma il momento valutativo si colloca *dopo* la presa d'atto che l'evento interruttivo si è in effetti verificato, ove, come nella specie, *sul suo stesso verificarsi* non si siano sollevate contestazioni di natura giuridica.

Nel caso in esame, cioè, non è l'apprezzamento giuridico del concetto di «morte» che viene in esame, né vi è contestazione sul fatto che tale morte si fosse realmente verificata: solo, il semplice dato di fatto *che* essa era intervenuta, *dato documentato in atti dalla relata*

della tentata notifica – atto fidefaciente – non appariva essere pervenuto alla consapevolezza del giudicante, che semplicemente aveva ommesso ogni considerazione in proposito *come se nessun elemento significativo vi fosse* sul punto.

Un simile silenzio non può nemmeno essere ricondotto all'omessa motivazione, perché non vi è neppure nelle (scarne) premesse in fatto della sentenza n. 7320/03 il minimo accenno all'acquisizione del dato della morte del curatore fallimentare, solo in presenza del quale, e in assenza della relativa valutazione, il vizio motivo sarebbe ravvisabile.

2) Sulla fondatezza: si osserva che la giurisprudenza occupatasi di valutare l'applicabilità della proroga dei termini di impugnazione ex art. 328 c.p.c., nell'affermare ai fini dell'art. 299 c.p.c. un concetto di rappresentanza legale quale «rappresentanza del soggetto – fisico – incapace» ha sempre avuto di mira, nei concreti casi esaminati, la distinzione tra tale tipo di rappresentanza e quella degli enti, ovvero quella assicurata da un procuratore ex art. 301 c.p.c. (es. Cass., n. 1427/1993): ipotesi in cui la rappresentanza è volontaria, o quanto allo stesso «an», o anche solo quanto alla persona che ricopre, ad es. una carica societaria con poteri di rappresentanza, perché in questi casi il rappresentante è un mandatario, e il mutamento della sua persona (sia a causa di morte che per normale avvicendamento) non incide sul processo (Cass., n. 8584/1994; 1228/1984; 3528/1981).

Intanto, non può non osservarsi che, nel caso degli enti, la tesi comunque non appare risolutiva di ogni dubbio: ad esempio, in caso di decesso improvviso di un amministratore unico, e prima che il successivo sia nominato, in persona di chi dovrebbe citarsi una società? Molte situazioni potrebbero porsi in cui il criterio accennato dalle conclusioni ricordate meriterebbe un approfondimento, una limitazione e una revisione.

Ma, soprattutto, l'obiezione non si attaglia al caso del curatore fallimentare, che non è in alcun modo un mandatario, bensì una figura necessaria la cui presenza è imposta dalla legge e i cui compiti non possono essere svolti da nessun altro soggetto.

Da un lato, infatti, la condizione del fallito è tradizionalmente ricostruita come un'incapacità giuridica relativa, e in tal senso il curatore potrebbe in effetti considerarsi come il rappresentante ex lege di un soggetto incapace per gli atti relativi al patrimonio che questo non può più gestire, osservandosi che il fallito non può, se non in caso di inerzia del curatore, agire direttamente in giudizio in relazione agli interessi concernenti l'impresa (e anche in quel caso, non vi è una giurisprudenza realmente univoca e consolidata nel senso della legittimazione personale del fallito).

Ma nel caso di specie non potrebbe certo ritenersi che la morte del curatore abbia automaticamente realizzato una situazione di sua «inerzia» tale da consentire l'immediato subentro del fallito nell'espletamento di adempimenti quali il ricevimento di una notifica: il curatore, infatti, non era in alcun modo rimasto inerte, bensì aveva promosso il giudizio tributario e vi aveva partecipato in entrambi i gradi di merito, non omettendo volontariamente alcuno degli adempimenti che poteva compiere, sicché la «omissione» involontaria dovuta al decesso non può avere l'effetto di configurare un'inerzia.

In tale situazione, la posizione espressa dalle conclusioni del P.G. lascia aperto l'interrogativo: a chi mai avrebbe potuto essere indirizzata la notifica del ricorso per cassazione nel tempo intercorrente tra la morte del precedente curatore e la nomina del successivo?

D'altra parte il curatore è, innegabilmente, il rappresentante ex lege nel giudizio del fallimento, patrimonio separato spesso considerato come dotato di limitata soggettività giuridica, e dunque di limitata capacità i cui interessi, nella misura in cui li si consideri indipendenti da quelli del fallito, non possono essere gestiti né azionati in giudizio se non tramite il curatore.

Ma, soprattutto, la necessaria presenza del curatore nel fallimento, il suo ruolo di collaborazione col Giudice, la sua esclusiva legittimazione a tutte le azioni interessanti il fallimento ne fa, indipendentemente dal suo rapporto sia col fallimento che col fallito, un'autonoma parte necessaria in proprio: sicché il suo decesso non può che interrompere il giudizio per il venir meno di una parte e imporre di riassumerlo nei confronti del suo successore, che può essere individuato solo nel soggetto successivamente chiamato a ricoprire lo stesso ufficio.

Pertanto, alla data del 12 aprile 1999 successiva al decorso dei sei mesi dalla pubblicazione della sentenza (di cui al 3° c. dell'art. 328), l'evento interruttivo verificatosi, la morte di una parte necessaria ovvero, in subordine del rappresentante del soggetto incapace che è

parte nel giudizio (che sia il fallito limitatamente capace, o il fallimento, limitatamente soggettivo) deve ritenersi aver comportato la proroga del termine di impugnazione, per tutte le parti, di sei mesi dal giorno dell'evento e la notifica del 3 luglio 1999 era tempestiva.

Si riconfermano, comunque, i motivi del ricorso per cassazione come esposti nelle pagg. 1-2 del ricorso per revocazione (*omissis*)».

La Suprema Corte, con sentenza n. 17461/05 in commento, ha accolto la revocazione e, nel merito *ex art.* 384 c.p.c., il ricorso originario.

Corte Suprema di Cassazione, Sezione tributaria, sentenza del 29 agosto 2005 n. 17461 – Pres. U. Favara – Rel. M.R. Cultrera – P.G. (Diff.) V. Nardi – Ministero dell'economia e delle finanze, Agenzia delle entrate (ct.122290/1999, Avv. dello Stato C. Melillo) c. Fall. (...).

Incorre in errore di fatto revocatorio la Corte di Cassazione allorché sfugge alla sua percezione il contenuto della relata di notifica del ricorso alla medesima Corte proposto, ove da esso risulti un primo tentativo di notifica a un Curatore Fallimentare deceduto il giorno stesso della notifica, e la Corte dichiari tardivo il ricorso, successivamente notificato al nuovo Curatore.

La morte del legale rappresentante (nella specie: Curatore Fallimentare) della parte, l'ultimo giorno utile per la notifica entro il termine annuale previsto dall'art. 325 c.p. c., comporta la automatica proroga semestrale del medesimo (1).

Nel condono previsto dal decreto legge n. 429/1982, ai fini della definizione automatica di cui all'art. 19, è necessaria un'espressa istanza, in difetto della quale la dichiarazione integrativa deve considerarsi semplice e senza l'effetto di «definire» il rapporto d'imposta, con la conseguenza che sono in tal caso validi gli accertamenti notificati nella pendenza del termine per presentare la dichiarazione (2).

(art. 391-bis c.p.c.; art. 328, co. 3, c.p.c.; artt. 16, 26, 28, co. 1, decreto-legge n. 429/1982 conv. in L. n. 516/1982).

«*Omissis*» Con avviso di rettifica notificato il 4 luglio 1983, l'Ufficio IVA di (...) accertò nei confronti del fallimento (...) una maggiore imposta per il 1981 di Lire 19.564.000, ed applicò le conseguenti sanzioni.

La Commissione tributaria provinciale di (...), adita dal contribuente, annullò l'atto, siccome era stato notificato dopo la presentazione della dichiarazione di condono automatico, con sentenza che, impugnata dall'amministrazione finanziaria innanzi alla Commissione tributaria del Lazio, venne confermata con pronuncia pubblicata il 25 febbraio 1998.

Il Ministero delle Finanze propose quindi ricorso per cassazione avverso quest'ultima pronuncia, articolando un unico motivo di censura.

L'intimato non si costituì.

Con sentenza n. 7320/2003, questa Corte ha dichiarato inammissibile il suddetto ricorso, giacché proposto oltre il termine annuale posto dall'art. 327 c.p.c.

Il ricorrente chiede col presente ricorso la revocazione di quest'ultima sentenza, denunciando «erronea supposizione dell'intervenuto decorso del termine *ex art.* 327 c.p.c., alla data del 3 luglio 1999, ed erronea supposizione dell'inesistenza della proroga di tale termine *ex art.* 328 c.p.c., in relazione all'art. 395 n. 4 c.p.c.».

Deduce che la pronuncia di cui si chiede la revocazione si fonda sul rilievo che il ricorso per cassazione avverso la decisione della C.TR. pubblicata il 25 febbraio 1998, essendo stato notificato il giorno 3 luglio 1999, è inammissibile, dal momento che è tardivo, ma non fa cenno al fatto, emergente dagli atti, che, in data 12 aprile 1999, ultimo giorno utile, ne era stata tentata già la notifica presso il curatore fallimentare, che però non si era perfezionata, in ragione del fatto che il predetto curatore era risultato deceduto. Tanto meno è motivato il diniego d'applicazione dell'art. 328 c.p.c, applicabile alla fattispecie, in forza del quale, essendosi verificato l'effetto interruttivo che, come sostenuto dal giudice delle leggi nella sentenza n. 41/1986, deve reputarsi analogo a quello contemplato nell'art. 299 c.p.c., il termine annuale si era prorogato di sei mesi dalla data del 12 aprile 1999 quindi aveva scadenza successiva alla data di notifica del ricorso, che per l'effetto era tempestivo.

Il P.G. ha chiesto dichiararsi inammissibile il ricorso, atteso che dall'esame degli atti emerge che l'evento suddetto non ha riguardato la persona del procuratore costituito del Fallimento (...) – parte intimata – ma il curatore Avv. (...). Trattasi, comunque, di circostanza che implica valutazione di questione che s'innesta sul piano logico-giuridico, e non realizza perciò errore revocatorio.

Parte intimata non si è costituita.

Il ricorrente ha depositato memoria illustrativa.

Motivi della decisione. In linea preliminare deve dichiarare il ricorso ammissibile.

Nella specie, l'errore denunciato sicuramente concreta l'errore di fatto, c.d. revocatorio, siccome si riferisce ad una falsa percezione della realtà materiale che ha indotto il giudicante ad una svista e, quindi, ad escludere la tempestività della notifica del ricorso per cassazione. Dall'esame degli atti emerge, infatti, che alla data del 12 aprile 1999, entro il termine posto dall'art. 327 c.p.c., l'ufficiale giudiziario, recatosi presso il domicilio del curatore fallimentare, non poté consegnare la copia del suddetto ricorso per cassazione, siccome apprese che in quello stesso giorno il destinatario era deceduto.

Di questa circostanza, emergente dalla mera lettura degli atti processuali, non si fa cenno alcuno, neppure per implicito, nella sentenza di questa Corte della quale viene chiesta la revocazione. Appare dunque evidente la sussistenza dell'errore di fatto, e non già di diritto, addebitabile a svista percettiva dell'organo giudicante, che non ha comportato alcuna sua attività critica ed è pertanto denunciabile col rimedio azionato.

Ne consegue, per logico corollario, l'ammissibilità del presente ricorso, e la conseguente revocazione della sentenza n. 7320/03 di questa Corte.

Dovendo procedersi al riesame del ricorso nel merito, deve innanzitutto dichiararsene l'ammissibilità.

L'art. 328 c.p.c. 3° comma prevede testualmente che «se dopo sei mesi dalla pubblicazione della sentenza si verifica alcuno degli eventi previsti nell'art. 299, il termine di cui all'articolo precedente è prorogato per tutte le parti di sei mesi dal giorno dell'evento».

L'evento morte che colpisce la persona del curatore fallimentare che, a mente dell'art. 43 della legge fallimentare, rappresenta l'organo al quale è attribuita la legittimazione processuale nelle liti attive e passive che riguardano il fallito per effetto della perdita della capacità processuale di quest'ultimo soggetto giuridico, rientra pacificamente nel paradigma della norma contenuta nell'art. 299, richiamata dall'art. 328.

Ne discende che, se ricorre anche l'ulteriore condizione, postulata dalla disposizione citata, che detto evento sia intervenuto dopo sei mesi dalla pubblicazione della sentenza, il termine per l'impugnazione c.d. lungo si proroga di ulteriori sei mesi dalla data indicata.

Nel caso di specie risulta accertato *per tabulas*, come emerge dalla relata del primo tentativo di notifica, tempestiva, del ricorso per cassazione, che il curatore del fallimento (...) intimato era deceduto in data 12 aprile 1999, a quasi un anno di distanza dalla data di pubblicazione della sentenza della C.T.R., che era stata depositata il giorno 12 maggio 2004. Il ricorrente, per l'effetto, correttamente si giovò della proroga semestrale, non essendosi al momento dell'evento interruttivo intanto consumato il termine d'impugnazione, e per l'effetto, la seconda notifica, eseguita il giorno 3 luglio 1999, nei confronti del curatore fallimentare nominato in sostituzione, è sicuramente tempestiva.

Nel merito, col ricorso in esame il Ministero ricorrente censura l'impugnata pronuncia della C.T.R., deducendo violazione e falsa applicazione degli artt. 16, 26 e comma 3 del d.l. n. 429/1982, convertito in legge n. 516/1982, in relazione agli artt. 62 del d.lgs. n. 546/1992 e 360 nn. 1 e 3 c.p.c., nonché correlato vizio di omessa insufficiente o contraddittoria motivazione su di un punto decisivo della controversia.

Osserva che dal quadro normativo rubricato emerge che l'avviso di rettifica non è precluso nel caso in cui, come nella specie, il contribuente abbia presentato dichiarazione semplice, ma solo nella diversa ipotesi in cui abbia invece presentato quella automatica, con riguardo a tutti i periodi d'imposta antecedenti alla legge di condono.

La decisione impugnata ha risolto la controversia annullando l'avviso impugnato benché la definizione presentata dal contribuente abbia riguardato la sola annualità relativa al 1981.

Il ricorso appare fondato.

A mente del combinato disposto degli artt. 14 e 18 del decreto legge 10 luglio 1982 n. 429, come modificati dalla legge di conversione 7 agosto 1982 n. 516, in materia di defini-

zione agevolata delle pendenze tributarie, nel caso in cui venga presentata la dichiarazione integrativa c.d. semplice, vale a dire non contenente l'espressa ed onnicomprensiva richiesta di definizione automatica ai sensi del successivo art. 19, non sono preclusi accertamenti in rettifica nei limiti indicati dall'art. 18 (cfr. Cass. n. 7665 del 16 maggio 2003).

In questa chiave difettano le condizioni per l'operatività degli effetti della sentenza della Corte Costituzionale n. 175 del 1986, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 16 del d.l. sopra citato nella parte in cui consente l'accertamento in rettifica sino alla data di presentazione della dichiarazione integrativa anziché sino alla data della sua entrata in vigore del 14 luglio 1982. La caducazione degli avvisi successivi a tale momento opera infatti nei soli casi di istanza idonea a provocare il c.d. condono automatico (v. Cass. n. 8279/1992, n. 2998/1994).

In questa cornice di riferimento normativo, l'avviso controverso, benché successivo alla data citata, essendo stato notificato il 4 luglio 1983, resta pur sempre valido ed efficace, poiché la contribuente non aveva presentato dichiarazione integrativa con richiesta di definizione automatica per tutte le precedenti annualità considerate dalla norma, bensì dichiarazione semplice.

Il ricorso deve pertanto essere accolto e la sentenza impugnata deve essere cassata. Non essendo necessarie ulteriori indagini istruttorie, la causa può essere decisa nel merito ai sensi dell'art. 384 comma 1 c.p.c. disponendo il rigetto del ricorso introduttivo del contribuente (*omissis*)».

Ancora sul tema della responsabilità civile per i danni da fumo c.d. attivo

(Tribunale di Napoli, sentenza 15 dicembre 2004, n. 12729)

La sentenza in commento si segnala per essere tornata ad affrontare la tematica della responsabilità civile per i danni da fumo c.d. attivo, e cioè i pregiudizi alla salute derivanti ai fumatori dal consumo reiterato nel tempo di sigarette. Si tratta di una tematica di estrema delicatezza e complessità, la quale, conosciuta e (per così dire) sperimentata ormai da decenni nell'esperienza giuridica d'oltreoceano⁽¹⁾, soltanto negli ultimi anni sembra avere attirato anche nel nostro ordinamento l'attenzione degli operatori pratici e teorici del diritto⁽²⁾.

Nel caso di specie, un soggetto, premesso di essere stato un incallito fumatore fin dall'adolescenza e di aver subito gravi danni alla salute (asseritamente) conseguenti al consumo eccessivo e prolungato di sigarette italiane e straniere, conveniva dinanzi al Tribunale di Napoli – chiedendone la condanna in solido al risarcimento dei danni patiti a titolo di responsabilità extracontrattuale – l'Ente Tabacchi Italiani (ETI) e una nota multinazionale statunitense, quali produttori e distributori in Italia delle sigarette (rispettivamente) italiane e straniere, nonché il Ministero della Salute, per non avere quest'ultimo proibito la vendita di sigarette in Italia pur essendo consapevole della grave nocività del fumo per la salute.

Nella sentenza in esame il Tribunale partenopeo, all'esito di un'attenta analisi, ha rigettato tanto la domanda proposta nei confronti dell'ETI e della ditta statunitense quanto quella avanzata nei confronti dell'Amministrazione della Salute, ravvisando l'insussistenza di qualsivoglia profilo di antigiusridi-

(1) Per un'efficace rappresentazione del quadro della c.d. *tobacco litigation* statunitense si vedano, per tutti, i contributi di G. PONZANELLI, *Il caso Cipollone: la tutela del fumatore tra normativa federale e statale*, in *Foro it.*, 1992, IV, 502; ID., «Class action», tutela dei fumatori e circolazione dei modelli giuridici, in *Foro it.*, 1995, IV, 305; ID., *Responsabilità da prodotto da fumo: il «grande freddo» dei danni punitivi*, in *Foro it.*, 2000, IV, 450; M.D. STALTERI, *Il problema della responsabilità del produttore di sigarette e il caso Cipollone: l'«assalto alla cittadella» è realmente cominciato?*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 177.

(2) Nella (finora scarsa) giurisprudenza, cfr., oltre alla sentenza in commento, Trib. Roma, 4 aprile 1997, in *Danno e resp.*, 1997, 750; Trib. Roma, 11 febbraio 2000, in *Corriere giur.*, 2000, 1639; App. Roma, 7 marzo 2005, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, 326.

Tra i più recenti e significativi contributi della dottrina, si ricordano quelli di L. MAZZELLA, *La responsabilità per danni da fumo. Un caso giudiziario*, in questa *Rassegna*, 1996, II, 43; F. CAFAGGI, *Immunità per i produttori di sigarette: barriere culturali e pregiudizi di una giurisprudenza debole*, in *Danno e resp.*, 1997, 750; G. FACCI, *Brevi considerazioni in tema di danno da fumo*, in *Contr. e impresa*, 1999, 944; M. PACIFICO, *Il risarcimento del danno da fumo attivo*, in *Corriere giur.*, 2000, 1639; G. GIACCHERO, *Causalità e danni da fumo attivo*, in *Danno e resp.*, 2001, 853; ID., *Fumo attivo e responsabilità civile del produttore di sigarette*, in *Giur. it.*, 2001, 1643; O. SARLO, *Sigarette e pubblicità ingannevole*, in *Dir. e giust.*, 2002, n. 38, 52; A.G. CIANCI, *Discovery e danni da fumo: gestione dei documenti aziendali, tecniche di difesa e violazione del Fair trial*, in *Danno e resp.*, 2003, 587; A. LAMORGESE, *Il danno da fumo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, 1182; V. D'ANTONIO, *Riflessioni sulla risarcibilità del danno da fumo*, in *Danno e resp.*, 2004, 996.

cità nel comportamento dei soggetti convenuti, ed ha altresì dichiarato (*ad abundantiam*) il difetto di legittimazione passiva dell'ETI, per essersi l'evento dannoso lamentato *ex parte actoris* verificato in epoca antecedente all'istituzione dell'Ente medesimo.

In particolare, per quanto concerne la posizione dei soggetti convenuti in qualità di produttori e distributori in Italia di tabacchi lavorati, la decisione del Tribunale di Napoli si fonda su una serie di *rationes* di grande solidità, non solo in quanto appaiono difficilmente contestabili sul piano logico-giuridico, ma anche siccome ciascuna *ex se* sufficiente ed idonea a dare fondamento alla pronuncia di rigetto.

Schematizzando e riordinando per chiarezza espositiva siffatte argomentazioni, il Giudice monocratico, ragionando anzitutto nell'ottica di una potenziale responsabilità *ex art. 2043 c.c.*, osserva preliminarmente che «la produzione e la vendita di sigarette è attività lecita, se esercitata da soggetti legittimati nei modi e nelle forme imposte dalla legge». Tale rilievo appare assolutamente ineccepibile, in quanto da esso discende la conclusione (che il Giudicante sembra in realtà dare per implicita) che, una volta riscontrata una simile osservanza delle prescrizioni normative – peraltro non contestata nel caso di specie –, nell'attività di produzione e distribuzione di prodotti da fumo non può essere individuato alcun comportamento doloso o colposo rilevante al fine di fondare una eventuale responsabilità aquiliana, anche in ossequio ad un elementare principio di non contraddizione dell'ordinamento giuridico, il quale non può consentire che venga considerata illecita un'attività legalmente disciplinata, e quindi autorizzata (arg. anche *ex art. 51 c.p.*, che, come è noto, codifica la generale causa di giustificazione dell'esercizio di un diritto).

Sotto altro profilo, il Tribunale di Napoli osserva comunque che nel caso di specie difettava altresì la prova del nesso di causalità tra il danno subito dall'attore (da qualificarsi certamente come ingiusto, siccome inerente al diritto fondamentale alla salute) ed il fumo (*rectius*, l'abuso del fumo) delle sigarette. Sul punto, il Giudice si ricollega apertamente ai più recenti orientamenti espressi dalla Corte di Cassazione, secondo cui sussiste il nesso causale tra un fatto ed un evento soltanto laddove il primo sia «condizione necessaria dell'evento lesivo con elevato grado di credibilità razionale e di probabilità logica» (3).

Orbene, con riferimento al rapporto tra consumo di sigarette e danni alla salute, il Tribunale di Napoli osserva che, per costituendo il fumo un indubbio

(3) Il riferimento obbligatorio è a Cass. pen., Sez. Un., 10 luglio 2002, n. 30328, in *Foro it.*, 2002, II, 601, la quale, risolvendo un annoso contrasto giurisprudenziale in ordine alla tematica del nesso di causalità nei reati omissivi impropri, ha affermato il principio incontrovertibilmente valido anche in ambito civile per cui il rapporto eziologico tra una condotta ed un evento non può ritenersi sussistente sulla base di un mero coefficiente di probabilità statistica (astratta), ma deve essere verificato alla luce delle specifiche risultanze del caso concreto, così che, all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta è stata condizione necessaria dell'evento lesivo «*con alto o elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica*».

(ed anzi elevato) fattore di rischio delle malattie e dei tumori all'apparato respiratorio, tale relazione non è sufficiente – tanto più, è da aggiungere alla motivazione della pronuncia, nella moderna società industrializzata, in cui i fattori di rischio di consimili affezioni sono aumentati esponenzialmente (si pensi, a mero titolo esemplificativo, all'inquinamento atmosferico o ad una non corretta alimentazione) – ad acquisire la c.d. certezza processuale (volendo utilizzare una terminologia familiare al Supremo Collegio) della esistenza di un valido rapporto eziologico, in quanto «inidonea a soddisfare il concetto di “condizione necessaria” che è in discussione»: prova ne è, del resto, che molti soggetti non fumatori contraggono malattie di tale sorta, così come anche incalliti fumatori sovente non ne vengono affatto colpiti (4).

D'altra parte, il Giudice monocratico rileva che, anche una volta provato, in ipotesi, il rapporto eziologico tra il fumo delle sigarette e la malattia contratta dall'attore, tra la condotta dei soggetti convenuti – consistente nella produzione e/o distribuzione di prodotti da fumo – e i danni alla salute patiti si inserisce comunque, quale causa di esclusione dell'insorgere dell'obbligazione risarcitoria ai sensi dell'art. 1227, 2° comma, c.c. («il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza») – o forse ancora più alla radice, ad avviso di chi scrive, quale fattore interruttivo del nesso causale *ex art.* 41, 2° comma, c.p. –, la scelta volontaria (e certamente colposa nell'ottica di un giudizio risarcitorio) da parte dell'attore di iniziare (e continuare) a fumare. Anche la decisività di siffatto rilievo non sembra poter essere revocata in dubbio, sol che si abbia riguardo alla (innegabile) consapevole assunzione dei rischi per la salute che tale scelta comporta, dal momento che è del tutto notoria, ormai da numerosi decenni, la potenziale nocività del consumo reiterato di sigarette. E ciò tanto più ove si consideri che nel caso di specie era lo stesso attore ad imputare la genesi della propria malattia non tanto al fumo in sé quanto all'«abuso» nel fumo; abuso indubitabilmente riconducibile ad un comportamento volontario del medesimo soggetto e non già all'attività di produzione e commercializzazione svolta dai convenuti (5).

(4) In giurisprudenza, ha parimenti escluso l'esistenza di un rapporto eziologico tra consumo di sigarette e malattie insorte, sulla base di argomentazioni sostanzialmente analoghe a quelle fatte proprie dal Tribunale di Napoli nella sentenza in esame, Trib. Roma, 4 aprile 1997, *cit.*; *contra*, tuttavia, App. Roma, 7 marzo 2005, *cit.*, la quale, sulla scorta delle risultanze di apposita consulenza tecnica d'ufficio, ha ritenuto con ampia motivazione che nel caso concreto l'esistenza del rapporto causale dovesse ritenersi provata «*alla stregua di un serio e ragionevole grado di probabilità scientifica*».

In dottrina, per la difficoltà (se non impossibilità) di dimostrare l'esistenza di un valido nesso causale tra consumo di sigarette e danni alla salute sofferti, cfr., per tutti, G. PONZANELLI, *Il caso Cipollone*, *cit.*, 506 e L. MAZZELLA, *op. cit.*, 47 e 55 s.; in termini più aperti e possibilisti, v. però F. CAFAGGI, *op. cit.*, 759; G. FACCI, *op. cit.*, 946; G. GIACCHERO, *Causalità e danni da fumo attivo*, *cit.*, 854.

(5) Per la valorizzazione del profilo della consapevole assunzione dei rischi inerenti al fumo delle sigarette, quale fattore *ex se* idoneo ad interrompere il nesso causale o comunque ad escludere la responsabilità dei produttori e/o distributori dei prodotti da fumo, si vedano, in giurispru-

Né, sotto tale ultimo profilo – prosegue la pronuncia –, potrebbe invocarsi, al fine di escludere la rilevanza della scelta individuale del fumatore, l'argomento (spesse volte utilizzato dai fumatori-danneggiati nei giudizi risarcitori) relativo alla c.d. dipendenza da fumo derivante da alcune sostanze contenute nei tabacchi lavorati. Al riguardo, il Giudicante osserva correttamente che «non esistono studi scientifici che rappresentino la dipendenza da nicotina in termini di annullamento o seria compromissione della volontà del fumatore», e che anzi «la realtà è piena di casi di soggetti che smettono di fumare per scelta, così come la letteratura medica è piena di casi di soggetti colpiti da infarto o da altre gravi patologie che si determinano a cessare, da un giorno all'altro, l'assunzione di fumo per scelta, avendo rinvenuto nella consapevolezza della malattia la motivazione personale ed autonoma per smettere di fumare, senza far ricorso ad alcuna terapia coadiuvante o sostitutiva»; del resto, nel caso di specie, l'assunzione volontaria e colposa del rischio da parte dell'attore, rilevante *ex artt.* 41, 2° comma, c.p. e/o 1227, 2° comma, c.c., risultava *per tabulas* dalla circostanza che questi, pur essendo stato un incallito fumatore per un'intera vita, aveva immediatamente smesso di fumare non appena venuto a conoscenza della malattia contratta.

Le argomentazioni che precedono consentono altresì al Tribunale di Napoli di escludere alla radice la possibilità di fondare una pronuncia di condanna dei produttori e distributori di tabacchi lavorati sulla normativa relativa alla responsabilità per esercizio di attività pericolose (art. 2050 c.c.) ovvero per messa in circolazione di prodotti difettosi (decreto del Presidente della Repubblica 24 maggio 1988, n. 224).

Sotto il primo profilo, il Tribunale, mentre sembra dare implicitamente per scontata l'impossibilità di qualificare come pericolosa l'attività di produzione e distribuzione *stricto sensu* intesa (*id est*, considerata nel suo concreto svolgimento) – siccome di per sé inidonea a costituire fonte probabile di danni in pregiudizio di terzi –, argomenta esattamente che, anche ad aderire all'impostazione giurisprudenziale tendente ad estendere l'ambito di applicazione dell'art. 2050 c.c. alle fattispecie in cui sia il prodotto (risultato e, in qualche misura, «proiezione esterna» dell'attività) ad essere ontologicamente pericoloso per gli utenti o consumatori (6), egualmente il prodotto-sigaretta, singolarmente considerato, non può ritenersi contraddistinto da siffatta intrinseca potenzialità lesiva, in quanto è piuttosto «l'uso non corretto [in termini di abuso] che ne faccia l'utente volontariamente» ad essere fonte di

denza, Trib. Roma, 4 aprile 1997, *cit.* e Trib. Roma, 11 febbraio 2000, *cit.* In dottrina, per tutti, L. MAZZELLA, *op. cit.*, 46 e 56 s. e M. PACIFICO, *op. cit.*, 1646; *contra*, tuttavia, G. GIACCHERO, *Fumo attivo e responsabilità civile del produttore di sigarette*, *cit.*, 1645.

(6) Per tale orientamento si vedano, a mero titolo esemplificativo, Cass., 13 gennaio 1981, n. 294, in *Foro it.*, 1981, I, 1325; Cass., 13 gennaio 1982, n. 182, in *Resp. civ. e prev.*, 1982, 746; Cass., 15 luglio 1987, n. 6241, in *Foro it.*, 1988, I, 144; Cass., 19 gennaio 1995, n. 567, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 276: per lo più le pronunce in argomento si riferiscono all'attività di produzione e distribuzione di bombole a gas e di farmaci emoderivati.

gravi rischi per la salute (7). E la pronuncia del Giudice monocratico appare tanto più meritevole di apprezzamento *in parte qua*, ove si consideri che costituisce insegnamento ormai consolidato della giurisprudenza di legittimità che un'attività o un prodotto non possono considerarsi (*rectius*, diventare) pericolosi, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2050 c.c., a causa del (solo) comportamento od uso improprio di una determinata persona (8). A ragionare diversamente, invero, dovrebbero ritenersi pericolose anche le attività di produzione e commercializzazione di sostanze alcoliche, telefoni cellulari, autoveicoli, alimenti ad alto contenuto di colesterolo e, così via discorrendo, di infiniti altri prodotti non intrinsecamente pericolosi ma il cui uso smodato o non corretto possa costituire elevato fattore di rischio di danni alla salute (9).

Sotto il secondo profilo, alla luce di quanto fin qui esposto, è agevole per il Giudice partenopeo escludere l'applicabilità della normativa sulla responsabilità del produttore per difetti di costruzione, di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 224/1988, sul presupposto che «nella fattispecie in esame non si è in presenza di un prodotto difettoso, per il quale la legge imponga uno specifico obbligo di informazione, ma di fattori di rischio connessi all'abuso, all'uso non corretto, del prodotto stesso» (10).

(7) In giurisprudenza, hanno escluso sulla base delle medesime considerazioni la natura pericolosa, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2050 c.c., dell'attività di produzione e messa in commercio di tabacchi lavorati, Trib. Roma, 4 aprile 1997, *cit.* e Trib. Roma, 11 febbraio 2000, *cit.* In tale ultima pronuncia, in particolare, si rileva in modo ineccepibile che «*il prodotto finale dell'attività produttiva, rappresentato dalla sigaretta, non ha in sé una capacità di provocare situazioni dannose mentre può diventare dannoso, e quindi pericoloso, l'uso reiterato nel tempo dello stesso prodotto (la lesività del bene, quindi, può derivare solo da un comportamento dell'utilizzatore o meglio del consumatore, comportamento che deve protrarsi peraltro per un periodo oggettivamente apprezzabile)*». In senso contrario, peraltro, si è recentemente espressa, ma con motivazione che non può assolutamente convincere alla luce delle argomentazioni fin qui esposte, App. Roma, 7 marzo 2005, *cit.*, la quale ha ritenuto pericolosa ex art. 2050 c.c. l'attività di produzione e commercializzazione di prodotti da tabacco «*in quanto per la loro stessa natura e per la loro composizione biochimica e per il fatto di avere come unica destinazione il consumo mediante fumo, hanno una potenziale carica di nocività per la salute, bene primario tutelato dall'art. 32 Cost.*».

In dottrina, per l'inapplicabilità dell'art. 2050 c.c. all'attività in questione si vedano, tra gli altri, L. MAZZELLA, *op. cit.*, 54; G. FACCI, *op. cit.*, 951; A.G. CIANCI, *op. cit.*, 598; *contra* F. CAFAGGI, *op. cit.*, 758.

(8) Così, da ultimo, Cass., 26 aprile 2004, n. 7916, in *Foro it. Rep.*, 2004, voce «Responsabilità civile», n. 34, la quale ha ribadito il principio per cui «*le attività pericolose, che, per la loro stessa natura od anche per i mezzi impiegati, rendono probabile e non semplicemente possibile il verificarsi di un evento dannoso e importano responsabilità ex art. 2050 c.c., devono essere tenute distinte da quelle normalmente innocue che possono diventare pericolose per la condotta di chi le esercita*». Per un argomento *a fortiori* sul punto, si veda pure Cass., 4 maggio 2004, n. 8457, in *Foro it.*, 2004, I, 2378, ove si afferma che «*la responsabilità per esercizio di attività pericolose rientra nelle ipotesi di responsabilità oggettiva e prescinde dalla colpa di chi ha posto in essere l'attività; tuttavia, pur in caso di mancata adozione delle misure previste dalla legge o, in ogni caso, idonee ad evitare l'evento dannoso, la responsabilità va esclusa ove si accerti che il comportamento del danneggiato sia stato idoneo a interrompere il nesso eziologico tra attività pericolosa ed evento dannoso*».

(9) Nei medesimi termini, cfr. anche Trib. Roma, 11 febbraio 2000, *cit.*

(10) Siffatta esclusione è stata confermata, in giurisprudenza, da Trib. Roma, 11 febbraio 2000, *cit.*, ove si osserva altresì che, anche a ritenere – per assurdo – che la sigaretta possa consi-

Parimenti ineccepibile appare il ragionamento svolto dal Giudice nella sentenza in commento al fine di escludere una qualsivoglia responsabilità del Ministero della Salute, il quale – come anticipato – era stato convenuto per non aver proibito la vendita di sigarette, pur essendo consapevole della circostanza che il fumo nuoce gravemente alla salute.

Ed invero, il Tribunale di Napoli, senza neppure il bisogno di rilevare – come pure sarebbe stato sufficiente – che l'insussistenza del (la prova del) nesso eziologico tra il fumo e la malattia contratta dall'attore (anche sotto l'esaminato profilo della consapevole assunzione del rischio da parte di quest'ultimo) valeva certamente ad escludere alla radice anche la responsabilità della Pubblica Amministrazione per il titolo prospettato, argomenta agevolmente (ed esattamente), per un verso, che «la mancata adozione di un radicale divieto di commercializzazione del tabacco non compete al Ministero convenuto, bensì allo Stato italiano, nell'esercizio delle sue funzioni di indirizzo politico»; per un altro, che «il proibizionismo del tabacco è scelta di politica legislativa»: argomento, quest'ultimo, assolutamente decisivo, in quanto comporta la incensurabilità di tale scelta in sede giurisdizionale, anche in ossequio al fondamentale principio di separazione dei poteri (arg. anche *ex art.* 101, 2° comma, Cost.) (11).

Ad abundantiam, il Tribunale di Napoli osserva comunque che nel comportamento tenuto tanto dallo Stato italiano quanto dal Ministero della Salute nella delicata materia della tutela della salute contro i pericoli del fumo non è ravvisabile alcun profilo di anti-giuridicità. Il primo è infatti intervenuto con numerosi testi normativi, quali – su tutti – la legge 10 aprile 1962, n. 165 e il decreto-legge 10 gennaio 1983, n. 4, che hanno stabilito il divieto della propaganda pubblicitaria dei prodotti da fumo (12), le leggi 11 novembre 1975, n. 584 e 16 gennaio 2003, n. 3, sul divieto di fumare nei locali pubblici ed aperti al pubblico, e la legge 29 dicembre 1990, n. 428,

derarsi un prodotto *ex se* difettoso, egualmente l'esperibilità del rimedio risarcitorio rimarrebbe preclusa dal disposto dell'art. 10, 2° comma, del citato d.P.R., a mente del quale «il risarcimento non è dovuto quando il danneggiato sia stato consapevole del difetto del prodotto e del pericolo che ne derivava e nondimeno vi si sia volontariamente esposto». In dottrina, nei medesimi termini, cfr., tra gli altri, L. MAZZELLA, *op. cit.*, 53; A. LAMORGESE, *op. cit.*, 1195; V. D'ANTONIO, *op. cit.*, 1006.

(11) Per l'insindacabilità da parte degli organi giurisdizionali della scelte discrezionali del Legislatore nella materia della produzione e della vendita dei prodotti da fumo (sia pure con particolare riferimento all'apposizione di specifici *warnings* sui pacchetti di sigarette) si veda, per tutti, L. MAZZELLA, *op. cit.*, 44 e, in giurisprudenza, Trib. Roma, 11 febbraio 2000, *cit.*

(12) Al riguardo, per completezza espositiva, appare opportuno ricordare che le Sezioni Unite della Cassazione, con sentenza n. 10508 del 6 ottobre 1995 (in *Foro it.*, 1995, I, 3458), componendo il contrasto insorto nella giurisprudenza di legittimità in ordine alla estensione del divieto legislativo della propaganda pubblicitaria di qualsiasi prodotto da fumo, nazionale o estero, hanno affermato che tale divieto, trovando il suo fondamento nell'esigenza primaria di tutela della salute della collettività, «*coinvolge sia forme direttamente evocative dei prodotti da fumo con effetto propagandistico, sia forme in cui l'effetto sia conseguito con modalità indirette ed occulte (come nel fenomeno della sponsorizzazione), senza che sia consentito, ai fini dell'esistenza o inesistenza dell'illecito, graduare la maggiore o minore intensità dell'effetto vietato, purché sussistente*».

che, in ottemperanza alla Direttiva CEE n. 1989/622, ha disposto l'apposizione sui pacchetti di sigarette di un'etichettatura recante avvertenze sulla nocività dei prodotti da fumo (13); il secondo «promuove campagne di sensibilizzazione sui danni del fumo, dispone divieti e limiti al fumo in determinati ambienti a tutela dei non fumatori, vigila sull'osservanza delle prescrizioni sanitarie ed epidemiologiche in materia».

La sentenza in esame non sembra invece condivisibile nella parte in cui il Giudice monocratico ha dichiarato il difetto di legittimazione passiva dell'ETI (oggi, a seguito di trasformazione operata in ottemperanza all'art. 1, 6° comma, del decreto legislativo 9 luglio 1998, n. 283, *British American Tobacco Italia S.p.A.*), per essersi l'evento dannoso lamentato dall'attore verificato in epoca antecedente all'istituzione dell'Ente medesimo.

Argomenta al riguardo il Tribunale di Napoli che l'art. 3, 1° comma, del citato D.Lgs. n. 283/1998 (provvedimento istitutivo dell'ETI, che ad esso ha attribuito «le attività produttive e commerciali già riservate o comunque attribuite all'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato, con esclusione delle attività inerenti al lotto ed alle lotterie»: cfr. art. 1, 2° comma), nello stabilire che «l'Ente è titolare dei rapporti attivi e passivi, nonché dei diritti e dei beni afferenti le attività produttive e commerciali già attribuite all'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato», ha dato luogo ad un fenomeno inquadrabile entro lo schema della successione a titolo particolare *ex art. 111 c.p.c.*, attesa la permanenza in vita dell'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato, che non è stata soppressa (14). Di qui la conseguenza – tratta dal Giudicante – che «non è possibile addossare all'ETI pretese condotte antigiridiche riferibili al Monopolio».

In realtà, l'ampio tenore del citato art. 3, che ha trasferito all'ETI tutti i rapporti (anche) passivi – e quindi i debiti, anche da illecito aquiliano – rela-

Successivamente Cass., 7 luglio 1999, n. 7029, in *Foro it.*, 1999, I, 3537, ha chiarito che l'accertamento della concreta verifica dell'effetto propagandistico-pubblicitario del prodotto da fumo, necessario per la configurabilità dell'illecito, va operato in concreto e non in termini di semplice idoneità astratta; e che tale accertamento costituisce pertanto oggetto di un giudizio di fatto del giudice del merito, insindacabile in sede di legittimità ove sorretto da congrua ed adeguata motivazione.

(13) A tali provvedimenti, peraltro, si ritiene di dover aggiungere il decreto legislativo 24 giugno 2003, n. 184 (curiosamente «dimenticato» nella sentenza in commento), che, attuando la Direttiva CEE n. 2001/37, ha stabilito il tenore massimo di catrame, nicotina e monossido di carbonio nelle sigarette, ed ha notevolmente irrigidito la disciplina delle avvertenze relative alla pericolosità per la salute da riportarsi obbligatoriamente sulle confezioni dei prodotti del tabacco.

(14) Negli stessi termini, cfr. Cass., Sez. Un., 21 maggio 2003, n. 7945, *Foro it. Rep.*, 2003, voce «Procedimento civile», n. 95, la quale pure ha ricondotto l'istituzione dell'ETI al fenomeno della successione a titolo particolare disciplinata, sul piano processuale, dall'art. 111 c.p.c., sul presupposto della mancata soppressione dell'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato. Del resto, l'affermazione per cui «*in tema di successione tra enti pubblici, il trasferimento dei rapporti, dei beni e delle finalità dall'uno all'altro ente, non accompagnato dall'estinzione del primo, non realizza un'ipotesi di successione a titolo universale*» appare addirittura tralaticia nella giurisprudenza di legittimità: cfr., solo tra le più recenti, Cass., 29 maggio 2001, n. 7258, in *Foro it.*, 2003, I, 56.

tivi alle attività già facenti capo all'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato attribuite all'Ente (tra le quali rientrano, *in primis*, proprio la produzione e la distribuzione di prodotti da fumo), sembra suggerire un'interpretazione opposta a quella fatta propria dal Tribunale di Napoli: nel senso, cioè, che il neoistituito Ente debba rispondere in via esclusiva di tutte le obbligazioni (anche extracontrattuali) già esistenti a carico dell'Amministrazione Autonoma (purchè, ovviamente, inerenti ai settori di attività trasferiti), secondo uno schema qualificabile in termini di successione a titolo universale «parziale», operante cioè *in universum ius*, sia pure soltanto con riferimento a determinati settori di attività (15).

Dott. Roberto Palasciano

Tribunale di Napoli, 11^a Sezione Civile, sentenza 15 dicembre 2004, n. 12729 – R.E. (Avv. I. Militerni) c/ Ministero della Sanità (Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli) e altri.

Deve essere dichiarato il difetto di legittimazione passiva dell'Ente Tabacchi Italiani nell'ipotesi in cui detto Ente venga convenuto in un giudizio risarcitorio relativo ad un evento dannoso verificatosi in epoca antecedente alla sua istituzione, dal momento che quest'ultima, attesa la mancata soppressione dell'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato, è inquadrabile secondo lo schema della successione a titolo particolare ex art. 111 c.p.c.

L'attività di produzione e distribuzione di sigarette non può essere considerata fonte di responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. per i danni alla salute subiti dal fumatore, in quanto tra tale attività ed il danno si inserisce la scelta volontaria di fumare (e la consapevole assunzione dei relativi rischi) da parte del fumatore, la quale vale ad escludere la responsabilità delle imprese produttrici e distributrici a norma dell'art. 1227, 2 comma, c.c.

L'attività di produzione e distribuzione di sigarette non configura un'attività pericolosa ai sensi dell'art. 2050 c.c. in quanto la potenzialità nociva non deriva dalla res materiae in sé, dalle sue caratteristiche intrinseche ed estrinseche, ma dall'uso non corretto che ne faccia l'utente volontariamente.

All'attività di produzione e distribuzione di sigarette non è applicabile la normativa di cui al d.P.R. 24 maggio 1988, n. 224, in tema di responsabilità del produttore per i difetti di costruzione, posto che nella fattispecie non si è in presenza di un prodotto difettoso, per il quale la legge imponga uno specifico obbligo di informazione, ma di fattori di rischio commessi all'abuso, all'uso non corretto, del prodotto stesso.

Non può essere affermata la responsabilità del Ministero della Salute per non avere proibito la vendita di sigarette in Italia, in quanto la scelta di adottare un radicale divieto di commercializzazione del tabacco non compete al Ministero medesimo, bensì allo Stato italiano, ed oltretutto costituisce scelta di politica legislativa non sindacabile in sede giurisdizionale.

«(Omissis) Svolgimento del processo – Con citazione notificata il 9 ottobre 2000, E.R. conveniva in giudizio l'Ente Tabacchi Italiani s.p.a. (da ora ETI), il Ministero della Sanità e la X s.p.a. per ottenere il risarcimento del danno alla salute (postumi di cancro della laringe e malattie circolatorie), determinato dal fumo eccessivo e prolungato di sigarette italiane e americane.

(15) A tale conclusione è significativamente pervenuta App. Roma, 7 marzo 2005, *cit.*, riconoscendo la legittimazione passiva dell'ETI in un giudizio risarcitorio relativo ad un evento dannoso verificatosi in epoca antecedente all'istituzione dell'Ente. Sull'ammissibilità, in linea generale, della categoria della successione a titolo universale «parziale», si veda, a titolo paradigmatico, Cass., 12 aprile 1986, n. 2583, in *Foro it.*, 1986, I, 2793.

Deduceva di aver iniziato a fumare nell'adolescenza e di aver tentato invano di smettere. Di aver avuto i primi disturbi nel 1995 e, quindi, l'infausta diagnosi, che aveva condotto alla cordecetomia parziale ed a una serie di patologie connesse. Attribuiva la responsabilità della malattia all'ETI, quale produttore e distributore delle sigarette italiane (Nazionali ed MS) consumate, alla X s.p.a. quale distributore in Italia delle sigarette straniere consumate ed al Ministero della Sanità per non aver proibito la vendita di sigarette, pur essendo consapevole della circostanza che il fumo nuoce gravemente alla salute.

Si costituiva l'ETI deducendo:

a) il difetto di legittimazione passiva, per essere stato l'ente costituito con D.Lgs. n. 283/1998, mentre i fatti esposti dal R. erano risalenti a diversi anni prima;

b) l'indeterminatezza della *causa petendi*;

c) l'infondatezza della domanda.

Si costituiva il Ministero della Sanità eccependo la carenza di giurisdizione del giudice adito rispetto alle scelte di politica legislativa dello Stato e l'infondatezza della domanda.

Non si costituiva la X s.p.a.

Con separata citazione, notificata il 3 novembre 2000, il R. ripeteva la *vocativo in ius* della X s.p.a., atteso che la prima non risultava regolarmente effettuata nella sede sociale.

Con altra citazione, notificata il 16 novembre 2000, il R. conveniva in giudizio anche le (...) s.r.l., nelle medesime qualità di distributrici delle sigarette americane da lui fumate, argomentando la stessa domanda di cui alla prima citazione.

Nella fase istruttoria le cause venivano riunite, riscontrata la connessione oggettiva e soggettiva, in relazione al *petitum* ed alla *causa petendi*.

Prodotta *hic et inde* documentazione, veniva raccolto il libero interrogatorio del R.

All'esito, il Tribunale avviava la causa in decisione concedendo alle parti i termini di cui all'art. 190 c.p.c.

Motivi della decisione – È fondata l'eccezione di carenza di legittimazione passiva dell'ETI, trasformato in corso di giudizio in società per azioni, come previsto dal comma 6 del decreto legislativo 283/1998.

Deve, infatti, rilevarsi che le doglianze del R. investono un evento dannoso da responsabilità aquiliana evidenziatesi nel 1996, con la diagnosi di carcinoma infiltrante della laringe e determinato, secondo l'attore, dall'abuso di fumo di sigarette, anche italiane, protratto dal 1959 al 1997. In buona sostanza la tesi giuridica introdotta dall'attore *in limine litis* consiste nel ritenere illecita in suo danno la produzione e vendita di alcune sigarette italiane fumate fino al '97.

Ebbene l'Ente Tabacchi Italiani risulta istituito con il richiamato D.Lgs. 9 luglio 1998 n. 283, che ha ad esso attribuito, a norma dell'art. 1, solo le attività produttive e commerciali nel campo dei tabacchi lavorati, già riservate all'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato, secondo lo schema della successione a titolo particolare, figura che, in tema processuale, risulta disciplinata dall'art. 111 c.p.c.. Ed infatti la suddetta Amministrazione dei Monopoli è stata soppressa, ma ha conservato, anche in tema di tabacchi lavorati, competenze diverse dalla produzione e commercializzazione ed una propria autonomia patrimoniale rispetto al successore a titolo particolare. Di conseguenza non è possibile addossare all'ETI pretese condotte antiggiuridiche riferibili al Monopolio; né in contraddizione con tale assunto può leggersi il successivo art. 3 del decreto in esame, il quale nel dotare di un patrimonio il neo istituito ente, ha disciplinato il trasferimento ad esso delle poste attive e passive, oltre che dei beni strumentali e del personale, mediante un'operazione contabile, alla quale erano e restano estranee le pretese risarcitorie successivamente sorte, (così Cass., 29 maggio 2001, n. 7258 e TAR Lazio, I Sezione, 15 luglio 2003, n. 149, in tema di condotte illecite imputate all'ETI, per fatti precedenti la sua istituzione).

Nel merito le tesi dell'attore non possono essere condivise, poiché partono da assunti che non trovano riscontro normativo nel nostro sistema.

Essi, per contro, si infrangono contro la consistenza di opposti assunti, che possono essere così sintetizzati:

a) il fumo è atto volontario;

b) il fumo costituisce elevato fattore di rischio del cancro della laringe, ma non tutti i fumatori contraggono la malattia;

c) la produzione e la vendita di sigarette è attività lecita, se esercitata da soggetti legittimati nei modi e nelle forme imposte dalla legge;

d) il proibizionismo del tabacco è scelta di politica legislativa riservata allo Stato che, al di fuori dell'accertamento di precise condotte colpose generative di un danno ingiusto, non può essere censurata.

Non esistono studi scientifici che rappresentino la dipendenza da nicotina in termini di annullamento o seria compromissione della volontà del fumatore. Prova ne sia che il R., appena ha saputo di essere stato colpito dal cancro, ha smesso di fumare, pur essendo un tabagista incallito.

La realtà è piena di persone che smettono di fumare per scelta, così come la letteratura medica è piena di casi di soggetti colpiti da infarto o da altre gravi patologie che si determinano a cessare, da un giorno all'altro, l'assunzione di fumo per scelta, avendo rinvenuto nella consapevolezza della malattia la motivazione personale ed autonoma per smettere di fumare, senza far ricorso ad alcuna terapia coadiuvante o sostitutiva.

Di conseguenza i danni subiti dal R. devono essere ricondotti alla area normativa della disponibilità, sancita dal secondo comma dell'art. 1227 c.c. in quanto potevano essere evitati usando l'ordinaria diligenza, da osservare sia nella fase iniziale del rapporto con la sigaretta sia nella fase avanzata, posto che non esistono fattori che l'hanno obbligato a fumare.

Dalla lettura della memoria conclusionale emerge, peraltro, che l'attore non identifica nel fumo in sé la genesi dannosa, ma nell'abuso del fumo. Come dire: ho iniziato a fumare volontariamente, ho incrementato il fumo involontariamente.

Sul tema, dinanzi ai rilievi ed alle eccezioni delle controparti, l'attore, solo in memoria conclusionale di replica, ha lambito un altro e diverso profilo di responsabilità delle parti convenute: il trattamento chimico del tabacco e l'aggiunta di sostanze che accrescono «le proprietà dannose». Si è sottratto, però, all'onere di dedurre compiutamente e di provare quali sostanze esse siano, se siano quelle consentite dalla legge o altre introdotte illegalmente e se tali sostanze abbiano il potere di annullare la volontà di un soggetto fumatore, che, tuttavia, ha cessato di fumare volontariamente dopo la diagnosi di neoplasia.

In realtà la vita umana, più che in passato, è scandita da una serie di abitudini ad alta potenzialità dannosa che determinano meccanismi di «adattamento all'abuso», dovuti a conformismo, a debolezza, convenienza o ignoranza; per tutte queste motivazioni non si può affermare che ci si trovi in presenza di una compromissione volitiva, quanto di una impostazione della personalità umana.

Si pensi all'abuso di sostanze alcoliche oppure al gravissimo rischio sanitario connesso ad un uso non corretto dei telefoni cellulari. Da un studio scientifico di un istituto svedese di primaria e riconosciuta importanza è risultato che l'utilizzo smodato e prolungato del telefonino costituisce elevato fattore di rischio del «neuroma dell'acustico» (i.e.: del nervo acustico). Ma tali rischi, così come quelli connessi al fumo del tabacco, non sono determinati dalla *res materiae* in sé, dalle sue caratteristiche intrinseche ed estrinseche, quanto dall'uso non corretto che ne caccia l'utente volontariamente.

Per questo sono destituiti di fondamento i richiami dell'attore all'art. 2050 c.c., che vedrebbe nella vendita di sigarette l'esercizio di attività pericolosa, con conseguente responsabilità oggettiva delle parti convenute in relazione ai danni determinati dal fumo, nonché quelli relativi alla normativa di cui al D.Lgs. 24 maggio 1998, n. 224, in tema di responsabilità del produttore per i difetti di costruzione, posto che nella fattispecie in esame non si è in presenza di un prodotto difettoso, per il quale la legge imponga uno specifico obbligo di informazione, ma di fattori di rischio connessi all'abuso, all'uso non corretto, del prodotto stesso.

Ad colorandum va osservato che, in ogni caso, i riferimenti normativi suddetti non potrebbero giovare all'attore anche se si superasse il rilievo sulle caratteristiche della «*res materiae*»; ed infatti, nonostante il *favor* del danneggiato e consumatore che ispira entrambe le normative, questo non può giungere ad attribuire responsabilità oggettive del danno all'esercitante attività pericolosa ed al produttore, se il danneggiato non dimostra che l'evento è riconducibile eziologicamente alla condotta di questi (anche Cass., 17 luglio 2002, n. 10382).

E qui si tocca un altro punto critico della domanda: il limite del nesso causale tra fatto ed evento dannoso, imposto dall'art. 1223 c.c.. Sul tema deve dirsi che anche la più recente giurisprudenza di legittimità (Cass., 4400/04) che sembrerebbe aprire, ad una lettura non esaustiva, a dismisura le maglie della causalità materiale, in realtà ribadisce l'orientamento delle S.U. penali (in Cass., S.U., 11 settembre 2002, n. 30328) secondo cui, valutato armonicamente il contenuto degli artt. 40 e 41 c.p., solo se il comportamento dell'agente sia «condizione necessaria dell'evento lesivo con elevato grado di credibilità razionale e di probabilità logica» esso può essere considerato causa del danno.

Qui, in realtà, per soddisfare i canoni interpretativi che orientano il nostro sistema in materia, deve porsi questa domanda: se non avesse fumato le sigarette prodotte e/o vendute dalle aziende convenute il R. non avrebbe avuto il cancro e le malattie circolatorie lamentate? La risposta non può che essere dubitativa e, quindi, inidonea a soddisfare il concetto di «condizione necessaria» che è in discussione.

Neanche il Piano Sanitario Nazionale, approvato con d.P.R. 23 luglio 1998, citato dall'attore o il suo consulente scientifico lo affermano, poiché quando dicono che il fumo di sigaretta costituisce elevato fattore di rischio delle neoplasie polmonari e laringee e delle malattie circolatorie, non dicono che i non fumatori non corrono il rischio di contrarre tali malattie o che tutti i fumatori le contraggono.

In realtà la malattia cancerosa è il frutto di una serie di fattori concomitanti, personali ed ambientali, che fanno sì che patologie come quella subita dall'attore possano insorgere anche in soggetti che non hanno mai fumato.

La legittimazione passiva «di merito» delle aziende (...) convenute in giudizio, nelle varie vesti societarie, non è stata chiarita dall'attore nel processo: egli ha convenuto tre società della (...), identificandole quali «distributrici in Italia delle sigarette prodotte all'estero» ed in quanto, pur consapevoli dei gravi danni determinati dal fumo, «non hanno desistito dal commercializzare le sigarette».

Tale legittimazione è stata contestata dalle convenute senza che l'attore abbia provato o richiesto di provare l'elemento fondante la tesi sostenuta: la patologia dell'attore è stata determinata dall'operato di queste aziende.

L'asserto presta il fianco a molteplici censure:

- a) l'attore non ha imputato alle convenute una commercializzazione *contra legem*;
- b) non ha spiegato come abbia identificato i soggetti *de quibus* in relazione ad una attività concreta di vendita delle sigarette americane da lui fumate;
- c) non ha escluso di aver fumato anche altre sigarette;
- d) non ha provato che ci sia stata coincidenza temporale tra il periodo di operatività delle società in questione e la genesi della malattia;
- e) ha, infine, ammesso, contraddittoriamente (v. comparsa conclusionale pag. 9), che «quanto meno» alla X srl potesse riconoscersi legittimazione passiva «perché, società operante benché senza profitto».

La domanda nei confronti del Ministero della Salute è, parimenti, infondata. Estraneo alla fattispecie in esame è il richiamo alla pronuncia di legittimità del 22 luglio 1999, n. 500, con la quale le S.S. U.U. della S.C. hanno ammesso la tutela aquiliana di tutte le posizioni soggettive giuridicamente rilevanti a fronte dell'illegittimo esercizio di una funzione pubblica.

Ed invero, secondo la pronuncia richiamata, l'accogliibilità della domanda del R. di risarcimento del danno ingiusto, *ex art.* 2043 c.c., nei confronti del Ministero presupponeva, tra l'altro, la prova, non richiesta e non offerta dall'attore, della illegittimità del mancato divieto di fumo, che il giudice ordinario avrebbe avuto l'astratta possibilità di valutare, da parte del Ministero e del collegamento causale tra la illegittima condotta emissiva di quest'ultimo e la malattia.

In proposito deve rilevarsi che la mancata adozione di un radicale divieto di commercializzazione del tabacco non compete al Ministero convenuto, bensì allo Stato Italiano, nell'esercizio delle sue funzioni di indirizzo politico.

Il Ministero promuove campagne di sensibilizzazione sui danni del fumo, dispone divieti e limiti al fumo in determinati ambienti a tutela dei non fumatori, vigila sull'osservanza delle prescrizioni sanitarie ed epidemiologiche in materia.

Il divieto di vendita di sigarette nel territorio italiano è, invece, materia sottratta allo stesso.

Per completezza va aggiunto che diversi interventi normativi sono stati adottati dal Legislatore, quali la legge n. 165/62, recante il divieto di propaganda pubblicitaria, la legge n. 584/1975 sul divieto di fumare in locali pubblici e su trasporti pubblici e la legge n. 428/1990, che ha imposto l'etichettatura informativa sui pacchetti di sigarette. Non va taciuto, però, che obiettivo principale del Legislatore è la tutela dei soggetti deboli, da identificare con i fumatori passivi, atteso che al fumatore attivo deve anche riconoscersi il diritto di scegliere come orientare la propria condotta.

La domanda va rigettata.

La novità e la particolarità delle questioni trattate, che investono tematiche di rilevante interesse collettivo, consigliano la compensazione delle spese di lite. (*omissis*)»

La valutazione del punteggio conseguito presso le S.S.I.S. La natura giuridica delle *Frequently Asked Questions* (F.A.Q.) e l'evoluzione tecnologica della P.A.

*(Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, Parma, sezione unica,
ordinanza 18 ottobre 2005 n. 301)*

SOMMARIO: 1. – La ricostruzione della normativa. 2. – Pubblicazione della graduatoria provvisoria come comunicazione dell'avvio del procedimento. 3. – La natura vincolante delle Frequently Asked Questions (F.A.Q.) e la comunicazione istituzionale.

1. – La ricostruzione della normativa.

L'ordinanza cautelare emessa dal TAR Parma rigetta l'istanza di annullamento, proposta dalla ricorrente, della graduatoria definitiva permanente della Provincia di Reggio Emilia della classe di concorso A051 (materie letterarie e latino nei licei e nell'istituto magistrale), pubblicata l'8 luglio 2005.

La ricorrente risulta inserita dall'anno scolastico 2004/2005 nelle graduatorie provinciali permanenti del personale docente educativo di Reggio Emilia, per gli insegnamenti relativi alle Classi di Concorso A043 «Italiano, Storia... nella scuola media, A050 materie letterarie negli istituti di II grado, A041 materie letterarie e Latino nei licei e nell'istituto magistrale nonché A052 materie letterarie e Latino e Greco nel liceo classico».

Ciò a seguito di domanda da parte della ricorrente medesima di trasferimento dalla provincia di Roma ai sensi del D.D.G. 21 aprile 2004.

La stessa ha successivamente prodotto domanda di aggiornamento delle graduatorie permanenti per gli aa.ss. 2005/06 e 2006/07, ai sensi del D.D.G. 31 marzo 2005.

L'esame della domanda prodotta per l'a.s. 2004/2005 e la valutazione dei titoli, ed in particolare quello relativo all'abilitazione conseguita a seguito del Corso di Specializzazione universitario (S.S.I.S.), sono state effettuate sulla base delle dichiarazioni rese dalla ricorrente, attribuendo alla Classe di concorso A051 i 30 punti previsti dalla Tabella di valutazione allegata al D.D.G. 21 aprile 2004.

A seguito di riscontro fornito dall'Università del Lazio, si è accertato che l'abilitazione conseguita dalla ricorrente in data 12 maggio 2004 con esame unico, è relativa alla classe di concorso A052 «materie letterarie e latino e greco nel liceo classico», insegnamento per il quale la medesima risultava già abilitata a seguito di concorso riservato.

Per equità di comportamento con gli altri docenti inclusi nelle graduatorie provinciali permanenti, l'Amministrazione ha ritenuto di modificare, in fase di aggiornamento delle graduatorie di cui al D.D.G. 31 marzo 2005, il punteggio relativo all'abilitazione attribuito alla docente nella classe di concorso A051, decurtandola di 24 punti, attribuendoli alla classe di concorso A052.

Ciò è stato ampiamente chiarito dal ministero in una delle risposte fornite alle domande ricorrenti con le F.A.Q. (*Frequently Asked Questions*).

La valutazione dei titoli per la rideterminazione dell'ultimo scaglione delle graduatorie permanenti e l'abilitazione conseguita presso le scuole di specializzazione all'insegnamento secondario (S.S.I.S.), ha condotto alla controversia affrontata dal TAR Parma.

Il *pôle de reference* della ricostruzione della normativa è da individuarsi nel Decreto-legge 7 aprile 2004, n. 97, (in *Gazz. Uff.*, 15 aprile, n. 88) – Decreto convertito, con modificazioni, in legge 4 giugno 2004, n. 143, (in *Gazz. Uff.*, 5 giugno, n. 130) – Disposizioni urgenti per assicurare l'ordinato avvio dell'anno scolastico 2004-2005, nonché in materia di esami di Stato e di Università.

In particolare nell'Allegato unico Tabella (prevista dall'articolo 1, comma 1) (*Tabella di valutazione dei titoli per la rideterminazione dell'ultimo scaglione delle graduatorie permanenti di cui all'art. 401 del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado, approvato con decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297, e successive modificazioni*), si specifica che: A.4) Per l'abilitazione conseguita presso le scuole di specializzazione all'insegnamento secondario (S.S.I.S.) a seguito di un corso di durata biennale, in aggiunta al punteggio di cui al punto A.1, sono attribuiti ulteriori punti 30, di cui 24 per il biennio di durata legale del corso, equiparato a servizio specifico per la classe di insegnamento cui si riferisce l'abilitazione.

Nell'ipotesi di più abilitazioni conseguite a seguito della frequenza di un unico corso, l'intero punteggio spetta per una sola abilitazione, a scelta dell'interessato.

Orbene, dal tenore della norma si evince che il punteggio non può che essere inserito nell'unica classe di concorso vinto dalla ricorrente, che è quello di cui all'A52, (che l'abilita ad insegnare materie letterarie, latino greco nel liceo classico).

Così come peraltro chiarito dal MIUR con F.A.Q. (*Frequently Asked Questions*) del 23 giugno 2004 laddove, nella risposta n. 7, ha precisato che «l'abilitazione certificata dall'Università per una sola classe di concorso (così come ha fatto l'università del Lazio)... dà titolo ad attribuire esclusivamente a quest'ultima 24 punti».

Oltretutto, quest'ultimo profilo della Tabella di valutazione dei titoli, è frutto della discrezionale ed insindacabile scelta legislativa volta ad evitare il cumulo di punteggi per servizi contemporaneamente prestati nel medesimo anno scolastico per tutte le graduatorie permanenti, in cui l'interessato è eventualmente iscritto. Sul punto si è già pronunciata la giurisprudenza in casi analoghi (1).

La ricorrente contesta la valutazione operata dall'amministrazione circa l'idoneità dell'autocertificazione attestante il requisito del titolo di studio. L'amministrazione scolastica ha legittimamente applicato la legge (art. 71 d.P.R. 445/2000) ed esercitato il proprio potere-dovere a tutela dell'interesse pubblico.

(1) TAR Lazio n. 6589/2005.

La ricorrente, infatti, non ha la possibilità di inserire il punteggio nella classe di concorso che desidera, ma solo in quella di appartenenza, la A052(2).

Il TAR stabilisce, dunque, che la scelta originariamente effettuata dalla ricorrente di conseguire l'abilitazione all'insegnamento relativamente alla classe di concorso 052, mediante la partecipazione al corso biennale S.S.I.S., è del tutto preclusiva della possibilità per la medesima di «trasferire» il relativo punteggio ad incremento dei titoli valutabili in graduatoria relativa a diversa classe di concorso.

2. – *Pubblicazione della graduatoria provvisoria come comunicazione dell'avvio del procedimento.*

La graduatoria provvisoria, solitamente, è pubblicata poche settimane prima di quella definitiva.

Il meccanismo, com'è noto, ha la funzione di rendere edotti i destinatari delle modifiche che interesseranno poi la graduatoria definitiva. Ed invero, ne consegue che, nel caso delle graduatorie scolastiche, la possibilità di partecipazione dei soggetti coinvolti è garantita dal meccanismo della pubblicazione della graduatoria permanente provvisoria, che costituisce comunicazione di avvio del procedimento di approvazione della graduatoria «*de qua*» ai sensi dell'art. 8 comma 3, legge 7 agosto 1990 n. 241. Essa è seguita, a breve distanza, dalla pubblicazione della graduatoria permanente definitiva, che è quindi l'atto conclusivo del relativo procedimento.

Sul punto concorda la giurisprudenza (3).

Le graduatorie si caratterizzano, difatti, per il carattere esclusivamente recettivo di disposizioni di legge, nonché per l'automatismo degli effetti che da queste ultime scaturiscono. Inoltre, è da rilevare che l'Amministrazione scolastica ha riferito anche verbalmente all'interessata la modifica apportata in sede di valutazione di titoli.

È innegabile, pertanto, che il contatto procedimentale tra la ricorrente e l'Amministrazione procedente vi sia stato, come dimostrato, peraltro dalle reiterate richieste inoltrate dall'amministrazione scolastica nei confronti della ricorrente.

(2) L'articolo 71 nel prevedere e disciplinare le modalità di controllo delle cd. «autocertificazioni» stabilisce che: «Le amministrazioni procedenti sono tenute ad effettuare idonei controlli, anche a campione, e in tutti i casi in cui sorgono fondati dubbi, sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive di cui agli articoli 46 e 47. I controlli riguardanti dichiarazioni sostitutive di certificazione sono effettuati dall'amministrazione procedente con le modalità di cui all'articolo 43, consultando direttamente gli archivi dell'amministrazione certificante, ovvero richiedendo alla medesima, anche attraverso strumenti informatici o telematici, conferma scritta della corrispondenza di quanto dichiarato con le risultanze dei registri da questa custoditi».

(3) Cfr. T.A.R. Trentino-Alto Adige, Trento, 14 febbraio 2002, n. 43, in *Foro Amm. TAR*, 2002, 413.

Com'è noto, la formalità di cui all'art. 7 è superflua qualora l'interessato consegua *aliunde* la conoscenza del procedimento. La comunicazione di avvio del procedimento ha infatti finalità sostanziali e non meramente formali (4).

Peraltro, l'orientamento giurisprudenziale più recente ritiene che l'art. 7, come tutte le altre regole sulla partecipazione stabilite dalla legge 241 del 1990, non debba essere interpretato in maniera rigidamente formalistica, letterale e acritica, bensì secondo logica e buon senso (5). È 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). Di recente, l'art. 21-*octies*, secondo comma, seconda parte, legittima l'amministrazione a provare in giudizio 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». Non solo: con l'istanza di aggiornamento presentata dalla ricorrente, risulta ulteriormente evidente che l'interessata era ben a conoscenza del procedimento in essere. Infatti, essa ha inoltrato una vera e propria istanza di parte, dimostrando così, di essere a conoscenza del procedimento in corso. È noto che la disciplina dell'art. 7 della legge 241/1990 non si applica ai procedimenti ad istanza di parte: nel qual caso l'avviso d'avvio sarebbe una mera duplicazione di formalità, in quanto l'interessato è evidentemente a conoscenza della pendenza del procedimento avviato da lui stesso (6).

3. – Osservanza della normativa da parte dell'amministrazione. La natura vincolante delle Frequently Asked Questions (F.A.Q.) e la comunicazione istituzionale.

Le nuove tecnologie possono apportare anche all'attività dell'amministrazione ottimi risultati che ben possono agevolmente ed indiscutibilmente misurarsi in termini di notevole risparmio di tempo.

La P.A. sta cambiando in questi anni e molto cambierà nel prossimo futuro.

Le F.A.Q., termine preso a prestito dall'inglese *Frequently Asked Questions*, hanno lo scopo di interpretare correttamente la normativa (non sempre chiara) del legislatore nazionale: raccolgono ed analizzano le richieste più frequenti e sono diffuse ormai in quasi tutte le amministrazioni pubbliche.

(4) Sul punto Cons. Stato, Sez. IV, 20 febbraio 2002, n. 1003, in *Foro Amm. CDS*, 2002, 395; Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2001, n. 2884, in *Foro Amm.*, 2001, 1222.

(5) 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.

(6) Giurisprudenza costante, Cons. Stato, sez. IV, 23 maggio 2001, n. 2849, in *Foro Amm.* 2001, 1141; Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1381, in *Foro Amm.*, 2001, 366

Le F.A.Q. sono vincolanti per le amministrazioni ed acquisiscono notevole importanza in quanto costituiscono un esempio di come le nuove tecnologie possano, in tempo reale, soddisfare le richieste dei destinatari, fornendo l'interpretazione, a livello ministeriale, della normativa in vigore. Questo con riferimento specifico alla singola esigenza del richiedente. D'altronde, la legge n. 15/2005 aggiunge, all'art. 3 della legge 241/1990, l'art. 3-*bis* che reca il titolo «uso della telematica» e recita: «per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati».

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

Già da tempo l'uso dell'informatica e della telematica è stato introdotto nella pubblica amministrazione, con effetti benefici in ordine all'efficienza e celerità dell'attività amministrativa. Questo dovrebbe rendere più celere la trasmissione delle informazioni e la risposta ai quesiti degli amministrati e degli stessi dipendenti pubblici.

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

Ne consegue che l'amministrazione decentrata, (in questo caso il C.S.A. di Reggio Emilia), era vincolata dalla risposta e dall'interpretazione già fornite a livello di vertice, e non aveva possibilità alcuna di discostarsene, pena la violazione della normativa stessa.

Lo Stato, dunque, sempre più, si connota come un sistema di informazioni e comunicazioni, ossia come un apparato che raccoglie, elabora, e comunica dati.

L'efficiente applicazione dei principi della semplificazione, della razionalizzazione e della trasparenza nell'attività amministrativa, hanno determinato una rivisitazione del concetto di comunicazione istituzionale: questa, infatti, è divenuta risorsa centrale e decisiva per il buon funzionamento dell'amministrazione pubblica. Cambia la società, cambia la P.A.: la comunicazione, così come l'azione della P.A., avviene in un contesto sociale già predisposto a tale cambiamento. La locuzione «comunicazione pubblica» è, tuttavia, ancora sottovalutata dai giuristi, che continuano a preferire termini quali informazione, documentazione, pubblicità, certo connessi, ma non coincidenti.

L'attività di informazione e comunicazione dei soggetti istituzionali diventa uno degli elementi indefettibili dell'organizzazione pubblica, ossia una modalità privilegiata con cui si persegue l'interesse della collettività mediante la circolazione dei dati e delle conoscenze di cui le Amministrazioni dispongono.

L'attività di comunicazione e di informazione è l'unica in grado di dare attuazione al principio di pubblicità dell'agire pubblico che, in un sistema democratico, di norma deve prevalere sul principio della segretezza. Si parla, infatti, di trasparenza, che in realtà è nozione discutibile e non coincidente con il principio di pubblicità.

La civiltà digitale odierna richiede un aggiornamento di progetti e valori non solo da parte dei politici ma anche dei burocrati e degli stessi comunicatori pubblici. Siamo di fronte a quello che è stato definito lo *Stato inserzionista*, in

quanto il settore pubblico è diventato, anche in Europa, uno dei migliori clienti delle agenzie di pubblicità (7).

La direttiva del ministro della funzione pubblica del 7 febbraio 2002 prevede il coordinamento e l'imposizione della comunicazione istituzionale nell'agenda dei media del Paese, mentre la direttiva del 20 dicembre 2002 del ministro per l'innovazione e le tecnologie (*G.U.* n. 52 del 4 marzo 2003) contiene «linee guida in materia di digitalizzazione dell'amministrazione» e richiama le «linee guida del governo per lo sviluppo della società dell'informazione nella legislatura», approvate dal consiglio dei ministri il 31 maggio 2002.

Gli operatori che vogliono innovare hanno bisogno di una informazione istituzionale che non sia limitata ai soli provvedimenti normativi, proprio come gli *stake-holders* (portatori di interessi) (8). Le applicazioni della comunicazione, tra cui le F.A.Q., gli uffici stampa e U.R.P. (uffici per le relazioni con il pubblico), costituiscono gli strumenti del cambiamento interno della P.A. La legge n. 150/2000 attribuisce all'ufficio stampa la gestione dell'informazione, in collegamento con gli organi di informazione a mezzo stampa, radiofonici, televisivi ed *on-line*.

Ormai la comunicazione è diventata stile e missione della P.A. Con risultati più che lusinghieri: grazie alla comunicazione è cambiata la concezione di P.A. nell'immaginario collettivo (9). D'altronde, il valore fenomenologico della P.A. è il modo in cui lo Stato si fa presenza tangibile di una entità normalmente posta su un piano astratto e immateriale, mentre il valore relazionale della P.A. è il punto di contatto, di raccordo, di dialogo tra Stato e società civile. L'operazione ricognitivo-interpretativa riguarda anche e soprattutto il valore di servizio dello Stato, in quanto la P.A. è deputata a organizzare tutti gli aspetti della vita comunitaria, nell'intento di conseguire e preservare il benessere del cittadino, nonché il valore di appartenenza, essendo la P.A. l'espressione di un'identità e di una coscienza collettiva. Tutte queste teorie sono state organizzate e hanno generato delle strategie d'intervento, di cui la P.A. efficacemente si avvale (10).

Avv. Maria Vittoria Lumetti (•)

(7) In Gran Bretagna l'intero apparato relativo alla comunicazione è affidato a strutture private. Cfr. in generale *Working document on the surveillance of electronic communications in the workplace*, 29 May 2002, DG MARKT/5401/01, WP 55; *Opinion 8/2001 on the processing of personal data in the employment context*, 13 September 2001, Dg Markt 5062/01, WP 48; *Recommendation 1/2001 on Employee Evaluation Data*, 22 March 2001, DG MARKT 5008/01, WP 42. Vedi anche le decisioni della Commissione europea in <http://www.eurupa.eu.int/comm/internalmarket/en/dataprot/modelcontracts/index.htm>.

(8) Questi possono essere esterni (cittadini, fornitori, sindacati, istituzioni ecc.) e interni (personale diretto, personale indiretto (collaboratori che partecipano all'attività dell'impresa e/o organizzazione).

(9) Le risultanze sono scaturite da una indagine commissionata dal Ministero della funzione pubblica.

(10) La comunicazione professionale va comunque tenuta distinta dalla comunicazione di uso comune, in quanto si propone degli *obiettivi*, sottopone a verifica *i risultati raggiunti*, cerca di comprendere la problematicità del proprio campo d'azione, formula ipotesi di lavoro, le sottopone a verifica.

(•) Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bologna.

Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, Parma, Sezione unica, ordinanza 18 ottobre 2005 n. 301 – Pres. G. Ciccio – Rel. Est. U. Giovannini – O.A. (avv. ti S. Molinari, R. Marchegiani) c/ Ministero dell'Istruzione Università e Ricerca, C.S.A. Reggio Emilia (avv. dello Stato M.V. Lumetti).

Punteggio SISS. La scelta originariamente effettuata dalla ricorrente di conseguire l'abilitazione all'insegnamento relativamente alla classe di concorso 052, mediante la partecipazione al corso biennale S.S.I.S. è del tutto preclusiva della possibilità per la medesima di «trasferire» il relativo punteggio ad incremento dei titoli valutabili in graduatoria relativa a diversa classe di concorso.

«Visto il ricorso 341/2005 proposto da O.A. (*omissis*) per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione,

- della graduatoria definitiva permanente della Provincia di Reggio Emilia della classe di concorso A051 (materie letterarie e latino nei licei e nell'istituto magistrale) pubblicata nell'albo del Centro Servizi Amministrativi della Provincia di Reggio Emilia l'8 luglio 2005 nella parte in cui vengono sottratti 24 punti alla voce «punteggi-abilitazione» riconosciuti nella precedente graduatoria definitiva pubblicata il 4 novembre 2004;

- della medesima graduatoria nella parte in cui non viene valutato il servizio prestato, nella medesima classe di concorso, dalla ricorrente nell'a.s. 2004-2005 con ulteriore mancata attribuzione di 12 punti;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente.

Visti gli atti e i documenti depositati con il ricorso;

Vista la domanda di sospensione della esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dalla ricorrente;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di:

Centro Servizi Amministrativi di Reggio Emilia;

Udito il relatore Cons. Umberto Giovannini e uditi altresì l'avv. Molinari per la ricorrente e l'avv. dello Stato Zito per l'Amministrazione resistente;

Visti gli artt. 19 e 21, u.c., della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, e l'art. 36 del r.d. 17 agosto 1907, n. 642;

Ritenuto che la scelta originariamente effettuata dalla ricorrente di conseguire l'abilitazione all'insegnamento relativamente alla classe di concorso 052, mediante la partecipazione al corso biennale S.S.I.S. era del tutto preclusiva della possibilità per la medesima di «trasferire» il relativo punteggio alla stessa spettante ad incremento dei titoli valutabili in seno a graduatoria relativa a diversa classe di concorso;

P.Q.M. – Respinge la suindicata domanda incidentale di sospensione (*omissis*).

I PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO

A.G.S.- Parere del 14 maggio 2005, n. 67615.

Momento di efficacia della determinazione della rendita catastale – Configurabilità di autotutela (consultivo 18721/04, avvocato L. Caputi Iambrenghi).

«La complessa ed articolata richiesta di parere prende le mosse dalla questione di fondo costituita dalla efficacia temporale delle variazioni di classamento catastale.

1) In merito alla stessa si ritiene opportuno segnalare in via preliminare la normativa introdotta dall'art. 74 della legge 342/2000 in relazione alla quale sono enucleabili i seguenti principi.

a) a decorrere dall'1 gennaio 2000, efficacia della attribuzione o della modifica della rendita catastale per terreni e fabbricati, *solo* dalla data di notifica a cura dell'Ufficio del Territorio competente ai soggetti intestatari delle partite (e contestuale comunicazione al Comune) con connessa impugnabilità dell'atto *ex* art. 2 comma 3 D.Lgs. 546/1992 (comma 1);

b) per gli atti che comportano attribuzione e modifica delle rendite adottate entro il 31 dicembre 1999 e recepiti in atti impositivi dell'Amministrazione finanziaria o degli enti locali, riapertura dei termini per l'impugnazione decorrente dalla data di entrata in vigore della legge, senza computo di interessi e sanzioni e senza erogazione di rimborsi (comma 2);

c) per gli atti che comportano attribuzione e modifica delle rendite, adottati entro il 31 dicembre 1999 e non ancora recepiti in atti impositivi, decorrenza del termine di impugnazione dalla notifica di questi ultimi (comma 3).

La portata dell'intervento legislativo, in sintonia peraltro con i principi espressi dalla V Sezione della Suprema Corte nella sentenza n. 4509/2000, è nel senso di aver introdotto a regime, con decorrenza 1 gennaio 2000, la regola di carattere generale intesa a valorizzare in via assoluta, sia ai fini della efficacia temporale, che del decorso del termine di impugnazione, la notifica della attribuzione e della variazione della partita.

Contemporaneamente il legislatore ha dettato una disciplina transitoria per il periodo anteriore all'1 gennaio 2000, disciplina che attiene alla riapertura dei termini di impugnazione, all'esonero del pagamento di interessi e sanzioni, nonché all'esclusione di rimborsi per importi pagati, in base al principio generale dell'acquiescenza alle operazioni catastali.

Pertanto, si ribadisce, al di là della efficacia transitoria della norma, la regola generale introdotta a decorrere dall'1 gennaio 2000, è quella della necessità della notifica della attribuzione e della variazione della rendita all'intestatario della partita.

2) Relativamente alla questione dell'autotutela si osserva.

In linea generale, la stessa, intesa come potestà di annullamento e revoca di un pregresso provvedimento di accatastamento, ove esercitata – tanto d'ufficio che su istanza di parte – nel limite invalicabile dell'eventuale formazione di un giudicato *sostanziale* tendenzialmente, *in subiecta materia*, non può che mirare ad eliminare errori di inserimento dei dati, ovvero di applicazione delle regole tecniche dell'estimo catastale in relazione ad un immutato contesto. Inteso in questo senso, l'annullamento in autotutela non può che avere effetto *ex tunc* e cioè retroattivo.

Restano pertanto escluse dall'ambito contettuale della autotutela tutte le fattispecie riconducibili all'intervento di nuovi elementi afferenti la partita catastale, che possono invece giustificare una revisione in relazione al mutamento degli stessi elementi rilevanti.

Nell'esplicazione concreta, l'esercizio della potestà di autotutela andrà poi armonizzato con i principi contenuti nell'art. 21 *nonies* della legge 241/1990 introdotto dall'art. 14 della legge 11 febbraio 2005 n. 15.

Più in particolare dovrà essere ponderata, con riferimento all'interesse generale, la finalità di una corretta operazione di accatastamento, nel rispetto cioè delle regole generali dell'estimo, interesse che, come tale, prescinde da quello specifico dell'Ente Territoriale, eventuale beneficiario del gettito proveniente dal tributo locale.

Quanto all'ulteriore parametro del «termine ragionevole», così come si esprime l'art. 21 *nonies* citato, è evidente che avrà efficacia preclusiva all'esercizio dell'annullamento in autotutela, il decorso di uno spazio temporale tale da avere determinato situazioni ormai consolidate.

3) In questa cornice si può collocare anche la diversa fattispecie della revisione di accatastamento, a seguito di sentenza resa dai giudici tributari ed afferenti gli immobili similari.

È ben vero infatti che ai sensi dell'art. 2909 c.c. l'efficacia del giudicato è limitata alle sole parti del giudizio. Tuttavia in tali casi non si è in presenza di una vera e propria estensione del giudicato, ma il giudicato stesso costituisce motivazione dell'istanza di autotutela. Ne consegue che, fermo restando il rispetto dei principi introdotti e delineati dall'art. 21 *nonies* citato ed il già ricordato limite di un diverso giudicato sostanziale specificamente riferito al soggetto interessato, la fattispecie in discorso, ben può rientrare nella regola generale dell'autotutela».

A.G.S. - Parere del 14 maggio 2005, n. 67621.

Illecito amministrativo in materia doganale, contrabbando doganale semplice e aggravato: distinzioni – decreto del Presidente della Repubblica n. 43/1973, artt. 282 ss. (consultivo 11396/05, avvocato G.Albenzio).

«La questione prospettata attiene alle differenze intercorrenti tra le diverse ipotesi di contrabbando, semplice ed aggravato, previste dal T.U.L.D. approvato con d.P.R. n. 43/1973 e tra queste e gli illeciti ammini-

strativi di cui agli artt. 302 ss. del medesimo Testo Unico, il tutto con particolare riguardo all'ipotesi di falsità ideologica nelle dichiarazioni doganali inerenti alle merci sdoganate.

1. – Il d.P.R. n. 43/1973, artt. 282 ss. contiene numerose disposizioni riguardanti le «*Violazioni doganali*», tra le quali rientrano le diverse ipotesi di contrabbando. Tale normativa è stata successivamente modificata, prima dalla legge n. 706/1975, poi dalla legge n. 689/1981: le modifiche anzidette hanno comportato la depenalizzazione di tutte le contravvenzioni (quindi anche quelle doganali) punibili con la sola pena dell'ammenda; successivamente, la legge n. 563/1993 (modificativa della legge 689/1981) ha esteso la depenalizzazione delle violazioni finanziarie ai delitti puniti con la sola multa ma con esclusione, secondo la giurisprudenza di legittimità, dei delitti finanziari semplici «*quando – come nel caso del contrabbando – sono puniti nelle ipotesi aggravate anche con pena detentiva*» (Cass. pen., Sez. III, sent. n. 2338 del 22 maggio 1996; Cass. pen., Sez. III, sent. n. 13962 del 6 dicembre 1999). Premesso che la normativa che concerne le violazioni doganali è posta a tutela dell'*Erario statale e, ancora più in generale, della potestà tributaria dello Stato*, correttamente Codesta Agenzia rileva che le norme in materia, anche a seguito della parziale depenalizzazione, prevedono una graduazione delle pene (o comunque delle sanzioni), a seconda dell'allarme sociale destato dalle singole violazioni.

2. – A questo punto può procedersi all'analisi della normativa richiamata. Argomentazioni interpretative di tipo sistematico (oltre che letterale) rendono evidenti le differenze tra le fattispecie previste dal d.P.R. n. 43/1973. Partendo dal «gradino più basso» delle violazioni previste, troviamo gli *illeciti amministrativi di cui agli artt. 302 ss.* L'art 303, la cui analisi risulta maggiormente utile ai fini del quesito proposto, sanziona «*la dichiarazione risultata infedele per negligenza, ignoranza o grossolana malizia nell'indicazione della quantità, qualità e valore delle merci [...]*» (Cass. pen., Sez. III, sent. n. 10478 del 3 dicembre 1983). Il soggetto tenuto al pagamento dei diritti doganali non si sottrae, dunque, al controllo doganale ma per semplice ignoranza, negligenza o, comunque, in modo grossolano e quindi facilmente verificabile in sede di controllo, indica erroneamente qualità, quantità e valore delle merci.

3. – Diversamente, il delitto di contrabbando è previsto dalle norme di cui agli artt. 282 ss. del decreto in parola, le quali considerano agli effetti penali numerose fattispecie differenti. In generale, *il contrabbando consiste nel comportamento di chi, in violazione delle disposizioni di natura doganale, introduce nel territorio dello Stato, commercia o anche semplicemente detiene merci che sono sottoposte ai diritti di frontiera*: in altre parole, quel che si punisce è «*la sottrazione delle merci ai diritti di confine, con evasione o elusione dei relativi controlli*» (Cass., Sez. Un. pen., sent. n. 119 del 29 ottobre 1997); sempre il linea generale, quindi, si prescinde dalle modalità specifiche attraverso le quali le merci vengono introdotte e commercializzate entro lo Stato (ad esempio, merci trasportate senza sottoporsi ai controlli di confine oppure importate con fraudolente dichiarazioni doganali). Per completezza di esposizione si aggiunge che il reato di contrabbando non si configura come reato

istantaneo bensì come reato permanente, per cui «*le cose soggette a diritti di frontiera, per cui non sia stato assolto l'obbligo tributario, sono permanentemente nella illegittima condizione di evasione a tali diritti [...]*» (Cass. pen., Sez. III, sent. n. 2108 del 27 novembre 1997). Per comprendere esattamente cosa sia il cd. «contrabbando semplice» può farsi riferimento proprio agli artt. 282 e seguenti del decreto più volte citato, fino alla norma di chiusura di cui all'art. 292, ove si punisce chiunque introduca merci estere attraverso il confine di terra in violazione delle prescrizioni, divieti, ecc.; chiunque scariichi merci estere nello spazio intermedio tra la frontiera e la più vicina dogana; chiunque sia sorpreso con merci nascoste, ecc., anche se perpetrati in circostanze particolari e da determinati soggetti (capitani di navi, comandanti di aeromobili, ecc.) Ciò che rileva è semplicemente il fatto in sé di aver trasportato la merce oltre confine senza il pagamento dei dovuti diritti, a prescindere dalle modalità con cui il fatto sia avvenuto: infatti l'Erario, i cui interessi costituiscono il bene tutelato dalle norme in esame, ne resta sempre e comunque danneggiato, indipendentemente dall'eventuale circostanza che, ad esempio, sia stato corrotto un agente di confine. Si giunge così all'art. 295, che prevede alcune «*Circostanze aggravanti del contrabbando*»; il comma II, in particolare, recita: «*Per gli stessi delitti, alla multa è aggiunta la reclusione da tre a cinque anni:*

a) *quando nel commettere il reato, o immediatamente dopo nella zona di vigilanza, il colpevole sia sorpreso a mano armata;*

b) *quando nel commettere il reato, o immediatamente dopo nella zona di vigilanza, tre o più persone colpevoli di contrabbando siano sorprese insieme riunite e in condizioni tali da frapporre ostacolo agli organi di polizia;*

c) *quando il fatto sia connesso con altro delitto contro la fede pubblica o contro la pubblica amministrazione;*

d) *quando il colpevole sia un associato per commettere delitti di contrabbando e il delitto commesso sia tra quelli per cui l'associazione è stata costituita.*

Il comma, in sostanza, stabilisce un aggravamento della pena nei casi in cui non solo si sia realizzato il contrabbando con conseguente danno all'Erario ma inoltre siano stati posti in essere altri comportamenti, almeno potenzialmente lesivi di ulteriori e diversi interessi tutelati dall'ordinamento, i quali pertanto non rientrano (come facilmente si comprende dalla lettura del comma riportato) nella condotta che integra il reato di contrabbando semplice e posseggono, almeno parzialmente, una loro autonomia da un punto di vista sia fattuale sia di capacità lesiva di beni giuridicamente protetti. Specificamente, la lettera c) del comma citato riguarda il caso in cui il reato di contrabbando sia connesso con altro delitto contro la fede pubblica o contro la pubblica amministrazione. La giurisprudenza concorda nel ritenere che «*in materia di contrabbando... la connessione prevista dall'aggravante di cui all'art. 295, secondo comma lett. c) d.P.R. 23 gennaio 1973 n. 43, quando il fatto sia connesso con altro delitto contro la fede pubblica o contro la pubblica amministrazione... va inquadrata in quella ... di cui all'art. 61 n. 2 cod. pen., che contempla non solo le ipotesi di chi abbia commesso il reato per eseguirne o per occultarne un altro, ma anche le ipotesi di chi abbia commesso il reato per conseguire o assicurare a sé o ad altri il profitto o il prodotto o il prezzo di*

altro reato ovvero per assicurarsi l'impunità» (Cass. pen., Sez. III, sent. n. 9554 del 31 ottobre 1984; Cass. pen., Sez. III, sent. n. 10637 del 27 novembre 1984). In sostanza, «*il fondamento dell'aggravante prevista dall'art. 61 n. 2 è stato costantemente ravvisato nella maggiore pericolosità di colui il quale, pur di attuare il suo intento criminoso, non arretra di fronte alla necessaria od eventuale commissione del reato-mezzo, per cui presupposto indispensabile ed unico della circostanza è la consapevolezza, da parte del colpevole, della pluralità delle risoluzioni criminose e della loro coordinazione finalistica»* (Cass. pen., sent. del 2 aprile 1981, Saitta, in *Cassazione Penale*, 1982, 1507; Cass. pen., sent. del 17 dicembre 1984, Masella, CED 168905). In tal senso, la corruzione di un funzionario doganale, ad esempio, oppure la falsità ideologica del privato nelle dichiarazioni doganali (che non rientrano nelle grossolane «alterazioni» di cui all'art. 303, punibili come illecito amministrativo) costituendo rispettivamente reati contro la pubblica amministrazione e contro la fede pubblica, in quanto connessi al contrabbando ai sensi dell'art. 61 n. 2 c. integrano l'aggravante di cui all'art. 295, II comma, lett. c), d.P.R. n. 43/1973. Del resto, ben diversa è la condotta del soggetto che, per ipotesi, trasporta merci attraverso zona non soggetta a controlli doganali evitando il controllo e di colui che importa le merci attestando il falso nelle dichiarazioni doganali: nel secondo caso, infatti, il privato è ben cosciente del fatto che *non solo sta introducendo merci di contrabbando nel territorio statale (con conseguente danno all'Erario) ma altresì, per assicurarsi che l'azione delittuosa vada a buon fine, consapevolmente sta dichiarando il falso in atti pubblici* (con indicazioni fraudolente non immediatamente verificabili in quanto tali), quali sono le attestazioni doganali (con conseguente danno all'attività della pubblica amministrazione). Si osserva, incidentalmente, che «*la bolletta doganale di importazione ha natura di atto pubblico e costituisce fattispecie documentale a formazione progressiva. Essa trae origine dalla dichiarazione di partenza formata dall'interessato e presentata nei modi ad alle condizioni di legge»* (Cass. pen., Sez. V, sent. n. 21355 del 9 aprile 2003; in tal senso, cfr. la *Relazione illustrativa* al d.P.R. 23 gennaio 1973 n. 43). In definitiva, la falsità nelle dichiarazioni doganali, se anche rappresenta reato-mezzo molto frequente in connessione al delitto di contrabbando, *non per questo diviene parte della condotta che integra il reato di contrabbando semplice ma, al contrario, mantiene una relativa autonomia ed aggrava la fattispecie ai sensi dell'art. 295, d.P.R. n. 43/1973*. Proprio per tale motivo, normalmente l'Autorità Giudiziaria Penale, in caso di false attestazioni doganali, procede distintamente per il reato di contrabbando e per la falsità in atti pubblici. Inoltre, la Cassazione ha affermato che *ricorrono gli estremi del reato di cui all'art. 483 c. p. (Falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico) «nelle false attestazioni fatte nella dichiarazione doganale, poiché sia il registro delle operazioni doganali, che le bollette doganali, in cui vengono riportate le attestazioni del dichiarante, sono documenti pubblici, per la qualità dei soggetti che li formano e per il loro contenuto»* (Cass. pen., sent. del 30 settembre 1980, Del Mastro, in *Cassazione Penale*, 1982, p. 472; Cass. pen., sent. del 16 marzo 1987, Samueli, CED 175905); infatti, «*la dichiarazione di cui alla prima parte del documento doganale viene resa al funzionario doganale in un atto pubblico che è destinato*

a provarne la verità; con la conseguenza che la sua falsità in ordine alla qualità, quantità o composizione della merce costituisce il reato di falso di cui all'art. 483 c. p.» (Cass. pen., sent. del 11 dicembre 1984, Biagini, CED 168205). Va aggiunto che *«l'aggravante prevista dalla lettera c) dell'art. 295 d.P.R. 23 gennaio 1973 n. 43 è configurabile, purché il delitto connesso sia oggetto di giudizio penale non essendo sufficiente che esso sia accertato incidentalmente come semplice fatto storico costitutivo dell'aggravante medesima»* (Cass. pen., Sez. III, sent. del 27 febbraio 1985 n. 1950). Ulteriormente, non è da escludersi una responsabilità dei funzionari doganali in caso di omissione colposa dei controlli dovuti: *«Il pubblico ufficiale, dunque, non si limita a recepire le indicazioni del privato, ma effettua sulle stesse una verifica della quale dà atto specificatamente. Ricorre, dunque, il delitto di cui agli artt. 48 e 479 c. p. ogniqualvolta la falsità delle attestazioni compiute dal funzionario dell'amministrazione doganale sia dovuta all'induzione in errore operata dal privato stesso (v. Cass. sez III, 7 maggio 1971, n. 1032, Ascalone; sez II, 11 febbraio 1985, n. 6683, Tantillo)»* (Cass. pen., Sez. V, sent. n. 21355 del 9 aprile 2003).

4. – Infine, si osserva che la sentenza della Cassazione Penale n. 10478/1983 non appare correttamente interpretata da Codesta Agenzia delle Dogane: infatti, la sentenza citata semplicemente mette in risalto la differenza esistente tra l'illecito amministrativo ed il reato di contrabbando in generale (senza distinguere tra le sue varie forme), evidenziando che nel caso di contrabbando l'allarme sociale dovuto al delitto è superiore rispetto al caso di illecito amministrativo, essendo la condotta fraudolenta concretamente capace di evitare o eludere i controlli. Tuttavia, ciò non significa che la falsa dichiarazione resa alla dogana sia elemento costitutivo della condotta integrante la fattispecie del contrabbando: tale falsità, come chiarito nei punti precedenti, *in quanto reato che danneggia l'attività ed il buon andamento della Pubblica Amministrazione è elemento che si aggiunge ed aggrava (art. 295, Il comma, lett. c), d.P.R. n. 43/1973) il comportamento di chi introduce nel territorio merci sottoposte a diritti di confine ed in tal modo arreca danno all'Erario statale.*

In conclusione, i presupposti distintivi fra la figura del contrabbando semplice e quella del contrabbando aggravato, anche in relazione all'illecito amministrativo di cui all'art. 303 T.U.L.D., vanno individuati nei termini sopra esposti».

A.G.S. – Parere del 31 maggio 2005, n. 75722.

Affidamento diretto di impianto (consultivo 14148/05, avvocato W. Ferrante).

«1. – Codesta Amministrazione ha chiesto il parere della Scrivente in ordine alla possibilità di procedere all'affidamento diretto di «FOCUS», impianto mobile di scala industriale finalizzato al trattamento termico di rifiuti, alla (X) S.p.A., partecipata dall'ENEA al 98,65%.

Il predetto impianto, che ha funzionato in maniera sperimentale solo per brevi periodi, è inutilizzato da anni, visti anche gli elevati costi di esercizio. Sarebbe pertanto interesse dell'ENEA rimettere in esercizio l'impianto, avva-

lendosi di un partner qualificato, non disponendo di figure professionali idonee alla gestione e al funzionamento di un impianto a tecnologia complessa come il «FOCUS», al fine di sviluppare l'attività di ricerca e di sperimentazione connesse all'esercizio di lungo termine dell'impianto, acquisendone i relativi dati, svolgendo un ruolo di supervisore dell'intera attività e mantenendo il controllo sull'utilizzo dell'impianto.

La copertura degli elevati costi di funzionamento dell'impianto può infatti avvenire solo utilizzando per scopi industriali, quali il risanamento ambientale di siti contaminati e il trattamento di rifiuti industriali.

La società (X), che opera nel campo della ricerca industriale e possiede le competenze tecniche per svolgere l'attività di ripristino e di qualificazione dell'impianto, potrebbe gestirlo con l'apporto di una terza società, scelta con procedura ad evidenza pubblica, munita dell'autorizzazione allo smaltimento di rifiuti, che svolgerebbe il servizio di bonifica e di smaltimento, lasciando alla società (X) l'attività di acquisizione dati e di analisi, sotto la supervisione dell'ENEA, il che consentirebbe a quest'ultimo di sviluppare la propria attività di ricerca.

Codesto Ente intenderebbe quindi stipulare una convenzione con la società (X), per l'affidamento della gestione del «FOCUS» a quest'ultima, che si assumerebbe i costi per il riavvio e il funzionamento dell'impianto, in vista dei ricavi che proverrebbero dall'utilizzo industriale dell'impianto stesso e quindi dallo svolgimento dei servizi di bonifica ambientale e di smaltimento rifiuti a favore di terzi, da aggiudicarsi mediante gara.

L'ENEA, dal canto suo, conseguirebbe il vantaggio di sviluppare l'attività di ricerca e di sperimentazione connesse al funzionamento dell'impianto, mantenendone il controllo, essendo (X) una sua società partecipata e potendo direttamente disporre dei risultati, ottenuti in un contesto nazionale, vantaggio che invece non sarebbe rinvenibile nella proposta alternativa della società brasiliana (...), che implicherebbe un trasferimento dell'impianto a Rio de Janeiro.

Le altre proposte (...) che prevederebbero l'utilizzo dell'impianto per la realizzazione di alcuni piani di bonifica di siti contaminati, non sarebbero incompatibili con l'affidamento della gestione dell'impianto ad (X) che, nell'assicurare gratuitamente all'ENEA le finalità di ricerca, potrebbe procedere allo sfruttamento industriale dell'impianto, svolgendo il servizio di risanamento ambientale e di smaltimento dei rifiuti con procedure ad evidenza pubblica.

2. – In proposito, la giurisprudenza comunitaria, con la sentenza Teckal (Corte di Giustizia CE, sez. V, sent. 18 novembre 1999, causa C-107/1998), ha per la prima volta parlato di «*in house providing*» quale modello di organizzazione e gestione di pubblici servizi con il quale le pubbliche amministrazioni realizzano le attività di loro competenza attraverso propri organismi, senza quindi ricorrere al mercato per procurarsi, mediante appalti, i lavori, i servizi e le forniture ad esse occorrenti o per erogare alla collettività, mediante affidamento a terzi, prestazioni di pubblico servizio.

L'affidamento «*in house*», si propone infatti di armonizzare i principi della tutela della concorrenza, codificati nel trattato CE e ribaditi, per il set-

tore dei servizi, dalla Direttiva 92/50/CEE, attuata nel nostro ordinamento con il D.Lgs. 17 marzo 1995 n. 157, con il potere di auto-organizzazione parimenti riconosciuto alle amministrazioni pubbliche degli Stati membri.

La predetta sentenza Teckal ha chiarito che, in caso di contratto stipulato tra una pubblica amministrazione e una persona giuridica formalmente diversa, l'applicazione della normativa europea in tema di appalti pubblici a tutela del libero mercato può essere esclusa, oltre che nei casi previsti dall'art. 6 Direttiva 92/50/CEE, qualora ricorrano contemporaneamente due presupposti: l'amministrazione aggiudicatrice deve esercitare sul soggetto aggiudicatario un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi e il soggetto aggiudicatario deve realizzare la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti pubblici che lo controllano.

Sulla scia di tale apertura della giurisprudenza comunitaria, il Legislatore italiano ha recentemente disciplinato, nel settore dei servizi pubblici locali, tra i quali rientra quello dello smaltimento dei rifiuti, la possibilità di affidamento diretto del servizio a società miste a condizione che il socio privato sia scelto mediante gara e quella dell'affidamento «*in house*» a società interamente a capitale pubblico, ricorrendo i presupposti delineati dalla citata sentenza Teckal.

In particolare, l'art. 113, comma 5 testo unico sugli enti locali (D.Lgs. n. 267 del 18 agosto 2000) come sostituito dall'art. 35 legge n. 448 del 28 dicembre 2001, ulteriormente modificato dall'art. 14 decreto legge n. 269 del 30 settembre 2003 convertito in legge n. 326 del 2003, prevede una triplice alternativa per l'erogazione del servizio pubblico, con conferimento della titolarità del servizio: *a*) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica; *b*) a società a capitale misto pubblico-privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza; *c*) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

In base alla predetta norma, quindi, l'affidamento «*in house*» (lett. *c*) prevede: *aa*) la totale partecipazione pubblica; *bb*) un rapporto che determina, da parte dell'amministrazione controllante, un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato; *cc*) lo svolgimento esclusivo o largamente preponderante dell'attività svolta dalla società partecipata a favore dell'ente pubblico che la controlla, affinché non venga alterata la *par condicio* tra imprese concorrenti presenti sul mercato, trattandosi in tal caso di organismo che non sta sul mercato o che vi sta in posizione del tutto marginale, svolgendo la parte più importante della propria attività a favore dell'ente controllante.

Da ultimo, va però segnalata la recente sentenza *Stadt Halle* (Corte di Giustizia CE, sez. I, sent. 11 gennaio 2005, causa C-26/03) che ha fortemente ridimensionato lo spazio di deroga alla disciplina comunitaria a tutela della

concorrenza e della libera circolazione dei servizi, affermando che l'art. 11, n. 3 della direttiva 92/50, in quanto disposizione derogatoria alle norme comunitarie intese a garantire l'effettività dei diritti conferiti dal Trattato CE nel settore degli appalti pubblici di servizi, deve essere interpretato restrittivamente e pertanto, nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva 92/50/CEE, con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale la detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private, le procedure di affidamento degli appalti pubblici previste dalla citata direttiva debbono sempre essere applicate.

A seguito di tale pronuncia, l'ambito che sfugge all'applicazione della normativa comunitaria in materia di concorrenza, resta quindi circoscritto ai contratti a titolo gratuito e a quelli in cui vi è una totale partecipazione pubblica dell'amministrazione aggiudicatrice.

Peraltro, va ricordato che un orientamento ancor più restrittivo è stato espresso dal Consiglio di Stato con la recente pronuncia (sez. V, ord. 22 aprile 2004 n. 2316) che ha rimesso alla Corte di Giustizia CE la questione pregiudiziale sulla compatibilità con il diritto comunitario e, in particolare, con la libertà della prestazione di servizi, il divieto di discriminazione e l'obbligo di parità di trattamento, trasparenza e libera concorrenza, di cui agli artt. 12, 45, 46 e 86 del Trattato CE, dell'affidamento diretto, ossia in deroga ai sistemi di scelta del contraente di cui alla direttiva 92/50/CEE, di un servizio pubblico ad una società per azioni a capitale interamente pubblico (analogo ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia CE è stata adottata dal TAR Puglia – Bari, sez. III, 8 settembre 2004 n. 885).

3. – Alla luce di tale quadro normativo e giurisprudenziale, andrebbe esclusa la possibilità di un affidamento diretto, non essendo (X) una società a capitale totalmente pubblico, a prescindere quindi dalle modalità che hanno caratterizzato la scelta dei due soci privati.

Va considerato tuttavia che, da quanto è dato comprendere dalle intenzioni di codesto Ente – la richiesta di parere è invero alquanto ellittica e dalla documentazione allegata si evincono evidenti incertezze in ordine alla forma contrattuale ancora «da definire» ed alle condizioni economiche ancora da concordare – l'oggetto della convenzione tra ENEA e (X) dovrebbe essere esclusivamente la gestione dell'impianto «FOCUS» a fini di ricerca e sperimentazione, senza alcun onere a carico dell'ENEA.

Lo svolgimento del servizio di smaltimento dei rifiuti e di bonifica di siti contaminati dovrebbe essere invece svolto da (X), per ammortizzare i costi di riattivazione e di manutenzione dell'impianto, con un partner, munito della relativa autorizzazione, scelto con procedura ad evidenza pubblica e a seguito dell'aggiudicazione, anche qui sulla base di gara pubblica, di appalti di servizi a favore di soggetti terzi. Il principio comunitario della tutela della concorrenza sarebbe quindi adeguatamente assicurato «a valle» dalla successiva stipulazione dei contratti di appalto tra (X) e i soggetti terzi, a seguito di gara pubblica.

In tali limiti, può ritenersi che oggetto della convenzione tra ENEA e (X) non sia un appalto di servizi – riguardando la possibilità di utilizzazione di un bene e non essendo prevista alcuna prestazione economica a carico dell'ENEA – ma semplicemente la concessione dell'impianto FOCUS, che (X) potrà sfruttare anche dal punto di vista industriale mediante la stipulazione, con soggetti terzi, di appalti di servizi nel rispetto della procedura ad evidenza pubblica.

A differenza del pubblico appalto di servizi, la concessione di servizi esula dall'ambito di applicazione della Direttiva 92/50/CEE, essendo caratterizzata dal fatto che la controprestazione che il gestore del servizio in questione ottiene dall'amministrazione aggiudicatrice consiste nel diritto di sfruttare, ai fini della sua remunerazione, la propria prestazione (conclusioni dell'Avvocato Generale del 1 marzo 2005 nella causa Parking Brixen GmbH C – 458/03; conforme è la sentenza Telaustria e Telefonadress, Corte di Giustizia CE 7 dicembre 2000, causa C-324/1998).

Anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha recepito la predetta distinzione, affermando che la normativa comunitaria impone la scelta dell'affidatario di servizi pubblici previa procedura ad evidenza pubblica quando tale affidamento avvenga attraverso un appalto, caratterizzato da una prestazione resa dall'appaltatore, cui corrisponde una controprestazione economica da parte dell'amministrazione e non anche in caso di concessione, connotata invece dalla gratuità per l'amministrazione (Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2005 n. 272).

L'oggetto della convenzione tra ENEA e (X), consistente in un modulo organizzativo di gestione rientrante nel c.d. «partenariato» pubblico – privato, in cui l'ENEA persegue l'interesse pubblico di ricerca rientrante tra i suoi scopi istituzionali, affidando l'utilizzazione dell'impianto ad una sua partecipata e mantenendo un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, non sembra quindi rientrare nell'ambito applicativo della Direttiva 92/50/CE, non ravvisandosi fattori ostativi all'affidamento diretto ad (X)».

A.G.S. – Parere del 7 giugno 2005, n. 79329.

Imposte e tasse. Imposta erariale del consumo sull'energia elettrica. Gruppi elettrogeni fissi in datazione alle FF.AA. – Produzione e consumo – Debenza (consultivo 24104/04, avvocato P. Cosentino).

«(Omissis) La questione in oggetto è stata dalla Scrivente sottoposta all'attenzione dell'Agenzia delle Dogane (quale Ente impositore) con la precedente nota del 3 agosto 2004 n. 106784; nella quale veniva già segnalata l'assoluta singolarità di una fattispecie in cui lo Stato si troverebbe ad essere, nello stesso tempo, soggetto passivo e soggetto attivo del rapporto giuridico d'imposta.

Alla predetta segnalazione l'Agenzia delle Dogane ha dato riscontro col foglio del 31 agosto 2004 n. 53859, nel quale si rappresenta che, ai sensi dell'art. 52, co. 2, del D.Lgs n. 504/1995 (il cui titolo II concerne appunto l'imposta di consumo sull'energia elettrica), non è prevista per le Amministrazioni dello Stato la non applicabilità dell'imposta di consumo, non rientrando tra le ipotesi di esenzione ivi espressamente previste.

Ciò premesso, la Scrivente non può che prendere atto che, alla stregua della citata norma del D.Lgs n. 504/1995, che contiene l'elenco – evidentemente tassativo – delle ipotesi di esenzione o non sottoposizione all'imposta erariale *de qua*, riferendole all'attività di produzione o di impiego dell'energia elettrica piuttosto che alla natura pubblica o privata del soggetto produttore o utente, nonché, a quanto pare, della prassi costantemente seguita sino ad epoca recente, il caso segnalato in oggetto non rientra tra le ipotesi anzidette di esenzione all'imposta.

Pertanto, ad onta del principio dell'unitarietà della persona giuridica dello Stato italiano, che a rigore comporterebbe l'inesistenza in radice della stessa possibilità di nascita del presupposto del rapporto obbligatorio di imposta (che, come ogni altro rapporto giuridico di obbligazione non può intercorrere se non tra due distinti soggetti di diritto, tant'è che l'obbligazione si estingue *ipso iure* per confusione quando le due contrapposte posizioni di creditore e di debitore vengano a riunirsi nella stessa persona: cfr. art. 1253 c.c.), deve ritenersi la esistenza di situazioni la cui anomalia, anche agli effetti contabilistici, è di tutta evidenza di «credito-debito» (e viceversa) tra distinte Amministrazioni (organi, ancorché talora dotati di autonoma personalità com'è per le Agenzie fiscali, della unica persona giuridica statale).

La ragione di ciò va, probabilmente, ravvisata in un'esigenza, non già, come appare ovvio, di conseguire un'entrata reale, bensì di redistribuzione, ai fini meramente contabili, di risorse da uno ad altro capitolo dell'unitario bilancio statale. Solo su un tale piano contabile interno appare dunque possibile affermare l'esistenza di un rapporto di «debito», e conseguente necessità di «pagamento» dell'imposta (più proprio sarebbe parlare di «trasferimento di una somma» parametrata all'ammontare del tributo) da parte dell'Amministrazione della difesa (limitatamente alle attività in oggetto, s'intende) a favore dell'Amministrazione Finanziaria.

Tuttavia, proprio per la più sopra rilevata natura unitaria dello Stato italiano, il suaccennato rapporto «obbligatorio» rimane tutto e per intero posizionato, per così dire, all'interno della persona giuridica statale.

Ciò ha, in primo luogo, come conseguenza l'impossibilità di configurare un inadempimento vero e proprio, o anche solo una situazione di morosità, nel caso di mancato assolvimento della predetta «obbligazione di pagamento» nel termine previsto; con l'ulteriore conseguenza che non sono applicabili «sanzioni» di sorta, quali interessi moratori, pene pecuniarie e quant'altro.

Ciò comporta altresì la giuridica impossibilità che tra diversi organi di tale unitario soggetto giuridico nasca un rapporto giuridico processuale nel quale possa essere versata ogni eventuale pretesa insorgente tra i due organi medesimi. Da qui, pertanto, l'impossibilità che l'Amministrazione della Difesa ricorra, nella specie, al Giudice tributario contro l'Amministrazione delle Dogane; e così pure, per converso, l'impossibilità per quest'ultima di agire *in executivis* contro la prima.

Rappresenta poi corollario di tale principio della unicità della persona dello Stato che le controversie ad esso interne insorgenti tra i diversi suoi organi vengano risolte o di comune accordo tra di essi ovvero sottoposte, in ultima istanza, al Consiglio dei Ministri per le definitive determinazioni.

Ed è per questo profilo che la presente nota viene indirizzata, per opportuna conoscenza, anche agli Uffici di Gabinetto dei due Ministeri interessati».

A.G.S. – Parere del 9 giugno 2005, n. 80746.

Verifica amministrativo-contabile a norma dell'art. 7 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 12 marzo 1994 – Saldo contributivo (consultivo 24143/04, avvocato S. Sabelli).

«L'ente morale (...), avendo curato in buona parte la realizzazione delle stagioni del teatro (...) utilizzando il nome del teatro e continuandone l'attività, ha beneficiato delle sovvenzioni stabili previste dalla legge 14 agosto 1967, n. 800 (Nuovo ordinamento degli enti lirici e delle attività musicali) dall'anno 1997 all'anno 1999.

A seguito di verifica amministrativo-contabile, disposta dalla Ragioneria Generale dello Stato ed affidata ai Servizi Ispettivi di Finanza ai fini della erogazione del contributo per una stagione [di spettacolo], codesta Amministrazione, sulla base delle risultanze finali del relativo bilancio consuntivo, da cui era emersa una spesa complessiva di £. 2.223.622.842 a fronte di entrate accertate in £. 2.412.720.000, ha ritenuto di operare la riduzione del contributo già a suo tempo assegnato.

Da ciò ha avuto origine una vertenza con l'Ente beneficiario, per il momento concretatasi in un copioso carteggio diretto da entrambe le parti a sostenere e ad illustrare le rispettive posizioni in merito alla legittimità delle decurtazioni effettuate.

Il parere richiesto alla Scrivente verte in sostanza sulla configurabilità, alla luce delle normative vigenti in materia, del potere in capo all'Amministrazione di rideterminare, sulla base di verifica contabile in sede di bilancio consuntivo annuale, l'entità dei contributi già assegnati ad enti lirici ed istituzioni concertistiche assimilate per favorire l'incentivazione delle attività musicali (artt. 26 e segg. della citata legge n. 800/1967).

1. La questione prospettata trova la primaria fonte di regolamentazione nell'art. 39 della legge citata la quale, in particolare, prevede al primo comma che *la liquidazione delle sovvenzioni e dei contributi è disposta ad attività ultimate, previa presentazione attestante l'osservanza degli adempimenti di legge e la regolarità della gestione.*

Tale scelta legislativa, chiaramente ispirata all'esigenza di controllo dell'utilizzazione delle somme erogate per i fini indicati dalla legge attraverso verifica contabile delle spese effettuate, tra l'altro, si poneva in sintonia con la disciplina della ripartizione dei contributi dello Stato per il sovvenzionamento delle attività liriche e musicali dettata dall'art. 22 della stessa legge, in seguito interamente abrogato da successive normative intervenute in materia.

Comunque, l'agevole interpretazione del principio generale che si ricava dal chiaro tenore della disposizione citata non appare scalfito dalla recente decisione del Consiglio di Stato (Sez. VI, n. 1061 del 3 marzo 2004), in merito alla quale codesta Amministrazione esprime delle perplessità ed una certa preoccupazione per i possibili riflessi generali derivabili dall'affermazione «la determinazione del contributo è stabilita in via definitiva in sede di preventivo», che appare assunta in motivazione a fondamento della decisione della sentenza appellata (TAR Veneto, n. 21821/03).

A tale conclusione, in realtà, non sembra doversi attribuire la portata di principio generale, essendo giustificata dall'Organo giudicante essenzial-

mente alla stregua della lettura di alcune specifiche disposizioni (quelle contenute negli artt. 6-9) della circolare n. 4 dell'11 agosto 1989, emanata dal Ministero del Turismo e dello Spettacolo in tema di promozione all'estero dello spettacolo italiano.

La fattispecie in esame, tra l'altro, è invece soggetta all'applicazione di una diversa circolare, emanata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, la n. 10 del 5 dicembre 1994, volta a regolare la diversa ancorché parallela materia degli interventi a favore delle attività musicali e di danza in Italia.

La disciplina introdotta da quest'ultima circolare in rispondenza ai dettami generali promananti dalla fonte primaria attribuisce un rilievo determinante al momento della verifica in sede di esame del bilancio consuntivo.

Ciò si desume innanzitutto dal disposto del primo comma dell'art. 4 il quale conferma che «la liquidazione delle sovvenzioni sarà disposta, a norma dell'art. 39 della legge 14 agosto 1967, n. 800 e successive modifiche, previo riscontro della documentazione consuntiva richiesta, attestante l'osservanza degli adempimenti di legge e la regolarità della gestione».

I successivi commi 2 e 3 precisano poi che «il rendiconto – con allegata una relazione che illustri le singole dettagliate voci di entrata e di uscita nonché le eventuali differenze rispetto alle indicazioni del preventivo – dovrà avere la stessa impostazione di previsione (distinzione tra spese generali e spese artistiche), risultare aggiornato dall'organo istituzionalmente preposto e dovrà fare riferimento alle entrate ed uscite effettive connesse alla realizzazione dell'attività sovvenzionata...» (comma 2) e che «gli oneri sostenuti dovranno essere dettagliati e per essi – come per tutte le attività diverse dall'intervento dello Stato – il beneficiario dovrà rilasciare sotto la propria responsabilità civile e penale, una dichiarazione a firma e qualifica autenticata... attestante la veridicità e l'omnicomprensività delle voci di entrata e di uscita esposte in rendiconto, nonché la loro connessione all'attività sovvenzionata» (comma 3, primo capoverso).

Tali disposizioni, dunque, non si giustificerebbero se ai fini della entità definitiva della sovvenzione statale rilevasse la determinazione effettuata in sede di assegnazione del contributo sulla base del rendiconto preventivo e non quella effettuata a consuntivo per gli oneri documentati. In effetti, la precedente quantificazione a preventivo del contributo statale ha senza dubbio la funzione di fissare l'entità massima del contributo erogabile, mentre la definitiva determinazione può avvenire soltanto a consuntivo.

Infine, va sottolineato che il successivo art. 7 della circolare n. 10/1994, ai fini dell'intervento finanziario annuale, stabilisce, al comma 2, che i bilanci dovranno, in ogni caso, esporre entrate diverse dal contributo statale non inferiori al 60% della sovvenzione richiesta; e, al comma 3, che qualora tale percentuale non risulti verificata in sede consuntiva si procederà alla proporzionale riduzione della sovvenzione assegnata.

Il disposto del terzo comma ora ricordato vale a chiarire che la minima capacità di sostegno economico indicata dall'aspirante al contributo ai fini dell'assegnazione va sempre verificata in sede di rendiconto consuntivo, così come in tale sede vanno verificate le spese effettivamente sostenute alla luce

della documentazione fornita a supporto dello stesso rendiconto, e non in misura forfettaria, al contrario di quanto sostenuto dall'Ente sulla base del parere pro-veritate allegato.

2. Ciò precisato sulla legittima configurabilità del potere-dovere dell'Amministrazione di rideterminare in via definitiva l'ammontare del contributo già assegnato sulla base delle risultanze della verifica amministrativo-contabile da effettuare a consuntivo, deve essere anche rilevato che per quanto concerne la quantificazione delle spese effettive sostenute, in relazione al cui ammontare va commisurato il contributo definitivo da erogare, in linea di principio, non appaiono infondati, ad avviso di questa Avvocatura Generale, i criteri di identificazione delle spese ammissibili avanzati dal legale dell'Ente. Non si ritiene, infatti, che l'attività meritevole di sovvenzione debba essere circoscritta alla fase esclusivamente inerente alla esecuzione e messa in scena delle recite, non potendosi prescindere, al contrario, dalle fasi preparatorie e successive e quindi dai costi affrontati in relazione ad attività strettamente e strumentalmente collegate al risultato finale della rappresentazione.

Tale convincimento riposa sulla base testuale del quarto comma del già citato art. 4 della circolare n. 10/1994, che così elenca le spese ammissibili, suddivise in spese generali ed artistiche.

«a) Le spese generali, ove non diversamente indicato, sono costituite da: affitto sede e spese connesse, telefono, energia elettrica, spese postali, cancelleria, personale amministrativo, indennità di carica e gettoni di presenza, rappresentanza, eventuali ammortamenti – almeno quinquennali – riferiti a spese per acquisto strumenti musicali, interessi passivi. Esse non potranno superare, in via ordinaria, l'aliquota percentuale del 30% delle uscite, elevabile al 40% soltanto per la documentata incidenza degli interessi passivi. Gli oneri ammissibili per gli interessi passivi – che vanno comunque documentati da certificazioni bancarie integrate da una relazione esplicativa del legale rappresentante – dovranno essere riferiti all'anno di competenza e riguardare i contributi pubblici;

b) le spese artistiche sono rappresentate:
dalle retribuzioni agli artisti, al direttore artistico ed ai collaboratori artisti, ai componenti delle giurie ed ai docenti, con i relativi contributi previdenziali;

dalle retribuzioni al personale tecnico e di sala con i relativi contributi previdenziali;

fitti locali di spettacolo con l'eventuale costo degli allestimenti scenici (palco e relative spese di fonica e luci);

tipografia, editoria, pubblicità, promozione;

SIAE;

viaggi e soggiorno artisti a carico;

partiture.»

Il quinto comma dello stesso articolo specifica che: «l'intervento dello Stato non potrà coprire di regola più del 70% dei costi delle manifestazioni musicali, con possibilità di elevare tale percentuale fino al 90% per attività che, per situazioni connesse al genere musicale, alla struttura dell'iniziativa promotrice o al territorio, risultino meritevoli di particolare considerazione».

Naturalmente l'ammissibilità teorica delle voci di spesa elencate non si traduce in concreto nell'ammissione automatica all'intervento contributivo, se non in base a precise e dettagliate risultanze del bilancio consuntivo, supportate da adeguata documentazione.

Sulla base del criterio indicato rispondente al dettato normativo della citata circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, codesta Amministrazione vorrà rivedere ed eventualmente rettificare la determinazione degli oneri ammessi a contributo in sede di esame del rendiconto consuntivo fornito dall'Ente interessato».

A.G.S. – Parere del 10 giugno 2005 n. 80985.

Art. 43, 1° comma e 57, d.P.R. n. 327/2001 – Art. 5 L. 166/2002 – Possibilità ed ambito di utilizzazione (contenzioso 24416/03, avvocato T. Varrone).

«Con nota del 2 marzo u.s. codesta Pubblica Amministrazione ha chiesto di conoscere l'avviso della Scrivente in merito alle iniziative da assumere in relazione alle pretese risarcitorie formalizzate dai Sigg.ri (...), proprietari di terreni (...) utilizzati per la realizzazione dell'immobile destinato ad ospitare il locale Comando Compagnia della Guardia di Finanza. I lavori di costruzione della nuova caserma furono affidati in concessione alla C. S.r.l., la quale assunse anche il compito di provvedere all'espletamento di attività propedeutiche o strumentali alla esecuzione degli stessi, fra le quali la progettazione dell'opera e la cura delle procedure ablatorie preordinate all'acquisizione delle aree occorrenti per la realizzazione dell'opera.

A quanto è dato desumere dalla ricostruzione dei fatti effettuata da codesta Pubblica Amministrazione alla occupazione delle particelle dei terreni di proprietà dei Sigg.ri (...) (autorizzata dal Prefetto (...) nel febbraio 2003 per due anni) non è mai seguita l'adozione del decreto d'esproprio e, nonostante ciò, dopo aver impugnato il provvedimento autorizzativo dell'occupazione e quello di approvazione del progetto, avente valore di dichiarazione di pubblica utilità, i Sigg.ri (...) proponevano opposizione alla stima delle indennità di esproprio e di occupazione.

L'adita Corte di Appello, preso atto che non era intervenuto decreto d'esproprio, ha dichiarato in parte inammissibile l'opposizione ed ha determinato l'indennità di occupazione qualificando i terreni di proprietà degli istanti come edificabili e, per tal motivo, la sentenza è stata impugnata dalla concessionaria, stante la declaratoria di insussistenza di legittimazione passiva dell'allora Ministero dei Lavori Pubblici, mentre il ricorso con cui si metteva in discussione la legittimità dell'occupazione (e degli atti sui quali la stessa si fondava) era respinto dal TAR con sentenza del 6 agosto 1998 che, a quanto sembrerebbe desumersi dalla ricostruzione dei fatti effettuata da codesta Pubblica Amministrazione, non è stata appellata.

Con ricorso notificato in data 10 giugno 2003 infine i Sigg.ri (...) hanno evocato il Ministero delle Infrastrutture e la concessionaria al fine di ottenere il risarcimento del danno derivante dalla perdita dei terreni occupati per la costruzione della caserma ed oggetto di radicale ed irreversibile trasformazione in conseguenza della realizzazione della stessa.

Tutto ciò premesso, si vuole in primo luogo sottolineare che la nota è pervenuta sprovvista degli allegati in essa menzionati (CTU espletata nel giudizio già svoltosi innanzi alla Corte d'Appello e proposta transattiva formalizzata dal legale dei Sigg.ri ...) e che in precedenza è stata trasmessa esclusivamente copia della convenzione, il che, evidentemente, non consente di avere esatta cognizione di tutti gli aspetti della vicenda.

Ad ogni buon conto, da quanto si riferisce, di certo non può dubitarsi della circostanza che nel caso di specie, in ragione del mancato completamento della procedura ablatoria, si è avuta acquisizione della proprietà dell'area occupata da parte di codesta Pubblica Amministrazione per effetto della radicale ed irreversibile trasformazione della stessa conseguente alla realizzazione della caserma e agli originari proprietari dei terreni è dovuto il risarcimento del danno per l'illecito sofferto.

Fermo restando che era certamente codesta Pubblica Amministrazione a dover corrispondere la somma per l'indennità di esproprio che i Sigg.ri (...) avrebbero dovuto percepire (anche se provvedendo a rimborsare la concessionaria), per ciò che attiene alla differenza fra il dovuto a titolo di risarcimento e la prima la Scrivente, pur versandosi in fattispecie in cui il concessionario si era visto affidare il compito di provvedere all'espletamento delle procedure ablatorie strumentali alla realizzazione dell'opera, poiché dall'art. 10, comma quinto, lett. F), seconda parte, della Convenzione risulta che il medesimo operava in nome e per conto del Demanio dello Stato si deve ritenere, sulla base dei principi regolanti la rappresentanza, che l'attività dal medesimo svolta (nell'espletamento delle procedure ablatorie) era direttamente imputabile a codesta Pubblica Amministrazione concedente che, oltretutto, non risulta aver trasferito, contestualmente all'affidamento del compito di provvedere all'espletamento delle procedure ablatorie strumentali alla realizzazione dell'opera anche i correlativi poteri, di talché sembrerebbe doversi escludere che si versi in ipotesi di vera e propria delegazione intersoggettiva (cioè di vera e propria statuizione del concessionario alla Pubblica Amministrazione) e, pertanto, dell'illecito deve rispondere anche (se non esclusivamente) codesta Pubblica Amministrazione, pur se la Corte di Appello (peraltro chiamata a pronunciarsi solo sulla determinazione dell'indennità di occupazione) si è diversamente espressa.

Tutto ciò, ovviamente, non toglie che codesta Pubblica Amministrazione possa e debba rivalersi per la maggiore somma che dovesse essere costretta a pagare in conseguenza dell'illecito nei confronti della concessionaria se il mancato completamento della procedura ablatoria è dipeso dall'omesso o negligente adempimento, da parte della medesima, degli obblighi di cui alla Convenzione (sul punto questo G.U. non è in grado di esprimersi poiché codesta Pubblica Amministrazione nulla precisa in merito alle cause del mancato espletamento della procedura ablatoria).

Per ciò che attiene alla quantificazione del dovuto si deve constatare che sussiste netta divergenza fra quanto codesta Pubblica Amministrazione ritiene spettare ai Sigg.ri (...) e quanto preteso da questi ultimi, anche alla luce della sentenza della Corte di Appello di Roma, e ciò in ragione della differente qualificazione dell'area utilizzata per la costruzione della caserma.

Sottolineato che risulta quanto mai arduo esprimersi, posto che non si dispone della necessaria documentazione, va pregiudizialmente evidenziato che la quantificazione del risarcimento deve muovere dalla verifica delle dimensioni dei terreni oggetto di radicale ed irreversibile trasformazione, che potrebbero non coincidere con le dimensioni delle aree occupate (le quali ad esempio potrebbero in parte esser servite anche per l'allocazione del cantiere). Secondariamente, si ritiene che versandosi in una ipotesi di occupazione appropriativa (o acquisitiva o ancora di accessione invertita che dir si voglia) l'illecito perpetrato in danno dei Sigg.ri (...) comporta il diritto degli stessi di vedersi corrispondere oltre alla sorte interessi e rivalutazione, secondo i criteri indicati dalla Suprema Corte sulla scia dei principi affermati dalle Sezioni Unite nella nota sentenza n. 1712/1995. Da ultimo e prima di soffermarsi sulla questione concernente la natura dell'area pare opportuno ricordare che l'illecito (e dunque la data cui fare riferimento al fine di stabilire il valore dei terreni utilizzati per realizzare l'opera pubblica senza portare a termine la procedura ablatoria e il momento da cui decorrono gli interessi e da cui andrà effettuato il computo della rivalutazione) si è perfezionato al momento in cui è venuto a scadere il termine indicato nel provvedimento di approvazione del progetto avente valore di dichiarazione di pubblica utilità entro cui andavano ultimati i lavori (termine che potrebbe anche coincidere con quello di scadenza dell'occupazione cui sembrerebbe alludere codesta Pubblica Amministrazione) se allo spirare dello stesso l'opera era stata completata o comunque si era avuta radicale irreversibile trasformazione del suolo di proprietà dei Sig.ri (...).

Diversamente l'illecito deve ritenersi consumato successivamente alla scadenza del predetto termine al momento in cui l'opera è stata completata o comunque allorquando vi è stata radicale ed irreversibile trasformazione del suolo di proprietà dei Sig.ri (...).

Trattasi di circostanza che si suggerisce senz'altro di verificare (anche al fine di essere certi che non sia decorso il termine quinquennale di prescrizione, visto e considerato che prima della notifica del ricorso con il quale è stato chiesto al TAR Lazio di accertare l'illecito perpetrato da codesta Pubblica Amministrazione e dalla Concessionaria non risultano avanzate richieste risarcitorie idonee ad interrompere il decorso del predetto termine).

Per ciò che attiene alla quantificazione del dovuto a titolo di risarcimento del danno si premette che fra i documenti fatti pervenire non è dato rinvenire certificazione attestante la destinazione urbanistica dei suoli utilizzati per la realizzazione dell'opera pubblica al momento in cui fu apposto il vincolo preordinato all'esproprio (cioè al momento dell'approvazione del progetto) e, tuttavia, da quanto riferito da codesto Servizio e da quanto si legge nel ricorso notificato dai Sigg.ri (...) in data 10 giugno 2003, sembra pacifico che i terreni di proprietà dei Medesimi si trovavano in zona destinata a «parco pubblico e parco pubblico di interesse paesaggistico e archeologico. Destinazione d'uso a parco alberato con la tassativa esclusione di ogni attività edificatoria anche se a carattere pubblico» (si è puntualmente riportato quanto si legge a pag. 2 del ricorso).

Se così fosse, reputa questo G.U. che dovrebbe escludersi l'edificabilità dell'area alla luce di quanto in più occasioni affermato dalla Suprema Corte (a titolo di mero esempio si ricordano, fra le più recenti, Cass., n. 10263/2004; Cass., n. 4732/2004; Cass., n. 821/2004) la quale ha avuto modo di chiarire che «le previsioni dello strumento urbanistico, attraverso le quali a determinate zone viene impressa siffatta destinazione, si caratterizzano per essere il frutto di «una nuova zonizzazione dell'intero territorio comunale o di parte di esso, sì da incidere su di una generalità di beni, nei confronti di una pluralità indifferenziata di soggetti in funzione della destinazione dell'intera zona in cui questi ricadono ed in ragione delle sue caratteristiche intrinseche o del rapporto (per lo più spaziale) con un'opera pubblica» (così testualmente Cass., n. 10265/2004).

In altre parole in casi del genere si è in presenza di vincoli c.d. conformativi della proprietà privata che comportano l'inedificabilità della stessa (cfr. Cass., n. 173/2001). e quindi la quantificazione del risarcimento andrà effettuata facendo riferimento al valore venale del suolo considerandolo come a vocazione agricola e, pertanto, utilizzando, secondo quanto previsto dall'art. 16 della legge n. 865/1971, il valore agricolo medio sulla base della coltivazione in atto al momento in cui fu occupato desumibile dalle apposite tabelle predisposte dalla Commissione Provinciale Espropri.

Se, al contrario, come si sostiene nell'atto di citazione lo strumento urbanistico in realtà aveva impresso ai suoli di proprietà dei Sig.ri (...) un vincolo preordinato all'esproprio che al momento in cui fu approvato il progetto dell'opera avente valore di dichiarazione di pubblica utilità era venuto a scadere e non era stato reiterato si verserebbe in una situazione nella quale ai suddetti suoli si dovrebbe applicare la disciplina di cui all'art. 4 ultimo comma, della legge n. 10/1977 propria delle c.d. aree bianche che, pur contrassegnate, urbanisticamente, da un indice di edificabilità molto limitato, sono indennizzate dalla giurisprudenza con applicazione del criterio dell'edificabilità di fatto (cfr. *ex multis* Cass. 24099/2004, Cass. 2781/2004).

In quest'ultimo caso la quantificazione del risarcimento andrà effettuata calcolando il valore dei suoli utilizzati per la realizzazione della Caserma considerando le ridotte possibilità di edificazione degli stessi e, comunque, in relazione agli indici di fabbricabilità desumibili dal citato art. 4.

Ciò che, invero, sembrerebbe doversi escludere in radice è la piena edificabilità (e conseguentemente l'applicabilità dell'art. 5 *bis*, comma sette *bis*, della legge 359/1992 ora art. 55 del d.P.R. 327/2001) dei suoli come ritenuto dai Sig. (...) anche alla stregua della sentenza della Corte d'Appello che, nel determinare l'indennità virtuale di esproprio, sulla base della quale è stata poi calcolata l'indennità d'occupazione ha riconosciuto la vocazione edificatoria degli stessi.

Nell'uno, come nell'altro caso oltre alla somma dovuta a titolo di sorte, versandosi in ipotesi di illecito, andranno corrisposti interessi e rivalutazione monetaria da calcolarsi secondo le modalità indicate nella nota sentenza delle Sezioni Unite n. 1712/1995 (cioè calcolando gli interessi sulla somma via via rivalutata).

In ragione di tutto ciò questo G.U. non può non esprimersi negativamente sulla proposta transattiva formalizzata da controparte, che muove dall'asserita piena edificabilità del suolo radicalmente ed irreversibilmente trasformato per la realizzazione dell'opera pubblica, e sottolineare che ogni e qualsiasi soluzione transattiva non può che partire dalle diverse premesse di cui sopra che ovviamente andranno debitamente accertate Da codesta P.A. previa acquisizione di dettagliate notizie in ordine alle previsioni del P.R.G. del Comune di F.

Considerato, peraltro che, da ultimo, come si accennava, i Sigg.ri (...) hanno spostato la propria pretesa risarcitoria innanzi all'A.G.O. (in data 2 dicembre 2004 è stato notificato atto di citazione e la prima udienza prevista per l' 11 maggio p.v. è stata differita al 15 ottobre 2005), presumibilmente ritenendo che a seguito della sentenza n. 204/2004 della Corte Costituzionale l'adito Giudice Amministrativo difetti di giurisdizione, reputa questo G.U. che al fine di pervenire ad una definizione della vicenda codesta Pubblica Amministrazione potrebbe forse valutare l'eventualità di utilizzare l'art. 43, comma primo, del d.P.R. n. 327/2001, visto che la giurisprudenza amministrativa, pronunciandosi su domanda di conversione della pretesa restitutoria del proprietario vittima di illecito simile a quello sofferto dai Sigg.ri (...) in pretesa risarcitoria, formulata dalla Pubblica Amministrazione ai sensi del terzo comma della disposizione qui considerata, si è espressa positivamente sottolineando che «la reintegrazione in forma specifica è solo una delle possibili forme di risarcimento» e che «la circostanza che l'opera pubblica sia stata costruita interamente e che i lavori abbiano dato luogo alla strada comunale risulta di ostacolo all'accoglimento della domanda di reintegrazione in forma specifica, essendo in ciò ravvisabili gli estremi contemplati dagli artt. 2058 e 2933 del c.c.; alla stregua di quest'ultima norma, l'interesse alla conservazione di un bene che sia utile all'economia nazionale è di ostacolo al soddisfacimento *in executivis* della pretesa e provoca la sostituzione del risarcimento per equivalente. Si tratta, in altri termini, di una disposizione che sovrappone l'interesse pubblico all'interesse privato e che si riflette sui metodi di protezione diretta dei diritti, che il giudice amministrativo ha già utilizzato al fine di delimitare l'ambito di espansione del giudizio di ottemperanza per la soddisfazione dell'interesse oppositivo, sempre in materia di annullamento di atti espropriativi (Cons. Stato, Sez. V, 12 luglio 1996, n. 874)» (così testualmente TAR per l'Emilia Romagna, Bologna, sentenza n. 2160/2003, cui *adde* TAR per l'Emilia Romagna, Bologna, sentenza n. 659/2003).

Considerato che il primo comma della citata disposizione mediante il quale si consente alla Pubblica Amministrazione di procedere all'acquisizione di un bene utilizzato senza titolo per scopi di interesse pubblico a prescindere dalla pendenza di un giudizio avviato dai proprietari dello stesso vittime dell'illecito risponde alla medesima *ratio* non si intravedono ostacoli alla utilizzazione dello stesso.

Né si potrebbe, in contrario, escludere l'utilizzabilità del rimedio di cui alla predetta norma in ragione del disposto dell'art. 57 del d.P.R. 327/2001, nel testo introdotto con l'art. 5 della legge n. 166/2002, che sancisce l'applicabilità delle disposizioni nel Testo Unico solo a quelle fattispecie concernenti

procedure ablatorie avviate sulla base di dichiarazione di pubblica utilità successiva all'entrata in vigore del nuovo Testo Unico in materia espropriativa (avvenuta il 30 giugno 2003).

Invero la norma con la quale il legislatore ha inteso delimitare l'ambito di applicazione del nuovo Testo Unico in realtà ha riguardo alle disposizioni dello stesso destinate ad innovare, sotto il profilo procedimentale, la materia espropriativa, come si evinceva con chiarezza dall'iniziale testo dell'art. 57 nel quale era precisato che le nuove disposizioni, nel caso di esistenza del vincolo preordinato all'esproprio ovvero di dichiarazione di pubblica utilità al momento dell'entrata in vigore del Testo Unico, si applicavano alle fasi procedurali non ancora concluse.

Tale conclusione, inoltre, si impone non soltanto in ragione della *ratio* della norma, cui si è già accennato, la quale lascia chiaramente intendere che l'art. 43 è stato introdotto dal legislatore soprattutto con lo sguardo volto proprio a quelle situazioni, come quella qui considerata, in cui si era già consumato l'illecito correlato all'utilizzazione della proprietà privata per la costruzione di un'opera pubblica senza completamento della procedura ablatoria, ma anche in ragione della circostanza, senza dubbio significativa, che la norma è stata inserita in un capo (il VII) del Testo Unico completamente a se stante rispetto a quelli concernenti le varie fasi in cui ora si articola il procedimento espropriativo (capi I-V), nell'ambito del quale il decreto di esproprio dovrebbe intervenire in tempi assai ristretti (cfr. art. 20 e ss.) proprio per evitare che, a seguito della mancata emanazione dello stesso, si perfezioni l'illecito.

Le esposte considerazioni hanno da ultimo ricevuto l'autorevole avallo dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che con la decisione n. 2/2005, del 29 aprile 2005 allineandosi in pieno alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, ha con chiarezza affermato che «In caso di illegittimità della procedura espropriativa e di realizzazione dell'opera pubblica, l'unico rimedio riconosciuto dell'ordinamento alla P.A. per evitare la restituzione dell'area è l'emanazione di un (legittimo) provvedimento di acquisizione cd. «sanante» ex art. 43 del testo unico sulle espropriazioni per p.v. approvato con d.P.R. 8 giugno 2001 n. 327, in assenza del quale l'Amministrazione non può addurre l'intervenuta realizzazione dell'opera pubblica quale causa di impossibilità oggettiva e quindi come impedimento alla restituzione» ed è espressamente affermata l'applicabilità della predetta norma anche nelle ipotesi in cui la dichiarazione di pubblica utilità sia intervenuta prima dell'entrata in vigore del testo unico (cfr. punto 5 della motivazione).

Nella parte finale della nota si chiede altresì se vadano assunte iniziative volte all'accertamento di eventuali responsabilità di funzionari di codesta Pubblica Amministrazione.

Ribadito che dalla documentazione di cui si dispone non è possibile stabilire per quali ragioni non sia mai stata completata la procedura ablatoria, reputa questo G.U. che, essendosi affidato il compito di provvedere all'espletamento della stessa alla concessionaria, va in primo luogo verificato se vi siano state omissioni o negligenze di quest'ultima. In caso negativo si tratterà di valutare se il mancato completamento della procedura espropriativa è

dipeso da omissioni o negligenze di funzionari di codesta Pubblica Amministrazione ovvero da altre circostanze e, in generale, se vi era o meno possibilità di evitare che l'illecito si perfezionasse.

Nel caso in cui emergessero inadempienze della concessionaria, che evidentemente consentirebbero a codesta Pubblica Amministrazione di rivalersi, sarà comunque opportuno verificare se attraverso lo svolgimento degli opportuni controlli e la necessaria vigilanza sull'operato della medesima sarebbe stato possibile, anche intervenendo in sostituzione della medesima, evitare il perfezionarsi dell'illecito».

A.G.S. – Parere del 7 luglio 2005, n. 91858.

Decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001 n. 327, come modificato dal Decreto Legislativo 27 dicembre 2002 n. 302, pubblicato nel Suppl. ord. n. 211/L Gazzetta Ufficiale n. 17 del 22 gennaio 2003. Testo Unico disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazioni per pubblica utilità (consultivo 52706/04, avvocato P. Cosentino).

«(Omissis) Il Ministero [della Difesa] ha chiesto a questa Avvocatura Generale di esprimere il proprio parere in merito al d.P.R. in oggetto, con particolare riguardo all'applicabilità alle procedure di esproprio per opere militari degli artt. 9 e 10, titolo II, del medesimo testo legislativo, si osserva quanto segue.

La disciplina delle espropriazioni per la realizzazione di opere militari ha carattere parzialmente derogatorio rispetto a quella prevista per le espropriazioni in generale e ciò in ragione della specificità delle opere medesime, destinate alla difesa nazionale; tale disciplina è infatti contenuta nell'art. 51, titolo III, del testo unico sopra citato, intitolato «disposizioni particolari» che dispone al primo e al terzo comma: «*Il Ministero della Difesa dichiara la pubblica utilità delle opere destinate alla difesa militare ed individua i beni da espropriare. Si applicano in quanto compatibili, le disposizioni previste dal titolo II*».

Le espropriazioni e le occupazioni di immobili per opere militari, com'è noto, erano disciplinate dalle norme contenute nella legge n. 2359 del 1865, e in particolare negli artt. 11, 74 e 76.

Tali disposizioni lasciavano all'Autorità militare la più ampia libertà di valutazione sia in ordine al requisito della pubblica utilità delle opere da realizzare, sia in ordine alla scelta delle aree da sottoporre ad esproprio.

Conseguentemente, come più volte chiarito anche dai giudici di primo grado e dal Consiglio di Stato (cfr. tra le ultime C.S., IV, n. 1593/01 e n. 4543/01; nonché, in motivazione, Corte Cost. n. 150/1992), è escluso l'apprezzamento delle autorità urbanistiche in ordine a tali determinazioni, essendo affidata all'Amministrazione della Difesa, in via esclusiva, la soddisfazione delle esigenze connesse alla distribuzione territoriale delle opere militari e alla loro progettazione.

Siffatte esigenze sono rispecchiate dall'art. 81, comma 2 del d.P.R. n. 616/1977 e successivamente, dall'art. 2 del d.P.R. n. 383 del 1994, i quali hanno escluso le opere destinate alla difesa militare dall'accertamento di conformità urbanistica.

Ne consegue l'inapplicabilità dell'art. 9, titolo II del testo unico in oggetto, espressamente rivolto alla disciplina della procedura espropriativa delle opere pubbliche in generale, per la realizzazione delle quali è previsto che l'apposizione del vincolo preordinato all'esproprio sia rimesso all'apprezzamento delle autorità urbanistiche; tale articolo, dunque, non può considerarsi compatibile, ai sensi del 3° co. art. 51 del T.U., con la disciplina delle espropriazioni per opere militari.

Si ritiene, infine, inapplicabile anche la disposizione di cui all'art. 10 del T. U. che prevede la possibilità di apporre il vincolo preordinato all'esproprio mediante il ricorso a strumenti di cooperazione tra Pubbliche Amministrazioni nell'ipotesi in cui la realizzazione di un'opera pubblica non sia prevista dal piano urbanistico generale.

La norma introduce, nella ricorrenza delle condizioni sancite dallo stesso articolo, una deroga all'obbligo di osservare le procedure delineate dall'art. 9.

Per le osservazioni suesposte, tuttavia, la libertà di cui gode codesta Amministrazione in materia di espropriazioni per pubblica utilità per le opere destinate alla difesa militare ha un'ampiezza maggiore rispetto alla facoltà riconosciuta in generale dall'art. 10. Si deve pertanto ritenere che codesto Ministero non sia tenuto per tali opere, a indire previamente una conferenza di servizi o a procedere ad accordi o intese, come descritto dalla disposizione in esame, al fine di addivenire all'apposizione del vincolo espropriativo».

A.G.S. – Parere dell'8 luglio 2005, n. 92716.

Provvedimenti di assegnazione della casa di abitazione familiare nei procedimenti di separazione personale e di divorzio; trascrivibilità, opponibilità a terzi in relazione ai diversi titoli in base ai quali l'abitazione era già goduta (consultivo 18376/05, avvocato M. Mari).

«(...) codesta Avvocatura Distrettuale richiede l'avviso della Scrivente in ordine a talune problematiche ermeneutiche relative alla trascrivibilità presso la Conservatoria dei Registri Immobiliari della pronuncia di assegnazione della casa coniugale ad uno dei coniugi, all'esito del procedimento di separazione personale o di scioglimento del matrimonio, con particolare riferimento all'opponibilità ultranovenale di tale provvedimento al terzo acquirente in data successiva.

Si richiedono altresì delucidazioni in merito ai rapporti tra il preesistente godimento della casa familiare a titolo di comodato ed il successivo provvedimento di assegnazione della stessa, adottato dal giudice in sede di separazione o di divorzio.

Giova premettere all'esame delle prospettate questioni una sia pur sintetica ricostruzione dell'evoluzione normativa, dottrinale e giurisprudenziale in materia, solo all'esito della quale risulta possibile orientarsi in un settore nel quale all'accentuato bisogno di certezza nei rapporti giuridici si contrappongono spesso insidiosi dubbi interpretativi.

Il provvedimento di assegnazione della abitazione nella casa coniugale in favore di uno dei coniugi è, senza dubbio, uno dei provvedimenti più significativi che il giudice emette nel corso del giudizio di separazione e di divorzio.

La disciplina di questa materia ha subito una lenta evoluzione, sia sotto il profilo della possibilità stessa di emettere siffatto provvedimento, sia sotto il profilo della sua opponibilità ai terzi.

La legge prevedeva, un tempo, l'assegnazione solo nel contesto della separazione giudiziale (art. 155, comma 4, c.c.). In sede di divorzio, viceversa, in difetto di legge, l'assegnazione poteva solo conseguire ad un accordo tra i coniugi, di talché il coniuge assegnatario in sede di separazione poteva essere privato della abitazione nella casa in sede di successivo divorzio.

Questa evidente ingiustizia, stigmatizzata dalla più attenta dottrina, impose al Legislatore di intervenire.

L'art. 11, legge 6 marzo 1987, n. 74, sostituendo l'art. 6 della legge 1 dicembre 1970, n. 898, dettò, dunque, una norma analoga a quella di cui all'art. 155, comma 4, c.c., aggiungendo, però, che « l'assegnazione, in quanto trascritta, è opponibile al terzo acquirente ai sensi dell'art. 1599 del codice civile ».

In tal modo, però, la posizione del *divorziato* assegnatario divenne più favorevole rispetto a quella del *separato*, poiché l'art. 155 c.c. non prevedeva l'opponibilità ai terzi – mediante trascrizione – del provvedimento.

La trascrivibilità, in assenza di una norma espressa, era assai discussa, dal momento che, se la dottrina e talune sentenze di merito (cfr. Trib. Catania, sent. 11 luglio 1986) configuravano il diritto del coniuge assegnatario come un *diritto reale di abitazione*, opponibile, come tale, se trascritto, *ex art. 2643, n. 14, c.c.*, ovvero come un *diritto personale di abitazione*, pur sempre, però, opponibile al terzo, *ex art. 111 c.p.c.*, fmo a revoca del provvedimento, ovvero come un *diritto personale di godimento*, opponibile per tutta la durata del diritto tutelato (cfr. Trib. Lucca, sent. 11 febbraio 1983) ovvero per un novennio *ex art. 1599 c.c.*, la Suprema Corte riteneva che, in caso di alienazione, il diritto non fosse opponibile, cosicché il coniuge poteva solo chiedere un adeguamento dell'assegno di mantenimento (v. Cass., sentt. nn.5082/1985, 624/1986).

Successivamente, la Corte costituzionale è intervenuta nel dibattito (cfr. sent. n. 454/1989), assumendo una posizione di favore non tanto nei confronti del coniuge assegnatario, quanto, piuttosto, dei figli ad esso affidati. Secondo la Corte, infatti, era dato ravvisare una disparità di trattamento tra situazioni analoghe – l'una caratterizzata dall'affidamento della prole ad un genitore separato, l'altra dall'affidamento ad un genitore non più legato dal vincolo matrimoniale –, atteso che, in quest'ultimo caso, in forza dell'art. 6, legge 898/1970 novellata, la prole avrebbe potuto continuare a vivere nella stessa abitazione, pur se alienata a terzi dal genitore non affidatario, mentre, nell'altro caso, ciò non sarebbe potuto avvenire.

La Corte ha, conseguentemente, dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 155, comma 4, c.c., « nella parte in cui non prevede la trascrizione del provvedimento giudiziale di assegnazione della abitazione nella casa familiare al coniuge affidatario della prole, ai fini della opponibilità ai terzi ».

Merita rammentare che, a proposito della questione relativa all'applicazione in sede di *separazione tra coniugi* della norma, in tema di casa familiare, prevista dalla legge 74/1987 per il caso di *scioglimento del matrimonio*, parte della dottrina, seguita, peraltro, da qualche decisione di merito (v. App. Napoli, sent. n. 352 del 15 marzo 1988), sostenne una soluzione positiva *sul semplice piano interpretativo*, in virtù dell'*eadem ratio* alla base della tutela dei figli minori e del loro affidamento in caso di crisi coniugali.

Tra codesti indici normativi, in particolare, un certo spicco veniva riconosciuto, per l'appunto, alla disposizione di cui all'art. 11, legge 74/1987 (modificativa dell'art. 6, legge 898/1970). Tale disposizione – come accennato sopra – ha, in effetti, inteso fare chiarezza in materia di casa familiare e, soprattutto, superare le tenaci resistenze in ordine all'opponibilità ai terzi della situazione giuridica del coniuge assegnatario, evidenti nell'orientamento interpretativo assunto dalla Cassazione a partire dalla pronuncia a Sezioni Unite n. 2494/1982 e ribadito sostanzialmente nella sent. n. 4420/1988. Al fine di assicurare stabilità alla situazione di godimento della casa familiare da parte dell'ex coniuge affidatario dei figli minori, *in occasione della circolazione dell'immobile di proprietà dell'altro ex coniuge*, l'art. 11, legge 74/1987, stabilisce, pervero, che «l'assegnazione, in quanto trascritta, è opponibile al terzo acquirente ai sensi dell'art. 1599 c.c.».

La Corte costituzionale, tuttavia, ha preferito raggiungere il medesimo risultato con una pronuncia di incostituzionalità parziale, ponendosi nel solco di quell'orientamento di politica del diritto in base al quale, in materie delicate quali il diritto di famiglia, si considera preferibile adottare una sentenza additiva di accoglimento, piuttosto che una sentenza interpretativa di rigetto.

Il lodevole intento cui si era ispirata la Corte nell'eliminare la denunciata discriminazione tra il coniuge separato e quello divorziato rischiava, nondimeno, di essere bilanciato – se non addirittura compromesso – da una imperfetta percezione dei termini della questione sollevata nell'ordinanza di rimessione e, quanto meno, da una infelice formulazione a proposito dell'interpretazione della norma di cui all'art. 11, legge 74/1987. Il che non solo avrebbe reso ininfluenza la sentenza ai fini della soluzione della specifica controversia all'esame del giudice *a quo*, ma avrebbe altresì ridimensionato, in termini rilevanti, la tutela dell'assegnazione della casa familiare introdotta con la legge del 1987 ed estesa, con tale decisione, anche a favore del coniuge separato.

Nell'ordinanza di rimessione, il giudice *a quo* aveva, in effetti, sollevato la questione di costituzionalità a proposito della disparità di trattamento a danno del coniuge separato assegnatario della casa familiare rispetto all'ex coniuge, facendo leva esclusivamente sul fatto che, per effetto dell'art. 11, L. 74/1987, soltanto per quest'ultimo soggetto il godimento della casa familiare sarebbe stato «opponibile comunque ai terzi nei limiti del novennio e, ove trascritto, anche oltre».

In altre parole, nell'ordinanza di rimessione, il trattamento favorevole per l'ex coniuge (cioè a dire il contenuto precettivo della disposizione di cui all'art. 11, legge 74/1987) risultava identificato nella semplice «opponibilità

ai terzi» della situazione relativa al godimento della casa familiare, senza alcun riferimento alle diverse forme di pubblicità legate alla durata della situazione nel tempo (data certa per una durata infranovenale e trascrizione per una durata ultranovenale).

Nella sentenza della Corte costituzionale, invece, sia in motivazione sia nel dispositivo, il contenuto precettivo della norma introdotta nella legge del 1987 veniva spostato dall'*opponibilità ai terzi* della situazione giuridica relativa alla casa familiare alla *sola trascrivibilità*. Si innescava, in tal modo, una confusione concettuale di non poco momento: l'*opponibilità ai terzi* dell'assegnazione della casa familiare sembrava considerata come un effetto discendente *soltanto* dall'avvenuta trascrizione del provvedimento giudiziale presso la Conservatoria.

La mancanza di ogni riferimento all'art. 1599 c.c. e, per converso, il passaggio argomentativo con il quale si richiamava la *opponibilità* «mediante trascrizione» al terzo acquirente, potevano indurre a ritenere che, nella prospettiva della Corte, la pubblicità costituisse l'unico sistema per la soluzione dei conflitti tra coniuge (beneficiario del provvedimento) e terzi acquirenti, con esclusione di ogni altro criterio di selezione tra titolari di diversi diritti, come quello della priorità temporale.

Arrestandosi ad una lettura puramente testuale del *dictum* della Corte, il provvedimento sembrava, insomma, suscettibile di trascrizione non già ai fini di cui all'art. 1599 c.c., quanto, piuttosto, ai fini di cui all'art. 2644 c.c., cosicché, se non trascritto, esso sarebbe risultato inopponibile *tout court*, e non già opponibile per soli nove anni.

Era, questa, l'inevitabile conseguenza del fatto che, nel dispositivo, la Corte aveva ommesso di richiamare l'art. 1599 c.c., cosicché la trascrizione andava necessariamente posta in relazione con la norma dell'art. 2644 c.c., regolativa della materia sul piano *generale*, laddove l'altra norma, all'opposto, prescrive un regime *speciale* di opponibilità.

Per la verità, sin da subito gli interpreti ritennero che, al di là della eliminazione della discriminazione tra la tutela del coniuge *separato* e quella del coniuge *divorziato* in ordine all'assegnazione della casa familiare, la Corte non avesse inteso intervenire consapevolmente nell'interpretazione della disposizione di cui all'art. 11, legge 74/1987, e suggerirono di porre rimedio all'indicata preterizione facendo notare che l'incostituzionalità era stata dichiarata sulla base del fatto che l'art. 6, legge 898/1970 novellata, rinviando all'art. 1599 c.c., favoriva i figli dei *divorziati* rispetto a quelli dei *separati*. Era evidente, allora, che, al fine di evitare una nuova e diversa disparità di trattamento, il predetto art. 1599 c.c. doveva trovare applicazione anche per quanto concerneva i provvedimenti del giudice della *separazione*.

È, del resto, questa la soluzione che anche la stessa Corte Costituzionale ha avvalorato espressamente con l'ordinanza n. 20/1990, con la quale – a premessa di una pronuncia di inammissibilità ed offrendo una sorta di «interpretazione autentica» del precedente pronunciato – ha rilevato che l'onere di trascrizione del provvedimento di assegnazione in caso di separazione riguarda, *ex art.* 1599 c.c., la sola assegnazione ultranovenale, ferma restando l'*opponibilità* del provvedimento in tutte le altre ipotesi.

In realtà, piuttosto che di assegnazione ultranovennale – essendo l'assegnazione, almeno di regola, senza limiti di tempo, salvo revoca –, la Corte avrebbe dovuto parlare di *opponibilità del provvedimento oltre il novennio*, ma la sostanza della precisazione non muta.

Se è, infatti, indubbio che nella norma di cui all'art. 11, legge 74/1987, si era dato un particolare risalto alla trascrizione, in vista dell'opponibilità ai terzi dell'assegnazione della casa familiare, è pur vero che in essa vi è *anche* un espresso richiamo all'art. 1599 c.c.

La soluzione che avesse voluto considerare l'opponibilità come conseguenza della *sola* trascrizione avrebbe finito, pertanto, con il rendere pleonastico (o meglio: imperscrutabile) il richiamo a tale norma, la quale disciplina, per l'appunto, l'opponibilità del diritto personale di godimento al terzo acquirente dell'immobile *sulla base della sola anteriorità nel tempo del primo diritto, salva la data certa del relativo titolo costitutivo*.

Tale richiamo non può, tuttavia, considerarsi pleonastico o semplicemente rafforzativo della soluzione già fondata sulla base del solo art. 1599 c.c.

Non bisogna, infatti, dimenticarsi che, già prima della riforma del 1987, con riferimento all'originario art. 155, comma 4, c.c., vi era stata qualche perplessità a dare ingresso alla trascrizione oltre la normale opponibilità nei limiti del novennio, previa applicazione dell'art. 1599 c.c., considerando che la particolare natura del provvedimento giudiziale in ordine ai rapporti tra i coniugi separati e/o divorziati, compresi quelli inerenti ai figli, impediva che potessero attribuirsi ai suoi effetti termini di durata predeterminati e, quindi, rendeva difficile stabilire se si fosse di fronte ad una durata infra o ultra novennale.

Sicché, il contenuto precettivo originale della norma di cui all'art. 11 della legge del 1987 stava proprio nell'aver assicurato la trascrivibilità del provvedimento di assegnazione anche quando l'opponibilità fosse destinata a non avere un termine finale precostituito, potendosi estendere oltre il novennio. Ricostruzione, questa, che trova conferma anche nei Lavori Preparatori (dai quali risulta che l'onere della trascrizione venne introdotto per ampliare l'opponibilità oltre il novennio).

Occorre, nondimeno, rimarcare che giurisprudenza e dottrina si sono lungamente affaticate nel compito di chiarire la portata normativa della disposizione del predetto art. 6, legge 898/1970 novellata, nella parte in cui fa riferimento alla trascrizione.

La norma – come più volte detto – rinvia espressamente all'art. 1599 c.c., ma tale rinvio non appare perspicuo e suscita, in effetti, non pochi problemi. La trascrizione risulta propriamente riferita al provvedimento di assegnazione, senza minimamente distinguere in ordine alla sua durata.

Sotto questo aspetto, dunque, non sarebbe lecito distinguere tra assegnazione infra e ultranovennale, con la conseguenza che, secondo parte della dottrina, il provvedimento andrebbe trascritto *in ogni caso*, anche se l'assegnazione fosse destinata a durare per un periodo breve, ad esempio perché espressamente collegata al raggiungimento della maggiore età da parte del figlio minore (ipotesi, peraltro, remota, poiché – di regola – il provvedimento del giudice è a tempo indeterminato, salvo revoca).

Il diritto all'abitazione assumerebbe, così, proprie, autonome connotazioni e finirebbe per ricadere sotto la previsione generale dell'art. 2644 c.c.

Sennonché, si è correttamente rilevato che il preciso rinvio all'art. 1599 c.c. non può non comportare, in unione con la prevista trascrizione, un'assimilazione *quoad effectum* del diritto dell'assegnatario al diritto di locazione ultranovennale.

Assimilazione – come è ovvio – sul piano della circolazione e della opponibilità ai terzi, atteso che, sotto questo profilo, è del tutto irrilevante che il diritto sia acquistato a titolo oneroso o a titolo gratuito. L'assenza di corrispettivo per il godimento dell'abitazione potrà, infatti, rilevare solo *inter partes*, nei rapporti interni tra coniuge titolare del godimento e coniuge proprietario dell'immobile, ai fini della fissazione dell'assegno di mantenimento.

In senso contrario all'assimilazione si è, tuttavia, osservato che sarebbe stata inutile l'espressa menzione della necessità di trascrivere, se tale necessità sussistesse solo al fine dell'opponibilità oltre il novennio, dal momento che, a tal uopo, sarebbe bastato il puro e semplice rinvio alla disciplina dell'art. 1599 c.c., che già impone la trascrizione per questo *solo* effetto.

Per quanto pertinente, l'osservazione è stata, tuttavia, superata, obiettando che il richiamo alla trascrizione, nell'intenzione del legislatore, aveva inteso esclusivamente sottolineare la necessità che il provvedimento venisse trascritto proprio ai fini di cui all'art. 1599 c.c., al fine, cioè, di poter essere opposto *sine die*, e non già per un periodo di soli nove anni.

In altre parole, il legislatore aveva inteso ribadire che il provvedimento è a tempo indeterminato (o meglio: con termine finale incerto), e dunque va considerato, ad ogni effetto, come ultranovennale.

Diversamente opinando, un'esegesi letterale dell'art. 6, comma 6, legge 898/1970 novellata, imporrebbe di sostenere che il Legislatore abbia inteso affermare che il provvedimento vada trascritto al fine di potersi avvalere di una norma che già prevede, di per sé, la trascrizione, con una duplicazione dispositiva che non avrebbe alcun senso: qualora avesse voluto prevedere l'opponibilità *in senso assoluto*, il Legislatore avrebbe, invero, dovuto far richiamo all'art. 2644 c.c., e non già all'art. 1599 c.c.

Ne consegue, dunque, che *il provvedimento non trascritto legittima in ogni caso, nel conflitto con il terzo acquirente in data successiva all'assegnazione, il godimento per nove anni, avendo esso, senza alcun dubbio, data certa*. Ciò comporta che l'assegnatario prevalga se il provvedimento precede l'alienazione.

Queste conclusioni possono anche apparire inique nei confronti del terzo, ed in effetti non può negarsi che, nella logica dell'art. 1599 c.c., l'opponibilità infranovennale è bilanciata dal pagamento del canone. Ma tale equilibrio, a ben guardare, è puramente formale, cosicché non potrebbe ravvisarsi una condizione deteriore per il terzo nel fatto che costui dovrà, piuttosto che percepire il canone, rivolgersi al proprio dante causa per il risarcimento del danno, ove il provvedimento giudiziale di assegnazione non gli sia stato previamente comunicato in sede di alienazione.

Non sembra, dunque, possibile argomentare (anche) dalla condizione del terzo per affermare la necessità di trascrivere il provvedimento di assegnazione ai fini dell'opponibilità (non già in relativo, cioè per il periodo ultranovennale, ma) in assoluto.

Al medesimo approdo ermeneutico raggiunto dalla migliore dottrina è infine pervenuta anche la giurisprudenza di legittimità, una volta superati i contrasti interpretativi manifestatisi in seno ad essa.

Come codesta Avvocatura Distrettuale dimostra di conoscere perfettamente, il contrasto era insorto in seguito a Cass., sent. n. 4529/1999, la quale, difformemente dalle precedenti sentt. nn. 10977/1996 e 7680/1997, aveva ritenuto che l'omessa trascrizione del provvedimento di assegnazione della casa coniugale pregiudicasse del tutto – e non soltanto per il periodo successivo al compimento di nove anni dall'assegnazione – l'opponibilità del titolo al terzo acquirente dell'immobile.

Si era, più precisamente, sostenuto che la previsione di opponibilità della locazione di immobili al terzo acquirente nel limite temporale suindicato in difetto di trascrizione, contenuta nell'art. 1599 c.c., costituisse disposizione eccezionale, non estensibile in via analogica ad altri istituti, e segnata – all'assegnazione della casa familiare, trattandosi di fattispecie non riconducibile né analoga alla locazione, e che, d'altro canto, la genericità del richiamo all'art. 1599 c.c. contenuto nell'art. 6, comma 6, legge 898/1970 novellata – applicabile anche in materia di separazione personale per effetto della vista sentenza della Corte Costituzionale – non consentisse di estendere all'istituto in discorso la disciplina relativa alle locazioni.

L'opposto filone giurisprudenziale, invece, affermava che l'onere della trascrizione del provvedimento di assegnazione della casa familiare di cui all'art. 155 c.c., ai fini della sua opponibilità ai successivi acquirenti, riguardava, in analogia con la normativa vigente in materia di scioglimento del matrimonio ed ai sensi dell'art. 1599 c.c., la sola assegnazione ultranovennale, salva restando l'opponibilità del provvedimento non trascritto nei limiti del novennio.

Tale contrasto, reso possibile – come sopra illustrato – dalla formulazione della norma in termini ambigui ed intrinsecamente contraddittori, con il duplice riferimento sia alle regole della trascrizione che alla disciplina della locazione, ha trovato composizione per effetto della sentenza n. 11096/02, pronunciata dalla Suprema Corte a Sezioni Unite.

In tale fondamentale arresto si prende doverosamente atto dell'innegabile circostanza che la *dictio legis* fornisce indicazioni tali da elidersi a vicenda, e quindi da prestarsi alla individuazione di due opposti precetti: ove il richiamo contenuto nella disposizione in esame all'art. 1599 c.c. si intenda riferito all'intero testo della norma richiamata, dovrà ritenersi opponibile al terzo acquirente, ai sensi del comma 1 dell'art. 1599 c.c., *nei limiti del novennio*, anche il provvedimento non trascritto, intervenuto anteriormente alla vendita.

Ove, al contrario, si ritenga – valorizzando l'inciso «in quanto trascritta» – che il legislatore abbia inteso indefettibilmente imporre un onere di trascrizione, *senza distinguere fra durata infra ed ultranovennale*, l'assegnazione sarà da considerare opponibile ai terzi *solo se ed in quanto venga trascritta nella Conservatoria dei RR.II.*

La lettura della norma nel senso per primo indicato varrebbe certamente a rendere l'espressione «in quanto trascritta» del tutto pleonastica, mentre la seconda opzione interpretativa finirebbe con il privare di ogni significato il richiamo all'art. 1599 c.c., sino a renderlo del tutto incomprensibile.

Secondo l'insegnamento delle SS.UU., al fine di individuare quale delle due possibili letture rispecchi l'effettiva volontà del Legislatore del 1987, secondo il disposto dell'art. 12, disp. prell. c.c., occorre un impegno interpretativo che, utilizzando canoni ermeneutici diversi da quello letterale e richiamando l'evolversi della disciplina dell'assegnazione della casa familiare, segnato dal sovrapporsi di parziali interventi riformatori e di pronunce della Corte Costituzionale, ed esaminando altresì i Lavori Preparatori, valorizzi le finalità dell'istituto ed applichi criteri di ordine logico-sistematico.

E così, all'esito di una completa ricostruzione dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia, valorizzando la *ratio* della norma in discorso e le esigenze di ordine sistematico, le SS.UU., superate le ambiguità in termini di coerenza sistematica legate al tenore letterale del disposto in parola, hanno ravvisato nel richiamo all'art. 1599 c.c. in esso contenuto la precisa volontà del legislatore di assimilare ai meri fini della trascrizione il diritto dell'assegnatario a quello del conduttore, così attribuendo all'istituto *un quoziente di opponibilità ai terzi anche a prescindere dalla trascrizione*.

Ed invero, se si considera che, in caso di immobile condotto in locazione, l'art. 6, comma 2, legge 392/1978, prevede la successione *ex lege* nel contratto del coniuge cui il diritto di abitare nella casa familiare sia stato attribuito dal giudice, sarebbe del tutto incongrua un'opzione interpretativa che intendesse attribuire all'assegnatario un trattamento peggiore nell'ipotesi in cui il coniuge estromesso sia titolare di un diritto reale.

Il Legislatore della riforma del 1987, operando un bilanciamento, secondo valori etici e criteri socio-economici, tra l'interesse del gruppo familiare residuo (e specificamente dei figli minori o anche maggiorenni, ma non autosufficienti senza loro colpa) a conservare *l'habitat* domestico e quello, di natura patrimoniale, di tutela dell'affidamento del terzo, oltre quello, più generale, ad una rapida e sicura circolazione dei beni, ha ravvisato come elemento di composizione tra le diverse istanze in conflitto la *limitazione nel tempo, in difetto di trascrizione, dell'opponibilità ai terzi del provvedimento di assegnazione*.

In particolare, l'esigenza di assicurare l'effettività del godimento dell'assegnatario, dando attuazione concreta ad una pronuncia diretta ad incidere non solo e non tanto sul bene attribuito, ma sulla qualità della vita e sulla serenità dei soggetti deboli del nucleo familiare in crisi, ha chiaramente indirizzato l'opzione legislativa per una tutela avanzata della posizione di detti soggetti rispetto alle contrapposte esigenze sopra menzionate, accordando al coniuge assegnatario un titolo legittimante comunque opponibile al terzo successivo acquirente, senza soluzione di continuità dal momento dell'emissione del provvedimento, così da porlo al riparo da iniziative dell'altro coniuge proprietario idonee a frustrare – anche immediatamente – la statuizione del giudice.

L'inciso «in quanto trascritta», contenuto nella disposizione in discorso, viene così ad assumere un preciso significato ed una duplice funzione, costituendo, da un lato, espressione della *volontà del Legislatore di annoverare il provvedimento giudiziale di assegnazione della casa familiare fra gli atti trascrivibili* – così ampliandone le tipologie – e, dall'altro, conferma *dell'opponibilità anche ultranovennale dell'assegnazione, fintantoché perduri l'efficacia della pronuncia giudiziale e a condizione che essa sia stata convenientemente trascritta*.

L'orientamento sopra tratteggiato è stato pienamente condiviso dalla successiva giurisprudenza di legittimità, la quale non ha ravvisato ragioni per discostarsene (v. Cass., sentt. nn. 5067/03, 12705/03, 9181/04, 18574/04 e, da ultimo, seppure in un *obiter dictum*, sent. n. 20319/04), cosicché può serenamente affermarsi che tale indirizzo interpretativo è oramai assunto al rango di diritto vivente.

Ne consegue che il provvedimento in questione è da ricomprendere in pieno nell'ambito della previsione di cui all'art. 2643, n. 14, c.c. Esso, infatti, dà vita ad un diritto che il legislatore equipara *quoad effectum* alla locazione ultranovennale prevista dallo stesso art. 2643 c.c. al n. 8. E tale equiparazione è tanto più palese in quanto la previsione dell'art. 2643, n. 8, c.c. nei rapporti tra locatario e terzo acquirente dell'immobile, va collegata, sul piano delle conseguenze della trascrizione, esclusivamente all'art. 1599 c.c., e non già all'art. 2644 c.c.

Ecco, dunque, che nell'ambito della previsione dell'art. 2643 c.c. il Legislatore ha inserito, per il tramite del richiamo di cui al n. 14, il diritto all'abitazione della casa coniugale attribuito con sentenza del giudice del divorzio. Del resto, diversamente opinando, dovrebbe concludersi – paradossalmente – che il rinvio alla trascrizione operato dall'art. 6, legge 898/1970 novellata, non potrebbe trovare collocazione alcuna nell'ambito della materia sua propria, quale regolata dagli artt. 2643 e ss. c.c.

Occorre aggiungere che il venir meno del provvedimento stesso per effetto di revoca, di riconciliazione, nonché – in caso di scioglimento del matrimonio – di nuove nozze, dovrà risultare da provvedimento giudiziale ovvero da dichiarazione del coniuge assegnatario controinteressato e andrà annotata a margine della trascrizione, a mente dell'art. 2655 c.c.

Va, infine, precisato che il provvedimento di assegnazione, in sede di separazione, è, di regola, rappresentato dall'ordinanza presidenziale, la quale andrà trascritta *ex art.* 2645 c.c., mentre la successiva sentenza andrà annotata a margine della trascrizione e, a sua volta, autonomamente trascritta *ex art.* 2643, n. 14, c.c.

Il verbale di separazione consensuale, omologato con decreto motivato *ex art.* 711, comma 4, c.p.c., andrà pure trascritto a norma dell'art. 2645 c.c.

Quanto ai problematici rapporti tra il preesistente godimento della casa familiare a titolo di comodato ed il successivo provvedimento di assegnazione della stessa adottato dal giudice in sede di separazione o di divorzio, è opportuno preliminarmente chiarire che tale vicenda è affatto diversa da quella sin qui illustrata.

In essa si verifica, a vero dire, un'autentica inversione temporale dei dati di riferimento: il titolo di godimento dell'abitazione è precostituito rispetto

al *decisum* giurisdizionale che assegna la residenza familiare, non ponendosi, dunque, i problemi di opponibilità del provvedimento giudiziario a terzi acquirenti di diritti sulla casa familiare, precedentemente attribuita ad uno dei coniugi in sede di separazione (come accade, invece, nella fattispecie vagliata dalle SS.UU. nella decisione n. 11096/02).

Della questione, ritenuta di particolare importanza, afferente la disciplina applicabile all'assegnazione della casa familiare disposta in favore di uno dei coniugi in sede di separazione *nell'ipotesi in cui l'immobile sia stato precedentemente oggetto di comodato da parte del suo titolare, affinché fosse destinato ad abitazione familiare del comodatario* – con particolare riferimento alla determinazione della durata dell'assegnazione ed alla posizione giuridica del coniuge assegnatario nei confronti del comodante – sono state, peraltro, investite di recente proprio le Sezioni Unite della Suprema Corte.

La decisione (Cass., SS.UU., sent. n. 13603/04) ha preso le mosse dal contrasto esistente sul punto tra un isolato arresto del S.C. (sent. n. 10977/1996), secondo il quale il comodante non può esercitare il recesso *ad nutum*, in quanto il provvedimento di assegnazione ha oramai sostituito il precedente titolo di godimento – derivante dal comodato – nella disciplina del rapporto, ed altro, più consistente orientamento dei giudici di legittimità (per il quale v. Cass., sentt. nn. 2407/1998, 10258/1997, 6458/1996, 929/1995, 5236/1994, 1258/1993, 3391/1982, nonché, nella giurisprudenza di merito, in senso conforme, v. Appello Napoli 30 maggio 2004, Trib. Roma 30 settembre 2003, Trib. Foggia 26 novembre 2002, Trib. Cagliari, 23 febbraio 2001 e 14 dicembre 1999, Trib. Napoli 17 dicembre 1997, Pret. Pescara 5 luglio 1997), secondo il quale un problema di opponibilità dell'assegnazione della casa familiare può porsi soltanto ove il titolo d'acquisto dell'immobile con tale destinazione funzionale sia posteriore al provvedimento giurisdizionale, mentre nell'ipotesi opposta – in cui l'acquisizione di un diritto sulla casa è anteriore al provvedimento di assegnazione – la decisione del giudice non può incidere su una situazione preesistente, nella quale sono coinvolti diritti di soggetti estranei al giudizio di separazione.

La ricostruzione proposta da Cassazione, sentenza n. 10977/1996, secondo la quale, per effetto dell'assegnazione *ex art. 155, comma 4, c.c.*, il godimento della casa familiare da parte del coniuge assegnatario e della prole troverebbe titolo e regolamentazione «nella disciplina di questo tipo di provvedimento» (con il conseguente protrarsi del relativo diritto fino al raggiungimento della maggiore età dei figli nel cui interesse l'assegnazione è disposta, se non, addirittura, al conseguimento da parte loro di una certa indipendenza economica), piuttosto che nell'«originario rapporto di comodato», finiva per attribuire al residuo nucleo familiare rimasto nell'alloggio dopo la separazione dei coniugi una tutela più ampia di quella assicurata al comodatario originario e, quindi, alla sua famiglia ancora integra, esponendosi a non pochi dubbi di costituzionalità.

Le SS.UU. hanno, pertanto, preferito aderire alla soluzione maggioritaria, sottolineando come il provvedimento giudiziale di assegnazione non muti la situazione giuridica preesistente, con la conseguenza che *il diritto nascente dall'assegnazione resta conformato sulla base del titolo di godimento originario,*

al quale occorrerà far capo per stabilire la disciplina applicabile ai rapporti che si verranno ad instaurare, dopo la separazione, tra coniuge assegnatario e titolare del diritto (personale o reale) sull'immobile.

Viene, in tal modo, scongiurata una funzionalizzazione assoluta del diritto di proprietà del terzo a tutela di diritti che, in ultima analisi, rinven- gono la propria matrice nella solidarietà coniugale o postconiugale.

Nell'importante pronuncia si evidenzia, peraltro, che, così come i limiti soggettivi ed oggettivi del provvedimento di assegnazione non consentono una compressione dei diritti vantati dal *dominus* (che non è stato parte del giudizio nel quale il provvedimento stesso è stato emesso), per converso non è configurabile un ampliamento della posizione giuridica del coniuge asse- gnatario – nei confronti dello stesso proprietario – rispetto a quella vantata dall'originario comodatario.

Il diritto del coniuge assegnatario, che pure trova nuovo ed autonomo titolo nel provvedimento giudiziale – il quale, come si è sopra visto, non attri- buisce un diritto reale di abitazione, ma un *diritto personale di godimento*, variamente segnato da tratti di atipicità – resta, dunque, modellato, nel suo contenuto, dalla disciplina del titolo negoziale preesistente, con la conse- guenza che alla normativa regolatrice dell'originaria convenzione occorre far riferimento al fine di delineare il complesso dei diritti e dei doveri di detto coniuge nei confronti del proprietario contraente.

La posizione del coniuge assegnatario nei confronti del terzo concedente resta, insomma, conformata dalla natura del diritto preesistente e risulta, per l'effetto, soggetta ai medesimi limiti che segnavano il godimento da parte della comunità domestica nella fase fisiologica della vita matrimoniale.

Appurato che le norme che operano sono quelle previste per il contratto di comodato, il successivo passo dell'ordito argomentativo della decisione in parola attiene all'individuazione del regime giuridico in punto di recesso del comodante che meglio si attaglia alla fattispecie *de qua*: se, cioè, sia applicabile la previsione dell'art. 1809 c.c. – per la quale il comodatario è tenuto alla restituzione della cosa alla scadenza del termine pattuito oppure quando se ne è servito in conformità dell'uso pattiziamente stabilito, salvo che ricorra l'ipotesi delineata dal comma 2, per la quale il comodante può richiedere la restituzione immediata in caso di sopravvenienza di un urgente ed impreveduto bisogno – oppure se si tratti di un comodato senza determinazione di termine, per il quale è prevista dall'art. 1810 c.c. la possibilità per il comodante di recedere *ad nutum*.

Le SS.UU. rammentano, al riguardo, il consolidato indirizzo giurispru- denziale alla stregua del quale non può desumersi la determinazione della durata del comodato dalla destinazione abitativa cui, per sua natura, è adibito un immobile, in difetto di espressa convenzione sul punto, derivando da tale destinazione soltanto la indicazione di un uso indeterminato e conti- nuativo, inidoneo a sorreggere un termine finale (v., *ex plurimis*, Cass., sentt. nn. 9775/1997 e 2719/1995).

Peraltro, i Supremi Giudici denunciano l'inconferenza di tale orienta- mento nella fattispecie sottoposta al loro esame, nella quale la destinazione è specificamente diretta ad assicurare che il nucleo familiare già formato o

in via di formazione abbia un proprio *habitat*, come stabile punto di riferimento e centro di comuni interessi materiali e spirituali dei suoi componenti. In tali situazioni, viene in rilievo la nozione di casa familiare quale luogo degli affetti, degli interessi e delle abitudini, in cui si esprime la vita familiare e si svolge la continuità delle relazioni domestiche, centro di aggregazione e di unificazione dei componenti del nucleo, complesso di beni funzionalmente organizzati per assicurare l'esistenza della comunità familiare, che, appunto, in forza dei caratteri di stabilità e continuità che ne costituiscono l'essenza, si profila concettualmente incompatibile con un godimento segnato da provvisorietà ed incertezza.

In questa prospettiva il dato oggettivo della *destinazione a casa familiare*, finalizzata a consentire un godimento, per definizione, esteso a tutti i componenti della comunità familiare, comporta che il soggetto che formalmente assume la qualità di comodatario riceva il bene non solo e non tanto a titolo personale, quanto, piuttosto, quale esponente di detta comunità. Per effetto della concorde volontà delle parti viene, così, a configurarsi un *vincolo di destinazione dell'immobile alle esigenze abitative familiari idoneo a conferire all'uso cui la cosa doveva essere destinata il carattere di termine implicito della durata del rapporto, la cui scadenza non è determinata, ma è strettamente correlata alla destinazione impressa ed alle finalità cui essa tende*.

Né tale vincolo può considerarsi automaticamente caducato per il sopravvenire della crisi coniugale, prescindendo quella destinazione, nella sua oggettività, dalla effettiva composizione – al momento della concessione in comodato – della comunità domestica, ed apparendo, piuttosto, indirizzata a soddisfare le esigenze abitative della famiglia anche nelle sue potenzialità di espansione.

Movendo dalla ritenuta soggezione del nucleo familiare residuo, nei rapporti con il comodante, alla medesima disciplina che avrebbe regolato detti rapporti ove non si fosse verificata la crisi coniugale, le SS.UU. svolgono un'argomentazione del seguente tenore: così come l'originario comodatario avrebbe potuto validamente contrastare il recesso del comodante, per non essere ancora cessato l'uso al quale la cosa era stata destinata, allo stesso modo non potrà subirla il soggetto assegnatario; resta salva, per contro, la richiamata facoltà del comodante di chiedere la restituzione, nell'ipotesi di *sopravvenienza di un bisogno segnato dai requisiti della urgenza e della non previsione*, ai sensi dell'art. 1809, comma 2, c.c..

La soluzione così accolta appare coerente con le scelte di fondo compiute dal Legislatore in materia di casa familiare, in quanto idonea a garantire una certa efficacia temporale al provvedimento di assegnazione, evitando il rischio di una frustrazione – anche immediata – della fondamentale esigenza di tutela della prole cui esso è rivolto.

L'opzione interpretativa volta a privare in modo assoluto il comodante proprietario (che ha già rinunciato ad ogni rendita sul bene in favore della comunità familiare) della possibilità di disporre fino al momento – peraltro, imprevedibile all'atto della conclusione dell'accordo – del raggiungimento dell'indipendenza economica dell'ultimo dei figli conviventi con l'assegnatario, si risolverebbe, all'opposto, in una sostanziale espropriazione delle

facoltà e dei diritti connessi alla sua titolarità sull'immobile, con evidenti riflessi sulla sfera costituzionale della tutela del risparmio e della sua funzione previdenziale.

Una soluzione siffatta sarebbe, inoltre, palesemente irragionevole, in quanto appresterebbe allo stesso comodante un trattamento deteriore rispetto a quello spettante al successivo avente causa (il quale – come già ricordato –, in mancanza di trascrizione, è tenuto a subire l'assegnazione per un periodo non superiore a nove anni) e deteriore anche rispetto a quella del locatore, che è parte di un contratto a prestazioni corrispettive e può avvalersi di forti strumenti di tutela nei confronti del conduttore inadempiente.

Mette conto, da ultimo, rimarcare che a tale impostazione la S.C. ha inteso dare continuità: in un recentissima sentenza della prima Sezione (sent. 23 marzo 2005, n. 6278) si è, infatti, ribadito che, nell'ipotesi di concessione in comodato da parte di un terzo di un bene immobile di sua proprietà affinché sia destinato a casa familiare, il successivo provvedimento di assegnazione in favore del coniuge affidatario di figli minorenni o convivente con figli maggiorenni non autosufficienti senza loro colpa, emesso nel giudizio di separazione o di divorzio, non modifica la natura ed il contenuto del titolo di godimento sull'immobile, ma determina una concentrazione, nella persona dell'assegnatario, di detto titolo di godimento, che resta regolato dalla disciplina del comodato, con la conseguenza che il comodante è tenuto a consentirne la continuazione per l'uso previsto nel contratto, salva la sopravvenienza di un urgente ed impreveduto bisogno, ai sensi dell'articolo 1809, comma 2, c.c.

È stata, pertanto, riconosciuta l'opponibilità al proprietario comodante della suddetta assegnazione giudiziale di casa coniugale, laddove ricorrano gli indicati presupposti di fatto: destinazione a casa familiare del bene concesso in comodato e mancata allegazione e prova, da parte del proprietario comodante, della sopravvenienza di un suo urgente ed impreveduto bisogno.

Alla luce di quanto precede, è agevole osservare che, nelle vicende concrete illustrate nella nota che si riscontra, il Conservatore dei RR.II. di Campobasso avrebbe dovuto disporre la trascrizione dei provvedimenti giudiziali di assegnazione degli immobili *senza alcuna riserva*, non sussistendo i «gravi e fondati dubbi sulla trascrivibilità» di cui all'art. 2674-*bis* c.c.

I decreti del Tribunale di Campobasso che hanno riconosciuto il diritto dei ricorrenti ad ottenere la trascrizione senza riserva non appaiono, pertanto, utilmente reclamabili davanti alla Corte d'Appello – a prescindere dalla oramai sopravvenuta scadenza dei termini per l'eventuale gravame – e di essi si condivide pienamente l'apparato argomentativo, eccezione fatta per l'inconferente richiamo operato a Corte Cost., sent. n. 186/1988 (grazie alla quale il decreto di omologazione della separazione consensuale costituisce titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale), in luogo del più pertinente rinvio a Corte Cost. n. 454/1989, di cui si è sopra illustrata la strettissima correlazione con le questioni trattate.

Circolare del 12 luglio 2005, n. 24, prot. 94439 (comunicazione di servizio n. 96/05, prot. 94436).

Direttive in materia di controversie aventi ad oggetto corsi di riqualificazione.

«Con riferimento al contenzioso esistente in materia di corsi di riqualificazione, è opportuna una esposizione sintetica delle linee difensive sin qui adottate, tenuto conto dello stato della giurisprudenza (e della dottrina) in ordine ai temi che sono apparsi fondamentali, onde impostare una linea di difesa unitaria e coerente idonea a salvaguardare, nel miglior modo possibile, l'azione posta in essere dalle varie amministrazioni nella scelta, organizzazione, modalità di svolgimento e conclusione dei corsi di riqualificazione del personale.

A tal fine, enucleati, sulla base anche dei pareri resi dalla Avvocatura Generale, i principi sulla materia indicati dalla Corte Costituzionale nelle numerose pronunzie emesse dal 1988 (sent. 21) ad oggi (sent. 218/2002 e 205/2004), si espongono le linee di trattazione del contenzioso in questione.

A) Con riferimento ai principi indicati dalla Corte Costituzionale è di fondamentale rilievo la costante affermazione della utilizzazione del pubblico concorso come mezzo ordinario per l'accesso al pubblico impiego nonché per l'avanzamento alle qualifiche superiori, garantendosi solo attraverso questo strumento la più ampia partecipazione e quindi la individuazione dei migliori candidati possibili.

Tale affermazione è stata dalla Corte ribadita, con maggior vigore, dopo la abolizione del sistema delle carriere nel rapporto di pubblico impiego per far luogo ad un sistema di individuazione di diverse aree funzionali ed all'interno di queste di diverse posizioni con compiti e responsabilità differenti e conseguentemente con diversi livelli retributivi (v. sent. 1/1999).

Coerentemente con tali notazioni la Corte ha quindi negativamente valutato le leggi nazionali e regionali (queste ultime scrutinate su impugnazione del Presidente del Consiglio rappresentato dalla Avvocatura dello Stato) che prevedevano l'attribuzione delle posizioni superiori della stessa od altra area da ricoprire, non attraverso il sistema del pubblico concorso aperto anche agli esterni, ma attraverso l'utilizzazione di procedure riservate totalmente o prevalentemente ad interni (sent. 161/1990 – 314/1994 – 320/1997 – 1/1999 – 194/2000 – etc.).

Così la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità delle norme che privilegiavano, per l'attribuzione di posizioni superiori da ricoprire, la semplice anzianità di servizio o considerandola senza alcuna ulteriore valutazione ma in sé e per sé o attribuendo alla anzianità di servizio punteggio talmente rilevante da non poter esser superato o pareggiato da specifici titoli di studio o professionali.

Del pari la Corte ha, in linea di principio, escluso la possibilità di utilizzare il c.d. doppio salto, una volta ritenuta ammissibile la procedura riservata ad interni, in quanto così facendo potrebbe irrazionalmente, ove non valutata adeguatamente la professionalità degli appartenenti alla posizione

immediatamente inferiore e per contro sopravvalutata l'anzianità di servizio, pregiudicarsi la posizione dei dipendenti appartenenti alla posizione immediatamente inferiore (sent. 1/1999 – 194/2002 – 274/2003 – 369/1990).

La Corte ha poi comunque richiesto che, in ossequio ai principi di imparzialità e buon andamento della P.A., le procedure riservate ad interni si svolgano con il rispetto dei criteri della serietà e specificità e si concludano con prove selettive che garantiscano la individuazione dei candidati più idonei allo svolgimento delle superiori mansioni (sent. 194/2002).

B) Alla luce di tali principi è apparsa prioritaria la individuazione del giudice chiamato a conoscere le questioni in tema di riqualificazione: se il giudice ordinario o il giudice amministrativo.

Al riguardo si deve registrare il permanere, almeno fino alla sentenza 15403/03 delle SS.UU. della Corte di cassazione, di un contrasto tra la Corte Costituzionale e la Corte di cassazione in ordine alla estensione della nozione di accesso-assunzione.

La Corte Costituzionale (sent. 21/1988 – 161/1999 – 478/1991 – 314/1994) pur senza prendere espressamente partito sulla questione della spettanza della giurisdizione, muovendo dalla intervenuta abolizione delle carriere nel pubblico impiego, assume che l'accesso a qualsiasi posizione vada realizzato, in ossequio all'art. 97 Cost., attraverso pubblico concorso.

La Corte di Cassazione (sent. 128/01 – 2514/02) invece, ha per lungo tempo sostenuto che l'intervenuta privatizzazione del rapporto di pubblico impiego e la devoluzione della sua disciplina alla contrattazione collettiva configurino gli atti relativi al personale già dipendente come atti di gestione del rapporto di lavoro con la conseguenza della attribuzione delle relative controversie al giudice ordinario, giacché solo le controversie relative all'accesso originario e cioè alla costituzione del rapporto sono rimaste attribuite alla cognizione del giudice amministrativo in base all'art. 63 co. 4 decreto legislativo del 30 marzo 2001 n. 165.

Con la sentenza 15403/03 le SS.UU. della Corte di Cassazione si sono invece allineate alla tesi della Corte Costituzionale ed hanno affermato che, implicando anche l'accesso a posizioni superiori rispetto a quelle rivestite, una novazione del precedente rapporto, sono riconducibili ad una ipotesi di assunzione affidata alla giurisdizione del Giudice amministrativo (anche) le procedure per l'accesso a posizioni superiori.

Con successiva ordinanza n. 10183 del 26 maggio 2004 le SS.UU. hanno chiarito che tutte le controversie relative alla riqualificazione del personale rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo.

Le stesse SS.UU. hanno però mantenuto nella giurisdizione ordinaria solo le controversie relative ai passaggi intra-area, quando le procedure siano riservate esclusivamente al personale interno.

Ancorché quest'ultima fattispecie ricorra con rarità, è tuttavia opportuno insistere, anche in questo caso, perché venga dichiarata la giurisdizione del giudice amministrativo, affinché tutte le controversie vengano decise in una stessa sede, evitando così possibilità di contraddittori orientamenti nell'interpretazione di norme giuridiche da parte del giudice ordinario e di quello amministrativo.

Inoltre, sostenere la giurisdizione del giudice amministrativo per tutti i «concorsi interni» ed assimilati significa far chiarezza sulla circostanza, onde consentire che tutti gli episodi patologici che coinvolgano i profili ascensionali di carriera nel rapporto tra dipendente e P.A. vadano introdotti innanzi ad un unico e predefinito giudice.

Si tratta dunque di una strategia processuale – quella che ritiene titolare della *potestas iudicandi* sempre e comunque il giudice amministrativo – da percorrere con riguardo alle procedure concorsuali interne in genere, ed alle c.d. «riqualificazioni professionali» in specie, anche con particolare riferimento ai passaggi c.d. «intra-area».

Si è in presenza, infatti, di procedure indubbiamente di natura «concorsuale», in quanto il passaggio, esemplificativamente, di un dipendente dal livello B1 al livello B2 non potrebbe considerarsi «neutro» o comunque «orizzontale» in termini di posizionamento concreto del dipendente nella cornice lavorativa della P.A. di riferimento.

In sostanza, anche all'interno della stessa area i passaggi di livello comportano delle ricadute giuridico-economiche di tipo ascensionale, con conseguente accesso in ogni caso ad un *nuovo posto di lavoro* in capo al dipendente utilmente collocato in graduatoria.

Ciò anche in considerazione dell'insistenza con la quale la Corte Costituzionale continua a mal vedere gli avanzamenti «meramente interni», circostanza questa che senz'altro contribuirà vieppiù ad additarli quali «concorsi» a tutti gli effetti, come tali appannaggio giurisdizionale del giudice amministrativo. Da questo punto di vista è più che mai auspicabile un definitivo allineamento della Corte di Cassazione sulle posizioni palesate dal Giudice delle Leggi.

C) Nel merito, dalla rilevazione del contenzioso, è emerso che molti ricorsi sono basati su pretesa erronea valutazione dei titoli del ricorrente: in tali ipotesi la difesa, variabile caso per caso, sarà affidata alle osservazioni che le varie amministrazioni di volta in volta prospetteranno.

D) Quando la contesa investe la pretesa conformità del bando ai principi enucleati dalla Corte Costituzionale in tema di anzianità, assumendosi che ad essa sia stato attribuito un peso irrazionalmente prevalente, potrà cercarsi di giustificare tale scelta facendo risultare – in conformità alle indicazioni ricavabili dalle decisioni della Corte Costituzionale – che l'anzianità non viene presa in considerazione per se stessa, ma come indice di acquisita professionalità, tesi questa soprattutto utilizzabile – sempre in conformità alle indicazioni ricavabili dalle decisioni della Corte Costituzionale – per i passaggi nell'ambito delle aree A e B che non implicano lo svolgimento di qualificate attività, nelle quali quindi effettivamente l'anzianità può rappresentare miglioramento professionale.

E) Per quanto attiene alla previsione del «doppio salto» (passaggio a due qualifiche superiori) può tentarsene la difesa quante volte tale previsione non si risolva, combinandosi con la supervalutazione dell'anzianità, in un irrazionale e pregiudizievole sacrificio degli interessi dei dipendenti appartenenti alla posizione immediatamente inferiore.

F) Circa la specificità e serietà della organizzazione delle procedure di riqualificazione non potrà sfuggirsi alle censure di illegittimità se le Amministrazioni non avranno previsto modalità di svolgimento e conclusione delle procedure che garantiscano la loro finalizzazione ad una specifica preparazione alla copertura delle nuove posizioni ed alla imparziale selezione dei candidati più meritevoli attraverso prove finali di esame serie e competitive.

G) La riserva dell'accesso alla posizione C3 solo ad interni appare difendibile – ancorché sul punto non siano rintracciabili indicazioni in senso permissivo della Corte Costituzionale (v. però sent. 369/1990) – giacché non è irrazionale che, per lo svolgimento di attività di elevata professionalità, l'Amministrazione preferisca avvalersi di personale che, avendo già impegnato al suo interno le proprie energie, dà presumibilmente garanzia di più consapevole, e perciò più fruttuoso, lavoro nella più elevata posizione.

H) Tutto quanto precede conferma che non è sufficiente improntare le difese alla dimostrazione della conformità delle clausole dei contratti collettivi integrativi di lavoro in tema di corsi di riqualificazione alle previsioni del contratto collettivo nazionale, occorrendo invece dare la dimostrazione della conformità espressa o almeno ricavabile dalle clausole dei contratti integrativi e di quelle dei contratti nazionali ai principi indicati dalla Corte Costituzionale, giacché la intervenuta privatizzazione dei rapporti di lavoro alle dipendenze della P.A. e la contrattualizzazione della loro disciplina non hanno potuto incidere sulla norma della legge fondamentale (art. 97 Cost.) che disciplina le modalità di accesso e le caratteristiche che tali modalità devono rispettare.

Un diverso modo di intendere porterebbe, come è già accaduto, alla declaratoria di nullità dei contratti collettivi per contrasto con la Costituzione ed i principi fondamentali che essa esprime quali ricostruiti dalla Corte Costituzionale.

L'Avvocato Generale Aggiunto Giuseppe Stipo».

DOTTRINA

Il regime d'invalidità del provvedimento amministrativo nel nuovo sistema delineato dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15 (*).

di Giuseppe Stipo (**)

SOMMARIO: – Premessa: 1. - Il diritto amministrativo: norme sostanziali e norme procedurali; 2. - L'attività amministrativa: atti iure imperii (atti amministrativi) e atti iure gestionis; 3. - Il provvedimento e il procedimento; 4. - Inesistenza, invalidità (nullità e annullabilità), inefficacia. – Art. 21 septies comma 1: 5. - La invalidità del provvedimento prima della legge n. 15/05; 6. - Mancanza degli elementi essenziali; 6a. - Il soggetto; 6b. - La causa e i motivi; 6c. - L'oggetto e il contenuto; 6d. - La forma, il silenzio; 6e. - Considerazioni conclusive; 7. - Difetto di attribuzione; 8. - Violazione ed elusione di giudicato; 9. - Nullità espressamente prevista per legge; 10. - Giurisdizione. – Art. 21 septies comma 2: 11. - Giudizio per l'adempimento del giudicato; il commissario ad acta; 12. - Diritti soggettivi e interessi legittimi a seguito del giudicato; riflessi sulla giurisdizione. – Art. 21 octies comma 1: 13. - L'annullabilità del provvedimento; 14. - L'incompetenza; 15. - La violazione di legge; 16. - L'eccesso di potere. – Art. 21 octies comma 2: 17. - La degradazione della illegittimità formale a mera irregolarità; 18. - La irregolarità con riferimento agli atti vincolati ed agli atti discrezionali.

Premessa

1. – *Il diritto amministrativo: norme sostanziali e norme procedurali.*

Il diritto amministrativo è costituito da un vasto complesso disorganico di norme, diffuso in una serie innumerevole di testi che si occupano di materie eterogenee, spesso non risultanti dal titolo della legge.

(*) Conferenza tenuta presso la Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione in data 21 settembre 2005.

(**) Avvocato generale dello Stato Aggiunto.

Dobbiamo alla dottrina (da Orlando, Cammeo, Romano a Vitta, Zanolini) la creazione di un metodo sistematico tendente ad enucleare un sistema razionale di concetti generali con una parte generale ed altre parti speciali.

Significativo è il *Corso di diritto amministrativo* dello Zanolini suddiviso in 5 volumi:

I – Principi Generali (Fonti Soggetti – Oggetti – Fatti giuridici – Atti Amministrativi – Responsabilità).

II – Giustizia Amministrativa (Ricorsi amministrativi – Giurisdizione ordinaria – Giurisdizione amministrativa – Giurisdizioni speciali).

III – Organizzazione amministrativa (Amministrazione centrale – Amministrazione locale – Impiego pubblico – Concessione di pubblici servizi).

IV – Beni (Beni demaniali – Beni patrimoniali – Espropriazione per pubblica utilità).

V – Azione Amministrativa (Ordine pubblico – Igiene e sanità – Economia, industria, agricoltura, credito, assicurazione – Beneficenza e assistenza).

La dottrina ha quindi compiuto dal complesso delle leggi amministrative una trattazione organica delle singole materie.

Abbiamo così una ripartizione in norme di carattere sostanziale e di carattere processuale.

Non esistendo, come per il diritto civile, un codice civile e un codice di procedura civile, solo di recente si è voluto con la legge 21 luglio 2000 n. 205 dettare *Disposizioni in materia di giustizia amministrativa*, che potrebbe rappresentare il codice di procedura amministrativa.

Per quanto riguarda il diritto amministrativo di carattere sostanziale una prima normativa di carattere generale si è avuta con la legge 7 agosto 1990 n. 241, che ha inteso dettare *Nuove norme sul procedimento amministrativo*, cioè solo una specifica parte della attività amministrativa.

In mancanza di una normativa di carattere generale, la dottrina e la giurisprudenza hanno fatto ricorso al diritto civile, mutuando numerosi concetti di teoria generale e così la teoria dell'atto amministrativo è stata elaborata sulla base della teoria degli atti e negozi giuridici di diritto privato.

2. – *L'attività amministrativa: atti iure imperii (atti amministrativi) e atti iure gestionis.*

Si è quindi detto che l'atto amministrativo consiste in una dichiarazione che proviene da un soggetto nell'esercizio di una funzione pubblica (ovvero di una potestà pubblica) e ciò per distinguerlo dall'atto che, pur proveniente da un soggetto investito di una funzione pubblica, tuttavia viene emesso nell'esercizio di una attività di diritto privato; si distinguono così gli atti *iure imperii* e gli atti *iure gestionis*.

Di recente la Corte Costituzionale nella sentenza 6 luglio 2004 n. 204, agli effetti della giurisdizione, ha posto in evidenza la distinzione tra *gli atti e i provvedimenti attraverso i quali le pubbliche amministrazioni (direttamente ovvero attraverso soggetti ad esse equiparati) svolgono le funzioni pubblicistiche*

e i comportamenti nei quali la pubblica amministrazione non esercita – nemmeno mediatamente, e cioè avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici – alcun pubblico potere (1).

Quindi solo i primi, attraverso i quali la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo, vanno qualificati atti amministrativi e non anche gli atti attraverso i quali si avvale della facoltà, riconosciuta dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo (2).

3. – Il provvedimento e il procedimento.

La categoria più importante degli atti amministrativi è costituita dai provvedimenti.

Nessuna norma di legge dà la nozione di provvedimento, né tanto meno ne esiste una disciplina organica.

Il provvedimento va distinto da quegli atti amministrativi, che, pur espressione di una funzione pubblica, tuttavia non creano, modificano o estinguono un rapporto giuridico.

Sono pertanto atti amministrativi ma non provvedimenti gli atti certificativi, ricognitivi, gli atti endoprocedimentali (quali i pareri, proposte) e di controllo.

Il provvedimento è sempre un atto unilaterale e si distingue dagli accordi (3).

Il provvedimento differisce altresì dal contratto di diritto pubblico, giacché nel provvedimento è la sola volontà dell'Amministrazione che costituisce la fonte delle obbligazioni delle parti (la partecipazione dell'amministrato si ferma nell'ambito dello stadio di formazione del procedimento), mentre nel contratto di diritto pubblico vi è un incontro delle volontà contrapposte per regolare materie indisponibili per i privati.

Necessariamente il provvedimento è l'atto conclusivo di un procedimento; un provvedimento può considerarsi perfetto solo quando siano state poste in essere tutte le attività necessarie per la sua esistenza e validità.

Anche per il procedimento nessuna disposizione normativa ne dà la nozione, pur se il termine è stato utilizzato in una norma di carattere gene-

(1) Il comma *1bis* dell'art. 1 legge 7 agosto 1990 n. 241, aggiunto dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15, espressamente dice: « La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga altrimenti ».

(2) Sono state riportate in corsivo le parole della sentenza della Corte costituzionale. Con detta sentenza 6 luglio 2004 n. 204 la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo l'art. 34, comma 1, del decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 80 [come sostituito dall'art. 7, lettera b), della legge 21 luglio 2000 n. 205], nella parte in cui prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie aventi ad oggetto (oltre gli atti e i provvedimenti, anche) i comportamenti della pubblica amministrazione in materia di urbanistica ed edilizia, per l'indebita estensione della giurisdizione esclusiva a controversie nelle quali la P.A. non esercita alcun pubblico potere.

(3) Così gli accordi fra pubbliche amministrazioni; gli accordi di cui all'art. 15 legge 241/1990.

rale quale la legge 7 agosto 1990 n. 241, il cui titolo appunto reca *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo*, modificate ed integrate recentemente dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15 ed ancora dal decreto legge 14 marzo 2005 n. 35 convertito con legge 14 maggio 2005 n. 80 (4).

4. – *Inesistenza, invalidità (nullità e annullabilità), inefficacia.*

Nella ora citata legge n. 15 è stato introdotto il *Capo IV bis – Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo*.

È perciò da sottolineare come il legislatore ha inteso regolare il provvedimento e non l'atto amministrativo in generale.

Troviamo quindi per la prima volta codificato il termine *invalidità*, nel cui concetto sono stati inclusi gli istituti della *nullità* (5) e della *annullabilità* (6).

Al riguardo occorre premettere che la teoria generale suole definire gli atti giuridici come quelle azioni provenienti dai soggetti, distinguendoli da quelle provenienti dalla natura ma che pure hanno rilevanza per il diritto (come ad esempio le alluvioni). Con riguardo agli atti giuridici sono stati creati i concetti di inesistenza, invalidità e inefficacia, che non hanno trovato una definizione nella legge.

Il codice civile, trattando dei contratti (figura più vicina agli atti amministrativi) non accenna per nulla alla figura della inesistenza, e ciò è comprensibile, perché se un atto è inesistente non può produrre alcun effetto nel campo del diritto. Lo stesso codice neanche accenna alla invalidità in generale, disciplinando la nullità (7) e la annullabilità (8) e così pure tratta i singoli casi di inefficacia (9).

Tuttavia per capire meglio la patologia dell'atto giuridico, e del provvedimento amministrativo in particolare, non può farsi a meno di precisare i concetti di inesistenza, invalidità e inefficacia.

L'inesistenza si ha quando il provvedimento non esiste, praticamente non c'è che una vuota apparenza, non è identificabile *in rerum natura*.

Nell'invalidità una apparenza del provvedimento esiste, soltanto che questo nell'ipotesi di nullità non produce effetti giuridicamente rilevanti mentre nell'ipotesi di annullabilità produce i suoi effetti a meno che non venga impugnato.

Si ha inefficacia quando il provvedimento è valido, ma non può spiegare i suoi effetti per una circostanza ad esso estranea. Così l'art. 1334 cod. civ. dice che «gli atti unilaterali producono effetto dal momento in cui pervengono a conoscenza della persona alla quale sono destinati», principio accolto nell'art. 21-*bis* co. 1 legge 7 agosto 1990 n. 241, ove è detto che «il provvedi-

(4) Potremmo definire il procedimento come il susseguirsi degli atti necessari per giungere al provvedimento finale; questi atti vengono chiamati atti endoprocedimentali.

(5) art. 21 *septies*.

(6) art. 21 *octies*.

(7) artt. 1418 e segg.

(8) artt. 1425 e segg.

(9) artt. 1447 e segg.

mento limitativo della sfera giuridica dei privati acquista efficacia nei confronti di ciascun destinatario con la comunicazione allo stesso effettuata». Pertanto il requisito di recettività non attiene alla validità del provvedimento amministrativo, ma alla sua efficacia.

Possiamo pertanto dire che la nuova riformulazione dell'art. 21 legge n. 241/1990, operata dalla recente legge n. 15/2005 abbia accolto tali concetti, distinguendo le ipotesi di inesistenza, nullità, annullabilità, inefficacia.

Art. 21-septies **Nullità del provvedimento**

1. È nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge.

5. – *La invalidità del provvedimento prima della legge n. 15/05.*

È opportuno fare un raffronto con il diritto civile, dato che in mancanza di norme espresse, la dottrina e la giurisprudenza sono soliti ricorrere a concetti e nozioni civilistiche da adattare al diritto amministrativo.

Prima della nuova legge n. 15/05, quando ancora le norme di diritto amministrativo non parlavano di nullità in senso generale, il concetto di nullità del provvedimento amministrativo, ancorché figurante in dottrina e giurisprudenza, non seguiva peraltro in tutto la disciplina dettata dal codice civile.

Una prima e basilare differenza nei due campi è costituita dal fatto che in diritto civile la violazione di legge è un vizio che porta alla nullità dell'atto (privato), in diritto amministrativo la violazione di legge è un vizio che porta alla annullabilità dell'atto (amministrativo), come ora espressamente detto dall'art. 21-*opties* della legge n. 15.

Così mentre per il diritto civile nel caso di violazione di legge la nullità è la regola (10), per il diritto amministrativo la regola è la annullabilità; finora per gli amministrativisti la nullità si riscontrava quando veniva comminata da una espressa norma di legge e il più delle volte veniva equiparata alla inesistenza.

Si diceva pertanto che carattere del provvedimento amministrativo era la idoneità a diventare incontestabile una volta trascorsi i termini di impugnabilità.

Infatti il testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato (11) aveva attribuito a detto organo di giustizia amministrativa la decisione sui ricorsi per incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge contro atti e provvedimenti amministrativi (12), ricorsi da presentarsi entro sessanta giorni dalla

(10) Art.1418 co. 1 cod. civ.: «Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente».

(11) R.D. 26 giugno 1924 n. 1054.

(12) art. 26

notificazione o piena conoscenza dell'atto che si voleva impugnare(13); il Consiglio di Stato in caso di accoglimento del ricorso per motivi di incompetenza annulla l'atto e rimette l'affare all'autorità competente, se lo accoglie per altri motivi annulla l'atto impugnato salvo gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa (14).

Con l'istituzione del doppio grado di giudizio, nella legge 6 dicembre 1971 n. 1034 sui Tribunali amministrativi regionali, sostanzialmente si ripetono le precedenti disposizioni; in particolare l'art. 26 dice:

«Il tribunale amministrativo regionale ... se accoglie il ricorso per motivi di incompetenza, annulla l'atto e rimette l'affare all'autorità competente. Se accoglie per altri motivi annulla in tutto o in parte l'atto impugnato, e quando è investito di giurisdizione di merito, può anche riformare l'atto o sostituirlo, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa».

Pertanto avverso i provvedimenti amministrativi è previsto il ricorso al TAR per incompetenza, violazione di legge, eccesso di potere e il giudice, se accoglie il ricorso emette una sentenza di annullamento.

In altri termini il provvedimento mantiene la sua efficacia fino a quando non sia intervenuta una sentenza di annullamento, cioè una sentenza di natura costitutiva, per distinguerla da quella dichiarativa e da quella di condanna (15).

Il provvedimento viziato è quindi annullabile attraverso ricorso al giudice amministrativo da proporsi entro un termine di decadenza.

Il concetto di nullità, come detto, non era definito nelle varie leggi di diritto amministrativo, alcune delle quali si limitavano a sancire la nullità di particolari provvedimenti (16).

Come detto, si deve alla dottrina e alla giurisprudenza l'aver creato la nullità come istituto di carattere generale in diritto amministrativo.

Per quanto riguarda la giurisprudenza, in sintesi, le decisioni intervenute possono riassumersi come segue:

mentre nel vigore del codice civile del 1865 le ambiguità terminologiche relative ai concetti di nullità e di annullabilità rendevano indistinti i confini tra i due istituti, anche in relazione alla patologia del provvedimento amministrativo, era prevalente la tesi per cui gli atti adottati dagli organi pubblici, benché illegittimi, sono sempre efficaci: nel caso di illegalità, cioè di contrasto con una norma giuridica, l'atto deve comunque trovare applicazione fino al suo annullamento, ad opera della stessa Amministrazione o di un giudice; si riteneva insomma che la sola sanzione dell'invalidità accolta dal nostro sistema amministrativo fosse l'annullabilità. Dopo che, con l'entrata in vigore del codice civile del 1942, alcune disposizioni di legge hanno comminato la nullità di alcune categorie di atti amministrativi, si cominciò a parlare, anche

(13) art. 36.

(14) art. 45.

(15) V. nota 29.

(16) v. appresso al paragrafo 9.

con riferimento all'atto amministrativo, di nullità in senso tecnico, come vizio insanabile che comporta l'inefficacia assoluta dell'atto (peraltro esistente) laddove alcune leggi ne comminano espressamente la nullità se assunti in violazione di determinate norme. Si è poi consolidata nel tempo l'interpretazione secondo cui, al di là dell'atto amministrativo annullabile, si possono ravvisare fattispecie abnormi in cui manchino requisiti essenziali, per le quali può parlarsi di inesistenza dell'atto (l'atto non è neanche imputabile alla Pubblica Amministrazione); si è tuttavia ricondotto il concetto di nullità nel diritto pubblico all'inesistenza. La questione ha presentato particolare rilevanza con riferimento alla norma dello statuto degli impiegati civili dello Stato (17), ove è detto che l'assunzione senza concorso è nulla di diritto e non produce effetto. A tal proposito l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si è pronunciata nel 1992, affermando che quando la legge sancisce la nullità degli atti di assunzione non preceduti dal concorso, la nullità va intesa in senso tecnico, integrale e assoluta, imprescrittibile ed insanabile: l'atto non produce alcun effetto e non costituisce il rapporto di pubblico impiego. Se vi è un divieto *ex lege* sanzionato con la nullità di diritto, il giudice non può accertare alcun rapporto, che non è mai nato, né può nascere. È stato poi precisato che si ha nullità assoluta ed insanabile di un provvedimento amministrativo allorquando esso manchi totalmente di taluno degli elementi essenziali destinati *ex lege* a costituirlo, nelle ipotesi in cui espressamente sia qualificato tale dalla legge, ovvero sia stato emanato in contrasto con le statuizioni contenute in una pronuncia giurisdizionale passata in giudicato, oppure in caso di radicale carenza di potere della Amministrazione emanante, che abbia invaso la sfera di pertinenza di altra Autorità, o comunque inciso in materia del tutto estranea alla branca di Amministrazione di appartenenza ovvero ancora sia emanato da un ente territoriale ed abbia efficacia eccedente l'ambito territoriale di tale Ente (18).

La norma in argomento si è ispirata al su esposto orientamento giurisprudenziale.

Non sembra tuttavia che, definita ora per legge la nullità del provvedimento amministrativo, possano più accomunarsi le ipotesi di inesistenza e nullità, come era dato riscontrare finora in alcune decisioni e in parte della dottrina.

Di inesistenza si parlava peraltro in senso puramente giuridico come inidoneità dell'atto a spiegare gli effetti che gli sono propri, senza considerare che l'inesistenza è un fatto non giuridico, ma materiale. L'atto nullo è una realtà non solo di fatto, in quanto presenta sempre qualche carattere esteriore dell'atto amministrativo: un provvedimento nullo è stato comunque emesso, potrà essere stato eseguito nonostante il suo vizio di nullità ed è altresì possibile che ad esso hanno fatto seguito atti consequenziali che lo avevano preso a loro presupposto.

Passiamo ora ad analizzare i singoli casi di nullità indicati dall'art. 21-*septies*.

(17) art. 3 co. 6 Testo Unico 7 gennaio 1957 n. 3.

(18) Cons. St. Ad. Pl. 29 febbraio 1992 nn. 1 e 2; IV, 30 novembre 1992 n. 990; IV, 9 ottobre 1991 n. 805; IV, 29 gennaio 1993 n. 118; IV, 28 dicembre 1994 n. 1091; V, 8 giugno 1994 n. 628; V, 13 febbraio 1998 n. 166.

6. – Mancanza degli elementi essenziali.

Mentre il codice civile a proposito del contratto ne indica espressamente i requisiti all'art. 1325, e conseguentemente all'art. 1418 co. 2 dice che producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325, l'art. 21-*septies* dice che è nullo il provvedimento che manca degli elementi essenziali, ma non rimanda ad una disposizione che indica quali siano gli elementi essenziali, disposizione che peraltro non esiste.

Nella giurisprudenza del Consiglio di Stato troviamo alcune decisioni in cui si dice che si ha nullità assoluta ed insanabile di un provvedimento amministrativo solo quando esso manchi totalmente di taluno degli elementi essenziali destinati *ex lege* a costituirlo (19).

Poiché il provvedimento amministrativo si avvicina alla nozione civilistica del contratto (in quanto la funzione è di creare, modificare o estinguere rapporti giuridici; con la differenza che il provvedimento è atto unilaterale), in mancanza di norme di diritto amministrativo, si è soliti fare ricorso ai principi, in quanto compatibili, disciplinati dal diritto civile.

Seguendo una siffatta impostazione vediamo di conciliare con il provvedimento amministrativo i principi che il codice civile ha dettato per il contratto.

L'art. 1325 cod. civ. dice che i requisiti del contratto sono: 1) l'accordo delle parti; 2) la causa; 3) l'oggetto; 4) la forma quando è prescritta dalla legge sotto pena di nullità.

6a. – Il soggetto.

Con riguardo al primo requisito (accordo delle parti) si è visto come questo è incompatibile con il provvedimento amministrativo, che è essenzialmente atto unilaterale; comunque lo stesso codice civile con l'art. 1324 (20) estende agli atti unilaterali le norme che regolano i contratti, in quanto compatibili.

Visto che l'accordo presuppone l'intervento di due manifestazioni di volontà, nel provvedimento amministrativo, alla stregua degli atti unilaterali, la manifestazione di volontà proviene da un solo soggetto.

Perciò l'accordo delle parti, previsto per il contratto, può essere sostituito, per quanto riguarda il provvedimento amministrativo, dalla manifestazione unilaterale di volontà, che deve provenire da un soggetto investito di una pubblica funzione.

E infatti si è soliti includere il soggetto tra i requisiti di validità del provvedimento amministrativo, precisando che deve trattarsi di un organo della pubblica amministrazione.

Pertanto è nullo il provvedimento reso da soggetto non investito di pubblici poteri.

(19) *cit.*, Cons. St., V, 13 febbraio 1998 n. 166; IV, 14 dicembre 1979 n. 1158; IV, 29 gennaio 1993 n. 118.

(20) Art. 1324 cod. civ. : «Salvo diverse disposizioni di legge, le norme che regolano i contratti si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale».

6b. – *La causa e i motivi.*

Il secondo requisito essenziale è la causa.

La causa di un atto giuridico consiste nella funzione dell'atto stesso e propriamente nell'ultimo scopo obiettivo che si intende raggiungere e che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini e tutela .

Quindi la funzione (o causa) è lo scopo ultimo che il provvedimento è destinato a realizzare.

Normalmente tale funzione è insita in una norma giuridica, per cui il provvedimento è previsto e regolato in una legge, ciò che ha fatto dire che carattere del provvedimento è la tipicità e nominatività: in tanto si può emettere un provvedimento in quanto una norma giuridica lo consente.

Nei provvedimenti amministrativi la causa è quindi sempre predeterminata dall'ordinamento giuridico. Ciò peraltro, secondo alcuni, non significa che debba essere riconosciuto il carattere della nominatività, non potendosi escludere a priori altre figure di provvedimenti non inquadrabili in una tipologia ben definita.

Un provvedimento tipico (cioè previsto dalla legge) non potrà avere mai una causa illecita, semmai potrà riscontrarsi una illiceità nei motivi, cioè nello scopo remoto del provvedimento, il che lo condurrà sotto il regime della annullabilità per vizio di eccesso di potere, nel senso che attraverso il provvedimento si è voluto conseguire uno scopo non conforme al pubblico interesse.

Non sembra quindi potersi ipotizzare un provvedimento privo di causa, cioè un provvedimento privo di scopo, il che sarebbe a dire inesistente (non inquadrabile in nessuna fattispecie) e quindi da non prendere in considerazione né di fatto né di diritto.

Ipotizzare un provvedimento mancante di causa è quanto mai arduo, come lo stesso è a dirsi per il contratto, tanto è vero che il co. 2 dell'art. 1418 c.c., equiparando alla mancanza di causa la sua illiceità, sancisce la nullità per illiceità della causa (la causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume – art. 1343 c.c.; la causa è altresì illecita nel caso del contratto in frode alla legge, quando cioè costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa).

L'art. 21-*septies* co. 1 sancisce la nullità per la mancanza di un elemento essenziale, ma non ripete quanto previsto in diritto civile, ove è sancita la nullità per illiceità della causa o nel caso di provvedimento in frode alla legge.

In tali ipotesi il provvedimento sarà viziato per violazione di legge o eccesso di potere e quindi annullabile.

Pertanto la causa è sempre un elemento essenziale del provvedimento, ma la sua mancanza configurando la inesistenza per non essere individuabile nessun provvedimento (non esiste un atto senza scopo), non ha rilievo ai sensi dell'art. 21-*septies*.

Se la causa è la funzione (lo scopo ultimo) del provvedimento, uguale per tutti i provvedimenti di quella specie, il motivo è lo scopo remoto del provvedimento, che può variare da provvedimento a provvedimento della stessa specie. Ad esempio se nel provvedimento di concessione la causa consiste sempre nel far sorgere in capo ad un soggetto un nuovo diritto o un

nuovo potere, i motivi possono essere diversi: opportunità di istituire un nuovo servizio pubblico di trasporto o di rendere più efficiente quello esistente o di attuare una migliore utilizzazione di un bene demaniale (es. spiaggia).

Mentre in diritto privato i motivi sono irrilevanti (tranne il caso di illi-
ceità (21)) nel provvedimento amministrativo sono invece rilevanti, perché lo
scopo tipico (causa) o concreto (motivo) debbono essere sempre in linea con
il pubblico interesse.

Da qui l'importanza che la motivazione assume nel provvedimento
amministrativo, tanto è vero che ciò è stato codificato con la legge 241/1990
all'art. 3, che ha stabilito l'obbligo di motivazione in ogni provvedimento,
salvo che per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale.

Si è posto quindi il problema di stabilire se la motivazione sia uno di
quegli elementi essenziali, la cui mancanza ne comporta la nullità ai sensi
dell'art. 21-*septies*.

La soluzione negativa è avvalorata dal fatto che la stessa legge quando
ha inteso ritenere la nullità lo ha detto (v. art. 11 co. 2 legge n. 241/1990:
«gli accordi di cui al presente articolo debbono essere stipulati, a pena di nul-
lità, per atto scritto»).

Inoltre l'art. 21-*octies* espressamente qualifica annullabile il provvedi-
mento adottato in violazione delle norme sul procedimento (e in tali norme
– art. 3(22) – troviamo, come visto, l'obbligo della motivazione), vietandone
peraltro l'annullamento qualora sia palese che il contenuto dispositivo non
avrebbe potuto essere diverso da quello adottato.

Da ciò si ricava che un provvedimento privo di motivazione è da consi-
derarsi in violazione di legge, mentre se la motivazione non è congrua il
provvedimento è da considerarsi viziato per eccesso di potere.

6c. – *L'oggetto e il contenuto.*

La dottrina tra gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo
include l'oggetto e il contenuto.

Oggetto del provvedimento dovrebbe essere la persona o il bene su cui il
provvedimento va ad incidere, in capo ad essi creando, modificando o estin-
guendo un rapporto giuridico.

Pertanto oggetto di un provvedimento di nomina è la persona nei cui
confronti avviene l'investitura, oggetto del provvedimento di destinazione
urbanistica è il bene sul quale il vincolo viene imposto.

(21) art. 1345 cod. civ. «*Motivo illecito* – Il contratto è illecito quando le parti si sono
determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe».

(22) Art. 3 legge 7 agosto 1990 n. 241: «*Motivazione del provvedimento* – 1. Ogni provvedi-
mento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgi-
mento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste
dal comma 2. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che
hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istrutto-
ria. 2. La motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale».

Un provvedimento mancante di oggetto è stato ipotizzato nell'espropriazione di un bene demaniale, in quanto non può essere oggetto di trasferimento (23), ovvero di un'area definitivamente sommersa dalle acque ovvero ancora situata all'estero.

In applicazione della recente normativa sono stati ritenuti nulli per carenza di oggetto, gli atti di occupazione incidenti su area già acquisita per accessione invertita, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario anche per quanto concerne gli eventuali correlativi riflessi risarcitori (24).

Orbene se, come si è detto, nel provvedimento amministrativo l'oggetto è costituito dal soggetto o dal bene cui il provvedimento si rivolge, il contenuto si identifica con ciò che nel negozio giuridico privato è considerato l'oggetto, cioè la materia che si intende regolare.

Sia per l'oggetto che per il contenuto si recepisce così la disposizione dell'art. 1418 co. 2 cod. civ. che sancisce con la nullità la mancanza nell'oggetto di uno dei requisiti di cui all'art. 1346 stesso codice, cioè possibilità, determinatezza o determinabilità, per cui, ad esempio, è da considerarsi nullo il provvedimento che prescrive azioni impossibili.

L'art. 1346 cod. civ. sanziona la nullità anche per la illiceità dell'oggetto, cioè contrario alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume; ma con riguardo al provvedimento amministrativo in questi casi, come più volte detto, si ricade nei vizi di violazione di legge o eccesso di potere, sanzionati con l'annullabilità.

Il contenuto del provvedimento consta di una parte espositiva (intestazione, preambolo, motivazione, menzione di atti endoprocedimentali, indicazione della data e luogo in cui viene emesso) e di una parte precettiva o dispositiva (es. autorizzazione, nomina, requisizione, espropriazione).

Orbene, se un provvedimento manca della parte precettiva si ha inesistenza, in quanto non si riesce a capire cosa abbia voluto imporre e non è quindi idoneo a produrre effetti neanche di puro fatto.

Se invece il provvedimento manca nella parte espositiva si ha un vizio di legittimità a meno che non trattasi di una mera irregolarità.

(23) Art. 823 co. 1 cod. civ.: «I beni che fanno parte del demanio pubblico sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano».

(24) TAR Lombardia, Milano, sez. II, 22 aprile 2005 n. 855: «Gli atti emessi a seguito dell'irreversibile trasformazione del fondo ed oltre il termine di validità del decreto di occupazione d'urgenza – intesi a riapprovare *ex novo* un progetto già realizzato ovvero a disporre *ex novo* una occupazione per una finalità già esaurita – sono da considerare non già annullabili, ma nulli per carenza di oggetto, siccome incidenti su area già acquisita alla mano pubblica per accessione invertita; e di tale nullità – anche per quanto concerne gli eventuali correlativi riflessi risarcitori derivanti dalla violazione delle garanzie di partecipazione procedimentale – è chiamato a conoscere il giudice civile (cfr. art. 21-*septies* legge n. 241/1990, introdotto dall'art. 14 legge 11 febbraio 2005 n. 15, che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le sole questioni inerenti alla nullità dei provvedimenti amministrativi in violazione od elusione del giudicato»).

Elemento essenziale del provvedimento è poi la sottoscrizione dell'organo rappresentante l'autorità (anche su delega) che emana il provvedimento: un provvedimento senza firma è quindi nullo (25).

6d. – *La forma, il silenzio.*

Mentre l'art. 1325 cod. civ. considera la forma elemento essenziale solo quando è prescritta dalla legge a pena di nullità, dottrina e giurisprudenza sono concordi nell'ammettere che, anche in mancanza di una norma espressa di carattere generale, il provvedimento amministrativo deve avere necessariamente la forma scritta.

Ove previsto dalla legge, il silenzio dell'Amministrazione equivale a provvedimento. Così, modificando l'art. 20 legge 7 agosto 1990 n. 241, l'art. 3 co. 6-ter DL 14 marzo 2005 n. 35 conv. con modifiche in legge 14 maggio 2005 n. 80 dice: «il silenzio dell'Amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda».

Anche nelle ipotesi di silenzio – rigetto (da distinguersi dal silenzio inadempimento o rifiuto, che si sostanzia in una inerzia della amministrazione e quindi nella volontà di non emettere il provvedimento) sussiste pur sempre, dunque, una manifestazione di volontà della P.A. (26).

Tuttavia nei casi di silenzio, trattandosi di atti immateriali, non è ipotizzabile una formalità essenziale, la cui mancanza porta alla nullità.

Nel concetto di forma si suole fare rientrare anche le condizioni di tempo e di luogo nonché le modalità prescritte per il compimento del provvedimento.

6e. – *Considerazioni conclusive.*

Quindi gli elementi essenziali del provvedimento, per la cui mancanza l'art. 21-septies commina la nullità sono, in pratica, il soggetto, l'oggetto e la forma.

Non è in linea con l'art. 21-septies quell'orientamento, secondo cui, ove fanno difetto detti requisiti non si è in presenza di un atto ancorché invalida-

(25) Malgrado l'impossibilità di individuarne l'autore, non si ritiene invalido l'atto amministrativo recante firma illeggibile, quando da esso emergano elementi che consentono di identificare inequivocabilmente l'autorità che lo ha emanato. È ammessa peraltro la prova della non autenticità della sottoscrizione o della carenza nel sottoscrittore della qualità di organo amministrativo, il cui onere grava sul deducente (Cass. 24 marzo 2001 n. 4310).

(26) Sono considerate ipotesi di silenzio: *a)* il silenzio assenso qualora la legge attribuisce all'inerzia dell'Amministrazione efficacia di accoglimento di un'istanza; *b)* silenzio rigetto qualora la legge attribuisce all'inerzia dell'Amministrazione efficacia di rigetto di un'istanza o di un ricorso amministrativo; *c)* silenzio rifiuto (detto anche silenzio inadempimento) qualora sussiste un obbligo giuridico di provvedere e la legge non attribuisce alcun valore all'inerzia. Solo nelle prime due ipotesi il silenzio ha valore tipico di provvedimento; nella terza ipotesi è consentito il ricorso avverso il silenzio ai sensi dell'art. 21 *bis* della legge sui TAR (legge 6 dicembre 1971 n. 1034) e dell'art. 2 co. 5 legge 7 agosto 1990 n. 241 nel testo sostituito dalla legge 14 maggio 2005 n. 80; il precedente co. 2 prescrive che «Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad una istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, la pubblica amministrazione ha il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso».

mente concluso, ma ad un comportamento di fatto privo di rilievi sul piano giuridico, per cui la mancanza di un elemento essenziale comporterebbe la nullità di pieno diritto e quindi l'inesistenza dell'atto amministrativo. In altri termini, come già detto, si accomunavano i concetti di nullità assoluta e di inesistenza: quando mancano i requisiti essenziali del provvedimento si ravvisava la presenza di una difformità dalla previsione normativa talmente grave da rendere la fattispecie non riconoscibile come provvedimento.

Il legislatore ha invece accolto quell'orientamento, che individua le ipotesi di inesistenza solo nei casi in cui la mancanza di un elemento essenziale sia di gravità tale da fare venir meno la riconoscibilità esteriore dell'atto come provvedimento amministrativo, in quanto mancherebbe la c.d. apparenza di provvedimento.

Come prima detto, la mancanza di causa, cioè dello scopo che si vuole raggiungere, non vale a configurare non solo un provvedimento, ma neanche evidenza un qualsiasi atto giuridico. Così pure se manca il contenuto si è in presenza di un'ipotesi di inesistenza.

Ecco perché il codice civile, al di là della mancanza, estende la nullità alla causa e all'oggetto (contenuto) illeciti, cioè quando sono contrari a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume ovvero nel caso di contratto concluso in frode alla legge ovvero ancora per un motivo illecito comune alle parti.

Ma altrettanto non può dirsi per il provvedimento amministrativo, in quanto per l'art. 21-*octies* la violazione di legge o il fine contrario alle regole di retta amministrazione (eccesso di potere) rappresentano un vizio sanzionato con l'annullabilità e non con la nullità.

Non è elemento essenziale dell'atto amministrativo il procedimento, come peraltro si ricava dall'art. 21-*octies*, che riconduce al vizio di annullabilità la violazione delle norme sul procedimento, per cui l'assenza di un procedimento non comporta la nullità del provvedimento.

7. – *Difetto di attribuzione.*

Abbiamo visto come, a pena di nullità il provvedimento deve promanare da un soggetto investito di una funzione pubblica e quindi il soggetto rappresenta uno degli elementi essenziali del provvedimento.

Il soggetto di diritto amministrativo inoltre deve avere competenza ad emettere il provvedimento; il provvedimento formato da organo incompetente è affetto da invalidità.

Si ha quindi il vizio di incompetenza nel caso della adozione del provvedimento da parte di un soggetto o organo diverso da quello indicato dalla legge.

Si distingue:

a) una incompetenza relativa quando il provvedimento venga emesso da organo diverso da quello indicato dalla legge, ma pur sempre nell'ambito della stessa amministrazione e nell'esercizio di un medesimo ordine di potere;

b) una incompetenza assoluta quando il provvedimento viene emesso in carenza di potere, perché questo è attribuito dalla legge a soggetto facente parte di altro potere (quale il giudiziario o il legislativo) ovvero quando nel-

l'ambito dello stesso potere esecutivo sconfinava in un ordine di funzioni che non gli competono neppure in parte, essendo funzioni tipiche di un altro ramo dell'amministrazione e a questo devoluto in via esclusiva. Quindi il soggetto che pone in essere il provvedimento non essendo titolare della corrispondente potestà, si trova ad invadere abusivamente la sfera (attribuzione) di un soggetto diverso, operando perciò fuori dalla sfera d'azione sua propria.

Nella seconda ipotesi si usano promiscuamente i termini di incompetenza assoluta, carenza di potere, difetto di attribuzione.

L'ipotesi viene anche chiamata straripamento di potere, in quanto l'attività amministrativa straripa nel campo della legislazione o della giurisdizione ovvero è posta in essere da organo amministrativo del tutto distinto e in campo del tutto diverso da quello in cui sarebbe competente.

Unanimente si ammetteva che la incompetenza relativa costituisce un vizio di legittimità e quindi causa di annullamento, l'incompetenza assoluta (detta anche carenza di potere o difetto di attribuzione) genera invece la nullità del provvedimento.

Già con sentenza della sez. IV, 14 dicembre 1979 n. 1158 il Consiglio di Stato affermava che «si ha nullità assoluta ed insanabile di un provvedimento amministrativo in caso di radicale carenza di potere dell'amministrazione emanante, che abbia invaso la sfera di pertinenza di altra autorità, o comunque inciso in materia del tutto estranea alla branca di amministrazione di appartenenza.» (27), come nel caso che sia stato emanato da un ente territoriale con efficacia eccedente l'ambito territoriale di tale ente (28).

L'art. 21-*septies* ha codificato questo orientamento giurisprudenziale.

8. – *Violazione ed elusione di giudicato.*

Si ha giudicato quando la decisione del giudice è divenuta imm modificabile, per essere stati esperiti tutti i mezzi di impugnazione ovvero quando essi non sono più proponibili (29).

Mentre per la esecuzione delle sentenze tra privati è il codice di procedura civile che ne ha sempre disciplinato la esecuzione, una esecuzione for-

(27) Negli stessi termini sez. IV, 4 gennaio 1993 n. 118.

(28) Cfr. Cons. St., Sez. IV, 28 dicembre 1994 n. 1091.

(29) V. art. 324 cod. proc. civ.: «Si intende passata in giudicato la sentenza che non è più soggetta né a regolamento di competenza, né ad appello, né a ricorso per cassazione, né a revocazione per i motivi di cui ai nn. 4 e 5 dell'art. 395».

La cosa giudicata produce due effetti, uno sostanziale (art. 2909 cod. civ.) e l'altro processuale (art. 324 cod. proc. civ.); sul piano sostanziale il giudicato determina la certezza del rapporto giuridico dedotto in causa (*statuizione di accertamento*), individua l'obbligazione di comportamento da tenere nei confronti del soggetto attivo del rapporto con il corrispondente comando diretto alla esecuzione della prestazione dovuta nella prospettiva della *actio iudicati* (*statuizione di condanna*), ovvero riguarda una necessaria modificazione della situazione giuridica esistente *inter partes* (*statuizione costitutiva*); sul piano processuale il giudicato produce il particolare effetto dell'immutabilità del provvedimento giurisdizionale mediante la preclusione di riesame e pronuncia sul medesimo oggetto (Cass. 26 ottobre 1974 n. 3175).

zata delle sentenze di condanna della pubblica amministrazione non era possibile, in quanto il giudice ordinario non può, ai sensi degli artt. 4 e 5 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo (30), condannare l'Amministrazione ad un *facere*.

Pertanto, quando con legge 31 marzo 1889 n. 5982 (trasfusa nel testo unico 2 giugno 1889 n. 6166) venne istituita la IV sezione del Consiglio di Stato, all'art. 4 n. 4 si è attribuita a tale sezione la competenza a decidere sui ricorsi per la esecuzione delle sentenze del giudice ordinario.

Per l'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato il regolamento di procedura 17 agosto 1907 n. 642 stabiliva che «le decisioni sono comunicate all'autorità cui riguardano» (art. 87) e «l'esecuzione delle decisioni si fa in via amministrativa, eccetto per la parte relativa alle spese» (art. 88).

Tale quadro normativo fu mantenuto con il R.D. 26 giugno 1924 n. 1054 (Approvazione del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato), che elencando le controversie sulle quali il Consiglio di Stato decide anche nel merito, all'art. 27 n. 4 include i «ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'*obbligo* dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato dei tribunali che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico».

In seguito la stessa sez. IV, con la decisione 2 marzo 1928, n. 181, estese lo strumento del giudizio di ottemperanza anche alla mancata esecuzione della sentenza del giudice amministrativo, e ciò per soddisfare l'esigenza di tutela tutte le volte che l'Amministrazione, unilateralmente tenuta ad adeguarsi e a stabilire il modo di farlo, non garantiva *sua sponte* l'esecuzione delle decisioni dello stesso Consiglio di Stato.

Siffatta interpretazione estensiva fu poi codificata con la legge 6 dicembre 1971 n. 1034 istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali, che all'art. 37 ha attribuito al giudice amministrativo la cognizione dei ricorsi per l'adempimento del «giudicato dell'autorità giudiziaria ordinaria» (co. 1) e del «giudicato degli organi di giustizia amministrativa» (co. 3).

La legge 21 luglio 2000 n. 205 (art. 10) ha sottratto al giudice amministrativo i giudizi di ottemperanza delle decisioni della Corte dei conti, rimettendone la cognizione a quest'ultima (31).

(30) L. 20 marzo 1865 n. 2248 All. E – Art. 4: «Quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa, i tribunali si limiteranno a conoscere gli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio (co. 1). L'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei tribunali in quanto riguarda il caso deciso». Art. 5: «In questo, come in ogni altro caso, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi.».

(31) A norma dell'art. 10, comma 2, della legge 21 luglio 2000 n. 205, secondo cui l'esecuzione delle sentenze di primo grado della Corte dei Conti non sospese dal giudice di appello spetta allo stesso giudice di primo grado, mentre l'esecuzione delle sentenze in grado di appello rientra nella competenza delle Sezioni centrali, il giudizio di ottemperanza per la decisione di cui trattasi deve essere proposto innanzi allo stesso giudice contabile che ha

La giurisprudenza era solita affermare la nullità di un provvedimento amministrativo quando si pone in contrasto con una sentenza passata in giudicato (32).

In dottrina si sosteneva altresì la nullità, in quanto il privato è titolare di un diritto soggettivo ad ottenere un provvedimento conforme al giudicato: la Pubblica Amministrazione, intervenuta una decisione di annullamento o di condanna, ha l'obbligo di uniformarsi al giudicato; quindi il fondamento dell'atto amministrativo da emanare non è il rispetto della legge o dell'interesse pubblico, bensì il rispetto della sentenza (33).

Adirittura si riteneva adottato in carenza di potere l'atto non conforme alla decisione alla statuizione giurisdizionale.

E per vero sia l'art. 27 n. 4 del testo unico sul Consiglio di Stato sia l'art. 37 legge 6 dicembre 1971 n. 1034 sui Tribunali amministrativi regionali parlano di «*obbligo* dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato».

Orbene, di fronte a un obbligo esiste sempre un diritto: l'obbligazione si concreta infatti in un rapporto tra due o più parti, in virtù del quale una di esse (debitore) è tenuta ad un comportamento (prestazione) a favore dell'altra (creditore). Nell'obbligazione soggetto attivo è la persona alla quale l'ordinamento giuridico attribuisce il diritto (soggettivo), soggetto passivo è la persona a carico della quale sta il dovere.

Quindi è la stessa legge che attribuisce al titolare del giudicato un diritto soggettivo di pretendere l'adempimento e all'Amministrazione soccombente un dovere di adempiere.

Tuttavia la regola del dovere assoluto dell'Amministrazione può trovare applicazione piena soltanto nel caso in cui l'Amministrazione sia tenuta ad un comportamento non discrezionale e in cui risultino effettivamente esistenti tutti i presupposti per tale comportamento.

Così in presenza di un giudicato di annullamento per difetto di motivazione, l'Amministrazione conserva il potere di provvedere anche negativa-

emessa la sentenza del cui giudicato si chiede l'attuazione e non davanti al plesso Tribunali amministrativi regionali – Consiglio di Stato ai sensi dell'art. 37, comma 3, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (Cons. St.VI, 14 gennaio 2003 n. 117).

Il giudizio di ottemperanza, che costituisce un settore della materia generale dei ricorsi pensionistici, rientra nella competenza del giudice unico delle pensioni istituito dalla legge n. 205 del 2000 (Corte conti, Sez. TO, 7 febbraio 2002 n. 81).

Premesso che nel giudizio di ottemperanza il giudice ha il potere di integrare il giudicato, nel quadro degli ampi poteri, tipici della giurisdizione estesa al merito ed idonei a giustificare anche l'emanazione di provvedimenti discrezionali, è in tale sede ammissibile la domanda intesa ad ottenere interessi e rivalutazione monetaria dei crediti pensionistici, trattandosi di specificazione della originaria domanda (Corte conti, Sez. Sicilia, 16 novembre 2001 n. 984).

(32) Cons. St. V, 8 giugno 1994 n. 628; IV, 28 dicembre 1994 n. 1091, *cit.* alla nota 18.

(33) Il giudicato anche se fondato su erronei criteri giuridici, deve sempre spiegare gli effetti che la legge gli ricollega, precludendo alle parti e al giudice il riesame delle questioni già decise, in quanto è assistito da una presunzione assoluta di verità e di legittimità (Cass. 23 aprile 1971 n. 1175).

mente in ordine al contenuto sostanziale del precedente atto annullato, con il solo onere di esplicitare i motivi posti a base della nuova determinazione sfavorevole, che nel precedente atto annullato il giudice aveva ritenuto non chiaramente enunciati. Il nuovo provvedimento non viola né elude il giudicato, ma può, semmai, essere affetto da un nuovo vizio di legittimità (34).

Ugualmente nel caso che il provvedimento sia stato annullato perché non era stato acquisito un parere obbligatorio per legge, qualora il parere intervenga in senso conforme al provvedimento adottato.

Infatti il presupposto del giudizio di ottemperanza (35) è costituito dalla denuncia dell'inadempimento, da parte dell'Amministrazione, all'obbligo di conformazione al giudicato; inadempimento che può consistere sia nel comportamento inerte o di rifiuto, sia in comportamenti di esecuzione parziale, incompleta, apparente, elusiva o dilatoria.

Intervenuto un giudicato, possono aversi quindi le seguenti situazioni:

- inottemperanza, qualora l'Amministrazione resti inerte e non espliciti alcuna attività in esecuzione del giudicato;
- violazione del giudicato, qualora l'Amministrazione adotti provvedimenti in contrasto anche parzialmente al comando giudiziale, nel senso che, pur ponendo in essere atti esecutivi del giudicato, si sia conformata alla decisione in modo incompleto o inesatto;
- elusione del giudicato, qualora la Amministrazione adotti provvedimenti apparentemente attuativi del giudicato, ma sostanzialmente diretti ad eluderne l'applicazione; cioè nel caso in cui l'Amministrazione, pur ponendo in essere atti esecutivi del giudicato, si sia conformata alla decisione in modo fittizio.

In tutti questi casi il titolare del giudicato può promuovere il giudizio di ottemperanza davanti al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, espressamente stabilita dal co. 2 dell'art. 21-*septies*.

9. – Nullità espressamente prevista per legge.

In alcuni casi le norme prevedono la nullità del provvedimento per la violazione di determinate norme

A titolo esemplificativo possiamo ricordare:

- art. 3 co. 6 Testo Unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato: «l'assunzione agli impieghi senza il concorso prescritto per le singole carriere è *nulla di diritto* e non produce alcun effetto a carico dell'Amministrazione»;

(34) Cons. St. IV, 27 marzo 2001 n. 1774.

(35) L'oggetto specifico del giudizio di ottemperanza consiste nella verifica se l'Amministrazione abbia o meno adempiuto all'obbligo nascente dal giudicato, e cioè se abbia o meno attribuito all'interessato quella utilità che la sentenza ha riconosciuto come dovuta; tale verifica è possibile solo quando il soggetto obbligato sia un'Amministrazione pubblica, cui sia imputabile il debito nei confronti del privato, il cui inadempimento comporta l'onere d'imporre in via sostitutiva, direttamente o a mezzo di un commissario *ad acta*, i comportamenti necessari per assicurare il concreto soddisfacimento del ricorrente (Cons. St. IV, 11 marzo 1999 n. 264).

– art. 3 decreto legge 15 maggio 1994 n. 29 conv. in legge 15 luglio 1994 n. 444: «1. – gli organi amministrativi non ricostituiti nel termine di cui all'articolo 2 sono prorogati per non più di quarantacinque giorni, decorrenti dal giorno della scadenza del termine medesimo. 2. – nel periodo in cui sono prorogati, gli organi scaduti possono adottare esclusivamente gli atti di ordinaria amministrazione, nonché gli atti urgenti e indifferibili con indicazione specifica dei motivi di urgenza e indifferibilità. 3. – gli atti non rientranti fra quelli indicati nel comma 2, adottati nel periodo di proroga, *sono nulli*.»;

– art. 53 co.8 D.Lvo 30 marzo 2001 n. 165: «le pubbliche amministrazioni non possono conferire incarichi retribuiti che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall'amministrazione di appartenenza ... il relativo provvedimento è *nullo di diritto*»;

– art. 52 co. 5 D.lvo 30 marzo 2001 n. 165: «è *nulla* l'assegnazione del lavoratore a mansioni proprie di una qualifica superiore».

Si tratta di ipotesi diverse dalla nullità per mancanza di elementi essenziali.

Vi è infatti un atto riconoscibile come provvedimento amministrativo (completo in tutti i suoi elementi essenziali) emanato da un organo nell'ambito della sua attribuzione e competenza e pur tuttavia non produce effetti giuridici, non per la sua natura intrinseca, ma perché eccezionalmente la legge lo considera nullo.

Abbiamo visto come in diritto civile un atto completo in tutti i suoi elementi essenziali, si reputa nullo per illiceità della causa, dell'oggetto o dei motivi comuni a entrambe le parti; inoltre il patto di restituire un prezzo superiore a quello stipulato per la vendita è nullo per l'eccedenza (art. 1500 co.2 c.c.); è nulla la rinuncia all'eredità fatta sotto condizione o a termine o solo per parte (art. 520 c.c.), sono nulli i patti successori (art. 458 c.c.); è nullo ogni patto che esclude il diritto di recesso o ne rende più gravoso l'esercizio (art. 2437 ult. co.).

Uguualmente in diritto amministrativo un atto, che sarebbe altrimenti perfetto, può essere considerato nullo dalla legge.

Si ha quindi una nullità testuale, che si distingue dalla nullità sostanziale o strutturale.

10. – *Giurisdizione.*

Mentre la giurisdizione generale amministrativa (tranne i casi di giurisdizione esclusiva) può esercitarsi solo su interessi legittimi e può comportare soltanto l'annullamento dell'atto impugnato, la giurisdizione dell'A.G.O. presuppone la violazione di diritti soggettivi e può esplicarsi mediante l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento amministrativo senza che il giudice possa annullarlo o sostituirlo.

Quindi il giudice amministrativo emette normalmente una sentenza di natura costitutiva, il giudice ordinario emette una sentenza di natura dichiarativa (36).

(36) Sulla nozione di sentenze dichiarative, costitutive e di condanna v. nota 29.

Il giudice degli interessi legittimi nella sua giurisdizione generale di legittimità ha cognizione limitata ai vizi di legittimità indicati dagli artt 2 e 3 legge 6 dicembre 1971 n. 1034 e 26 testo unico 26 giugno 1924 n. 1058: violazione di legge, eccesso di potere e incompetenza .

Poiché l'ipotesi del provvedimento nullo (art. 21-*septies* co. 1) è diversa dalla ipotesi del provvedimento illegittimo (art. 21-*opties* co.1) e la giurisdizione del giudice amministrativo è prevista solo nella seconda ipotesi (tanto è vero che il giudice se accoglie il ricorso annulla l'atto che, benché invalido, manteneva la sua efficacia) ne deriva un'ontologica incompatibilità tra atti nulli e giurisdizione amministrativa.

Insomma se la legge attribuisce la giurisdizione generale di legittimità nei casi di violazione di legge, eccesso di potere e incompetenza, non esiste una disposizione che, tranne i casi di giurisdizione esclusiva, consente di adire il giudice amministrativo per vizi di validità diversi: il secondo comma dell'art. 21-*septies* ne dà un'implicita conferma, altrimenti detta norma sarebbe stata inutile (37).

Art. 21-*septies* Nullità del provvedimento

2. Le questioni inerenti alla nullità dei provvedimenti amministrativi in violazione o elusione del giudicato sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

11. – *Giudizio per l'adempimento del giudicato; il commissario ad acta.*

La sanzione della nullità stabilita nel primo comma avrebbe potuto portare alla conseguenza che l'inadempimento dell'Amministrazione al giudicato, in quanto lesiva di un diritto soggettivo, comporterebbe la giurisdizione del giudice ordinario con i limiti di una sua pronuncia sulla effettiva soddisfazione del diritto: il giudice ordinario infatti non potrebbe annullare (ma solo disapplicare) il provvedimento emesso in violazione o elusione del giudicato, non potrebbe pervenire alla nomina di un commissario *ad acta* (38) in caso di comportamento omissivo dell'Amministrazione.

(37) Su ciò ha convenuto il TAR Lombardia nella sentenza 22 aprile 2005 n. 855, riportata a nota 24.

(38) Il commissario *ad acta* è una figura creata dalla prassi giurisprudenziale, secondo cui, se il giudice ravvisa un comportamento omissivo o elusivo dell'Amministrazione, dapprima fissa un termine per l'adempimento e, se l'inadempimento persiste, nomina un commissario *ad acta* che dovrà sostituirsi all'Amministrazione nell'emettere il provvedimento dovuto. La figura del commissario *ad acta* è stata legislativamente prevista nei giudizi avverso il silenzio della Amministrazione dall'art. 21 *bis* legge 6 dicembre 1971 n. 1034 co. 2 nel testo introdotto dall'art. 2 legge 21 luglio 2000 n. 205.

La funzione del Commissario «*ad acta*», posta a garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale, è quella di portare ad effettiva esecuzione la decisione del giudice, del quale costituisce organo ausiliario (Cons. St. V, 12 giugno 1997 n. 639; V, 7 gennaio 1996 n. 1202).

Il commissario *ad acta*, ausiliare del giudice dell'ottemperanza, deve eseguire il proprio compito sotto il continuo controllo e l'assidua vigilanza di quest'ultimo al fine di assicurare l'esatta rispondenza della sua attività al comando contenuto nella sentenza della cui esecuzione

Con la disposizione del comma 2 si è inteso perciò confermare le norme degli artt. 27 n. 4 del testo unico sul Consiglio di Stato e 37 della legge istitutiva dei TAR (39) miranti ad escludere la giurisdizione del giudice ordinario sulle questioni relative alla nullità di provvedimenti amministrativi in violazione o elusione del giudicato.

12. – *Diritti soggettivi e interessi legittimi a seguito del giudicato; riflessi sulla giurisdizione.*

Richiamando quanto esposto commentando il primo comma dell'art. 21 in esame (40), va ulteriormente osservato come il giudicato può essere di accoglimento o di rigetto del ricorso ovvero di carattere meramente processuale.

Solo nel primo caso può trovare ingresso il giudizio di ottemperanza.

Ma anche nell'ambito delle sentenze di accoglimento la decisione potrà avere già di per sé effetto satisfattivo; il che avviene nelle pronunce ad effetto demolitorio, che non richiedono da parte dell'Amministrazione una attività di adeguamento, come quelle che annullano una sanzione, un provvedimento ablatorio o di revoca o di annullamento di ufficio.

Quindi l'interpretazione della norma del comma 2 dell'art. 21-*septies* si pone con riguardo alle sentenze che comportano un'ulteriore attività da parte dell'Amministrazione. In questo caso la decisione di annullamento ha

si tratta, assicurando effettivamente al cittadino il conseguimento del bene della vita già riconosciutogli in sede di cognizione: sono pertanto ammissibili e fisiologiche le richieste che egli propone al giudice dell'esecuzione per ottenere chiarimenti e suggerimenti circa i concreti provvedimenti (o comportamenti) da adottare nei casi dubbi ovvero qualora sorgano contrasti tra le parti in causa. Tale situazione è però limitata alla sola fase della esecuzione in senso stretto, quella cioè preordinata all'emanazione degli atti di esecuzione del giudicato: una volta che questi siano stati emanati dal commissario *ad acta* e si sia pertanto esaurita l'ottemperanza, gli atti stessi sono reclamabili dai diretti interessati innanzi allo stesso giudice dell'esecuzione ovvero possono essere impugnati dai terzi con un nuovo giudizio di cognizione, non sussistendo più alcuna necessità, né utilità di ammettere l'ulteriore dialogo processuale tra commissario *ad acta* e giudice dell'esecuzione (Cons. St. IV, 4 maggio 2004 n. 2739).

Gli atti emanati dal Commissario *ad acta*, in quanto ausiliario del giudice della ottemperanza possono essere oggetto di impugnativa dinanzi a tale giudice anche da parte della Amministrazione la quale può chiedere di verificare se il suo ausiliario abbia bene inteso le statuizioni del giudicato (Cons. St. VI, 29 marzo 2001 n. 1871).

Per individuare il regime di impugnazione delle statuizioni adottate dal Commissario *ad acta* è necessario scomporre l'attività del commissario in due parti, individuando quella di stretta attuazione del comando vincolato del giudice (ed in tal caso non vi sono dubbi che quest'ultimo agisce come ausiliario del giudice), da quella ulteriore, rispetto alle statuizioni del giudicato, di esercizio di poteri amministrativi, in relazione ai quali agisce come organo straordinario dell'amministrazione, sottoposto all'ordinario controllo del giudice in sede di legittimità (Cons. St. IV, 30 marzo 2000 n. 1834; V, 15 gennaio 1990 n. 48; V, 27 novembre 1989 n. 771; VI, 24 marzo 1988 n. 353).

La nomina del commissario *ad acta* e la scadenza del termine assegnato all'Amministrazione per l'esecuzione della statuizione della sentenza passata in giudicato non comportano il venir meno del potere-dovere della stessa Amministrazione di provvedere nell'ambito delle attribuzioni ad essa assegnate dalla legge (Cons. St. VI, 15 luglio 1998 n. 1094).

(39) Tali norme sono state considerate al paragrafo 8.

(40) v. paragrafo 8.

un contenuto complesso, poiché contiene effetti demolitori e ripristinatori rivolti al passato, ed effetti conformativi rivolti al futuro, questi ultimi in particolare consistono nei vincoli imposti all'Amministrazione nella rinnovazione del provvedimento annullato (41).

Se trattasi di attività di natura vincolata e l'Amministrazione emette il provvedimento dovuto, l'interessato potrà promuovere il giudizio di ottemperanza se lo ritiene (anche in parte) in violazione o elusione del giudicato.

Se per adempiere al giudicato l'Amministrazione è tenuta ad emettere un provvedimento di natura discrezionale, l'interessato, mentre ha un proprio diritto all'adempimento, ha tuttavia un mero interesse legittimo in ordine alla scelta dell'una o dell'altra forma di adempimento.

Perciò nel momento di riesercizio del potere amministrativo l'Amministrazione stessa può adottare solo atti che, non essendo in contrasto con il contenuto precettivo della decisione in quanto posti in essere per motivi esterni all'esecuzione del giudicato ed estranei alle statuizioni ivi contenute, siano espressione di potere discrezionale concernente modalità estrinseche al nucleo di assoluta imperatività propria del giudicato (42).

Poiché costituisce presupposto indefettibile del giudizio di ottemperanza, la richiesta di esecuzione di una sentenza non immediatamente satisfattiva, il ricorso per ottemperanza in sede di giurisdizione esclusiva sarà proponibile solo in quanto i provvedimenti adottati dall'amministrazione in dichiarata esecuzione del giudicato siano violativi o elusivi dello stesso; nel caso invece che il privato deduce che il comportamento attuato dalla P.A. in asserita attuazione del giudicato sia affetto da autonomi vizi di legittimità, estranei al contenuto della decisione precedente, non è proponibile il ricorso per ottemperanza, dovendosi attivare, piuttosto un nuovo giudizio di cognizione: l'oggetto proprio del giudizio di ottemperanza è limitato alla verifica se la P.A. abbia o meno adempiuto all'obbligo nascente dal giudicato, e cioè se abbia o meno attribuito all'interessato quella utilità che la sentenza aveva riconosciuto come dovuta (43).

Insomma nel giudizio di ottemperanza il ricorrente lamenta che il provvedimento adottato successivamente al giudicato risulta essere in contrasto con la particolare regola del rapporto espressa nella decisione giurisdizionale; qualora invece il ricorrente lamenta autonomi vizi di legittimità afferenti all'atto, indipendenti dal contenuto della sentenza, sarà allora necessario esperire, anziché il ricorso per ottemperanza, un nuovo giudizio di cognizione.

Il *discrimen* tra la proposizione del giudizio di ottemperanza e l'esperimento dell'ordinario giudizio di cognizione si fonda quindi sulla tipologia del vizio dedotto dal ricorrente.

(41) Cons. St. IV, 1 febbraio 2001 n. 394.

(42) v. nota 34.

(43) Cons. St. IV, 15 aprile 1999 n. 626; v. anche nota 35.

Ove la censura riguardi qualsiasi contrasto tra gli atti ed il comportamento dell'amministrazione successivi alla sentenza ed il contenuto sostanziale della sentenza stessa passata in giudicato, è da seguire la procedura del giudizio di ottemperanza.

Rimane invece affidata alla ordinaria giurisdizione ogni fattispecie in cui non si faccia questione dell'indicato contrasto, ma vengano in contestazione profili di illegittimità del tutto nuovi (in quanto esterni all'accertamento contenuto nel giudicato) degli atti o del comportamento inerte realizzato dall'amministrazione successivamente alla sentenza: in tale ipotesi l'impugnazione dell'atto, qualora si deduca un vizio di annullabilità, deve avvenire nel consueto termine di decadenza di sessanta giorni dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza dello stesso.

Per il giudizio di ottemperanza vale invece il termine ordinario di dieci anni di prescrizione, proprio dell'*actio iudicati*, che decorre dal passaggio in giudicato della sentenza (44); ciò deve essere pacifico nel caso che l'Amministrazione resti inerte e non emetta alcun provvedimento in esecuzione del giudicato.

Se invece l'Amministrazione emette un nuovo provvedimento che il privato ritiene in violazione o elusione del giudicato, questo provvedimento sarà affetto da nullità per l'espreso disposto del comma 1 dell'art. 21-*septies*, per cui la nullità potrebbe essere fatta valere senza limiti di tempo qualora il nuovo provvedimento (in violazione o elusione del giudicato) venga posto in esecuzione.

Come è stato già detto, ipotesi di nullità, a prescindere da singole disposizioni di legge, erano state riscontrate dalla giurisprudenza a proposito di provvedimenti adottati in violazione o elusione del giudicato (45).

Possiamo dunque affermare, che la nuova norma recepisce nella sostanza questi orientamenti giurisprudenziali, convalidandoli in prescrizioni legislative; per cui nella sostanza nulla è cambiato e la più recente giurisprudenza mantiene tuttora la sua validità.

Art. 21-octies **Annulabilità del provvedimento**

1. È annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza.

13. – L'annulabilità del provvedimento.

La presente norma ha confermato sul piano sostanziale ciò che l'ordinamento giuridico aveva statuito sul piano processuale.

Con la legge 31 marzo 1889 n. 5982, le cui disposizioni furono poi coordinate nel testo unico 2 giugno 1889 n. 6166, venne istituita la IV Sezione del Consiglio di Stato con il compito di decidere sui ricorsi contro gli atti amministrativi viziati da «incompetenza, eccesso di potere o violazione di legge».

(44) Cons. St. VI, 3 febbraio 1992 n. 59.

(45) Cons. St. V, 11 ottobre 1996 n. 1231; v. pure nota 32 *sub* co.1 art. 21 *septies*.

Tale disposizione fu ripetuta con il Testo Unico 26 giugno 1924 n. 1054 sul Consiglio di Stato e con la legge 6 dicembre 1971 n. 1034 sui Tribunali amministrativi regionali (46).

Pertanto è da oltre un secolo che, sulla base delle riferite norme, era stata individuata la invalidità degli atti amministrativi sotto forma di annullamento, nel senso che l'atto affetto da uno dei tre vizi suddetti, ancorché invalido, manteneva la sua efficacia sin quando non veniva annullato dal giudice attraverso ricorso da proporsi entro il prescritto termine di decadenza.

I concetti di violazione di legge, eccesso di potere e incompetenza hanno trovato larga trattazione in dottrina e giurisprudenza, per cui possiamo dire che le relative nozioni sono pacificamente acquisite e non sussistono disparità di opinioni.

A titolo semplificativo possiamo riassumere i relativi concetti.

14. – *L'incompetenza.*

In ordine logico va prima considerato il vizio di incompetenza, in quanto il giudice, qualora dovesse riscontrarlo, deve fermarsi nella sua decisione e non procedere all'esame di eventuali ulteriori vizi.

Si ha tale vizio qualora il provvedimento venga emesso da organo incompetente, che ha esercitato un potere che la legge attribuisce ad altro organo.

Come già detto, trattando della nullità (47), si distingue una incompetenza assoluta e un'incompetenza relativa.

Mentre l'incompetenza assoluta (altrimenti detta difetto di attribuzione, straripamento di potere, carenza di potere) è causa di nullità del provvedimento, l'incompetenza relativa è causa di annullamento e perciò il provvedimento diventa definitivo e incontestabile se non venga impugnato nel rituale termine di decadenza.

15. – *La violazione di legge.*

Il termine « legge » è stato interpretato estensivamente, riscontrando il vizio di violazione di legge ogni qual volta l'Amministrazione non abbia osservato nell'emanare il provvedimento atti di normazione primaria e secondaria; pertanto sussiste violazione di legge non solo in caso di contrasto con una norma di legge (in senso formale o sostanziale) ma anche per violazione di regolamenti.

Non costituiscono atti di normazione le circolari, che sono norme interne, la cui violazione può dar luogo al vizio di eccesso di potere.

Dato che il legislatore tende ad emanare norme di comportamento di carattere generale per l'esercizio della attività amministrativa, tante fattispecie che prima erano inquadrabili nel vizio di eccesso di potere, costituiscono oggi violazione di legge.

(46) V. paragrafo 5.

(47) V. paragrafo 7.

Così un provvedimento contrario ai canoni di imparzialità deve essere ritenuto in violazione dell'art. 97 della Costituzione; e così sarà in violazione alla legge 7 agosto 1990 n. 241 se contrario ai criteri di trasparenza (art. 1), carente di motivazione (art. 3), e così pure tante ipotesi di disparità di trattamento appaiono in violazione all'art. 12 della stessa legge.

Nel concetto di legge devono intendersi comprese anche le norme comunitarie.

Se il provvedimento è contrastante con i principi dell'ordinamento comunitario, si avrà violazione dell'art. 1 legge 7 agosto 1990 n. 241 (48).

Se invece il provvedimento contrastante con i principi comunitari è conforme alla normativa nazionale, si è consolidato il principio che nel contrasto tra il diritto comunitario e interno, la prevalenza spetta al primo, anche se la norma interna venga emanata in epoca successiva (49), per cui il giudice nazionale ha l'obbligo di disapplicare la disposizione della legge nazionale; tale disapplicazione fa carico non solo al giudice, ma anche agli organi della P. A. nello svolgimento della loro attività amministrativa e cioè anche d'ufficio indipendentemente da sollecitazioni o richieste di parte (50).

Il giudice nazionale può sempre disporre il rinvio pregiudiziale della causa alla Corte di Giustizia europea per ottenere l'interpretazione di norme comunitarie controverse (51) e le statuizioni delle sentenze interpretative sono immediatamente applicabili: esse entrano e permangono in vigore nel territorio dello stato italiano, senza che i loro effetti possano essere intaccati dalla legge ordinaria (52).

16. – *L'eccesso di potere.*

Un provvedimento, ancorché emesso da organo competente e nel rispetto della legge, tuttavia può essere invalido per eccesso di potere, cioè viziato nel suo aspetto funzionale (53).

Tale vizio è dato riscontrare qualora l'Amministrazione abbia fatto cattivo uso del potere, emanando l'atto per un fine diverso da quello per il quale è stato conferito dalla legge.

Il vizio di eccesso di potere non potrà mai riguardare un provvedimento di natura vincolata, ma solo atti discrezionali. Infatti negli atti di natura vincolata, in presenza di determinati presupposti, ne è predeterminato per legge il contenuto, in maniera che l'Amministrazione è tenuta obbligatoriamente a emettere quel provvedimento e quindi le è preclusa ogni scelta discrezionale.

(48) Art. 1 co. 1 legge 7 agosto 1990 n. 241 nel testo modificato dalla legge 11 febbraio 1995 n. 15: «L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli provvedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario».

(49) Corte cost. 8 giugno 1984 n. 170.

(50) Cons. St. IV, 18 gennaio 1996 n. 54; Cass. 18 aprile 1994 n. 3693.

(51) Art. 234 (già art. 177) Trattato istitutivo della comunità europea adottato a Roma il 25 marzo 1958 e ratificato con legge 14 ottobre 1957 n. 1203 e successive modifiche.

(52) Corte cost. 23 aprile 1985 n. 113.

(53) Sui motivi del provvedimento v. paragrafo 6-b.

L'indagine per riscontrare il vizio di eccesso di potere deve essere diretta ad accertare se attraverso il provvedimento emesso sia stata assicurata la realizzazione dell'interesse pubblico.

Risulta difficile stabilire una netta linea di demarcazione tra eccesso di potere, quale vizio di legittimità, e merito amministrativo, consistente quest'ultimo nei criteri di opportunità e convenienza che hanno spinto l'Amministrazione a emettere quel provvedimento; tranne i casi in cui la giurisdizione amministrativa è estesa al merito, al giudice è inibito sindacare il provvedimento sotto l'aspetto della opportunità.

In mancanza di una definizione legislativa dell'eccesso di potere, dottrina e giurisprudenza hanno individuato figure sintomatiche di tale vizio nelle forme dello sviamento di potere, travisamento di fatti, contraddittorietà tra atti, disparità di trattamento, manifesta ingiustizia.

Tali classificazioni vanno sempre più perdendo di attualità, in quanto il legislatore, aderendo all'esigenza di chiarificazione dell'azione amministrativa, sanziona espressamente l'invalidità in tali casi attraverso norme espresse, per cui, come detto, ciò che prima configurava un vizio di eccesso di potere oggi viepiù ricade nel vizio di violazione di legge.

Art. 21-octies **Annulabilità del provvedimento**

2. 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 dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque 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.

17. – *La degradazione dell'illegittimità formale a mera irregolarità*

La presente disposizione ha introdotto la distinzione tra legittimità formale, intesa come rispetto alle regole poste da leggi e regolamenti, e legittimità sostanziale, intesa come conformità al diritto, intendendo quindi il rispetto della normativa procedimentale non come un fine, ma come un mezzo per raggiungere il giusto scopo cui deve essere diretta l'azione amministrativa (54).

Quindi la non conformità alle regole procedurali viene degradata da illegittimità a irregolarità, qualora il risultato sostanziale del provvedimento sia conforme al diritto positivo.

Il ricorrente che, adducendo un vizio formale o procedimentale, impugna il provvedimento di eliminazione di un'opera abusiva o di cessazione di una attività non permessa dalla legge, otterrebbe l'annullamento del provvedimento, costringendo poi l'Amministrazione a emetterne un altro emendato

(54) v. art. 1 co. 1 legge 7 agosto 1990 n. 241: «L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge...».

dal vizio puramente formale, con la conseguenza che per tutta la durata del processo e sino a quando l'Amministrazione non adotti il nuovo provvedimento continua a giovare dell'opera abusiva o a proseguire nella attività illegale, in contrasto quindi con la giustizia sostanziale.

Dunque, si è voluto evitare che l'annullamento dell'atto non favorisca un intento speculativo del ricorrente attraverso una formale tipica tutela dell'interesse legittimo, eludendo così l'applicazione di una norma giuridica di diritto sostanziale.

Nella nuova norma contenuta nell'art. 21-*octies* co. 2 il legislatore ha recepito quindi un orientamento già formatosi in giurisprudenza (55), degradando il ruolo e l'incidenza del requisito formale, il cui difetto non determina l'invalidità dell'atto qualora sia ininfluenza sul suo contenuto dispositivo, ovvero sull'assetto degli interessi da esso proposto.

18. – *La irregolarità con riferimento agli atti vincolati e agli atti discrezionali.*

La norma tuttavia limita la qualificazione di mera irregolarità non invalidante solo ai provvedimenti vincolati e all'ipotesi di mancata comunicazione dell'avvio del procedimento per quanto riguarda i provvedimenti discrezionali (56).

Per quanto riguarda i provvedimenti di natura vincolata, il giudice potrà accertare d'ufficio che, malgrado un vizio formale o del procedimento, l'Amministrazione non avrebbe potuto emanare un provvedimento di contenuto diverso (57).

Ove trattasi di provvedimenti di natura discrezionale, il ricorrente è tenuto a prospettare in giudizio le ragioni che non gli è stato possibile

(55) Le norme in tema di partecipazione procedimentale di cui all'art. 7 legge 7 agosto 1990 n. 241 non vanno applicate meccanicamente e formalmente annullando ogni procedimento in cui sia stata omessa tale fase, ma alla luce dei principi di economicità e speditezza da cui è retta l'azione amministrativa (Cons. St., V 22 maggio 2001 n. 2823).

(56) L'art. 21 *octies*, 2° comma della legge n. 241/1990, introdotto dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, deve essere interpretato nel senso che laddove l'atto sia di natura vincolata, la violazione delle norme sulla forma o di quelle procedimentali, ivi inclusa l'omessa comunicazione di avvio del procedimento, non determina l'annullamento del provvedimento ove appaia palese che il contenuto di quest'ultimo non avrebbe potuto essere diverso, mentre ove l'atto sia di natura discrezionale, il mancato invio della suddetta comunicazione, può essere ininfluenza sul giudizio di legittimità del provvedimento impugnato, solo ove l'amministrazione provi quanto stabilito dalla disposizione in esame (TAR Sardegna, I, 20 giugno 2005 n. 1435).

(57) Al riguardo sono intervenute già decisioni che hanno applicato la norma in esame: – L'art. 21-*octies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dall'art. 14 della legge 1° febbraio 2005, n. 15, dispone che non sia annullabile il provvedimento adottato in violazione delle norme sulla «*forma degli atti*» (cioè ad esempio per difetto di motivazione) «*qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato*». Tale norma oggi vigente dispone, cioè, che non possa disporsi l'annullamento da parte del Giudice amministrativo di un atto in relazione ad una sua supposta carenza di motivazione, quando – ove si tratti (come nel caso di permesso di costruire) di un atto vincolato – «*sia palese*» che il contenuto dispositivo dell'atto non sarebbe stato diverso. Ai sensi dell'art. 21-*octies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dall'art. 14 della legge 1° febbraio 2005, n. 15, non può pronunciarsi l'annulla-

esporre nella fase del procedimento amministrativo ed è onere dell'Amministrazione dimostrare che l'omissione della comunicazione dell'avvio del procedimento non avrebbe potuto comunque condurre ad un provvedimento di contenuto diverso (58).

Nel silenzio della legge dovrebbe convenirsi che, in materia di impugnazione di atti discrezionali, qualora il provvedimento sia affetto da un vizio diverso dalla mancata comunicazione di avvio, è precluso alla Amministrazione di fornire la prova della legittimità sostanziale del provvedimento adottato.

mento, per difetto di motivazione, di un diniego del permesso di costruire qualora dall'esame degli atti di causa sia palese il fatto che l'Amministrazione non avrebbe mai potuto assentire il richiesto permesso in quanto la destinazione che si vorrebbe attribuire al manufatto da realizzare non è compatibile con le destinazioni previste nella zona in questione dallo strumento urbanistico (TAR Abruzzo – Pescara – 14 aprile 2005 n. 185).

– Ai sensi dell'art. 21 *octies*, 2° comma, della legge 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15 è ormai da escludersi 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 far ritenere ormai ribaltato il tradizionale principio del cd. 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 per l'interessato di proporre, avverso il provvedimento integrativo, ricorso per motivi aggiunti. È legittimo il provvedimento di esclusione di un concorrente da una gara indetta per l'affidamento del servizio pubblico di mensa scolastica di una ditta il cui legale rappresentante sia stato rinviato a giudizio per fatti e circostanze connessi all'attività di refezione scolastica e/o ristorazione collettiva, nel caso in cui una clausola della *lex specialis* preveda espressamente l'esclusione dalla gara dei concorrenti rinviati a giudizio per detti fatti (TAR Campania – Salerno, I, 4 maggio 2005 n. 760).

– Non può essere annullata un'ingiunzione di sgombero di un'area demaniale marittima abusivamente occupata, nel caso di omessa comunicazione di avvio del relativo procedimento amministrativo, atteso che detta ingiunzione ha indiscutibilmente natura dovuta e vincolata, dovendo l'Amministrazione – in presenza di un'abusiva occupazione di aree demaniali – obbligatoriamente disporre lo sgombero; con l'ulteriore conseguenza che, in tal caso, non potendo, dunque, il medesimo provvedimento sanzionatorio (ingiunzione) avere contenuto diverso da quello adottato anche in caso di partecipazione dell'interessato al relativo procedimento amministrativo, la dedotta violazione dell'art. 7 citato, non è idonea a determinarne l'annullamento ai sensi dell'art. 21 *octies*, 2° comma, legge 7 agosto 1990 n. 241, introdotto dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15 (TAR Sardegna, I, 20 giugno 2005 n. 1435).

(58) L'art. 21 *octies*, seconda parte, della legge 241/1990, introdotto dalla legge 15/2005 (secondo cui non si deve procedere all'annullamento giurisdizionale nel caso di omissione di avviso del procedimento, ove «l'Amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato») non è applicabile nel caso in cui, sulla base degli atti depositati dall'Amministrazione e degli elementi di diversa natura acquisiti in giudizio, non possa ritenersi raggiunta la prova richiesta dalla disposizione stessa e le soluzioni prospettate in giudizio dal privato non siano state mai concretamente esaminate dall'Amministrazione (TAR Sardegna, II, 25 marzo 2005 n. 483).

Funzione pubblica e giurisdizione (*)

di Ignazio Francesco Caramazza

1. Notazioni introduttive

Credo che di rado una sentenza della Corte Costituzionale sia stata tanto lungamente attesa (1) e tanto largamente criticata quanto la n. 204 del 6 luglio 2004 che, come è noto, ha posto precisi limiti alla discrezionalità del legislatore ordinario nell'individuazione delle materie da devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Tali materie – ha precisato il giudice delle leggi – sono solo quelle in cui il giudice amministrativo avrebbe in ogni caso giurisdizione generale di legittimità perché nel loro ambito opera autoritativamente.

Tale arresto è stato visto come un brusco ed inatteso colpo di freno ad una tendenza legislativa, avallata da gran parte della dottrina e della giurisprudenza amministrativa, volta spostare il discrimine fra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dalle situazioni tutelate secondo la tradizionale dicotomia diritto–interesse ai «blocchi di materie».

È stata vista, inoltre, come un ritorno all'antico discrimine fra attività *iure imperii* ed attività *iure privatorum* del tutto anacronistico in un momento storico in cui la funzione pubblica appare indirizzata ad una sempre più frequente adozione di moduli privatistici.

Indubbiamente l'espansione dell'area della giurisdizione esclusiva nella seconda metà del secolo scorso era stata imponente (e troppo nota perché si debba ricorrere ad elencazioni) ed andava prendendo piede la convinzione di una piena discrezionalità del legislatore ordinario nella individuazione delle materie da devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (2).

Convinzione indotta anche da alcuni pronunciati della stessa Corte Costituzionale (3).

Altrettanto indubbia, appare la constatazione che ove fosse esatto il convincimento che il pronunciato della Corte sottrae alla giurisdizione del giudice amministrativo tutte le attività dell'Amministrazione governate dal diritto privato, viste le attuali linee evolutive delle funzioni pubbliche, si pro-

(*) Tratto da una relazione presentata al 2° convegno nazionale su «*La funzione amministrativa*», tenuto a Sperlonga il 21-22 ottobre 2005 ad iniziativa del TAR Lazio, sezione di Latina e dell'Ordine degli Avvocati della provincia di Latina.

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

(2) Vedasi Cons. Stato, Ad. Plen., ordinanza 30 marzo 2000 n. 1.

(3) Corte Cost., Ord. 439/2002. Per una compiuta indicazione di dottrina a giurisprudenza in materia vedasi M. CLARICH, *La Tribunalizzazione del giudice amministrativo evitata*, in *Giornale di Diritto amministrativo* n. 9/2004.

spetterebbe un progressivo insterilimento della giurisdizione amministrativa, attesa l'eclisse dell'amministrazione di stampo provvedimentale e la «fuga verso il privato» delle pubbliche amministrazioni (4).

Credo, però, – con ciò anticipando le conclusioni a cui mi riprometto di giungere – che una attenta lettura della sentenza possa portare alla conclusione che i limiti della discrezionalità del legislatore da essa imposti non sono così draconiani come si vorrebbe da taluni critici, lasciando invece essi ampio spazio alla conoscibilità di attività di diritto privato della pubblica Amministrazione da parte del giudice amministrativo.

Mi sembra, anzi, addirittura, che la sentenza conferisca copertura costituzionale piena ad una giurisdizione amministrativa che vede dilatarsi le proprie frontiere in maniera impensabile solo pochi anni addietro. Mi sembra, ancora, che si sia trascurata dai commentatori l'importanza che ha la sentenza sotto altro profilo: quello sistematico.

In essa vengono, infatti, enunciati – o affermati per implicito – in un quadro di ricostruzione sistematica per la prima volta tracciato quali sono i principi costituzionali che reggono la giustizia amministrativa.

Principi fino ad oggi piuttosto nebulosi, attesa la diversa – talvolta antitetica – possibile lettura di molte norme della nostra Costituzione.

2. La sentenza 204/2004 della Corte Costituzionale:

a) l'approccio storico e la definitiva risoluzione di alcune ambiguità del Costituente

La sentenza in esame affronta anzitutto una approfondita ricostruzione storica del sistema italiano di giustizia amministrativa, a partire dalla fondamentale legge abolitrice del contenzioso amministrativo (i cui principi fondamentali furono oggetto di «indispensabile riassorbimento» nella Costituzione) integrata, poi, dalla legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato nel 1889. Legge, questa seconda, resa necessaria «dal modo» – assai restrittivo (n.d.r.) – «in cui era stata intesa» dalla giurisprudenza la legge del 1865.

Il diritto vivente nato da quella normativa aveva individuato il discrimine fra giurisdizione ordinaria ed amministrativa nella situazione tutelata e più precisamente nella dicotomia diritto soggettivo-interesse legittimo e la Costituzione repubblicana recepì tale criterio discretivo legificando per la prima volta – ed anzi costituzionalizzando – l'interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva sostanziale, così attribuendogli una «durezza costituzionale» nuova (5).

La Costituzione recepì anche, in qualche modo, le due linee pur confliggenti di Calamandrei e di Mortati, fondate, l'una, sul mito ricorrente dell'u-

(4) S. GIACCHETTI, *Giurisdizione Amministrativa e legge 15/2005: verso la riscoperta dell'unitarietà dell'interesse pubblico ovvero una riserva indiana?* in *Il Consiglio di Stato*, 2005, 377.

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

nità della giurisdizione (che aveva ispirato tanto la riforma del 1865 quanto la legge del 1889) basata, l'altra, sulla necessità della conservazione della giurisdizione del Consiglio di Stato.

Come è noto, durante i lavori preparatori della Costituente, nella Commissione dei 75 e, poi, in sede plenaria prevalse, infatti, la tesi della conservazione delle giurisdizioni c.d. «storiche» (vedasi l'art. 103), anche se nel testo della Carta fondamentale compare (nell'art. 102) una implicita enunciazione di unicità che costituisce quasi la proclamazione di un «valore fine»⁽⁶⁾ da assumersi come meta tendenziale e futuribile e che sembra rappresentare solo un omaggio a quel mito ricorrente.

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

L'ambiguità di fondo di cui ora si è detto, non connotava d'altronde soltanto il non riuscito tentativo del Costituente di conciliare sincreticamente le tesi di Mortati e Calamandrei, ma lo stesso impianto del nostro sistema di giustizia amministrativa, nato da una singolare concatenazione di eterogenesi⁽⁷⁾ il cui precipitato storico fu l'interesse legittimo, «figura nata per dare un fondamento sostanzialistico al criterio di riparto fra le giurisdizioni»⁽⁸⁾ ma rimasta pur sempre la «informe creatura» delle origini: «oggetto misterioso» dalla incerta natura, considerato come situazione sostanziale fino alle soglie del processo, al cui accesso legittimava, per perdere poi in esso tale connotato in quanto la natura cassatoria della pronuncia non riconosceva alcun bene della vita, limitandosi ad annullare – o non annullare – un atto amministrativo.

Orbene, fu proprio tale sistema di giustizia amministrativa ad essere costituzionalizzato dalla Carta repubblicana del 1947, che lo recepì in modo quasi notarile, con tutte le sue originalità, ambiguità e contraddizioni: basti pensare a quella che vede contrapporre, da un lato, la qualificazione dell'interesse legittimo come posizione soggettiva sostanziale (art. 24); dall'altro la qualificazione del giudizio amministrativo come giudizio sull'atto e quindi come giudizio cassatorio, inidoneo a garantire il riconoscimento di un bene della vita (art. 113).

Altra contraddizione è quella che vede, da un lato, equiordinare l'interesse legittimo al diritto soggettivo ai fini della tutela in giudizio (art. 24) e

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

(7) I. F. CARAMAZZA, *Da una Amministrazione senza giudice verso una giustizia senza amministrazione? in Il Diritto della Regione Veneto*, 1997, 133 e ss.

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

vede, dall'altro, negare ad esso tutela risarcitoria (art. 28) (9). Tutela, d'altronde, incongruente con la natura meramente cassatoria del giudizio amministrativo (art. 113 Cost.). Una ulteriore ambivalenza riguarda, poi, la giurisdizione esclusiva regolata dall'art. 103, la cui lettura, in combinato disposto con l'art. 113, può alternativamente fare intendere come giurisdizione «di eccezione» ovvero come giurisdizione il cui ambito è rimesso alla discrezionalità del legislatore, attesa la sostanziale equivalenza della tutela giurisdizionale offerta da giudice ordinario e giudice amministrativo (10).

Il sistema di giustizia amministrativa quale vivente alla metà del secolo scorso (e tale sostanzialmente rimasto fino alla fine del millennio) aveva operato, nel quadro delle alternative di cui sopra, le scelte più conservatrici e contemplava, quindi, un giudice amministrativo eretto in giudice naturale di un interesse legittimo concepito come posizione sostanziale insuscettibile di tutela risarcitoria; ciò in virtù di una incompatibilità tanto marcata da trasmettersi anche al suo giudice naturale, cui è stato sempre negato, fino al 1997, il potere di somministrare tale tutela anche quando, in via eccezionale, conosceva di diritti soggettivi.

La rivoluzione di fine millennio ha completamente capovolto l'opzione affermando la risarcibilità dell'interesse legittimo, la competenza del giudice amministrativo a somministrare tutela risarcitoria anche per lesione di interessi legittimi e la tendenziale illimitatezza della giurisdizione esclusiva con conseguente eclisse dell'interesse legittimo (di cui difatti era vaticinata la morte) (11).

Il giudice delle leggi, chiamato a ricondurre a sistema, nel quadro formale della Carta repubblicana, un tale diritto vivente nato dall'accavallarsi di sentenze e di leggi frettolosamente varate, ha risolto una volta per tutte le ambiguità del Costituente avallando o sconfessando le innovazioni legislative introdotte ed operando quindi una definitiva opzione in ciascuna delle quattro alternative sopra delineate.

Per due di esse, per la verità, l'opzione era tanto facile e scontata da essere stata effettuata addirittura per implicito. La prevalenza degli art. 3 e 24 della Costituzione sugli artt. 28 e 113 con conseguente affermazione della risarcibilità dei danni da lesione dell'interesse legittimo e l'attribuzione al giudice amministrativo della tutela risarcitoria erano già da troppo tempo attese.

Molto meno facile e scontata l'opzione per le altre due ambiguità, relative, l'una, ai limiti di dilatabilità dell'area di giurisdizione esclusiva, l'altra alla commissione al giudice amministrativo del potere di somministrare tutela risarcitoria in caso di lesione degli interessi legittimi.

(9) Per una ampia rassegna della dottrina e giurisprudenza che vedeva nell'art. 28 Costituzione il fondamento costituzionale della irrisarcibilità dell'interesse legittimo vedasi D. FOLIGNO, *La pretesa responsabilità della P.A. per lesioni di interessi legittimi*, in *Atti del Congresso nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesioni di interessi legittimi*, Napoli 27-29 ottobre 1963, Giuffrè, Milano, pagg. 110 e ss.

(10) Corte Cost., sent. 62/1996. *Adde* giurisprudenza citata da M. CLARICH, *op. loc. cit.*

(11) F. LEDDA, *Agonia e morte ingloriosa dell'interesse legittimo*, in *Foro Amm.* 1999, 11, 2713.

Entrambi tali problemi sono stati risolti dalla Corte con il ricorso al più classico degli istituti.

Con la riconferma, cioè, della centralità dell'interesse legittimo come oggetto naturale del giudizio amministrativo in sede di giurisdizione generale di legittimità per la tutela della giustizia nell'Amministrazione.

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

3. segue: b) lessico e statuizioni – Risoluzione della terza ambiguità.

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

Il che non pare si risolva, come pure autorevolmente è stato detto (12), nella pretermissione di concetti necessari per l'equilibrio del sillogismo giudiziale, quanto piuttosto in un recupero di quelle essenziali caratteristiche che devono avere così i precetti di legge come i pronunciati del giudice delle leggi, nella sua funzione di legislatore negativo.

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

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

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

(12) S. GIACCHETTI, *Giurisdizione esclusiva, Corte Costituzionale e nodi di Gordio* in www.giurisprudenza.it/documenti/I...giacchetti.ht.

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

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

L'affermazione richiama terminologicamente (e non a caso) i dibattiti che dettero vita al giudice amministrativo e non sembra meritare le critiche di illogicità che le sono state rivolte. Si è osservato, infatti, da parte di alcuni commentatori, che laddove vi è esercizio di autorità vi sarebbero esclusivamente situazioni di interesse legittimo⁽¹³⁾, con conseguente inutilità della previsione di una giurisdizione esclusiva.

Sembra agevole replicare che vi sono materie in cui l'Amministrazione opera sia autoritativamente che pariteticamente con conseguente compresenza di diritti e di interessi, «figure che popolano entrambe il territorio di quella materia» anche se non legate in quel famoso «nodo gordiano» che, se figura nei lavori dell'Assemblea costituente, non figurò mai nei lavori preparatori del R.D. n. 2840 del 1923 (14).

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

La «clausola generale» così enunciata non è certo caratterizzata da un alto tasso di specificità e qualche dubbio può sorgere per tutte le zone grigie fra autoritativo e paritetico che sono molte più di quante non conoscesse fino a non molto tempo fa la nostra giuspubblicistica tradizionale e che vanno, esemplificativamente e non esaustivamente, dall'attività degli enti privati di interesse pubblico (quale la C.R.I.), a quella delle società per azioni con personalità giuridica di diritto pubblico (quali la AGE Control) o a prevalente partecipazione statale, a quella del privato concessionario di opere pubbliche⁽¹⁵⁾. Casi cui vanno aggiunte tutte le ipotesi di perseguimento di finalità pubbliche con attività di diritto privato da parte della pubblica Amministrazione. Spetterà naturalmente al legislatore, all'interprete ed in definitiva alla Corte apprezzare di volta in volta le situazioni, senza dimenticare le valutazioni di tipo sostanzialistico che sembrano aver fatto una volta per tutte tanto il legislatore comunitario (per quanto riguarda gli «organismi di diritto

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

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

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

pubblico») quanto il legislatore nazionale, con l'art. 6 della legge 205/2000, non toccato dalla Corte (16), quanto Cassazione e Consiglio di Stato (17) quanto, infine, la stessa Corte Costituzionale, in precedenti sentenze (18) e addirittura nella stessa sentenza in esame, nella quale si afferma che il pubblico potere autoritativo può essere esercitato anche «mediatamente e cioè avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici (par. 3.4.3)» e si fa espresso richiamo all'art. 11 della legge 241/1990 ed ai suoi accordi sostitutivi. Sembrano condividere tale interpretazione tanto le più recenti decisioni del Consiglio di Stato (19) quanto il legislatore, che nel dare ulteriore impulso alla «privatizzazione» della pubblica Amministrazione con la legge 26 gennaio 2005 n. 15 ed il decreto legge 14 marzo 2005 n. 35 convertito in legge 14 maggio 2005 n. 80 ha introdotto nuove e corpose ipotesi di giurisdizione esclusiva (artt. 19, 5 comma, 21 *quinquies*, 21 *septies*, 25 comma 5 della legge 241/1990 nel suo testo novellato) incompatibili con una lettura «restrittiva» della sentenza della Corte. Una sentenza che non intende affatto escludere in assoluto dalla giurisdizione esclusiva l'attività *iure privatorum* dell'Amministrazione, come molti commentatori sembrano ritenere, ma solo quella esercitata in materie in cui non sia componente una attività autoritativa anche solo potenziale della Pubblica Amministrazione.

Tutto ciò è, d'altronde, congruente con la tradizione formatasi in Italia negli ultimi 15 anni in materia di privatizzazioni. Una tradizione che ha visto accompagnarsi a tutte le privatizzazioni, indifferentemente riguardanti i soggetti, i rapporti, le proprietà o l'attività, il permanere della giurisdizione in capo al giudice amministrativo in nome del principio sostanzialistico della omogeneità di tutti gli strumenti finalizzati al perseguimento del pubblico interesse (20).

D'altronde la vicenda delle privatizzazioni in Italia non è mai stata un ritirarsi della funzione amministrativa, ma solo una diversa modalità del suo esercizio.

La storia inizia, come è noto, con il crollo del muro di Berlino. La successiva crisi a livello planetario del collettivismo come filosofia politico-economica e la dissoluzione dell'impero che ne rappresentava l'inveramento, il rafforzarsi, a livello continentale, delle strutture europeistiche e dei valori della concorrenza e del mercato con esse coesenziali, la presa di coscienza, a livello nazionale e grazie all'incisivo intervento della magistratura, delle distorsioni causate dal malaffare e dal malcostume politico allignati soprattutto nella gestione pubblica dell'economia, innescarono una improvvisa «corsa verso il privato» volta a raggiungere la meta ultima di quello che è stato definitivo, con suggestiva immagine, lo «Stato minimo», da realizzarsi con una serie di «privatizzazioni».

(16) Cons. Stato, Ad. Plen. 16 maggio-5 settembre 2005 n. 6.

(17) Cass. SS.UU. 29 dicembre 1990 n. 12221; ord. 22 dicembre 2003 n. 19667; Cons. Stato, Ad. Plen., 22 aprile 1999 n. 4.

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

(19) Cons. Stato, Ad. Plen. 20 giugno 2005 n. 5.

(20) I.F. CARAMAZZA, *Da una amministrazione senza giudice ecc...*, cit., 150 e ss; S. GIACCHETTI, *Giurisdizione amministrativa e legge 15/2005*, cit., 384 e 385.

Un primo tipo di privatizzazioni riguardò i soggetti: i grandi enti pubblici economici, quali IRI, INA, ENI, ENEL furono trasformati in società per azioni ad azionariato pubblico, destinato in prospettiva a trasformarsi in azionariato popolare diffuso.

Il secondo tipo di privatizzazione riguardò e riguarda, poi, le attività, secondo tre tipi possibili di moduli.

Il primo, e più pervasivo, è quello del generale principio di preferenziale utilizzazione del modulo privatistico da parte dell'Amministrazione. È il modulo che sembra prescritto dall'art. 1, comma 1 *bis*, della legge sul procedimento novellata dalla legge 15/2005 con norma, per vero, alquanto oscura nella sua portata precettiva e che sembra tuttavia, seppur confusamente, esprimere il principio sopra enunciato.

Il secondo modulo è quello della amministrazione partecipata e concertata di cui all'art. 11 della legge sul procedimento.

Il terzo modulo è quello dell'Amministrazione delegata, cui molte volte si è dovuto e si deve oggi fare ricorso a seguito del declino della burocrazia italiana (21) e soprattutto della crisi dei corpi tecnici dello Stato (22). Il conseguente difetto di capacità professionali ha infatti causato, soprattutto nel delicatissimo e vitale settore dei lavori pubblici, il ricorso sempre più frequente allo strumento della concessione – usata ed abusata in tutte le sue molteplici possibili varianti, quali concessione di sola costruzione, di costruzione e progettazione, di *general contractor*, di servizi, di committenza - con conseguente frequente trasferimento al privato di funzioni pubbliche, necessarie per la realizzazione dell'opera, risolvendosi anch'esso in una forma *sui generis* di privatizzazione.

Non credo, invece, che rientri nel *genus* «privatizzazioni» *sub specie* di trasferimento di rapporti la cosiddetta privatizzazione del rapporto di pubblico impiego.

In realtà né la sostituzione dello strumento privatistico a quello pubblicistico quale fonte regolatrice del rapporto, né la devoluzione della cognizione dei diritti che ne discendono al g.o. invece che al g.a. in sede di giurisdizione esclusiva, valgono a trasformare in rapporto di impiego privato quello che continua ad essere un rapporto di impiego pubblico (23).

Probabilmente il legislatore è stato indotto in errore dalla moda della generalizzata «corsa al privato» del momento e dalla urgenza incombente che negli ultimi anni sembra caratterizzare l'attività legislativa ed ha ecceduto nei mezzi rispetto al fine. Un fine che se era quello di equiparare nella contrattazione i dipendenti pubblici a quelli privati ben poteva essere raggiunto senza proclamare inesistenti privatizzazioni e senza intaccare un sistema di riparto di giurisdizioni funzionale a quella compresenza di pubblico e di pri-

(21) G. CAPALDO, *Interessi pubblici e coordinamento legislativo e riflessioni in margine al tema dei reati contro la p.a.*, in *Corruzione e sistema istituzionale* a cura di M. D'Alberti e Renato Finocchi, Bologna, 1994, 94.

(22) E. GUSTAPANE, *La crisi dei corpi tecnici dello Stato*, op. cit., 213 e ss.

(23) Cass., SS.UU. 28 aprile 1993 n. 4996.

vato che caratterizzava il rapporto di pubblico impiego normativamente regolato e che continuerà a caratterizzare anche quello contrattualmente disciplinato, come dimostra il permanere della giurisdizione del giudice amministrativo per tutta una serie di questioni.

Orbene, rimane da chiedersi, di fronte alle privatizzazioni sopra ricordate, come si sia atteggiato il riparto di giurisdizioni.

La linea di tendenza emersa – non senza qualche discontinuità – dalla giurisprudenza civile, penale, amministrativa e contabile⁽²⁴⁾ è stata quella sostanzialistica della natura dell'interesse e delle finalità perseguite. Come ha ben sintetizzato nel discorso pronunciato all'inizio del 2005 in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario il Procuratore Generale della Corte dei Conti, la finalità pubblica perseguita è caratteristica pervasiva e rende, quindi, irrilevante l'eventuale utilizzazione di strumenti privatistici.

Ma v'è di più. Il fine ultimo perseguito attraverso la corsa allo «Stato minimo» è quello di una economia regolata dalle leggi del mercato e della concorrenza invece che dallo Stato attraverso il potere di indirizzo e di gestione diretta. Il che comporta però che alla privatizzazione sostanziale si accompagni la liberalizzazione, che la privatizzazione relativa alle imprese erogatrici di servizi pubblici e di pubbliche utilità, sia subordinata a particolari cautele, prima fra tutte la creazione di organismi indipendenti per la regolazione delle tariffe ed il controllo della qualità dei servizi⁽²⁵⁾, che infine, venga istituito un sistema generale di controllo del mercato e della concorrenza, a tutela anche dei consumatori, o addirittura che venga imposto autoritativamente un «mercato simulato» per garantire l'esistenza di un sistema concorrenziale dove concorrenza non c'è.

Come già osservava, infatti, un liberista della statura di Luigi Einaudi «un mercato è innanzitutto caratterizzato dai carabinieri che ne fanno rispettare le regole»⁽²⁶⁾.

L'interesse pubblico sotteso all'economia, dunque, che una volta trovava la sua soddisfazione attraverso l'indirizzo e l'intervento diretto si è ritratto dall'uno e dall'altro, e tende però adesso a realizzarsi attraverso una funzione di regolazione, a garanzia della corretta osservanza delle regole della concorrenza e del mercato⁽²⁷⁾, con conseguente fioritura di una istituzione pubblica finora ignota al nostro ordinamento: le Autorità indipendenti, che rappresentano dunque le legittime eredi del carabiniere ottocentesco nel nuovo Stato neo-liberista.

(24) Vedansi, per tutte, Cass. SS.UU. 29 dicembre 1990 n. 12221; Cass. SS.UU. 6 maggio 1993 n. 4889 e 27 marzo 1997 n. 2738; Cass. pen. sez. feriale 19 agosto 1993, Pancheri in *Giust. pen.*, 1994, II, 1; Corte d'Appello di Roma 27 aprile 1994 in *Foro it.*, 1994, II, 605; Cons. Stato, V, 21 ottobre 1991 n. 1250; *Id.* VI, 20 maggio 1995 n. 498 in *Dir. proc. amm. vo.*, 1996, 147, con nota critica di A. POLICE; Corte costituzionale 28 dicembre 1993 n. 466; Cons. Stato, V, 27 dicembre 1996 n. 1577.

(25) Vedasi in particolare legge 14 novembre 1995 n. 481.

(26) F. BONELLI, *Le privatizzazioni delle imprese pubbliche*, Milano, 1966, 1.

(27) N. IRTI, *Il diritto della transizione*, in *Riv. It. dir. prov.*, 1997, 11 e ss.

Orbene, tali Autorità, anche se investite di funzioni pubbliche neutrali da «magistrature economiche», non possono essere considerate nel nostro ordinamento altro che Autorità amministrative, in quanto tali assoggettate, secondo le regole generali, al sindacato naturale del giudice amministrativo, come d'altronde previsto con poche eccezioni.

Attraverso il sindacato degli atti delle Autorità indipendenti, il giudice amministrativo resta dunque il giudice dell'interesse pubblico nell'economia anche nella sua nuova epifania regolatrice.

In tale linea evolutiva, che ha sempre visto nel giudice amministrativo il giudice naturale della funzione pubblica a prescindere dalle modalità del suo esercizio, mi sembra collocarsi perfettamente la sentenza 204/2004 della Corte Costituzionale che, non che sancire una mai affermata incompatibilità della attività *iure privatorum* dell'Amministrazione con la giurisdizione esclusiva, ha invece affermato il ben diverso principio della idoneità ad essere attratte nell'area della giurisdizione esclusiva delle sole materie *naturaliter* appartenenti a quella generale di legittimità per la fisiologica compresenza in esse di un potere autoritativo della pubblica Amministrazione.

Dalla piana enunciazione della regola come sopra descritta dalla Corte discende la declaratoria di illegittimità della indiscriminata estensione della giurisdizione alla materia dei servizi pubblici. Estensione caratterizzata da tre connotazioni che la Corte sembra (e forse non a torto) aver considerato quasi provocatorie e cioè la non chiara delimitazione dei confini della materia denominata «pubblici servizi» (forse ha giocato in proposito anche la singolare dilatazione di tali confini oltralpe); la sua individuazione attraverso un non meglio identificato pubblico interesse di settore; infine la elencazione – solo esemplificativa! – di controversie a carattere tipicamente ed esclusivamente privatistico.

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

Tale statuizione riguarda, all'evidenza, i meri comportamenti del tipo «ragion fattasi», non anche comportamenti conseguenti ad un atto autoritativo poi venuto retroattivamente meno o annullato (28) nè comportamenti consistenti nel mancato esercizio di un potere autoritativo (29) in quanto in tutti tali casi il comportamento non è disconnesso dal pubblico potere ma è collegato ad un suo precedente esercizio, anche se poi caducato, o ad un mancato esercizio che ne postula, ovviamente, la compresenza.

(28) Cons. Stato, Ad. Plen. 20 giugno 2005 n. 4; d'altronde in tal senso già Cons. Stato, VI, 20 aprile 2004 n. 2221.

(29) Cons. Stato, Ad. Plen. 15 settembre 2005 n. 7.

Fin qui la *pars destruens* della sentenza che ha sottratto al giudice amministrativo la cognizione di situazioni paritarie come i rapporti debito-credito correlati all'erogazione di servizi pubblici e meri comportamenti(30) e che sembra difficilmente criticabile e, tutto sommato, di modesta portata in termini generali.

4. segue: c) *risoluzione della quarta ambiguità.*

Oltre alla *pars destruens* la sentenza contiene, poi, anche una *pars construens*: *pars construens* che appare di assai maggiore momento per la definizione delle nuove frontiere della giurisdizione amministrativa, nonostante costituisca, per generale opinione, un *obiter dictum*(31) e che risolve quella enumerata all'inizio della presente relazione come quarta ambiguità costituzionale.

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

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

Innanzitutto perché si tratta di un *obiter dictum* assai particolare, in quanto, come ha sottolineato la stessa Corte, i giudici remittenti avevano a lungo invocato il relativo disposto a sostegno delle loro censure, qualificando il risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo come «materia nuova» e trasversale attribuita al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva in maniera «indiscriminata e generale» e quindi al di fuori del criterio di «particolarità» che deve presiedere alla individuazione delle materie di giurisdizione esclusiva(32). Se di *obiter dictum* si tratta è comunque, quindi, un *obiter dictum* strettamente connesso con la *ratio decidendi* ed anzi ad esso legato da un vero e proprio... nodo gordiano.

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

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

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

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

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

Quella opposta avrebbe potuto essere sostenuta sulla base della qualificazione normativa del risarcimento come «diritto patrimoniale consequenziale», locuzione che è tradizionalmente usata nella disciplina delle materie assoggettate alla giurisdizione esclusiva (33) oltretutto, naturalmente sulla base del ben noto precedente della Cassazione (sent. 500/1999).

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

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

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

L'opzione della Corte costituzionale conferma comunque l'esattezza della tesi della pregiudizialità della pronuncia cassatoria rispetto alla pronuncia risarcitoria, già fatta propria dalla giurisprudenza amministrativa (34).

5. Considerazioni conclusive.

I rivolgimenti di fine millennio della giustizia amministrativa erano stati salutati dai commentatori in vario modo. Il tema dominante e largamente prevalente era comunque quello di un *requiem* per l'interesse legittimo, destinato a dissolversi nel diritto soggettivo con la perdita della funzione di discriminare delle giurisdizioni, ormai assolta dal criterio delle materie o dei «blocchi di materie» (35).

L'anomalo sistema «dualistico» italiano (in cui cioè il contenzioso della pubblica Amministrazione è conosciuto da due distinti giudici, a seconda

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

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

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

della situazione soggettiva dedotta in giudizio) – si diceva – ha finalmente perso la sua anomalia e si avvia a diventare monistico, come accade in tutti gli altri stati d'Europa, nei quali uno solo è il giudice della pubblica Amministrazione: quello ordinario (ed unico) nei paesi a sistema di *common law* e quello amministrativo nei paesi a sistema di *civil law*.

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

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

La via prescelta dal legislatore del 1997-2000 per realizzare tale risultato di omogeneizzazione fu quella di accentuare al massimo una tendenza già manifestatasi in maniera sempre meno timida in tutto il secondo cinquantennio del secolo trascorso (36), cioè l'espansione dell'area della giurisdizione esclusiva, sulla base di una ritenuta insussistenza di limiti costituzionali posti in materia al legislatore (37).

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

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

Anche nel diritto francese, infatti, quando l'Amministrazione «*n'use pas les prerogatives de puissance publique et se met en civil*», cioè agisce *iure privatorum* (38), la giurisdizione è del giudice ordinario. Lo stesso dicasi per i comportamenti, qualificabili come «*voie de fait*» (39), cioè i comportamenti senza potere.

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

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

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

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

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

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

Il paragone diventa ancora più calzante ove si pensi all'acquisto da parte del giudice amministrativo italiano della tutela risarcitoria in materia così di diritti come di interessi. Il che realizza un totalizzante contenzioso «di piena giurisdizione». In realtà la sostanziale anomalia italiana nel quadro europeo della giustizia amministrativa non era tanto quella formalmente più evidente del discrimine delle giurisdizioni basato sulla dicotomia diritto-interesse legittimo quanto quella sostanziale del doppio tabù della irrisarcibilità dell'interesse legittimo e della negazione della tutela risarcitoria in sede di giustizia amministrativa, con conseguenti dinieghi di giustizia o, nella migliore delle ipotesi, necessità di defatiganti ricorsi successivi ai due ordini giurisdizionali.

Il secondo tabù fu infranto dal legislatore delegante del 1997 (40). Il primo dalla Cassazione del 1999 (41). Il legislatore del 2000 (42) si limitò ad una lettura integrata dei due precetti, legislativo e giurisprudenziale. Se il giudice amministrativo somministra anche tutela risarcitoria e se la lesione dell'interesse legittimo può causare danno risarcibile, ebbene al giudice amministrativo spetterà la relativa pronuncia.

La Suprema Corte, quindi, nel momento in cui capovolgeva un'ultracentenaria giurisprudenza (ritornando però ad un proprio originario liberale orientamento (43)) portava acqua ad un mulino che non era il proprio (44).

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

Con essa il giudice amministrativo ha perso «qualche pezzo marginale di giurisdizione» (45) oltretutto poco congruente, come si è visto, con la sua natura e tradizioni, restandogli acquisita, per converso, una tutela risarcitoria a 360 gradi.

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

(40) Legge 15 marzo 1997 n. 59.

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

(42) Legge 21 luglio 2000 n. 205.

(43) I. F. CARAMAZZA, *Le nuove frontiere della giurisdizione amministrativa*, in *Rass. Avv. Stato* 2004, 791 ss.

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

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

Finalmente, dopo quasi un secolo e mezzo di travagliato percorso, il sistema italiano di giustizia amministrativa si avvia a diventare pienamente soddisfacente.

La cosa più singolare è che per giungere a questo risultato, che dà alla giurisdizione amministrativa italiana una pienezza di poteri comparabile a quella delle omologhe giurisdizioni continentali, la Corte Costituzionale abbia fatto leva sulla costituzionalizzazione dell'interesse legittimo.

Cioè su di un istituto nato come «arma di guerra» (46) brandita dall'Esecutivo per difendere i propri privilegi dalle insidie del controllo giurisdizionale.

È questa la conferma migliore che il paradosso è l'essenza della storia della nostra giustizia amministrativa.

(46) M. NIGRO, *Ma cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987, V, 470.

Il diritto degli aeroporti nel nuovo codice della navigazione: le concessioni aeroportuali

di Pierluigi Di Palma

1. Prima di affrontare il tema delle concessioni aeroportuali è necessario individuare il ruolo ricoperto dalle società di gestione totale nell'ambito dell'attuale assetto di competenze in materia di aviazione civile, fatto che presuppone l'esatta definizione del concetto di «gestore totale».

Infatti, la concessione aeroportuale viene rilasciata dall'amministrazione dello Stato, latamente intesa, in favore di un soggetto privato, «gestore totale», in relazione ad una verifica della sussistenza di un interesse pubblico collegato, in particolare, all'idoneità del soggetto, a cui vengono trasposte funzioni pubblicistiche, a presidiare efficacemente la sicurezza del trasporto aereo nello scalo d'interesse.

Tale espressione, invero, non era presente nel codice della navigazione del 1942 che ha continuato a disciplinare con riconosciuta difficoltà una realtà aeroportuale che subiva, nel tempo, profonde trasformazioni in ragione dello sviluppo delle infrastrutture e dei traffici che ne mutavano progressivamente completamente la fisionomia.

Il mutamento, reso ancor più evidente dalla presenza in aeroporto delle società di gestione totale (affidata con leggi speciali a partire dal '54 e, recentemente, in attuazione del regolamento n. 521/1997) chiamate a gestire i principali scali italiani nei quali si sviluppa oltre l'80% del traffico aereo, ha determinato, soprattutto negli ultimi anni, approfondimenti di carattere giurisprudenziale in ordine ai limiti delle competenze dei vari soggetti, pubblici e privati, presenti negli aeroporti e coinvolti, in modo diverso, nell'erogazione dei servizi aeroportuali.

In tale contesto di necessaria individuazione delle funzioni e delle correlate responsabilità dei vari operatori aeroportuali, il decreto legislativo n. 96/2005 di Revisione della parte aeronautica del Codice della navigazione, adottato, in attuazione della delega di cui alla legge n. 265/2004 di conversione del decreto legge n. 237/2004, ha, tra l'altro, provveduto, in coerenza con le norme comunitarie, a precisare la nozione dei soggetti aeroportuali e specificatamente del gestore totale.

Dunque, il concetto giuridico di gestore totale sino ad oggi ricavato, in via interpretativa e deduttiva, dalla disciplina contenuta nelle leggi di settore e nelle direttive e nei regolamenti comunitari, ha trovato compiuta definizione nell'art. 705 del Codice della Navigazione, per come sostituito dalle norme di cui al decreto legislativo n. 96/2005 («*Il gestore aeroportuale è il soggetto cui è affidato, insieme ad altre attività o in via esclusiva, il compito di amministrare e di gestire le infrastrutture aeroportuali e di coordinare e controllare le attività dei vari operatori privati presenti nell'aeroporto o nel sistema aeroportuale considerato. (...)*»); inoltre l'art. 705 elenca una serie di compiti di non facile netta identificazione affidati al gestore: «*Ferme restando la disci-*

plina del Titolo VII - Polizia della navigazione - e comunque le competenze attribuite agli organi statali in materia di ordine e sicurezza pubblica, difesa civile, prevenzione incendi, soccorso e protezione civile (...))».

Al contrario, fino ad oggi, la nozione giuridica di «gestione totale» si ritrovava nell'art. 1, comma 4, del decreto legge 28 giugno 1995, n. 251, convertito dalla legge 3 agosto 1995, n. 351 («Fino all'affidamento della gestione totale alle società di cui all'art. 10, comma 13, della legge 24 dicembre 1993, n. 537 ...») e conseguentemente era da ritenere che fosse da riferirsi alla «gestione dei servizi ed alla realizzazione di infrastrutture aeroportuali» da parte delle società di capitale identificate dal regolamento n. 521/97, ricomprendendo anche i gestori aeroportuali di cui alle leggi speciali, espressamente richiamati all'art. 17, comma 2, del regolamento medesimo.

La normativa comunitaria ha rafforzato la nozione giuridica del gestore aeroportuale, definendo l'ente di gestione «l'ente cui le disposizioni legislative o regolamentari nazionali affidano, insieme ad altre attività o in via esclusiva, il compito di amministrare e di gestire le infrastrutture aeroportuali e di coordinare e controllare le attività dei vari operatori presenti nell'aeroporto o nel sistema aeroportuale considerato» (art. 2 - Definizioni - Direttiva 96/67/CE del 15 ottobre 1996, relativa all'accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità).

Nel dare attuazione alla citata direttiva, il concetto di «ente di gestione» è stato recepito nell'ordinamento nazionale secondo l'elaborazione comunitaria (art. 3 del decreto legislativo 13 gennaio 1999, n. 18), risultando un elemento assolutamente importante, ma forse poco valorizzato.

Di recente, a rafforzare il convincimento di un sempre maggior coinvolgimento delle società di gestione aeroportuale nella conduzione dello scalo, con responsabilità di coordinamento, è intervenuto il Regolamento (CE) n. 793/04 che, nel modificare il Regolamento (CEE) n. 95/93, relativo a norme comuni per l'assegnazione di bande orarie negli aeroporti della Comunità, all'art. 2, lettera j), ha inserito la definizione di «ente di gestione», ricalcando quella contenuta nella direttiva 96/67/CE.

La modifica, peraltro, è stata correlata alla possibilità, non prevista precedentemente, che il gestore aeroportuale sia coinvolto in una serie di attività per la gestione delle «bande orarie» di interesse dello scalo.

Parallelamente, anche la giurisprudenza ha preso atto delle mutate responsabilità del gestore aeroportuale e, in particolare il giudice di appello, pronunciandosi sui fatti che hanno determinato il disastro aereo di Verona del 13 dicembre 1995, ha affermato il principio della trasposizione di funzioni in capo alle società di gestione.

In tale contesto, appare di particolare interesse come l'ENAC abbia provveduto, già in data 7 dicembre 2001, a diramare una circolare indirizzata alle proprie strutture e a tutti i gestori aeroportuali in merito ai «piani di carico e centraggio», riconoscendo che detta trasposizione di funzioni era da ritenersi coerente con il ruolo che le nuove esigenze di organizzazione sono andate definendo in concreto in capo alle società stesse.

I principi enucleati nella decisione sul disastro di Verona e immediatamente applicati dall'ENAC, hanno trovato conferma nella definitiva sen-

tenza della Corte Suprema di Cassazione, la quale ha affermato che, con la stipula di una convenzione, la società di gestione concessionaria assume una posizione di garanzia rispetto alla sicurezza del volo, conservando l'amministrazione «*poteri autoritativi di controllo e di direzione sulla gestione dell'aerostazione e l'esercizio dei servizi aeroportuali, anche mediante l'emanazione di norme regolamentari interne [...]*».

Ulteriori conferme della centralità del ruolo di responsabilità nella conduzione dello scalo, assunto dal gestore totale dell'aeroporto, vengono da recenti pronunce del Giudice amministrativo che ha ritenuto la trasposizione di funzioni pubblicistiche «*l'attuazione del principio, fermo nel diritto sostanziale, per cui il gestore aeroportuale totale deve coordinare l'attività degli operatori nell'ambito del suo aeroporto*» (cfr. TAR Lazio, sez. III ter, ordinanza 2901, adottata nella Camera di Consiglio del 27 maggio 2004).

Di particolare importanza appare poi la sentenza del TAR Lazio, sez. III ter, n. 1488/04 del 29 gennaio 2004, depositata il 17 febbraio 2004, non impugnata e quindi passata in giudicato, che enuclea, in una serie di passi, degli importanti principi, rispettivamente sul ruolo del gestore e su quello dell'Autorità pubblica di settore:

«[...] in virtù del Dlg 250/1997, l'ENAC si configura quale Autorità aeronautica nazionale, vale a dire il soggetto giuridico deputato all'assolvimento delle funzioni d'amministrazione attiva, di controllo e di vigilanza nel settore pubblico dell'aviazione civile e nei confronti dell'attività delle società di gestione aeroportuale.

[...] Assodata, quindi, la competenza dell'ENAC e delle sue articolazioni periferiche all'esercizio della potestà tutoria ex Dlg 250/1997, va disattesa la pretesa attorea, laddove tenta d'inferire dalla gestione totale una sorta di concessione traslativa, a favore della ricorrente, di tutti i poteri dell'Autorità aeronautica sull'aeroporto così gestito.

[...] la gestione totale si manifesta a guisa d'evoluzione e non come un metodo alternativo all'uso, mediante concessione, degli aeroporti in tutto o in parte statali, onde essa non è incompatibile e, quindi, idonea a determinare l'abrogazione implicita delle relative norme del codice della navigazione.

[...] il D.M. 521/1997 è fonte attuativa e, al contempo, di messa a giorno del sistema concessorio istituito dal Codice, alla luce dei nuovi metodi operativi dell'impresa aeroportuale, senza che ciò implichi necessariamente la traslazione di competenze di polizia aeroportuale e della navigazione aerea a favore del concessionario.

[...] neppure il D.lg. 18/1999, ancorché di derivazione comunitaria, offre argomenti probanti [...] circa l'assunzione in toto, a favore delle gestioni aeroportuali totali, di poteri amministrativi atti a superare la funzione tutoria dell'ENAC.

[...] il D.lg. 18/1999 ribadisce la competenza del gestore totale sulle materie devolutegli dalla legge e dalla Convenzione, ma con la precisazione che il potere di coordinamento implica non già il superamento di detti poteri di polizia, bensì l'assunzione delle connesse responsabilità, quale momento di garanzia per la sicurezza del volo».

Nella parte finale della motivazione, inoltre, vengono specificatamente individuati, con l'enunciazione degli articoli del Codice della navigazione che li prevedono, salvo modifiche apportate con il decreto legislativo n. 96/2005, i poteri di polizia che restano incardinati in capo all'ENAC, quale organo territoriale dell'Autorità vigilante.

Le importanti affermazioni contenute nella predetta sentenza, circa la ripartizione dei «poteri aeroportuali» tra gestore ed ENAC, hanno di recente trovato ulteriore conferma in una decisione del Consiglio di Stato (sez. VI n. 4609 del 29 aprile 2005, depositata l'8 settembre 2005) che, nell'accogliere l'appello proposto dall'Avvocatura Generale dello Stato statuisce che non «(...) vi era incompetenza della DCA di Pisa ad emanare l'ordinanza di costituzione obbligatoria del consorzio ed a segnalare l'applicazione eventuale della sanzione d'interdizione dalle operazioni di volo, dal momento che tale potere derivava dagli artt. 698, 718, 719 e 725 del codice della navigazione, che conferivano all'ente poteri di vigilanza e di polizia aeroportuale e che, quindi, lo abilitavano all'adozione delle necessarie misure preventive tra cui anche quella dell'interdizione del volo per motivi di sicurezza. (...)».

In definitiva, le sentenze citate autorevolmente avallano quanto già affermato dall'ENAC con la Circolare APT-08B, serie aeroporti, del 1 marzo 2002, in cui nella parte che definisce «Funzioni e ruolo degli enti aeroportuali» si legge quanto segue.

«La disciplina complessiva dei rapporti con le società di gestione aeroportuale, nascente sia da apposita legislazione sia da atti amministrativi, evidenzia che si è realizzato in concreto, un trasferimento di pubbliche funzioni in capo alle società stesse sia sotto il profilo attivo, con l'attribuzione, ad esempio, del diritto di fare propri gli introiti di natura erariale, sia con riguardo alle prestazioni che sono obbligate a fornire.

[...] In definitiva, sulla base dell'attuale quadro normativo, è da considerarsi affermato il principio secondo cui l'organizzazione del sistema dei controlli non può prescindere dalla rilevazione delle posizioni che, nel moderno assetto dell'esercizio aeroportuale, sono attribuite ai soggetti che operano in tale sistema; ciò comporta che determinate competenze, in precedenza riferite ad un solo soggetto, debbano ora essere «ripartite» in stretta correlazione con i ruoli e le posizioni di ciascuno».

In conclusione, appare chiaro che il gestore totale, per normativa comunitaria recepita nel nostro ordinamento, oggi espressamente richiamata nel codice della navigazione (art. 705), è l'ente cui le disposizioni normative o regolamentari nazionali affidano, insieme ad altre attività, il compito di amministrare e di gestire le infrastrutture aeroportuali e di coordinare e controllare le attività dei vari operatori presenti nello scalo, così riconoscendogli, nell'attuale assetto di competenze, il ruolo di soggetto responsabile dell'efficienza ed operatività dell'aeroporto, salvo il potere di vigilanza attiva e di polizia dell'ENAC e degli altri organi dello Stato.

La disciplina complessiva dei rapporti tra l'amministrazione concedente e le società di gestione totale, dunque, determina la formale trasposizione di funzioni pubblicistiche in capo al gestore, mentre l'ENAC si configura quale

soggetto giuridico deputato all'assolvimento delle funzioni di amministrazione attiva, di controllo e di vigilanza nel settore dell'aviazione civile e, particolarmente, nei confronti dell'attività delle società di gestione aeroportuale.

Ulteriore conferma dei ruoli, rispettivamente di vigilanza e di gestione, è rinvenibile nel consenso rilasciato recentemente dall'ENAC in favore di una società di gestione totale in base all'art. 14 della legge n. 241/1990, come modificato ed integrato dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15, ai sensi del quale la conferenza di servizi, in caso di affidamento di concessione di lavori pubblici, può essere indetta, con il consenso del concedente, direttamente dal concessionario.

Infine, occorre segnalare che, in controtendenza rispetto al quadro appena delineato delle competenze assunte dal gestore totale, sembra porsi la recente decisione del 14 marzo 2005 del foro di Milano sull'incidente di Linate che ha escluso addebiti specifici a carico degli imputati dipendenti della società di gestione totale.

A ciò si aggiunga che la recente legge, n. 265/2004 di conversione del decreto legge, n. 237/2004, recante interventi urgenti nel settore dell'aviazione civile e poi il decreto legislativo n. 96/2005 hanno ulteriormente disciplinato l'ambito delle competenze del gestore aeroportuale, interessando conseguentemente lo svolgimento delle funzioni intestate alle Autorità pubbliche di settore, con effetti che dovranno essere attentamente analizzati, nel corso dei prossimi mesi.

2. Alla luce di quanto detto in merito al ruolo del gestore aeroportuale che oggi, con la pubblicazione sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 131 dell'8 giugno 2005 del decreto legislativo 9 maggio 2005, n. 96 (*Revisione della parte aeronautica del Codice della navigazione, a norma dell'articolo 2 della legge 9 novembre 2004, n. 265*), ha trovato puntuale definizione normativa, è possibile affrontare il problema delle concessioni aeroportuali in relazione alle novità apportate al procedimento di affidamento delle gestioni aeroportuali dal decreto legislativo n. 96/2005.

In definitiva la concessione aeroportuale serve a consolidare in capo ad un soggetto privato, il gestore aeroportuale, una serie di funzioni pubblicistiche tese a rafforzare il presidio per la sicurezza del trasporto aereo.

Prima ancora di illustrare le principali novità che interessano tale procedimento, sembra opportuno porre in evidenza che la novella del codice della navigazione appare diretta anzitutto a consolidare il motivo ispiratore del legislatore del 1993 che, nel porre le basi della riforma dell'affidamento delle gestioni aeroportuali, ha inteso uniformare le diverse tipologie di gestione, riconducendole all'unico paradigma della gestione totale.

La linea di continuità prescelta è rivolta ad incardinare la disciplina codicistica della materia in un alveo di competenze istituzionali sostanzialmente mutato per effetto della rinnovata ripartizione di materie riconosciute alle Regioni dalla legge costituzionale n.3/2001 che — come noto — ha ascrivito alle stesse, tra le materie concorrenti, gli *aeroporti civili*.

In particolare, l'articolo 3, comma 1, del decreto legislativo n. 96/2005 ha riscritto, tra gli altri, l'articolo 698 cod. nav. (*Aeroporti di rilevanza nazionale e di interesse regionale*), ai sensi del quale «*Con decreto del Presidente*

della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano e sentita l'Agenzia del demanio, sono individuati, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari da esprimere entro trenta giorni dalla data di assegnazione, gli aeroporti di rilevanza nazionale, quali nodi essenziali per l'esercizio delle competenze esclusive dello Stato, tenendo conto delle dimensioni e della tipologia del traffico, dell'ubicazione territoriale e del ruolo strategico dei medesimi, nonché di quanto previsto nei progetti europei TEN. Con il medesimo procedimento si provvede alle modifiche del suddetto decreto del Presidente della Repubblica (...)».

Lo Stato, attraverso una procedura che, per superare i dubbi di costituzionalità secondo il principio di «leale collaborazione» da ultimo riaffermato dalla decisione della Suprema Corte con la decisione n. 383/05, garantisce un'ampia partecipazione istituzionale, ha l'onere di individuare sulla base di criteri finora solo enunciati, ma che dovranno tradursi in dati concreti, gli aeroporti sui quali esercitare le proprie competenze esclusive. La medesima procedura, inoltre, dovrà essere seguita per le eventuali successive modifiche dell'elenco degli aeroporti di rilevanza nazionale che saranno individuati in prima istanza.

Il tenore della norma è chiaro, ma il passaggio di un aeroporto dallo Stato alle Regioni o viceversa apre una serie di questioni in ordine al destino dei rapporti con l'eventuale gestore concessionario, statale o regionale, che verrà transitato dall'uno all'altra o viceversa.

Da segnalare, inoltre, appare la nuova formulazione dell'articolo 704 (*Rilascio della concessione di gestione aeroportuale*) che dispone quanto segue.

«Alla concessione della gestione totale aeroportuale degli aeroporti di rilevanza nazionale si provvede con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e, limitatamente agli aeroporti militari aperti al traffico civile, con il Ministro della difesa.

Il provvedimento concessorio, nel limite massimo di durata di quaranta anni, è adottato, su proposta dell'ENAC, all'esito di selezione effettuata tramite procedura di gara ad evidenza pubblica secondo la normativa comunitaria, previa idonee forme di pubblicità, nel rispetto dei termini procedurali fissati dall'ENAC, sentita, laddove competente, la regione o provincia autonoma nel cui territorio ricade l'aeroporto oggetto di concessione (...)».

Viene in sostanza affermata la competenza dei Ministri al rilascio, previa istruttoria dell'ENAC, della concessione di durata massima quarantennale e viene generalizzata la procedura di gara ad evidenza pubblica — finora relegata a ruolo residuale — quale modalità di individuazione del concessionario.

Ulteriore elemento di novità è il coinvolgimento, nel procedimento di concessione, della Regione o della Provincia autonoma territorialmente competente, sebbene non appaia chiaro in quale fase e quindi quale soggetto — l'ENAC o il Ministero — sia tenuto ad acquisirne l'avviso e, soprattutto, dovrà essere chiarito il significato dell'espressione «laddove competente»,

visto che non può ovviamente riferirsi ad una competenza territoriale che esiste sempre, e che, trattandosi di aeroporti di importanza nazionale, le Regioni sono incompetenti in quanto materia estranea.

In ogni caso, il comma 2 dell'art. 3 del decreto legislativo 96/2005 prevede che «*Indipendentemente dall'individuazione degli aeroporti di rilevanza nazionale, ai sensi dell'articolo 698 del codice della navigazione, da effettuare entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo, le disposizioni di cui all'articolo 704, primo e secondo comma, del codice della navigazione, come modificato dal presente decreto legislativo, non si applicano alle concessioni della gestione aeroportuale già rilasciate, anche in base a legge speciale, nonché ai procedimenti di rilascio della concessione su istanza antecedente alla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo, ai sensi del decreto del Ministro dei trasporti e della navigazione 12 novembre 1997, n. 521. Detti procedimenti devono concludersi entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo. Decorso inutilmente il detto termine le società istanti possono chiedere, con oneri a carico delle medesime, al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti la nomina di un Commissario ad acta, il quale nei successivi sessanta giorni provvede sull'istanza, provvedendo al rilascio della concessione una volta verificato il possesso dei necessari requisiti*».

Si tratta di una norma di natura transitoria rispetto alle vigenti potestà regionali in materia, che fa salvi i provvedimenti di concessione già rilasciati ed è destinata ad assicurare in tempi contenuti il completamento dei procedimenti avviati in relazione alle domande di affidamento presentate ai sensi del regolamento n. 521/97.

Il tenore della disposizione, riferendosi alle istanze antecedenti alla data di entrata in vigore del decreto legislativo, peraltro, risolve *in nuce* la dibattuta questione della natura dei termini che stabilivano la scadenza degli adempimenti stabiliti dal regolamento.

Senonché, l'esordio della disposizione (*Indipendentemente dall'individuazione degli aeroporti di rilevanza nazionale ...*) appare chiaramente rivolto ad assicurare che le Autorità competenti (ENAC e Ministero) possano perfezionare l'affidamento di tutte le gestioni totali richieste, secondo un procedimento rispetto al quale è ininfluente (questo è il senso comune dell'avverbio «*Indipendentemente*» usato dal legislatore) ogni effetto derivante dalla classificazione degli aeroporti, quando essa sarà definita.

Il tenore della norma, dunque, induce a ritenere che il legislatore abbia voluto in tal modo dare continuità ai procedimenti avviati in vigore del regolamento n. 521/97 — i cui contenuti sono stati successivamente integrati dalle disposizioni della legge 9 novembre 2004, n. 265 — limitando, conseguentemente, l'ambito di applicazione della nuova disciplina ai procedimenti di affidamento degli aeroporti che non sono stati richiesti «*con istanza antecedente alla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo, ai sensi del decreto del Ministro dei trasporti e della navigazione 12 novembre 1997, n. 521*».

A ben vedere, la portata innovativa della norma sembra destinata a non avere effetti sulla totalità dei procedimenti di affidamento degli aeroporti

già gestiti in regime parziale o precario né sugli aeroporti affidati in gestione totale con leggi-provvedimento (complessivamente 48 aeroporti), con la conseguenza che, in sostanza, la nuova disciplina riguarderebbe gli aeroporti minori gestiti direttamente dallo Stato (Lampedusa, Pantelleria, Roma-Urbe ed altre poco significative realtà aeroportuali) e quelli di futura realizzazione.

D'altra parte, l'ENAC, già alla data di pubblicazione del decreto legge 8 settembre 2004, n. 237, successivamente convertito nella legge n. 265/2004, recante la previsione di individuazione degli aeroporti di rilevanza nazionale, ha ritenuto irrilevante tale scelta ai fini dell'ulteriore corso dei procedimenti di affidamento delle gestioni totali; tanto è vero che, pur non conoscendo quali fossero gli aeroporti rientranti nelle competenze statali né i criteri di scelta, ha continuato a dare corso alla stipula di convenzioni ed proporre la sottoscrizione dei relativi decreti interministeriali di concessione, peraltro non ancora efficaci.

Per i procedimenti di affidamento avviati in relazione a istanze presentate prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo e per quelli già perfezionati, la disciplina di transizione introdotta dal legislatore esclude anche l'applicazione dell'articolo 704, comma 1, ai sensi del quale *«Alla concessione della gestione totale aeroportuale degli aeroporti di rilevanza nazionale si provvede con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e, limitatamente agli aeroporti militari aperti al traffico civile, con il Ministro della difesa»*.

Conseguentemente, per le fattispecie richiamate dal comma 2 dell'articolo 3 del decreto legislativo n. 96/2005, ferma restando la vigilanza del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, le concessioni di gestione totale dovranno ritenersi perfezionate all'esito dei procedimenti di competenza dell'ENAC.

Coerentemente con quanto sostenuto, l'ultima parte dell'art. 3, comma 2, dispone che: *«... le società istanti possono chiedere ... al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti la nomina di un Commissario ad acta, il quale nei successivi sessanta giorni provvede sull'istanza, provvedendo al rilascio della concessione una volta verificato il possesso dei necessari requisiti.»*

La disposizione, partendo dal presupposto oggettivo del superamento del tempo massimo di un anno dall'entrata in vigore del decreto legislativo e della mancanza di un provvedimento di concessione, legittima il soggetto che abbia richiesto la concessione a rivolgersi al Ministro affinché nomini un Commissario *ad acta*, inteso quale organo straordinario, incaricato di definire gli adempimenti non perfezionati dall'Ente.

Pertanto, il Commissario non solo *provvede sull'istanza*, curando il completamento delle fasi istruttorie riguardanti l'accertamento dei requisiti stabiliti dal regolamento n. 521, l'esame e la valutazione dei programmi di intervento pluriennali comprensivi dei piani di investimento ed economico-finanziari ai fini della determinazione della durata dell'affidamento, ma, una volta ultimata tale fase, deve altresì curare la sottoscrizione della convenzione di affidamento e del contratto di programma, *provvedendo infine al rilascio della concessione*.

La norma, dunque, attribuisce al Commissario la competenza ad adottare l'atto conclusivo del procedimento, operandosi, quindi, in capo all'organo straordinario dell'ENAC una concentrazione di attività fin qui ripartite tra soggetti diversi.

Il nuovo assetto di competenze appena delineato induce a ritenere che il legislatore abbia voluto ricondurre integralmente in ambito ENAC la definizione dei procedimenti di affidamento delle gestioni totali cui fa riferimento il comma 2 dell'art. 3, sia per le attività istruttorie che per l'emanazione del provvedimento di concessione.

Al riguardo, si segnala che la IX Commissione Trasporti, nel corso di dibattiti successivi all'emanazione del decreto legislativo n. 96/2005 ha avuto modo di affermare che nel redigere le modifiche al citato codice, si è previsto, all'articolo 716, che le disposizioni di cui all'articolo 704, commi 1 e 2, del codice della navigazione, come modificato dal decreto legislativo, non si applichino ai procedimenti concessori originati da istanze presentate antecedentemente all'entrata in vigore del medesimo decreto. A quei provvedimenti concessori per i quali la domanda sia stata presentata precedentemente si dovrebbe quindi applicare non questa norma ma la disposizione prevista dall'articolo 704, comma 3, secondo cui l'affidamento in concessione è subordinato all'ottenimento da parte del gestore aeroportuale della apposita certificazione rilasciata dall'ENAC e alla sottoscrizione di una convenzione e di un contratto di programma tra il gestore aeroportuale e l'ENAC, nel rispetto delle direttive emanate dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

Le indicazioni della Commissione Parlamentare che, sul punto, si è espressa senza distinzioni di appartenenza politica, assumono una valenza interpretativa autentica da cui l'Amministrazione non potrà discostarsi facilmente, sembrano confermare che la *ratio legis* è quella di portare a termine, attraverso lo strumento della semplificazione procedimentale e della concentrazione di competenze in capo ad un unico soggetto (l'ENAC), quella riforma delle gestioni aeroportuali concepita nell'ormai lontano 1993, quantomeno con riferimento a quelle tuttora pendenti e rispetto alle quali l'amministrazione non è riuscita a dare, nell'ultimo periodo, positiva e definitiva risposta.

Silenzio inadempimento, denuncia di inizio attività, silenzio assenso, accesso: le novità della legge 80/05

di Maria Vittoria Lumetti

SOMMARIO: 1. Il silenzio e la conclusione del procedimento. L'art. 2, sostituito dall'art. 3, comma 6 bis della legge 80/2005. – 2. La legge 80/05 prevede la possibilità da parte del G.A. di conoscere la fondatezza dell'istanza. – 3. Il rito speciale del silenzio introdotto dalla legge 205/2005 e modificato dalla legge 80/2005. – 4. L'oggetto del giudizio amministrativo del rito del silenzio e gli orientamenti dottrinari e giurisprudenziali. – 5. La riforma dell'art. 18 l'art. 3, comma 6 novies aggiunge il comma 2 bis – 6. L'art. 19 è sostituito dall'art. 3, comma 1 legge 80/2005. La denuncia di inizio attività. La natura giuridica della d.i.a. e la riformulazione dell'art. 19. – 7. L'art. 20 legge 241/2005 è sostituito dall'art. 3, comma 6 ter della legge 80/2005. – 8. L'art. 21 è riformato dall'art. 3, 6 novies della legge 80/2005 – 9. In materia di accesso viene introdotta la giurisdizione esclusiva del G.A. L'art. 3, comma 6 decies aggiunge il comma 5 all'art. 25.

1. Il silenzio e la conclusione del procedimento. L'art. 2, sostituito dall'art. 3, comma 6 bis della legge 80/2005.

La legge n. 80/2005 ha portato a novanta i giorni a disposizione dell'amministrazione per concludere il procedimento. In effetti trenta giorni apparivano eccessivamente esigui per far fronte all'enorme carico di lavoro delle amministrazioni.

Prevede, anche, la possibilità per il giudice di conoscere la fondatezza dell'istanza proposta da parte del giudice amministrativo.

2. La legge 80/05 prevede la possibilità da parte del G.A. di conoscere la fondatezza dell'istanza

La legge n. 80 del 2005 ha innovato l'art. 2 della legge 241/1990, che non era stato sul punto toccato dalla legge n. 15.

L'art. 6 bis della legge ha inserito un inciso al comma 5 dell'art. 2: «Il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza».

In questo modo viene riconosciuta la possibilità per il giudice amministrativo di sindacare anche il merito dell'istanza e di pronunciarsi sulla richiesta attorea, senza limitarsi a dichiarare l'obbligo per la P.A. di pronunciarsi *tout court*.

La legge, tuttavia, non recepisce l'orientamento che si era formato in giurisprudenza a seguito dell'ad. plen. del Consiglio di Stato, 9 gennaio 2001, n. 1.

L'ad. plen., infatti, facendo chiarezza in merito al dibattito dottrinario che si era sviluppato a seguito dell'introduzione del rito speciale del silenzio da parte della legge 205/2000, aveva limitato i poteri del giudice amministrativo in tema di ricorsi avverso il silenzio della P.A.

In caso di ricorso avverso il silenzio, la cognizione del giudice era limitata all'accertamento dell'illegittimità dell'inerzia dell'amministrazione e non si estendeva all'esame della fondatezza della pretesa sostanziale del privato (sentenza di mero accertamento).

Prima della legge 80/2005 il compito del giudice era esclusivamente quello di accertare se il silenzio della P.A. fosse o non fosse illegittimo e, in caso di accoglimento del ricorso, di ordinare alla P.A. di provvedere sull'istanza avanzata dal soggetto privato nominando, nell'eventualità di ulteriore inerzia, un commissario *ad acta*.

Il giudice, pertanto, non si sostituiva alla P.A. in nessuna fase del giudizio, ma accertava l'illegittimità o meno del silenzio.

Ora, invece, ha il potere discrezionale di pronunciarsi anche nel merito della questione.

3. Il rito speciale del silenzio introdotto dalla legge 205/2005 e modificato dalla legge 80/2005.

L'introduzione, con la legge. 205/2005, nel contesto della riforma del processo amministrativo, di una regola processuale speciale (che si accosta ad altre forme di riti speciali) per i ricorsi avverso il silenzio della P.A., ha sortito l'effetto di rilanciare il dibattito dottrinario e giurisprudenziale sulla questione della tutelabilità delle situazioni giuridiche soggettive dei privati nell'ipotesi di mancata adozione del provvedimento amministrativo.

Il rito è incentrato sulla emanazione in tempi brevi di una sentenza del giudice amministrativo che ordina alla P.A. di provvedere e su una successiva, eventuale, seconda fase, costituita da un giudizio di ottemperanza speciale o anomala, che si apre con l'insediamento di un commissario in sostituzione dell'amministrazione rimasta inadempiente all'ordine del giudice.

La legge 205/2000 persegue, com'è noto, principalmente tre obiettivi: l'acceleramento dei processi⁽¹⁾, la semplificazione e deflazione dei procedimenti, il recepimento a livello legislativo dei principi elaborati dalla giurisprudenza.

Alla base della riforma del processo amministrativo, infatti, vi è l'insopprimibile necessità di rendere effettivo il collegamento tra diritto sostanziale e processo, tra situazione giuridica di tipo pretensivo e la tutela giurisdizionale di annullamento, al fine di realizzare la completa attuazione degli artt. 24 e 113 della Costituzione.

Per la prima volta il legislatore ha introdotto un giudizio sul silenzio: un modello simile esisteva solo nei trattati Ceca e Cee.

La legge 205, come detto, introduce una regola processuale speciale: i ricorsi avverso il silenzio inadempimento, potranno decidersi direttamente in camera di consiglio, e non a seguito di pubblica udienza, analogamente a quanto avviene per la domanda cautelare.

(1) Interessante è notare che anche Giustiniano ordinò ai giudici di decidere una causa entro 3 anni (*ne lites fiant immortales*).

Il problema relativo al tipo di azione esperibile al fine di superare il silenzio dell'Amministrazione, di cui si è discusso in dottrina (2), pare oggi risolto *per tabulas* dall'art. 21 *bis*.

Tale soluzione, peraltro, riduce anche le distanze tra processo amministrativo e processo civile, in quanto ora il processo amministrativo è concepito anche come giudizio sul rapporto e non sull'atto.

L'art. 21 *bis* della legge T.A.R. così come riformato dalla legge 205 del 2000, ha introdotto, dunque, un sensibile mutamento.

La forma della decisione consiste in una sentenza motivata succintamente, come previsto dall'art. 9 della stessa legge 205/2000.

I termini sono estremamente concentrati, sia per il primo che per il secondo grado.

Ma la vera novità risiede nell'art. 21, comma 2: accolto in tutto o in parte il ricorso di primo grado il G.A., se persiste l'inerzia dell'Amministrazione ordina, con la stessa pronuncia conclusiva, di provvedere e, in caso di ulteriore inerzia, nomina un commissario *ad acta*.

L'intuizione della stigmatizzazione del collegamento logico tra accertamento e condanna – strumenti coercitivi e sostitutivi, concretizza un accertamento con funzione prodromica alla fase dell'esecuzione, che si conclude con una sentenza, come tale idonea al giudicato.

Attraverso la disposizione dell'art. 21 *bis*, fa ingresso nel processo amministrativo a favore del privato l'azione di condanna intentata nei confronti della P.A., al fine di ottenere un provvedimento.

La possibilità di condannare la P.A. ad un *facere* specifico è una assoluta novità nel nostro ordinamento (che può riecheggiare gli interventi pretorili in materia di salute degli anni settanta).

C'è un insieme di istituti già preesistenti: ciò si evince soprattutto nella seconda fase.

D'altronde, si era proprio auspicato un intervento del legislatore volto a «eliminare l'inconveniente di dover proporre due ricorsi (uno per accertare l'inerzia, l'altro per l'ottemperanza all'obbligo di provvedere) e quindi abbreviare considerevolmente i tempi necessari per ottenere giustizia» (3).

La seconda fase, infatti, è strutturata come un giudizio di ottemperanza speciale o anomalo, con la possibilità di nominare un commissario *ad acta*.

La legge delega prevede che il processo civile possa essere il modello di riferimento.

(2) G. VACIRCA, *Note sull'evoluzione della giurisprudenza in materia di silenzio della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1989, 440.

(3) G. VACIRCA, *Note...op.cit.*, 440, ove tuttavia si segnala il rischio che «una disciplina legislativa dei rimedi contro il silenzio-rifiuto irrigidisca l'istituto, privando il giudice di ogni margine di discrezionalità, il che potrebbe aggravare anziché risolvere certi problemi dell'attività amministrativa».

Nell'art. 21 *bis* il silenzio rileva, dunque, come fatto avente valore di presupposto processuale che, di conseguenza, consente di adire il giudice amministrativo (4).

Il giudizio, dunque, è distribuito in due fasi: la prima fase di cognizione e la seconda di ottemperanza (il commissario *ad acta* deve verificare se l'Amministrazione ha adempiuto).

Si profila un rito camerale a cognizione sommaria, che potrebbe essere considerato a cognizione piena, visto che è prevista l'emanazione di una sentenza.

È un micro giudizio, un segmento di tutela tipico della giurisdizione esclusiva, un innesto tra procedimento e processo, in cui l'esigenza di tempi accelerati si coniuga con l'emanazione di una sentenza da adottare in camera di consiglio.

Con la 205 il legislatore è stato pragmatico: è possibile individuare la *causa petendi* dell'azione nella valutazione contenutistica e sostanziale del provvedimento, al fine di orientare la condotta successiva, anche per il commissario *ad acta*, e il *petitum* nell'ordine nei confronti della P.A. di adottare un determinato provvedimento, indipendentemente dal suo contenuto.

Il rito del silenzio si chiude con una sentenza che contiene, tuttavia, l'accertamento della violazione ed, in più, i germi dell'esecuzione: vi è, infatti, stigmatizzato un collegamento logico tra accertamento e condanna e strumenti coercitivi e sostitutivi, ove risulta agevole cogliere la sequenza corretta di tale intuizione (5).

Si tratta di un rito variabile il cui contenuto, sotto il profilo degli snodi, non è rigidamente precostituito, ma è flessibile, per essere adattato al caso concreto, in aderenza a quanto auspicato in dottrina (6).

Il rito camerale, in un contesto fortemente tipizzato come quello del silenzio, è il più idoneo a tutelare il privato, in quanto garantisce sia il principio della effettività sia quello della efficienza.

Attraverso la disposizione dell'art. 21 *bis* fa ingresso, dunque, nel processo amministrativo, a favore del privato, l'azione di condanna intentata nei confronti della P.A., al fine di ottenere un provvedimento.

(4) Gli artt. 33, 34, 35 del d.lgs 80/1998 registrano, infatti, una evoluzione ed un superamento della struttura del processo amministrativo come processo da ricorso, con la conseguente nascita di un processo intermedio tra il processo amministrativo classico e il processo civile. Eloquente si configura, inoltre, la modifica del comma 2 dell'art. 111, Cost. che ha sancito l'introduzione a livello costituzionale del principio del giusto processo, con evidenti risvolti anche sul processo amministrativo.

È da notare che nella originaria impostazione del processo amministrativo la sentenza costitutiva rappresentava l'unico sbocco possibile, e cioè a causa della primigenia costruzione di tale processo sulla falsariga del modello del controllo sull'atto.

(5) L'art. 21 *bis* presenta un'analogia con il tenore letterale e con il meccanismo processuale previsto dall'art. 25, comma 4 e 5 legge 241/1990 in tema di accesso, ora ritoccato dall'art. 4 legge 205. La norma, infatti, è calibrata sul tipo di condotta tenuta in concreto dall'Amministrazione e non sul tipo di posizione giuridica fatta valere dal privato (diritto soggettivo o interesse pretensivo) o *utilitas* che lo stesso vuole trarre.

(6) G. VACIRCA, *Note...op.cit.*, 440.

La riforma del rito del silenzio é in linea con le recenti direttive legislative: negoziabilità, compartecipazione del potere, effettività della tutela giurisdizionale.

A tal fine si evidenzia la specialità del diritto amministrativo, inteso alla maniera kelseniana: non come estraneità all'ordinamento giuridico, ma come riconducibilità a regole in parte diverse da quelle del diritto privato proprio in ragione della sua specialità.

È opportuno precisare che l'art. 21 *bis* presenta un'analogia con il tenore letterale e con il meccanismo processuale previsto dall'art. 25, co 4 e 5 legge 241/1990 in tema di accesso, ora ritoccato dall'art. 4 della legge 205.

La norma è calibrata sul tipo di condotta tenuta in concreto dall'Amministrazione, e non sul tipo di posizione giuridica fatta valere dal privato (diritto soggettivo o interesse pretensivo) o *utilitas* che lo stesso vuole trarre.

Si rinvencono differenze tra la figura del commissario *ad acta* nel giudizio sul silenzio e in quello di ottemperanza, scaturenti dalla diversa struttura dei due tipi di giudizi.

Nel giudizio sul silenzio la nomina è imposta dalla legge, nel giudizio di ottemperanza, invece, è discrezionale.

La circostanza che per l'esecuzione del *decisum* la nomina del commissario *ad acta* rappresenti un atto dovuto piuttosto che una facoltà del giudice, è indice del fatto che le valutazioni discrezionali debbano essere effettuate non dal giudice, ma proprio dal commissario *ad acta*, in quanto organo che salvaguarda un qualche «diaframma» fra potere giurisdizionale e potere amministrativo (7).

4. *L'oggetto del giudizio amministrativo del rito del silenzio e gli orientamenti dottrinari e giurisprudenziali*

Nell'ambito del paradigma impugnatorio-caducatorio della giurisdizione generale di legittimità le ricostruzioni dottrinarie sono principalmente due.

Per un primo orientamento il processo amministrativo è un processo sull'atto, per il secondo l'oggetto del processo è costituito dal rapporto amministrativo

Per quest'ultimo orientamento il giudizio amministrativo sarebbe incapace di tutelare le situazioni giuridiche lese dall'assenza di un provvedimento amministrativo, proprio come nell'ipotesi del silenzio inadempimento.

(7) Anche nell'ipotesi del giudizio di ottemperanza, tuttavia, si é registrata una inversione di tendenza rispetto al passato: l'utilizzo dello strumento del commissario *ad acta* è rimesso ad una valutazione di opportunità da parte del giudice (Cass. sez. un., 28 giugno 1991, n. 7226, in *Giust. civ.*, 1992, I, 759). Cfr. inoltre, sul delicato rapporto tra poteri del giudice e rispetto della discrezionalità dell'Amministrazione, G. VACIRCA, *Note...op.cit.*, 440: «...specie quando la discrezionalità sia molto ampia, come nel caso di poteri pianificatori il cui esercizio sia obbligatorio, non sono agevolmente individuabili i presupposti rilevanti ai fini delle valutazioni dell'amministrazione e costituirebbe, comunque, un grave inconveniente coprire con l'autorità di giudicato accertamenti complessi, destinati ad essere utilizzati in provvedimenti suscettibili di coinvolgere interessi di numerosi soggetti, estranei al giudizio».

È proprio in tal caso che il giudizio cassatorio manifesterebbe la propria inadeguatezza, a causa del suo carattere meramente rescindente.

Ne esce dunque rafforzata, in base a questa teoria, l'idea della coincidenza tra posizione giuridica soggettiva oggetto dell'istanza del privato rivolta al giudice amministrativo e oggetto del giudizio amministrativo.

Verrebbe, dunque, esaltata la contiguità tra norme sostanziali attributive di posizioni giuridiche e norme processuali garanti di tali posizioni, in ossequio ad una sorta di immanenza dell'azione di accertamento nel giudizio amministrativo.

In dottrina si è discusso sul fatto se il giudizio di cui all'art. 21 *bis* abbia ad oggetto un mero obbligo di provvedere o anche la valutazione della fondatezza della domanda e del dovere di provvedere favorevolmente.

Per parte della dottrina l'accoglimento di una tesi riduttiva del contenuto della sentenza di condanna emanabile dal G.A., consistente nel mero riscontro della scadenza del termine nel quale si doveva emanare un qualunque provvedimento, risulterebbe in contrasto con profili costituzionali, testuali, di ricostruzione generale del sistema, oltre che risultare fortemente anacronistica.

Un terzo orientamento ha ritenuto di individuare la tipologia della pronuncia in base al carattere vincolato o discrezionale dell'attività amministrativa.

Nella ipotesi di silenzio inadempimento serbato dall'amministrazione avverso una istanza del privato volta ad ottenere un provvedimento vincolato, tale tesi ritiene che sia possibile che il giudice si pronunci anche sul merito della richiesta.

Si osserva che la stessa legge n. 205 del 2000 ha previsto all'art. 7, in sede di giurisdizione generale del giudice amministrativo, la possibilità di condannare al risarcimento anche in forma specifica, del danno da lesione di interesse legittimo (8).

La legge, tuttavia, non recepisce l'orientamento che si era formato in giurisprudenza a seguito dell'ad. plen. del Consiglio di Stato, 9 gennaio 2001, n. 1.

L'ad. plen., infatti, facendo chiarezza in merito al dibattito dottrinario che si era sviluppato a seguito dell'introduzione del rito speciale del silenzio da parte della 205/2000, aveva limitato i poteri del giudice amministrativo in tema di ricorsi avverso il silenzio della P.A.

In caso di ricorso avverso il silenzio, la cognizione del giudice era limitata all'accertamento dell'illegittimità dell'inerzia dell'amministrazione e non si estendeva all'esame della fondatezza della pretesa sostanziale del privato (sentenza di mero accertamento).

(8) «Il processo amministrativo è imperniato sul principio della domanda, in virtù del quale il giudice non può di propria iniziativa procedere – *ne procedeat iudex ex officio*, né può esorbitare dai limiti della domanda di parte – *ne eat iudex ultra vel extra petita partium*». «Troppe tracce a livello costituzionale fanno presumere che sia immanente nel nostro ordinamento il limite della cognizione dell'autorità giurisdizionale alla sola sfera di legittimità». L'art. 95 della Costituzione esprime il principio dell'unità dell'indirizzo politico, che verrebbe meno in caso di ingerenze da parte del giudice – G. VACIRCA, *op. cit.*

Prima della legge 80/2005 il compito del giudice era esclusivamente quello di accertare se il silenzio della P.A. fosse o no illegittimo e in caso di accoglimento del ricorso, di ordinare alla P.A. di provvedere sull'istanza avanzata dal soggetto privato nominando, nell'eventualità di ulteriore inerzia, un commissario *ad acta*.

Il giudice, pertanto, non si sostituiva alla P.A. in nessuna fase del giudizio, ma accertava l'illegittimità o meno del silenzio.

Ora, invece, ha il potere discrezionale di pronunciarsi anche nel merito della questione.

In ogni caso, a seguito dell'ampliamento del campo di applicazione degli artt. 19 e 20, determinato anche dalla legge n. 80/2005, sono ormai eccezionali i casi in cui l'inerzia della P.A. continua a non avere valore provvedimentale.

5. La riforma dell'art. 18. L'art. 3, comma 6 novies aggiunge il comma 2 bis ()*

Al comma 2 dell'art. 18 è aggiunto il comma 2 *bis* dall'art. 3, comma 6 *novies*.

Nella sostanza, conferma la possibilità per l'amministrazione, di acquisire d'ufficio i documenti in suo possesso riguardanti atti, fatti, qualità e fatti soggettivi necessari per l'istruttoria del procedimento.

La possibilità si estende anche nel caso in cui i documenti siano detenuti da altre amministrazioni.

Rilevante è l'inciso finale che permette comunque alla P.A. di richiedere all'interessato gli elementi necessari per la ricerca dei documenti, pur limitando la richiesta solo ed esclusivamente ai suddetti elementi di ricerca.

Il tutto in una ottica di collaborazione procedimentale tra P.A. e privato che non prevede obblighi solo in capo all'Amministrazione ma anche all'istante.

6. L'art. 19 è sostituito dall'art. 3, comma 1 legge 80/2005. La denuncia di inizio attività. La natura giuridica della d.i.a. e la riformulazione dell'art. 19.

L'art. 3, comma 1 della legge 80/2005 riformula interamente l'art. 19, che non era invece stato modificato dalla legge 15, liberalizzando tutte le attività private prima sottoposte a provvedimenti autorizzativi il cui rilascio dipendeva esclusivamente dall'accertamento dei requisiti e presupposti di legge. Dopo l'introduzione della d.i.a. da parte della 241 e gli approfondimenti introdotti dalla legge 537/1993, si erano formati due orientamenti in dottrina e giurisprudenza. Per un primo orientamento la procedura che trae inizio dalla presentazione della d.i.a., informata alla semplificazione e alla celerità, è inidonea ad avviare una sequenza procedimentale assoggettata alla disciplina della legge n. 241/1990. Ne consegue che non sussiste l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento agli eventuali controinteressati. Per un secondo orientamento, poi confermato dal C.D.S. (Consiglio di Stato, Sez. VI, con decisione n. 6910/2004), successivamente all'entrata in vigore del

(*) Oltre all'art. 2, la legge n. 80 riforma gli artt. 18, 19, 20, 21, comma 5, 25.

testo unico dell'edilizia, la d.i.a. viene qualificata come istanza autorizzatoria che, per effetto del decorso del tempo, provoca la formazione di un provvedimento tacito di accoglimento. La legge 80 accoglie la tesi provvedimentale in quanto sancisce che «resta salvo il potere dell'amministrazione di assumere determinazione in via di autotutela, ai sensi degli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies*». Le attività indicate nella norma possono essere iniziate decorsi trenta giorni dalla presentazione della dichiarazione all'autorità competente. Il vaglio dell'amministrazione da preventivo diviene successivo: fino a trenta giorni dall'inizio dell'attività è sufficiente accertare la carenza dei presupposti per inibirne la continuazione. Decorso tale termine il provvedimento repressivo potrà essere assunto solo nell'esercizio del potere di autotutela di cui agli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* legge 241. È pertanto necessario verificare l'esistenza di un interesse pubblico attuale e concreto e tenendo conto dell'affidamento che l'inerzia della P.A. ha ingenerato nel privato che nel frattempo ha iniziato l'attività. Il comma 5 della norma stabilisce che ogni controversia relativa all'applicazione dei commi 1,2,3, è devoluta alla giurisdizione esclusiva della giudice amministrativo.

7. *L'art. 20 legge 241/2005 è sostituito dall'art. 3, comma 6 ter della legge 80/2005*

Anche l'art. 20 è stato interamente riformulato dalla legge 89/2005.

Com'è noto l'art. 20 della legge 241/1990 ha generalizzato il silenzio assenso e disciplinato in senso ampliativo un istituto già conosciuto dall'ordinamento giuridico.

La norma regola le ipotesi nelle quali la richiesta di un determinato provvedimento autorizzatorio si considera accolta qualora entro un dato termine la P.A. non comunichi all'interessato il provvedimento di diniego.

Oggetto dell'istituto del silenzio assenso sono le attività private ancora sottoposte al vaglio preventivo dell'amministrazione.

La generalizzazione è stata ora estesa a tutti i procedimenti ad istanza di parte con la sola eccezione dei provvedimenti rilasciati da amministrazioni preposte alla cura di interessi qualificati (difesa nazionale, pubblica sicurezza, immigrazione, patrimonio culturale e paesaggistico, ambiente) e dei casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti formali.

Secondo il tenore della vecchia norma di cui all'art. 20 (non toccata dalla legge 15 ma riformata dopo due mesi dalla legge 80) il silenzio assenso non è un atto, ma un titolo autonomo capace di produrre effetti equipollenti a quelli derivanti dal provvedimento amministrativo.

Com'è noto, il silenzio è un mero fatto giuridico: consiste nell'omissione di qualsiasi manifestazione di volontà ed esso come tale non può assumere alcun significato, né positivo né negativo.

Non deve confondersi con la manifestazione di volontà: il silenzio si forma quando manca assolutamente una espressione della volontà della P.A.

Affinché il silenzio possa assumere un determinato significato, tramutandosi in una manifestazione della volontà della P.A.: occorre che la legge

attribuisca ad esso un valore positivo o negativo (silenzio tipizzato), ovvero che si verifichi in circostanze tali da conferirgli il significato di un atto concludente.

Il silenzio assenso ha trovato ampia applicazione in materia urbanistica ed edilizia

La fattispecie del silenzio assenso è stata introdotta con l'art. 8 d.l. 25 gennaio 1982 n. 9, convertito nella legge 25 marzo 1982 n. 94, in materia di concessioni edilizie, in merito a interventi ben definiti (cd. legge Nicolazzi art. 31).

Tale norma aveva carattere eccezionale e come tale non era suscettibile di applicazione analogica.

Secondo la pregressa normativa, l'annullamento di un silenzio assenso non determinava l'eliminazione di un atto, bensì solo degli effetti giuridici prodotti per l'inerzia della P.A.

Ora, invece, l'art. 6 *ter* della legge 80/2005 ha mutato i termini della questione ed espressamente ha sancito che: il silenzio della P.A. equivale a provvedimento di accoglimento della domanda. Ciò anche ai fini dell'applicabilità delle nuove norme sull'autotutela di cui al capo IV *bis* della legge 15/2005.

8. *L'art. 21 è riformato dall'art. 3, 6 novies della legge 80/2005.*

All'art. 21 è aggiunto il seguente comma: «Restano ferme le attribuzioni di vigilanza, prevenzione e controllo su attività soggette ad atti di assenso da parte di P.A. previste da leggi vigenti, anche se è stato dato inizio all'attività ai sensi degli artt. 19 e 20».

La norma conferma che i poteri di vigilanza e di controllo si estendono anche ai casi di cui agli artt. 19 e 20 .

9. *In materia di accesso viene introdotta la giurisdizione esclusiva del G.A. L'art. 3, comma 6 decies aggiunge il comma 5 all'art. 25.*

La nuova norma attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo l'intera materia dell'accesso, con ciò dirimendo le varie diatribe circa la natura giuridica dell'accesso ed il riparto di competenza.

Com'è noto, si sono formate due contrapposte teorie circa la natura giuridica dell'accesso: la prima ne sosteneva la natura di diritto soggettivo (all'informazione), la seconda di interesse legittimo.

Quest'ultima argomentava proprio dal fatto che mancava una previsione espressa legislativa attributiva di competenza esclusiva al T.A.R. (9)

(9) V.POLI, *Il riparto di giurisdizione*, in *Trattato di giustizia amministrativa* a cura di F. Caringella e R. Garofoli, tomo II, 1132. T.A.R. Toscana, I, 2 febbraio 2004, n. 266: «È improcedibile per difetto di interesse ad agire la richiesta di accesso agli atti se non risulta impugnato il rinnovo del diniego di accesso ed è inammissibile se non viene notificato ai controinteressati», con commento di M.V. LUMETTI, *Accesso, riservatezza e tutela dei controinteressati*, in *www.arsg.it*. e in *Rass. Adv. Stato*, 2004.

Le modifiche della legge 15/2005 sembrano avere un contenuto più restrittivo rispetto all'originario testo dell'art. 22 della legge n. 241 del 1990: l'art. 22, comma 1, l. *b* qualifica soggetti interessati all'accesso «tutti i soggetti privati che abbiano un interesse diretto concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso (10).

L'introduzione della regola della giurisdizione esclusiva del G.A. comporta una maggiore incisività del sindacato giurisdizionale, soprattutto dopo il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 (11) e la legge

(10) «In ogni caso, era apparso chiaro fin dai primi anni di applicazione della legge sul procedimento amministrativo che il legislatore del 1990 non aveva inteso introdurre, in materia di accesso, un nuovo tipo di azione popolare, dal momento che il riconoscimento, nel testo originario dell'art. 22 della legge n. 241, del diritto di accedere ai documenti amministrativi «a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti», pur nella sua sintetica linearità, conteneva già le attribuzioni che necessariamente dovevano sorreggere l'interesse di colui che intendeva richiedere ad una pubblica amministrazione l'ostensione di documenti amministrativi... L'ammissibilità della richiesta di accesso del privato, infatti, era ed è tuttora condizionata alla dimostrazione, da parte di quest'ultimo, di essere titolare di una posizione giuridicamente rilevante e differenziata a conoscere il contenuto di determinati atti e, quindi, di non vantare, rispetto alla richiesta ostensione degli stessi, un mero interesse di fatto», U. GIOVANNINI, *La rimodulazione normativa in materia di accesso ai documenti amministrativi di cui alla legge 11 febbraio 2005 n. 15: la ridefinizione dei limiti e le nuove garanzie in caso di diniego di ostensione degli atti*, in questa *Rassegna*, prossima pubblicazione.

(11) In dichiarato ossequio allo spirito comunitario la c.d. Bassanini (n. 59/1997), all'art. 11, comma 4, lett. *G* da un lato devolveva al G.O. a decorrere dal 30 giugno 1998, la cognizione delle controversie in materia di pubblico impiego c.d. privatizzato, dall'altro disponeva la contestuale estensione della giurisdizione esclusiva alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali ivi compreso il risarcimento del danno, in materia edilizia, urbanistica e di pubblici servizi. In virtù del DL.31 marzo 80/1998 è oggi possibile parlare di giurisdizione specializzata, ripartita tra giudice ordinario e giudice amministrativo, pur rimanendo in vita taluni limiti interni alla giurisdizione del giudice ordinario nei confronti dell'atto amministrativo (vedi artt. 4 e 5 della legge abolitrice del contenzioso Amministrativo n. 2248 del 1865, allegato *E*). Gli interventi più consistenti sui criteri di riparto si sono avuti recentemente, con l'affermarsi del criterio che discrimina le giurisdizioni per «blocchi» di materie ed il correlativo ampliamento della giurisdizione amministrativa esclusiva. Via via sono state assegnate ai TAR in ordine sparso: le controversie contro l'attribuzione o il rifiuto di concessione edilizia e contro le determinazioni e la liquidazione dei contributi e delle sanzioni in materia (art. 16 legge 28 gennaio 1977, n. 10 sulla edificabilità dei suoli); le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione sia degli accordi fra P.A. e privati sostitutivi di provvedimenti amministrativi sia degli accordi fra P.A. (artt. 11 e 15 della legge 241 del 1990); i ricorsi contro i provvedimenti amministrativi, compresi quelli sanzionatori adottati sulla base della l. antitrust sulla tutela della concorrenza e del mercato (titoli dal I al IV della legge 10 ottobre 1990, n. 287); le controversie relative alla riduzione dei prezzi dei contratti pubblici introdotta dall'art. 6 della legge 24 dicembre 1993, n. 537; i ricorsi avverso gli atti e i provvedimenti delle autorità di regolazione dei servizi pubblici (art. 2, 25 comma, della legge 14 novembre 1995, n. 481); i ricorsi avverso i provvedimenti dell'autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni (art. 1, 26 comma della legge 31 luglio 1997, n. 249). Con il decreto 80 sono state devolute in blocco alla giurisdizione esclusiva del G.A. tutte le controversie in materia di pubblici servizi (comprese le materie afferenti al credito, alla vigilanza sulle assicurazioni, al mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, telecomunicazioni e ai servizi di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481 (art. 33, d.lgs.31 marzo 1998, n. 80).

205/2000 (12), che hanno avvicinato il processo amministrativo alla struttura processuale civilistica.

Com'è noto, tale normativa ha inteso assicurare una giurisdizione paritaria a quella ordinaria ed ad essa alternativa salvo, poi, la battuta d'arresto imposta dalla sentenza della Corte costituzionale n. 204 (13).

(12) La legge n. 205 del 2000 ha contenuti ampi e reca una forte convergenza del processo amministrativo sulle linee processuali civilistiche (la civilizzazione del giudizio amministrativo, VILLATA, PAJNO, NIGRO, pag. 92). La legge potenzia il modello della giurisdizione esclusiva, comprensivo di materie come l'urbanistica, l'edilizia, i servizi pubblici e devolve al G.A. la cognizione delle questioni risarcitorie consequenziali in tema di giurisdizione esclusiva e di legittimità, grazie all'art. 7 della legge 205/2000 che riscrive l'art. 7 della legge T.A.R. In tal modo la giurisdizione del G.A. si tramuta da giurisdizione mutilata in giurisdizione piena, in quanto capace di somministrare tutte le possibili forme di tutela rivendicate dal ricorrente, proprio come accade nel sistema francese. Al momento permane l'esigenza di uno sforzo di unificazione (ABBAMONTE, NIGRO, pag. 92) delle norme sul processo amministrativo innanzi ai vari organi di giustizia amministrativa, in quanto il processo amministrativo non ha ancora formato oggetto neppure di un testo coordinato delle norme che lo disciplinano, comprese come si è visto, in un periodo di tempo che va dal 1865 ai nostri giorni.

(13) La sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale, com'è noto, ha fortemente ridimensionato le materie di giurisdizione esclusiva *ex art. 33 e 3'* del decreto 80, come modificato dalla legge n. 205 del 2000.

Ha rilevato il connotato quasi accessorio della previsione all'interno dell'art. 103 Cost. della giurisdizione esclusiva rispetto a quella generale di legittimità, nonché la presenza di confini costituzionali precisi ed invalicabili da parte del legislatore ordinario, circa l'individuazione dei casi di giurisdizione esclusiva.

Sono state dunque ripudiate le tesi sostenute in dottrina e giurisprudenza volte a considerare illimitata la discrezionalità del legislatore nell'introduzione di ipotesi di giurisdizione esclusiva. In particolare, la Corte ha negato che il riferimento generico all'interesse pubblico coinvolto nella fattispecie e la presenza della P.A. come parte processuale sorreggano legittimamente dal punto di vista costituzionale, una previsione di giurisdizione esclusiva. La discrezionalità del legislatore, non assoluta, non condizionata, deve dispiegarsi con la individuazione di « particolari materie » nelle quali la tutela nei confronti della P.A. investe i diritti soggettivi, ma in quanto strettamente connessi all'adozione di atti e provvedimenti autoritativi, espressione dell'esercizio della funzione pubblica. Pertanto, la giurisdizione del G.A. non può avere ad oggetto settori interi dell'economia o del diritto, non specificamente individuati con riferimento all'esercizio di potestà pubbliche. Rimane fermo che il G.A., nel disegno costituzionale, è il giudice della funzione pubblica, in coerenza con il principio della separazione dei poteri.

La manutenzione ordinaria e straordinaria in materia di opere idrauliche e la tutela penale del paesaggio: una interpretazione estensiva? (1)

di Paolo Marchini

1. – *Gli interventi di manutenzione sui fiumi, torrenti ed i corsi d'acqua.*

Le Regioni, e le Province qualora delegate, nell'ambito della loro funzione di polizia idraulica progettano e realizzano interventi di manutenzione sulle opere idrauliche lungo i fiumi, la cui tipologia varia a seconda delle situazioni contingenti. In genere si tratta di lavori in sponda o sugli argini (maestri e golenali) di costruzione di opere di difesa idraulica, di taglio della vegetazione arborea e arbustiva che si trova nell'alveo, di taglio di vegetazione ingombrante sulle scarpate interne e delle piante pericolanti. Altri interventi, spesso di urgenza, riguardano la rimozione di materiale legnatico e rifiuti solidi accumulatisi a ridosso dei piloni dei ponti, la risagomazione dell'alveo e del profilo delle scarpate spesso con impianto di nuove essenze arboree, la rimozione dei sovralluvionamenti al fine di ripristinare l'efficienza della sezione idraulica.

L'importanza visiva ed estetica di alcuni di tali lavori pone il problema della compatibilità di quegli interventi limitati alla sola manutenzione ordinaria o straordinaria con l'integrità del paesaggio, valore protetto a livello costituzionale (art. 9 Cost.) e la cui tutela è rimessa alla legislazione esclusiva dello Stato (art. 117, primo comma, lett. s): «*tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali*») che esercita ancora il controllo sulle autorizzazioni paesaggistiche rilasciate dalla Regione attraverso il potere di annullamento, in attesa dell'entrata a regime del nuovo parere vincolante (art. 157 t.u. 2004/42 ed art. 1, comma 36, lett. C).

2. – *Quadro normativo di riferimento.*

L'attività di manutenzione dei fiumi, torrenti e corsi d'acqua iscritti negli elenchi, le relative sponde o piedi degli argini per una fascia di 150 mt, sia se operata dall'ente pubblico che dal privato, incide sul vincolo paesaggistico posto dalla legge (art. 142 t.u. 2004, già art. 1 della legge n. 431/1985). Il problema è se tali attività necessitano di autorizzazione paesaggistica e, di conseguenza, del controllo positivo della soprintendenza.

La questione riveste notevole interesse poiché i lavori eseguiti senza autorizzazione o in difformità ed in violazione delle norme preposte a tutela

(1) Il presente lavoro costituisce un'elaborazione della relazione «*Concetto di manutenzione ordinaria e straordinaria, modifica dello stato dei luoghi permanente (L. 1497/39 e t.u. beni culturali e paesaggio) – Interpretazione ed indirizzo applicativo*», tenuta al seminario di aggiornamento organizzato dalla Scuola di Amministrazione Pubblica della Provincia di Perugia sulla «*Riquilificazione, difesa idraulica e recupero ambientale delle sponde fluviali*» il 27 gennaio 2005.

del vincolo paesistico, oltre ad essere sanzionati in via amministrativa (art. 167 t.u. 2004), costituiscono reato (art. 181 t.u. 2004), salvo le nuove modifiche alla fattispecie penale apportate dalla c.d. delega ambientale (legge 15 dicembre 2004 n. 308) di cui si dirà oltre.

L'autorizzazione paesaggistica non è richiesta per gli interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria che non alterino lo stato dei luoghi. Si tratta di norma ormai di carattere generale perché originariamente introdotta dal d.l. 27 giugno 1985, n. 312, convertito con legge 8 agosto 1985, n. 431, riprodotta dal t.u. n. 490/1999 ed ora consacrata nell'art. 149 del t.u. n. 42/2004 con alcune modifiche che, però, ai fini del nostro argomento non rilevano perché chiaramente riferite agli interventi edilizi (ci si riferisce alla discutibile esenzione dall'autorizzazione prevista dall'art. 143, comma 5, lett b.).

3. – *Problemi interpretativi. Giurisprudenza penale.*

Il testo unico sui beni culturali (sia quello del 1999 che quello del 2004) non definisce quali siano gli interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria. L'unica definizione proviene dalla c.d. delega ambientale (art. 1, comma 36 lett. c) allorché stabilisce che il reato di cui all'art. 181 del t.u. n. 42/2004 non sussiste per i lavori configurabili quali interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria «ai sensi dell'art. 3 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380» (t.u. sull'edilizia). L'art. 3 del t.u. sull'edilizia, comma 1, fornisce la medesima definizione scolpita dalla legge n. 457/1978 (norme per l'edilizia residenziale). Il chiaro ambito oggettivo riferito esclusivamente agli edifici (ed impianti tecnologici, servizi igienico-sanitari) pone subito il problema di inquadramento degli immobili che edifici non sono: ad es. gli alvei dei fiumi e dei torrenti, i versanti, gli argini e le opere idrauliche in genere: quale concetto di manutenzione può adottarsi per tali immobili ?

Un problema definitorio, tuttavia, non sembra porsi se si considera un recente orientamento della Corte di cassazione penale secondo il quale l'art. 152 del d.lgs. n. 490/1999 alla lettera a) si riferisce pacificamente ai soli edifici; alla lett. b) all'attività agro-silvo-pastorale e alla lett. c) alle opere di bonifica da eseguirsi nelle foreste: pertanto, essendo l'ipotesi di lavori in alveo del tutto estranea all'art. 152, essa necessita *sempre* della autorizzazione paesaggistica (Cass. Sez. 3^a, pen., n. 26110 del 10 giugno 2004 (2), con riferimento a lavori di sbancamento nell'alveo del fiume Volturno).

Anche se il tenore letterale dell'art. 152 (ora 149) lett. a) sembra distinguere lo stato dei luoghi dall'aspetto esteriore degli edifici, con ciò autorizzando a limitare due campi oggettivi di applicazione della norma, ossia gli edifici «e» altri luoghi, il rinvio recettizio che la legge delega «ambientale» opera a favore del t.u. sull'edilizia, tuttavia, sembra deporre per la pertinenza dei lavori di manutenzione «esenti» da autorizzazione ai soli edifici.

È da registrare, pertanto, una carenza di coordinamento normativo da parte del t.u. sui beni culturali per quanto riguarda le attività di manutenzione fluviale che non alterino lo stato dei luoghi e per le quali non si avverte

(2) In banca dati *on line* de *La Legge Plus* IPSOA.

la necessità della autorizzazione le volte in cui non è posto in pericolo il bene paesaggio. In attesa di un chiarimento anche da parte della stessa Cassazione penale, allo stato non può che adottarsi la massima cautela ogni qualvolta si venga ad operare interventi sul demanio idrico protetto.

Infatti, in presenza di un tale orientamento restrittivo della Cassazione penale un problema di definizione del concetto di manutenzione ai fini della tutela paesaggistica sembra passare in secondo piano se è vero che qualsiasi manutenzione su alvei ed opere idrauliche ecc. necessita in ogni caso di autorizzazione e, quindi, di successivo controllo o parere della soprintendenza.

Il nuovo comma 1 *ter* dell'art. 181 (aggiunto dalla citata delega ambientale) sembra escludere l'ipotesi di reato se l'intervento manutentivo (però sempre riferibile agli edifici per il rinvio operato all'art. 3 del testo unico sull'edilizia) venga successivamente accertato come compatibile con il paesaggio secondo le procedure di cui al comma 1 *quater* (ossia dopo aver superato il parere vincolante della soprintendenza sull'autorizzazione). Il venir meno della rilevanza penale del fatto lascia, tuttavia, immutato l'illecito amministrativo; tant'è che la norma ha cura di precisare che restano salve le sanzioni amministrative.

L'intervento postumo della compatibilità ambientale priverebbe, pertanto, di rilevanza penale la sola manutenzione degli edifici, almeno secondo l'orientamento della Cassazione penale ed in base all'interpretazione sistematica con la delega ambientale. *Quid juris* per le manutenzioni idrauliche?

Occorrerà verificare se si tratti di una lacuna del t.u. sui beni culturali o se la omissione di qualsiasi riferimento alle opere idrauliche possa non rilevare ai fini penali alla stregua di una interpretazione estensiva dell'art. 149 che le ricomprenda tra gli interventi che non necessitano di autorizzazione paesaggistica. Inoltre la nuova previsione di una compatibilità paesaggistica postuma, se limitata alle opere edilizie, sembrerebbe mutare la natura giuridica di reato di pericolo presunto che rimarrebbe tale, invece, per i lavori di manutenzione idraulica non autorizzati. Una tale conclusione, però, appare paradossale perché il passaggio ad un reato di pericolo concreto avvantaggia gli abusi edilizi a scapito delle opere pubbliche di difesa idraulica che non alterano lo stato dei luoghi e che sono necessarie per la collettività. Prima di affrontare il problema, mette conto accennare alla natura del reato previsto dall'art. 181 del d.lgs. n. 42 del 2004 (d'ora in poi t.u.b.c.) ed alla rilevanza della alterazione dello stato dei luoghi come elemento della fattispecie.

4. – *Il reato di opere eseguite in assenza di autorizzazione o in difformità da essa.*

L'art. 181, primo comma, del t.u.b.c. recita: «*Chiunque, senza la prescritta autorizzazione o in difformità di essa, esegue lavori di qualsiasi genere su beni paesaggistici è punito con le pene previste dall'articolo 20 della legge 28 febbraio 1985, n. 47*».

La giurisprudenza della Suprema Corte con riferimento al vecchio testo di cui all'art. 163 del d.lgs. n. 490/1999, riconosceva pacificamente che il reato fosse di natura formale e di pericolo astratto. Infatti, anche se l'intervento in assenza o in difformità di autorizzazione non cagioni un danno ambientale, nondimeno il legislatore ritiene quell'intervento astrattamente

idoneo a ledere o mettere in pericolo il paesaggio o l'ambiente, con la conseguenza che una volta che il reato sia stato commesso, è penalmente irrilevante l'autorizzazione postuma rilasciata dall'autorità tutoria, così come qualunque atto che attesti l'inesistenza di un danno ambientale(3).

La stessa Corte opera poi una distinzione tra «alterazione dello stato dei luoghi» e «pregiudizio» per il bene tutelato, al fine di stabilire che quest'ultimo elemento non necessita di verifica, trattandosi appunto di reato di pericolo astratto, al contrario del primo che deve risultare «apprezzabile»(4).

Pertanto, ciò che il giudice penale deve accertare non è tanto l'effettivo pregiudizio al paesaggio, quanto la visibilità della alterazione dello stato dei luoghi. Si gioca, verrebbe da dire, sul filo, perché la differenza non è più tangibile: in sostanza cosa altro non è se non il pregiudizio ai luoghi, la loro alterazione palese? Sicché il reato, nel mentre viene proclamato di pericolo astratto, in definitiva, viene trattato sostanzialmente come un reato di pericolo concreto.

Proprio tale labile discriminazione ora viene ad essere rimossa dalla legge n. 308/2004 che all'art. 1, comma 36, lett. c), introduce il comma 1-ter all'art. 181 secondo il quale «*Ferma restando l'applicazione delle sanzioni amministrative ripristinatorie o pecuniarie di cui all'articolo 167, qualora l'autorità amministrativa competente accerti la compatibilità paesaggistica secondo le procedure di cui al comma 1-quater, la disposizione di cui al comma 1 non si applica: a) per i lavori, realizzati in assenza o difformità dall'autorizzazione paesaggistica, che non abbiano determinato creazione di superfici utili o volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati; b) per l'impiego di materiali in difformità dall'autorizzazione paesaggistica; c) per i lavori configurabili quali interventi di manutenzione ordinaria o straordinaria ai sensi dell'articolo 3 del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380*».

Sembra, quindi, che il reato sia divenuto di pericolo concreto se è vero che ora è penalmente rilevante l'autorizzazione postuma: in altri termini, il pericolo diviene elemento della fattispecie perché ne condiziona l'esistenza.

Si tratta di vedere se il sopravvenire dell'autorizzazione non fa sorgere il reato, oppure lo estingue. La distinzione non è di poco momento se si ha riguardo al *tempus commissi delicti* con tutte le implicazioni processuali e sostanziali che la opzione comporta.

Da quanto detto sulla natura giuridica del reato, sembrerebbe che se l'accertamento amministrativo sul pericolo è elemento costitutivo del reato, il suo esito favorevole non perfeziona la fattispecie e dunque il reato non sussiste; tuttavia, il legislatore sembra offrire una diversa interpretazione. Infatti, per i lavori compiuti su beni paesaggistici entro e non oltre il 30 settembre 2004 senza la prescritta autorizzazione o in difformità di essa, l'accertamento di compatibilità paesaggistica dei lavori effettivamente eseguiti, anche rispetto all'autorizzazione eventualmente rilasciata, comporta l'estin-

(3) Cass. Pen., sez III, 5 agosto 2003, Mori, in questa rivista n. 11/2003, pag. 1357.

(4) Cass. pen., sez III, 14 maggio 2002, Migliore, *ibidem*, n. 8/2002, pag. 985

zione del reato di cui all'art. 181 e di ogni altro reato in materia paesaggistica se ricorrono due condizioni: quella della compatibilità delle tipologie edilizie e dei materiali e quella del previo pagamento della sanzione amministrativa.

Quindi il reato sarebbe perfezionato salvo estinguersi per eliminazione del pregiudizio.

Tale ricostruzione appare avvalorata dalla ipotesi di estinzione del reato prevista dal comma 1-*quinquies* dell'art. 181 secondo cui «*La rimessione in pristino delle aree o degli immobili soggetti a vincoli paesaggistici da parte del trasgressore, prima che venga disposta d'ufficio dall'autorità amministrativa, e comunque prima che intervenga la condanna, estingue il reato di cui al comma 1*».

L'eliminazione del pregiudizio, in concreto constatato, facendo venir meno l'offesa al bene protetto, produce l'estinzione del reato. Ma se il reato è di pericolo concreto, si domanda, potrà il giudice autonomamente accertare la compatibilità paesaggistica ?

Non è questa la sede per addentrarsi nella difficile tematica dell'accertamento del pericolo concreto (5), tuttavia non si può che esprimere dubbi e perplessità sulla soluzione adottata dal legislatore il quale sembra rimettere di volta in volta all'autorità amministrativa la sopravvivenza del reato o la sua estinzione, espropriando così il giudice penale della piena cognizione sull'elemento costitutivo del reato.

5. – *Alterazione dello stato dei luoghi e la permanenza.*

Il concetto di alterazione dei luoghi, ai fini che interessano il tema, non appare, allora, rilevante se è vero che le manutenzioni idriche che non alterino lo stato dei luoghi sarebbero in ogni caso soggette ad autorizzazione paesaggistica.

Anche la qualificazione della permanenza dell'alterazione dello stato dei luoghi e dell'assetto idrogeologico del territorio per mezzo di opere civili (non solo di edifici) non assume rilievo con riguardo al sistema idrico, ciò in quanto essa permanenza è richiesta solo per gli interventi inerenti l'esercizio dell'attività agro-silvo-pastorale (lett. *b*), quindi inerenti l'agricoltura e non la polizia idraulica.

Occorre chiedersi, nel caso in cui l'orientamento del giudice penale mutasse nel senso di consentire l'inclusione anche degli interventi manutentivi su fiumi, torrenti e corsi d'acqua nel regime di esenzione dall'autorizzazione, se la tipologia di interventi descritta ad esempio nelle «*Linee guida per la individuazione e definizione degli interventi di manutenzione delle opere idrauliche e di mantenimento dell'efficienza idraulica della rete idrografica*», allegato dell'Autorità di Bacino del fiume Tevere al Piano di Bacino-Progetto di piano stralcio per l'assetto idrogeologico-P.A.I., producano o meno una alterazione dello stato dei luoghi e, quindi, comunque necessitare di autorizzazione.

(5) Sulla quale v. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, Sassari, 1981, pagg. 43 ss.

Sul punto soccorre ancora la giurisprudenza della Cassazione penale la quale ha ritenuto sussistere alterazione quando vi sia «visibilità» da un determinato punto da cui sia possibile scorgere con evidenza l'incidenza sull'aspetto dei luoghi (Cass. Sez. 3, 14 maggio 2002). Sempre la sezione ha riconosciuto che l'alterazione del territorio può prodursi anche con il taglio e lo sradicamento di alberi o lo sbancamento del terreno (Cass. Pen., 16 aprile 1994, n. 4424).

Se si pone attenzione, ad esempio, all'intervento di taglio definitivo di essenze arboree, ebbene esso può visibilmente mutare lo scenario paesaggistico (magari anche in meglio, ma ciò è irrilevante); lo stesso dicasi per la c.d. «rinaturazione» attraverso l'ingegneria naturalistica dopo un intervento, ad esempio, di sfolli e diradamenti: la modifica potrebbe non essere permanente, ma ciò è ancora una volta irrilevante perché estranea all'attività agricola.

Quanto all'attività di manutenzione straordinaria, va detto che in genere riguarda interventi urgenti per i quali, se provvisori ed indispensabili per evitare danni al bene tutelato, possono essere effettuati anche in assenza di autorizzazione, come è ovvio in tali emergenze, purché però, recita l'art. 27 del t.u. n. 42/2004, ne venga data immediata comunicazione alla soprintendenza alla quale vanno tempestivamente inviati i progetti degli interventi definitivi per la necessaria autorizzazione.

Anche da tale norma può desumersi un indice interpretativo importante: ossia che gli interventi definitivi di manutenzione straordinaria, ancorché non alterativi dei luoghi, necessitano sempre della autorizzazione della soprintendenza e, quindi, implicitamente dell'autorizzazione paesaggistica.

È interessante rilevare che restano esclusi dagli interventi di manutenzione quelli «che modificano le caratteristiche funzionali originarie delle opere idrauliche»(cfr. ad es., il paragrafo H delle Linee guida adottate dalla Autorità di Bacino fiume Tevere).

6. – *L'interpretazione estensiva dell'art. 149 t.u.b.c.*

Si è visto a quale illogica discriminazione porti la lettura riduttiva del combinato disposto degli articoli 149, 181 e 181 *ter*, ora appare opportuno verificare se possa percorrersi una interpretazione costituzionalmente orientata di dette norme al fine di evitare una censura di illegittimità costituzionale per irragionevolezza *ex art. 3 Cost.*

La premessa da cui muovere è se il legislatore realmente intenda riferirsi agli interventi manutentivi esclusivamente su edifici. Si è già detto che alla stregua di una interpretazione logica un conto è lo stato di un luogo, un conto è un edificio. Già la Cassazione penale riteneva che per la astratta configurabilità del reato di cui all'art. 1 *sexies* della legge 8 agosto 1985, n. 431 in riferimento all'art. 20 lett. c) della legge 28 febbraio 1985, n. 47, non fosse necessario limitare ai lavori edilizi, potendo l'alterazione del territorio essere conseguita con altre forme di imputazione quali il taglio o lo sradicamento di alberi o lo sbancamento del terreno, eseguiti senza autorizzazione (6).

(6) Cass., pen., sez. III, 16 aprile 1994, n. 4424, in *La Legge plus*.

Se dunque l'estensione dell'ambito oggettivo vale in *malam partem*, essa deve a maggior ragione operare in *bonam partem*, soprattutto se l'intervento non altera lo stato dei luoghi, come nel caso della manutenzione non assentita (lett. *a*) dell'art. 149 t.u.b.c.). Infine lo stesso art. 181 non limita la punibilità ai lavori edilizi, ma utilizza la dizione più ampia possibile: «*lavori di qualsiasi genere su beni paesaggistici*».

Sembra probabile che l'intenzione del legislatore fosse quella di ricomprendere ogni attività di manutenzione non alterativa nel regime di esenzione dalla autorizzazione, così come ha ricompreso ogni attività che possa alterare lo stato dei luoghi protetti nel regime autorizzatorio. Se così è, allora sembra che il legislatore *minus dixit quam voluit*, conseguentemente può adottarsi un'interpretazione estensiva (7) dell'art. 149 lett. *a*) nel senso di ricomprendervi anche le opere di manutenzione idrauliche.

Da quanto detto, e solo qualora venisse disattesa la prospettata interpretazione estensiva dei casi di esclusione della autorizzazione paesaggistica, appare necessario un intervento legislativo di armonizzazione tra norme di polizia idraulica e norme di tutela del vincolo paesaggistico, soprattutto se la Cassazione penale permarrà sul suo indirizzo più rigoroso. Sotto il profilo critico al testo unico sui beni culturali, non può non rilevarsi la possibilità che il nuovo piano paesaggistico individui aree, non di interesse pubblico, per le quali venga esclusa l'autorizzazione paesaggistica in caso di realizzazione di opere ed interventi di natura edilizia per le quali sia stato rilasciato il permesso di costruire che abbia anche verificato la conformità al piano paesaggistico (art. 143, comma 5, lett. *b*). Appare poco ragionevole depotenziare il controllo per la costruzione di edifici in zona vincolata, ed ampliarlo, invece, per gli interventi di polizia idraulica manutentivi che non modificano lo stato dei luoghi.

(7) L'interpretazione estensiva viene ad operare non sulla norma penale, ma sulla norma che esenta dall'autorizzazione.

Cittadinanza italiana *a matre* e retroattività delle norme costituzionali: amministrazione e giurisprudenza in trincea

di Cesare Pagotto

L'intensificarsi dei fenomeni immigratori nel nostro Paese, le crisi economiche profonde che hanno interessato, tra gli altri, nazioni a forte presenza di nostri connazionali, l'intensificarsi dei contatti tra aree geopolitiche precedentemente tra loro isolate. Tra questi fenomeni pare di dover cercare le cause profonde del riaccendersi del dibattito e delle tensioni in tema di cittadinanza italiana ed, in particolare, dell'atteggiamento dell'ordinamento italiano nei confronti di coloro che abbiano delle origini italiane ma i cui genitori abbiano perso lo *status* di cittadini.

In tale contesto si colloca una controversia giurisprudenziale dalle ampie ricadute, che concerne i diritti delle donne che abbiano perso la cittadinanza italiana in applicazione della legge del 1912, che fino a qualche anno fa regolava la materia.

1. Il casus belli

La legge n. 555/1912, sopravvissuta – pur con varie mutilazioni – fino alla riforma organica attuata con la legge 91/1992, prevedeva un trattamento sfavorevole per la donna sposata con uno straniero, la quale perdeva la cittadinanza italiana automaticamente nel momento in cui acquisiva quella del marito (art. 10, comma 3), e non era in grado di trasmettere la cittadinanza ai figli, diversamente dall'uomo (art. 1, comma 1). Tali previsioni furono dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale, con le sentenze n. 87/1975 e 30/1983 (1), poiché collidenti con il principio di uguaglianza tra i sessi, chiaramente sancito dall'art. 3, primo comma, della Costituzione repubblicana (2).

Alle donne ex cittadine è stata fornita la possibilità di riacquisto della cittadinanza per mezzo di una semplice dichiarazione, resa alle autorità consolari competenti (3).

Più complesso si è, da subito, mostrato il caso dei figli e dei nipoti di madre privata della cittadinanza in ossequio alla legge del 1912. Proprio su questo terreno si è acceso il confronto, in giurisprudenza ed in dottrina, sul

(1) La sent. 16 aprile 1975, n. 87 è pubblicata in *Giur. cost.*, 1975, p. 807 segg. e in *Foro it.*, 1975, pt. I, col. 1321 segg.; la sent. 9 febbraio 1983, n. 30 in *Giur. cost.*, I, p. 661 segg. e in *Foro it.*, 1983, pt. I, col. 265 segg.

(2) Rimane peraltro discutibile l'acritica connotazione di discriminazione sessuale data dalla Corte, la quale non si premura di distinguere il caso in esame da quello, che si assume invece non discriminatorio, della trasmissione del cognome da parte del solo padre, né considera l'intento della legge di fornire un criterio utile ad evitare il diffondersi della cittadinanza multiple, piuttosto che di perpetrare angherie nei confronti delle cittadine di sesso femminile.

(3) Come previsto dall'art. 5 della l. 123/1983 e dall'art. 17 della l. 91/1992.

diritto di costoro alla cittadinanza, specialmente di quelli nati nel (lungo) periodo tra la perdita della cittadinanza da parte della madre ed il suo eventuale riacquisto.

A questi interrogativi, già complessi, si è affiancato quello relativo all'eventuale esistenza di meccanismi giuridici che portino al riacquisto automatico della cittadinanza per tali categorie di persone, a seguito della mera dichiarazione di incostituzionalità di criteri che ne avevano determinato in origine la perdita.

L'interesse odierno per il problema, oltre che dalle rilevanti implicazioni costituzionalistiche e di teoria generale del diritto, è accentuato dalla notevole crescita del contenzioso che l'Avvocatura dello Stato ha registrato nei mesi passati, sostenuta dagli incerti passi della giurisprudenza di cui si riferirà brevemente.

L'impossibilità di delineare compiutamente il quadro entro il quale si sviluppa il travaglio giurisprudenziale è ben rappresentata dalla estrema difficoltà di giungere ad una convincente definizione di cittadinanza, non solo e non tanto perché la dottrina si è dimostrata incapace di convergere su di una concezione comune, ma soprattutto perché nella nostra epoca il concetto di cittadinanza sta cambiando radicalmente il proprio ruolo e si trova, ad oggi, in un innegabile stato di crisi.

Parte anche prestigiosa della dottrina ha ceduto al fascino di una ricostruzione delle strutture dell'ordinamento in base ad una visione che pone al centro i diritti «internazionali» della persona, rendendoli chiave interpretativa di qualunque istituto. Il tentativo è seducente, ma porta con sé un allontanamento dalla realtà giuridica e sociale: se il (presunto) diritto universale dell'uomo è *la regola dei rapporti giuridici*, il diritto dello Stato vi potrà convivere assai male e le sue strutture vacilleranno (4). Afferma con chiarezza G. U. RESCIGNO che la distinzione tra cittadini e non cittadini, con il conseguente diritto di disciplinare la permanenza sul territorio «*sia coesenziale alla esistenza dello Stato (ed in realtà costitutivo della identità e della realtà sociale di un popolo)*. Chi ritiene tutto ciò immorale, disumano, sbagliato, superabile, deve seriamente porsi il problema del superamento della forma Stato» (5).

Viceversa, in tema di cittadinanza, subentrano visioni emotive e assai lontane dal diritto, come quelle di chi concepisce il problema come rapporto

(4) Non manca, nella più recente dottrina, chi consideri la cittadinanza oramai solo un ostacolo alla integrazione nella comunità nazionale degli immigrati e prospetta la sua sostituzione a mezzo degli obblighi internazionali basati sui diritti dell'uomo, come P. SAIITA, *Integrazione, cittadinanza e immigrazione. I lenti mutamenti del diritto*, in *Sociologia del diritto*, n. 2, 2002, p. 41 segg.; L. FERRAJOLI, *I diritti fondamentali nella sociologia giuridica e nella teoria del diritto*, in *Conflitti e diritti nella società transnazionale*, a cura di V. FERRARI, P. RONFANI, S. STABILE, Milano 2001, p. 65. Come spesso accade, gli AA. trascurano quasi completamente l'analisi del «costo» dei diritti e non considerano la struttura pesante del *welfare* italiano, elementi fortemente incidenti nella concessione della cittadinanza e che diversificano il «caso» italiano da altre esperienze.

(5) G. U. RESCIGNO, *Note sulla cittadinanza*, in *Dir. pubbl.*, n. 3, 2000, p. 757. Analogamente ID., *Cittadinanza, riflessioni sulla parola e sulla cosa*, in *Riv. dir. cost.*, n. 1, 1997,

con lo straniero «una delle figure attraverso cui i vari ordinamenti si raccontano e mostra il grado di apertura delle relative collettività ed istituzioni al contatto, all'interazione con l'altro da sé» (6). Non stupisce, dunque, che in tale ottica, l'obiettivo non sia più quello di garantire ai consociati un ordinato svolgimento della vita sociale, ma quello di estendere tutti i diritti a più persone possibile, il che cagiona il declino e la fine dell'idea stessa di cittadinanza.

La qualificazione giuridica della cittadinanza, quale essa è oggi, rimane fondamentale per risolvere il problema all'attenzione dei nostri giudici oggi: solo sciogliendo tale nodo si potrà argomentare in un senso o nell'altro in maniera proficua.

Per commentare una parte della più recente giurisprudenza in materia, pur brevemente e senza affatto addentrarsi nell'ampio ed articolato dibattito sull'essenza della cittadinanza, occorre chiarire quale sia la natura di cittadinanza che qui si accoglie, allineandosi a ciò che la dottrina più autorevole intende per *status civitatis*. Si ritiene, in generale, che la cittadinanza sia – come ogni altro *status* – un insieme di diritti e doveri, che hanno ciascuno una vita propria, ma che sono accomunati da un unico presupposto, che è la cittadinanza medesima, così da costituire una forma particolare di capacità giuridica, una capacità di diritto pubblico (7). Contenuto causale della condizione di cittadinanza è l'esistenza di un legame con il gruppo sociale, che viene accertato positivamente o negativamente, ove l'Autorità giudiziaria sia chiamata a pronunciarsi sull'acquisto o la perdita dello *status*. Tali atti acclarano il manifestarsi o meno del fenomeno giuridico, sulla base dei criteri che lo Stato ha liberamente scelto per considerare il soggetto quale cittadino: perciò non si può parlare mai di cittadinanza come «rapporto giuridico» (8), il che comporterebbe la rilevanza delle sue peculiari vicende, dovendo essa essere mantenuta nella categoria degli *status*, in analogia con la capacità di diritto privato, oppure con i diritti della personalità (9).

Da più parti si è tentato, evidentemente sotto l'influsso dell'impostazione universalistica di cui si diceva, di qualificare la cittadinanza come un diritto fondamentale che si espande senza limiti temporali, ed accompagna perciò il soggetto anche quando egli la perda, a quanto pare in una forma

p. 41 segg. L'A., tuttavia, sostiene che, una volta ammessi sul territorio, gli stranieri debbano godere di identici diritti rispetto ai cittadini (p. 765). La costruzione proposta non chiarisce come tutelare l'*ethnos* in cui lo Stato si identifica dalla penetrazione ed imposizione di usi e caratteri ad esso estranei. Ciò con l'evidente conseguenza che - nella ricostruzione dell'A. - lo Stato si riduce ad un mero ente territoriale, mancando di caratteristiche umane e ideali proprie.

(6) G. BASCHERINI, *Europa, cittadinanza, immigrazione*, in *Dir. pubbl.*, n. 3, 2000, p. 768.

(7) G. BISCOTTINI, voce *Cittadinanza, diritto vigente*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano 1960, p. 140 segg.; R. CLERICI, voce *Cittadinanza*, in *Digesto, discipline pubblicistiche*, Torino 1984, p. 114; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Napoli 1989, p. 40 segg. e 133.

(8) G. BISCOTTINI, *op.cit.*, p. 145.

(9) Cfr. A. CORASANITI, voce *Stato delle persone*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Milano 1990, p. 953.

latente, suscettibile di rivivere pienamente ove se ne creino le condizioni. È la naturale conseguenza, la piena esplicazione delle tesi che sostengono la reviviscenza della cittadinanza per opera del diritto costituzionale *superveniens*, ove esso sia in contrasto con le norme di legge che ne hanno determinato la perdita.

Proprio la considerazione del momento di tempo in cui viene a verificarsi l'antinomia – nel caso di specie il 1 gennaio 1948 (10), giorno dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana – deve essere il punto di riferimento per giudicare se il trattamento riservato dall'ordinamento al soggetto sia o meno riprovevole. Trascurare questo dato porta a conseguenze che non possono che essere abnormi: la Costituzione repubblicana sarebbe retroattivamente valida in tutte le epoche a noi precedenti, senza limite alcuno, e inficierebbe qualunque diritto acquisito o perso – nei secoli – per cause non conformi ai principi costituzionali del '48.

In effetti, nei primi tempi successivi alla prima pronuncia costituzionale, sia il Consiglio di Stato (interpellato sul punto in sede consultiva, sez. I, 15 aprile 1983, n. 105 (11)) che la Cassazione (sez. I, sent. 23 febbraio 1978, n. 903 (12)) avevano dato un'interpretazione tale per cui si indicava l'entrata in vigore della Costituzione come termine *a quo* imprescindibile per il prodursi di effetti restitutori a seguito di sopravvenuta incostituzionalità (13).

L'Amministrazione dell'Interno, constatata la crescente pressione per l'ottenimento della cittadinanza italiana da parte di congiunti di emigranti, ha ottenuto ulteriore parere da parte del Consiglio di Stato (sez. I, n. 1871/86) (14) ed ha emanato due circolari (15), con le quale ha chiarito, nel dettaglio, la procedura per la domanda di riconoscimento della cittadinanza in via amministrativa. È importante sottolineare come, in taluni casi, si sia scelta la via giurisdizionale, da parte degli aspiranti cittadini, per evitare il rigoroso onere probatorio di cui l'Amministrazione civile fa carico al richiedente.

2. Cassazione contro Cassazione

All'indomani delle pronunce della Corte Costituzionale (in particolare quella del 1983), tuttavia, si sono anche levate in dottrina voci dissenzienti rispetto all'interpretazione accolta dall'Amministrazione e dal Consiglio di Stato (16).

(10) La data di entrata in vigore della Costituzione come momento del verificarsi del vizio di costituzionalità è un punto fermo della giurisprudenza ed è già chiaramente espresso nella sent. 58/67 della C. Cost.

(11) Pubbl. in *Foro it.*, 1986, parte III, col. 411 segg. e in S. BARIATTI, *La disciplina giuridica della cittadinanza italiana*, vol. I, Milano 1989, caso n. 31.

(12) In *Giur. it.*, pt. I, 1978, p. 1926 segg.

(13) Sulla giurisprudenza v. R. CLERICI, *La cittadinanza nell'ordinamento giuridico italiano*, Padova 1993, p. 156 segg.

(14) Pubbl. in S. BARIATTI, *La disciplina giuridica della cittadinanza italiana*, vol. II, Milano 1996, p. 121 segg.

(15) Si tratta delle circolari n. K.28.1 dell'8 aprile 1991 e K.60.1 dell'11 novembre 1992.

(16) Tra i primi commenti A. COSCIA, *Cittadinanza italiana «a matre» e sentenza n. 30/1983 della Corte Costituzionale*, in *L'Amministrazione italiana*, n. 11, 1992, p. 1670 segg.

La disputa, rimasta tiepida per vari anni, si è fatta più accesa con il moltiplicarsi del contenzioso relativo alla cittadinanza e, in particolare, con la sentenza cardine che ha chiarito l'interpretazione restrittiva in merito alla acquisizione della cittadinanza *a matre*, quella delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 27 novembre 1998, n. 12061 (17).

Nel caso trattato dalla Cassazione, una donna aveva perso la cittadinanza italiana nel 1939 ed aveva avuto un figlio nel 1942.

Ivi si chiarisce che la donna che abbia perso la propria cittadinanza italiana sotto l'impero dell'ordinamento pre-repubblicano, ed abbia la possibilità di riottenerla grazie al disposto della legge 151/1975 (18), procede appunto ad un «riacquisto» di ciò che essa aveva perso, e non potrà in nessun caso dirsi che abbia posseduto la cittadinanza italiana anche *medio tempore*, cosicché i figli nati nel periodo di tempo in cui la donna è rimasta solo cittadina straniera non potranno ottenere, a loro volta, la cittadinanza. A nulla vale, secondo la S.C., l'assunto che le pronunce di incostituzionalità spieghino effetti retroattivi e che la norma colpita venga «espunta» dall'ordinamento *ex tunc*: tale eliminazione conosce sempre e comunque il limite dato dal momento in cui la violazione costituzionale si è generata (cioè il 1 gennaio 1948). In altri termini, gli effetti della dichiarazione d'incostituzionalità sono concepibili dal momento in cui di contrasto con la Costituzione si può parlare.

D'altronde, come potrebbe il giudice del nostro ordinamento repubblicano giudicare fatti e fenomeni che si sono svolti nel precedente sistema? Ha errato dunque il cittadino che si è attenuto alle leggi dell'ordinamento statutario, «non prevedendo» l'avvento di quello repubblicano?

Viceversa pare corretto affermare che l'ordinamento – e il giudice che gli dà voce – debba sanzionare gli effetti giuridici incostituzionali verificatisi nell'arco di tempo della Costituzione repubblicana, poiché è giuridicamente inammissibile che lo Stato abbia promosso atti e fatti incostituzionali. Dunque la retroattività delle pronunce di incostituzionalità ha il compito precipuo di correggere l'azione dell'ordinamento *ex tunc* ed *ab initio*, senza limitazioni di sorta (19), ma non può esercitare censure esterne al nostro sistema legale, né nello spazio, né nel tempo.

Ed ancora, chi sostiene la retroattività «indeterminata» delle pronunce di incostituzionalità non spiega quale sia il limite ultimo al recupero dei diritti perduti per il tramite di una pronuncia di incostituzionalità. Potrebbe Tizio ottenere ristoro dei danni discriminatorî (e dunque incostituzionali) inferti alle donne della propria famiglia nei secoli addietro, oppure, potrebbe rivendicare una proprietà perduta a cagione di norme ingiuste del Regno Sabauda, magari sul presupposto che il diritto di proprietà è imprescrittibile? Seguendo fino alle sue estreme conseguenze questo filone dottrinario parrebbe di sì.

(17) Pubblicata in *Giur. cost.*, n. 2, 1999, p. 1351 segg.

(18) Che, all'art. 219, offriva la possibilità di riacquisto della cittadinanza a tutte le cittadine che l'avevano persa in attuazione dell'art. 10, comma 3, della l. 555/12.

(19) Salve, naturalmente, quelle date dal giudicato e dalla prescrizione, delle quali ampiamente si è occupata la giurisprudenza costituzionale come la dottrina.

Non può trascurarsi la circostanza che la sentenza delle SS.UU. giungeva dopo una presa di posizione della Prima Sezione della stessa S. C., la quale aveva dimostrato di abbracciare un orientamento del tutto divergente da quello esposto. Due sentenze emanate nel 1996, la n. 6297 e la n. 10086 (20), seguivano infatti l'idea che le dichiarazioni di illegittimità costituzionale debbano ritenersi efficaci nei confronti di tutte le fattispecie che risultino astrattamente interessate dalla norma eliminata, a prescindere dal momento di tempo in cui detta norma abbia concretamente spiegato i suoi effetti.

Sulla base degli arresti della dottrina più favorevole all'estensione della cittadinanza e delle sentenze gemelle del 1996, gli stranieri attori in giudizio avanti le SS.UU. nel caso del 1998, avanzavano la loro pretesa di riconoscimento dello *status* ritenendo che la donna che ha perduto la cittadinanza italiana in applicazione della legge del 1912 in realtà l'ha conservata comunque e l'ha, per di più, trasmessa inconsapevolmente al figlio. Ciò perché la sent. 87/1975 della Consulta censura la perdita di cittadinanza automatica e senza espressione di volontà del soggetto (21). Non ci è, però, ancora chiaro come possa la sentenza spiegare i suoi effetti su una situazione giuridica, la cittadinanza, sorta alla nascita della ricorrente nel 1920, dunque sotto la vigenza dell'ordinamento monarchico-liberale, ed estintasi nel 1939, durante il periodo del regime fascista. Unica possibilità per giustificare tale evento è quella di considerare la cittadinanza italiana come insensibile al mutare degli ordinamenti, superiore al tempo ed alle istituzioni; francamente, però, l'idea di una italianità trascendente il tempo, ovvero, secondo la terminologia della giurisprudenza, di una «*ipervalenza*» della cittadinanza (22), desta più di qualche perplessità.

Viceversa pare ragionevole la diversa ricostruzione secondo la quale lo Stato repubblicano italiano, sorto sulle ceneri di quello fascista, ha riconosciuto la nuova cittadinanza italiana a coloro che possedevano quella precostituzionale, ha dato la possibilità di ottenerla anche alle persone viventi ed ingiustamente discriminate dalla legislazione del passato, ma di certo non può sindacare fatti giuridici, quali la perdita dello *status civitatis*, maturati sotto la vigenza e nel quadro di valori dell'Italia pre-repubblicana, né tantomeno può simulare che essi non siano avvenuti, dichiarando che una cittadinanza non sia mai stata persa nonostante le «*apparenze*».

(20) Si tratta della sent. sez. I, 10 luglio 1996, n. 6297, in *Foro it.*, Rep. 1996, voce *Cittadinanza*, n. 21 e della sent. 18 novembre 1996, n. 10086, *ibidem*.

(21) La memoria difensiva è pubblicata integralmente: *Memoria illustrativa dell'avv. A. Pace* (Ric. n. 736/1995), in *Giur. cost.*, n. 2, 1999, p. 1359 segg.

(22) La Cassazione, SS.UU., sent. 19 febbraio 2004, n. 3331 (su cui *infra*) afferma che non è configurabile una «*ipervalenza del diritto ad essere cittadino italiano tale da imporsi in termini assoluti al di là del quadro costituzionale di riferimento*». Una valutazione del nostro ordinamento come trascendente la storia parrebbe francamente poco appropriata dopo la caduta dei regimi assolutistici, che di questo postulato facevano una rivendicazione ideologica. Su questi aspetti rimane insuperata la ricostruzione di S. PANUNZIO, *Teoria generale dello Stato fascista*, II ed., Padova 1939, p. 14 segg.

Del tutto fuorviante è – a nostro avviso – la *querelle* sulla circostanza che la cittadinanza persa sia o meno «rapporto esaurito», ai fini e ai sensi della giurisprudenza costituzionale. Sicuramente la cittadinanza è inesauribile ed imprescrittibile, ma lo è per ciò che essa costituisce nel *nostro* ordinamento e in ottemperanza ai *nostri* valori costituzionali; non solo esauriti ma, di più, del tutto *extra ordinem*, sono i rapporti giuridici intercorsi tra l'Autorità statale ed i cittadini del Regno d'Italia, che è aberrante sindacare secondo i canoni odierni, si sia o meno d'accordo con le regole che presidiavano la società civile italiana *ante* 1948.

Si è affermato, da autorevole dottrina, che «*mai non possa parlarsi di «prescrizione» o «decadenza» rispetto ad uno status»* e che una posizione soggettiva nei confronti dell'ordinamento mai può essere oggetto di disposizione ed esercizio (23). È proprio questa la ragione per cui non ha senso sindacare la volontà del perdente la cittadinanza, né quella dell'Autorità che ha dichiarato la decadenza. La comunità statale italiana del 1939 ha semplicemente determinato il compiersi di un fatto giuridico, la donna sposata con lo straniero e divenuta cittadina del paese estero è stata estraniata dalla comunità nazionale, ossia si è perfezionato *in toto* il fatto giuridico (24), ancorché oggi non se ne condividano i criteri.

Dobbiamo perciò concludere che, a nostro avviso, la giurisprudenza sui cd. rapporti esauriti non ha pertinenza col caso in esame: gli effetti delle sentenze costituzionali non possono giungere fino al provvedimento dichiarativo della perdita della cittadinanza, non certo per garantire la certezza del giudicato o dei rapporti di credito (esigenze alla base della dottrina dell'esaurimento), quanto piuttosto perché gli accadimenti *extra-ordinem* non sono più, come dice – a nostro avviso correttamente – POLITI, «*suscettibili di giudizio»* (25). Si tratterebbe dunque di ipotesi più vicina alla carenza di giurisdizione che a quella di esaurimento dei rapporti.

(23) A. PACE, *Memoria illustrativa*, op. cit., p. 1363.

(24) Oppure si sono prodotti degli «*effetti consolidati*», come dice C. App. Milano, sent. 9 aprile 1996, n. 1005, pt. 1.2.

(25) F. POLITI, *Del perché la Cassazione continua a ritenere efficaci norme (già dichiarate) incostituzionali*, in *Giur. cost.*, n. 2, 1999, p. 1369, parafrasando C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, in *La Costituzione italiana*, Padova 1984, p. 387. Il POLITI basa la sua critica alla sentenza della Cassazione, peraltro, ritenendo che le decisioni della Consulta abbiano effetti su qualunque rapporto «*indipendentemente dal momento in cui lo stesso sia sorto*» (p. 1370), e perciò criticando la scelta della S.C. di non riconoscere effetti in atto al sorgere dell'ordinamento repubblicano. Omette l'A., però, di spiegare perché consideri la presenza di un soggetto non più cittadino quale titolare di «*rapporto in corso*», essendosi compiuto e perfezionato il fatto giuridico della perdita della cittadinanza. Analoga obiezione va mossa al commento alla sentenza di G. MARAZZITA, *ibidem*, in part. p. 1394 segg., ritenendo che la S.C. propugni un effetto meramente abrogativo della Costituzione e tralasciando, a sua volta, che la cittadinanza persa, non può considerarsi «*rapporto in corso*» al momento dell'entrata in vigore della Costituzione. Da registrare anche l'opinione di A. SINAGRA, *La sentenza n. 30 del 1983 della Corte costituzionale e la legge 21 aprile 1983, recante disposizioni in materia di cittadinanza*, in *Giur. cost.*, 1983, I, p. 579 segg., che parla di un *tertium genus* tra abrogazione ed annullamento relativamente all'espunzione norma sulla trasmissione della cittadinanza *a matre*.

Il *discrimen* dei rapporti esauriti suscita un'ulteriore perplessità, alla quale i contendenti su questo terreno non paiono dare risposta. Se vi fosse una sentenza passata in giudicato che avesse confermato la perdita della cittadinanza di una donna, sarebbe questo rapporto «più» esaurito e dunque sottratto alla retroattività della sentenza costituzionale? In questo caso, ci pare, si produrrebbe una discriminazione ancor più grande di quella eliminata con la pronuncia della Consulta.

Il carattere ontologico di *status* della cittadinanza, poi, non può non ripercuotersi anche sul piano giudiziale, poiché i diritti del cittadino – come quelli della personalità – non possono essere modificati dal giudice *ex tunc* agevolmente, per essi il ripristino dello *status quo ante* appare assai più difficoltoso, stante la loro sostanziale immaterialità (26), mentre per i diritti reali e di credito la *restituito* è operazione di immediata comprensione. L'evitare tale precisazione porta ad evidenti rischi di confusione, come quello in cui incorrono, a nostro avviso, coloro che caldeggiavano un ripristino della cittadinanza persa e rimasta presuntivamente «latente».

Per comparazione, si consideri il caso dei cittadini italiani di origine slava della Venezia Giulia, i cui cognomi furono cambiati autoritativamente dal regime fascista e sostituiti con versioni «italianizzate». Oggi, sulla base del disposto della legge 114/1991, essi hanno la possibilità di vedere dichiarata la correzione del proprio cognome, con il ripristino della forma originale (27). Cionondimeno sarebbe inaccettabile la proposizione di chi affermasse che essi hanno portato il cognome slavo anche *medio tempore*; essi hanno portato un diverso cognome, anche se oggi ripudia alla coscienza comune ed all'ordinamento democratico il cambio forzoso del cognome. Anche nel caso testé citato, dunque, si è perfezionato il fatto giuridico, che l'ordinamento repubblicano ha deciso di mutare nuovamente, sulla base delle risultanze storiche (28).

Proprio la difficoltà logica di proiettare caratteristiche di una persona all'indietro nel tempo, fa propendere per la correttezza della statuizione del giudice che riconosca alla donna ex cittadina, discriminata dalle regole di

(26) Nel senso, in particolare, che non sono direttamente ed univocamente suscettibili di valutazione economica. Nulla a che vedere, naturalmente, con la diversa nozione di beni immateriali.

(27) V., *ex multis*, i recenti decr. Pref. TS n. 1.13/2-489/2003 del 9 settembre 2003, in *Gazz. Uff.* n. 231, 4 ottobre 2003 e decreto n. 1.13/2-531/2003 del 18 settembre 2003, in *Gazz. Uff.* n. 232, 6 ottobre 2003.

(28) Particolarmente interessante notare, nel caso proposto, che il ripristino del nome avviene con decreto prefettizio di revoca dell'analogo provvedimento degli anni '30; ciò dimostra sì continuità con l'ordinamento precedente e riconoscimento delle fonti del diritto pre-repubblicane ma, come noto, lo strumento di diritto amministrativo utilizzato è quello della revoca, con effetti *ex nunc*, e non quello di un annullamento *ex tunc*, difficilmente configurabile.

Non può non notarsi, inoltre, la circostanza che i cognomi furono cambiati, in epoca fascista, con provvedimenti prefettizi *ad personam*, e quindi revocabili, mentre nella l. 555/12 si dettano norme generali ed astratte in tema di acquisto e perdita della cittadinanza italiana, rendendo impossibile ogni tentativo di «revocare» gli effetti prodotti dalla legge.

epoca sabauda ed ancor oggi in vita, il rientro *ex nunc* nella comunità nazionale. Ben diversa la pretesa di attribuire a figli e nipoti una continuità di tale appartenenza, sul presupposto di un torto subito dagli avi, sposando quindi una *fictio juris* davvero lontana dalla realtà (29).

A sostenere il quadro concettuale finora delineato va un'ulteriore considerazione. Senza dubbio l'ordinamento repubblicano si pone, da molti punti di vista, in posizione di continuità con quello precedente, pur nel mutare dei presupposti ideologici alla base dello Stato. Tuttavia, proprio questa netta cesura concettuale reca con sé delle necessarie conseguenze: ad esempio le pretese coloniali, il corporativismo, i privilegi della nobiltà erano fenomeni a forte rilevanza giuridica, pienamente legittimi all'epoca in cui vigevano ma che sono stati poi ritenuti, naturalmente, incompatibili con il nuovo ordine. Il nucleo fondante di questo cambiamento è la scelta collettiva, è la *Gesamtscheidung* direbbe Carl SCHMITT (30), ossia la creazione popolare della Costituzione.

Come valutare, in tal senso, la posizione di quei soggetti i quali, sotto il precedente ordinamento abbiano contratto matrimonio all'estero e si siano distaccati dalla comunità nazionale perdendo (volontariamente o meno) la cittadinanza? Sicuramente è difficile sostenere la *fictio* (già tale per gli italiani in Patria) che essi abbiano partecipato al momento fondante del nuovo ordinamento e che, pertanto, vi appartengano a pieno titolo. Non pare perciò illogico che le norme, che disciplinano il recupero della cittadinanza da parte di chi l'abbia perduta per aver lasciato volontariamente il Paese sotto il precedente ordinamento, debbano contemplare le esigenze di equità con quelle della certezza del diritto, con particolare riferimento alla necessità di circoscrivere le persone ed i gruppi familiari che possano richiedere la cittadinanza, evitando il prodursi di una catena di diritti che risalga fino agli avi più lontani (31).

Non può trascurarsi, in questa sede, il profilo della ricaduta del diritto sul contenzioso nazionale e sull'Amministrazione. Ci si riferisce, in particolare, al danno arrecato alla certezza del diritto dalla riapertura delle questioni del passato, oltre che all'enorme pregiudizio per la collettività nazionale. Non si deve infatti tralasciare il fatto che l'Italia ha dato origine, ad esempio, ad una parte relevantissima dei nuclei familiari del nord America e che, nell'America latina, la popolazione di origine italiana, in diversi contesti, rappresenta addirittura la maggioranza. Trattandosi di fenomeni prodotti, per la gran parte, delle ondate migratorie che, giunte al loro culmine negli anni '10, hanno accompa-

(29) Relativamente alla cittadinanza da riconoscere ai figli, l'unico criterio che risulti concretamente applicabile è quello per cui acquisiscono la cittadinanza italiana i figli nati dopo il riacquisto della cittadinanza della madre (cioè dalla dichiarazione di cui alle leggi del 1983 e 1992). Non vi è viceversa ragione di discriminare tra figli nati prima e dopo il 1948, in quanto entrambi nati mentre la madre non aveva più lo *status civitatis*. Sul tema v. A. ADINOLFI, *Il riconoscimento della cittadinanza italiana ai nati da madre cittadina prima del 1948: quale «uniforme interpretazione del diritto» da parte della Cassazione?*, in *Riv. dir. int.*, n. 2, 2001, p. 447 segg.

(30) V. in proposito C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 9. ed., Berlin 2003, p. 20 segg.

(31) Il problema non può non porsi, anche per chi critichi l'impostazione delle SS.UU. del 1998. V. A. ADINOLFI, *Il riconoscimento, cit.*, p. 450.

gnato l'Italia fin dopo la seconda guerra mondiale (ossia proprio in coincidenza con l'arco temporale di validità della legge 555/12), ci si può facilmente rendere conto del rischio cui è sottoposta la stabilità del nostro sistema nel caso di reclamo dei diritti di cittadinanza da parte di una frazione anche modesta degli aventi diritto, ove si dia delle norme la lettura fin qui criticata.

La pronuncia delle Sezioni Unite, tuttavia, lungi dal chiudere il dibattito, ha attirato su di sé diverse critiche in dottrina, ed è stata, per di più, smentita da una successiva pronuncia della I Sezione, di solo due anni successiva, la n. 15062 del 2000 (32). In essa si affronta nuovamente la questione dei «rapporti esauriti»: in una vicenda del tutto analoga alle altre (salvo che si trattava di cittadina italiana di Libia, con qualche dubbio sull'applicazione delle norme coloniali) la I Sezione, pur senza «ribellarsi» apertamente alla statuizione delle SS.UU., afferma che il giudice d'appello aveva errato nel negare l'attribuzione della cittadinanza ai figli della donna poiché *«la qualificazione di un rapporto o di una situazione, siccome «esauriti», non deve mai fondarsi su di una norma dichiarata costituzionalmente illegittima, per la decisiva ragione che, altrimenti, continuerebbe ad applicarsi [...] la norma incostituzionale»*. La motivazione sembra poi avvilupparsi su sé stessa, ritenendo necessario un terzo elemento, oltre alla norma ed al rapporto giudicato, una seconda norma che determini l'esaurimento della prima. In tanta complessità logica, non emerge una chiave di lettura che pare illuminante: la perdita della cittadinanza ha effetti istantanei e definitivi, non ha nessun bisogno di un provvedimento di chiusura degli effetti (come sarebbe nel caso della sentenza passata in giudicato o che accerti la prescrizione) ed i suoi effetti possono essere ridiscussi a distanza di anni solo in un ordinamento che prevede una siffatta retroattività, quale quello costituzionale repubblicano, ma non certo quello statutario.

3. *Lo sviluppo più recente del contenzioso*

Va ricordato, nella giurisprudenza di merito, l'interessante caso affrontato dal Tribunale di Torino nel 1999, nel quale il Collegio dichiara la cittadinanza italiana del figlio di donna italiana che ha perso la cittadinanza, in quanto nato prima del matrimonio con il padre straniero (33).

La giurisprudenza del Tribunale di Roma, cui spetta la gran parte delle controversie in tema di cittadinanza, trattandosi perlopiù di residenti all'estero contrapposti al Ministero dell'Interno (34), si è fortemente allineata ai principî espressi dalla Sezione I della Cassazione nel 2000, ossia all'orientamento meno restrittivo quanto al riconoscimento della cittadinanza.

(32) Sent. 22 novembre 2000, n. 15062, pubbl. in *Foro it.*, 2001, pt. I, col. 2299 segg.

(33) Cfr. Trib. Torino, sent. 12 aprile 1999, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, n. 1, 2000, p. 152 segg. Si tratta senz'altro di un caso limite; tuttavia il *discrimen* è chiaro: il figlio nato prima del matrimonio è figlio di italiana nato da relazione con uno straniero; un eventuale figlio nato a seguito del matrimonio è nato da madre non più italiana. I due figli non potranno essere discriminati nei diritti connessi alla filiazione, ma avranno diverso trattamento in relazione alla cittadinanza.

(34) Si tratta, a nostro avviso, di un punto debole dell'ordinamento giudiziario, poiché di fatto una sola sezione di una giurisdizione inferiore detiene, salvi i diritti di appello e ricorso per Cassazione, il monopolio assoluto su un settore del contenzioso civile nazionale.

Più specificamente, il Tribunale romano, in alcune recenti sentenze, dispone il positivo accertamento della cittadinanza in capo ai ricorrenti, sia facendo riferimento al «non esaurimento» dei rapporti sottoposti al giudizio costituzionale, sia ritenendo che le donne, che abbiano riacquisito la cittadinanza dopo le sentenze della Corte costituzionale, non l'abbiano in realtà mai perduta, comunicandola ai figli ed ai nipoti. La ricaduta di tali affermazioni è di particolare rilevanza, poiché sono decine le sentenze con le quali il giudice di primo grado ha attribuito la cittadinanza italiana a nipoti e pronipoti di cittadine italiane (35).

Un elemento di chiarezza potrebbe essere costituito dalla recentissima sentenza della Cassazione, Sezioni Unite, 19 febbraio 2004, n. 3331, che riprende compiutamente le contrapposte opzioni giurisprudenziali, confermando la scelta del 1998, dunque negando la cittadinanza ai figli di madre sposatasi in Turchia nel 1947.

L'arresto della Suprema Corte, velatamente censurando la giurisprudenza «ribelle» del 2000, ritiene ormai consolidato in giurisprudenza ed affermato in dottrina il principio per cui l'illegittimità costituzionale non può retroagire rispetto all'entrata in vigore della Costituzione (36).

Si ritiene poi, da un punto di vista generale, che sia da escludersi l'asunto, considerato dalla citata sentenza della I Sezione, secondo il quale lo *status* di cittadinanza possedga particolari requisiti di absolutezza, non esauribilità e giustiziabilità in ogni tempo, essendo viceversa rimesso, come altre situazioni giuridiche, agli effetti del mutare del quadro costituzionale di riferimento.

La decisione della Corte fa nuovamente riferimento alla nozione di rapporti esauriti, della quale si è già brevemente detto, ritenendo che l'azione invalidante del giudizio di costituzionalità conosca proprio quel limite, dovendosi prendere atto di effetti legittimamente prodotti da norme (poi ritenute incostituzionali) nel periodo della loro legittima vigenza.

La Suprema Corte ritiene, quanto alla necessità di non consentire, ad oggi, discriminazioni incostituzionali tra uomo e donna, che tale esigenza sia già efficacemente affrontata dalla legge 151/1975, che consente la dichiarazione di riacquisto della ex cittadina. Ritiene viceversa non configurabile ogni automatismo nel recupero della cittadinanza e nella sua trasmissione ai discendenti in linea retta.

La pronuncia del Giudice di legittimità assume, quindi, il significato di una rilevante correzione di rotta rispetto alle incertezze precedenti, ponendo anche argine ad un assalto alla cittadinanza che assume peraltro dimensioni

(35) *Ex multis* Trib. Roma, Sez. I, sent. 7 marzo 2001, n. 8901; sent. 22 marzo 2002, n. 20408.

(36) La sentenza afferma che «*le leggi anteriori alla Costituzione perdono efficacia, per effetto di pronunce di incostituzionalità, dalla data di entrata in vigore, non potendo il giudizio di difformità rispetto al parametro costituzionale svolgersi oltre il momento in cui l'antinomia si è verificata e dovendo quindi la pronuncia di incostituzionalità arrestarsi al tempo di insorgenza del conflitto*».

preoccupanti. Si pensi, in tal senso ai non infrequenti «casi limite» di nipoti e pronipoti di cittadine italiane che reclamano la cittadinanza italiana per interi nuclei familiari (37).

Quanto alla giurisdizione amministrativa, il Consiglio di Stato è ritornato di recente sul tema, con una pronuncia che, però, lambisce solamente la materia del contendere: in un parere ha affermato che, ove i genitori riacquistino la cittadinanza italiana persa, in nessun caso consegue l'acquisto automatico per i figli, i quali dovranno, a loro volta, presentare documentata istanza (38). I magistrati amministrativi si mantengono in questo caso, però, fuori dall'agone polemico, non entrando nella questione della spettanza del diritto, al di là della presenza dell'automatismo acquisitivo.

Alla luce della permanente distanza tra le interpretazioni giurisprudenziali e del possibile ulteriore incremento del contenzioso tra stranieri di origine italiana e Amministrazione dell'Interno, con conseguente ulteriore peso a carico della Difesa erariale, appare quanto mai auspicabile un intervento legislativo che ponga fine alle frizioni in atto, restituendo ai Consolati ed agli Ufficiali di Stato civile una materia che ad essi essenzialmente perviene, e che solo in senso del tutto patologico può essere oggetto di contesa in giudizio.

(37) A titolo esemplificativo si consideri che attualmente pende presso il Tribunale di Roma il ricorso di alcuni cittadini peruviani che chiedono riconoscersi lo *status civitatis* italiano sulla base della circostanza che una loro nonna in linea materna era a sua volta figlia (nata all'estero) di un cittadino italiano nato nel 1874 e trasferitosi in Perù più di cento anni fa (Trib. Roma, sez. I civ., C.P. et al. c/ Ministero dell'Interno).

(38) Cons. St., sez. I, par. 28 novembre 2001, n. 1077, pubbl. in *Foro It.*, 2003, pt. III, coll. 154-156.

INDICI SISTEMATICI

1 - ARTICOLI, NOTE, DOTTRINA, RECENSIONI

IGNAZIO FRANCESCO CARAMAZZA, <i>Funzione pubblica e giurisdizione</i> pag.	280
CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, <i>Nota informativa riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte delle giurisdizioni nazionali (2005/C 143/01)</i> »	17
ROBERTO DE FELICE, CINZIA MELILLO, (dossier), <i>In morte di un curatore fallimentare</i> »	188
GIOVANNI PIETRO DE FIGUEIREDO, ENRICA VILLANI, <i>L'attualità dell'art. 8 c.p. (sua capacità espansiva come «risorsa giuridica» sul piano della collaborazione internazionale contro il crimine)</i> »	139
PIERLUIGI DI PALMA, <i>La difesa in giudizio delle amministrazioni trasformate in società per azioni</i> »	11
PIERLUIGI DI PALMA, <i>Il diritto degli aeroporti nel nuovo codice della navigazione: le concessioni aeroportuali</i> »	295
<i>Diritto nazionale e diritto comunitario nella dinamica del giudizio di costituzionalità. (art. 117, 1° co., Cost. e questione comunitaria)</i> »	121
PASQUALE FAVA, <i>Indennità di amministrazione e tredicesima: un caso pratico per valutare le potenzialità delle azioni rappresentative (class actions) nel contenzioso seriale italiano</i> »	168
WALLY FERRANTE, <i>La direttiva 2004/18/CE e la giurisprudenza comunitaria in materia di appalti e concessioni</i> »	68
GIUSEPPE FIENGO, (dossier), <i>Ancora sull' in house providing</i> »	44
MARIA VITTORIA LUMETTI, <i>Silenzio inadempimento, denuncia di inizio attività, silenzio assenso, accesso: le novità della legge 80/05</i> »	304
MARIA VITTORIA LUMETTI, <i>La valutazione del punteggio conseguito presso le S.I.S.S. La natura giuridica delle frequently asked questions (F.A.Q.) e l'evoluzione tecnologica della P.A.</i> »	208
PAOLO MARCHINI, <i>La manutenzione ordinaria e straordinaria in materia di opere idrauliche e la tutela penale del paesaggio: una interpretazione estensiva?</i> ... »	315
GLAUCO NORI, <i>Sul potere sanzionatorio della Corte di giustizia</i> »	22
CESARE PAGOTTO, <i>Cittadinanza italiana a matre e retroattività delle norme costituzionali: amministrazione e giurisprudenza in trincea</i> »	322
ROBERTO PALASCIANO, <i>Ancora sul tema della responsabilità civile per i danni da fumo c.d. attivo</i> »	197

VINCENZO RAGO, <i>Il patrocinio delle Amministrazioni statali da parte dell'Avvocatura Generale dello Stato</i>	pag.	1
STEFANO ROSATI, (dossier), <i>Opposizione tardiva; opposizione intempestiva a seguito di nullità della notifica del decreto ingiuntivo</i>	»	150
MARINA RUSSO, <i>Legittimazione in giudizio in tema di danni da emoderivati</i>	»	13
GIUSEPPE STIPO, <i>Il regime d'invalidità del provvedimento amministrativo nel nuovo sistema delineato dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15</i>	»	253
FRANCESCO VIGNOLI, <i>Ragionevole durata del processo e decisione definitiva</i>	»	133

2 - INDICE DELLE SENTENZE

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE		
Grande Sezione, 12 luglio 2005, nella causa C-304/02	pag.	29
Grande Sezione, 21 luglio 2005, nella causa C-231/03.	»	51
Sez. 1 ^a , 13 ottobre 2005 nella causa C-458/03.	»	54
Sez. 2 ^a , 27 ottobre 2005 nelle cause riun. C-187/04 e C-188/04	»	71
CORTE COSTITUZIONALE		
Sent. 29 gennaio 2005, n. 62	»	124
Ord. 7-11 febbraio 2005, n. 74	»	136
CORTE DI CASSAZIONE		
Sez. 1 ^a penale, sent. 28 aprile-17 maggio 2004 n. 23181	»	146
Sez. Unite, 3 marzo-12 maggio 2005 n. 9938	»	156
Sez. Unite, 13 luglio 2005 n. 14698	»	176
Sez. trib. 29 agosto 2005 n. 17461	»	194
CORTE D'APPELLO DI GENOVA		
Sez. 2 ^a , ord. 24-25 marzo 2005	»	138
TRIBUNALE CIVILE DI NAPOLI		
Sent. 15 dicembre 2004, n. 12729.	»	204
TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER L'EMILIA ROMAGNA		
Parma, sez. unica, ord. 18 ottobre 2005, n. 301	»	214

3 - INDICE DEGLI ARGOMENTI

AZIONI RAPPRESENTATIVE – Ammissibilità in Italia – Efficientismo processuale – Aumento di competitività – Giusto processo – Potenzialità risolutive del contenzioso seriale – Sussistono (<i>Cassaz., Sez. Un. Civ., sent. 13 luglio 2005, n. 14698</i>).	pag.	176
CLASS ACTIONS – Ammissibilità in Italia – Efficientismo processuale – Aumento di competitività – Giusto processo – Potenzialità risolutive del contenzioso seriale – Sussistono (<i>Cassaz., Sez. Un. Civ., sent. 13 luglio 2005, n. 14698</i>).	»	176

COMUNITÀ EUROPEE – Appalti pubblici di servizi – Appalti <i>in house</i> – Concessione di servizio pubblico. Compatibilità con il diritto comunitario (<i>Corte di giustizia CE, Grande Sezione, sent. 21 luglio 2005 nella causa C-231/03; sez. 1°, sent. 13 ottobre 2005 nella causa C-458/03</i>)	pag. 51
COMUNITÀ EUROPEE – Inadempimento da parte di uno Stato – Direttiva 93/37/CEE – Appalti pubblici di lavori– Concessioni di lavori pubblici – Norme di pubblicità (<i>Corte di Giustizia CE, sez. 2°, sent. 27 ottobre 2005 nelle cause riun. C-187/04 e C-188/04</i>)	» 71
COMUNITÀ EUROPEE – Inadempimento da parte di uno Stato – Pesca – Obblighi di controllo posti a carico degli stati membri – Sentenza della Corte che accerta un inadempimento – Omessa esecuzione - Art. 228 CE – Pagamento di una somma forfettaria – Imposizione di una penalità (<i>Corte di Giustizia CE, Grande Sezione, sent. 12 luglio 2005, nella causa C-304/02</i>)	» 29
CONTENZIOSO SERIALE – Pluralità di parti – Serialità – Questioni di fatto e di diritto comuni – Gestione efficiente del contenzioso – Strumenti processuali risolutivi – <i>Class actions</i> e azioni rappresentative – Potenziale rilevanza (<i>Cassaz., Sez. un. Civ., sent. 13 luglio 2005, n. 14698</i>)	» 176
CORTE COSTITUZIONALE – Diritto nazionale e diritto comunitario – Denuclearizzazione del territorio – Illegittimità costituzionale di norme regionali – Regioni Sardegna, Basilicata, Calabria (<i>Corte Cost.le, sent. 29 gennaio 2005 n. 62</i>)	» 124
CORTE COSTITUZIONALE – Diritto nazionale e diritto comunitario – Raccolta e smaltimento di rifiuti radioattivi – Partecipazione della Regione interessata (<i>Corte Cost.le, sent. 29 gennaio 2005 n. 62</i>)	» 124
CORTE COSTITUZIONALE – Ragionevole durata del processo e decisione definitiva – Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo – Manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale. (<i>Corte Cost., ord. 7–11 febbraio 2005, n. 74</i>)	» 136
INDENNITÀ DI AMMINISTRAZIONE – Nozione – Caratteri – Natura giuridica – Rilevanza per la tredicesima – Esclusione – Principio di omnicomprensività – Si applica. (<i>Cassaz., Sez. un. Civ., sent. 13 luglio 2005, n. 14698</i>)	» 176
ISTRUZIONE E SCUOLE – Punteggio S.I.S.S. – Valutazione ad incremento dei titoli relativi a graduatoria di diversa classe di concorso – Inammissibilità (<i>T.A.R. Emilia Romagna, Parma, sez. unica, ord. nella cam. Cons. del 18 ottobre 2005</i>)	» 214
PROCEDIMENTO CIVILE – Impugnazione – Termini – Morte del legale rappresentante – Proroga semestrale (<i>Cassaz., Sez. trib., sent. 29 agosto 2005 n. 17461</i>)	» 194
PROCEDIMENTO CIVILE – Procedimenti speciali – Opposizione tardiva – Nullità della notifica del decreto opposto – Effetti in ordine all'ammissibilità (<i>Cassaz., S.U., sent. 3 marzo–12 maggio 2005 n. 9938</i>)	» 156
PROCEDIMENTO CIVILE – Ricorso per Cassazione – Revocazione – Circostanza rilevante emergente dalla relata di notifica – Omessa percezione – Ammissibilità – (art. 391 <i>bis</i> c.p.c.) (<i>Cassaz., Sez. trib., sent. 29 agosto 2005 n. 17461</i>)	» 194
PROCEDIMENTO PENALE – Processo celebrato in Italia sui <i>desaparecidos</i> – Art. 8 c.p. – Procedibilità – Nozione di «delitto politico» – Natura oggettivamente e soggettivamente politica di delitti commessi in danno di cittadini italiani residenti in Argentina – Delitti contro diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione italiana e da norme del diritto internazionale generalmente riconosciute (diritto alla vita, alla libertà personale, ad un processo equo, ecc.) – Diritto-dovere dello Stato italiano di intervenire – Collaborazione internazionale contro il crimine (<i>Cassaz., 1° sez. penale, sent. 17 maggio 2004 n. 23181</i>)	» 146

PROCEDIMENTO PENALE – Processo celebrato in Italia sui <i>desaparecidos</i> – Costituzione del rapporto processuale – Assenza in giudizio dell'imputato – Validità dell'instaurazione del rapporto processuale (<i>Cassaz., 1° sez. penale, sent. 17 maggio 2004 n. 23181</i>)	pag.	146
RESPONSABILITÀ CIVILE – Danni da fumo attivo – Responsabilità del Ministero della Salute e delle imprese produttrici e distributrici dei tabacchi lavorati – Esclusione (<i>Trib. Napoli, sent. 15 dicembre 2004, n. 12729</i>)	»	204
TREDICESIMA MENSILITÀ – Principio di omnicomprensività – Si applica – indennità di amministrazione – Rilevanza per la tredicesima – Esclusione (<i>Cassaz., Sez. Un. Civ., sent. 13 luglio 2005, n. 14698</i>)	»	176
TRIBUTI IN GENERALE – Accertamento – Condono – Condono ex decreto legge 429/1982 – Dichiarazione integrativa per definizione automatica – inclusione di tutti gli anni di imposta accertabili (<i>Cassaz., Sez. trib., sent. 29 agosto 2005 n. 17461</i>)	»	194

4 - PARERI, COMUNICAZIONI, CIRCOLARI

A.G.S. – Parere del 20 aprile 2005, n. 54793. Patrocinio dell'Avvocatura dello Stato (<i>consultivo n. 38033 e 31094/04, avvocato V. Rago</i>)	pag.	2
A.G.S. – Parere del 14 maggio 2005, n. 67614. Azione di risarcimento danni – Recupero crediti. (<i>Consultivo n. 6612/03, avvocato P. Di Palma</i>)	»	11
A.G.S. – Parere del 14 maggio 2005, n. 67615. Momento di efficacia della determinazione della rendita catastale – Configurabilità di autotutela (<i>consultivo n. 18721/04, avvocato L. Caputi Iambrenghi</i>)	»	215
A.G.S. – Parere del 14 maggio 2005, n. 67621. Illecito amministrativo in materia doganale, contrabbando doganale semplice e aggravato: distinzioni – decreto del Presidente della Repubblica n. 43/1973, artt. 282 ss. (<i>consultivo n. 11396/05, avvocato G. Albenzio</i>)	»	216
A.G.S. – Circolare del 27 maggio 2005, n. 15. Patrocinio dell'Avvocatura dello Stato alle Università degli Studi	»	9
A.G.S. – Parere del 31 maggio 2005, n. 75708. Legge n. 210/1992 – Legittimazione passiva del Ministero della Salute nei giudizi aventi ad oggetto il riconoscimento del diritto all'indennizzo per il periodo antecedente il trasferimento delle funzioni alla Regione – Sentenza della Corte d'Appello di Venezia n. 364/04 (<i>consultivo n. 49194/04, avvocato M. Russo</i>)	»	13
A.G.S. – Parere del 31 maggio 2005, n. 75722. Affidamento diretto di impianto (<i>consultivo n. 14148/05, avvocato W. Ferrante</i>)	»	220
A.G.S. – Parere del 7 giugno 2005, n. 79329. Imposte e tasse. Imposta erariale del consumo sull'energia elettrica. Gruppi elettrogeni fissi in datazione alle FF.AA. – Produzione e consumo – Debenza (<i>consultivo n. 24104/04, avvocato P. Cosentino</i>)	»	224

A.G.S. – Parere del 9 giugno 2005, n. 80746.

Verifica amministrativo-contabile a norma dell'art. 7 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 12 marzo 1994 – Saldo contributivo (*consultivo n. 24143/04, avvocato S. Sabelli*) pag. 226

A.G.S. – Parere del 10 giugno 2005, n. 80985.

Art. 43, 1° comma e 57, d.P.R. n. 327/2001 – Art. 5 L. 166/2002 – Possibilità ed ambito di utilizzazione (*Contenzioso n. 24416/03, avvocato T. Varrone*) » 229

A.G.S. – Parere del 7 luglio 2005, n. 91858.

Decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001 n. 327, come modificato dal Decreto Legislativo 27 dicembre 2002 n. 302, pubblicato nel Suppl. ord. n. 211/L Gazzetta Ufficiale n. 17 del 22 gennaio 2003. Testo Unico disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità (*consultivo n. 52706/04, avvocato P. Cosentino*) » 235

A.G.S. – Parere dell'8 luglio 2005, n. 92716.

Provvedimenti di assegnazione della casa di abitazione familiare nei procedimenti di separazione personale e di divorzio; trascrivibilità, opponibilità a terzi in relazione ai diversi titoli in base ai quali l'abitazione era già goduta (*consultivo n. 18376/05, avvocato M. Mari*) » 236

Circolare del 12 luglio 2005, n. 24, prot. 94439 (comunicazione di servizio n. 96/05, prot. 94436).

Direttive in materia di controversie aventi ad oggetto corsi di riqualificazione. » 249

ERRATA CORRIGE

L'articolo «Giurisdizione del giudice amministrativo in pubblici concorsi riservati a dipendenti interni, fuori ruolo e comandati» (pubblicato alla pag. 239 del n. 1/2005 di questa Rassegna), pervenuto a questa Redazione non firmato, è stato erroneamente attribuito all'Avv. Roberto de Felice, titolare del relativo contenzioso. Ce ne scusiamo con l'Autore, Dr. Mario Di Carlo, e con i lettori.