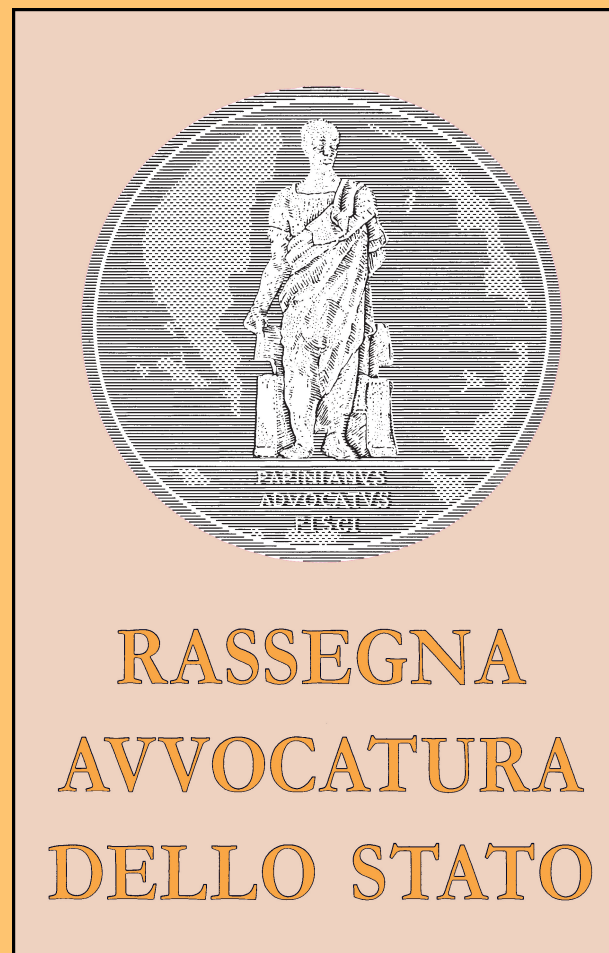


OTTOBRE - DICEMBRE 2005

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 2006

ANNO LVII - N. 4

OTTOBRE-DICEMBRE 2005

RASSEGNA
AVVOCATURA
DELLO STATO

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE DI SERVIZIO

ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO
ROMA 2006

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 – *Carlo Sica* – *Mario Antonio Scino* – *Tito Varrone*.

HANNO COLLABORATO INOLTRE AL PRESENTE NUMERO: *Chiara Altafin* –
Giuseppe Baldanza – *Valerio Balsamo* – *Maurizio Borgo* – *Maria Dolores*
Broccoli – *Benedetto Busdraghi Brancoli* – *Eva Calvi* – *Paola Ciriaco* –
Pierluigi Di Palma – *Chiara Di Seri* – *Pasquale Fava* – *Sergio Fiorentino* –
Lidia Flocco – *Umberto Giovannini* – *Luca Matarese* – *Alfonso Mezzotero* –
Cristina Mirti – *Iole Moricca* – *Silvana Pagliara* – *Giancarlo Pampanelli* –
Marika Piscitelli – *Carmela Pluchino* – *Emanuela Rosanò* – *Vittorio Russo*.

SEGRETERIA DI REDAZIONE: *Francesca Pioppi*.

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

La Rassegna è consultabile in pdf sul sito: www.avvocaturastato.it

ABBONAMENTI ANNO 2006

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

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

Per abbonamenti e acquisti rivolgersi a:

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

Funzione Arte/Editoria

P.zza Verdi, 10 – 00198 Roma

Tel. 0685082207 – 0685084124

Fax 0685084117

E-mail: venditeperiodici@ipzs.it

c/c postale n. 387001

Stampato in Italia – Printed in Italy

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

INDICE – SOMMARIO

IL CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

Sergio Fiorentino, <i>Le sentenze della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europee dell'anno 2005 emesse in cause cui ha partecipato l'Italia</i>	Pag.	1
1. — <i>Le decisioni</i>		
Chiara Di Seri, <i>La proporzionalità nell'adozione di misure a tutela dell'ambiente: il divieto di circolazione nel Land Tirolo</i> (Corte di giustizia CE, Grande Sezione, sent. 15 novembre 2005 nella causa C-320/03)	»	16
2. — <i>I giudizi in corso</i>	»	37
Marika Piscitelli, <i>La tutela della biodiversità</i>	»	121

IL CONTENZIOSO NAZIONALE

Valerio Balsamo, <i>Giurisdizione ordinaria per concorsi «interni» nella P.A.</i> (Cassaz., S.U., sent. 7 luglio 2005 n. 14259)	»	125
Eva Calvi, <i>Rapporto in materia di controllo giurisdizionale delle sanzioni irrogate dal Ministero dell'Economia e delle Finanze in tema di banca e borsa</i> (Corte d'Appello di Roma, sez. 1 ^a , sent. 26 settembre 2005)	»	130
Giancarlo Pampanelli, <i>Opposizione tardiva a decreto ingiuntivo e «caso fortuito» ai sensi dell'art. 650 cod. proc. civ.</i> (Trib. civ. di Roma, sez. 2 ^a , sent. 10 ottobre 2005 n. 21512)	»	137
Alfonso Mezzotero, Luca Matarese, <i>L'ammissibilità della costituzione di parte civile nell'interesse dello Stato nei processi di mafia. Alla ricerca del bene giuridico oggetto della pretesa risarcitoria</i> (Tribunale di Paola, in composizione collegiale, in sede penale, ord. 13 dicembre 2005)	»	145
Roberto de Felice (a cura di), dossier: <i>Trattamento tributario delle «concessioni» di arenile comunale</i> (Cass., sez. quinta, sent. 9 marzo 2004 n. 4769; Comm. Trib. Reg. di Firenze, sent. 26 settembre 2005 n. 66)	»	164
Giuseppe Baldanza, <i>I comportamenti amministrativi e le controversie in tema di occupazione appropriativa ed usurpativa</i> (C.d.S., ad. plen., sentt. 29 aprile 2005 n. 2 e 30 agosto 2005 n. 4)	»	176
Giuseppe Baldanza, <i>Sulla risarcibilità del c.d. danno da ritardo: diritto soggettivo o interesse procedimentale del privato</i> (C.d.S., ad. plen., sent. 15 settembre 2005 n. 7)	»	190
Carmela Pluchino, <i>Criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa: i confini della discrezionalità tecnica della commissione di gara</i> (C.d.S., sez. 5 ^a , sent. 29 novembre 2005 n. 6759)	»	196

I PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO. » 207

Marika Piscitelli, <i>Carteggio Mussolini-Petacci: l'intera vicenda. Consultazione dei documenti conservati negli archivi di Stato alla luce della nuova disciplina - Segretezza della corrispondenza e diritto alla riservatezza</i> (A.G.S., parere del 12 maggio 2005 n. 66429)	»	242
Pierluigi Di Palma, <i>Il parere del Consiglio di Stato in materia di affidamento in concessione delle gestioni totali aeroportuali</i> (C.d.S., sez. 2 ^a , parere 9 settembre 2005 n. 1281)	»	254

DOTTRINA

Maurizio Borgo, <i>Occupazione acquisitiva, occupazione usurpativa, acquisizione coattiva sanante ex art. 43 Testo Unico. L'evoluzione giurisprudenziale sull'espropriazione</i>	»	271
Pasquale Fava, <i>Better regulation e consultazione degli interessati: regole fondamentali per evitare un contenzioso inutile</i>	»	292

Umberto Giovannini, <i>La rimodulazione normativa in materia di accesso ai documenti amministrativi: la ridefinizione dei limiti e le nuove garanzie in caso di diniego di ostensione degli atti</i>	Pag.	299
Silvana Pagliara, <i>Il doping negli ordinamenti europei e le iniziative mondiali per combatterlo</i>	»	308
Carmela Pluchino, <i>Le riserve dell'appaltatore e le determinazioni del committente</i>	»	328
Emanuela Rosanò, <i>Accertamento tecnico preventivo e tutela cautelare nell'arbitrato irrituale: il dibattito dottrinale e le novità normative</i>	»	358
Vittorio Russo, <i>Sport e diritti dei consumatori. Contributo ad una Carta dei diritti dello spettatore</i>	»	370
INDICI SISTEMATICI	»	399

IL CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

Le sentenze della Corte di Giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europee dell'anno 2005 emesse in cause cui ha partecipato l'Italia.

Nel corso dell'anno 2005 la Corte di Giustizia delle Comunità europee ha emesso 40 sentenze in cause in cui ha partecipato l'Italia: 12 pronunce riguardano ricorsi diretti della Commissione CE contro l'Italia; 2 pronunce riguardano ricorsi diretti della Commissione CE contro altri Stati membri, con intervento in giudizio dell'Italia (in un caso a sostegno della Commissione, nell'altro a sostegno dello Stato); 6 pronunce riguardano ricorsi diretti dell'Italia contro la Commissione; 19 pronunce sono state emesse su ordinanze in via pregiudiziale di giudici italiani (11) o di altri paesi comunitari (8); 1 pronuncia è stata resa in cause riunite su ordinanze in via pregiudiziale emesse da un giudice italiano e da giudici di altri paesi comunitari. Altre cause sono state cancellate dal ruolo per ritiro della domanda pregiudiziale ovvero per sopravvenuta definizione in via stragiudiziale dei ricorsi diretti.

Le pronunce emesse sono le seguenti:

– **29 gennaio 2005**, nella causa C-464/01, *Gruber c. Bay Wa AG*, nella quale la Corte ha stabilito che «le regole di competenza della Convenzione 27 settembre 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, come modificata dalla Convenzione 9 ottobre 1978, relativa all'adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, dalla Convenzione 25 ottobre 1982, relativa all'adesione della Repubblica ellenica, dalla Convenzione 26 maggio 1989, relativa all'adesione del Regno di Spagna e della Repubblica portoghese, e dalla Convenzione 29 novembre 1996, relativa all'adesione della Repubblica d'Austria, della Repubblica di Finlandia e del Regno di Svezia, devono essere interpretate nel modo seguente: – un soggetto che ha stipulato un contratto relativo ad un bene destinato ad un uso in parte professionale ed in parte estraneo alla sua attività professionale non ha il diritto di avvalersi del beneficio delle regole di competenza specifiche previste dagli artt. 13 – 15 della detta Convenzione, a meno che l'uso

professionale sia talmente marginale da avere un ruolo trascurabile nel contesto globale dell'operazione di cui trattasi, essendo irrilevante a tale riguardo il fatto che predomini l'aspetto extraprofessionale; – spetta al giudice adito decidere se il contratto in questione sia stato concluso per soddisfare, in misura non trascurabile, esigenze attinenti all'attività professionale del soggetto di cui trattasi ovvero se, al contrario, l'uso professionale abbia rivestito solo un ruolo insignificante; – a tal fine il detto giudice deve prendere in considerazione tutti gli elementi di fatto rilevanti che risultano oggettivamente dal fascicolo; non occorre invece tener conto di circostanze o di elementi di cui la controparte avrebbe potuto prendere conoscenza al momento della conclusione del contratto, a meno che il soggetto che fa valere lo *status* di consumatore non si sia comportato in modo tale da far legittimamente sorgere l'impressione, nella controparte contrattuale, di agire con finalità professionali» (cont. 5305/02, Avv. Stato G. Albenzio).

– **17 febbraio 2005**, nella causa C-134/03, *Viacom Outdoor s.r.l. c. Giotto Immobilier s.a.r.l.*, nella quale la Corte ha stabilito che «L'art. 49 CE non osta alla riscossione di un tributo quale l'imposta comunale sulla pubblicità istituita mediante il decreto legislativo 15 novembre 1993, n. 507 – Revisione ed armonizzazione dell'imposta comunale sulla pubblicità e del diritto sulle pubbliche affissioni» (cont. 27858/03, Avv. Stato O. Fiumara).

– **3 marzo 2005**, nella causa C-283/02, *Italia c. Commissione CE*, che ha respinto il ricorso proposto per l'annullamento dell'art. 24 nonché dell'allegato III, parti A e B, del regolamento (CE) della Commissione 29 aprile 2002, n. 753, che fissa talune modalità di applicazione del regolamento (CE) del Consiglio n. 1493 in tema di designazione, denominazione, presentazione e protezione di taluni prodotti vitivinicoli (cont. 127299/02, Avv. Stato M. Fiorilli).

– **10 marzo 2005**, nelle cause riunite C-96/03 e C-97/03, *Tempelman e Coniugi van Schaijk c. Directeur van de Rijksdienst voor de keuring van Vee en Vlees*, nella quale la Corte ha stabilito che «Posto che l'afta epizootica è una malattia che configura un grave pericolo per gli animali, l'art. 10, n. 1, della direttiva del Consiglio 26 giugno 1990, 90/425/CEE, relativa ai controlli veterinari e zootecnici applicabili negli scambi intracomunitari di taluni animali vivi e prodotti di origine animale, nella prospettiva della realizzazione del mercato interno, conferisce agli Stati membri il potere di adottare misure di lotta contro la malattia complementari a quelle previste dalla direttiva del Consiglio 18 novembre 1985, 85/511/CEE, che stabilisce misure comunitarie di lotta contro l'afta epizootica, come modificata dalla direttiva del Consiglio 26 giugno 1990, 90/423/CEE, in particolare il potere di disporre l'abbattimento di animali appartenenti ad un'azienda vicina o situata entro un determinato raggio intorno ad un'azienda in cui si trovano animali infetti. Siffatte misure complementari devono essere adottate nel rispetto degli obiettivi contemplati dalla normativa comunitaria in vigore e, più in particolare, nel rispetto della direttiva 90/423, dei principi generali di diritto comunitario, quale il principio della proporzionalità, e dell'obbligo di comunicazione previsto dall'art. 10, n. 1, della direttiva 90/425» (cons.11756/03, Avv. Stato G. Fiengo).

– **10 marzo 2005**, nella causa C-469/03, *Miraglia*, nella quale la Corte ha stabilito che «Il principio *ne bis in idem*, sancito dall'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, firmata a Schengen il 19 giugno 1990, non si applica ad una decisione delle autorità giudiziarie di uno Stato membro che dichiara chiusa una causa dopo che il Pubblico Ministero ha deciso di non proseguire l'azione penale per il solo motivo che è stato avviato un procedimento penale in un altro Stato membro a carico dello stesso imputato e per gli stessi fatti, senza alcuna valutazione nel merito» (cont. 10342/04, Avv. Stato G. Aiello).

– **14 aprile 2005**, nelle cause riunite C-128/03 e C-129/03, *AEM S.p.A. e AEM Torino S.p.a c. Autorità per l'energia elettrica e per il gas e altri*, nella quale la Corte ha stabilito che «1) Una misura come quella oggetto della causa principale, che impone a titolo transitorio una maggiorazione del corrispettivo per l'accesso alla rete nazionale di trasmissione dell'energia elettrica e per l'uso della medesima esclusivamente alle imprese produttrici-distributrici di energia elettrica proveniente da impianti idroelettrici e geotermoelettrici al fine di compensare il vantaggio che tali imprese hanno tratto, nel periodo transitorio, dalla liberalizzazione del mercato dell'energia elettrica a seguito dell'attuazione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 19 dicembre 1996, 96/1992/CE, concernente norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, costituisce una differenziazione tra imprese in materia di oneri risultante dalla natura e dalla struttura del sistema di oneri di cui trattasi. Tale differenziazione, pertanto, non configura, di per sé, un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 87 CE. Tuttavia, l'esame di un aiuto non può disgiungersi dalla valutazione degli effetti delle sue modalità di finanziamento. Se, in una fattispecie come quella oggetto della causa principale, sussiste un vincolo di destinazione tra la maggiorazione del corrispettivo per l'accesso alla rete nazionale di trasmissione dell'energia elettrica e per l'uso della medesima e un regime nazionale di aiuti, nel senso che i proventi della maggiorazione vengono necessariamente destinati al finanziamento dell'aiuto medesimo, tale maggiorazione costituisce parte integrante del detto regime e deve pertanto essere esaminata congiuntamente a quest'ultimo. 2) La norma sull'accesso senza discriminazioni alla rete nazionale di trasmissione dell'energia elettrica, sancita dalla direttiva 96/1992, non osta a che uno Stato membro adotti una misura a titolo transitorio, come quella oggetto della causa principale, che imponga esclusivamente a talune imprese produttrici-distributrici di energia elettrica una maggiorazione del corrispettivo dovuto per l'accesso alla detta rete e per l'uso della medesima al fine di compensare il vantaggio che tali imprese hanno tratto, nel periodo transitorio, dal mutato contesto normativo conseguente alla liberalizzazione del mercato dell'energia elettrica per effetto dell'attuazione della direttiva medesima. Spetta, tuttavia, al giudice del rinvio verificare se la maggiorazione del corrispettivo non ecceda quanto necessario per compensare il detto vantaggio» (cont. 21295/03, Avv. Stato M. Fiorilli).

– **28 aprile 2005**, nella causa C-410/03, *Commissione CE c. Italia*, con la quale è stato deciso che «La Repubblica italiana, non avendo adottato le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi agli artt. 3-7, 8, n. 2, e 9 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 dicembre 1999, 1999/1995/CE, concernente l'applicazione delle disposizioni relative all'orario di lavoro della gente di mare a bordo delle navi che fanno scalo nei porti della Comunità, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza di tale direttiva» (cont. 30128/03, Avv. Stato A. Cingolo).

– **3 maggio 2005**, nelle cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi, Adelchi, Dell'Utri e altri*, nella quale, in tema di nuova disciplina del reato di false comunicazioni sociali, la Corte ha stabilito che «In circostanze come quelle in questione nelle cause principali, la prima direttiva del Consiglio 9 marzo 1968, 68/151/CEE, intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società a mente dell'articolo 58, secondo comma, del Trattato per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi, non può essere invocata in quanto tale dalle autorità di uno Stato membro nei confronti degli imputati nell'ambito di procedimenti penali, poiché una direttiva non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale degli imputati» (cont. 6935/03, Avv. Stato O. Fiumara; la sentenza è pubblicata in *questa Rassegna*, 2005, n. 1, p. 71, con note di O. Fiumara e G. Nori, *Applicazione retroattiva della pena più mite e limiti all'efficacia verticale delle direttive comunitarie*).

– **10 maggio 2005**, nella causa C-400/1999, *Italia c. Commissione CE*, che ha parzialmente accolto il ricorso con il quale si chiedeva l'annullamento della decisione della Commissione di avviare il procedimento di cui all'art. 88, n. 2, CE, in relazione ad aiuti di Stato concessi alle imprese del Gruppo Tirrenia di Navigazione. La decisione è stata annullata nella parte in cui implicava, fino alla notifica alle autorità italiane della decisione di conclusione del procedimento relativo all'impresa interessata, la sospensione del regime fiscale applicato all'approvvigionamento di carburante e di oli lubrificanti per le navi del Gruppo Tirrenia di Navigazione (cont. 31580/1999, Avv. Stato M. Fiorilli).

– **12 maggio 2005**, nella causa C-347/03, *Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia e altro c. Ministero delle politiche agricole e forestali*, nella quale la Corte ha stabilito che «1) L'accordo europeo che istituisce un'associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica d'Ungheria, dall'altra, non costituisce il fondamento giuridico della decisione del Consiglio 23 novembre 1993, 93/724/CE, concernente la conclusione di un accordo tra la Comunità europea e la Repubblica d'Ungheria sulla tutela e il controllo reciproci delle denominazioni dei vini. 2) L'art. 133 CE, di cui al preambolo della decisione 93/19724, costituisce un fondamento giuridico appropriato per la conclusione, ad opera della sola Comunità, dell'accordo tra la Comunità europea e la Repubblica d'Ungheria sulla tutela e il controllo reciproci delle denominazioni dei vini. 3) Il divieto di utilizzare in Italia

la denominazione «Tocai» dopo il 31 marzo 2007, risultante dallo scambio di lettere concernente l'art. 4 dell'accordo tra la Comunità europea e la Repubblica d'Ungheria sulla tutela e il Controllo reciproci delle denominazioni dei vini, non è in contrasto con la disciplina delle denominazioni omonime stabilita dall'art. 4, n. 5, dell'accordo medesimo. 4) La dichiarazione congiunta concernente l'art. 4, n. 5, dell'accordo tra la Comunità europea e la Repubblica d'Ungheria sulla tutela e il controllo reciproci delle denominazioni dei vini, nella parte in cui enuncia, al primo comma, che, per quanto riguarda l'art. 4, n. 5, lett. a), dell'accordo medesimo, le parti contraenti hanno rilevato che al momento dei negoziati esse non erano al corrente dei casi specifici ai quali le disposizioni in questione potessero essere applicabili, non costituisce una rappresentazione manifestamente errata della realtà. 5) Gli artt. 22-24 dell'accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio, che figura all'allegato I C dell'accordo che istituisce l'organizzazione mondiale del commercio, approvato a nome della Comunità europea, per le materie di sua competenza, con decisione del Consiglio 22 dicembre 1994, 94/800/CE, devono essere interpretati nel senso che, in un caso quale quello della causa principale, relativo ad un'omonimia tra un'indicazione geografica di un paese terzo e la denominazione che riprende il nome di un vitigno utilizzato per la designazione e la presentazione di determinati vini comunitari che ne derivano, tali disposizioni non esigono che quella denominazione possa continuare ad essere utilizzata in futuro nonostante la doppia circostanza che essa sia stata utilizzata in passato dai rispettivi produttori o in buona fede o per almeno dieci anni prima del 15 aprile 1994 e che indichi chiaramente il paese, la regione o la zona di origine del vino protetto in modo da non indurre in errore i consumatori. 6) Il diritto di proprietà non osta al divieto imposto agli operatori interessati della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia di utilizzare il termine «Tocai» nella menzione «Tocai friulano» o «Tocai italico» per la designazione e la presentazione di taluni vini italiani di qualità prodotti in una regione determinata alla fine di un periodo transitorio con scadenza 31 marzo 2007, risultante dallo scambio di lettere concernente l'art. 4 dell'accordo tra la Comunità europea e la Repubblica d'Ungheria sulla tutela e il controllo reciproci delle denominazioni dei vini che è allegato a tale accordo ma non figura nell'accordo stesso» (cont. 29557/03, Avv. Stato M. Fiorilli).

– **12 maggio 2005**, nella causa C-99/04, *Commissione CE c. Italia*, con la quale è stato deciso che «La Repubblica italiana, non avendo adottato le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 23 ottobre 2001, 2001/80/CE, concernente la limitazione delle emissioni nell'atmosfera di taluni inquinanti originati dai grandi impianti di combustione è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza di tale direttiva» (cont. 19778/04, Avv. Stato G. Fiengo).

– **12 maggio 2005**, nella causa C-278/03, *Commissione CE c. Italia*, con la quale è stato deciso che «La Repubblica italiana, non tenendo conto o, quantomeno, non tenendo conto in maniera identica, ai fini della partecipazione dei cittadini comunitari ai concorsi per l'assunzione di personale

docente nella scuola pubblica italiana, dell'esperienza professionale acquisita da questi cittadini nelle attività di insegnamento a seconda che queste attività siano state svolte nel territorio nazionale o in altri Stati membri, è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono in forza degli artt. 39 CE e 3, n. 1, del regolamento del Consiglio 15 ottobre 1968, n. 1612, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità» (cont. 28200/03, Avv. Stato G. De Bellis).

– **26 maggio 2005**, nella causa C-77/04, *Groupment d'intérêt économique Réunion européenne c. Zurich España e altro*, nella quale la Corte ha stabilito che «1) Una chiamata in garanzia tra assicuratori, fondata su un cumulo di assicurazioni, non è assoggettata alle disposizioni della sezione 3 del titolo II della Convenzione 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, come modificata dalla convenzione 9 ottobre 1978 relativa all'adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, dalla convenzione 25 ottobre 1982 relativa all'adesione della Repubblica ellenica, dalla convenzione 26 maggio 1989 relativa all'adesione del Regno di Spagna e della Repubblica portoghese e dalla convenzione 29 novembre 1996 relativa all'adesione della Repubblica d'Austria, della Repubblica di Finlandia e del Regno di Svezia. 2) L'art. 6, punto 2, della detta Convenzione si applica a una chiamata in garanzia, fondata su un cumulo d'assicurazioni, purché sussista un nesso tra la domanda principale e l'azione di garanzia che escluda la violazione delle norme sul foro competente» (cont. 20810/04, Avv. Stato P. Gentili).

– **26 maggio 2005**, nella causa C-465/03, *Kretztechnik AG c. Finanzamt Linz*, nella quale la Corte ha stabilito che «1) Un'emissione di nuove azioni non costituisce un'operazione rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 2, punto 1, della sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari – Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile, come modificata dalla direttiva del Consiglio 10 aprile 1995, 95/7/CE. 2) L'art. 17, nn. 1 e 2, della sesta direttiva 77/388, come modificata dalla direttiva 95/7, conferisce un diritto a detrarre integralmente l'imposta sul valore aggiunto gravante sulle spese sostenute da un soggetto passivo per le diverse prestazioni da esso acquistate nell'ambito di un'emissione di azioni, nei limiti in cui tutte le operazioni effettuate da tale soggetto passivo nell'ambito della sua attività economica costituiscono operazioni imponibili» (cont. 8814/04, Avv. Stato P. Gentili).

– **26 maggio 2005**, nella causa C-249/04, *Allard c. Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendant (INASTI)*, nella quale la Corte ha stabilito che «1) Ai sensi degli artt. 13 e seguenti del regolamento (CEE) del Consiglio 14 giugno 1971, n. 1408, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, come modificato ed aggiornato dal regolamento (CEE) del Consiglio 2 giugno 1983, n. 2001, un contributo, quale il contributo di moderazione dovuto ai sensi del regio decreto 31 marzo 1984, n. 289, va determinato includendo nei redditi profes-

sionali anche quelli ottenuti nel territorio di uno Stato membro diverso da quello che ha emanato la legislazione sociale applicabile ancorché, a fronte del versamento di tale contributo, il lavoratore autonomo non acquisisce il diritto ad alcuna prestazione previdenziale o di altra natura a carico dello Stato. 2) L'art. 52 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 43 CE) non osta a che un contributo quale il contributo di moderazione, dovuto nello Stato membro di residenza e calcolato tenendo conto dei redditi ottenuti in un altro Stato membro, sia imposto a lavoratori autonomi che esercitano attività professionali non subordinate in questi due Stati membri» (cont. 43715/04, Avv. Stato P. Gentili).

– **26 maggio 2005**, nella causa C-132/03, *Ministero della salute c. Coordinamento delle associazioni per la difesa dell'ambiente e dei diritti degli utenti e dei consumatori (Codacons) e altro*, nella quale la Corte ha stabilito che «L'art. 2, n. 2, lett. b), del regolamento (CE) del Consiglio 26 maggio 1998, n. 1139, concernente l'obbligo di indicare nell'etichettatura di alcuni prodotti alimentari derivati da organismi geneticamente modificati caratteristiche diverse da quelle di cui alla direttiva 79/112/CEE quale modificato mediante il regolamento (CE) della Commissione gennaio 2000, n. 49, deve essere interpretato nel senso che l'esenzione che esso prevede dall'obbligo, stabilito dall'art. 2, nn. 1 e 3, del medesimo regolamento, di un'indicazione, nell'etichetta di prodotti alimentari, della presenza di materiale derivato da taluni OGM, nel caso in cui tale presenza derivi da una contaminazione accidentale e non superi un livello *de minimis* dell'1%, si applica parimenti ai prodotti alimentari destinati all'alimentazione particolare dei lattanti e dei bambini nella prima infanzia» (Avv. Stato M. Fiorilli).

– **2 giugno 2005**, nella causa C-83/03, *Commissione CE c. Italia*, con la quale è stato deciso che «Poiché la Regione Abruzzo non ha correttamente verificato se il progetto per la costruzione di un porto turistico a Fossacesia (Chieti) – tipo di progetto che ricade nell'elenco di cui all'allegato II della direttiva del Consiglio 27 giugno 1985, 85/337/CEE, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati – avesse caratteristiche tali da richiedere l'effettuazione di una procedura di valutazione dell'impatto ambientale, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'art. 4, n. 2, di tale direttiva» (cont. 11536/03, Avv. Stato M. Fiorilli).

– **2 giugno 2005**, nella causa C-174/04, *Commissione CE c. Italia*, con la quale è stato deciso che «Mantenendo in vigore il decreto legge 25 maggio 2001, n. 192, convertito in legge 20 luglio 2001, n. 301, recante «Disposizioni urgenti per salvaguardare i processi di liberalizzazione e privatizzazione di specifici settori dei servizi pubblici», che dispone la sospensione automatica dei diritti di voto relativi a partecipazioni superiori al 2% del capitale sociale di imprese operanti nei settori dell'elettricità e del gas, quando tali partecipazioni sono acquisite da imprese pubbliche non quotate in mercati finanziari regolamentati e titolari di una posizione dominante nel proprio mercato nazionale, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono ai sensi dell'art. 56 CE» (cont. 24573/04, Avv. Stato P. Gentili).

– **9 giugno 2005**, nella causa C-270/03, *Commissione CE c. Italia*, con la quale è stato deciso che «La Repubblica italiana, permettendo alle imprese, in forza dell'art. 30, comma 4, del decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22, che ha trasposto le direttive 91/156/CEE, relativa ai rifiuti, 91/689/CEE, relativa ai rifiuti pericolosi, e 94/62/CE, sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio, come modificato dall'art. 1, comma 19, della legge 9 dicembre 1998, n. 426: – di esercitare la raccolta e il trasporto dei propri rifiuti non pericolosi come attività ordinaria e regolare senza obbligo di essere iscritte all'Albo nazionale delle imprese esercenti servizi di smaltimento rifiuti, e – di trasportare i propri rifiuti pericolosi in quantità che non eccedano i 30 chilogrammi e i 30 litri al giorno, senza obbligo di essere iscritte al medesimo Albo, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi dell'art. 12 della direttiva Consiglio 15 luglio 1975, 75/442/CEE, relativa ai rifiuti, come modificata dalla direttiva Consiglio 18 marzo 1991, 91/156/CEE» (cont. 125255/03, Avv. Stato M. Fiorilli).

– **16 giugno 2005**, nella causa C-105/03, *Pupino*, nella quale la Corte ha stabilito che «Gli artt. 2, 3 e 8, n. 4, della decisione quadro del Consiglio 15 marzo 2001, 2001/220/GAI, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, devono essere interpretati nel senso che il giudice nazionale deve avere la possibilità di autorizzare bambini in età infantile che, come nella causa principale, sostengano di essere stati vittime di maltrattamenti a rendere la loro deposizione secondo modalità che permettano di garantire a tali bambini un livello di tutela adeguato, ad esempio al di fuori dell'udienza e prima della tenuta di quest'ultima. Il giudice nazionale è tenuto a prendere in considerazione le norme dell'ordinamento nazionale nel loro complesso e ad interpretarle, per quanto possibile, alla luce della lettera e dello scopo della detta decisione quadro» (cont. 208235/03, Avv. Stato P. Gentili).

– **16 giugno 2005**, nella causa C-456/03, *Commissione CE c. Italia*, con la quale è stato deciso, in parziale accoglimento del ricorso, che «Non avendo adottato le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi agli artt. 3, n. 1, 5, n. 2, 6, n. 2, e 8-12 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 6 luglio 1998, 98/44/CE, sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'art. 15 di tale direttiva» (cont. 42116/03, Avv. Stato P. Gentili).

– **30 giugno 2005**, nella causa C-28/04, *Tod's S.p.A. e Tod's France S.A.R.L. c. Heyruad S.A.*, nella quale la Corte ha stabilito che «L'art. 12 CE, che sancisce il divieto generale di discriminazioni fondate sulla cittadinanza, deve essere interpretato nel senso che esso osta a che la legittimazione di un autore a reclamare in uno Stato membro la protezione del diritto d'autore accordata dalla legislazione di tale Stato sia subordinata a un criterio di distinzione fondato sul paese di origine dell'opera» (cons. 806/04, Avv. Stato P. Gentili).

– **7 luglio 2005**, nella causa C-214/04, *Commissione CE c. Italia*, con la quale è stato deciso che «La Repubblica italiana, mantenendo una disciplina che consente l'utilizzo di idroclorofluorocarburi negli impianti antincendio

senza rispettare le restrizioni e le condizioni previste dall'art. 5, n. 3, del regolamento (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio 29 giugno 2000, n. 2037, sulle sostanze che riducono lo strato di ozono, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del regolamento medesimo» (cont. 33137/04, Avv. Stato G. Fiengo).

– **14 luglio 2005**, nella causa C-79/05, *Commissione CE c. Italia*, con la quale è stato deciso che «La Repubblica italiana, non avendo adottato entro il termine prescritto tutte le misure precauzionali praticabili per evitare e ridurre al minimo le fughe di sostanze controllate, in particolare per quanto riguarda l'obbligo di controllare annualmente le apparecchiature fisse contenenti liquido refrigerante in quantità superiore a 3 kg onde verificare la presenza di fughe, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'art. 17, n. 1, del regolamento (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio 29 giugno 2000, n. 2037, sulle sostanze che riducono lo strato di ozono» (cont. 13151/05, Avv. Stato G. Fiengo).

– **21 luglio 2005**, nella causa C-231/03, *Consorzio Aziende Metano c. Comune di Cingia de' Botti*, nella quale la Corte ha stabilito 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 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» (la Corte ha, in particolare, affermato che, 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, una partecipazione dello 0,97 è talmente esigua da non consentire tale controllo. In punto di fatto, risultava che la società, nel capitale della quale diversi comuni detenevano partecipazioni, costituiva tuttavia una società aperta, almeno in parte, al capitale privato, il che impediva di considerarla come una struttura di gestione «interna» di un servizio pubblico nell'ambito dei comuni che ne facevano parte)» (cont. 29306/03, Avv. Stato G. Fiengo; la sentenza è pubblicata in *questa Rassegna*, 2005, n. 3, p. 51, con dossier di G. Fiengo, *Ulteriori sviluppi sull'in house providing*).

– **21 luglio 2005**, nella causa C-207/04, *Vergani c. Agenzia delle Entrate, Ufficio di Arona*, nella quale la Corte ha stabilito che «La direttiva del Consiglio 9 febbraio 1976, 76/207/CEE, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una norma quale

quella controversa nella causa principale che consente, a titolo di incentivo all'esodo, il beneficio della tassazione con aliquota ridotta alla metà delle somme erogate in occasione dell'interruzione del rapporto di lavoro ai lavoratori che hanno superato i 50 anni, se donne, e i 55 anni, se uomini» (cont. 35105/04, Avv. Stato G. De Bellis).

– **8 settembre 2005**, nella causa C-191/03, *North Western Health Board c. McKenna*, nella quale la Corte ha stabilito che «1) Un regime di congedo di malattia che tratti in maniera identica le lavoratrici affette da una malattia connessa ad una gravidanza e gli altri lavoratori colpiti da una malattia non afferente ad uno stato di gravidanza rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 141 CE e della direttiva del Consiglio 10 febbraio 1975, 75/117/CEE, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile. 2) L'art. 141 CE e la direttiva 75/117 debbono essere interpretati nel senso che non costituiscono discriminazioni fondate sul sesso: – una norma di un regime di congedo di malattia che preveda, nei confronti delle lavoratrici assenti dal lavoro anteriormente ad un congedo di maternità a motivo di una malattia connessa al loro stato di gravidanza, come pure nei confronti dei lavoratori maschi assenti dal lavoro per qualsiasi altra malattia, una riduzione della retribuzione qualora l'assenza superi una certa durata, a condizione, da un lato, che la lavoratrice venga trattata in maniera identica rispetto ad un lavoratore maschio assente per malattia e, dall'altro, che l'ammontare delle prestazioni corrisposte non sia talmente esiguo da pregiudicare la finalità di tutela delle lavoratrici incinte; – una norma di un regime di congedo di malattia che preveda l'imputazione delle assenze per malattia ad un numero complessivo massimo di giorni di congedo di malattia retribuiti ai quali un lavoratore ha diritto nel corso di un periodo determinato, indipendentemente dal fatto che la malattia sia o no connessa ad uno stato di gravidanza, a condizione che l'imputazione delle assenze dovute a malattia connessa alla gravidanza non abbia come effetto che, durante l'assenza oggetto della detta imputazione posteriormente al congedo di maternità, la lavoratrice percepisca prestazioni inferiori all'ammontare minimo al quale essa aveva diritto nel corso della malattia insorta durante la sua gravidanza» (cont. 30717/03, Avv. Stato G. De Bellis).

– **8 settembre 2005**, nella causa C-462/04, *Commissione CE c. Italia*, con la quale è stato deciso, in parziale accoglimento del ricorso, che «La Repubblica italiana, non avendo adottato entro il termine prescritto tutte le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva del Consiglio 28 maggio 2001, 2001/40/CE, relativa al riconoscimento reciproco delle decisioni di allontanamento dei cittadini di paesi terzi, fatta eccezione per l'art. 7 della stessa, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza di tale direttiva» (cont. 52581/04, Avv. Stato A. Cingolo).

– **13 ottobre 2005**, nella causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen e altro*, nella quale la Corte ha stabilito che «1) L'attribu-

zione, 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 del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi. 2) 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» (cont. 1558/04, Avv. Stato G. Fiengo; la sentenza è pubblicata in *questa Rassegna*, 2005, n. 3, p. 54, con dossier di G. Fiengo, *Ulteriori sviluppi sull'in house providing*).

– **25 ottobre 2005**, nella causa C-350/03, *Schulte e altro c. Deutsche Bausparkasse Badenia AG*, nella quale la Corte ha stabilito che «1) L'art. 3, n. 2, lett. a), della direttiva del Consiglio 20 dicembre 1985, 85/577/CEE, per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali deve essere interpretato nel senso che esso esclude dalla sfera di applicazione della direttiva medesima i contratti di compravendita immobiliari, ancorché essi siano mera parte integrante di un investimento finanziario il cui finanziamento sia garantito mediante mutuo e le cui trattative precontrattuali, tanto in relazione al contratto di vendita dell'immobile, quanto al contratto di mutuo diretto esclusivamente al finanziamento, vengano svolte nel contesto di un'operazione di vendita a domicilio. 2) La direttiva 85/577 non osta a norme nazionali che prevedano, quale unica conseguenza del recesso dal contratto di mutuo, l'annullamento del contratto stesso, anche ove si tratti di investimenti finanziari in cui il mutuo non sarebbe stato concesso senza l'acquisto dell'immobile. 3) La direttiva 85/577 non osta a che: – il consumatore che abbia esercitato il proprio diritto di recesso conformemente alla direttiva medesima sia obbligato a restituire l'importo del mutuo all'istituto mutuante, anche qualora il mutuo, in base al metodo applicato all'investimento finanziario, sia diretto esclusivamente al finanziamento dell'acquisto dell'immobile e venga versato direttamente al venditore dell'immobile medesimo; – l'importo del mutuo debba essere versato immediatamente; – una normativa nazionale preveda l'obbligo per il consumatore, nell'ipotesi di recesso da un contratto di mutuo ipotecario, non solo di restituire gli importi percepiti in base al detto contratto, ma anche di versare al mutuante gli interessi al tasso di mercato. Tuttavia, in una fattispecie nella quale, se la banca avesse adempiuto l'obbligo di informare il consumatore in merito al suo diritto di recesso, questi avrebbe potuto evitare di esporsi ai rischi inerenti ad investimenti come

quelli oggetto della causa principale, l'art. 4 della direttiva 85/577 fa obbligo agli Stati membri di garantire che le loro rispettive normative tutelino i consumatori che non abbiano potuto evitare di esporsi a tali rischi, adottando provvedimenti tali da evitare che essi si trovino esposti alle conseguenze della realizzazione dei rischi medesimi» (cont. 40084/03, Avv. Stato A. Cingolo).

– **27 ottobre 2005**, nella causa C-525/03, *Commissione CE c. Italia*, con la quale è stato dichiarato irricevibile il ricorso della Commissione tendente a far dichiarare che la Repubblica Italiana era venuta meno agli obblighi derivanti dai titoli III e IV della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (*G.U. L 199*, pag. 1), come modificata dalla direttiva della Commissione 13 settembre 2001, 2001/78/CE (*G.U. L 285*, pag. 1; in prosieguo: la «direttiva 93/36»), dai titoli III e V 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), come modificata dalla direttiva 2001/78 e dagli artt. 43 CE e 49 CE, adottando gli artt. 1, secondo comma e 2, primo comma, dell'ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri 24 luglio 2002, 3231, che consentivano di ricorrere alla trattativa privata, in deroga alle predette direttive, per l'acquisto di velivoli per lotta agli incendi boschivi nonché per l'acquisizione di servizi di spegnimento degli incendi. L'irricevibilità è stata dichiarata in quanto l'ordinanza aveva esaurito i suoi effetti prima della scadenza del termine per conformarsi al parere motivato della Commissione, fissato nel parere medesimo» (cont. 1500/04, Avv. Stato G. Fiengo).

– **27 ottobre 2005**, nelle cause riunite C-187/04 e C-188/04, *Commissione CE c. Italia*, con la quale è stato deciso che «In quanto l'ente pubblico ANAS SpA 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 pA 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» (cont. 26726/04, Avv. Stato M. Fiorilli; la sentenza è pubblicata su *questa Rassegna*, 2005, n. 3, p. 71, con nota di W. Ferrante, *La direttiva 2004/18/CE e la giurisprudenza comunitaria in materia di appalti e concessioni*).

– **10 novembre 2005**, nella causa C-307/03, *Italia c. Commissione CE*, che ha respinto il ricorso con il quale si chiedeva l'annullamento parziale della decisione della Commissione 15 maggio 2003, 2003/364/CE, che escludeva dal finanziamento comunitario alcune spese effettuate dagli Stati membri a titolo del Fondo europeo di orientamento e di garanzia agricola (FEOGA), sezione «garanzia» (cont. 210126/03, Avv. Stato M. Fiorilli).

– **15 novembre 2005**, nella causa C-392/02, *Commissione CE c. Danimarca sostenuta da Italia e altri*, con la quale è stato deciso che «Il Regno di

Danimarca, atteso che le autorità danesi non hanno provveduto a mettere a disposizione della Commissione delle Comunità europee l'importo di DKK 140 409,60 di risorse proprie e i relativi interessi di mora calcolati a decorrere dal 20 dicembre 1999, è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza del diritto comunitario violando, in particolare, gli artt. 2 e 8 della decisione del Consiglio 31 ottobre 1994, 94/728/CE, Euratom, relativa al sistema delle risorse proprie delle Comunità europee» (cont. 133298/03, Avv. Stato De Bellis).

– **15 novembre 2005**, nella causa C-320/03, *Commissione CE sostenuta da Italia e altri c. Austria*, con la quale è stato deciso, in parziale accoglimento del ricorso, che «La Repubblica d'Austria, vietando ai camion di più di 7,5 tonnellate, che trasportano determinate merci, di circolare su un tratto dell'autostrada A 12 nella valle dell'Inn, a seguito dell'adozione del regolamento del presidente del Land Tirolo 27 maggio 2003, che limita il trasporto sull'autostrada A 12 nella valle dell'Inn (divieto settoriale di circolazione), è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza degli artt. 28 CE e 29 CE» (cont. 128690/03, Avv. Stato De Bellis).

– **24 novembre 2005**, nelle cause riunite C-138/03, C-324/03 e C-431/03, *Italia c. Commissione CE*, che ha dichiarato il non luogo a provvedere sul primo ricorso, ha respinto il secondo ed ha dichiarato irricevibile il terzo ricorso. Con i ricorsi si chiedeva l'annullamento della lettera della Commissione delle Comunità europee 20 gennaio 2003, diretta a defalcare una parte delle somme richieste per il regime di aiuti nell'ambito del programma operativo «*Ricerca scientifica, sviluppo tecnologico, alta formazione*»; della lettera della Commissione 3 marzo 2003, che stabilisce l'importo definitivo della detta deduzione; della lettera della Commissione 14 maggio 2003, in quanto con essa viene rifiutata l'ammissibilità al contributo dei Fondi strutturali degli anticipi erogati in relazione ad aiuti di Stato dopo il 19 febbraio 2003; della lettera della Commissione 29 luglio 2003, con cui viene rifiutata l'ammissibilità al contributo dei Fondi strutturali degli anticipi erogati in relazione ad aiuti di Stato dopo il 19 febbraio 2003» (cont. 130718/03, Avv. Stato P. Gentili).

– **1° dicembre 2005**, nella causa C-301/03, *Italia c. Commissione CE*, che ha dichiarato irricevibile il ricorso con il quale si chiedeva l'annullamento dell'atto della Commissione CDRR-03-0013-00-IT, relativo alla data di ammissibilità delle nuove spese nel caso di modifica del documento di programmazione nonché delle note della Commissione con le quali si confermava il contenuto dell'atto predetto in relazione ai documenti unici di programmazione Sardegna, Sicilia e Lazio 2000-2006. L'irricevibilità è stata dichiarata in quanto gli atti impugnati non erano destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi, sì da poter incidere immediatamente sui loro interessi, modificando in misura rilevante la loro posizione giuridica. La Corte ha, in particolare, affermato che, se è vero che l'atto e le note impugnati potevano avere l'effetto di rivelare agli Stati membri che rischiavano di veder respinto il finanziamento comunitario per certe spese effettuate applicando un'altra interpretazione della medesima dispo-

zione regolamentare, è pur vero che questa era una semplice conseguenza di fatto, non già un effetto giuridico che l'atto e le note erano destinati a produrre (cont. 210378/03, Avv. Stato G. Aiello).

– **6 dicembre 2005**, nelle cause riunite C-453/03, C-11/04, C-12/04 e C-194/04, *The Queen su richiesta di ABNA ltd e altri c/ Secretay of State for Health e altri; Fratelli Martini & C. S.p.A. e altro c. Ministero delle politiche agricole e forestali e altri; Ferrari Mangimi s.r.l. e altro c. Ministero delle politiche agricole e forestali e altri; Nederlandse Vereniging Diervoederindustrie (Nevedi) c. Productschap Diervoeder*, nella quale la Corte ha stabilito che «1) L'esame della questione proposta *sub a*) nel procedimento C 453/03, della prima questione in ciascuno dei procedimenti C 11/04 e C-12/04, nonché della prima questione *sub a*) nel procedimento C 194/04 non ha rivelato alcun elemento che consenta di concludere che l'art. 1, punti 1, lett. b), e 4, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 28 gennaio 2002, 2002/2/CE, che modifica la direttiva 79/373/CEE del Consiglio relativa alla circolazione dei mangimi composti per animali e che abroga la direttiva 91/357/CEE della Commissione, non è stato validamente adottato sul fondamento dell'art. 152, n. 4, lett. b), CE. 2) L'esame della quarta questione nel procedimento C 12/04 non ha evidenziato alcun elemento atto ad inficiare la validità dell'art. 1, punti 1, lett. b), e 4, della direttiva 2002/2 in relazione al principio di parità di trattamento e al divieto di discriminazione. 3) L'art. 1, punto 1, lett. b), della direttiva 2002/2, che impone ai produttori di mangimi composti di fornire, dietro richiesta del cliente, la composizione esatta di un alimento, è invalido in relazione al principio di proporzionalità. Per contro, l'esame della questione proposta *sub c*) nel procedimento C-453/03, della seconda questione in ciascuno dei procedimenti C 11/04 e C-12/04, nonché della prima questione *sub c*) nel procedimento C 194/04 non ha rivelato alcun elemento atto ad inficiare la validità dell'art. 1, punto 4, della stessa direttiva in relazione al citato principio. 4) La direttiva 2002/2 dev'essere interpretata nel senso che la sua applicazione non è subordinata all'adozione dell'elenco positivo di materie prime designate con i loro nomi specifici di cui al decimo 'considerando' della direttiva stessa. 5) Anche quando una giurisdizione di uno Stato membro ritenga che ricorrano i presupposti in base ai quali essa può sospendere l'applicazione di un atto comunitario, in particolare quando la questione riguardante la validità di tale atto è già stata sottoposta alla Corte, le autorità amministrative nazionali competenti degli altri Stati membri non possono sospendere l'applicazione di tale atto finché la Corte non si sia pronunciata riguardo alla sua validità. Spetta infatti al solo giudice nazionale verificare, prendendo in considerazione le circostanze del caso di specie che gli è sottoposto, se siano soddisfatte le condizioni per la concessione di provvedimenti provvisori» (cont. 5564/04, Avv. Stato D. Del Gaizo).

– **15 dicembre 2005**, nella causa C-148/04, *Unicredito Italiano S.p.A. c. Agenzia delle Entrate, Ufficio di Genova 1*, nella quale la Corte ha stabilito che «1) L'esame delle questioni sollevate non ha rivelato elementi tali da inficiare la validità della decisione della Commissione 11 dicembre 2001,

2002/581/CE, relativa al regime di aiuti di Stato cui l'Italia ha dato esecuzione in favore delle banche. 2) Gli artt. 87 CE e seguenti, l'art. 14 del regolamento (CE) del Consiglio 22 marzo 1999, n. 659, recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del Trattato CE, nonché i principi di tutela del legittimo affidamento, di certezza del diritto e di proporzionalità non possono ostare ad una misura nazionale che disponga la restituzione di un aiuto in esecuzione di una decisione della Commissione che abbia qualificato il detto aiuto incompatibile con il mercato comune, e il cui esame, alla luce delle disposizioni e dei principi generali medesimi, non abbia rivelato elementi tali da inficiarne la validità» (cont. 28632/04, Avv. Stato M. Fiorilli).

– **15 dicembre 2005**, nella causa C-66/03, *Italia c. Commissione CE*, che ha respinto il ricorso con il quale si chiedeva l'annullamento della decisione della Commissione 11 dicembre 2001, 2002/581/CE, relativa al regime di aiuti di Stato cui l'Italia ha dato esecuzione in favore delle banche.

Avv. Sergio Fiorentino

La proporzionalità nell'adozione di misure a tutela dell'ambiente: il divieto di circolazione nel Land Tirolo

(Corte di Giustizia CE, Grande Sezione, sentenza 15 novembre 2005 nella causa C-320/03)

1. *Libera circolazione e tutela dell'ambiente* – Le norme fondamentali poste dal Trattato a tutela della libera circolazione delle merci sono gli articoli 23 («La Comunità è fondata sopra un'unione doganale che si estende al complesso degli scambi di merci e comporta il divieto, fra gli Stati membri, dei dazi doganali all'importazione e all'esportazione e di qualsiasi tassa di effetto equivalente, come pure l'adozione di una tariffa doganale comune nei loro rapporti con i paesi terzi. Le disposizioni dell' art. 25 e del capo 2 del presente titolo si applicano ai prodotti originari degli Stati membri e ai prodotti provenienti da paesi terzi che si trovano in libera pratica negli Stati membri»), 28 («Sono vietate fra gli Stati membri le restrizioni quantitative all'importazione nonché qualsiasi misura di effetto equivalente») e 29 («Sono vietate fra gli Stati membri le restrizioni quantitative all'esportazione nonché qualsiasi misura di effetto equivalente»).

Il Trattato consente inoltre agli Stati membri di prevedere misure a tutela dei loro interessi essenziali in deroga al principio della libera circolazione e dunque al divieto di restrizioni quantitative e di misure di effetto equivalente (art. 30 Trattato CE «Le disposizioni degli art. 28 e 29 lasciano impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale. Tuttavia, tali divieti o restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio degli Stati membri»).

La portata di tale disposizione è stata precisata dalla Corte di Giustizia che, con riguardo al profilo della causa giustificativa delle misure eventualmente adottate dagli Stati membri, ha elaborato la c.d. dottrina delle «esigenze imperative».

Il riferimento va alla nota sentenza *Cassis de Dijon*, 20 febbraio 1979, in causa C-120/1978, in cui è affermato il seguente principio: «In mancanza di una normativa comune sul commercio dei prodotti di cui trattasi, gli ostacoli per la libera circolazione intracomunitaria che derivano da disparità fra le normative nazionali devono essere accettati nella misura in cui tali disposizioni possono essere riconosciute come necessarie per soddisfare esigenze imperative relative in particolare alla effettività della supervisione fiscale, alla protezione della salute, alla giustizia delle transazioni commerciali ed alla difesa dei consumatori» (massima).

Tra le «esigenze imperative» va ricompresa la protezione dell'ambiente (si veda la sentenza relativa al caso *Oli usati*, 7 febbraio 1985, in causa C-240/1983 nonché, per una generale ricostruzione della giurisprudenza della Corte di giustizia relativa al settore «commercio ed ambiente», MONTINI, *La necessità ambientale nel diritto internazionale e comunitario*, Padova, 2001).

La Corte per valutare la compatibilità tra le misure nazionali a tutela di interessi essenziali di natura non economica con l'obiettivo della libera circolazione delle merci ha individuato due criteri:

a) la necessità, nel senso che la misura nazionale deve essere idonea al raggiungimento dello scopo di apprestare una adeguata tutela ad un'esigenza imperativa minacciata dalla libertà commerciale;

b) la proporzionalità, nel senso che la misura deve essere strettamente indispensabile al raggiungimento dello scopo perseguito.

In particolare il controllo di proporzionalità richiede la comparazione con altre misure che lo Stato avrebbe potuto adottare al posto di quella prescelta per raggiungere lo stesso risultato ma con una minore incidenza sul commercio ed una valutazione costi-benefici ossia un bilanciamento tra il peso della limitazione imposta al commercio intracomunitario e il grado di tutela dell'esigenza imperativa effettivamente raggiunto.

2. *Il divieto di circolazione nel Land Tirolo* – Con la sentenza 15 novembre 2005, in causa C-320/03, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee si è pronunciata sul ricorso per inadempimento proposto ex art. 226 Trattato CE dalla Commissione europea nei confronti della Repubblica d'Austria in relazione al divieto settoriale di circolazione dei camion di più di 7,5 tonnellate che trasportano determinate merci introdotto, con l'ordinanza 27 maggio 2003 n. 279, nel Land Tirolo a tutela della qualità dell'aria.

Il giudizio è stato preceduto da una fase cautelare: infatti con ordinanza 30 luglio 2003 il Presidente della Corte in accoglimento dell'istanza della Commissione, aveva ordinato la sospensione dell'esecuzione del provvedimento di divieto di circolazione, misura cautelare che era stata poi prorogata con le ordinanze 2 ottobre 2003 e 27 aprile 2004 sino al giorno della statuzione sul ricorso principale.

Sia nella fase cautelare (denominata C-320/03-R) che in quella di merito è intervenuto anche lo Stato italiano a sostegno della posizione della Commissione rilevando il contrasto di una tale misura con il principio della libera circolazione previsto nel Trattato (artt. 28-30) e nella legislazione derivata (artt. 1 e 3 Reg. CEE n. 881/1992 del Consiglio e artt. 1 e 6 Reg. CEE n. 3118/1993 del Consiglio) nonché con i principi generali di non discriminazione e proporzionalità; ciò in quanto da una parte il divieto colpiva solo i trasporti in transito di mezzi pesanti stranieri e non il traffico interno (essendo prevista una deroga per i trasporti il cui punto di partenza o di destinazione era situato nella zona), dall'altra le soluzioni alternative al trasporto stradale apparivano difficili ed antieconomiche.

La Corte ha riconosciuto che il regolamento contestato costituiva un ostacolo alla libera circolazione delle merci trattandosi di un divieto incidente sul transito di mezzi pesanti «*su un tratto stradale di primaria importanza, che costituisce una delle principali vie di comunicazione terrestri tra il sud della Germania e il nord dell'Italia*» (punto 66).

Il giudice comunitario fa tuttavia presente che «secondo una giurisprudenza costante, misure nazionali atte ad ostacolare gli scambi intracomunitari possono essere giustificate da esigenze imperative attinenti alla tutela ambientale purché siano proporzionate all'obiettivo perseguito» (punto 70).

La tutela dell'ambiente infatti «costituisce uno degli obiettivi essenziali della Comunità (...) In tal senso, l'art. 2 CE dispone che la Comunità ha il compito di promuovere un "elevato livello di protezione dell'ambiente ed il miglioramento della qualità di quest'ultimo" e, a tal fine, l'art. 3, n. 1, lett. 1), CE prevede l'attuazione di una "politica nel settore dell'ambiente". Inoltre, ai sensi dell'art. 6 CE, "le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni comunitarie", disposizione questa che sottolinea il carattere trasversale e fondamentale di tale obiettivo» (punti 72-73).

Conseguentemente l'adozione di un regolamento per garantire la qualità dell'aria è ritenuta giustificata da motivi di tutela dell'ambiente ma le misure eventualmente previste devono risultare *proporzionate* ossia necessarie ed appropriate al conseguimento di tale obiettivo.

Ad avviso della Corte il principio di proporzionalità non è stato nel caso di specie rispettato in quanto «prima dell'adozione di una misura così radicale quale il divieto totale di circolazione su un tratto dell'autostrada che costituisce una via di comunicazione vitale tra alcuni Stati membri, incombeva alle autorità austriache esaminare attentamente la possibilità di fare ricorso a misure meno restrittive della libertà di circolazione, escludendole soltanto qualora fosse chiaramente dimostrata la loro inadeguatezza rispetto all'obiettivo perseguito. Più in particolare, tenuto conto dell'obiettivo dichiarato di operare un trasferimento del trasporto delle merci di cui trattasi dalla strada alla ferrovia, le dette autorità erano tenute ad assicurarsi che esistesse una capacità ferroviaria sufficiente ed appropriata a consentire tale trasferimento prima di decidere di adottare un provvedimento come quello emanato con il regolamento contestato. (...) Inoltre, un periodo transitorio limitato a due mesi tra la data di adozione del regolamento contestato e quella prevista dalle autorità austriache per l'attuazione del divieto settoriale di circolazione era manifestamente insufficiente per consentire ragionevolmente agli operatori interessati di adeguarsi alle nuove circostanze» (punti 87-88-90).

Dott.ssa Chiara Di Seri

Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Grande Sezione, sentenza 15 novembre 2005 nella causa C-320 – Ricorso per inadempimento ai sensi dell'art. 226 CE, proposto il 24 luglio 2003 – Commissione delle Comunità europee (ag. C. Schmidt, W. Wils e G. Braun) – Repubblica federale di Germania (ag. W.D. Plessing e A. Tiemann – assistiti da T. Lübbig, Rechtsanwalt) – Repubblica italiana, (ag. I.M. Braguglia, avv. dello Stato G. De Bellis) – Regno dei Paesi Bassi (ag. H.G. Sevenster) intervenienti, c/ Repubblica d'Austria (ag. E. Riedl e H. Dossi) convenuta – Pres. V. Skouris – Rel. R. Schintgen – Avv. Gen. L.A. Geelhoed.

«1. – Con il ricorso, la Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di dichiarare che la Repubblica d'Austria, vietando ai camion di più di 7,5 tonnellate che trasportano determinate merci di circolare su un tratto dell'autostrada A 12 nella valle dell'Inn (Austria), a seguito dell'adozione del regolamento del Presidente del Land Tirolo 27 maggio 2003, che limita il trasporto sull'autostrada A 12 nella valle dell'Inn (divieto settoriale di circolazione) [Verordnung des Landeshauptmanns von Tirol, mit der auf der A 12 Inntalautobahn

verkehrsbeschränkende Maßnahmen erlassen werden (sektorales Fahrverbot)] (BGBl. II, 279/2003; in prosieguo: il «regolamento contestato»), è venuta meno agli obblighi ad essa incombenenti in forza degli artt. 1 e 3 del regolamento (CEE) del Consiglio 26 marzo 1992, n. 881, relativo all'accesso al mercato dei trasporti di merci su strada nella Comunità effettuati in partenza dal territorio di uno Stato membro o a destinazione di questo, o in transito sul territorio di uno o più Stati membri (*G.U. L 95*, pag. 1), come modificato dal regolamento (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio 1° marzo 2002, n. 484 (*G.U. L 76*, pag. 1; in prosieguo: il «regolamento n. 881/1992»), in forza degli artt. 1 e 6 del regolamento (CEE) del Consiglio 25 ottobre 1993, n. 3118, che fissa le condizioni per l'ammissione di vettori non residenti ai trasporti nazionali di merci su strada in uno Stato membro (*G.U. L 279*, pag. 1), come modificato dal regolamento n. 484/2002 (in prosieguo: il «regolamento n. 3118/1993»), nonché in forza degli artt. 28 CE – 30 CE.

Contesto normativo e fatti

La disciplina comunitaria relativa al mercato interno dei trasporti su strada

2. – I regolamenti n. 881/1992 e n. 3118/1993 disciplinano il trasporto di merci su strada sul territorio della Comunità.

3. – Il regolamento n. 881/1992, che, in conformità al suo art. 1, n. 1, è applicabile ai trasporti internazionali di merci su strada per conto terzi per i tragitti effettuati nel territorio della Comunità, prevede, all'art. 3, il rilascio da parte degli Stati membri di una licenza comunitaria ai trasportatori di merci stabiliti sul loro territorio e abilitati ad effettuare trasporti internazionali di merci su strada.

4. – Peraltro, ai sensi dell'art. 1, n. 1, del regolamento n. 3118/1993:

«Qualsiasi trasportatore di merci su strada per conto terzi che sia titolare della licenza comunitaria di cui al regolamento (CEE) n. 881/1992 e il cui conducente, se cittadino di un paese terzo, è munito di un attestato di conducente alle condizioni previste da tale regolamento, è ammesso alle condizioni fissate dal presente regolamento ad effettuare, a titolo temporaneo, trasporti nazionali di merci su strada per conto terzi in un altro Stato membro, qui di seguito denominati rispettivamente «trasporti di cabotaggio» e «Stato membro ospitante», senza che vi disponga di una sede o di un altro stabilimento».

5. – In forza dell'art. 6 del regolamento n. 3118/1993, l'esecuzione dei trasporti di cabotaggio è soggetta, fatta salva l'applicazione della normativa comunitaria, alle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative in vigore nello Stato membro ospitante, nei settori considerati al n. 1 dello stesso articolo e queste disposizioni devono essere applicate ai vettori non residenti alle medesime condizioni che detto Stato membro impone ai propri cittadini, al fine di evitare qualsiasi discriminazione manifesta o dissimulata basata sulla nazionalità o sul luogo di stabilimento.

Le direttive comunitarie relative alla tutela della qualità dell'aria ambiente.

6. – La normativa comunitaria relativa alla tutela della qualità dell'aria ambiente è costituita in particolare dalla direttiva del Consiglio 27 settembre 1996, 96/62/CE, in materia di valutazione e di gestione della qualità dell'aria ambiente (*G.U. L 296*, pag. 55), e dalla direttiva del Consiglio 22 aprile 1999, 1999/30/CE, concernente i valori limite di qualità dell'aria ambiente per il biossido di zolfo, il biossido di azoto, gli ossidi di azoto, le particelle e il piombo (*G.U. L 163*, pag. 41), come modificata dalla decisione della Commissione 17 ottobre 2001, 2001/744/CE (*G.U. L 278*, pag. 35; in prosieguo: la «direttiva 1999/30»).

7. – In conformità al suo art. 1, la direttiva 96/62 ha l'obiettivo generale di definire i principi di base di una strategia comune volta a:

– definire e stabilire obiettivi di qualità dell'aria ambiente nella Comunità europea al fine di evitare, prevenire o ridurre gli effetti nocivi sulla salute umana e sull'ambiente nel suo complesso;

– valutare la qualità dell'aria ambiente negli Stati membri in base a metodi e criteri comuni;

– disporre di informazioni adeguate sulla qualità dell'aria ambiente e far sì che siano rese pubbliche, tra l'altro mediante soglie d'allarme;

– mantenere la qualità dell'aria ambiente, laddove è buona, e migliorarla negli altri casi.

8. – L'art. 4 della direttiva 96/62 prevede che il Consiglio dell'Unione europea, su proposta della Commissione, determini valori limite per gli inquinanti elencati nell'allegato I di tale direttiva.

9. – L'art. 7 della direttiva 96/62 così dispone:

«Miglioramento della qualità dell'aria ambiente

Requisiti generali

1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per assicurare il rispetto dei valori limite. (...)

3. Gli Stati membri predispongono piani d'azione che indicano le misure da adottare a breve termine in casi di rischio di un superamento dei valori limite e/o delle soglie d'allarme, al fine di ridurre il rischio e limitarne la durata. Tali piani possono prevedere, a seconda dei casi, misure di controllo e, ove necessario, di sospensione delle attività, ivi compreso il traffico automobilistico, che contribuiscono al superamento dei valori limite».

10. – L'art. 8, n. 3, della direttiva 96/62, per altro verso, prevede:

«Nelle zone e negli agglomerati [in cui i livelli di uno o più inquinanti superano i valori limite aumentati del margine di superamento], gli Stati membri adottano misure atte a garantire l'elaborazione o l'attuazione di un piano o di un programma che consenta di raggiungere il valore limite entro il periodo di tempo stabilito.

Tale piano o programma, da rendere pubblico, deve riportare almeno le informazioni di cui all'allegato IV».

11. – Valori limite per il biossido di azoto (NO₂) sono fissati nella direttiva 1999/30.

12. – Ai sensi dell'art. 4 della direttiva 1999/30:

«Biossido di azoto e ossidi di azoto

1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per garantire che le concentrazioni di biossido di azoto e, ove possibile, degli ossidi di azoto nell'aria, valutate a norma dell'articolo 7, non superino i valori limite indicati nella sezione I dell'allegato II, a decorrere dalle date ivi indicate.

I margini di tolleranza indicati nella sezione I dell'allegato II si applicano a norma dell'articolo 8 della direttiva 96/62/CE.

2. La soglia di allarme per le concentrazioni di biossido di azoto nell'aria ambiente è indicata nella sezione II dell'allegato II».

13. – Risulta dalla sezione I dell'allegato II della direttiva 1999/30 che, con riferimento al biossido di azoto:

– il valore limite orario è fissato a 200 µg/m³ «da non superare più di 18 volte per anno civile», aumentato di una percentuale di tolleranza decrescente fino al 1° gennaio 2010;

– il valore limite annuale è fissato a 40 µg/m³, ugualmente aumentato della stessa percentuale di tolleranza decrescente fino al 1° gennaio 2010, cioè 56 µg/m³ per il 2002.

14. – La detta sezione I prevede anche che i valori limite summenzionati devono essere rispettati al 1° gennaio 2010.

15. – Secondo il quarto “considerando” della direttiva 1999/30, i valori limite in essa fissati costituiscono requisiti minimi e, in conformità all'art. 176 CE, gli Stati membri possono mantenere o prendere provvedimenti per una protezione ancora maggiore e in particolare stabilire valori limite più rigorosi.

Il diritto nazionale e i fatti all'origine della controversia

16. – Le direttive 96/62 e 1999/30 sono state recepite nel diritto austriaco per mezzo di modifiche alla legge sulla protezione dell'aria dall'inquinamento (*Immissionsschutzgesetz-Luft*, BGBl. I, 115/1997; in prosieguo: l'«IG-L»).

17. – L'art. 10 dell'IG-L prevede la pubblicazione di un catalogo di provvedimenti da adottare in caso di superamento di un valore limite. L'art. 11 della detta legge enuncia i principi che devono essere rispettati in quest'ipotesi, quali il principio «chi inquina paga» e il principio di proporzionalità. L'art. 14 della stessa legge contiene disposizioni applicabili in particolare al settore dei trasporti.

18. – Il 1° ottobre 2002, dopo aver constatato un superamento del valore limite del biossido di azoto, come definito nella sezione I dell'allegato II della direttiva 1999/30, le autorità del Tirolo hanno imposto un divieto temporaneo di circolazione notturna riguardante i mezzi pesanti su un tratto dell'autostrada A 12, nella valle dell'Inn.

19. – Nel corso dell'anno 2002, il valore limite annuale fissato a 56 $\mu\text{g}/\text{m}^3$ dal detto allegato II è stato nuovamente superato al punto di controllo di Vomp/Raststätte, sul detto tratto autostradale, mentre la media annuale registrata è stata di 61 $\mu\text{g}/\text{m}^3$.

20. – Il divieto temporaneo di circolazione notturna è stato allora prorogato e poi sostituito, a partire dal 1° giugno 2003, con un divieto permanente di circolazione notturna che ha colpito il trasporto di merci effettuato da mezzi pesanti di più di 7,5 tonnellate, divieto valido tutto l'anno.

21. – Il 27 maggio 2003, il Landeshauptmann von Tirol ha adottato, sul fondamento dell'IG-L, il regolamento contestato, che vieta, a partire dal 1° agosto 2003 e per un periodo indeterminato, la circolazione sul tratto dell'autostrada A 12 in causa ad una categoria di mezzi pesanti che trasportano determinate merci.

22. – Il regolamento contestato è inteso, ai sensi del suo art. 1, a ridurre le emissioni di inquinanti legate alle attività umane e a migliorare quindi la qualità dell'aria per assicurare la protezione duratura della salute umana nonché della fauna e della flora.

23. – L'art. 2 del regolamento contestato delimita una «zona sanitaria», costituita da un tratto di 46 km dell'autostrada A 12, tra i comuni di Kundl e d'Ampass.

24. – L'art. 3 dello stesso regolamento vieta ai mezzi pesanti o ai semirimorchi la cui massa massima autorizzata è superiore a 7,5 tonnellate ed ai mezzi pesanti con rimorchio, le cui masse massime autorizzate aggiunte superano le 7,5 tonnellate, di circolare sul detto tratto trasportando le seguenti merci: tutti i rifiuti contemplati nell'elenco europeo dei rifiuti [di cui alla decisione della Commissione 3 maggio 2000, 2000/532/CE, che sostituisce la decisione 94/3/CE che istituisce un elenco di rifiuti conformemente all'articolo 1, lettera a), della direttiva 75/442/CEE del Consiglio relativa ai rifiuti e la decisione 94/904/CE del Consiglio che istituisce un elenco di rifiuti pericolosi ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 4, della direttiva 91/689/CEE del Consiglio relativa ai rifiuti pericolosi (*G.U.* L 226, pag. 3), nella versione risultante dalla decisione del Consiglio 23 luglio 2001, 2001/573/CE, che modifica l'elenco di rifiuti contenuto nella decisione 2000/532/CE della Commissione (*G.U.* L 203, pag. 18)], i cereali, i legnami in tronchi e sughero, i minerali ferrosi e non ferrosi, il pietrame, la terra, i materiali di sterro, i veicoli a motore e i rimorchi nonché l'acciaio da costruzione. Il divieto doveva essere applicato immediatamente, a partire dal 1° agosto 2003, senza che fosse necessario alcun intervento supplementare da parte delle autorità competenti.

25. – L'art. 4 del regolamento contestato sottrae al divieto sancito dal detto art. 3 i mezzi pesanti il cui trasporto inizia o termina nel territorio della città di Innsbruck o nei distretti di Kufstein, di Schwaz o di Innsbruck-Land. Peraltro, l'IG-L comporta esso stesso altre deroghe: esso esclude dal divieto di circolare diverse categorie di veicoli, tra i quali figurano i veicoli per la manutenzione della rete stradale, della nettezza urbana nonché i veicoli agricoli e forestali. Una deroga particolare può, inoltre, essere sollecitata per altre categorie di veicoli per ragioni di interesse pubblico o per un importante interesse privato.

La fase precontenziosa

26. – A seguito di un primo scambio epistolare con la Repubblica d'Austria, il 25 giugno 2003 la Commissione ha inviato a tale Stato membro una lettera di diffida e lo ha invitato a rispondere nel termine di una settimana. Il governo austriaco ha risposto con la lettera del 3 luglio 2003.

27. – Il 9 luglio 2003, la Commissione ha inviato alla Repubblica d'Austria un parere motivato, a norma dell'art. 226 CE, che stabiliva anch'esso il termine di una settimana perché essa vi si conformasse. Il detto Stato membro ha risposto al parere motivato con lettera del 18 luglio 2003.

28. – La Commissione, considerando che le spiegazioni fornite dalla Repubblica d'Austria in risposta al detto parere motivato non fossero soddisfacenti, ha deciso di proporre il presente ricorso.

La sospensione dell'esecuzione del divieto settoriale di circolazione

29. – Con ordinanza 30 luglio 2003, causa C-320/03 R, Commissione/Austria (*Racc.* pag. I-7929), il presidente della Corte ha ordinato, a titolo conservativo, alla Repubblica d'Austria di sospendere l'esecuzione del divieto di circolazione contenuto nel regolamento contestato fino alla pronuncia dell'ordinanza che pone fine al procedimento sommario.

30. – Con ordinanza 2 ottobre 2003, causa C-320/03 R, Commissione/Austria (*Racc.* pag. I-11665), il provvedimento di sospensione dell'esecuzione del detto divieto di circolazione è stato prorogato fino al 30 aprile 2004 e, con ordinanza 27 aprile 2004, causa C-320/03 R (*Racc.* pag. I-3593) tale proroga è stata mantenuta fino alla pronuncia della Corte sul merito del ricorso.

La ricevibilità del ricorso

31. – La Repubblica d'Austria contesta la ricevibilità del ricorso in ragione dei termini estremamente brevi che le sono stati assegnati nel corso della fase precontenziosa del procedimento per preparare le risposte alla lettera di diffida e al parere motivato ad essa inviati dalla Commissione. Essa ritiene che non siano stati rispettati i diritti della difesa, nonché il diritto ad un equo processo e mette in dubbio che i servizi della Commissione abbiano effettuato un serio esame delle osservazioni delle autorità austriache nel corso di questa fase del procedimento.

32. – La Repubblica d'Austria aggiunge che la Commissione avrebbe dovuto applicare la procedura prevista dal regolamento del Consiglio 7 dicembre 1998, n. 2679, sul funzionamento del mercato interno in relazione alla libera circolazione delle merci tra gli Stati membri (*G.U. L 337*, pag. 8).

33. – Al riguardo è necessario constatare che i termini assai brevi assegnati dalla Commissione alla Repubblica d'Austria per rispondere alla lettera di diffida e per conformarsi al parere motivato sono stati imposti dalla data di entrata in vigore del regolamento contestato, fissata dalle stesse autorità austriache. Inoltre, è pacifico che esse avevano conoscenza della posizione della Commissione prima dell'avvio della fase precontenziosa del procedimento ed anche prima dell'adozione del regolamento contestato in quanto, come risulta dal fascicolo, la detta istituzione, ricevuta la notifica di una denuncia, aveva chiesto, con lettera del 6 maggio 2003, alle dette autorità di fornirle informazioni sul testo che era in corso di elaborazione.

34. – In tali circostanze, non si può rimproverare alla Commissione, incaricata a norma dell'art. 211 CE di vigilare sul rispetto da parte degli Stati membri degli obblighi ad essi incombenti in forza del diritto comunitario, di aver fissato determinati termini tenendo conto delle circostanze che caratterizzano la fattispecie e, in particolare, dell'urgenza (v., in questo senso, sentenze 2 febbraio 1988, causa 293/1985, Commissione/Belgio, *Racc.* pag. 305, punto 14; 28 ottobre 1999, causa C-328/1996, Commissione/Austria, *Racc.* pag. I-7479, punti 34 e 51, nonché 13 dicembre 2001, causa C-1/00, Commissione/Francia, *Racc.* pag. I-9989, punti 64 e 65).

35. – Quanto alla procedura istituita dal regolamento n. 2679/1998, che è intesa ad eliminare il più rapidamente possibile gli ostacoli alla libera circolazione delle merci tra gli Stati membri, come definiti all'art. 1 di questo regolamento, è necessario constatare, come ha osservato l'Avvocato generale al paragrafo 35 delle sue conclusioni, che l'attuazione di tale procedura non costituisce in alcun modo una condizione preventiva che la Commissione debba soddisfare prima di intraprendere la fase precontenziosa del procedimento ai sensi dell'art. 226 CE e che il detto regolamento non può circoscrivere in alcun modo le competenze che a tale istituzione sono attribuite da quest'ultima disposizione (v., in tal senso, sentenza 2 giugno 2005, causa C-394/02, Commissione/Grecia, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, punti 27 e 28, nonché giurisprudenza citata).

36. – Occorre conseguentemente dichiarare ricevibile il presente ricorso.

Nel merito

Argomenti della Commissione e degli Stati membri intervenienti

37. – Secondo la Commissione, il regolamento contestato viola le disposizioni comunitarie in materia di libera prestazione dei servizi di trasporto, contenute nei regolamenti n. 881/1992 e n. 3118/1993, e ostacola la libera circolazione delle merci, garantita dagli artt. 28 CE – 30 CE.

38. – Il provvedimento di divieto emesso con il regolamento contestato inciderebbe di fatto prevalentemente sul transito internazionale delle merci. Infatti, il trasporto di transito colpito da tale provvedimento sarebbe effettuato per più dell'80% da imprese non austriache, mentre il trasporto escluso da tale provvedimento sarebbe effettuato per più dell'80% da

imprese austriache. Il detto regolamento compirebbe pertanto una discriminazione quanto meno indiretta, il che sarebbe incompatibile con i regolamenti n. 881/1992 e n. 3118/1993, oltre che con gli artt. 28 CE – 30 CE.

39. – Tale provvedimento, in quanto applicabile quindi in modo differenziato, non potrebbe essere giustificato da considerazioni attinenti alla tutela dell'ambiente. Se è vero che la Repubblica d'Austria tende a giustificare il regolamento contestato con motivi riconducibili sia alla salute delle persone sia alla tutela dell'ambiente, è evidente, secondo la Commissione e gli Stati membri intervenienti, che quest'ultimo obiettivo prevale. Orbene, una giustificazione tratta da considerazioni sanitarie, a norma dell'art. 30 CE, sarebbe possibile soltanto qualora le merci in questione costituissero una minaccia diretta e comprovata per la salute delle persone. Così non avverrebbe manifestamente nella fattispecie.

40. – Nell'ipotesi in cui la Corte considerasse che il regolamento contestato, sebbene applicabile in modo differenziato, possa essere validamente fondato su considerazioni attinenti alla tutela dell'ambiente, la Commissione ritiene, in subordine, che il detto regolamento non possa essere giustificato sul fondamento delle direttive 96/62 e 1999/30. Infatti, da un lato, un divieto settoriale di circolazione per un periodo indeterminato non può essere fondato sull'art. 7, n. 3, della direttiva 96/62, che riguarderebbe soltanto provvedimenti urgenti e temporanei. D'altro lato, se il valore limite previsto all'art. 8, n. 3, di quest'ultima direttiva per il biossido di azoto, maggiorato del margine di tolleranza, è stato nettamente superato nel 2002, il catalogo delle misure che compaiono all'art. 10 dell'IG-L non conterebbe gli elementi richiesti dal detto art. 8, n. 3, e dall'allegato IV della direttiva 96/62.

41. – Gli Stati membri intervenienti criticano anche il metodo applicato in Austria per misurare il livelli di inquinamento e per pervenire alla conclusione che delle emissioni di biossido di azoto sia particolarmente responsabile una certa categoria di mezzi pesanti. Il governo tedesco, in particolare, fa valere che, secondo la sezione I dell'allegato II della direttiva 1999/30, il valore limite annuale per la tutela della salute umana diverrà imperativo soltanto a partire dal 1° gennaio 2010. Prima di questa data, il superamento dei valori limite fissati per i diversi anni non giustificerebbe che gli Stati membri adottino misure immediate. Essi sarebbero autorizzati ad agire in tal senso soltanto se la «soglia di allarme» prevista all'art. 2, n. 6, ed alla sezione II dell'allegato II della detta direttiva venisse superata, cosa che la Repubblica d'Austria non avrebbe dimostrato né affermato. Inoltre, secondo i governi tedesco e italiano, il superamento del valore limite per il biossido di azoto sul quale si basa il regolamento contestato non è stato dimostrato in conformità ai requisiti che risultano dagli allegati V e VI della direttiva 1999/30. Il governo tedesco invoca anche numerose carenze d'ordine metodologico che caratterizzerebbero la misura di prelievo effettuata dalle autorità austriache. Inoltre, esso osserva che l'utilizzo di deviazioni, più lunghe, provocherebbe un inquinamento atmosferico ancor maggiore e non farebbe altro che trasferire altrove il problema.

42. – In ogni caso, il regolamento contestato non sarebbe conforme al principio di proporzionalità.

43. – Al riguardo la Commissione constata che, secondo le statistiche elaborate dalle autorità tirolesi, 5.200 mezzi pesanti in media, nel 2002, avrebbero percorso ogni giorno l'autostrada A 12 tra l'agglomerato di Wörgl (che è vicino alla frontiera tedesca) e quello di Hall (situato a 10 km da Innsbruck). Orbene, il regolamento contestato avrebbe per effetto di vietare il complesso del traffico stradale di transito internazionale ai mezzi pesanti che trasportano le merci in esso elencate, in quanto gli altri itinerari ipotizzabili su strada comporterebbero una deviazione considerevole per gli operatori economici interessati.

44. – Inoltre, secondo la Commissione e gli Stati membri intervenienti, il sistema ferroviario non costituirebbe, a breve termine, una soluzione sostitutiva realistica per le imprese di trasporto stradale in questione, a causa della ridotta capacità dell'asse ferroviario del Brennero e tenuto conto delle limitazioni tecniche, dei ritardi, nonché della mancanza di affidabilità di questo sistema di trasporto, qualunque sia il modo di trasporto ferroviario preso in considerazione come sostituto del trasporto su strada delle merci considerate dal regolamento contestato.

45. – La Commissione invoca anche le conseguenze economiche considerevoli che risulterebbero dall'attuazione del provvedimento di divieto emesso con il regolamento contestato,

non soltanto per l'industria dei trasporti, ma anche per i fabbricanti delle merci di cui trattasi, che dovrebbero sopportare costi di trasporto più elevati; le imprese tedesche e italiane sarebbero le prime ad essere colpite da simile provvedimento. La Commissione e gli Stati membri intervenienti indicano che sarebbero le piccole e medie imprese di trasporto, di cui molte si sono specializzate nel trasporto di alcune delle merci considerate, ad essere minacciate.

46. – La Commissione, sostenuta dagli Stati membri intervenienti, menziona diverse misure che sarebbero a loro parere tali da ostacolare in minor misura la libera circolazione delle merci e la libera prestazione dei servizi di trasporto, pur essendo idonee a conseguire l'obiettivo contemplato dal regolamento contestato, e cioè:

- la possibilità di introdurre progressivamente il divieto di circolazione per i mezzi pesanti delle diverse classi EURO;
- il sistema degli ecopunti, previsto dal Protocollo n. 9 concernente il trasporto su strada, ferroviario e combinato in Austria (in prosieguo: il «Protocollo n. 9»), allegato all'Atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica d'Austria, della Repubblica di Finlandia e del Regno di Svezia e agli adattamenti dei trattati sui quali si fonda l'Unione europea (*G.U.* 1994, C 241, pag. 21 e *G.U.* 1995, L 1, pag. 1), in quanto questo protocollo avrebbe già contribuito in modo significativo a conciliare il traffico dei mezzi pesanti con le esigenze legate alla tutela dell'ambiente;
- la limitazione del traffico dei mezzi pesanti nelle ore di punta;
- il divieto di circolazione notturna di questi veicoli;
- l'instaurazione di sistemi di pedaggio in funzione della quantità di inquinanti emessi, o ancora
- l'introduzione di limiti di velocità.

47. – Queste diverse misure, che sarebbero maggiormente conformi al principio di lotta alla fonte contro i danni all'ambiente ed al principio «chi inquina paga», riguarderebbero anche il traffico locale e ridurrebbero l'inquinamento causato da veicoli non presi in considerazione dal regolamento contestato. In ogni caso, in assenza di valutazione degli effetti sulla concentrazione di biossido di azoto del divieto di circolazione notturna, imposto qualche mese prima dell'adozione del detto regolamento, l'adozione di quest'ultimo sarebbe stata prematura.

48. – Il governo tedesco asserisce, inoltre, che la scelta delle merci considerate è arbitraria e ingiusta. Secondo il governo olandese, il regolamento contestato si applica soltanto ad una delle numerose fonti di inquinamento nella zona in causa e limita anche l'uso di mezzi pesanti relativamente puliti, che appartengono alla classe EURO-3. Il governo italiano asserisce, per parte sua, che tale regolamento viola anche il diritto di transito conferito dal diritto comunitario ai veicoli ai quali sono stati attribuiti ecopunti.

49. – Infine, il governo tedesco sostiene che l'art. 10 CE imponeva alla Repubblica d'Austria di consultare in tempo utile gli Stati membri interessati e la Commissione prima di adottare un provvedimento radicale come il divieto settoriale di circolazione. Secondo la Commissione, tale misura avrebbe dovuto, quantomeno, essere introdotta progressivamente per permettere ai settori interessati di prepararsi al cambiamento di circostanze risultante dalla sua attuazione.

Argomenti della Repubblica d'Austria

50. – La Repubblica d'Austria ritiene che il regolamento contestato sia conforme al diritto comunitario. Esso sarebbe stato adottato nel rispetto delle disposizioni delle direttive relative alla tutela della qualità dell'aria ambiente e, in particolare, degli artt. 7 e 8 della direttiva 96/62, come recepiti nell'ordinamento giuridico austriaco.

51. – Quest'ultima direttiva, in combinato disposto con la direttiva 1999/30, imporrebbe, in caso di superamento del valore limite annuale di biossido di azoto, un obbligo di intervenire a carico dello Stato membro interessato. Orbene, la Commissione non contesterebbe che, nel 2002, il valore limite maggiorato del margine di tolleranza, cioè 56 $\mu\text{g}/\text{m}^3$, è stato superato al punto di controllo di Vomp/Raststätte e che, nel 2003, il detto valore limite è stato largamente superato in quanto le concentrazioni di biossido di azoto nell'aria ambiente hanno raggiunto i 68 $\mu\text{g}/\text{m}^3$. È in queste circostanze che sarebbe stato adottato il regolamento contestato.

52. – La Repubblica d’Austria ammette che il Protocollo n. 9, che instaura la disciplina relativa agli ecopunti, prevede esplicitamente alcune deroghe al diritto comunitario derivato. Tali deroghe sarebbero tuttavia elencate in modo tassativo e le direttive 96/62 e 1999/30 non ne farebbero parte.

53. – Gli studi scientifici dimostrerebbero chiaramente che le emissioni di biossido di azoto dei mezzi pesanti costituiscono una fonte assai importante di inquinamento atmosferico nella zona considerata dal regolamento contestato. Sarebbe evidente che era necessario limitare il numero dei trasporti effettuati da questi veicoli. A questo scopo le autorità austriache avrebbero selezionato determinate merci per le quali il trasporto ferroviario costituiva una soluzione sostitutiva effettiva da un punto di vista tecnico ed economico. La Repubblica d’Austria si basa, al riguardo, su documenti che provengono da diverse società ferroviarie pubbliche e private, nazionali ed estere, dai quali risulterebbe che esiste una capacità sufficiente per rispondere all’aumento della domanda dovuto all’adozione del detto regolamento. Esisterebbero anche percorsi stradali alternativi. In effetti, quasi la metà del traffico stradale di mezzi pesanti in transito nel corridoio del Brennero avrebbe a disposizione un itinerario sostitutivo più breve o almeno equivalente alla strada del Brennero.

54. – Tenuto conto di queste soluzioni alternative, le preoccupazioni allarmistiche della Commissione, che sarebbero fondate sulla supposizione che tutti i trasporti in transito di mezzi pesanti stranieri interessati debbano essere deviati verso la Svizzera o verso la strada dei Tauern in Austria, sarebbero prive di fondamento.

55. – La Repubblica d’Austria contesta anche gli argomenti attinenti agli effetti economici del regolamento contestato sul settore dei trasporti. Esso sarebbe caratterizzato da una sovracapacità strutturale e da margini di utile estremamente esigui. Il fatto che il detto regolamento possa inasprire questi problemi non costituirebbe una ragione per ritenerlo illegittimo.

56. – Per quanto riguarda il carattere asseritamente discriminatorio del regolamento contestato, la Repubblica d’Austria afferma che il divieto di circolazione colpisce anche il traffico interno e che la scelta delle merci considerate da questo regolamento è stata effettuata in funzione della possibilità di trasferire facilmente il loro trasporto verso la rete ferroviaria.

57. – La Repubblica d’Austria aggiunge che la circostanza che i trasporti il cui punto di partenza o di destinazione è situato nella zona di cui trattasi siano esclusi dal divieto non è in grado di dimostrare l’esistenza di una discriminazione a detrimento dei trasportatori non austriaci. La deroga a favore del traffico locale sarebbe, infatti, inerente al sistema posto in essere, in quanto il trasferimento di questo tipo di traffico verso la rete ferroviaria, per ipotesi all’interno stesso della zona, comporterebbe tragitti più lunghi a destinazione delle stazioni ferroviarie, il che avrebbe un effetto contrario all’obiettivo cui mira il regolamento contestato.

58. – Comunque, anche qualora la Corte dovesse dichiarare che il regolamento contestato è indirettamente discriminatorio, il divieto di circolazione sarebbe giustificato da motivi di tutela sia della salute umana sia dell’ambiente. La Repubblica d’Austria sostiene al riguardo che i valori limite che compaiono nelle direttive 96/62 e 1999/30 sono stati fissati, sulla base di criteri scientifici, ad un livello reputato necessario per garantire la tutela durevole della salute delle persone nonché degli ecosistemi e della flora. Risulterebbe dunque inutile dimostrare che ogni superamento dei detti valori minaccia la salute delle persone o l’ambiente nel suo insieme.

59. – Inoltre, il divieto imposto con il regolamento contestato sarebbe tanto appropriato quanto necessario e proporzionato all’obiettivo perseguito. La Commissione non avrebbe contestato l’adeguatezza del provvedimento, quantomeno fino al deposito della memoria di replica, né la sua necessità, tenuto conto del superamento dei valori limite annuali. La Repubblica d’Austria contesta, per contro, l’adeguatezza delle soluzioni alternative proposte dalla Commissione e dagli Stati membri intervenienti. Vietare determinate classi di veicoli EURO sarebbe o insufficiente (con riferimento alle classi 0 e 1) o sproporzionato (con riferimento alle classi 0, 1 e 2). Quest’ultimo divieto colpirebbe il 50% del traffico dei mezzi pesanti e non terrebbe alcun conto della trasferibilità di esso verso la rete ferroviaria. La Repubblica d’Austria sottolinea, inoltre, che i valori limite sono stati superati malgrado l’applicazione del sistema degli ecopunti e che, nell’elaborare il detto regolamento, il divieto notturno di circolazione imposto ai mezzi pesanti è stato preso in considerazione.

60. – D'altra parte, il divieto settoriale di circolazione per i mezzi pesanti non costituirebbe una misura isolata, in quanto sarebbero state intraprese altre azioni a carattere strutturale, come l'estensione dell'infrastruttura ferroviaria e il miglioramento dei trasporti pubblici di passeggeri locali e regionali.

61. – Infine, la Repubblica d'Austria ritiene che l'argomentazione esposta dalla Commissione a sostegno della censura attinente alla violazione dei regolamenti n. 881/1992 e n. 3118/1993 non è chiara ed è troppo sommaria. Più precisamente, la Commissione non spiegherebbe la ragione per la quale i detti regolamenti sarebbero stati violati, in modo che non ricorrerebbero le condizioni enunciate all'art. 38, n. 1, lett. c), del regolamento di procedura della Corte.

Giudizio della Corte

62. – Il ricorso della Commissione tende in via generale ad ottenere la constatazione della Corte che, vietando ai camion di più di 7,5 tonnellate, che trasportano determinate merci, di circolare su un tratto dell'autostrada A 12 nella valle dell'Inn, il regolamento contestato introduce un ostacolo incompatibile con la libera circolazione delle merci garantita dal trattato CE e viola i regolamenti n. 881/1992 e n. 3118/1993. Occorre pertanto esaminare queste due censure l'una dopo l'altra.

Con riferimento all'asserita violazione delle norme del Trattato relative alla libera circolazione delle merci

Sull'esistenza di un ostacolo alla libera circolazione delle merci

63. – Al riguardo, occorre ricordare immediatamente che la libera circolazione delle merci costituisce uno dei principi fondamentali del Trattato (sentenza 9 dicembre 1997, causa C-265/1995, Commissione/Francia, *Racc.* pag. I-6959, punto 24).

64. – Così, l'art. 3 CE, inserito nella parte prima del Trattato, intitolata «Principi», dispone, al n. 1, lett. c), che ai fini enunciati all'art. 2 dello stesso Trattato, l'azione della Comunità comporta un mercato interno caratterizzato dall'eliminazione, fra gli Stati membri, degli ostacoli, in particolare, alla libera circolazione delle merci. Allo stesso modo, l'art. 14 CE prevede, al n. 2, che «il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci (...) secondo le disposizioni del presente trattato», disposizioni che compaiono in particolare agli artt. 28 CE e 29 CE.

65. – Simile libertà di circolazione ha per conseguenza l'esistenza di un principio generale di libertà di transito delle merci nell'ambito della Comunità (v. sentenza 16 marzo 1983, causa 266/1981, SIOT, *Racc.* pag. 731, punto 16).

66. – È evidente che, vietando ai mezzi pesanti di più di 7,5 tonnellate che trasportano determinate categorie di merci di circolare su un tratto stradale di primaria importanza, che costituisce una delle principali vie di comunicazione terrestri tra il sud della Germania e il nord dell'Italia, il regolamento contestato ostacola la libera circolazione delle merci e, in particolare, il loro libero transito.

67. – La circostanza secondo cui esisterebbero, come sostenuto dalla Repubblica d'Austria, itinerari sostitutivi o altri mezzi di trasporto in grado di consentire l'instradamento delle merci in causa non è tale da escludere l'esistenza di un ostacolo. Infatti, risulta da giurisprudenza costante, a partire dalla sentenza 11 luglio 1974, causa 8/1974, Dassonville (*Racc.* pag. 837, punto 5), che gli artt. 28 CE e 29 CE, inseriti nel loro contesto, devono essere intesi nel senso che essi mirano ad eliminare qualsiasi ostacolo, diretto o indiretto, attuale o in potenza, alle correnti di scambi nel commercio intracomunitario (v. sentenza 12 giugno 2003, causa C-112/00, Schmidberger, *Racc.* pag. I-5659, punto 56).

68. – Orbene, è innegabile che il divieto di circolazione imposto con il regolamento contestato, costringendo le imprese interessate a cercare, per di più entro un termine assai breve, soluzioni sostitutive economicamente valide per il trasporto delle merci considerate dal detto regolamento, è tale da limitare le possibilità di scambi tra l'Europa settentrionale e il nord dell'Italia.

69. – Di conseguenza, si deve ritenere che il regolamento contestato costituisca una misura di effetto equivalente a restrizioni quantitative, in linea di principio incompatibile con gli obblighi di diritto comunitario derivanti dagli artt. 28 CE e 29 CE, salvo che tale misura possa essere obiettivamente giustificata.

Sull'eventuale giustificazione dell'ostacolo

70. – Secondo una giurisprudenza costante, misure nazionali atte ad ostacolare gli scambi intracomunitari possono essere giustificate da esigenze imperative attinenti alla tutela ambientale purché siano proporzionate all'obiettivo perseguito (v., in particolare, sentenze 14 dicembre 2004, causa C-463/01, Commissione/Germania, *Racc.* pag. I-11705, punto 75, nonché causa C-309/02, Radlberger Getränkegesellschaft e S. Spitz, *Racc.* pag. I-11763, punto 75).

71. – Nella fattispecie è pacifico che il regolamento contestato è stato adottato allo scopo di garantire la qualità dell'aria ambiente nella zona in causa ed è dunque giustificato da motivi attinenti alla tutela dell'ambiente.

72. – Al riguardo, occorre, in primo luogo, ricordare che la tutela dell'ambiente costituisce uno degli obiettivi essenziali della Comunità (v. sentenze 7 febbraio 1985, causa 240/1983, ADBHU, *Racc.* pag. 531, punto 13; 20 settembre 1988, causa 302/1986, Commissione/Danimarca, *Racc.* pag. 4607, punto 8; 2 aprile 1998, causa C-213/1996, Outokumpu, *Racc.* pag. I-1777, punto 32, nonché 13 settembre 2005, causa C-176/03, Commissione/Consiglio, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, punto 41). In tal senso, l'art. 2 CE dispone che la Comunità ha il compito di promuovere un «elevato livello di protezione dell'ambiente ed il miglioramento della qualità di quest'ultimo» e, a tal fine, l'art. 3, n. 1, lett. l), CE prevede l'attuazione di una «politica nel settore dell'ambiente».

73. – Inoltre, ai sensi dell'art. 6 CE, «le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni comunitarie», disposizione questa che sottolinea il carattere trasversale e fondamentale di tale obiettivo (v. sentenza Commissione/Consiglio, citata, punto 42).

74. – Va in secondo luogo osservato, per quanto riguarda più in particolare la protezione della qualità dell'aria ambiente, che la direttiva 1999/30 definisce, all'allegato II, valori limite per il biossido di azoto e gli ossidi di azoto allo scopo di valutare la detta qualità e di determinare in quale momento debba essere adottata una misura preventiva o correttiva.

75. – In tale contesto, la direttiva 96/62 stabilisce una distinzione a seconda che esista il «rischio di un superamento dei valori limite» o che essi siano stati effettivamente superati.

76. – In tal senso, l'art. 7, n. 3, della detta direttiva prevede che gli Stati membri «predispongono piani d'azione (...) al fine di ridurre [tale] rischio». I detti piani, secondo la stessa disposizione, possono prevedere «misure (...) di sospensione delle attività, ivi compreso il traffico automobilistico, che contribuiscono al superamento dei valori limite».

77. – Nel secondo caso, cioè quando è certo che i livelli di uno o più inquinanti eccedono i valori limite, maggiori del margine di tolleranza, l'art. 8, n. 3, della direttiva 96/62 dispone che gli Stati membri «adottano misure atte a garantire l'elaborazione o l'attuazione di un piano o di un programma che consenta di raggiungere il valore limite entro il periodo di tempo stabilito». Tali piani o programmi sono resi pubblici e devono riportare le informazioni di cui all'allegato IV della detta direttiva.

78. – Poiché la Repubblica d'Austria sostiene che il regolamento contestato, basato sull'IG-L che recepisce nel diritto nazionale le direttive 96/62 e 1999/30, è appunto inteso ad attuare le disposizioni di cui agli artt. 7 e 8 della direttiva 96/62, occorre previamente esaminare se il detto regolamento abbia effettivamente tale oggetto.

79. – Al riguardo, sebbene il metodo utilizzato per la misurazione del livello del biossido di azoto nell'aria ambiente sia stato criticato dalla Repubblica federale di Germania e dalla Repubblica italiana, la Commissione stessa non contesta che, nel 2002 e nel 2003, il valore limite annuale fissato per questo inquinante, maggiorato dal margine di tolleranza, sia stato superato al punto di controllo di Vomp/Raststätte.

80. – In tali circostanze, la Repubblica d'Austria, tenuto conto del dettato dell'art. 8, n. 3, della direttiva 96/62, aveva l'obbligo di intervenire. Certo, i valori limite stabiliti per il biossido di azoto devono essere rispettati, in conformità alla sezione I dell'allegato II della direttiva 1999/30, soltanto a partire dal 1° gennaio 2010. Nondimeno, in caso di superamento dei valori limite, non si può contestare ad uno Stato membro di aver agito in conformità al detto art. 8, n. 3, già prima dello scadere del termine in causa, allo scopo di realizzare progressivamente il risultato previsto da quest'ultima direttiva e di raggiungere così, nel termine assegnato, l'obiettivo da essa fissato.

81. – Risulta, più in particolare, dall'art. 8, n. 3, della direttiva 96/62 che, in caso di superamento dei valori limite, lo Stato membro considerato è tenuto ad elaborare o ad attuare un piano o un programma, che deve riportare le informazioni elencate all'allegato

IV della detta direttiva, come le informazioni riguardanti il luogo in cui è avvenuto il superamento, le principali fonti di emissione responsabili dell'inquinamento o le misure esistenti e progettate. Per definizione, tale piano o programma deve contenere una serie di misure appropriate e coerenti destinate a ridurre il livello di inquinamento nelle circostanze concrete della zona considerata.

82. – È tuttavia necessario constatare che le misure che compaiono all'art. 10 dell'IG-L, i principi enunciati all'art. 11 della medesima legge e le disposizioni specifiche relative al settore dei trasporti, contenute nell'art. 14 dell'IG-L, non possono essere qualificati come «piano» o «programma» ai sensi dell'art. 8, n. 3, della direttiva 96/62 in quanto essi non sono in alcun modo connessi a una situazione concreta di superamento dei valori limite. Quanto al regolamento contestato in sé e per sé, adottato sulla base delle disposizioni summenzionate dell'IG-L, anche supponendo che esso possa essere qualificato come piano o programma, non contiene, come ha osservato la Commissione, tutte le indicazioni previste all'allegato IV della direttiva 96/62 e, in particolare, quelle considerate ai punti 7-10 di tale allegato.

83. – Date le circostanze, anche ammettendo che il regolamento contestato sia basato sull'art. 8, n. 3, della direttiva 96/62, non si può ritenere che esso costituisca un'attuazione corretta ed integrale di questa disposizione.

84. – La constatazione che precede non esclude tuttavia che l'ostacolo alla libera circolazione delle merci provocato dal provvedimento di divieto di circolazione emesso con il regolamento contestato possa essere giustificato da una delle esigenze imperative di interesse generale consacrate dalla giurisprudenza della Corte.

85. – Per verificare se simile ostacolo sia proporzionato rispetto allo scopo legittimo perseguito nella fattispecie, cioè la tutela dell'ambiente, occorre stabilire se esso sia necessario ed appropriato al conseguimento dell'obiettivo autorizzato.

86. – Al riguardo, la Commissione e gli Stati membri intervenienti sottolineano sia l'assenza di reali mezzi sostitutivi per il trasporto delle merci di cui trattasi sia l'esistenza di numerose altre misure, quali l'introduzione di limiti di velocità o di sistemi di pedaggio legati alle diverse classi di mezzi pesanti, o ancora il sistema degli ecopunti, che sarebbero state in grado di ridurre le emissioni di biossido di azoto a livelli accettabili.

87. – Senza che occorra che la Corte stessa si pronunci sull'esistenza di mezzi sostitutivi, ferroviari o stradali, per garantire il trasporto delle merci contemplate del regolamento contestato a condizioni economicamente accettabili o che essa verifichi se altre misure, combinate a no, potessero essere adottate per conseguire l'obiettivo di riduzione delle emissioni di inquinanti nella zona in parola, è sufficiente osservare al riguardo che, prima dell'adozione di una misura così radicale quale il divieto totale di circolazione su un tratto dell'autostrada che costituisce una via di comunicazione vitale tra alcuni Stati membri, incombeva alle autorità austriache esaminare attentamente la possibilità di fare ricorso a misure meno restrittive della libertà di circolazione, escludendole soltanto qualora fosse chiaramente dimostrata la loro inadeguatezza rispetto all'obiettivo perseguito.

88. – Più in particolare, tenuto conto dell'obiettivo dichiarato di operare un trasferimento del trasporto delle merci di cui trattasi dalla strada alla ferrovia, le dette autorità erano tenute ad assicurarsi che esistesse una capacità ferroviaria sufficiente ed appropriata a consentire tale trasferimento prima di decidere di adottare un provvedimento come quello emanato con il regolamento contestato.

89. – Orbene, come ha osservato l'Avvocato generale al paragrafo 113 delle sue conclusioni, non è stato provato nella fattispecie che le autorità austriache, nell'elaborare il regolamento contestato, abbiano valutato a sufficienza la questione se l'obiettivo di ridurre le emissioni di inquinanti potesse essere conseguito mediante altre misure meno restrittive della libertà di circolazione e se esistesse effettivamente un'alternativa realistica costituita dal trasporto delle merci interessate con modalità diverse o attraverso altri itinerari stradali.

90. – Inoltre, un periodo transitorio limitato a due mesi tra la data di adozione del regolamento contestato e quella prevista dalla autorità austriache per l'attuazione del divieto settoriale di circolazione era manifestamente insufficiente per consentire ragionevolmente agli operatori interessati di adeguarsi alle nuove circostanze (v., in questo senso, citate sentenze 14 dicembre 2004, Commissione/Germania, punti 79 e 80, e Radlberger Getränkegesellschaft e S. Spitz, punti 80 e 81).

91. – Considerato quanto precede, occorre concludere che il regolamento contestato, contravvenendo al principio di proporzionalità, non può essere validamente giustificato da ragioni concernenti la tutela della qualità dell'aria. Ne consegue che il detto regolamento è incompatibile con gli artt. 28 CE e 29 CE.

Sulla violazione dei regolamenti n. 881/1992 e n. 3118/1993

92. – Secondo la Commissione, il regolamento contestato viola anche gli artt. 1 e 3 del regolamento n. 881/1992, nonché gli artt. 1 e 6 del regolamento n. 3118/1993.

93. – Al riguardo, è sufficiente constatare che tanto nel ricorso o nella memoria di replica quanto in udienza, la Commissione si è astenuta dal dedurre argomenti specifici a sostegno di tale censura.

94. – Ne consegue che occorre respingere la detta censura.

95. – Alla luce di quanto precede, occorre dichiarare che la Repubblica d'Austria, vietando ai camion di più di 7,5 tonnellate, che trasportano determinate merci, di circolare su un tratto dell'autostrada A 12 nella valle dell'Inn, a seguito dell'adozione del regolamento contestato, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza degli artt. 28 CE e 29 CE.

Sulle spese

96. – 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 d'Austria, rimasta soccombente, va condannata alle spese. Ai sensi del n. 4 dello stesso articolo, gli Stati membri intervenuti nella causa a sostegno delle conclusioni della Commissione sopportano le proprie spese.

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

1) La Repubblica d'Austria, vietando ai camion di più di 7,5 tonnellate, che trasportano determinate merci, di circolare su un tratto dell'autostrada A 12 nella valle dell'Inn, a seguito dell'adozione del regolamento del Presidente del Land Tirolo 27 maggio 2003, che limita il trasporto sull'autostrada A 12 nella valle dell'Inn (divieto settoriale di circolazione) [*Verordnung des Landeshauptmanns von Tirol, mit der auf der A 12 Inntalautobahn verkehrsbeschränkende Maßnahmen erlassen werden (sektorales Fahrverbot)*], è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza degli artt. 28 CE e 29 CE.

2) Il ricorso è respinto per il resto.

3) La Repubblica d'Austria è condannata alle spese.

4) La Repubblica federale di Germania, la Repubblica italiana e il Regno dei Paesi Bassi sopportano le proprie spese».

Avvocatura Generale dello Stato – Corte di Giustizia delle Comunità Europee – Atto di intervento del Governo della Repubblica Italiana, nella causa C-320/03 – Commissione delle Comunità Europee c/ Repubblica d'Austria, promossa ai sensi dell'articolo 226 CE, e diretta a far dichiarare che con il divieto di trasportare talune merci con camion o semirimorchi aventi un peso totale superiore a 7,5 tonnellate su un troncone dell'autostrada A/12 della Valle dell'Inn (divieto di circolazione settoriale), introdotto con ordinanza 27 maggio 2003 n. 279 del Land del Tirolo, la Repubblica d'Austria è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza degli artt. 1 e 3 del regolamento (CEE) del Consiglio 26 marzo 1992, n. 881, degli artt. 1 e 6 del regolamento (CEE) del Consiglio 25 ottobre 1993, n. 3118 e degli articoli da 28 a 30 CE. (ct.28690/03, Avv. dello Stato G. De Bellis).

«1. – Con ordinanza 27 maggio 2003 n. 279, il Land del Tirolo ha introdotto, con decorrenza 1° agosto 2003 e a tempo indeterminato, il divieto assoluto di circolazione sull'Autostrada A12 della Valle dell'Inn, tra il Km 20,359 nel Comune di Kundl e il Km 66,780 nel Comune di Ampass, per autocarri con rimorchio e motrici con semirimorchi aventi una massa complessiva ammessa superiore alle 7,5 tonnellate, che trasportano le seguenti merci:
– tutti i rifiuti ricompresi nell'Indice rifiuti europeo (conforme alla Decisione della Commissione n. 2000/532/CE, nella versione 2001/573/CE); – cereali; – legno e sughero; – minerali di ferro e non di ferro; – pietre, terre e materiali di scavo; – autoveicoli e rimorchi; – acciaio da costruzioni.

2. – Nel provvedimento sono previste una serie di deroghe al divieto tra cui, la più rilevante, riguarda i trasporti che hanno il punto di partenza o di arrivo nella città di Innsbruck o nelle circoscrizioni di Kufstein, Schwaz e nella regione di Innsbruck.

3. – Ritenendo tale misura in contrasto con gli obblighi che derivano dagli articoli 1 e 3 del Reg. (CEE) n. 881/1992 del Consiglio, dagli articoli 1 e 6 del Reg. (CEE) n. 3118/1993 del Consiglio nonché dagli artt. 28 e 30 CE, la Commissione ha proposto il 23 luglio 2003 un ricorso alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee ai sensi dell'art. 226 CE.

4. – Il Governo italiano ha chiesto, ed ottenuto, di intervenire nella causa a sostegno della posizione della Commissione.

5. – L'interesse all'intervento deriva dal fatto che l'ordinanza del Tirolo danneggia gravemente tutti gli operatori economici italiani che utilizzano (con traffico sia bilaterale che di transito) il valico del Brennero, importante arteria di collegamento attraversata (dati del 2001) da circa 1.600.000 veicoli che trasportano merci, pari al 56% di tutti i veicoli commerciali che utilizzano i valichi tra l'Italia e l'Austria.

6. – Come già evidenziato nell'atto di intervento effettuato nella fase cautelare (causa C-320/03 R), tra le imprese italiane che vengono a subire danni per effetto dell'ordinanza vi sono in primo luogo quelle di trasporto, che hanno una dimensione prevalentemente medio-piccola (oltre l'80% di esse è dotata di un parco macchine inferiore alle 10 unità).

7. – Si tratta inoltre di aziende specializzate nel trasporto delle merci indicate nell'ordinanza che non sono in grado, se non in tempi lunghi, di riconvertire la propria attività verso tipologie merceologiche diverse.

8. – Anche altre attività economiche, oltre agli autotrasportatori, verrebbero a subire gravissimi danni.

9. – Sulla base dei dati della Confindustria relativi all'anno 2002, risulta che l'industria del legno, ad esempio, importa dall'Austria il 25,6% dei tronchi e il 57,8% dei segati.

10. – Il divieto di transito con i conseguenti maggiori oneri di trasporto, si rifletterebbe sui costi di tali imprese, che subirebbero inoltre la concorrenza delle aziende del Tirolo per le quali resta invece consentito il trasporto.

11. – Un altro settore pesantemente colpito è quello dei cereali. Il 49% delle importazioni di grano tenero dei paesi dell'U.E. proviene da Germania ed Austria ed il 90% del trasporto è su strada.

12. – Con il divieto di transito i sensibili aumenti dei costi si rifletterebbero sui prezzi dei prodotti importati in Italia, e conseguentemente su beni di largo consumo come il pane e la pasta. Si è calcolato un aumento di costi di trasporto del 30-40%. Le imprese maggiormente colpite sarebbero quelle delle regioni Lombardia, Trentino, Veneto e Friuli-Venezia Giulia.

13. – Ciò premesso, il Governo italiano condivide quanto affermato nel ricorso della Commissione e cioè che l'ordinanza del Tirolo si pone in contrasto con il principio di libera circolazione previsto dagli articoli da 28 a 30 CE e dalla legislazione derivata (articoli 1 e 3 del Reg. (CEE) n. 881/1992 del Consiglio, articoli 1 e 6 del Reg. (CEE) n. 3118/1993 del Consiglio).

14. – In particolare l'ordinanza viola il diritto di attraversare il territorio austriaco.

15. – L'attraversamento su strada dell'Austria per il trasporto di merci con veicoli aventi peso complessivo superiore a 7,5 t., si effettua tuttora con diritti di transito, detti ecopunti, la cui base giuridica è costituita dall'art. 11 del protocollo n. 9 dell'atto di adesione dell'Austria alla Comunità Europea, nonché dalla normativa comunitaria derivata (Reg. n. 3298/1994 del 21 dicembre 1994, come modificato dai Reg. n. 1524/1996 del 30 luglio 1996; n. 609/00 del 21 marzo 2000 e n. 2012/00 del 21 settembre 2000; da ultimo risulta emanato il Reg. (CE) n. 2337/2003 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 22 dicembre 2003 (1)).

(1) In *GUCE* 31 dicembre 2003 L 345/30 «che istituisce per il 2004 un sistema provvisorio di punti per gli automezzi pesanti che transitano attraverso l'Austria nell'ambito di una politica dei trasporti sostenibile».

16. – L'impresa che utilizza ecopunti può attraversare con propri veicoli pesanti il territorio austriaco, così come identica possibilità ha l'impresa che effettui una delle fattispecie di trasporto non soggette al versamento di ecopunti (come specificato nell'allegato C al Reg. 3298/1994).

17. – L'introduzione dei divieti settoriali in questione costituisce, quindi, una violazione del diritto di attraversamento del territorio austriaco riconosciuto alle imprese munite di ecopunti o aventi comunque titolo all'attraversamento in quanto effettuano trasporti liberalizzati.

18. – Il divieto di transito contrasta inoltre con il diritto all'esercizio del cabotaggio. I Reg. (CEE) n. 3118/1993 del Consiglio e (CE) n. 792/1994 della Commissione, che fissano, rispettivamente, le condizioni per l'ammissione di vettori non residenti ai trasporti nazionali di merci su strada in uno Stato membro e le modalità di applicazione del Reg. (CEE) n. 3118/1993 ai vettori che effettuano trasporti in conto proprio, riconoscono a tutti vettori muniti di licenza comunitaria il diritto di effettuare attività di cabotaggio nel trasporto su strada nell'ambito di un paese membro.

19. – Il divieto di transito limita questo diritto nella misura in cui incide sulla possibilità di utilizzare un itinerario di primaria importanza per l'esercizio del cabotaggio in Austria.

20. – L'ordinanza del Tirolo viola anche il diritto al trasporto infracomunitario di merci su strada.

21. – Il Reg. (CE) n. 881/1992 è applicabile a tutti i trasporti internazionali, che ai sensi del citato regolamento sono:

a) gli spostamenti dei veicoli i cui punti di partenza e di arrivo siano situati in due stati membri diversi, con o senza transito in uno o più stati membri o paesi terzi;

b) gli spostamenti dei veicoli da uno stato membro e verso un paese terzo e viceversa, con o senza transito in uno o più stati o paesi terzi;

c) gli spostamenti a vuoto relativi a tali trasporti.

22. – Ai sensi dell'art. 3, par. 1, di tale regolamento per effettuare i trasporti internazionali di cui sopra «è necessaria una licenza comunitaria».

23. – Il rilascio della licenza comunitaria da parte di uno Stato membro ad un'impresa in esso stabilita attesta che il trasportatore è ammesso al mercato dei trasporti su strada nelle relazioni di traffico fra tutti gli stati membri, nessuno escluso. Il divieto si pone in contrasto con tale diritto.

24. – Le misure adottate appaiono inoltre discriminatorie.

25. – Come evidenzia la Commissione al punto 29 del ricorso, dagli stessi dati austriaci risulta che il divieto verrebbe a colpire ogni giorno 610 camion stranieri e solo 130 austriaci, con una percentuale di incidenza dei primi di oltre l'82%.

26. – In conseguenza del divieto di transito le aziende di trasporto si troverebbero di fronte a due possibilità:

a) utilizzare la ferrovia;

b) scegliere itinerari alternativi.

27. – Dalla lettura delle osservazioni esplicative dell'ordinanza del Tirolo si evince come la scelta delle merci da vietare sia stata effettuata soprattutto in funzione dell'alternativa su ferrovia, considerata possibile.

28. – A tale riguardo occorre considerare che le soluzioni praticabili per ferrovia sono tre:

a) il trasporto con vagone;

b) il trasporto combinato senza autista;

c) l'autostrada viaggiante.

29. – La prima ipotesi non può di certo interessare le imprese di trasporto su gomma, ma solo le imprese «clienti», che dovrebbero necessariamente utilizzare i treni merci.

30. – Sono evidenti peraltro le difficoltà e gli oneri, anche per queste ultime, per il passaggio da un sistema di carico diretto della merce presso il mittente (e scarico presso il destinatario), ad un sistema di trasporto più complesso ed articolato (su gomma fino alla ferrovia e poi nuovamente dalle stazioni di destinazione fino al domicilio del destinatario).

31. – La seconda ipotesi appare impraticabile per le piccole e medie imprese (che, come si è detto, costituiscono la maggior parte delle aziende di autotrasporto), che non hanno una organizzazione tale da consentire il recupero del contenitore o del semirimorchio alla stazione di arrivo per poi effettuare la consegna al destinatario.

32. – Resta l'ultima ipotesi della cosiddetta «autostrada viaggiante», l'unica che sarebbe in astratto praticabile.

33. – Tuttavia essa risulta difficoltosa ed antieconomica a causa di numerosi inconvenienti da tra cui:

- a) l'esigenza di prenotare il viaggio con congruo anticipo;
- b) gli orari spesso non corrispondenti alle esigenze del trasporto;
- c) i frequenti ritardi e le soppressione di treni, con lunghe attese ai terminal ferroviari;
- d) l'eccessiva lentezza del mezzo;
- e) l'insufficienza del numero dei treni.

34. – Nelle sue difese la Repubblica d'Austria sostiene che vi sarebbe la possibilità tecnica ed economica di trasferire su ferrovia i veicoli interessati dal divieto.

35. – Tale affermazione non sembra corretta. Dal prospetto redatto dal GEIE – Gruppo Europeo di Interesse Economico per il tunnel di base del Brennero (All. I), risulta che nel 2001 sul tratto interessato dal divieto, vi è una saturazione della capacità di trasporto ferroviario di merci; si indica infatti nel 103% il grado di utilizzo della capacità.

36. – Proprio per incrementare tale capacità è stato sottoscritto tra i Ministeri dei Trasporti Tedesco, Italiano ed Austriaco, il piano d'azione Brennero 2005 (All. II), allo scopo di incrementare entro il 2005 il volume di trasporto su rotaia sull'Asse del Brennero, nella misura del 50% rispetto al 2001.

37. – In tale Piano si parla espressamente di «ostacoli infrastrutturali, rappresentati ad esempio dalle criticità in termini di capacità sulla linea e sui terminals più importanti del trasporto combinato Germania Italia». E ancora si fa riferimento alla «qualità non sempre soddisfacente delle prestazioni dell'esercizio ferroviario».

38. – Ma se questa è la situazione, non è pensabile introdurre in una ferrovia già saturata e con problemi di efficienza del servizio centinaia di nuovi veicoli da trasportare.

39. – In realtà gli effetti del divieto sarebbero quelli di peggiorare ulteriormente la qualità del servizio ferroviario che sarebbe nel contempo del tutto insufficiente a reggere l'urto di un incremento verticale della richiesta.

40. – Come già evidenziato nelle osservazioni svolte in sede cautelare, a ciò vi è da aggiungere il costo notevolmente più elevato del trasporto su rotaia. Basti pensare che il costo di un transito stradale per i veicoli Euro 1, 2, 3 sulla Diretrice Brennero-Monaco è di € 90 circa (dalle 5 alle 22), mentre il costo di un transito su autostrada viaggiante (ad esempio Wögl-Trento) è di € 238.

41. – Stante la sostanziale impraticabilità della soluzione ferroviaria per la gran parte dei trasportatori, non resterebbe a costoro che trovare strade alternative, diverse da quelle austriache prossime all'autostrada A12, in quanto colpite anch'esse da divieti per i mezzi pesanti (quali la B171 e la B179) oppure palesemente inadeguate a sostenere il traffico pesante.

42. – Le altre alternative sia ad ovest (tramite la Svizzera) che ad est (per Salisburgo--Linz-Val Pusteria) comportano però un notevole aumento del tragitto e dei tempi.

43. – L'attraversamento del territorio Svizzero per i veicoli oltre le 34 tonnellate è inoltre soggetto ad un regime di autorizzazioni contingentate nonché, per quel che riguarda il Tunnel del S. Gottardo, al sistema detto del «contagocce».

44. – Vi è pertanto il rischio da un lato che le autorizzazioni possano esaurirsi e dall'altro che vi sia un rallentamento nei tempi di ingresso.

45. – A ciò occorre aggiungere l'incidenza delle tasse sul traffico pesante che sono pari (per i veicoli Euro 2 e 3):

- a circa € 120 per il San Gottardo (diretrice Basilea-Chiasso);
- a circa € 140 per il San Bernardino (diretrice Lindau-Bassa Baviera);
- a circa € 120 per il Gran San Bernardo (diretrice Jura-Ain).

46. – A tale onere occorre anche aggiungere quello per il ritardo nelle consegne e la concreta possibilità di superamento dei tempi di guida, che farebbe scattare l'obbligo di arresto del veicolo per riposo del conducente (previsto dagli articoli 6 e 7 del Reg. (CEE) 20 dicembre 1985, n. 3820/1985), a meno di prevedere un secondo autista (con gli intuibili aumenti di spesa).

47. – L'ordinanza del Tirolo giustifica il divieto di transito con le esigenze di rispetto della normativa in tema di ambiente.

48. – Ma a tale riguardo non sembra che siano stati rispettati gli articoli 7 e 8 della direttiva 96/62/CE.

49. – L'articolo 7 prevede al paragrafo 3 che:

Gli Stati membri predispongono piani d'azione che indicano le misure da adottare a breve termine in casi di rischio di un superamento dei valori limite e/o delle soglie d'allarme, al fine di ridurre il rischio e limitarne la durata. Tali piani possono prevedere, a seconda dei casi, misure di controllo e, ove necessario, di sospensione delle attività, ivi compreso il traffico automobilistico, che contribuiscono al superamento dei valori limite.

50. – Si tratta all'evidenza di misure urgenti e temporanee, tra cui non può essere di certo ricompreso il divieto a tempo indeterminato disposto con l'ordinanza del Tirolo.

51. – L'articolo 8 al paragrafo 3 prevede che:

Nelle zone e negli agglomerati di cui al paragrafo 1, gli Stati membri adottano misure atte a garantire l'elaborazione o l'attuazione di un piano o di un programma che consenta di raggiungere il valore limite entro il periodo di tempo stabilito. Tale piano o programma, da rendere pubblico, deve riportare almeno le informazioni di cui all'allegato IV.

52. – Orbene, come evidenziato dalla Commissione al punto 52 del ricorso, l'ordinanza non contiene tutte le indicazioni previste dall'allegato IV ed in particolare quelle dai punti 7 e 10.

53. – Ma vi sono ulteriori elementi che dimostrano il mancato rispetto delle direttive suddette.

54. – Ad una risposta di chiarimenti circa il divieto di transito introdotto formulata dal Console generale d'Italia di Innsbruck, l'ufficio del Governatore del Tirolo ha risposto con la nota 22 luglio 2003 (All. IV che si deposita con traduzione non ufficiale), dal cui contenuto risulta che:

a) le centraline di rilevamento nell'Unterinntal tirolese che hanno rilevato il superamento dei valori massimi di emissione si trovano nelle località Hall, Innsbruck e Vomp;

b) solo per quest'ultima postazione il superamento è da attribuirsi al traffico autostradale;

c) la centralina di Vomp è posta in un'Area di servizio dell'autostrada.

55. – Orbene, la collocazione della centralina di Vomp non sembra rispettare i criteri previsti nell'allegato 6 punto 1 della direttiva 1999/30/CE in quanto il rilevamento appare riferito ad un microambiente eccessivamente ridotto. La norma prevede infatti che nei rilevamenti a tutela della salute umana «I punti di campionamento dovrebbero in generale essere situati in modo da evitare misurazioni di microambienti molto ridotti nelle loro immediate vicinanze».

56. – Addirittura il punto b) della stessa disposizione prevede che per i rilevamenti a protezione degli ecosistemi e della vegetazione (alla cui tutela è pure diretta l'ordinanza del Tirolo) «I punti di campionamento concernenti la protezione degli ecosistemi o della vegetazione dovrebbero essere situati a più di 20 km dagli agglomerati o a più di 5 km da altre aree edificate o impianti industriali o autostrade».

57. – Inoltre dal contenuto della citata risposta del 22 luglio 2003 non sembra emergere che il superamento del limite di emissione sia avvenuto per almeno 18 volte in un anno civile, come impone l'allegato II, paragrafo I, alla direttiva 1999/30/CE.

58. – Ma al di là di tutto, si pone indubbiamente un problema di equilibrio tra il diritto alla libera circolazione delle merci e il diritto alla tutela dell'ambiente e della salute, entrambi tutelati in sede comunitaria.

59. – A tale riguardo si ritiene che utili indicazioni si possano rinvenire nella recente sentenza della Corte del 12 giugno 2003 emessa nella causa C-112/00 (Eurogen Schmidberger contro Repubblica D'Austria) che presenta alcuni aspetti analoghi alla presente causa.

60. – In quel giudizio, a seguito di domanda pregiudiziale ex art. 234 CE, la Corte era chiamata a valutare la compatibilità con il principio di libera circolazione delle merci, del

comportamento delle autorità austriache le quali avevano autorizzato una manifestazione con finalità di tutela ambientale che aveva comportato il blocco totale dell'autostrada del Brennero per quasi 30 ore.

61. – Orbene, nel valutare l'esistenza di violazioni alla libera circolazione delle merci, la Corte (punti da 51 a 56) ha affermato quanto segue:

«Sull'esistenza di un ostacolo alla libera circolazione delle merci

51. A tal proposito si deve ricordare innanzi tutto che la libera circolazione delle merci costituisce uno dei principi fondamentali della Comunità.

52. Così, l'art. 3 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 3 CE), inserito nella prima parte dello stesso, dal titolo «Principi», dispone, alla lett. c), che, ai fini enunciati dall'art. 2 del Trattato stesso, l'azione della Comunità comporta un mercato interno caratterizzato dall'eliminazione, fra gli Stati membri, degli ostacoli, in particolare, alla libera circolazione delle merci.

53. L'art. 7 A del Trattato CE (divenuto in seguito a modifica, art. 14 CE) prevede, al suo secondo comma, che il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne nel quale è garantita la libera circolazione delle merci, secondo le disposizioni del detto Trattato.

54. Tale principio fondamentale è attuato segnatamente dagli artt. 30 e 34 del Trattato.

55. In particolare, l'art. 30 stabilisce che sono vietate fra gli Stati membri le restrizioni quantitative all'importazione nonché qualsiasi misura di effetto equivalente. Del pari, l'art. 34 vieta tra questi ultimi le restrizioni quantitative all'esportazione e qualsiasi misura di effetto equivalente.

56. Risulta da giurisprudenza costante, a partire della sentenza 11 luglio 1974, causa 8/1974, Dassonville (*Racc.* pag. 837, punto 5), che tali disposizioni, inserite nel loro contesto, devono essere intese nel senso che esse mirano ad eliminare qualsiasi ostacolo, diretto o indiretto, attuale o in potenza, alle correnti di scambi nel commercio intracomunitario (v., in tal senso, sentenza 9 dicembre 1997, causa C-265/1995, Commissione/Francia, *Racc.* pag. I-6959, punto 29).».

62. – Si legge ancora nella sentenza:

«60. Considerato il ruolo fondamentale attribuito alla libera circolazione delle merci nel sistema comunitario e, in particolare, al fine di permettere il buon funzionamento del mercato interno, l'obbligo di ciascuno Stato membro di garantire la libera circolazione dei prodotti sul suo territorio adottando le misure necessarie ed appropriate per eliminare qualsiasi ostacolo derivante da atti di privati si impone senza doversi distinguere se simili atti compromettano i flussi di importazione o di esportazione, ovvero il semplice transito delle merci.

61.

62. Ne discende che, quando in una situazione quale quella di cui alla causa principale le competenti autorità nazionali si devono confrontare con ostacoli all'effettivo esercizio di una libertà fondamentale sancita dal Trattato, quale la libera circolazione delle merci, derivanti da azioni condotte da soggetti privati, esse sono tenute ad adottare i provvedimenti adeguati al fine di garantire tale libertà nello Stato membro interessato, anche se, come nella causa principale, tali merci sono semplicemente in transito attraverso l'Austria per essere trasportate in Italia o in Germania.

63. Va aggiunto che tale obbligo degli Stati membri è ancor più essenziale quando si tratta di un asse stradale di primaria importanza, quale l'autostrada del Brennero, che rappresenta una delle principali vie di comunicazione terrestri per gli scambi tra l'Europa settentrionale ed il nord dell'Italia.

64. Risulta da quanto precede che il fatto che le autorità competenti di uno Stato membro non abbiano vietato una manifestazione che ha comportato il blocco totale, per quasi 30 ore ininterrotte, di una via di comunicazione importante, quale l'autostrada del Brennero, è tale da limitare il commercio intracomunitario delle merci e deve pertanto essere considerato una misura di effetto equivalente a restrizioni quantitative, incompatibile in linea di principio con gli obblighi del diritto comunitario risultanti dagli artt. 30 e 34 del Trattato, letti in combinato disposto con l'art. 5 dello stesso, a meno che tale mancato divieto possa risultare obiettivamente giustificato. (2)».

(2) Il corsivo è aggiunto.

63. – Ed in ordine alla richiesta del giudice del rinvio se una manifestazione con finalità di tutela dell'ambiente e della salute pubblica potesse costituire una giustificazione idonea, la Corte ha precisato (per quanto in questa sede interessa), che «la tutela dell'ambiente e della sanità pubblica, segnatamente in tale regione, può, a talune condizioni, rappresentare un legittimo obiettivo di interesse generale tale da giustificare una limitazione alle libertà fondamentali garantite dal Trattato, tra cui la libera circolazione delle merci».

64. – La Corte è infine pervenuta ad una pronuncia di compatibilità della oggettiva restrizione imposta agli scambi intracomunitari con gli articoli 28 e 30 CE in quanto la riunione che l'aveva provocata, per le modalità con le quali era stata organizzata e si era svolta, costituiva espressione dei diritti fondamentali alla libertà di espressione e alla libertà di riunione.

65. – Anche nel caso in esame siamo in presenza di una oggettiva limitazione del principio di libera circolazione delle merci, a giustificazione del quale il Governo austriaco richiama l'esigenza di tutela dell'ambiente e della salute pubblica.

66. – Sono allora applicabili in questa sede i seguenti principi affermati nella citata sentenza 12 giugno 2003 (punti 78 e 81):

«78. A tal proposito si deve osservare che, da un lato, la libera circolazione delle merci rappresenta certamente uno dei principi fondamentali nel sistema del Trattato; tuttavia, a talune condizioni, essa può subire restrizioni per le ragioni di cui all'art. 36 del Trattato stesso, oppure per i motivi imperativi di interesse generale riconosciuti ai sensi di una costante giurisprudenza della Corte a partire dalla sentenza 20 febbraio 1979, causa 120/1978, *Rewe-Zentral*, detta «Cassis de Dijon» (*Racc.* pag. 649).

.....
81. In tali circostanze, deve effettuarsi un bilanciamento tra gli interessi di cui si tratta e deve accertarsi, con riferimento a tutte le circostanze di ciascuna fattispecie, se sia stato osservato un giusto equilibrio tra tali interessi.».

67. – Nella presente causa si dovrà pertanto verificare se il divieto di circolazione a tempo indeterminato adottato dal Tirolo sia proporzionato con riferimento all'obiettivo di tutelare l'ambiente e la salute pubblica, tenuto conto della limitazione che si impone alla libertà di circolazione delle merci.

68. – Orbene, dalla lettura dell'ordinanza e dalle relative note esplicative, risulta che lo scopo del provvedimento è quello di ridurre del 10% il traffico pesante con i conseguenti riflessi sulla percentuale di biossido di azoto nell'aria.

69. – Dall'allegato documento del Ministero dei Trasporti austriaco (All. III), risulta che nel 2001 il 72% dei trasporti in Austria era locale, il 17% Import/Export e solo l'11% di transito. L'ordinanza del Tirolo verrebbe ad incidere nelle sue intenzioni, su questo 11% riducendolo del 10% e quindi dell'1,1% totale), senza incidere in alcun modo sul traffico locale, nonostante sia molto più inquinante perché non soggetto al sistema degli ecopunti.

70. – Sotto tale profilo il divieto di transito appare pertanto inadeguato e sproporzionato, anche perché non tiene conto che nello stesso tratto dell'A/12 è stato prorogato al 31 dicembre 2003 il divieto di circolazione notturno introdotto nell'ottobre 2002, i cui effetti perciò si sarebbero potuti conoscere solo a fine 2003.

71. – Inoltre, come ha rilevato la Commissione nel ricorso, erano ipotizzabili misure alternative non discriminatorie che tenessero più logicamente conto del diverso grado di inquinamento dei veicoli.

72. – Il divieto di transito colpisce invece indiscriminatamente tutti i veicoli che trasportano le merci ivi indicate, indipendentemente dal livello di emissioni di ciascun mezzo, penalizzando in modo ingiustificato veicoli con basse emissioni (quali sono per la gran parte quelli di transito con ecopunti) e consentendo invece il transito ai mezzi locali, in genere più inquinanti.

73. – La Repubblica Austriaca al riguardo sembra contestare la circostanza che con il meccanismo degli ecopunti si sia già ottenuto una riduzione delle emissioni, richiamando degli studi che avrebbero dimostrato la inattendibilità della classificazione dei veicoli (sulla base delle rispettive emissioni) in Euro 1, Euro 2 ecc..

74. – Ma a tale riguardo non si può che evidenziare come il sistema suddetto è quello preso a base dal legislatore comunitario per cui, al di là della correttezza delle rilevazioni tecniche richiamate dal Governo austriaco, non appare possibile contestarne la validità fino a che anche il legislatore non ne prenda atto.

75. – Per i suesposti motivi il Governo italiano chiede l'accoglimento delle conclusioni formulate dalla Commissione.

Roma, 16 gennaio 2004 – Avvocato dello Stato Gianni De Bellis».

I GIUDIZI IN CORSO ALLA CORTE DI GIUSTIZIA CE

Causa C-1/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Ricongiungimento familiare di lavoratori extracomunitari con permesso di soggiorno e/o dell'UE
– Ordinanza della *Utlänningsnämnd* (Svezia), depositata il 4 gennaio 2005 (cs. 19026/05, avv. dello Stato M. Massella Ducci Teri).

IL FATTO

Dopo aver ottenuto dall'Ambasciata svedese in Pechino un visto valido fino al 21 agosto 2003, una cittadina di Stato terzo ha presentato all'Autorità svedese per l'immigrazione una domanda di permesso di soggiorno, invocando il vincolo di parentela con un figlio sposato con cittadina tedesca. Il figlio e la di lui moglie hanno un permesso di soggiorno in Svezia motivato dall'attività di lavoratrice autonoma svolta dalla moglie. Non ritenendosi provato il vincolo di dipendenza economica, la richiesta è stata respinta.

I QUESITI

1 a. – Se, alla luce della sentenza nella causa C-109/01, l'art. 10 del regolamento (CEE) n. 1612/68 debba essere interpretato nel senso che il cittadino di uno Stato terzo che è parente di un lavoratore dipendente nel modo ivi previsto, debba soggiornare legalmente nella Comunità per poter avere diritto di risiedervi insieme al lavoratore dipendente e se, analogamente, l'art. 1 della direttiva 73/148/CEE debba interpretarsi nel senso che il diritto di residenza di un cittadino di uno Stato terzo, parente del cittadino dell'Unione europea, presuppone che il cittadino di uno Stato terzo soggiorni legalmente nella Comunità.

1 b. – Qualora la direttiva 73/148/CEE debba essere interpretata nel senso che la condizione perché un cittadino di uno Stato terzo, parente di un cittadino dell'Unione europea, possa rivendicare il diritto di soggiorno secondo la direttiva è che egli soggiorni legalmente nella Comunità, se ciò sia tale da implicare che tale persona deve essere titolare di un permesso di soggiorno valido, che le consente o può consentirle di soggiornare in uno degli Stati membri. In mancanza di un permesso di soggiorno, se sia sufficiente un'autorizzazione al soggiorno emessa per altre ragioni, per una permanenza più o meno lunga oppure se, come nella causa attualmente pendente dinanzi all'*Utlänningsnämnd*, sia sufficiente che la persona che richiede il permesso di soggiorno sia in possesso di un visto valido.

1 c. – Qualora il cittadino di uno Stato terzo, parente di un cittadino dell'Unione europea, non possa rivendicare un diritto di soggiorno ai sensi della direttiva 73/148/CEE, poiché non soggiorna legalmente nella Comunità, se il rifiuto di concedergli il permesso di soggiorno limiti il diritto di stabilimento del cittadino dell'Unione previsto dall'art. 43 del Trattato di Roma.

1 d. – Qualora il cittadino di uno Stato terzo, parente di un cittadino dell'Unione europea, non possa rivendicare un diritto di soggiorno ai sensi della direttiva 73/148/CEE, poiché non soggiorna legalmente nella Comunità, se la sua espulsione dal paese, dovuta al fatto che la richiesta di permesso di soggiorno nazionale non può essere accolta dopo il suo ingresso in Svezia, limiti il diritto di stabilimento di un cittadino dell'Unione, previsto dall'art. 43 del Trattato di Roma.

2 a. – Se l'art. 1, lett. d), della direttiva 73/148/CEE debba essere interpretato nel senso che «essere a carico» significa che il parente del cittadino dell'Unione europea dipende economicamente da quest'ultimo per poter raggiungere un livello minimo di sussistenza accettabile nel suo Stato di origine oppure nello Stato in cui risiede permanentemente.

2 b. – Se l'art. 6, lett. b), della direttiva 73/148/CEE debba essere interpretato nel senso che gli Stati membri possono esigere dal parente di un cittadino, o del suo coniuge, che presenti, oltre ad un impegno da parte del cittadino dell'Unione, documenti comprovanti l'esistenza di un'effettiva situazione di dipendenza.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

Il Governo Italiano ha ritenuto che non sussistesse un interesse concreto ad intervenire nel giudizio in esame.

Causa C-14/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Punto 3 dell'allegato del regolamento CEE n. 442/2000 – Tariffa doganale comune – Ordinanza del *Gerechtshof te Amsterdam* (Paesi Bassi) notificata il 16 marzo 2005 (cs. 20466/05, avv. dello Stato G. Albenzio).

IL FATTO

Una società di diritto americano con sede in Minneapolis (U.S.A.) ha presentato dinanzi alla sezione doganale del *Gerechtshof* di Amsterdam un ricorso contro la pronuncia del capo dell'ufficio imposizioni della dogana di Rotterdam del 25 marzo 2003, con cui veniva respinto il reclamo della ricorrente contro l'informazione tariffaria vincolante ad essa rilasciata il 7 febbraio 2003.

I QUESITI

1. – Se il punto 3 dell'allegato del regolamento Ce n. 442/2000 vada interpretato nel senso che tale punto riguarda anche la merce descritta nel paragrafo relativo ai fatti.

2. – In caso affermativo, se il regolamento sia valido su tale punto.

3. – Qualora il regolamento non sia valido o non si riferisca alla merce di cui è causa, se la TDC possa essere interpretata nel senso che questa merce debba essere classificata come «oggetti per feste» alla voce 9505 90 00.

Causa C-15/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Regolamento CE della Commissione 23 novembre 1998 n. 2518 – Tariffa doganale comune – Ordinanza del *Gerechtshof te Amsterdam* (Paesi Bassi), notificata il 16 marzo 2005 (cs. 20474/05, avv. dello Stato G. Albenzio).

IL FATTO

L'interessata ha presentato all'*Hoofd van de Belastingdienst/Douane district Rotterdam* (capo dell'ufficio imposte – distretto doganale di Rotterdam – l'Ispettore) otto moduli di richiesta per informazioni tariffarie vincolanti per diversi tipi di veicoli, indicati tutti come «*Kawasaki All Terrain Vehicle*». Nei moduli di richiesta l'interessata aveva menzionato per ciascuno dei veicoli la classificazione secondo la tariffa doganale comune (TDC) da essa proposta. L'Ispettore ha rilasciato otto informazioni tariffarie vincolanti, nelle quali tutti i tipi di veicolo – diversamente da quanto proposto dall'interessata – sono classificati alla voce 8703 21 10 della TDC. Oggetto della controversia è a quale voce debbano essere classificati i diversi veicoli.

I QUESITI

1. – Se il regolamento CE della Commissione 23 novembre 1998, n. 2518, relativo alla classificazione di talune merci nella nomenclatura combinata (*Gazzetta Ufficiale* L 315, pag. 3), sia valido, nella parte in cui i veicoli a quattro ruote *all terrain* nuovi, sono classificati come un veicolo costruito per il trasporto di persone ai sensi della voce 8703 21 della TDC (tariffa doganale comune).

2. – Qualora il regolamento non fosse valido, se la TDC può essere interpretata nel senso che i beni controversi possono essere classificati in una delle sottovoci 8701 90 della TDC.

Causa C-16/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Art. 41, n. 1, del protocollo addizionale allegato all'Accordo di associazione CEE – Turchia del 23 novembre 1970 – Diritto di soggiorno dei cittadini turchi – Ordinanza della *House of Lords* (Regno Unito), notificata il 16 marzo 2005 (cs. 20545/05, avv. dello Stato M. Massella D.T.).

IL FATTO

L'interessato ha chiesto il permesso di ingresso nel Regno Unito allo scopo di mettersi in affari. Egli ha fatto riferimento alle disposizioni dell'Accordo di associazione e del Protocollo addizionale, ed ha chiesto che la sua domanda venisse esaminata con riferimento alle norme sull'immigrazione che erano applicabili il 1° gennaio 1973. L'interessato intende avviare un'impresa di pulizie nel nord di Londra.

IL QUESITO

Se l'art. 41, n. 1, del Protocollo addizionale allegato all'accordo di associazione firmato a Bruxelles il 23 novembre 1970 debba essere interpretato nel senso che vieta ad uno Stato membro di introdurre nuove restrizioni,

rispetto alla data in cui detto protocollo è entrato in vigore in tale Stato membro, in ordine alle condizioni ed alla procedura per l'ingresso nel suo territorio di un cittadino turco che chiede di mettersi in affari nello Stato membro in questione.

Causa C-20/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Diritto d'autore – Conformità al diritto comunitario dei contrassegni S.I.A.E., obbligatori ai sensi dell'art. 171-ter, comma 1, lett. c), R.D. n. 633/1941 – Art. 3 Trattato CE, Dir. 83/189/CEE sui contrassegni e Dir. 92/100/CE sul diritto d'autore – Ordinanza del Tribunale di Forlì, emessa il 21 gennaio 2005 (cs. 32857/05, avv. dello Stato M. Massella Ducci Teri).

IL FATTO

La questione pregiudiziale in epigrafe stigmatizzata trae origine dal procedimento penale dinanzi al Tribunale di Forlì nel quale il Sig. S. è imputato del reato di cui all'art. 171-ter comma 1 lett. c) della legge n. 633/1941, poiché, in qualità di legale rappresentante della Società K. S.r.l., deteneva e commercializzava presso i magazzini dell'impresa n. 1873 CD contenenti le opere del Maestro De Chirico e n. 308 CD contenenti le opere del Maestro Schifano, tutti privi del contrassegno S.I.A.E.

La normativa italiana che disciplina la materia del diritto d'autore è il R.D. n. 633/1941 che ha subito nel tempo importanti modifiche. Tra le più rilevanti si rileva l'introduzione del sopra richiamato art. 171-ter comma 1 lett. c) ad opera del decreto legislativo n. 685 del 1994, norma di attuazione della direttiva comunitaria 92/100. Con tale articolo il Legislatore puniva con la reclusione da tre mesi a tre anni e con la multa da Lire 500.000 a lire 6 milioni, numerose condotte ed in particolare la condotta di chi, pur non avendo concorso alla duplicazione o riproduzione, pone in commercio, cede in noleggio e comunque in uso a qualunque titolo, a fine di lucro, detiene per gli usi anzidetti ...: videocassette, musicassette di opere cinematografiche o audiovisive o sequenze di immagini od altro supporto contenente fonogrammi in movimento, non contrassegnati dalla S.I.A.E.

Una novella importante è introdotta con la legge n. 248/2000 che con il suo art. 10 ha introdotto un nuovo art. 181-bis stabilendo una disciplina specifica sul contrassegno S.I.A.E. ribadendone l'obbligo di apposizione agli effetti di cui all'art. 171-bis e ter e novellando nello specifico l'art. 171-ter comma 1 nel seguente modo: «... è punito con la pena della reclusione chiunque a fini di lucro detiene per la vendita o la distribuzione, pone in commercio, vende o noleggia, cede a qualsiasi titolo, proietta in pubblico, trasmette a mezzo radio o televisione con qualsiasi procedimento, videocassette, musicassette o qualsiasi supporto contenente fonogrammi o videogrammi di opere musicali, cinematografiche o audiovisive o sequenze di immagini in movimento, od altro supporto per il quale è prescritta, ai sensi della presente legge, l'apposizione di contrassegno da parte della S.I.A.E., privi del contrassegno medesimo o dotati di contrassegno contraffatto o alterato ...».

I QUESITI

Nell'ambito della propria difesa l'imputato ha posto l'istanza di domanda pregiudiziale che il Tribunale di Forlì accoglieva pedissequamente formulando i seguenti quesiti:

1. – la direttiva del Consiglio 92/100/CEE del 19 novembre 1992 concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto d'autore in materia di proprietà intellettuale, nonché l'art. 3 del Trattato con riferimento al divieto imposto agli Stati membri di imporre «dazi doganali» e «restrizioni quantitative all'entrata e all'uscita delle merci» e «tutte le altre misure di effetto equivalente» nonché gli artt. 23-27 del Trattato CE. Al fine di verificare se l'apposizione del contrassegno S.I.A.E. debba intendersi come misura di effetto equivalente ai sensi del sopraddetto Trattato;

2. – la direttiva del Consiglio 83/189/CEE del 28 marzo 1983, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche, così come modificata dalla direttiva del Consiglio 88/182/CEE del 22 marzo 1998, al fine di verificare se l'apposizione di un contrassegno S.I.A.E. rientri nella previsione sopraindicata.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

Il Governo italiano ha presentato le seguenti osservazioni.

«... Si rileva preliminarmente che la peculiarità della forma del provvedimento di rinvio non consente di cogliere l'esatta portata dei quesiti sottoposti alla Corte di Giustizia e la loro specifica rilevanza sul giudizio pendente avanti il giudice nazionale.

Il Governo italiano ritiene opportuno, comunque, richiamare l'attenzione sulla circostanza che le questioni sollevate potrebbero essere irrilevanti rispetto alla soluzione del giudizio pendente avanti il Tribunale di Forlì.

Il disposto dell'art. 171-ter, della legge 22 aprile 1941, n. 633, sia nella formulazione attualmente in vigore che in quella vigente all'epoca in cui i fatti vennero contestati al Sig. S., esclude dall'obbligo di vidimazione (c.d. bollinatura) i CD contenenti opere di arte figurative.

La norma di legge richiamata fa, infatti, riferimento a "... supporto contenente fonogrammi o videogrammi di opere musicali, cinematografiche o audiovisive o sequenze di immagini in movimento" e in considerazione della sua natura penale essa è di stretta interpretazione e la sua applicazione non può essere estesa in via analogica.

I fatti contestati nel caso di specie, pertanto, possono avere rilevanza penale solo ove sia accertata l'illiceità della riproduzione delle opere dei pittori De Chirico e Schifano, in assenza delle necessarie autorizzazioni.

Il Governo italiano intende, infine, formulare alcune brevi osservazioni sulle censure mosse alla normativa italiana dalla difesa del Sig. S., implicitamente ed acriticamente accolte dal Tribunale di Forlì nel suo provvedimento di rinvio.

Le argomentazioni della parte privata si basano sul seguente sillogismo: la marchiatura e/o etichettatura di merci è regolamentata dalla Direttiva

n. 83/189; i supporti fono-videografici rientrano nel concetto di merce, così come elaborato dalla Corte di Giustizia; i predetti supporti devono dunque essere sottoposti alla suindicata disciplina.

Di conseguenza, l'art. 171-ter, lett. c) della legge n. 633/41, salvo ogni ulteriore giudizio in merito alla violazione del principio di libera circolazione delle merci, contravverrebbe comunque all'obbligo della procedura di comunicazione prevista dalle menzionate direttive n. 83/189 e n. 88/182.

A ben vedere tali argomentazioni offrono un'erronea interpretazione delle norme disciplinanti le opere dell'ingegno, con conseguente stravolgimento dei principi in materia di disciplina delle fonti normative del diritto.

I supporti contenenti le opere dell'ingegno non possono essere parificati ad un qualsiasi altro bene commerciabile all'interno della Comunità.

Si rileva infatti, tra l'altro, che, a differenza di un qualsiasi bene oggetto di diritti reali, rispetto al quale il vecchio proprietario non ha più alcuna signoria dopo il relativo trasferimento, mentre può farne ciò che vuole il nuovo proprietario – i supporti sui quali sono incorporate opere dell'ingegno partecipano del regime delle stesse, di talché la loro utilizzabilità è comunque limitata dalle varie facoltà esercitabili dal titolare delle opere riprodotte, qualunque trasferimento subiscono i supporti medesimi.

Emblematica in tal senso la disciplina del principio di esaurimento in relazione alla facoltà di noleggio delle opere, di cui ampiamente alla Direttiva 92/100 del 19 novembre 1992.

Il contrassegno o bollino S.I.A.E. non è qualificabile ad una qualunque marchiatura secondo regole tecniche, ai sensi della Direttiva 83/189, dal momento che lo stesso individua essenzialmente le caratteristiche dell'opera dell'ingegno riprodotta senza caratterizzare il supporto.

Non rileva nel caso di specie la mancata previsione, all'interno della Direttiva 92/100, dell'obbligo di vidimazione dei supporti.

Caratteristica essenziale delle suddette fonti normative è infatti la disciplina dei principi cui deve uniformarsi lo Stato destinatario.

In base all'art. 245 del Trattato Ce, la Direttiva “vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli Organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi”.

Poiché è indubitabile che la ratio delle Direttive emanate in materia di diritto d'autore, è stata sempre costituita dalla volontà di uniformare la disciplina di settore vigente negli Stati membri, contestualmente alla volontà di rafforzare le difese del diritto d'autore, l'obbligatoria apposizione del contrassegno S.I.A.E. – quale strumento di controllo della legittimità dei supporti e delle opere dell'ingegno in essi incorporate – rientra in pieno in tale logica normativa, costituendo uno strumento necessario per assicurare una più adeguata ed efficace tutela delle facoltà riconosciute agli autori.

La vidimazione obbligatoria dei supporti contenenti “suoni, voci o immagini in movimento” non costituisce un ostacolo alla libera circolazione di tale particolare tipo di merci, considerato in particolare il dettato dell'art. 36 del Trattato CE.

Tale disposizione infatti consente, come noto, “divieti e restrizioni giustificati da motivi ... di tutela della proprietà industriale e commerciale”, giustificando oltre tutto in tale materia un regime c.d. speciale.

Considerato che l’obbligo di contrassegno riguarda ogni supporto veicolato all’interno dell’Italia, a prescindere da valutazioni circa lo Stato di provenienza, nessuna discriminazione arbitraria né restrizione dissimulata al commercio può essere eccepita.

Infine, deve rammentarsi che la marchiatura e/o contrassegnatura di beni non è mai stata di per sé ritenuta illegittima, ove sia suffragabile sulla base di principi generalissimi ovvero normative speciali dettate da interessi pubblici di particolare pregnanza e purché non siano accettabili forme di abusiva discriminazione dei prodotti stessi.

Per queste ragioni, il Governo italiano propone alla Corte di respingere o comunque di rispondere negativamente ai quesiti che le sono stati posti dal Tribunale di Forlì.

Avv. dello Stato M. Massella Ducci Teri».

Causa C-27/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Dichiarazione di origine comunitaria del prodotto – Ordinanza del *Finanzgericht Hamburg* (Germania) notificata il 16 marzo 2005 (cs. 20509/05, avv. dello Stato G. Albenzio).

IL FATTO

La ricorrente dichiarava allo *Hauptzollamt* di Munster – *Zollamt Coesfeld* – carne bovina congelata e richiedeva la concessione di una restituzione all’esportazione, restituzione che lo *Hauptzollamt* negava sulla base del rilievo che le merci esportate non erano di qualità sana, leale e mercantile ai sensi dell’art. 21, n. 1 del regolamento n. 800/1999; l’Istituto di collaudo tecnico doganale infatti, nella analisi relative ai quantitativi di merci dichiarati avrebbe accertato evidenti segni di putrefazione da congelamento.

Con decisione del 20 marzo 2001 lo *Hauptzollamt* resistente, richiamandosi all’art. 51, n. 1, lett. a) del regolamento n. 800/1999, infliggeva inoltre alla ricorrente una sanzione sulla base del rilievo che essa avrebbe richiesto una restituzione superiore a quella spettante.

Rimasta senza esito l’opposizione avverso il provvedimento, la ricorrente proponeva tempestivamente ricorso dinanzi a questo Collegio.

Nel corso del procedimento contenzioso lo *Hauptzollamt* resistente deduceva, a titolo integrativo, che alla domanda di restituzione proposta dalla ricorrente ostava anche la circostanza che quest’ultima non avesse provato l’origine comunitaria delle merci che danno luogo alla restituzione all’esportazione.

IL QUESITO

Se la dichiarazione di origine comunitaria del prodotto che dà luogo a restituzione all’esportazione, contenuta nella dichiarazione di esportazione, sia ricompresa tra i dati muniti di sanzione ai sensi dell’art. 51, n. 2, del regolamento CE n. 800/1999, nel combinato disposto con l’art. 5, n. 4, del regolamento medesimo.

Causa C-40/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Esame delle qualifiche di un candidato per l'ammissione ad una formazione per insegnanti – Requisito dell'assunzione presso una scuola svedese – Violazione dell'art. 12 CE – Ordinanza dell' *Overklagandenamnden for Hogskolan* (Svezia), notificata in data 30 marzo 2005 (cs. 22417/05, avv. dello Stato M. Massella Ducci Teri).

IL FATTO

Un cittadino svedese ha presentato candidatura all'università di Umea per poter conseguire, nel semestre autunnale 2004, un corso di formazione a seguito dell'attuazione del progetto pilota di formazione speciale degli insegnanti introdotto con legge finanziaria per l'anno 2002. Nel suo atto di candidatura, il cittadino svedese ha indicato che durante il periodo di formazione, 2004-2006, egli sarebbe stato assunto come insegnante in un liceo di lingua svedese in Finlandia. L'Università ha deciso che egli non aveva provato i suoi requisiti di ammissibilità alla formazione in quanto non aveva un impiego in una scuola svedese. L'effetto di tale decisione è che non può essere ammesso al corso. Il requisito di un impiego in una scuola svedese è stato introdotto dall'università in base ad un'interpretazione del regolamento del programma speciale di formazione per insegnanti e, in particolare, di quanto disposto al § 3 di quest'ultimo. Il cittadino svedese ha proposto reclamo contro la decisione dell'università dinanzi all'*Overklagandenamnden for Hogskolan*, chiedendo di essere dichiarato abilitato a iscriversi alla formazione di cui si tratta.

I QUESITI

1. – Se il diritto comunitario e, in particolare, l'art. 12 CE, osti a che, nell'esame delle qualifiche di un candidato per l'ammissione ad una formazione per insegnanti diretta a rispondere a breve termine alla necessità di insegnanti qualificati in Svezia, si richieda il requisito dell'assunzione presso una scuola svedese. Se tale requisito possa considerarsi giustificato e proporzionale.

2. – Se nel rispondere alla questione *sub. 1*, sia rilevante il fatto che il candidato alla formazione il quale è assunto in una scuola in uno Stato membro diverso dalla Svezia, sia cittadino svedese o cittadino di un altro Stato membro.

3. – Se nel rispondere alla questione *sub. 1*, sia rilevante il fatto che la formazione per insegnanti sia istituita per un periodo limitato nel tempo o invece si tratti di una formazione a carattere più duraturo.

Causa C-48/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Tutela dei marchi di impresa – Articolo 5, n. 1, lett. a) e 6, n. 1, lett. b), della Direttiva 21 dicembre 1988 89/104/CEE – Ordinanza della *Landgericht Nurnberg-Furth* (Germania), notificata il 30 marzo 2005 (cs. 20572/05, avv. dello Stato M. Massella Ducci Teri).

IL FATTO

La ricorrente, la Adam Opel AG, è una delle maggiori e più conosciute imprese dell'industria automobilistica tedesca e europea. Essa utilizza da molti anni il cosiddetto «Opel Blitz» come logo dell'impresa ed è titolare del marchio figurativo tedesco n. 1157264. Il marchio è stato registrato, tra

l'altro, anche per i modellini giocattolo di automobili concedendo licenza per l'uso dello stesso per tali modellini e offrendo modelli corrispondenti anche tramite la sua linea di accessori. La convenuta produce, tra l'altro, modellini di automobili telecomandate; tra tali modelli ve ne è anche uno dell'Opel Astra V8 Coupè, su cui è apposto non solo il marchio della convenuta, ma, sulla calandra, anche il marchio tutelato, così come nell'originale della Adam Opel AG. Quest'ultima ritiene che l'uso del suo logo Opel- Blitz sui modellini giocattolo di automobile prodotti e venduti dalla convenuta costituisca una violazione dei suoi diritti di marchio. Il suo marchio verrebbe usato come marchio ai sensi della giurisprudenza della Corte di Giustizia, in quanto il pubblico parte dal presupposto che, quantomeno, il produttore del modellino di automobile della produzione sia stato incaricato, in quanto licenziatario, dal titolare del marchio della produzione e della vendita dei prodotti.

I QUESITI

1. – Se l'uso di un marchio tutelato anche per i «giocattoli» costituisca un uso come marchio ai sensi dell'art. 5, n. 1, lett. a), della direttiva 89/104/CEE quando il produttore di un modellino giocattolo di automobile riproduce in miniatura un autoveicolo realmente esistente, incluso il marchio del titolare di quest'ultimo apposto sull'originale e lo immette in commercio.

Qualora la questione *sub. 1* venga risolta in senso affermativo:

2. – se il tipo di uso del marchio descritto *sub. 1* costituisca un'indicazione relativa al tipo o alla natura del modellino di autoveicolo ai sensi dell'art. 6, n. 1, lett. a), della direttiva 89/104/CEE.

Qualora la questione *sub. 2* venga risolta in senso affermativo:

3. – quali criteri siano rilevanti in casi di questo tipo per poter valutare quando l'uso del marchio sia conforme agli usi consueti di lealtà in campo commerciale e industriale; se ciò si verifichi, in particolare, quando il produttore del modellino di automobile apponga sulla confezione o su un accessorio indispensabile per l'uso del modellino un segno riconoscibile dal pubblico come marchio proprio nonché sulla denominazione sociale con indicazione della sua sede sociale.

Causa C-59/05 – (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità ingannevole. Direttiva 84/450/CEE – Ordinanza della Corte federale di cassazione (Germania) emessa in data 30 settembre 2004 (cs. 22421/05, avv. dello Stato A. Cingolo).

IL FATTO

1. La ricorrente, la Siemens AG produce e vende controllori programmabili con la denominazione «SIMATIC». Essa è un'impresa leader sul mercato mondiale nel settore delle tecniche di automatizzazione e con i suoi prodotti «SIMATIC» detiene, in Germania, una posizione dominante sul mercato dei sistemi di controllori programmabili.

2. La convenuta è una media impresa operante nel settore dei dispositivi di controllo e di regolazione. Essa, tra l'altro, produce e vende componenti aggiuntive per i controllori «SIMATIC S 5» e «SIMATIC S 7», che presentano caratteristiche identiche agli assemblaggi aggiuntivi prodotti dalla ricorrente. Per le componenti compatibili con la «SIMATIC» la convenuta utilizza, almeno dal 1998, numeri di ordinazione formati sostituendo al primo gruppo di caratteri dei numeri di ordinazione della ricorrente (...) la denominazione «VIPA» aggiungendovi un numero d'ordinazione identico, nella parte essenziale, a quello dei prodotti originali della ricorrente. Tale parte essenziale del numero di ordinazione contiene un riferimento alla natura del rispettivo prodotto.

3. La ricorrente ritiene che l'adozione di numeri d'ordinazione identici, nella parte essenziale, costituisca un abuso di notorietà contrario alla concorrenza. Inoltre, essa ha osservato che sui numeri di ordinazione le spettano diritti di marchio grazie alla notorietà di cui godono presso il pubblico, che la convenuta ha violato adottando numeri d'ordinazione quasi identici.

4. Il Tribunale ha condannato la convenuta come chiesto dalla ricorrente. Con la sua impugnazione la convenuta ha chiesto di nuovo il rigetto del ricorso. In grado d'appello la ricorrente ha chiesto, in sostanza, in base al suo diritto di inibitoria, che la convenuta venga condannata ad astenersi:

— dall'offrire e/o vendere sul mercato a fini concorrenziali i suoi prodotti usando descrizioni di articoli identiche, salvo il primo gruppo di lettere/cifre, a descrizioni di articoli o a numeri d'ordinazione della Siemens per prodotti dello stesso tipo.

5. Il giudice d'appello ha annullato la sentenza del *Landgericht* e ha respinto il ricorso.

6. Contro tale decisione (1) è diretto il ricorso in Cassazione della ricorrente con cui essa continua a chiedere la condanna della convenuta.

I QUESITI

Con l'ordinanza di cui in epigrafe, è stato chiesto alla Corte di Giustizia delle Comunità europee di pronunciarsi sulle seguenti questioni pregiudiziali:

(1) Premesso che: 1. L'art. 3 (legge contro la concorrenza sleale, UWG) vieta gli atti di concorrenza sleale che possono pregiudicare la concorrenza in misura non irrilevante a svantaggio dei concorrenti. Sleale, ai sensi di detto articolo, è una pubblicità comparativa quando con il confronto venga tratto indebitamente vantaggio dalla notorietà connessa al marchio, alla denominazione commerciale o ad un altro segno distintivo di un concorrente; 2. Ai sensi dell'art. 3-bis, n. 1, della direttiva 84/450/CEE, la pubblicità comparativa è ritenuta lecita qualora con essa non si tragga indebitamente vantaggio dalla notorietà connessa al marchio, alla denominazione commerciale o ad altro segno distintivo di un concorrente; 3. Rientra nella nozione di segno distintivo ai sensi dell'art. 3-bis, n. 1, lett. g), della direttiva 84/450/CEE, un segno utilizzato da un'impresa nel caso in cui venga identificato dal pubblico come proveniente da una determinata impresa (v. sentenza Toshiba); 4. La risoluzione della controversia dipende dalla questione se il comportamento della convenuta contestato tragga indebitamente vantaggio dalla notorietà connessa ai segni distintivi della ricorrente.

1. – Se venga tratto indebitamente vantaggio (2) dalla notorietà di «altri segni distintivi» di un concorrente ai sensi dell'art. 3-bis, n. 1, lett. g) della direttiva 84/450/CEE qualora chi fa pubblicità adotti un segno distintivo (nella fattispecie il sistema dei numeri d'ordinazione) identico, nella parte essenziale, a quello, noto nel settore, del concorrente e faccia riferimento a tale adozione nella pubblicità;

2. – Se nell'esaminare se sia stato tratto indebito vantaggio dalla notorietà ai sensi dell'art. 3-bis, n. 1, lett. g), della direttiva 84/540/CEE, costituisca un fattore rilevante il vantaggio derivante a chi fa la pubblicità e al consumatore dall'adozione di un sistema identico.

Causa C-76/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Imposta sul reddito – Pagamento spese scolastiche – Riduzione imposta sul reddito – Artt. 18, 39, 43 e 49 Trattato CE – Ordinanza del *Finanzgericht Köln* (Germania) del 16 febbraio 2005 – (avv. dello Stato A. Cingolo).

IL FATTO

I ricorrenti, coniugi, sono stati sottoposti ad una tassazione congiunta del reddito per gli anni controversi, 1998 e 1999.

La questione controversa è se spese relative al ricovero e alla sistemazione in collegio dei tre figli dei ricorrenti siano da considerarsi oneri straordinari ai fini della riduzione dell'imposta ossia, per la precisione, in che misura i ricorrenti possano dedurre i pagamenti di tasse scolastiche in quanto spese straordinarie. La normativa interna menziona solamente la frequenza di determinate scuole nazionali, così che pagamenti di tasse scolastiche relative a scuole aventi sede in un altro Stato membro della Comunità non possono essere considerati spese straordinarie ai fini della riduzione dell'imposta sul reddito. Ci si chiede pertanto se limitare la deducibilità delle tasse scolastiche alle sole versate a scuole nazionali sia conforme a diritto comunitario: da un lato, tale normativa svantaggerebbe le scuole straniere rispetto a quelle tedesche per quanto riguarda la prestazione dei servizi di cui all'art. 49 CE, dall'altro, genitori che iscrivono i figli ad una scuola avente sede in un altro Stato membro si troverebbero in una situazione sfavorevole rispetto ai genitori che iscrivono i figli in una scuola tedesca.

I QUESITI

Se il fatto che, ai sensi del § 10 n. 1, punto 9, della *Einkommensteuergesetz* (legge tedesca relativa all'imposta sul reddito), nella versione vigente nel 1998 e nel 1999, i pagamenti delle tasse scolastiche relativi a determinate scuole tedesche, ma non quelli relativi a scuole situate nel restante territorio

(2) Secondo la sentenza della Corte Toshiba (punto 57), viene tratto indebitamente vantaggio dalla notorietà di un marchio, di una denominazione commerciale o di un altro segno distintivo quando il suo uso crei nella mente del pubblico destinatario un'associazione tra chi fa la pubblicità ed il concorrente, in quanto il pubblico trasferisce la reputazione dei prodotti del concorrente ai prodotti di chi fa la pubblicità.

comunitario, possono essere considerati spese straordinarie ai fini della riduzione dell'imposta sul reddito, contrasti con gli artt. 8 A del Trattato (divenuto art. 18 CE; principio generale della libertà di circolazione), 48 del Trattato (divenuto art. 39 CE; libera circolazione dei lavoratori), 52 del Trattato (divenuto art. 43 CE; libertà di stabilimento) nonché 59 del Trattato (divenuto art. 49 CE; libera prestazione dei servizi).

Causa C-83/05 – (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Immatricolazione in base a normativa comunitaria sull'omologazione di veicoli e norme di comportamento in materia di disciplina nazionale sulla circolazione stradale – Direttiva 70/156/CEE, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/53/CEE – Ordinanza dell'*Amtsgericht Freiburg* (Germania) del 18 febbraio 2005 (cs n. 29565/05, avv. dello Stato A. Cingolo).

IL FATTO

La questione pregiudiziale è stata sollevata nella causa di accertamento di infrazione amministrativa pendente innanzi all'*Amtsgericht Freiburg*: al centro si pone la questione se un veicolo del tipo Sprinter della ditta Daimler-Chrysler AG con un carico autorizzato pari a 4,6 tonnellate, con omologazione comunitaria M1 e registrato dalle autorità certificanti tedesche quale autovettura privata, possa circolare anche su un'autostrada tedesca come se si trattasse di un'autovettura cui non si applicano i limiti della massima velocità consentita. L'istituto dell'omologazione comunitaria veniva introdotto dall'art. 18, *sub* 1 della *Strassenverkehrs-Zulassungordnung* (disciplina relativa all'immatricolazione degli autoveicoli ai fini della circolazione stradale), che la equiparava all'omologazione nazionale: in tal modo l'istituto dell'omologazione europea è stato armonizzato e incorporato all'interno dell'ordinamento.

Alcune autorità preposte al perseguimento di infrazioni amministrative dal 2003 non riconoscono più le omologazioni comunitarie ma sostengono che devono ricorrere anche i presupposti nazionali per la messa in circolazione di tali autoveicoli, perché in caso contrario vengono sanzionati i corrispondenti limiti di velocità. Tale nuova prassi sanzionatoria è stata confermata anche da un tribunale superiore tedesco: poiché i veicoli Sprinter possono disporre di un peso totale a pieno carico autorizzato superiore a 2,8 tonnellate e pertanto, ai sensi dell'art. 23-*bis*, *sub* 6 lett. a) della StVZO, non sono qualificabili come autovetture private, si è affermato che i suddetti veicoli aventi un peso totale a pieno carico pari a 4,6 tonnellate devono essere considerati come mezzi pesanti, con la conseguenza di essere assoggettati al limite di velocità di 80 Km/h sancito dall'art. 18, *sub* 5, seconda frase, n. 1 della StVO.

I QUESITI

1. – Se la direttiva sull'omologazione 70/156/CEE come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/53/CEE, recepita nell'ordinamento tedesco con la EG-TypV (*Verordnung über die EG-Typgenehmigung*

für Fahrzeuge und Fahrzeugteile – regolamento sull'omologazione comunitaria per veicoli e componenti di veicoli – 9 dicembre 1994, da ultimo modificato il 7 febbraio 2004) debba essere interpretata nel senso che il conducente di un veicolo a motore, il quale sia stato immatricolato come autovettura in ragione di un'approvazione del tipo fondata su un'omologazione comunitaria, sia anche legittimato a porlo in circolazione sulla rete stradale quale tipo di veicolo autorizzato, e se in particolare il suddetto conducente sia anche soggetto esclusivamente ai limiti di velocità vigenti per le autovetture.

2. – Se le autorità competenti a perseguire le violazioni del codice della strada possano dichiarare irrilevanti ai fini dell'immatricolazione di tale tipo di veicolo le approvazioni rilasciate dal *Kraftfahrt-Bundedamt* (ufficio federale per la motorizzazione) in conformità alle omologazioni comunitarie e le immatricolazioni concesse dai servizi delle immatricolazioni tedeschi fondate sulle suddette omologazioni comunitarie quando si tratta di stabilire i limiti di velocità che un conducente di un veicolo di questo tipo è tenuto a rispettare.

Causa C-100/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Determinazione dell'obbligazione doganale per prodotti compensatori – Art. 121 n. 1 e art. 122, lett. c) del codice Doganale Comunitario – Ordinanza della Corte d'appello di Amsterdam (Paesi Bassi) notificata il 13 aprile 2005 (cs. 22419/05, avv. dello Stato G. Albenzio).

IL FATTO

Una società a responsabilità limitata con sede in Veldhoven ha presentato ricorso avverso la decisione del Capo del *Belastingdienst douanedistrict Roermond*, con la quale è stato respinto il reclamo avverso il provvedimento riguardante un'istanza di rimborso di dazi doganali relativi all'importazione di merci (laser, modulatori, parti meccaniche ed altri specifici componenti di una macchina per la fotolitografia di microcircuiti) acquistate fuori della Comunità europea.

I QUESITI

1. – Se, in relazione a prodotti compensatori considerati immessi in libera pratica, l'obbligazione doganale vada determinata in base ai parametri di tassazione indicati nell'art. 122, lett. c), del codice doganale comunitario, anche nel caso in cui l'interessato non abbia presentato nessuna preliminare ed espressa domanda in tal senso.

2. – Qualora la prima questione vada risolta in senso negativo: se vada accolta una domanda di (ri)calcolo dell'importo dell'obbligazione doganale in base ai parametri di tassazione di cui all'art. 122, lett. c), del codice doganale comunitario – formulata successivamente – dopo la comunicazione dell'importo dei dazi corrispondenti all'obbligazione doganale, calcolati in base ai parametri di tassazione di cui all'art. 121, n. 1, del codice doganale comunitario – nel quadro di una istanza di rimborso presentata in base all'art. 236 del detto codice.

Causa C-106/05, (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Interpretazione art. 13, parte A, lett. b), e 2 della direttiva 77/388/CEE (c.d. sesta direttiva IVA): prestazioni sanitarie rilevanti a fini IVA – Decisione della quinta sezione del *Bundesfinanzhof* (Corte tributaria federale tedesca) emessa il 25 novembre 2004, notificata il 21 aprile 2005 (cs. 27959/05, avv. dello Stato G. De Bellis).

IL FATTO

Il quesito *de quo* è sorto nell'ambito di una controversia tra una società a responsabilità limitata di diritto tedesco e il *Finanzamt* (Ufficio delle imposte). La società, che eseguiva analisi mediche, prescritte da medici generici – appartenenti a due associazioni di laboratori – nel contesto di cure, da essi fornite, esenti da IVA, contestava gli avvisi di accertamento di imposta del *Finanzamt*, il quale, di converso, considerava le prestazioni della società in questione, a favore dei citati laboratori, soggette ad imposta sul valore aggiunto.

IL QUESITO

Se l'art. 13, parte A, nn. 1, lett. b) e 2 della sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari, consenta di subordinare l'esenzione fiscale di analisi mediche di laboratorio, prescritte da medici generici, alle condizioni indicate in tale norma, anche qualora le cure fornite dai medici siano ad ogni modo esenti.

Causa C-108/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Decisione del Bureau Benelux dei Marchi – Rifiuto definitivo della registrazione del segno «EUROPOLIS» come marchio verbale – Carenza di qualsiasi carattere distintivo – Art. 3, n. 3, della Direttiva 21 dicembre 1988, 89/104/CEE sul riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi – Ordinanza del *Gerechtshof te's-Gravenhage* (Paesi Bassi), notificata in data 27 aprile 2005 (cs. 26965/05, avv. dello Stato Massella Ducci Teri).

IL FATTO

La società B., il 28 maggio 1997 ha depositato il segno EUROPOLIS come marchio verbale per le classi di servizi 36 (Assicurazioni) e 39 (Trasporti). Con lettera 31 ottobre 1997, il Bureau Benelux dei Marchi ha notificato il suo rifiuto provvisorio di registrare il deposito, ritenendo il segno privo di qualsiasi carattere distintivo di cui all'art. 6-bis, n. 1, lett. a) della legge uniforme del Benelux sui Marchi. La B. ha presentato, il 5 maggio 1998, reclamo contro il rifiuto che però non è stato accolto dal Bureau del Benelux aggiungendo, inoltre, che non vi è alcun radicamento del segno. La B. ha proposto ricorso al *Gerechtshof te's-Gravenhage* affinché sia ordinato al Bureau Benelux dei Marchi di iscrivere il segno depositato nel registro dei marchi – in via principale – perché EUROPOLIS ha carattere distintivo in sé stesso e – in subordine – perché il segno si è radicato prima della data del deposito.

I QUESITI

1. – (*omissis*)

2. – Se l'art. 3, n. 3 della direttiva 89/104/CEE debba essere interpretato nel senso che per l'acquisizione di un carattere distintivo (nella fattispecie mediante un marchio Benelux) a seguito dell'uso, è necessario che il segno sia percepito, prima della data di deposito, dal pubblico che entra in considerazione come un marchio nell'intero territorio del Benelux e, quindi, il Belgio, nel Lussemburgo e nei Paesi Bassi.

In caso di soluzione negativa della questione *sub.* 2.

3. – Se la condizione posta dall'art. 3, n. 3, della direttiva per la registrazione, sia soddisfatta qualora il segno, in seguito all'uso che ne venga fatto, venga percepito dal pubblico che entra in considerazione come un marchio in una parte rilevante del territorio del Benelux e se questa parte rilevante possa ad esempio essere costituita anche solo dai Paesi Bassi.

4. – Se, per valutare il carattere distintivo dell'uso, come menzionato nell'art. 3 n. 3, della direttiva, di un segno – consistente in una o più parole di una lingua ufficiale nel territorio di uno Stato membro (o, come nella fattispecie, del territorio del Benelux) – si debba tener conto delle zone linguistiche esistenti in questo territorio.

Per registrarlo come marchio, nel caso in cui le altre condizioni per la registrazione siano soddisfatte, è sufficiente richiedere che il segno sia percepito dal pubblico che entra in considerazione come un marchio in una parte rilevante della zona linguistica della Stato membro (o, come nella fattispecie, del territorio Benelux) in cui questa lingua è parlata ufficialmente.

Causa C-120/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Restituzioni all'esportazione richieste per prodotti di base utilizzati per la produzione di merci esportate – Documentazione comprovante la dichiarazione dell'esportatore – Artt. 11, n. 3, del reg. n. 3665/87, e 7, n. 1, terzo comma, del reg. n. 1222/94 – Ordinanza del *Finanzgericht Hamburg* (Germania) notificata il 9 maggio 2005 (cs. 29033/05, avv. dello Stato G. Albenzio).

IL FATTO

La ricorrente contesta la domanda di ripetizione delle restituzioni all'esportazione avanzata dall'Ufficio doganale convenuto. Essa nel 1996 commercializzava pan pepato in diversi Paesi terzi. L'Ufficio doganale convenuto le accordava le restituzioni all'esportazione richieste per i prodotti utilizzati in tali merci, sulla base delle dichiarazioni di fabbricazione della ricorrente. Nel maggio del 1997 gli stabilimenti e gli uffici di quest'ultima venivano gravemente danneggiati da un violento incendio. Nel 1999 l'*Hauptzollamt für Prüfungen am Main* rilevava che la documentazione interna necessaria a verificare l'esattezza delle varie dichiarazioni era andata distrutta nell'incendio e reclamava il rimborso delle restituzioni all'esportazione. La ricorrente sosteneva che, poiché tutta la documentazione era stata distrutta dalle fiamme e dall'acqua – dunque senza sua colpa – non le si sarebbero potute rifiutare le restituzioni all'esportazione.

I QUESITI

1. – Se è possibile soprassedere alla prova documentale di cui all'art. 7, n. 1, terzo comma, del regolamento n. 1222/94 ed autorizzare l'esportatore ad apportare un altro tipo di prova dei prodotti effettivamente utilizzati per fabbricare le merci esportate, allorché costui non sia (più) in grado, per motivi di forza maggiore, di esibire la documentazione relativa alla sua produzione.

2. – Se la presa in considerazione della forza maggiore comporta anche una riduzione del grado di prova nel senso che è sufficiente che l'esportatore presenti una prova di verosimiglianza quanto ai prodotti effettivamente utilizzati per fabbricare le merci esportate.

Causa C-125/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Accordi per la distribuzione di autoveicoli – Recesso – Regolamento di esenzione di categoria n. 1400/2002 – Art. 5, n. 3 del Regolamento n. 1475/95 relativo all'applicazione dell'art. 85, par. 3 del Trattato Ce – Ordinanza dell'Østre Landsret (Danimarca), emessa il 15 marzo 2005 e depositata il 17 marzo 2005 (cs. 29040/05, avv. dello Stato Massella Ducci Teri).

IL FATTO

Una società concessionaria di automobili danese, ha proposto ricorso all'Østre Landsret, sostenendo che il fornitore non era autorizzato a recedere, con preavviso di un anno, dall'accordo di distribuzione autorizzato da una nota casa automobilistica. Ad avviso della società ricorrente, l'illegittimità del recesso dall'accordo discendeva dal mancato riscontro, quale motivazione del recesso stesso, della necessità di attuare un piano di «profonda» riorganizzazione della rete di distribuzione, condizione ritenuta essenziale ai fini dell'applicabilità del termine di preavviso pari ad un anno, in conformità alla versione danese dell'art. 5, n. 3, del regolamento n. 1475/95.

I QUESITI

1. – Se l'art. 5, n. 3, del regolamento (CE) della Commissione 28 giugno 1995, n. 1475, relativo all'applicazione dell'art. 85, paragrafo 3 del trattato a categorie di accordi per la distribuzione di autoveicoli e il relativo servizio di assistenza alla clientela debba essere interpretato nel senso che il recesso di un fornitore con un preavviso di un anno dall'accordo con un distributore deve essere ulteriormente motivato rispetto al riferimento da parte del fornitore alla norma summenzionata.

2. – Qualora la questione *sub.* 1 sia risolta affermativamente si chiede: quale debba essere il contenuto di tale motivazione sulla base del diritto comunitario e quando essa debba essere fornita.

3. – Quale sia la conseguenza del fatto che non è stata fornita una corretta e tempestiva motivazione.

4. – Se l'art. 5, n. 3, del regolamento di esenzione di categoria n. 1475/95 debba essere interpretato nel senso che è necessario che il recesso di un fornitore con un preavviso di un anno avvenga a causa di un piano di riorganizzazione già elaborato dal fornitore.

5. – Qualora la questione *sub.* 4 sia risolta affermativamente si chiede: quale debba essere, in relazione al diritto comunitario, il contenuto e la forma di un piano di organizzazione elaborato dal fornitore e in quale momento tale piano di riorganizzazione debba essere presentato.

6. – Qualora la questione *sub.* 4 sia risolta affermativamente si chiede: se il fornitore debba comunicare al distributore rispetto al quale opera il recesso il contenuto del piano di riorganizzazione e, in tal caso, quando e in quale forma debba essere effettuata tale comunicazione al distributore.

7. – Qualora la questione *sub.* 4 sia risolta affermativamente si chiede: quale sia la conseguenza del fatto che un eventuale piano di riorganizzazione non soddisfa i requisiti richiesti quanto alla forma e al contenuto di tale piano.

8. – Dalla versione danese dell'art. 5, n. 3, del regolamento di esenzione di categoria n. 1475/1995 risulta che il recesso del fornitore nei confronti del distributore con preavviso di un anno presuppone che «(...) in caso di necessità di riorganizzare l'insieme o una parte sostanziale della rete». Il termine «*nødvendigt*» si ritrova in tutte le versioni linguistiche del regolamento di esenzione per categoria n. 1475/95, ma il termine «*gennemgribende*» (profonda) si trova solo nella versione danese.

Alla luce di quanto esposto si chiede:

quale debba essere il carattere della riorganizzazione che permette al fornitore di recedere dall'accordo con il distributore con un anno di preavviso ai sensi dell'art. 5, n. 3, del regolamento di esenzione di categoria n. 1475/1995.

9. – Se, per valutare se sono soddisfatte le condizioni affinché il fornitore possa recedere da un accordo con un anno di preavviso ai sensi dell'art. 5, n. 3, del regolamento di esenzione di categoria n. 1475/1995, sia attribuita importanza a quali potrebbero essere le conseguenze economiche per il fornitore, qualora egli avesse receduto dall'accordo con il distributore con due anni di preavviso.

10. – Su chi incombe l'onere della prova che le condizioni richieste affinché il fornitore possa recedere dall'accordo con un anno di preavviso ai sensi dell'art. 5, n. 3, del regolamento di esenzione di categoria n. 1475/1995, sono soddisfatte e come possa essere fornita tale prova.

11. – Se ai sensi dell'art. 5, n. 3, del regolamento di esenzione di categoria n. 1475/1995 debba essere interpretato nel senso che le condizioni affinché il fornitore possa recedere dall'accordo con un anno di preavviso ai sensi di tale disposizione possono essere soddisfatte già in quanto la trasposizione del regolamento di esenzione per la categoria n. 1400/2002 può di per sé avere reso necessaria una radicale riorganizzazione della rete di distribuzione del fornitore.

Causa C-142/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Regolamento svedese sulla circolazione delle moto d'acqua – Disposizioni che ne vietano l'impiego – Artt. 28-30 del Trattato CE, Direttiva 2003/44/CE che modifica la Direttiva 94/25/CE – Ordinanza del Tribunale di Lulea, Svezia, del 24 marzo 2005 (avv. dello Stato A. Cingolo).

IL FATTO

Il regolamento svedese sulle moto d'acqua prevede che è punibile chi guida una tale moto in acque che non costituiscono un corridoio di pubblica navigazione qualora le autorità locali non abbiano emanato disposizioni che autorizzano l'impiego delle moto d'acqua in tali acque. Il pubblico ministero

presso il tribunale di Lulea ha incriminato due persone, per una violazione del regolamento svedese sulle moto d'acqua, consistente nel fatto che essi hanno guidato una moto d'acqua fuori da un corridoio pubblico di navigazione, in acque in cui ciò non era permesso.

Gli incriminati hanno sostenuto che tale applicazione del regolamento sulle moto d'acqua è contraria al diritto comunitario, in particolare all'art. 28 del Trattato CE e alla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16/2003, 2003/44/CE, che modifica la direttiva 94/25/CE sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri riguardanti le imbarcazioni da diporto.

I QUESITI

1. – Se gli artt. 28-30 del Trattato CE ostino a delle disposizioni nazionali che vietano l'impiego di moto d'acqua in luoghi diversi da corridoi pubblici di navigazione o acque per le quali le autorità locali abbiano emanato disposizioni di autorizzazione, come prevede il regolamento svedese sulle moto d'acqua.

2. – In caso contrario, se gli artt. 28-30 del Trattato ostino a che uno Stato membro applichi disposizioni di questo tipo in modo tale che l'impiego delle moto d'acqua sia vietato anche in acque che non sono state ancora oggetto di esame da parte delle autorità locali in merito all'opportunità o meno di emanare disposizioni di autorizzazione per la zona.

3. – Se la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2003/44/CE, che modifica la direttiva 94/25/CE su ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri riguardanti le imbarcazioni da diporto, osti a normative nazionali che vietano l'impiego di moto d'acqua nel modo sopra descritto.

Causa C-145/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Tutela del marchio in funzione della capacità distintiva – Diritto del titolare del marchio registrato di vietare a terzi l'utilizzo di segni che producono un rischio di confusione per il pubblico: art. 5, n. 1, prima direttiva del Consiglio 21 dicembre 1988, n. 89/104, ravvicinamento legislazioni Stati membri in materia di marchi d'impresa – Sentenza della Corte di Cassazione di Bruxelles, depositata il 31 marzo 2005 (cs. 30537/05, avv. dello Stato M. Massella Ducci Teri).

IL FATTO

Una società di diritto americano ricorre in Cassazione avverso una sentenza della *Cour d'appel* di Bruxelles, la quale, corroborando l'orientamento della decisione di primo grado, aveva accolto la tesi della convenuta, una società di diritto italiano. Secondo quest'ultima, il segno utilizzato per i propri capi d'abbigliamento non configurava lesione del marchio della ricorrente, poiché il rischio di associazione, derivante da una mera similarità concettuale dei segni, non costituisce elemento idoneo per affermare la sussistenza di un rischio di confusione tra il segno contestato e il marchio protetto.

I QUESITI

1. – Se, per determinare la portata della tutela di un marchio regolarmente acquisita in funzione della sua capacità distintiva, prevista dall'art. 5, n. 1, della prima direttiva del Consiglio 21 dicembre 1988, n. 89/104, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa, il giudice debba tener conto della concezione del pubblico interessato nel momento in cui ha avuto inizio l'uso del marchio o del segno simile, cui si contestino effetti lesivi del marchio interessato.

2. – In caso di soluzione negativa, se il giudice possa tener conto della concezione del pubblico interessato in qualsiasi momento del periodo successivo al momento in cui abbia avuto inizio l'uso contestato. Se, segnatamente, possa tener conto della concezione del pubblico interessato nel momento della propria pronuncia.

3. – Se, nel caso in cui il giudice, in applicazione del criterio menzionato *sub* 1, rilevi la lesione del marchio, sia di regola legittimo disporre la cessazione dell'uso del segno lesivo.

4. – Se sia ipotizzabile una diversa soluzione qualora il marchio del ricorrente abbia perso il suo carattere distintivo del tutto o in parte successivamente al momento in cui ha avuto inizio l'uso costitutivo di lesione, ma unicamente nel caso in cui tale perdita sia dovuta, del tutto o in parte, al fatto o all'omissione del titolare del detto marchio.

Causa C-146/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Cessioni intracomunitarie – Esenzione delle imposte – Obbligo di prova e principio di proporzionalità – Art. 28 *quater*, parte A, lett. a), della direttiva 77/388/CEE. (cs. 29037/05, avv. dello Stato M. Massella D.T.).

IL FATTO

Il ricorso da cui origina la presente questione pregiudiziale è stato promosso dinanzi al *Bundesfinanzhof* ed ha per oggetto il riconoscimento del diritto all'esenzione dal pagamento IVA con riferimento ad una cessione intracomunitaria.

In particolare la fattispecie concreta riguarda un concessionario belga *B* che ordina al ricorrente *S.r.l.* 20 automobili della società *A*. Il ricorrente, per motivi di esclusività territoriale, ha diritto ad una provvigione da parte della società *A* solo per le vendite stipulate con acquirenti del proprio distretto, pertanto conclude un accordo con un commerciante d'auto *S* che acquista pro-forma dal ricorrente gli autoveicoli e successivamente li rivende al concessionario *B*.

S.r.l. emette fatture IVA ad *S*, che a sua volta, emette nei confronti di *Sr/l* modelli di fattura in bianco, immediatamente utilizzati per emettere, per conto di *S*, fatture relative alla consegna delle automobili a *B*.

Nella dichiarazione IVA *S* fa valere, come imposta assolta a monte, l'IVA fatturatagli dalla *S.r.l.* L'Amministrazione fiscale, a seguito di una verifica presso gli uffici del commerciante *S*, nega la detrazione dell'IVA delle fatture, considerando fittizie le vendite della *S.r.l.* a *S*.

A sua volta *S.r.l.* venuto a conoscenza dell'esito dell'accertamento, rettificava le operazioni, registrandole nella dichiarazione IVA successiva come forniture intracomunitarie non imponibili ad IVA.

L'Amministrazione fiscale, tuttavia, non riconosce l'avvenuta regolarizzazione dell'IVA, atteso che le registrazioni necessarie non sono state effettuate immediatamente dopo la realizzazione del fatturato corrispondente.

Nell'ordinanza di rinvio il Giudice precisa che, nell'ordinamento tedesco, in base alle disposizioni vigenti, le cessioni intracomunitarie sono esenti dall'imposta e che l'imprenditore deve provare il trasporto o la spedizione dell'oggetto della cessione nell'ambito del territorio comunitario. In particolare l'imprenditore deve fornire la prova contabile, consistente nella indicazione in contabilità, in chiarezza ed evidenza della sussistenza dei requisiti per l'esenzione richiesta, anche con riferimento all'identificativo IVA dell'acquirente.

Il Giudice di rinvio richiama, inoltre, la giurisprudenza del *Bundesfinanzhof* secondo la quale la prova contabile è intesa quale prova derivante dai libri e da registri contabili combinati con documenti e le relative registrazioni devono essere redatte «immediatamente e direttamente dopo la realizzazione del relativo introito».

Ebbene, poiché nella fattispecie, tale condizione non è stata soddisfatta e l'esenzione non è stata concessa per la sola ragione che mancava la prova contabile ad essa attinente, il Collegio ha ravvisato nella ricordata interpretazione profili di eccessiva rigidità che potrebbero concretizzare una violazione del principio di proporzionalità inerente al principio di uguaglianza.

I QUESITI

Il Tribunale tedesco ha, pertanto, posto alla Corte di Giustizia Europea, ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE, i seguenti quesiti:

1. – Se l'Amministrazione delle finanze possa negare l'esenzione fiscale ad una cessione intracomunitaria, evidentemente sussistente, per la sola ragione che il soggetto passivo non ha prodotto nei termini le prove contabili richieste a tal fine.

2. – Se la soluzione della questione dipenda dal fatto che il soggetto passivo ha coscientemente occultato, in un primo momento, l'esistenza di una cessione intracomunitaria.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

Il Governo italiano ha presentato le seguenti osservazioni:

«(omissis) L'ordinamento italiano ha regolamentato le fattispecie analoghe a quella sottoposta all'attenzione della Corte di Giustizia. Esse sono disciplinate dall'art. 26, del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, terzo comma, che consente la variazione in diminuzione entro un anno dall'effettuazione dell'operazione, nel caso di rettifica di inesattezze di fatturazione che abbiano dato luogo all'applicazione dell'art. 21, settimo comma.

Quest'ultima norma, dello stesso d.P.R. n. 633/1972, dispone che "... se viene emessa fattura per operazioni inesistenti, ovvero se nella fattura i corrispettivi delle operazioni o le imposte relative sono indicati in misura superiore a quella reale, l'imposta è dovuta per l'intero ammontare indicato o corrispondenti alle indicazioni della fattura".

Nell'ordinamento italiano, quindi, il legislatore ha fissato un termine perentorio entro cui è possibile operare le variazioni in diminuzione, anche al fine di contrastare eventuali accordi fraudolenti tra le parti.

Tutto ciò premesso, e con riferimento al primo quesito sottoposto alla Corte, si rileva che la direttiva 77/388/CE affida agli stati membri il compito di disciplinare la esenzione dall'IVA delle cessioni intracomunitarie. Le misure da adottare in tale ambito sono volte a prevenire e sanzionare, tra l'altro, comportamenti elusivi, al fine precipuo di garantire la effettività delle disposizioni vigenti.

Tale finalità, ad avviso del Governo italiano, consente la previsione di requisiti e condizioni sia di ordine temporale (quale l'apposizione di termini perentori) che di ordine formale (quale la richiesta di documentazione attestante l'effettività della operazione e la sua tempestiva registrazione nella contabilità ufficiale dell'operatore economico).

Nel dettare tali requisiti e tali condizioni gli Stati membri incontrano il limite di non rendere impossibile o, comunque, particolarmente difficile l'esercizio del diritto.

Conseguentemente, ove tale limite non sia superato, deve ritenersi che non possa ravvisarsi una violazione del principio di proporzionalità, quale riconosciuto dall'ordinamento comunitario.

Con riferimento al secondo quesito sottoposto alla Corte, si ritiene che nelle fattispecie come quelle in esame non possa non assumere rilievo il comportamento in concreto posto in essere dal contribuente.

La relativa valutazione, rimessa al giudice nazionale, deve essere volta ad accertare se il comportamento sia riconducibile ad errore scusabile o, comunque, buona fede ovvero integri un comportamento, effettivo e consapevole, volto ad eludere le disposizioni fiscali.

Per queste ragioni, il Governo italiano propone di rispondere affermativamente ad entrambi i quesiti che le sono stati posti dal Bundesfinanzhof.

Roma 28 luglio 2005 – Avvocato dello Stato Massimo Massella Ducci Teri»

Causa C-155/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Esenzioni IVA – Conformità del d.P.R. n. 633/1972, art. 10, punto 27-*quinquies* alla sesta direttiva IVA 77/388/CEE, art. 13, parte B, lett. c) – Ordinanza proposta dalla Commissione Tributaria Regionale di Firenze, emessa il 23 marzo 2005, notificata l'8 giugno 2005 (ct. 32862/05, avv. dello Stato G. De Bellis).

IL FATTO

La questione è sorta nell'ambito di una controversia che vede contrapposte una società e l'Agenzia delle Entrate di Firenze. La società aveva chiesto il rimborso delle somme che assumeva avere indebitamente corrisposto negli anni 1998, 1999 e 2000, nonché di una ulteriore somma corrisposta, sempre allo stesso titolo, per gli anni dal 1992 e 1997. Non avendo ricevuto alcuna risposta nei termini di legge, la società proponeva ricorso davanti alla Commissione Tributaria Provinciale di Firenze. Il relativo importo che la società aveva dovuto sopportare veniva pertanto chiesto a rimborso.

IL QUESITO

Se a seguito dell'introduzione del punto 27-*quinquies* dell'art. 10 del d.P.R. n. 633/1972 la Repubblica Italiana deve intendersi ancora inadempiente agli obblighi imposti dalla sesta direttiva del Consiglio CEE del 17 maggio 1977 ed in specie dell'art. 13, parte B Altre esenzioni, lettera c).

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

«(Omissis) 10. – *L'art. 13 parte B) lettera c) prima parte della direttiva 77/388/CEE non può essere interpretato nel senso che la disposizione ivi contenuta impone agli Stati membri di esentare tutte le cessioni di beni destinati esclusivamente ad un'attività esentata.*

11. – *Dispone infatti il citato art. 13, parte B (denominata "Altre esenzioni"):*

Fatte salve altre disposizioni comunitarie, gli Stati membri esonerano, alle condizioni da essi stabilite per assicurare la corretta e semplice applicazione delle esenzioni sottoelencate e per prevenire ogni possibile frode, evasione ed abuso:

... c) le forniture di beni destinati esclusivamente ad un'attività esentata a norma del presente articolo o a norma dell'articolo 28, paragrafo 3, lettera b), ove questi beni non abbiano formato oggetto d'un diritto a deduzione, e le forniture di beni il cui acquisto o la cui destinazione erano stati esclusi dal diritto alla deduzione conformemente alle disposizioni dell'articolo 17, paragrafo 6.

12. – *La società ritiene che il riferimento alle "forniture di beni destinati esclusivamente ad un'attività esentata" riguardi gli acquisti di beni dalla stessa effettuati per essere destinati ad attività esente (così, ad esempio, macchinari per effettuare analisi cliniche).*

13. – *Senonché la disposizione citata non si riferisce agli acquisti di beni, bensì alla successiva rivendita (rectius: cessione) dei beni medesimi.*

14. – *Il legislatore ha previsto che nel caso in cui un soggetto, dopo avere acquistato un bene senza avere potuto detrarre l'IVA (come è avvenuto nella fattispecie, in quanto la società svolge un'attività totalmente esente da IVA), ceda il medesimo bene ad altro soggetto, tale operazione debba essere a sua volta esente da IVA, onde evitare una doppia imposizione.*

15. – *In mancanza di tale norma si verificherebbe infatti che l'imposta, già assolta dal primo acquirente (nella specie la società, che viene a configurarsi pertanto come consumatore finale), verrebbe ad essere nuovamente assolta dal successivo acquirente il quale si verrebbe a trovare nella stessa situazione del precedente, con l'applicazione per due volte del tributo, in contrasto con il meccanismo dell'IVA, diretto a colpire il solo valore aggiunto del bene ad ogni passaggio.*

16. – *Che quella suesposta sia la corretta interpretazione della norma lo si deduce agevolmente dai seguenti elementi:*

a) Il testo della disposizione.

17. – *Probabilmente i dubbi sono determinati dalla versione italiana della direttiva.*

18. – *In verità, la disposizione sarebbe stata di lettura più facile ed immediata se anziché alle forniture di beni destinati esclusivamente ad un'attività esen-*

tata, avesse più correttamente fatto riferimento alle forniture di beni già destinati esclusivamente ad un'attività esentata. In questo modo sarebbe apparso evidente che si trattava della rivendita di quei beni per i quali, al momento dell'acquisto o dell'importazione, non si era potuta detrarre l'IVA pagata.

19. – Più chiaro al riguardo appare il testo redatto in francese. In tale versione linguistica infatti, è utilizzata l'espressione “biens qui étaient affectés exclusivement à une activité exonérée” (beni che erano destinati esclusivamente ad un'attività esente), il che chiarisce che la previsione di esenzione si riferisce alla fase della rivendita dei beni che sono stati (già) utilizzati per l'esercizio di attività esenti da IVA e non alla fase di acquisto di tali beni da parte del soggetto che pone in essere le operazioni esenti.

20. – Anche la parte successiva della norma conduce alla stessa conclusione; infatti la disposizione prosegue precisando “ove questi beni non abbiano formato oggetto di un diritto a deduzione”, con ciò riferendosi evidentemente della rivendita di beni in precedenza acquistati.

21. – Ulteriore conferma è data dalla parte finale della norma, che equipara (ai fini dell'obbligo di esenzione imposto agli Stati membri) “le forniture di beni destinati esclusivamente ad un'attività esentata” alle “forniture di beni il cui acquisto o la cui destinazione erano stati esclusi dal diritto alla deduzione conformemente alle disposizioni dell'articolo 17, paragrafo 6”.

22. – In particolare tale ultima disposizione (art. 17 p. 6) riguarda le spese che non danno diritto alla deduzione dell'IVA assolta.

23. – Tali spese dovevano essere individuate dalla Commissione sulla base di determinati criteri; fino ad allora (come dispone il comma 2) “gli Stati membri possono mantenere tutte le esclusioni previste dalla loro legislazione nazionale al momento dell'entrata in vigore della presente direttiva”.

24. – Pertanto anche in questo caso (analogamente a quanto avviene nel precedente a cui è equiparato, cioè alle “forniture di beni destinati esclusivamente ad un'attività esentata”), si tratta di acquisti che non danno diritto alla deduzione (in Italia si usa il termine “detrazione”) dell'IVA assolta.

25. – D'altro canto se così non fosse, non si comprenderebbe la portata di altre fondamentali disposizioni della direttiva ed in particolare l'art. 17 che disciplina “Origine e portata del diritto a deduzione”, escludendolo per gli acquisti di beni destinati ad attività esenti (come nel caso di specie).

26. – Se fosse vero che tali acquisti (secondo la tesi della società) dovrebbero essere necessariamente esenti, il citato art. 17 conterrebbe disposizioni inapplicabili: un problema di deducibilità dell'IVA assolta su acquisti destinati ad attività esenti neanche si porrebbe, in quanto le relative operazioni dovrebbero essere necessariamente non gravate da IVA.

27. – Ed invece la Corte ha avuto modo di affermare (sentenza 6 aprile 1995 in causa C- 4/94 Wisselink & co.) che

“L'art. 2 della prima direttiva 11 aprile 1967, 67/227/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra d'affari, e l'art. 17 della sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra d'affari, Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme, vanno interpretati nel senso che, ad ecce-

zione dei casi espressamente previsti da tali direttive, quando un soggetto passivo fornisce servizi a un altro soggetto passivo, il quale li utilizza per effettuare un'operazione esente, quest'ultimo non ha diritto di detrarre l'imposta sul valore aggiunto pagata a monte, anche nel caso in cui lo scopo ultimo dell'operazione esente sia la realizzazione di un'operazione soggetta a imposta”.

28. – Più di recente è stato ribadito (sentenza 8 giugno 2000 in causa C-98/98, punto 19) che “il sistema delle detrazioni è inteso ad esonerare interamente l'imprenditore dall'IVA dovuta o pagata nell'ambito di tutte le sue attività economiche purché queste siano, in linea di principio, di per sé soggette all'IVA”, e solo in casi eccezionali espressamente previsti “il soggetto passivo il quale ... effettui operazioni esenti, conformemente all'art. 13, B, lett. d), punti 1-5, della sesta direttiva, alle condizioni indicate dall'art. 17, n. 3, lett. c), di quest'ultima, gode anch'esso, in forza di tale disposizione, del diritto a detrarre l'IVA se ha utilizzato beni e servizi a monte in quanto necessari ai fini delle dette operazioni esenti”.

b) La precedente sentenza 25 giugno 1997.

29. – Il Giudice remittente fa riferimento alla sentenza 25 giugno 1997 (emessa in causa C-45/95) con la quale la Corte ha condannato la Repubblica Italiana a seguito di procedura di infrazione proposta dalla Commissione “Avendo istituito e mantenendo in vigore una normativa che non esenta dall'imposta sul valore aggiunto le cessioni di beni che erano destinati esclusivamente all'esercizio di un'attività esentata o in altro modo esclusi dal diritto a detrazione”.

30. – Senonché dalla lettura sia della sentenza (che fa riferimento alle “cessioni di beni che erano destinati esclusivamente all'esercizio di un'attività esentata”) sia soprattutto delle conclusioni dell'Avvocato Generale Damaso Ruiz-Jarabo Colomer (presentate il 10 dicembre 1996 e richiamate nella sentenza) si evince chiaramente quale è l'esatta portata della disposizione.

31. – Si legge infatti nei punti da 14 a 20 di tali conclusioni:

“14. Nel meccanismo dell'IVA la detrazione dell'imposta disciplinata dall'art. 17 della sesta direttiva diventa la chiave di volta del sistema. Dalla sua regolamentazione dipende il fatto che l'imposta assolta dalle imprese non comporti per queste ultime oneri fiscali di sorta e si rispetti, grazie a ciò, il principio di neutralità che è alla base dell'IVA, imposta sul consumo finale e non sulle precedenti fasi economiche. Senza diritto a detrazione dell'imposta assolta, quest'ultima si tradurrebbe in un onere fiscale in più per le imprese, che distorcerebbe il principio di neutralità.

15. La detrazione dell'imposta assolta è possibile nei limiti in cui i beni o servizi corrispondenti (cioè, quelli il cui acquisto o la cui destinazione determina il diritto a detrazione) siano acquistati e utilizzati dal soggetto passivo al fine di realizzare, a sua volta, operazioni rientranti nell'ambito della sua attività economica.

16. Quest'ultima affermazione va corretta nel caso in cui il soggetto passivo acquisti e destini esclusivamente tali beni o servizi ad operazioni esenti, poiché in tal caso, non sorgendo un diritto a detrazione, egli si trasforma, per così dire, in “consumatore finale”, senza possibilità di detrarre l'imposta.

17. In tale ipotesi, quindi, il soggetto passivo deve sopportare l'intero onere dell'IVA che gli sia stata ripercossa dagli operatori economici precedenti (cioè,

da coloro i quali gli abbiano fornito i prodotti o i servizi), senza poterla detrarre, sul piano strettamente legale. Egli viene pertanto a trovarsi nella medesima posizione dei consumatori finali, i veri soggetti gravati dall'IVA.

18. Può tuttavia succedere che un soggetto passivo acquisti un determinato bene in tali condizioni (vale a dire, dopo aver sopportato l'onere dell'imposta e senza possibilità di dedurla successivamente) e decida più tardi di trasferirlo.

19. Un'ipotesi del genere darebbe luogo a un fenomeno di doppia imposizione se la sesta direttiva non avesse previsto, per evitare ciò, l'esenzione di cui all'art. 13, sub B, lett. c), prima parte: gli Stati membri devono esonerare le cessioni di beni destinati esclusivamente a un'attività esentata "(...) ove questi beni non abbiano formato oggetto d'un diritto a deduzione".

20. La ragion d'essere di tale esenzione è puramente tecnica. Con essa si evita la doppia imposizione fiscale che si verifica assoggettando ad imposta il trasferimento eseguito da un operatore economico, il quale rivenda i beni per il cui acquisto abbia pagato l'IVA in modo definitivo, senza aver avuto a suo tempo la possibilità di detrarre l'imposta versata".

c) La ratio della disposizione.

32. – Secondo l'interpretazione che propone la società, la ratio della norma sarebbe quella di non far gravare l'IVA a monte sui soggetti che, in virtù dell'attività esercitata (totalmente esente) non possono portare in deduzione la stessa imposta.

33. – Ma se così fosse, non si comprenderebbe per quale motivo la disposizione si riferisce solo ai beni e non anche all'acquisizione di servizi e alle importazioni, considerato che l'art. 2 della direttiva individua l'elemento oggettivo dell'imposta menzionando distintamente le cessioni dei beni, le prestazioni dei servizi e le importazioni.

d) Il quesito formulato.

Proprio a seguito della citata sentenza 25 giugno 1997, il legislatore italiano ha provveduto ad eliminare la lacuna evidenziata dalla Corte di Giustizia.

35. – Con l'art. 1 comma 4 del Decreto legislativo n. 313/1997 è stato infatti introdotto nell'art. 10 comma 1 del d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 633 (recante "Istituzione e disciplina dell'imposta sul valore aggiunto") il numero 27-quinques, in forza del quale sono esenti da imposta "le cessioni che hanno per oggetto beni acquistati o importati senza il diritto alla detrazione totale della relativa imposta ai sensi degli articoli 19, 19-bis1 e 19-bis2".

36. – Ne consegue che tutte le successive cessioni dei beni già acquistati da un soggetto per essere usati in attività esenti (la cui imposta è venuta a gravare su di essa) sono ormai anch'esse esenti da imposta.

37. – In tal modo il legislatore italiano ha dato corretta attuazione alla citata disposizione comunitaria.

38. – E difatti la Commissione CE non ha ritenuto di formulare alcun rilievo all'Italia, considerando evidentemente adempiuti gli obblighi derivanti dalla citata sentenza 25 giugno 1997. Tale posizione è stata coerentemente ribadita dalla stessa Commissione nelle osservazioni depositate nella citata causa C-18/05.

39. – Si chiede quindi che la Corte risponda al quesito formulato affermando che l'art. 13, parte B, lett. c) della direttiva 77/388/CEE, va interpretato

nel senso che la disposizione ivi contenuta si riferisce ai casi in cui il soggetto che abbia acquistato beni destinati al compimento di attività esenti provveda successivamente a cedere i detti beni ad altri soggetti e, conseguentemente, a seguito dell'introduzione del punto 27-quinquies dell'art. 10 del d.P.R. n. 633/1972 la Repubblica Italiana ha correttamente adempiuto agli obblighi imposti dalla citata direttiva.

40. – *Tenuto conto della sostanziale identità tra la presente causa e quella portante il n. C-18/05, si chiede che i giudizi vengano riuniti oppure, in alternativa, che la presente causa venga sospesa.*

41. – *In conclusione il Governo italiano suggerisce alla Corte rispondere al quesito formulato affermando che:*

l'art. 13, parte B, lett. c) della direttiva 77/388/CEE, va interpretato nel senso che la disposizione ivi contenuta si riferisce ai casi in cui il soggetto che abbia acquistato beni destinati al compimento di attività esenti provveda successivamente a cedere i detti beni ad altri soggetti e, conseguentemente, a seguito dell'introduzione del punto 27-quinquies dell'art. 10 del d.P.R. n. 633/1972 la Repubblica Italiana ha correttamente adempiuto agli obblighi imposti dallo stesso art. 13, parte B, lettera c).

Roma, 5 agosto 2005 – Avv. dello Stato Gianni De Bellis».

Causa C-166/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Accredito d'imposta su cifra d'affari a favore di imprenditori stranieri in relazione a trasferimento a titolo oneroso di «contingente di permessi di pesca per il *Gmundner Traun*» – Ottava direttiva 79/1072/CEE e art. 9, n. 2, lett. a) della direttiva 77/388/CEE – Ordinanza della *Verwaltungsgerichtshof* (Corte suprema di giustizia amministrativa) – Austria, notificata il 30 maggio 2005 (avv. dello Stato G. De Bellis).

IL FATTO

La società ricorrente non ha in Austria né la propria sede né uno stabilimento. Il 7 dicembre 1999 essa ha presentato una domanda diretta ad ottenere l'accredito dell'imposta sulla cifra d'affari previsto per gli imprenditori non stabiliti in Austria, in relazione ad un «contingente di permessi di pesca 1997 e 1998 per il *Gmundner Traun*» (in base alle regole dettate dall'Ottava Direttiva 79/1072/CEE). Gli importi per IVA pagata a monte risultavano da fatture emesse in data 2 gennaio 1999 da una società con sede in Austria. Con tali fatture sono stati addebitati alla ricorrente, società con sede in Germania, a fronte del trasferimento del contingente dei permessi di pesca «*Gmundner Traun*», ATS 560 000, più ATS 112 000 per IVA al 20%, per l'annata di pesca alla lenza 1997, ed ATS 700 000, più ATS 140 000 per IVA al 20%, per l'annata di esca alla lenza 1998. Grazie all'acquisto di tali contingenti, la ricorrente ha acquisito permessi da pesca che poi ha rivenduto ad un gran numero di acquirenti (tedeschi, italiani, olandesi, belgi, ecc.) ad un prezzo compreso tra DEM 75 e DEM 450. Tali permessi conferivano la legittimazione a pescare indeterminati punti di un fiume situato nell'Alta Austria (cosiddetto «*Gmundner Traun*»).

IL QUESITO

Se l'attribuzione della legittimazione all'esercizio della pesca, attuata mediante il trasferimento a titolo oneroso di permessi di pesca, costituisca una «prestazione di servizi relativa a un bene immobile» ai sensi dell'art. 9, n. 2, lett. a), della direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati Membri relative alle imposte sulla cifra di affari – Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO.

Il Governo italiano osserva quanto segue.

«L'art. 9 della direttiva 77/388/CEE, dopo avere disposto al par. 1 che

Si considera luogo di una prestazione di servizi il luogo in cui il prestatore ha fissato la sede della propria attività economica o ha costituito un centro di attività stabile, a partire dal quale la prestazione di servizi viene resa o, in mancanza di tale sede o di tale centro di attività stabile, il luogo del suo domicilio o della sua residenza abituale

al par. 2 dispone che

Tuttavia:

a) il luogo delle prestazioni di servizi relative ad un bene immobile, incluse le prestazioni di agente immobiliare e di perito, nonché le prestazioni tendenti a preparare o a coordinare l'esecuzione di lavori immobiliari come, ad esempio, le prestazioni fornite dagli architetti e dagli uffici di sorveglianza, è quello dove il bene è situato; ...

La HEGER ha acquistato da una società austriaca dei diritti di pesca. Trattandosi di beni immateriali, la cessione viene considerata come prestazione di servizi dalla direttiva 77/388/CEE, come risulta dall'art. 6 par. 1 della stessa direttiva, in base al quale

Si considera “prestazione di servizi” ogni operazione che non costituisce cessione di un bene ai sensi dell'articolo 5.

Tale operazione può consistere tra l'altro:

– in una cessione di beni immateriali, siano o no rappresentati da un titolo;

Il problema che si pone è pertanto quello di verificare se i diritti di esercitare la pesca, oggetto della cessione, possano configurarsi come prestazioni di servizi “relative ad un bene immobile”.

Nell'ordinanza di rimessione si precisa che i permessi ceduti “conferiscono la legittimazione a pescare in determinati punti di un fiume situato nell'alta Austria”.

Il diritto di pescare è quindi strettamente connesso ad un immobile ben individuato (l'alveo del fiume) che, come evidenzia lo stesso giudice remittente, in altro caso (relativo all'alveo di un bacino portuale) la Corte ha qualificato come immobile, suscettibile di locazione in quanto oggetto della stessa “non è una certa quantità di acqua ma una parte determinata del detto bacino. Tale superficie sommersa dall'acqua è delimitata in modo permanente e non è suscettibile di spostamento” (sentenza 3 marzo 2005 in causa C-428/02).

Il diritto di pesca non poteva quindi essere esercitato se non in relazione a quel determinato corso d'acqua e nel solo punto stabilito nel permesso.

Una simile correlazione tra il diritto di pesca e l'immobile cui afferisce, si ritiene che possa agevolmente essere ricompresa tra le prestazioni di servizi "relative a un bene immobile".

In conclusione il Governo italiano suggerisce alla Corte rispondere al quesito sottoposto al suo esame affermando che:

l'attribuzione della legittimazione all'esercizio della pesca, attuata mediante il trasferimento a titolo oneroso di permessi di pesca, costituisce una prestazione di servizi relativa a un bene immobile ai sensi dell'art. 9, n. 2, lett. a), della direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CE.

Roma, 4 agosto 2005 – Avvocato dello Stato Gianni De Bellis».

Causa C-173/05 – (Commissione c/ Repubblica Italiana) – Artt. 23, 25, 26 e 133 del Trattato CE – Artt. 4 e 9 dell'Accordo di cooperazione tra la Comunità economica europea e la Repubblica d'Algeria firmato il 26 settembre 1978 e approvato con regolamento CEE n. 2210/78 (ct. 25025/05, avv. dello Stato A. Cingolo).

IL FATTO

La Commissione Europea ritiene che il «*tributo ambientale*» istituito dall'art. 6, legge regionale siciliana 26 marzo 2002, n. 2 sia in contrasto con gli artt. 23, 25, 26 e 133 del Trattato Ce e con l'art. 4 dell'Accordo di cooperazione tra la Comunità economica europea e la Repubblica d'Algeria firmato il 26 settembre 1978 e approvato con regolamento CEE n. 2210/78. Tali disposizioni comunitarie applicano il principio della libera circolazione delle merci all'interno della Comunità e mirano a salvaguardare l'esistenza di un'unione doganale tra gli Stati membri, ponendo il divieto di istituire dazi doganali all'importazione e all'esportazione o qualsiasi tassa dall'effetto equivalente. La Commissione ritiene pertanto che l'art. 6 della legge regionale della Regione siciliana in esame violi i principi della Tariffa Doganale Comune in quanto istituisce una tassa di effetto equivalente ad un dazio all'importazione o all'esportazione, nel momento in cui prevede un tributo ambientale sulla proprietà dei gasdotti ricadenti nel territorio della Regione siciliana. Ora, essendo unica l'infrastruttura che soddisfa i requisiti di imponibilità, risulta alla Commissione che essa trasporta metano di provenienza dall'Algeria, con la conseguenza che il gas proveniente da un paese terzo ed immesso in transito o in libera pratica sul suolo italiano, è assoggettato al tributo istituito dalla Regione siciliana.

Ad avviso della Commissione l'introduzione di tale tributo ambientale viola la Tariffa Doganale Comune, e quindi le disposizioni comunitarie sopra richiamate, in quanto tale imposta altera la parificazione degli oneri doganali gravanti, alle frontiere esterne alla Comunità, sulle merci importate dai paesi terzi, ed in quanto tale medesima imposta rischia di creare sviamenti di traffico nei rapporti con questi paesi e distorsioni nella libera circolazione delle merci o nelle condizioni di concorrenza tra gli Stati membri.

In considerazione di quanto precede, la Commissione presenta alla Corte le seguenti conclusioni:

— dichiarare che avendo istituito e mantenuto in vigore il tributo ambientale sui gasdotti previsto dall'art. 6 della legge regionale siciliana n. 2 del 26 marzo 2002, la Repubblica Italiana è venuta meno agli obblighi ad essa imposti dagli artt. 23, 25, 26 e 133 del Trattato Ce e con gli artt. 4 e dell'Accordo di cooperazione tra la Comunità economica europea e la Repubblica d'Algeria firmato il 26 settembre 1978 e approvato con regolamento CEE n. 2210/78.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

Il Governo Italiano ha depositato controricorso concludendo per il rigetto del ricorso presentato dalla Commissione, perché infondato in quanto:

«l'art. 6, comma 1 della l. r. siciliana n. 2 del 26 marzo 2002 chiaramente enuncia che è istituito un «tributo ambientale allo scopo di finanziare investimenti finalizzati a ridurre e prevenire il potenziale danno ambientale derivante dalle condotte installate sul territorio della Regione siciliana».

Tale inequivoca finalizzazione del tributo in questione induce dimostrare come la ratio della norma sia da ricondursi alla volontà del legislatore regionale di dare piena attuazione ai principi richiamati nel Trattato CE per le politiche ambientali ed in particolare al principio di prevenzione, ma ancor più a quello di precauzione. La distinzione tra i due principi risiede nel grado di incertezza che circonda la probabilità del rischio; mentre il principio di prevenzione viene in gioco di fronte a rischi certi, quello di precauzione è finalizzato alla gestione dei rischi incerti; quest'ultimo principio non risulta solennemente enunciato dal Trattato, ma di esso si fa comunque menzione esplicita, in riferimento alla protezione dell'ambiente, ex art. 174 del Trattato. In ordine poi all'applicazione pratica del suddetto principio di precauzione assumono particolare rilievo le precisazioni contenute nella Comunicazione 2 febbraio 2000 della Commissione, la quale evidenzia che l'applicazione del principio presuppone un rischio incerto ma individuato, vale a dire una preliminare valutazione scientifica obiettiva che indichi che «vi siano ragionevoli motivi di temere ...».

In altri termini, il ricorso al principio di precauzione presuppone l'identificazione di effetti potenzialmente negativi derivanti da un fenomeno o da un prodotto o da un procedimento, nonché una valutazione scientifica del rischio che, per l'insufficienza dei dati ovvero il loro carattere non concludente o la loro imprecisione, non consente di determinare con sufficiente certezza il rischio in questione.

Inoltre, il principio trova anche riscontro nella normativa interna primaria attualmente vigente: in particolare il comma 8, lett. f) dell'articolo unico della legge n. 308/04, inserisce tra i principi e i criteri direttivi generali l'obbligo per tutti i decreti legislativi di settore, di rispettare l'affermazione dei principi comunitari di prevenzione, precauzione, correzione e riduzione degli inquinamenti e dei danni ambientali e del principio chi inquina paga.

Analoghe considerazioni valgono per la normativa regionale, posto che, secondo il rinnovato art. 117 della Costituzione italiana, «Le Regioni ... nelle materie di propria competenza ... provvedono all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione Europea.».

Ai suddetti principi deve pertanto ricondursi l'intenzione del legislatore regionale: il tributo di cui si discute è inequivocabilmente connotato da caratteristiche proprie ed inconfondibili del rispetto del principio sopra richiamato. Anche il fatto che il tributo debba essere corrisposto solo in caso di effettiva presenza del gas nell'infrastruttura, lungi dal connotare attività impositiva pura e semplice da parte della Regione, corrisponde alla giusta esigenza di correlare il tributo ai soli casi in cui effettivamente ed in concreto sussista un potenziale pericolo di danno ambientale.

La connessione intrinseca tra il tributo e la sua destinazione ai fini di tutela costituisce prova irrefutabile quanto alla natura del tributo stesso e alla sua ratio: che non è certo quella di introdurre un dazio non consentito, ma esclusivamente di assicurare – in una situazione di potenziale pericolo ambientale – la riduzione e la prevenzione di tale pericolo in applicazione del principio generale di precauzione indicato espressamente dalle norme comunitarie fondamentali.».

Causa C-176/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Spedizione di farina animale contenente o meno materiali particolarmente a rischio – Classificazione quale rifiuto – Regolamento (CE) n. 1774/2002 – Applicazione regolamento (CEE) n. 259/1993 – Notificata in data 8 giugno 2005 e proposta dal *Landesgericht fuer ZRS* Vienna (Austria) (cs. 33138/05, avv. dello Stato G. Fiengo)

I QUESITI

1. – Se le spedizioni (transito ovvero rispedizione) di farina animale, contenenti o meno materiali particolarmente a rischio, siano soggette, in quanto trattasi di rifiuto, all'obbligo di notifica ai sensi del regolamento (CEE) n. 259/93.

In subordine:

2. – Se le spedizioni di farina animale, contenente o meno materiali particolarmente a rischio, ai sensi dell'art. 1, n. 2, lett. *d*), del regolamento (CEE) n. 259/93, siano escluse dall'ambito di applicazione di tale regolamento.

In caso di risposta negativa alla questione *sub* 2):

3. – Se le spedizioni (transito ovvero rispedizione) di

- a*) farina animale priva di materiali particolarmente a rischio o di
- b*) farina animale contenente materiali particolarmente a rischio classificati come materiali di «categoria 1» ai sensi del regolamento (CE) n. 1774/2002, trattandosi di rifiuto ai sensi del regolamento (CE) n. 259/92, in mancanza di notifica e di consenso delle autorità competenti, costituiscono traffico illecito ai sensi dell'art. 26, n. 1, lett. *a*) e *b*), dello stesso regolamento.

Causa C-192/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Pensioni e indennità a favore di vittime di guerra – Limitazione assegnazione dell'indennità ai residenti – Cittadinanza dell'Unione europea (art. 17 CE) – Divieto di disparità di trattamento e di limitazione della libertà di circolazione e di soggiorno (art. 18 CE) – Ordinanza della Corte d'appello olandese, emessa il 22 aprile 2005 e depositata il 29 aprile 2005 (cs. 36051/05, Avv. dello Stato A. Cingolo).

IL FATTO (1)

Il quesito, che ha dato vita a tale domanda di pronuncia pregiudiziale, è sorto a seguito del ricorso presentato da due cittadini olandesi dinnanzi alla Corte di Appello olandese competente in materia di legislazione sociale – *Centrale Raad Van Beroep* – al fine di ottenere l'annullamento di taluni provvedimenti. La Corte è l'organo competente a decidere in materia di domande di pensione ed indennità. I provvedimenti, pur riconoscendo lo *status* di vittima civile ai ricorrenti, hanno negato l'assegnazione di un'indennità periodica e il versamento di sussidi diretti al miglioramento delle condizioni di vita, avendo i ricorrenti trasferito la propria residenza in un altro Stato membro dell'UE (Spagna) in un periodo antecedente alla data di presentazione della domanda. Non risultava, pertanto, soddisfatto uno dei requisiti (2) necessari previsti dalla legge in questione, quello, giustappunto, della residenza nel territorio olandese, ritenuto criterio congruo al fine di delimitare il numero degli aventi diritto, nonché gli obblighi di solidarietà della società olandese.

IL QUESITO

Se il diritto comunitario, in particolare l'art. 18 CE, osti ad una disciplina nazionale ai sensi della quale, in circostanze quali quelle di cui alla causa principale, l'assegnazione di un'indennità a favore di vittime di guerra civili venga negata esclusivamente in ragione del fatto che l'interessato, il quale sia in possesso della cittadinanza dello Stato membro di cui trattasi, alla data di presentazione dell'istanza non risiede nel territorio del detto Stato membro, bensì nel territorio di altro Stato membro.

(1) Premesso che: 1. Ai sensi dell'art. 17 CE, è cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. Tale *status* è requisito fondamentale che consente ai cittadini degli Stati membri di ottenere, nell'ambito di applicazione *ratione materiae* del Trattato, un medesimo trattamento al ricorrere della medesima situazione, fatte salve le eccezioni espressamente previste; 2. Tra le situazioni che rientrano nel campo di applicazione del diritto comunitario figurano quelle rientranti nell'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato, della libertà di circolare e di soggiornare nel territorio degli Stati membri *ex art. 18 CE*; 3. Le disposizioni riguardanti le prestazioni a favore delle vittime di eventi bellici o di circostanze a ciò conseguenti sono espressamente escluse dalla sfera di applicazione del regolamento (CEE) n. 1408/1971, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori indipendenti e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità.

(2) È norma generale che la legge in commento vada applicata soltanto a coloro i quali sono in possesso della cittadinanza olandese e che alla data di presentazione della domanda siano residenti nei Paesi Bassi.

Causa C-195/05 (Commissione c/ Repubblica italiana) – Ricorso per inadempimento ex art. 226 CE – Disciplina sui rifiuti – Non conformità della legislazione nazionale alla Direttiva 75/442/CEE, come modificata dalla direttiva 91/156/CEE (ct. 31146/05, avv. dello Stato G. Fiengo).

IL RICORSO

La Commissione Europea ha introdotto il presente ricorso, notificato in data 8 giugno 2005, ritenendo che la Repubblica italiana, avendo adottato indirizzi operativi validi su tutto il territorio nazionale, esplicitati in particolare per mezzo della circolare del Ministero dell'Ambiente del 28 giugno 1998 e della circolare del Ministero della Salute del 22 luglio 2002, tali da escludere dall'ambito di applicazione della disciplina sui rifiuti gli scarti alimentari originati dall'industria agro-alimentare destinati alla produzione di mangimi; avendo, per mezzo dell'articolo 23 della legge n. 179 del 31 luglio 2002, escluso dall'ambito di applicazione della normativa sui rifiuti i residui derivanti dalle preparazioni nelle cucine di qualsiasi tipo di cibi solidi, cotti e crudi, non entrati nel circuito distributivo di somministrazione, destinati alle strutture di ricovero di animali di affezione; 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.

IL CONTRORICORSO

«Il ricorso è infondato e se ne chiede il rigetto per i motivi di seguito riportati.

I materiali ed i sottoprodotti derivanti dalle lavorazioni dell'industria agroalimentare sono "materie prime per mangimi" ove, in presenza dei requisiti igienico-sanitari, esista la volontà del produttore di volerli utilizzare nel ciclo alimentare zootecnico. Tale volontà manifesta, associata al riutilizzo certo dei sottoprodotti stessi, non sottoposti a trasformazioni preliminari o assoggettati unicamente alle trasformazioni previste dalla normativa vigente in ambito comunitario o nazionale, è testimonianza della volontà del produttore/detentore di non disfarsi del materiale in questione.

In tal caso i suddetti materiali non sono assoggettati alla normativa sui rifiuti bensì alle disposizioni relative alla produzione e commercializzazione degli alimenti per animali; nel caso poi si tratti di sottoprodotti di origine animale è inoltre di applicazione il Regolamento europeo n. 1774/2002.

I controlli all'interno della filiera alimentare sono tali da considerare tale filiera equivalente ad un unico processo di produzione.

L'intero impianto legislativo comunitario in materia di sicurezza degli alimenti e dei mangimi è infatti sottoposto al Regolamento (CE) 178/2002 che stabilisce i principi ed i requisiti generali della legislazione alimentare. Tale norma costituisce un ombrello normativo particolarmente ampio e fissa una disciplina estesa a tutti gli aspetti di sicurezza della catena alimentare umana e animale, dalla produzione primaria, alla trasformazione alla distribuzione. In particolare, il Regolamento 178 stabilisce il principio della tracciabilità, ovvero la capacità, da parte di ciascun operatore della filiera agrolimentare, di individuare da chi ha ricevuto ed a chi ha consegnato il materiale (materia prima, prodotto semi-trasformato, prodotto finito, ecc...) trattato.

Sono inoltre di applicazione le disposizioni HACCP, previste dai regolamenti 852/2004, 853/2004, 854/2004 per quanto riguarda gli alimenti, il Reg. 183/2005 per i mangimi nonché il Regolamento 882/2004 sui controlli ufficiali di alimenti, mangimi, sanità e benessere degli animali.

A tal riguardo si rappresenta che i suddetti regolamenti vanno a sostituire le precedenti norme comunitarie che erano in applicazione su tutto il territorio comunitario ed attuate in Italia con provvedimenti legislativi.

A sua volta la legislazione italiana, sin dal 1962 con la legge 283/62 e per quanto riguarda i mangimi dal 1963 con la legge 281/63, ha fissato una serie di vincoli per la produzione commercializzazione di alimenti e mangimi che permettono alle autorità sanitarie di avere un controllo diretto lungo tutta la filiera, ivi compreso il trasporto degli alimenti e dei mangimi.

I sottoprodotti e gli scarti edibili dell'industria agroalimentare possono essere destinati all'alimentazione animale purché soddisfino ai requisiti fissati dalle vigenti disposizioni nazionali che hanno recepito specifiche direttive e regolamenti comunitari.

In particolare è necessario che tutti i prodotti utilizzati ai fini dell'alimentazione animale rispondano ai seguenti requisiti:

– siano di qualità sana, leale e mercantile (legge 281/63, art. 17, c. 1, lett. a);

– non presentino tenori in sostanze indesiderabili superiori ai limiti previsti (Dir. 99/29/CE e succ. modif. e D.M 241/1998 succ. abrogato da decreto legislativo 149/2004);

– non rientrino nell'elenco degli ingredienti di cui è vietata la circolazione o l'impiego negli alimenti composti per animali (Dec. 91/516/CE e succ. Mod. e Decisione 2004/217/CE del 1° marzo 2004);

– rispondano ai requisiti generali in materia di sicurezza fissati all'art. 15 del Regolamento 178/2002/CE.

Tali prodotti essendo compresi nell'elenco non esclusivo delle principali materie prime per mangimi (decreto legislativo 360/1999, allegato II, parte A, capo II) possono essere messi in circolazione solo se sul documento di accompagnamento o se del caso sull'imballaggio, sul recipiente o sull'etichetta fissata allo stesso, compaiono l'espressione "materia prima per mangimi", la denominazione di tale materia prima, nonché le indicazioni dei tenori analitici previsti per ciascuna materia prima considerata. È obbligatorio inoltre aggiungere il nome e la ragione sociale e l'indirizzo del responsabile dell'immissione in commercio.

Tali prodotti devono essere utilizzati in impianti per la produzione di alimenti per animali autorizzati ai sensi della legge 281/1963, oppure riconosciuti o registrati ai sensi del decreto legislativo 123/1999.

Su di essi l'autorità sanitaria esplica una attività di vigilanza veterinaria permanente, con presenza del veterinario e relativi controlli commisurata al rischio sanitario.

La gestione dei sottoprodotti derivati dalla lavorazione di alimenti deve essere documentata, sulla base delle Buone Pratiche d'igiene, dalla ditta che produce alimenti in maniera tale che il controllo ufficiale sappia a priori il destino di tali sottoprodotti.

A tal riguardo, infatti, è indispensabile che venga effettuato un contratto tra il produttore e l'utilizzatore degli stessi materiali, in maniera da garantire la corretta gestione di tali sottoprodotti anche ai fini della corretta applicazione del piano di autocontrollo (HACCP) dello stabilimento.

La destinazione finale è quindi comprovata da un accordo di tipo formale o con la stipula di un contratto o dalla documentazione fiscale.

Da quanto sopra esposto risulta soddisfatto il principio di salvaguardia dell'ambiente e della salute umana ed animale, dal momento che, anche nel rispetto del Regolamento 178/2002 e del nuovo Regolamento 183/2005, viene garantita la sicurezza dei mangimi lungo tutta la filiera alimentare, mediante l'attuazione del piano di autocontrollo (HACCP), di una adeguata etichettatura che permette ed agevola la rintracciabilità dei prodotti, nonché delle materie prime per mangimi a partire dallo stabilimento di produzione, industria o esercizio commerciale, in cui sono state prodotte, e nelle fasi di trasporto (art. 18-20 Reg. 178/2002).

In Italia, ricordiamo che tutte le attività riguardanti il settore alimentare e mangimistico sono soggette ad autorizzazione, che viene rilasciata sulla base di idonea documentazione attestante i requisiti sia dei soggetti che la richiedono sia delle strutture e dei mezzi di trasporto. Si ha riguardo a titolo esemplificativo i manuali HACCP per i settori dell'industria lattiero-casearia e dolciaria, ed i codici di buone pratiche Assalzo per la produzione e la commercializzazione di mangimi per animali da reddito, di mangimi per animali da compagnia e di premiscele per mangimi.

Viceversa la Commissione ritiene che la volontà manifesta del suddetto produttore/detentore dello scarto-sottoprodotto agroalimentare, derivante da una ditta agroalimentare di destinarlo oggettivamente, secondo le regole della filiera alimentare ad un alimento per animali, non sia sufficiente ad escludere la volontà di disfarsi. Quindi a parere della Commissione, indipendentemente dalla volontà manifesta del produttore di utilizzare il residuo, senza uscire dall'ambito alimentare, il residuo stesso rientrerebbe sempre e comunque nella disciplina dei rifiuti.

Questo contrasta però con la restante normativa comunitaria; infatti l'intero quadro normativo comunitario e nazionale relativo ai requisiti di sicurezza degli alimenti e dei mangimi rende concettualmente e praticamente impossibile definire "rifiuti" i materiali che, essendo in possesso degli idonei requisiti igienico-sanitari, vengono destinati oggettivamente alla produzione mangimistica.

L'approccio adottato dalla Commissione condurrebbe al paradosso di dover gestire come rifiuti i sottoprodotti dell'industria alimentare (ancorché esplicitamente annoverati tra le materie prime per la mangimistica ai sensi della direttiva 96/25/CE, trasposta in Italia con il decreto legislativo 360/1999) impedendone, di conseguenza, l'utilizzo per la produzione mangimistica, con conseguenze deflagranti non solo in termini di costi, impatti gestionali (basti pensare alle difficoltà logistiche che si produrrebbero per i resi commerciali), improvvisa assenza di una importante fonte di materie prime di alto valore nutrizionale per la mangimistica, ma anche di incremento dei materiali/residui che concorrono alla formazione dei rifiuti.

Vigendo in Italia l'esclusività del trasporto per le derrate alimentari, se tali prodotti, non più destinati al consumo umano, dovessero essere inquadrati come rifiuti, si verrebbe a creare la condizione che essi, dovendo essere trasportati con mezzi autorizzati per il trasporto dei rifiuti, non potrebbero viaggiare su mezzi utilizzati per il trasporto di prodotti alimentari e comunque non potrebbero essere consegnati, in virtù della legislazione italiana ad un'industria mangimistica in quanto trasportati appunto su un mezzo autorizzato per rifiuti. Il circuito virtuoso costituito dall'utilizzo per gli animali di ciò che residua dalle industrie alimentari per gli umani e di ciò che non viene somministrato agli umani perché in eccedenza in quanto residuo di porzione, verrebbe a cadere.

Una priorità della Commissione dovrebbe essere quella di prevenire la produzione dei rifiuti, in tal caso invece si ottiene un risultato opposto, si aumenta la produzione e lo smaltimento dei rifiuti stessi, perché se ne impedisce un suo riutilizzo come alimento.

Per quanto riguarda poi i requisiti ambientali degli impianti produttori di mangimi si fa presente che questi oltre alle prescritte autorizzazioni sanitarie ai sensi della già citata legge 281/1963 e decreto legislativo 123/1999 sono tenuti, come accade per le altre attività produttive, al rispetto della normativa ambientale relativa alle emissioni in aria (d.P.R. 203/1988 Attuazione delle Direttive CEE numeri 80/779, 82/884, 84/360 e 85/203 concernenti norme in materia di qualità dell'aria, relativamente a specifici agenti inquinanti, e di inquinamento prodotto dagli impianti industriali) a quella relativa agli scarichi (decreto legislativo 152/1999 recepimento della direttiva 91/271/CEE e direttiva 91/676/CEE) ed anche all'autorizzazione integrata ambientale ai sensi del decreto legislativo 372/1999, attuazione della direttiva 96/61/CE relativa alla prevenzione e riduzione integrate dell'inquinamento.

Infatti la definizione di prodotti alimentari nella direttiva 96/61/CE (paragrafo 6.4) non appare circoscrivibile alla produzione di alimenti per il consumo umano, ma risulta estesa anche agli alimenti ad uso zootecnico.

Questa è un'ulteriore prova che i controlli di tipo ambientale su tali impianti sono equivalenti a quelli disposti dalla direttiva 75/442/CEE; diversamente da quanto affermato dalla Commissione non ha più senso alla luce della autorizzazione integrata ambientale parlare di differenti finalità della legislazione sui rifiuti rispetto a quella sui mangimi.

Per quanto riguarda i residui di porzioni o le eccedenze alimentari, i due termini sono sinonimi, derivanti dalle preparazioni nelle cucine di qualsiasi tipo di cibi solidi, cotti e crudi, non entrati nel circuito distributivo di somministrazione, destinati alle strutture di ricovero di animali di affezione, la Commissione ci contesta che l'averli inseriti tra le esclusioni di cui all'articolo 8 del decreto legislativo n. 22/1997 li fa classificare automaticamente rifiuti.

In realtà anche in questo caso è palese che il detentore/produttore deve dimostrare la volontà di non disfarsene, volendoli effettivamente destinare alle citate strutture assoggettate alle autorizzazioni di cui alla legge 14 agosto 1991 n. 281.

Anche in questo caso valgono gli obblighi di fornire all'Autorità competente, nel piano di autocontrollo, la dimostrazione dell'effettiva destinazione.

La collocazione tra le esclusioni nell'ambito del decreto legislativo n. 22/1997 dal punto di vista giuridico potrebbe effettivamente essere non idonea, si tratta infatti sempre di eccedenze alimentari e non di residui di produzione.

Il termine residui, usato nell'articolo 23 della legge n. 179 del 31 luglio 2002, non deve trarre in inganno, si tratta di residui di porzioni non somministrate, ossia di eccedenze non di residui di un processo produttivo; infatti tale termine "residui" potrebbe anche scomparire, il solo termine eccedenze sarebbe sufficiente. La collocazione nel decreto legislativo n. 22/1997 relativo ai rifiuti di tale esclusione discende dalla opportunità di contrastare la tendenza, suffragata da alcuni settori della Commissione di considerare, sino a prova contraria, tutto rifiuto (anche un alimento) e dalla conseguente necessità di prevedere un'esclusione esplicita nell'atto generale che disciplina del settore.

Per quanto riguarda il Regolamento Comunitario n. 1774/2002 relativo ai sottoprodotti di origine animale, sul cui richiamo la Commissione esprime dubbi (punto 63) si ricorda che esso si applica anche ai sottoprodotti idonei al consumo umano, ma non destinati al consumo umano per motivi commerciali, come appunto sono le eccedenze, idonee però all'alimentazione degli animali di affezione.

Tale regolamento, per tutti i sottoprodotti di origine animale, impone al produttore un sistema di disposizioni e controlli cogenti non opzionabili, esaustivi e coerenti rispetto alle prescrizioni della direttiva 75/442/CEE, anche quando non si tratti di rifiuti, mancando da parte del produttore la volontà di disfarsene.

Non appare corretto replicare che le finalità del Regolamento e quelle della direttiva siano differenti perché in tal caso gli obiettivi sono coincidenti: evitare la dispersione nell'ambiente e istituire adeguati controlli al fine di tutelare la salute dell'uomo, degli animali e l'ambiente stesso.

Giova a tal punto richiamare il documento preliminare al Regolamento stesso presentato dalla Commissione (COM/2000/0574 def), di cui si riporta uno stralcio, recante gli obiettivi del regolamento stesso:

“rafforzare le norme relative ai controlli e alla possibilità di stabilire la provenienza dei sottoprodotti di origine animale;

– stabilire un collegamento con la normativa comunitaria in materia di ambiente;

– creare un nuovo quadro giuridico per il settore dei sottoprodotti di origine animale”.

Infine a riprova che la Repubblica Italiana sia nell'Unione Europea l'unico Stato membro ad avere tale orientamento si fa riferimento ad una nota dell'Agenzia per l'Ambiente della Gran Bretagna, emessa in esito ad una discussione avviata con il Defra (Department for Environment Food and Rural Affairs) e con l'AIC (Agricultural industries Confederation), nella quale viene esplicitamente affermato che i materiali che scaturiscono dalla produzione di alimenti e bevande e vengono direttamente destinati ad un'altra impresa per la produzione di prodotti alimentari o mangimi non sono rifiuti. (omissis).

Roma 3 agosto 2005 – Avvocato dello Stato Giuseppe Fiengo».

Causa C-196/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Classificazione doganale dei prodotti – Informazione tariffaria vincolante – Interpretazione nomenclatura combinata (Regolamento CEE n. 2658/87, allegato I, modificato da regolamento CEE n. 1789/2003, allegato I) – Decisione del *Finanzgericht München* (terza sezione – Germania), emessa il 17 febbraio 2005 e notificata il 24 giugno 2005 (cs. 36050/05, avv. dello Stato G. Albenzio).

IL FATTO

Il ricorso è stato presentato da una società produttrice di filoni di mozzarella destinati all'utilizzo nell'industria della pizza, dinanzi alla summenzionata Corte, per ottenere l'annullamento della decisione dell'*Oberfinanzdirektion Nürnberg* (confermata a seguito del ricorso in opposizione della ricorrente), con la quale sostanzialmente si revocava, ai sensi dell'art. 9, n. 1, del Codice doganale comunitario, l'informazione tariffaria vincolante precedentemente accordata, in ragione del mancato riscontro delle condizioni per annoverare il prodotto della ricorrente nella sottovoce della nomenclatura combinata, relativa alla mozzarella affinata, adottando come criterio essenziale ai fini della distinzione di quest'ultima dalla mozzarella non affinata (considerata, pertanto, quale formaggio fresco) la sensazione gustativa, accertata durante l'esame organolettico. Oggetto della controversia è dunque la tariffazione da applicare ai filoni di mozzarella.

I QUESITI

1. – Se la nomenclatura combinata nella versione di cui all'allegato I del regolamento CE n. 1789/2003 (*G.U.* L 281 del 30 ottobre 2003), che modifica l'allegato I del regolamento CEE del Consiglio n. 2658/87 relativo alla nomenclatura tariffaria e statistica ed alla tariffa doganale comune, debba essere interpretata nel senso che un formaggio per pizza (mozzarella), conservato dopo la sua produzione per una o due settimane alla temperatura di 2-4° C, va classificato nella sottovoce 0406 10 della NC.

2. – Se, in mancanza di una normativa comunitaria, l'esame volto a stabilire se ci si trovi in presenza di un formaggio fresco ai sensi della sottovoce 0406 10 della NC possa essere effettuato sulla base di caratteristiche organolettiche.

Causa C-198/05 (Ricorso per inadempimento ex art. 226 T CE) – Commissione c/ Repubblica Italiana – Procedura d'infrazione 2003/2199 ex art. 226 Trattato Ce – Diritto di noleggio e di prestito pubblico – Non corretta applicazione della direttiva 92/100/CE (cs. 31142/2005, Avv. dello Stato M. Massella D.T.).

IL FATTO

Il ricorso di cui all'instestazione, presentato dalla Commissione Europea contro il Governo italiano ha ad oggetto l'inadempienza di quest'ultimo rispetto alle prescrizioni della direttiva europea 92/100/CE del Consiglio del 19 novembre 1992, concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto d'autore in materia di proprietà intellettuale, per la parte relativa al diritto di prestito pubblico.

L'art. 1 della citata direttiva obbliga gli Stati membri a riconoscere agli autori il diritto esclusivo di autorizzare il prestito delle loro opere. Il comma 3 del medesimo articolo precisa che per prestito si deve intendere «*la cessione in uso, per un periodo limitato di tempo ma non ai fini di un beneficio economico o commerciale diretto od indiretto*», quando sia effettuata da «*istituzioni aperte al pubblico*». Pur stabilendo detto obbligo di introdurre detto esclusivo diritto, la direttiva consentente tuttavia di determinare deroghe o restrizioni a tale diritto, delineate dall'art. 5.

Detto articolo 5, al comma terzo, consente di esentare dal pagamento della remunerazione di cui ai paragrafi 1 e 2 alcune categorie delle istituzioni previste all'articolo 1, terzo comma.

La direttiva in discorso è stata recepita nell'ordinamento italiano con il D.Lgs. 16 novembre 1994, n. 685, che ha modificato l'art. 69 della legge 22 aprile 1941 n. 633.

L'ultima formulazione dell'art. 69, stabilita dal D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68, prevede che il prestito eseguito dalle biblioteche e discoteche di Stato e degli Enti pubblici, ai fini esclusivi di promozione culturale e di studio personale, non è soggetto ad autorizzazione da parte del titolare del relativo diritto, al quale non è dovuta alcuna remunerazione decorsi almeno 18 mesi dal primo atto di esercizio di distribuzione, ovvero decorsi almeno 24 mesi dalla realizzazione delle dette opere se non è stato esercitato il diritto di distribuzione.

Tale articolo, a parere della Commissione, esentando l'insieme delle biblioteche e delle discoteche di Stato dal pagamento della remunerazione, viola al contempo il disposto dell'art. 5 secondo comma e dell'art. 5 terzo comma della direttiva.

Non rispettando quindi le condizioni per la concessione di una deroga al diritto esclusivo di prestito da parte delle istituzioni pubbliche, detta disposizione, sempre secondo la Commissione, configura altresì una violazione dell'art. 1 della medesima direttiva.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

Il Governo Italiano nel controricorso datato 12 luglio 2005 espone quanto segue:

«(omissis) Il governo Italiano con il presente controricorso fa presente che, a seguito dei rilievi mossi dalla Commissione, si è aperto un'ampio confronto nell'ambito del Comitato consultivo permanente per il diritto d'autore, al termine del quale il Ministro per i beni e le attività culturali, sentite le associazioni di categoria interessate, ha elaborato un provvedimento normativo di modifica dell'art. 69, della legge n. 633/41.

La nuova disposizione prevede l'istituzione, presso il Ministero per i beni e le attività culturali, di un fondo per la remunerazione del prestito pubblico, su cui far gravare gli oneri relativi alla remunerazione degli autori. Detta norma prevede, altresì, il concorso delle Regioni al finanziamento del Fondo in argomento, in conseguenza dell'elevato numero di biblioteche comunali e provinciali presenti in Italia, che determina una concentrazione del volume dei prestiti librari a livello prevalentemente locale.

Il Governo italiano intende presentare al Parlamento tale provvedimento di legge e confida di adempiere quanto prima all'obbligo imposto dalla direttiva 92/100/CE del 19 novembre 1992, relativamente al diritto di prestito pubblico. (...).

Roma 15 luglio 2005 – Avv. dello Stato Massimo Massella Ducci Teri»

Causa C-205/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Calcolo ed assegnazione dell'indennità per lavoratori esposti all'amianto – Ordinanza del Tribunale degli affari di previdenza sociale (Francia) – (cs. 37246/05, avv. dello Stato A. Cingolo).

IL FATTO

Il 13 maggio 2004, la C.R.A.M. del Nord-Est ha notificato al Sig. N. una decisione di assegnazione dell'indennità per i lavoratori esposti all'amianto del regime generale che teneva conto soltanto delle buste paga che gli erano state versate in occasione della sua attività lavorativa in Francia.

Il Sig. N., che affermava di aver svolto altresì un'attività come lavoratore subordinato in Belgio, che la C.R.A.M. non aveva preso in considerazione, ha sottoposto la questione alla commissione conciliativa, che ha respinto la sua contestazione con la seguente motivazione: emerge dalla circolare 9 giugno 1999, 2SS/4B/99, n. 332 che, quando, come nel caso di specie, per i salari percepiti fuori dalla Francia non sono stati versati contributi previdenziali e assistenziali ai sensi dell'art. 242-1 del codice di previdenza sociale, soltanto i salari percepiti durante gli ultimi 12 mesi di attività in Francia sono presi in considerazione per il calcolo dell'indennità.

Il Sig. N., adito il Tribunale, contesta alla C.R.A.M. del Nord-Est di avere violato il principio della parità di trattamento di cui devono beneficiare tutti lavoratori dell'Unione, sancito dal regolamento (CEE) del Consiglio 14 giugno 1971, n. 1408, recentemente abrogato, ma le cui disposizioni sono state riprese nel regolamento (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio 29 aprile 2004, n. 883, avendo, così, ostacolato la libera circolazione dei lavoratori.

I QUESITI

Il Tribunale, visto l'art. 234 del Trattato CE, chiede alla Corte di Giustizia delle Comunità europee di risolvere la seguente questione:

«Se la C.R.A.M., essendosi rifiutata di prendere in considerazione i salari percepiti in Belgio dal Sig. N. ai fini del calcolo dell'indennità per lavoratori esposti all'amianto, assegnatagli ai sensi dell'art. 41 della legge 23 dicembre 1998, n. 98-1194, fondandosi sulle disposizioni dell'art. 2 del decreto di applicazione della legge 29 marzo 1999, n. 99-247 e della circolare 9 giugno 1999, 2SS/4B/99, n. 332, in quanto i detti salari non hanno dato luogo al versamento dei contributi di cui all'art. L. 242-1 del codice di previdenza sociale francese, abbia adottato nei confronti dell'interessato, una decisione pregiudizievole che costituisce un ostacolo alla libera circolazione enunciata all'art. 39 del Trattato, una violazione del regolamento (CE) n. 883/2004 o una violazione dell'art. 15 del regolamento (CE) del Consiglio 21 marzo 1972, n. 574».

Causa C-217/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Pratiche restrittive della concorrenza – Contratti di somministrazione in esclusiva – Regolamento CEE n. 1984/1983 relativo all'applicazione dell'art. 81, paragrafo 3 del Trattato CEE a categorie di accordi di acquisto esclusivo – Ordinanza del *Tribunal Supremo* spagnolo del 17 maggio 2005 (cs. 36742/05, avv. dello Stato A. Cingolo).

IL FATTO

La Confederazione spagnola dei titolari di stazioni di servizio ha presentato una denuncia presso il Ministero delle Finanze contro talune imprese del settore petrolifero, tra cui la C., che avrebbero attuato pratiche restrittive della concorrenza. Tra le varie contestazioni, essa lamentava che i contratti di somministrazione in esclusiva sottoscritti in forma di contratti di commissione tra la C. e le imprese titolari delle stazioni restringevano la concorrenza. Il direttore generale ha disposto la parziale archiviazione del fascicolo aperto a seguito della denuncia. La confederazione è pertanto passata ai rimedi giurisdizionali facendo valere, per quanto riguarda i contratti di somministrazione in esclusiva in regime di contratto di commissione, che si tratta di contratti simulati, in violazione di legge, in quanto costituiscono in realtà contratti di rivendita dissimulati al fine di eludere il divieto di cui all'art. 1.1 della *Ley de Defensa de la Competencia* (legge sulla tutela della concorrenza) e non godono della tutela del regolamento n. 1984/1983 in quanto il presunto commissionario (in realtà rivenditore) non può fissare liberamente il prezzo di vendita finale per i clienti.

I QUESITI

Il *Tribunal Supremo* spagnolo, ai sensi dell'art. 234 CE, propone la seguente questione pregiudiziale:

— se gli artt. 10-13 del regolamento CEE della Commissione n. 1984/1983, relativo all'applicazione dell'art. 81 del Trattato CE a categorie di accordi di acquisto esclusivo, vadano interpretati nel senso che nel loro ambito rientrano i contratti di distribuzione in esclusiva di carburanti e combustibili che, nominalmente qualificati come contratti di commissione o di agenzia, contengono i seguenti elementi:

a) Il titolare della stazione di servizio si impegna a vendere esclusivamente carburanti e combustibili del somministratore conformemente ai prezzi di vendita al pubblico, alle condizioni e alle tecniche di vendita e di gestione stabilite dal somministratore.

b) Il titolare della stazione di servizio assume il rischio relativo ai prodotti dal momento in cui li riceve dal somministratore nella cisterna della stazione di servizio.

c) Dal momento del ricevimento dei prodotti, il titolare assume l'obbligo di conservarli in condizioni idonee ad evitare qualsiasi perdita o deterioramento degli stessi e risponde eventualmente, sia nei confronti della C. sia dei terzi, per qualsiasi perdita, contaminazione o mescolanza che detti prodotti possano subire o dei danni che possano verificarsi per tale motivo.

d) Il titolare della stazione di servizio è tenuto a versare al somministratore l'importo dei carburanti o combustibili nove giorni dopo la data della loro consegna nella stazione di servizio.

Causa C-228/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Sesta direttiva IVA – Detraibilità di acquisti e spese di manutenzione di beni che non formano oggetto dell'attività di impresa – Presunto contrasto fra l'art. 19-*bis*, lett. *c*) e *d*) del d.P.R. n. 633/1972 e art. 17, par. 7 della direttiva – Necessità di preventiva autorizzazione alle deroghe da parte del Comitato IVA del Consiglio UE – Ordinanza della *Commissione Tributaria Provinciale di Trento* notificata l'8 giugno 2005 (ct. 29838/05, avv. dello Stato G. De Bellis).

I QUESITI

1. – Se l'art. 17 par. 7, prima frase della sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977 n. 77/388 CEE, in relazione al punto 2 dello stesso articolo, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri in tema di imposte sulla cifra d'affari, vada interpretato nel senso che:

a) il detto articolo si oppone a considerare «consultazione del Comitato IVA» di cui all'art. 29 della citata Direttiva, la semplice notifica da parte di uno Stato membro dell'adozione di una norma di legge nazionale, come quella di cui all'attuale art. 19-*bis* 1 d.P.R. n. 633/1972, lett. *c*) e *d*) e successive proroghe, che limita il diritto di detrazione dell'IVA relativa all'impiego e manutenzione dei beni di cui al paragrafo 2 dell'art 17, sulla base di una semplice presa d'atto da parte del comitato IVA;

b) lo stesso si oppone egualmente a considerare come misura ricadente nel suo campo di applicazione una qualsivoglia limitazione del diritto a fruire della detrazione IVA connessa all'acquisto, impiego, e manutenzione dei beni *sub a*) introdotta prima della consultazione del Comitato IVA e mantenuta in vigore attraverso numerose proroghe legislative, ripetutesi a catena e senza soluzione di continuità da oltre 25 anni;

c) in caso di risposta affermativa alla questione *sub 1 b*) si chiede che la Corte indichi i criteri sulla scorta dei quali si possa determinare l'eventuale durata massima delle proroghe, in relazione ai motivi congiunturali presi in considerazione dall'art. 17 par. 7 della sesta direttiva; ovvero che precisi se l'inosservanza della temporaneità delle deroghe (ripetute nel tempo) attribuisca al contribuente il diritto a fruire della detrazione.

2. – Qualora i requisiti e le condizioni della procedura di cui all' art. 17 par. 7 sopra richiamato, non risultassero rispettati, dica la Corte se l'art. 17 par. 2 della citata direttiva vada interpretato nel senso che esso si oppone a che una norma di legge nazionale od una prassi amministrativa adottata da uno Stato membro dopo l'entrata in vigore della sesta direttiva (primo gennaio 1979 per l'Italia) possa limitare la detrazione dell'IVA connessa all'acquisto, impiego e manutenzione di determinati autoveicoli, in via oggettiva e senza limitazioni di tempo.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

Il Governo italiano suggerisce alla Corte di rispondere ai quesiti formulati nel seguente modo.

«(Omissis) Quesito n. 1 a): *L'articolo 17 n. 7 della direttiva 77/388/CEE non si oppone a considerare "consultazione del Comitato IVA" di cui all'art. 29 della citata Direttiva, la semplice notifica da parte di uno Stato membro dell'adozione di una norma di legge nazionale, come quella di cui all'attuale art. 19 bis 1 d.P.R. n. 633/1972, lett. c) e d) e successive proroghe, qualora intervenga la presa d'atto del Comitato IVA sia, come si è verificato nel caso dell'Italia, nel rispetto della procedura comunemente adottata in questi casi; sia allorché una presa d'atto intervenga comunque senza rilievi.*

Quesito n. 1 - b): *Il quesito è da ritenersi irricevibile in quanto non pertinente (come precisato nei precedenti punti da 5 a 8).*

Quesito n. 1 - c): *Il quesito è irricevibile (nella prima parte).*

Riguardo alla seconda parte è da ritenersi che alla luce della procedura seguita dall'Italia nel periodo pertinente (dal 2000 al 2004), il rispetto del procedimento previsto dall'articolo 17 n. 7 della direttiva 77/388/CEE, unito il parere favorevole espresso dalla Commissione su entrambe le richieste di deroga, escludono che la normativa nazionale possa essere oggetto di disapplicazione ed attribuire quindi ai contribuenti il diritto alla detrazione, tenuto conto anche del fatto che sussistono per l'Italia i motivi congiunturali di cui al citato art. 17 n. 7, che rendono legittimo il mantenimento della misura nazionale derogatoria.

Quesito n. 2): *Il quesito non avrebbe bisogno di risposta in quanto le condizioni della procedura di cui all'art. 17 n. 7 risultano rispettate dal Governo italiano.*

In ogni caso è da ritenersi che una presa d'atto del Comitato IVA avvenuta sulla base di una consultazione formulata in epoca successiva all'adozione della misura nazionale in deroga, non possa far ritenere illegittima la misura stessa.

Roma, 19 settembre 2005 – Avvocato dello Stato Gianni De Bellis».

Causa C-239/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Deposito, registrazione e protezione di marchi di fabbrica. Art. 3, I direttiva sui marchi 21/12/88 (cs. 41919/05, avv.to dello Stato M. Massella Ducci Teri).

IL FATTO

1. Il 7 aprile 2000 la M-T&C ha depositato il marchio denominativo «THE KITCHEN COMPANY» per la registrazione come marchio per i prodotti rientranti nelle classi 11, 20 e 21 e i servizi delle classi 37 e 42.

Per ognuna delle classi sono stati indicati i prodotti e i servizi per cui si chiedeva la protezione del marchio.

2. Con lettera 24 aprile 2001 l'Ufficio marchi del Benelux - BMB - comunicava che la registrazione del segno distintivo veniva provvisoriamente rifiutata per la seguente ragione: «Il segno THE KITCHEN COMPANY è puramente descrittivo per la specie, la qualità, la provenienza o la destinazione dei prodotti e dei servizi elencati nelle classi 11, 20, 21, 37 e 42 di, per o con riguardo a un'impresa (in inglese: *company*) operante nel settore delle cucine

(in inglese: *Kitchen*). Pertanto il segno è privo di carattere distintivo (v. art. 6-*bis*, n. 1, lett. *a*), della legge uniforme del Benelux in materia di marchi)».

Si tratta quindi del primo impedimento assoluto alla registrazione: la mancanza di ogni carattere distintivo, ai sensi dell'art. 6-*quinquies B*, n. 2, del Trattato di Parigi.

Dopo aver comunicato il 3 dicembre 2001 di non considerare le opposizioni idonee ad invalidare il suo rifiuto, il 25 febbraio 2002 il BMB notificava il suo rifiuto definitivo alla richiesta di registrazione del marchio.

3. Avverso tale rifiuto, la M-T&C adisce la Corte di Appello di Bruxelles, a norma dell'art. 6-*ter* della legge uniforme del Benelux in materia di marchi.

4. La Corte rigetta parzialmente le censure formulate dal parte attrice, mentre per il resto sospende l'ulteriore trattazione della domanda e adisce la Corte di Giustizia della CE.

I QUESITI

La Corte adisce in via pregiudiziale la Corte di Giustizia della CE, affinché risolva le seguenti questioni con riguardo all'interpretazione dell'art. 3 della I direttiva sui marchi, 21 dicembre 1988:

1. – Se l'autorità competente in materia di marchi, dopo aver valutato tutti i fatti e le circostanze pertinenti ad accertare la presenza di un impedimento assoluto alla registrazione, nella sua decisione a titolo provvisorio e in quella a titolo definitivo sul deposito debba esprimere la sua conclusione separatamente per ciascuno dei beni e dei servizi per cui si chiede la tutela,

2. – Se i fatti e le circostanze pertinenti che devono essere presi in considerazione dall'organo giurisdizionale in caso di impugnazione della decisione dell'autorità per i marchi possono essere differenti a causa del decorso del tempo tra le date delle due decisioni, o se siffatto organo giurisdizionale debba prendere in considerazione solo i fatti e le circostanze sussistenti al momento della decisione dell'autorità competente.

3. – Se l'interpretazione data dalla Corte di Giustizia nella sentenza «Postkantoor» (1) osti a che la normativa nazionale sulla competenza dell'or-

(1) Nella sentenza *Postkantoor* (12 febbraio 2004), la Corte di Giustizia della CE ha dichiarato che, relativamente alla questione di quale sia la fase in cui occorra prendere in considerazione i fatti e le circostanze pertinenti, la competente autorità in materia di marchi deve tenerne conto prima di prendere una decisione definitiva. La Corte di giustizia della CE ha risolto la questione ad essa sottoposta, nel senso che l'organo giurisdizionale dinanzi a cui è stata presentata impugnazione avverso una decisione su una domanda deve parimenti tenere conto di tutti i fatti e le circostanze pertinenti, come stabilito dalla normativa nazionale applicabile. La Corte ha, poi, dichiarato che nel caso di una richiesta di registrazione di un marchio per prodotti o servizi differenti, l'autorità competente deve verificare in relazione a ciascuno dei detti prodotti o servizi che il marchio non ricada nella sfera di applicazione di alcuno degli impedimenti alla registrazione enunciati all'art. 3, n. 1, della direttiva sui marchi, e può giungere a conclusioni diverse a seconda dei prodotti o servizi considerati.

gano giurisdizionale sia intesa nel senso che ad esso sia precluso tenere conto dei cambiamenti dei fatti e delle circostanze rilevanti, oppure pronunciarsi sul potere distintivo del marchio separatamente per ciascuno dei prodotti e dei servizi.

Causa C-245/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Dazio antidumping –
Regolamento Ce del Consiglio 28 novembre 1997, n. 2398 – Ordinanza della *Finanzgericht Düsseldorf* (Germania) notificata il 1° agosto 2005 (cs. 41916/05, avv. dello Stato G. Albenzio).

IL FATTO

La ricorrente immetteva in libera pratica biancheria da letto originaria del Pakistan. Le importazioni venivano assoggettate a dazio *antidumping*, sulla base del regolamento Ce del Consiglio 28 novembre 1997, n. 2398. Il 12 marzo 2001 l'organo di conciliazione dell'Organizzazione mondiale del commercio adottava una relazione dell'organo di appello del 30 ottobre 2000 ed una relazione di un panel OMC del 1° marzo 2001 sulla pratica «Comunità europea – dazi antidumping sulle importazioni di biancheria da letto di cotone dall'India», secondo cui l'applicazione da parte della Comunità, ai fini del calcolo della media ponderata di margine del *dumping*, del metodo dell'«azzeramento» con il quale in caso di importi di *dumping* negativi si considera azzerato il risultato, non sarebbe compatibile con l'art. 2.4.2 dell'accordo relativo all'applicazione dell'art. VI dell'accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio 1994 e la Comunità, nel calcolare gli importi delle spese di vendita, amministrative e generali e i profitti riguardo alla costruzione del valore normale, avrebbe agito in contrasto con l'art. 2.2.2, ii) dell'ADU. Pertanto il procedimento *antidumping* relativo alle importazioni di biancheria da letto di cotone originaria del Pakistan veniva chiuso. La ricorrente chiedeva il rimborso del dazio *antidumping* pagato; lo *Hauptzollamt* convenuto rigettava la domanda dichiarando che il regolamento n. 160/02 non ha abrogato il regolamento 2398/97, pertanto l'imposizione del dazio *antidumping* sarebbe stata fondata. La ricorrente proponeva ricorso, volto ad ottenere l'accoglimento della sua domanda di rimborso.

IL QUESITO

Se sia invalido il regolamento CE del consiglio 28 novembre 1997, n. 2398, che istituisce un dazio *antidumping* definitivo sulle importazioni di biancheria da letto di cotone originaria dell'Egitto, dell'India e del Pakistan, in quanto né i considerando di detto regolamento, né i considerando del precedente regolamento CE della Commissione 12 giugno 1997, n. 1069, che impone un dazio *antidumping* provvisorio sulle importazioni di biancheria da letto di cotone originaria dell'Egitto, dell'India e del Pakistan, menzionano l'applicazione del metodo dell'«azzeramento» per il calcolo della media ponderata di margine di *dumping*.

Causa C-246/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi di impresa – Direttiva del Consiglio 21 dicembre 1988, 89/104/CEE – Ordinanza della «*Oberster Patent-und Markensenat*» (Tribunale del riesame in materia di marchi e brevetti / Austria), emessa in data 9 febbraio 2005 (cs. 41918/05, avv. dello Stato M. Massella D.T.).

IL FATTO

Nell'ambito di un procedimento nazionale, la ricorrente chiedeva di procedere alla cancellazione di un marchio ai sensi del § 33° MSchG (legge austriaca in materia di tutela del marchio) per mancato uso dello stesso con riguardo al territorio della Repubblica d'Austria.

La resistente, titolare del marchio denominativo-figurativo «*Le Chef De Cuisine*», chiedeva il rigetto della domanda.

Premesso che: *a)* ai sensi della normativa austriaca, «chiunque è legittimato a chiedere la cancellazione di un marchio registrato in Austria da almeno 5 anni, qualora il marchio non sia stato oggetto di uso effettivo nel territorio nazionale»; i 5 anni decorrono dalla data del deposito della domanda; *b)* ai sensi della normativa comunitaria, art. 10, n. 1, direttiva 89/104/CEE e art. 12, n. 1, della medesima direttiva, se entro 5 anni *dalla data in cui si è chiusa la procedura di registrazione*, il marchio non ha formato oggetto di uso effettivo nello Stato membro interessato, salvo motivo legittimo per il mancato uso, detto marchio è soggetto a decadenza.

I QUESITI

1. – Se l'art. 10, n. 1, della prima direttiva del Consiglio 21 dicembre 1988, 89/104/CEE, sul riavvicinamento delle legislazioni degli Stati Membri in materia di marchi d'impresa debba essere interpretato nel senso che con «data in cui si è chiusa la procedura di registrazione» si intende l'inizio della durata della tutela;

2. – Se l'art. 12, n. 1, della direttiva 89/104/CEE debba essere interpretato nel senso che sussistono legittimi motivi per il mancato uso del marchio qualora l'attuazione, da parte del titolare del marchio, della strategia imprenditoriale perseguita venga differita per motivi estranei all'impresa, o se il titolare del marchio sia tenuto a modificare la sua strategia imprenditoriale al fine di poter utilizzare il marchio entro il termine prescritto.

Causa C-250/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Nomenclatura tariffaria e statistica e tariffa doganale comune – Regolamento CEE del Consiglio del 23 luglio 1987, n. 2658 – Ordinanza della *Hossisches Finanzgericht* (Germania) (cs. 41920/05, avv. dello Stato G. Albenzio).

IL FATTO

La società dante causa della ricorrente ha chiesto al *Zolltechnische Prüfungs und Lehranstalt* dell'*Oberfinanzdirektion* di Monaco il rilascio di una

informazione doganale vincolante per determinate merci. In contrasto con la classificazione, che la ricorrente considera corretta, nel codice 8473 30 90 della nomenclatura combinata (parti ed accessori, riconoscibili come destinati esclusivamente o principalmente alle macchine ed apparecchi o strumenti di cui alle voci da 8469 a 8472, in cui rientrano le stampanti) il *Zoll-technische Prüfungs* ha assegnato ai prodotti oggetto della domanda la voce 3215 (inchiostri).

IL QUESITO

Se, contrariamente alla pronuncia adottata della Corte di Giustizia delle Comunità europee in data 7 febbraio 2002 nella causa C-276/00, secondo cui l'allegato I del regolamento CEE del Consiglio 23 luglio 1987, n. 2658, relativo alla nomenclatura tariffaria e statistica ed alla tariffa doganale comune, come modificato dal regolamento CE della Commissione 9 settembre 1996, n. 1734, è da interpretarsi nel senso che una cartuccia d'inchiostro senza testina di stampa integrata – comprendente un involucro di plastica, resina espansa, una griglia metallica, guarnizioni, una pellicola sigillante, un'etichetta, inchiostro e confezionamento – la quale, per quanto riguarda sia la cartuccia sia l'inchiostro, può essere utilizzata unicamente in una stampante avente le stesse caratteristiche delle stampanti a getto d'inchiostro della marca *Epson Stylus Color*, deve essere classificata nella sottovoce 3215 90 80 della nomenclatura combinata, la sopra descritta cartuccia d'inchiostro non debba piuttosto essere qualificata come «parte» o «accessorio» di una stampante e classificata nella voce 8473 della NC, in quanto il funzionamento meccanico ed elettronico della stampante dipende dalla presenza di una tale cartuccia.

Causa C-252/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Trattamento delle acque reflue urbane – Direttiva 75/442/CE – Direttiva 91/271/CE – Ordinanza della *High Court of Justice* (Regno Unito) emessa in data 20 maggio 2005, notificata il 12 settembre 2005 (cs. 47454/05, avv. dello Stato G. Fiengo).

IL FATTO

Un'impresa di reti fognarie, legalmente autorizzata in base alla direttiva 91/271/CEE, concernente il trattamento delle acque reflue urbane, è stata accusata di avere depositato acque reflue non trattate, in quanto considerate «rifiuti sottoposti a controllo» ai sensi dell'art. 33 dell'*Environmental Protection Act*.

I QUESITI

1. – Se le acque reflue che fuoriescono da un sistema fognario gestito da un'impresa fognaria legalmente autorizzata ai sensi della direttiva del Consiglio 21 maggio 1991, concernente il trattamento delle acque reflue urbane, 91/271/CEE e/o del *Water Industry Act* 1991, equivalgono a «rifiuti della direttiva» ai sensi della direttiva 75/442/CEE (come modificata dalla direttiva 91/156/CEE).

2. – In caso di soluzione affermativa della prima questione, se le suddette acque:

a) siano escluse dalla nozione di rifiuti della direttiva di cui alla direttiva 75/442/CEE, in forza dell'art. 2, n. 1 lett. b), iv), della direttiva medesima, in particolare, in forza della direttiva 91/271/CEE e/o del WIA del 1991; o

b) rientrino nell'ambito di applicazione dell'art. 2, n. 2, della direttiva 75/442/CEE e siano escluse dalla nozione di «rifiuti della direttiva» di cui alla direttiva 75/442/CEE, in particolare in forza della direttiva 91/271/CEE.

Causa C-261/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Tributo avente carattere di imposta sulla cifra d'affari – Direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, n. 77/388/CEE – Ordinanza della *Komaron-Esztergom Megyei Birosag* (Ungheria), notificata il 26 settembre 2005 (avv. dello Stato G. De Bellis).

IL FATTO

Le ricorrenti sono società commerciali registrate in Ungheria che dispongono di uno stabilimento e di un numero fiscale in Germania. Esse pagano in Germania un tributo sulle attività economiche per gli introiti che ivi realizzano.

Nel calcolo della base imponibile locale ungherese sulle attività economiche non viene tenuto conto delle attività economiche realizzate in Germania, conformemente alla Convenzione firmata a Budapest il 18 luglio 1977 tra la Repubblica popolare d'Ungheria e la Repubblica federale di Germania al fine di evitare la doppia imposizione in materia di imposte sul reddito, sui prodotti di valori immobiliare e sul patrimonio.

La domanda pregiudiziale è necessaria poiché sulla base della normativa nazionale e della direttiva non è chiaro se il tributo locale ungherese di cui trattasi sia un tributo avente carattere di imposta sul patrimonio ovvero di imposta sul giro d'affari.

I QUESITI

1. – In base a quali criteri, secondo la Sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, n. 77/388/CEE un tributo viene qualificato come avente carattere di imposta sulla cifra di affari?

Se si debba considerare avente carattere di imposta sulla cifra d'affari un tributo la cui base imponibile è la totalità o una certa quota del provento netto risultante del prezzo delle vendite realizzate o dai servizi resi, diminuito del prezzo di acquisizione delle merci vendute e del valore dei servizi intermediari, nonché delle spese materiali.

2. – Se l'art. 33 della direttiva debba essere inteso nel senso che negli Stati membri può essere mantenuto un solo tributo avente carattere di imposta sulla cifra d'affari.

3. – Qualora in uno Stato membro dopo la sua adesione all'UE, vengano mantenuti due o più tributi aventi carattere d'imposta sulla cifra

d'affari, se l'accertamento con effetto retroattivo di un tributo relativo ad un periodo precedente all'adesione sia in contrasto con l'art. 33 della direttiva.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

«(Omissis) *In relazione al primo quesito, prima parte, il Governo italiano evidenzia come anche nella recente sentenza del 29 aprile 2004 (in causa C-308/01 GIL Insurance, punti 33 e 34) la Corte ha ribadito che i criteri di qualificazione di un'imposta come imposta sulla cifra d'affari ai sensi dell'art. 33 n. 1 della direttiva 77/388/CEE, sono il possesso delle caratteristiche essenziali dell'IVA.*

Queste caratteristiche sono le seguenti: l'IVA si applica in modo generale alle operazioni aventi ad oggetto beni o servizi; è proporzionale a detti beni e servizi, a prescindere dal numero di operazioni effettuate; viene riscossa in ciascuna fase del procedimento di produzione e di distribuzione; infine, si applica sul valore aggiunto dei beni e dei servizi, in quanto l'imposta dovuta in occasione di un'operazione viene calcolata previa detrazione di quella che è stata versata all'atto della precedente operazione (v., in particolare, sentenze Bergandi, cit., punto 15; 7 maggio 1992, causa C-347/90, Bozzi, Racc. pag. I-2947, punto 12, e 17 settembre 1997, causa C-130/96, Solisnor-Estaleiros Navais, Racc. pag. I-5053, punto 14).

La risposta alla seconda parte del quesito va data applicando tali principi.

Il Giudice remittente precisa che la base imponibile è «la totalità o una certa quota del provento netto risultante del prezzo delle vendite realizzate o dai servizi resi, diminuito del prezzo di acquisizione delle merci vendute e del valore dei servizi intermediari, nonché delle spese materiali».

Ciò trova conferma nell'articolo 39 («La base imponibile del tributo») della legge n. 100 del 1990 sui tributi locali, allegata all'ordinanza.

Sembra pertanto che l'imposta si applichi sull'importo complessivo dei ricavi derivanti dalle cessioni di beni e prestazioni di servizi resi, al netto del prezzo degli acquisti, del valore dei servizi e delle spese sostenute.

In tale situazione viene a mancare il requisito della proporzionalità.

È opportuno ricordare che nella sentenza 8 giugno 1999 Pelzl, in causa C-338/97 ed altre riunite, la Corte si è pronunciata in ordine ad una tassa sul turismo applicata (in Austria) sulla medesima base imponibile relativa alla tassa sulla cifra di affari.

In tale occasione la Corte escluse che la tassa austriaca potesse essere considerata un'imposta sulla cifra d'affari, in quanto (tra l'altro) la stessa veniva calcolata (punto 25) «sulla base della cifra d'affari complessiva realizzata in un anno, per cui non è possibile determinare con precisione l'importo della tassa ripercossa sul cliente in occasione di ciascuna vendita o di ciascuna prestazione di servizio, sicché il requisito della proporzionalità di tale importo ai prezzi percepiti dal soggetto d'imposta non è più soddisfatto».

Occorre al riguardo ricordare che per costante giurisprudenza della Corte affinché il tributo abbia il carattere di un'imposta sulla cifra d'affari, le caratteristiche essenziali dell'IVA devono essere tutte presenti.

La Corte infatti nella citata sentenza GIL Insurance (C-308/01) ha ribadito che

Per contro, l'art. 33 della sesta direttiva non osta al mantenimento o all'introduzione di un'imposta che non presenta una caratteristica essenziale dell'IVA (sentenza Solisnor-Estaleiros Navais, cit., punti 19 e 20).

È quindi sufficiente la mancanza anche del solo requisito della proporzionalità per escludere che l'imposta locale ungherese sia qualificabile come un'imposta sulla cifra d'affari.

Per il resto dall'ordinanza di rimessione non è dato comprendere se sussistano le altre caratteristiche essenziali di un'imposta sulla cifra d'affari.

Ad esempio, riguardo al requisito della generalità, è necessario che l'imposta si applichi in modo generale «alle cessioni di beni o di servizi», l'imposta deve cioè colpire tutte le operazioni commerciali già assoggettate ad IVA.

Orbene l'imposta ungherese si applica agli «imprenditori» (articolo 35 n. 2 della legge n. 100 del 1990). Non è dato sapere se in tale concetto sono compresi, ad esempio, i lavoratori autonomi che svolgono in modo non occasionale la loro attività (e che in quanto tali sono soggetti all'IVA).

Se così non fosse, di certo mancherebbe anche il requisito della generalità. Spetterà ovviamente al giudice nazionale una tale verifica.

L'imposta deve inoltre essere riscossa in ogni fase del procedimento di produzione e di distribuzione. Tale requisito è funzionale al carattere di proporzionalità. Il meccanismo di detrazione dell'imposta assolta a monte (che consente di pervenire al risultato di applicare la medesima imposta sul prezzo di cessione finale del bene indipendentemente dal numero di cessioni intermedie), presuppone che l'imposta sia riscossa in ogni fase del procedimento di produzione e di distribuzione.

Tale carattere è essenziale al meccanismo di detrazione che consente di mantenere invariato l'ammontare dell'imposta sul prezzo finale del bene, quale che sia il numero delle cessioni intermedie.

Così come l'imposta deve gravare sul valore aggiunto.

È quindi necessario che l'imposta abbia un meccanismo di detrazione del tributo assolto a monte.

A quel che risulta dall'ordinanza impugnata, un tale meccanismo non esiste nell'imposta ungherese, dove la detrazione non riguarda l'imposta assolta a monte, bensì le spese ed il prezzo degli acquisti che vanno a ridurre la base imponibile formata dai ricavi. Né risulta che sia previsto un rimborso nel caso in cui la differenza tra i ricavi e le spese deducibili dia luogo ad un importo negativo.

L'imposta appare pertanto più affine ad un tributo diretto. Se così è, allora neppure si pone un problema di compatibilità dell'imposta con l'articolo 33 della direttiva 77/388/CEE.

Occorre infatti considerare che la citata direttiva è stata emanata in forza dell'articolo 99 del Trattato (ora 93 CE) che demanda al Consiglio di adottare «le disposizioni che riguardano l'armonizzazione delle legislazioni relative alle imposte sulla cifra d'affari, alle imposte di consumo ed altre imposte indirette, nella misura in cui detta armonizzazione sia necessaria per assicurare l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno».

L'articolo 33 ha pertanto lo scopo di evitare che gli Stati membri introducano o mantengano prelievi fiscali che possano pregiudicare l'armonizzazione prevista dal citato articolo 93.

Il riferimento è però alle sole imposte indirette (mentre con riguardo alle imposte dirette l'art. 293 CE prevede unicamente la possibilità che gli Stati membri concludano delle convenzioni contro la doppia imposizione).

La scelta contenuta nel Trattato è quindi di non interferire nella sovranità fiscale degli Stati membri, se non nella misura strettamente necessaria a realizzare i suoi obiettivi essenziali, e questa interferenza è stata ritenuta necessaria solo con riferimento alle imposte indirette.

In conclusione dagli elementi che emergono dall'ordinanza del giudice remittente si può già dedurre che l'imposta locale ungherese non può considerarsi un'imposta sulla cifra d'affari ai sensi dell'articolo 33 della direttiva 77/388/CEE.

Ciò in quanto in primo luogo l'imposta risulta avere le caratteristiche di un tributo diretto, come tale fuori del campo di applicazione dell'articolo 33.

In secondo luogo l'imposta è sprovvista del carattere di proporzionalità poiché la base imponibile non è data dalla singola operazione di cessione o prestazione di servizio.

La risposta negativa alla seconda parte del primo quesito rende non necessaria la risposta al secondo e al terzo quesito.

In conclusione il Governo italiano suggerisce alla Corte di rispondere ai quesiti sottoposti al suo esame affermando che:

1. – I criteri di qualificazione di un'imposta come imposta sulla cifra d'affari ai sensi dell'art. 33 n. 1 della direttiva 77/388/CEE, sono il possesso delle caratteristiche essenziali dell'IVA. Queste caratteristiche sono le seguenti: l'IVA si applica in modo generale alle operazioni aventi ad oggetto beni o servizi; è proporzionale a detti beni e servizi, a prescindere dal numero di operazioni effettuate; viene riscossa in ciascuna fase del procedimento di produzione e di distribuzione; infine, si applica sul valore aggiunto dei beni e dei servizi, in quanto l'imposta dovuta in occasione di un'operazione viene calcolata previa detrazione di quella che è stata versata all'atto della precedente operazione.

2. – Dagli elementi che emergono dall'ordinanza del giudice remittente si può dedurre che l'imposta locale ungherese non può considerarsi un'imposta sulla cifra d'affari ai sensi dell'articolo 33 della direttiva 77/388/CEE.

Ciò in quanto in primo luogo l'imposta risulta avere le caratteristiche di un tributo diretto, come tale fuori del campo di applicazione dell'articolo 33.

In secondo luogo l'imposta è sprovvista del carattere di proporzionalità poiché la base imponibile non è costituita dalla singola operazione di cessione o prestazione di servizio.

Roma, 6 dicembre 2005 – Avvocato dello Stato Gianni De Bellis».

Causa C-267/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Protezione giuridica dei disegni e dei modelli – Direttiva 13 ottobre 1998, 98/71/CE – Ordinanza della «*High Court of Justice*» – (Regno Unito), emessa il 17 febbraio, 2005 (cs. 42236/05, avv. dello Stato M. Massella D.T.).

IL FATTO

Il 2 settembre 2002, la Oakley ha citato in giudizio i convenuti per violazione di tre disegni di occhiali registrati dall'istante in forza della normativa nazionale.

Nell'ambito del procedimento nazionale è sorta una questione preliminare relativa alle conseguenze che può avere sulla validità della registrazione del disegno '677 il fatto che la Oakley abbia ammesso di aver pubblicato detto disegno nei dodici mesi antecedenti alla domanda di registrazione.

Ai sensi dell'art. 6, n. 2, della direttiva 98/71/CE – ai sensi ed effetti dell'art. 19 della stessa gli Stati membri erano tenuti a dare attuazione alla stessa entro il 28 ottobre 2001 – il creatore ha diritto ad un «periodo di tolleranza» durante il quale le divulgazioni precedenti effettuate nei 12 mesi antecedenti al deposito della domanda o alla data in cui è stata rivendicata la priorità non costituiscono motivi di annullamento della registrazione di disegni.

L'art. 11, n. 8, dispone che gli Stati membri possono derogare alla suddetta norma della direttiva disponendo che i motivi di rifiuto della registrazione o le cause di nullità vigenti nel loro ordinamento prima della data di entrata in vigore delle disposizioni necessarie all'attuazione della direttiva si applichino alle domande di registrazione di disegni o modelli presentate anteriormente a tale data.

Il regno Unito ha recepito in ritardo la direttiva.

IL QUESITO

Se, conformemente alla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1998, 98/71/CE, sulla protezione giuridica dei disegni e dei modelli, una misura adottata da uno Stato membro dopo la data di cui all'art. 19 della direttiva sia comunque in parte valida, ai sensi del diritto comunitario, nei limiti in cui è intesa ad applicare la deroga di cui all'art. 11, n. 8, della medesima direttiva, oppure se la possibilità concessa ad uno Stato membro di avvalersi, mediante una misura nazionale, della deroga prevista dall'art. 11, n. 8, venga interamente e definitivamente meno dopo la data di cui al suddetto art. 19.

Causa C-279/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Reg. CE n. 3655/87 e successive modificazioni – Quote latte – Riesportazione di prodotti caseari – Legittimità del recupero di restituzioni erogate al momento dell'importazione – Ordinanza del *College van Beroep* (paesi Bassi) emessa il 30 giugno 2005, notificata il 30 agosto 2005 (cs. 45634/05, avv. dello Stato G. Albenzio).

I QUESITI

1. – Se gli artt. 16-18 del regolamento CEE n. 3665/87, come vigenti all'epoca del caso in esame, debbano essere interpretati nel senso che, qualora restituzioni differenziate siano state versate definitivamente dopo l'accettazione dei documenti di importazione, la riesportazione delle merci che sia avvenuta successivamente può comportare un pagamento indebito soltanto in caso di abuso dell'esportatore.

2. – Qualora la prima questione debba essere risolta negativamente, quali criteri valgono al fine di potere stabilire quando la riesportazione delle merci deve comportare che le restituzioni differenziate versate definitivamente sono state pagate indebitamente.

3. – Quali criteri valgono al fine di poter stabilire se sussista un'irregolarità permanente o ripetuta ai sensi dell'art. 3, n. 1, 2° co., del regolamento (CEE, Euratom) n. 2988/95. In particolare il *College* intende appurare se sussista un'irregolarità permanente o ripetuta qualora l'irregolarità riguardi una parte relativamente esigua di tutte le operazioni svoltesi in detto periodo e le operazioni per le quali si è accertata un'irregolarità riguardino sempre diverse partite.

Causa C-285/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Applicazione del principio della libera prestazione dei servizi ai trasporti marittimi (cabotaggio marittimo) – Regolamento del Consiglio 7 dicembre 1992 n. 3577/92 Ordinanza della *To Symvoulío Tis Epikrateias* – (Grecia), notificata il 12 settembre 2005 (cs. 47432/05, avv. dello Stato G. Albenzio).

I QUESITI

1. – Se l'art. 6, n. 3, del regolamento CEE del Consiglio 7 dicembre 1992, n. 3577/92, concernente l'applicazione del principio della libera prestazione dei servizi ai trasporti marittimi fra Stati membri (cabotaggio marittimo) (*G.U. L 364*), debba essere interpretato nel senso che i singoli possono invocare il detto regolamento per contestare la validità di disposizioni adottate dal legislatore ellenico prima del 1° gennaio 2004.

2. – In caso di risposta affermativa alla prima questione, se gli artt. 1, 2 e 4 del regolamento CEE n. 3577/92 consentano l'adozione di disposizioni nazionali secondo cui gli armatori possono fornire servizi di cabotaggio marittimo solo su determinate linee, individuate annualmente dall'autorità nazionale competente in materia, previo rilascio di un'autorizzazione amministrativa, nell'ambito di un sistema di autorizzazione avente le seguenti caratteristiche: a) riguarda indistintamente tutte le linee che servono le isole, b) le autorità nazionali competenti hanno la possibilità di accettare una

richiesta presentata di rilascio autorizzazione alla messa in servizio su una linea, apportando, discrezionalmente e senza previa definizione dei criteri applicati, modifiche unilaterali degli elementi della richiesta riguardanti la frequenza e il periodo di interruzione del servizio, nonché il nolo.

3. – In caso di risposta affermativa alla prima questione, se introduca una restrizione non consentita alla libertà di prestazione dei servizi, ai sensi dell'art. 49 del Trattato che istituisce la Comunità europea, una normativa nazionale che prevede che l'armatore, a cui sia stata rilasciata dall'amministrazione un'autorizzazione di messa in servizio di una nave su una linea determinata (in accoglimento della sua richiesta, nella sua forma originaria o previa modifiche di taluni suoi elementi che sono state accettate dall'armatore) sia, in linea di principio, obbligato a effettuare il servizio senza interruzioni sulla linea di cui si tratta per tutta la durata del periodo annuale di servizio e debba, prima di iniziare il servizio, depositare, a garanzia dell'adempimento di tale obbligo, una lettera di garanzia, la quale viene incamerata, in tutto o in parte, in caso di inadempimento inesatto dell'obbligo in parola.

4. – Se gli artt. 5, n. 2, e 6, n. 3, lett. *a*), *b*), *e*), *f*) e *g*) della direttiva del Consiglio 17 marzo 1998, 98/18/CE, relativa alle disposizioni e norme di sicurezza per le navi da passeggeri (*G.U.* L 144), nel testo in vigore nel periodo rilevante per la fattispecie, prima della sua modifica avvenuta con la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 14 aprile 2003, 2003/24/CE, (*G.U.* L 123) consentano che una norma nazionale imponga un divieto assoluto di adibire a viaggi nazionali navi che abbiano raggiunto un'età determinata.

C-286/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Restituzione aiuto indebitamente concesso – Carattere sanzionatorio e determinazione interessi dovuti – Art. 2, n. 2 del regolamento (CE, Euratom) n. 2988/1995; art. 4, n. 1 del regolamento (CE, Euratom) n. 2988/1995 (cs. 47441/05, avv. dello Stato G. Aiello).

IL FATTO

Il 22 marzo 2000, il ricorrente faceva domanda *all'Amt für Landwirtschaft, Landschafts und Bodenkultur Tuttlingen* (Ispettorato per l'agricoltura, il paesaggio e la coltura del territorio, sede di Tuttlingen, in prosieguo ALLB) per la concessione di un aiuto per superficie in relazione a specifici seminativi dichiarando che parte della superficie era a riposo, essendo destinata alla coltura di materie prime rinnovabili. Gli veniva concesso l'aiuto.

Il 21 dicembre, tuttavia, a seguito di richiesta delle bolle di pesatura per un controllo, il ricorrente denunciava di aver commesso degli errori nella pesatura. Ciò induceva l'ALLB ad annullare il proprio provvedimento di concessione ed a ripetere la somma maggiorata dei relativi interessi, determinati secondo la normativa nazionale, in quanto il ricorrente non aveva mantenuto gli impegni. La superficie interessata, dichiarata nella domanda destinata a seminativo, avrebbe, infatti, presentato uno scarto superiore al 20% rispetto a quanto accertato. L'art. 9 del regolamento CEE n. 3887/92 prevede

che nessun aiuto sia versato se, all'interno di una certa zona, è presente una differenza superiore al 20% tra quella determinata e quella dichiarata relativamente ad ogni specifica coltura. Il § 14 del *Gesetz zur Durchführung der Gemeinsamen Marktorganisation* (la legge tedesca sull'organizzazione del mercato comune, in prosieguo il «MOG») prevede interessi in misure superiori del 3% al tasso di sconto di volta in volta applicabile.

Il beneficiario degli aiuti, tuttavia, ricorreva. Egli richiedeva l'applicazione della norma di cui all'art. 31, n. 3, del regolamento europeo 2419/2001, la quale prevede che in caso di mancato riconoscimento di superfici a riposo è prevista solo una riduzione del contributo complessivo ad un livello corrispondente a quello previsto nella normativa sui piccoli coltivatori. Tale normativa sarebbe applicabile anche al caso in esame ai sensi dell'art. 2, n. 2, seconda frase del regolamento (CE EURATOM) n. 2988/95.

Il ricorso veniva, tuttavia, respinto dal *Verwaltungsgericht* di Friburgo, il quale sosteneva, tra l'altro, l'inapplicabilità del regolamento 2419/2001 in quanto normativa successiva. Lo stesso art. 31 n. 3, peraltro, non sarebbe neanche invocabile come «principio favorevole» in applicazione della sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 1° luglio 2004. Tale norma non conterrebbe, infatti, alcuna previsione più favorevole, non essendo questione di alcuna sanzione, concretandosi, invece, la nuova norma nella mera imposizione di una base di calcolo.

Il ricorrente proponeva appello, sulla base di un'interpretazione teleologica della normativa. Secondo il beneficiario, infatti, la *ratio* del regolamento 3887/92 era di non ridurre eccessivamente i terreni coltivati a seminativo. La nuova norma andrebbe interpretata come più favorevole.

La Corte d'appello adita si interrogava circa la possibilità di applicare l'art. 2, n. 2, seconda frase del regolamento (CE, Euratom) n. 2988/1995. Esso si riferirebbe, infatti, soltanto alle disposizioni sanzionatorie. È possibile considerare come sanzioni le misure previste dall'art. 31 n. 3 del reg. 2419/2001? Non sarebbe infatti presente alcuna norma peggiorativa della situazione del richiedente. In caso di risposta negativa, non sarebbe applicabile la disposizione di cui all'art. 2, n. 2, seconda frase del regolamento (CE, Euratom) n. 2988/1995, la quale prevede l'applicazione retroattiva della disciplina sanzionatoria più favorevole.

In presenza dell'integrale ripetizione dell'aiuto concesso per una parziale divergenza fra le terre dichiarate e quelle effettivamente destinate ad un certo tipo di coltura, è possibile considerare la ripetizione come «misura» amministrativa e non come «sanzione amministrativa»?

La questione riguarda anche il calcolo degli interessi. Mentre la disciplina del 1992 prevedeva che gli interessi dovessero decorrere dalla data del pagamento, il successivo regolamento 2419/2001 stabilisce che essi decorrano dalla notificazione dell'obbligo di restituzione. Qualora venisse sancito il carattere sanzionatorio della ripetizione delle somme, dovrebbe operare retroattivamente anche la normativa sugli interessi?

Viene così adita la Corte di Giustizia.

I QUESITI

1. – Si chiede alla Corte di Giustizia se l'art. 2, n. 2, seconda frase del regolamento (CE, Euratom) n. 2988/1995 sia applicabile anche nel caso in cui, con riferimento ad un'irregolarità ai sensi dell'art. 1, n. 2 del medesimo regolamento, venga semplicemente richiesta la restituzione di un aiuto indebitamente concesso (art. 4, n. 1 del regolamento (CE, Euratom) n. 2988/1995), e il detto aiuto, ai sensi di una norma comunitaria entrata in vigore successivamente, debba essere restituito in misura inferiore rispetto a quella prevista dalle norme comunitarie vigenti al momento in cui è stata commessa l'irregolarità.

2. – In caso di risposta affermativa, si chiede anche se l'art. 2, n. 2, seconda frase del regolamento (CE, Euratom) n. 2988/1995 sia applicabile anche alle norme che disciplinano il pagamento degli interessi, nel caso in cui all'imprenditore siano state irrogate sanzioni amministrative ai sensi dell'art. 5, n. 1, del citato regolamento, ma gli sia stata solo richiesta la restituzione di un aiuto indebitamente percepito, ai sensi dell'art. 4, n. 1, del citato regolamento.

Causa C-290/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Imposta di immatricolazione delle auto d'occasione provenienti da altro Stato membro – Ordinanza della *Hadju' – Bihar Megyei Birosag* (Ungheria) notificata il 27 settembre 2005 (cs. 49923/05, avv. dello Stato G. De Bellis).

IL FATTO

La questione è sorta perché l'organo amministrativo ungherese ha rettificato in aumento l'imposta di immatricolazione pagata per un'autovettura acquistata in Germania e messa in circolazione nel territorio della Repubblica ungherese, in quanto la legge n. XII del 2004 ha modificato, con un aumento dell'imposta, la legge ungherese sull'imposta di immatricolazione n. CX del 2003. In sede di ricorso, il giudice di ultima istanza, nutrendo dubbi circa l'incompatibilità della legge sull'imposta di immatricolazione con il diritto comunitario, ha sospeso il procedimento e sottoposto d'ufficio la questione all'interpretazione della Corte.

I QUESITI

1. – Se l'art. 90, n. 1, del Trattato CE consenta agli Stati membri di mantenere un'imposta sugli autoveicoli d'occasione provenienti da un altro Stato membro, che non tiene assolutamente conto del valore del veicolo e il cui importo viene stabilito esclusivamente sulla base delle caratteristiche tecniche degli autoveicoli (tipo di motore, cilindrata) e di una classificazione in funzione di considerazioni di tutela ambientale.

2. – In caso di soluzione affermativa della prima questione, se la legge CX del 2003 sull'imposta di immatricolazione, oggetto del presente procedimento, sia compatibile con l'art. 90, n. 1, del Trattato CE, nella misura in cui si riferisce agli autoveicoli d'occasione importati, tenuto conto che, prima della sua entrata in vigore, non era previsto il pagamento dell'imposta di immatricolazione per gli autoveicoli che già erano stati posti in circolazione in Ungheria.

Causa C-292/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Azioni di risarcimento danni intentate da persone fisiche nei confronti di uno Stato – Responsabilità civile per azioni od omissioni delle forze armate – Ordinanza della Corte di Appello di Patrasso della Repubblica Ellenica (*Εφετείο Πατρών*), emessa in data 8 giugno 2005 (cs. 50207/05, avv. dello Stato G. Aiello).

IL FATTO

Una coppia di coniugi greci conviene dinanzi al Tribunale Collegiale di Kalavrita la Repubblica Federale di Germania, al fine di ottenerne la condanna al pagamento di una somma a titolo di risarcimento del danno patrimoniale, del danno morale, nonché delle sofferenze psichiche subite per atti compiuti da parte di organi militari tedeschi in occasione dell'occupazione della Grecia da parte della Germania nel corso della Seconda Guerra Mondiale.

Il Tribunale Collegiale, con sentenza n. 70/1998, respinge il ricorso, dichiarando il proprio difetto di competenza sulla base del principio dell'immunità giurisdizionale degli Stati Esteri.

Avverso tale pronuncia, i ricorrenti propongono appello dinanzi alla Corte di Appello di Patrasso, la quale, rilevando la vigenza nell'ordinamento giuridico greco della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, chiede alla Corte di Giustizia delle Comunità europee di pronunciarsi, ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE, su due questioni pregiudiziali.

I QUESITI

1. – Se rientrino nel campo di applicazione della Convenzione di Bruxelles, ai sensi dell'art. 1, le azioni di risarcimento danni intentate da persone fisiche nei confronti di uno Stato contraente come civilmente responsabile per azioni od omissioni delle sue forze armate, in quanto le azioni ed omissioni in questione siano intervenute nel periodo di occupazione militare dello Stato di residenza dei ricorrenti a seguito di una guerra di aggressione da parte del convenuto e si trovino in evidente contrasto con il diritto di guerra, potendo essere considerate come crimini contro l'umanità.

2. – Se sia compatibile con il sistema della Convenzione di Bruxelles la proposizione, da parte dello Stato convenuto, dell'eccezione di extraterritorialità, con la conseguenza che, in caso di soluzione in senso affermativo, viene neutralizzata l'applicazione della Convenzione vera e propria e in particolare per azioni ed omissioni delle forze armate del convenuto intervenute prima dell'entrata in vigore di tale Convenzione, e cioè negli anni 1941/1944.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

Il principio dell'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri si pone come norma di diritto internazionale consuetudinario in forza del quale uno Stato non può esercitare la propria giurisdizione interna nei confronti di un altro Stato; la ratio può essere individuata nell'antico brocardo par in parem non

habet imperium. L'assolutezza di tale principio è stata progressivamente attenuata attraverso l'elaborazione della teoria dell'immunità ristretta, secondo la quale il diritto internazionale porrebbe l'obbligo di accordare l'immunità dalla giurisdizione agli Stati stranieri limitatamente all'attività compiuta iure imperii, cioè compiuta nell'esercizio di una potestà pubblica, mentre rispetto all'attività compiuta iure gestionis, cioè svolta secondo le regole del diritto privato, lo Stato straniero sarebbe assoggettabile alla giurisdizione dello Stato del foro. La distinzione tra atti iure imperii ed atti iure gestionis è comunemente accettata sulla base di alcuni criteri, tra i quali lo scopo dell'attività, la natura dell'atto, la qualificazione dell'atto in base all'ordinamento di uno degli Stati di cui si tratta. Altra tesi fa leva sul principio di buona fede, in base al quale lo Stato del Foro, a mezzo dei suoi organi giudiziari, dovrà esentare dalla propria giurisdizione uno Stato straniero rispetto a quei fatti e rapporti che, in buona fede, esso considera commessi nell'esercizio del potere statale. Secondo un altro indirizzo interpretativo, il diritto internazionale stabilisce per gli Stati un obbligo di non sottoporre alle valutazioni astratte o concrete dei propri ordinamenti i rapporti in cui lo Stato straniero appare come titolare della potestà di imperio nell'ordinamento di cui è portatore.

Coerentemente con tale impostazione, la giurisprudenza italiana ha ritenuto che: «È principio di diritto consuetudinario internazionale che l'esenzione degli Stati stranieri dalla giurisdizione civile sia limitata agli atti attraverso i quali si applica l'esercizio delle funzioni pubbliche statali e non si estenda agli atti aventi carattere privatistico» (Cass. Civ. Sez. Unite, Ord., 27 maggio 2005, n. 6532). È stato ancora affermato che: «La norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta, sull'immunità degli Stati esteri e degli enti pubblici operanti nell'ordinamento internazionale, riguarda solo i rapporti che rimangono del tutto estranei all'ordinamento interno, o perché quegli Stati o enti agiscono in altri Paesi come soggetti di diritto internazionale, o perché agiscono quali titolari di una potestà d'imperio nell'ordinamento di cui sono portatori. Qualora, invece, lo Stato o l'ente pubblico straniero agisca indipendentemente dal suo potere sovrano, ponendosi alla stregua di un privato cittadino, la giurisdizione dello Stato ospitante nei suoi confronti non può essere esclusa, giacché esso svolge la sua attività iure privatorum» (Cass. Civ. Sez. Unite, 3 dicembre 1996 n. 919).

Tanto premesso, la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 non sembra applicabile alle controversie relative ad attività che costituiscono espressione della sovranità dei singoli Stati, posto che la pretesa risarcitoria del danneggiato rientra nell'ambito di applicazione della Convenzione solo se è fondata su fatti che non siano stati commessi dalla pubblica amministrazione nell'esercizio della sua potestà d'imperio (Sent. 14 ottobre 1976, C-29/76; Sent. 16 dicembre 1980, C-814/79, punto 12; 21 aprile 1993, C-172/91, Sonntag/Waidmann, punti 18 e seg.; Sent. 1 ottobre 2002, C-167/00, punto 22). Tale assunto trova implicita conferma nell'abbondante giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, che è stata chiamata a pronunciarsi su questioni eterogenee concernenti il campo di applicazione della Convenzione di Bruxelles del 1968 il

cui comune denominatore è stato rappresentato dalla natura privatistica degli atti oggetto delle controversie (a titolo esemplificativo, cfr. Sent. 15 maggio 2003 C-266/01 in materia di azione fondata su un contratto di fideiussione tra lo Stato ed una compagnia di assicurazioni; Sent. 10 aprile 2003 C-437/01 in materia di contratti di lavoro; Sent. 18 settembre 2003 C-18/02 in tema di provvedimento assunto da un sindacato in uno Stato contraente contro l'armatore di una nave registrata in un altro Stato contraente).

Quindi, nel sistema della Convenzione, il principio della competenza giurisdizionale dello Stato contraente nel cui territorio è domiciliato il convenuto ha portata generale e solo come eccezione ad esso la Convenzione prevede i casi, tassativamente elencati, nei quali il convenuto può e deve, a seconda del caso, essere citato in giudizio in un altro Stato contraente. Con specifico riferimento alla nozione di «materia di delitto o quasi-delitto» ai sensi dell'art. 5, punto 3, della Convenzione di Bruxelles, occorre rilevare che essa comprende qualsiasi domanda che miri a coinvolgere la responsabilità di un convenuto e che non si ricolleggi alla «materia contrattuale» di cui all'art. 5, punto 1 (Sentenze Kalfelis 27 settembre 1988, C-189/87, punto 18; Reichert e Kockler 26 marzo 1992, C-261/90, punto 16; e 27 ottobre 1998, C-51/97, punto 22). La nozione di «materia contrattuale» di cui all'art. 5, punto 1, della Convenzione si limita a presupporre una situazione in cui esiste un obbligo liberamente assunto da una parte nei confronti di un'altra, ma non per questo implica che nell'ambito dei «delitti o quasi-delitti» possano essere ricomprese anche quelle ipotesi collegate all'esercizio di una potestà di imperio da parte di uno Stato. «L'azione promossa per il risarcimento del danno arrecato a un singolo a causa di un illecito penale, anche se si inserisce nell'istanza penale, assume natura civile, a meno che il responsabile nei confronti del quale l'azione viene intentata debba essere considerato come una pubblica autorità che abbia agito nell'esercizio della sua potestà d'imperio» (Sent. 21 aprile 1993 C-172/91, punti 19/20).

È fuor di dubbio il fatto che gli atti a suo tempo compiuti dalla Germania fossero espressione della sua potestà d'imperio, trattandosi di atti posti in essere nel corso di operazioni belliche. Dunque, con riguardo al primo quesito, il Governo della Repubblica Italiana ritiene che nel campo di applicazione della Convenzione di Bruxelles del 1968 non rientrano le azioni di risarcimento danni intentate da persone fisiche nei confronti di uno Stato contraente come civilmente responsabile per azioni od omissioni delle sue forze armate, in quanto gli atti posti in essere dalle Forze Armate tedesche nel corso della Seconda Guerra Mondiale sono espressione di ius imperii, e perciò non rientranti nell'ambito delle eccezioni formulate al principio dell'extraterritorialità in forza della teoria dell'immunità ristretta.

Alla luce di ciò, il secondo quesito deve essere risolto nel senso della compatibilità con il sistema della Convenzione di Bruxelles del 1968 dell'eccezione di extraterritorialità sollevata dalla Repubblica Federale Tedesca per azioni ed omissioni delle proprie forze armate intervenute nel corso della Seconda Guerra Mondiale.

Causa C-295/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Disciplina generale degli appalti della Pubblica Amministrazione – Status giuridico di un'impresa pubblica – Art. 86 del trattato CE – Ordinanza del *Tribunal Supremo* (Spagna) notificata il 21 settembre 2005 (cs. 48095/05, avv. dello Stato G. Fiengo).

IL FATTO

Il ricorso dinanzi al *Tribunal Supremo* è stato proposto dalla *Asociación Nacional de Empresas Forestales* (ASEMFO), la quale denuncia che le disposizioni interne che disciplinano il regime giuridico della TRAGSA consentono di attribuire direttamente a questa azienda statale progetti, lavori, servizi e altre attività pubbliche in tutti i settori conformi al suo oggetto sociale, senza osservare i principi di pubblicità, concorrenza, parità e non discriminazione e, più in particolare, senza essere assoggettati alle regole sui procedimenti e sulle forme di aggiudicazione proprie degli appalti pubblici. L'ASEMFO ritiene che tali disposizioni non siano compatibili con quanto stabilito dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici e che il regime giuridico della TRAGSA non sia compatibile con l'articolo 86 e concordanti del Trattato CE. Aggiunge, inoltre, che non sembrerebbe applicabile alla fattispecie l'esenzione di cui all'articolo 86, n. 2, del Trattato, in quanto benché sia certo che tale ente rappresenta chiaramente un'impresa pubblica, non sembra che i servizi che le sono stati commissionati (soprattutto relativi al settore agricolo e forestale) possano essere considerati servizi economici di interesse generale; anche se lo fossero comunque l'esenzione non potrebbe essere applicata, dato che l'applicazione delle regole sulla libera concorrenza non impedirebbe la normale prestazione di tali servizi e non sarebbe di certo contraria agli interessi della Comunità.

I QUESITI

1. – Se, ai sensi dell'art. 86, n. 1, del Trattato CE, sia ammissibile che uno Stato membro attribuisca con legge ad un'impresa pubblica uno *status* giuridico che le consenta di realizzare opere pubbliche senza essere assoggettata alla disciplina generale sugli appalti della pubblica amministrazione aggiudicati mediante gara quando non sussistano circostanze speciali di urgenza o interesse generale, indipendentemente se superino o meno la soglia economica prevista dalle direttive comunitarie a tal proposito.

2. – Se un tale regime giuridico sia compatibile con quanto stabilito nelle direttive del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE e 93/37/CEE, nella direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CEE e nella direttiva della Commissione 2001/78/ce che modifica le direttive precedenti – normativa recentemente coordinata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CEE.

3. – Se le affermazioni della sentenza della Corte 8 maggio 2003, causa C-349/97, Regno di Spagna/commissione, siano applicabili in ogni caso alla TRAGSA e alle sue filiali, anche qualora si tenga in considerazione la restante giurisprudenza della Corte in materia di appalti pubblici, e si consideri che l'Amministrazione affida alla TRAGSA un elevato numero di opere, le quali sono sottratte al regime della libera concorrenza e che tale circostanza potrebbe comportare una distorsione significativa del mercato rilevante.

Causa C-303/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Mandato di arresto europeo – Decisione-quadro 2002/584/GAI del 16 giugno 2002 – Forma dell’atto normativo (decisione-quadro piuttosto che convenzione); presunto contrasto con l’art. 34, n. 2, lett. b), TUE – Soppressione del requisito della doppia incriminazione del fatto nella legge nazionale dello Stato richiedente e dello Stato richiesto della consegna per le fattispecie di reato di cui all’art. 2, n. 2, Decisione-quadro; presunto contrasto con l’art. 6, n. 2, TUE (principi giusto processo e di non discriminazione).

Causa C-288/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Art. 54, Conv. Appl. dell’Accordo di Schenghen del 14 giugno 1985 – Principio del *ne bis in idem* e suo coordinamento con la decisione-quadro sul mandato di arresto europeo (cs. 49524/05, avv. dello Stato G. Aiello).

IL FATTO

La questione rimessa in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia concerne due distinti processi a carico del medesimo soggetto.

Nel primo l’imputato aveva illegalmente importato in Grecia dei tabacchi lavorati in contrabbando. Da lì, occultati i tabacchi su un camion con rimorchio contenente ciliegie, le stava portando in Germania, passando per l’Italia. Il 3 maggio 1999, a Bassano del Grappa, era stato fermato dalla Guardia di Finanza e arrestato. Dopo l’assoluzione in primo grado, era stato condannato in contumacia in secondo grado dalla Corte d’Appello di Venezia a un anno e otto mesi di reclusione per contrabbando di TLE ed evasione dei dazi doganali, con il beneficio della pena sospesa. La sentenza sarebbe passata in giudicato almeno dall’8 marzo 2001.

In Germania lo stesso veniva rinviato a giudizio per «ricettazione fiscale», in relazione ai dazi d’importazione non assolti in Grecia, ed «evasione fiscale», per i diritti doganali non corrisposti in Germania per l’importazione di tabacchi lavorati, e condannato in primo grado alla pena detentiva di un anno e dieci mesi.

Nel secondo processo, l’imputato veniva arrestato il 12 aprile 2002 ad Ancona, anche in tal caso a bordo di un camion in cui erano occultate, sotto un carico di copertura, TLE di contrabbando. L’A.G. precedente condannava stavolta l’imputato a due anni di reclusione, senza benefici.

In nessuno dei due casi l’A.G. tedesca conosce quali prelievi all’importazione siano stati considerati in sentenza.

I QUESITI

1. – Se un procedimento penale ha ad oggetto «i medesimi fatti» ai sensi dell’art. 54 della Convenzione di Applicazione dell’Accordo di Schenghen qualora un imputato sia stato condannato da un tribunale italiano per importazione e detenzione in Italia di tabacco estero di contrabbando nonché per omesso pagamento di prelievi doganali per il detto tabacco importato e, successivamente, sia stato condannato da un tribunale tedesco per aver preso possesso in Grecia delle medesime merci in un momento precedente, per ricettazione di merci su cui non sono pagati i prelievi all’importazione (for-

malmente) greci prodottisi in occasione dell'importazione effettuata in precedenza da parte di terzi, nella misura in cui *ab origine* era intenzione dell'imputato trasportare le merci, dopo averle ricevute in Grecia, in Gran Bretagna attraverso l'Italia.

2. – Se una pena ai sensi dell'art. 54 della Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schenghen è stata «eseguita» o è «effettivamente in corso di esecuzione attualmente»,

a) qualora l'imputato venga condannato ad una pena detentiva alla cui esecuzione ai sensi della normativa dello Stato di condanna sia stata applicata la sospensione condizionale,

b) qualora l'imputato sia stato posto in stato di arresto di polizia o di custodia cautelare e di tale detenzione debba essere tenuto conto ai sensi della normativa dello Stato di condanna ai fini di una successiva esecuzione della pena detentiva.

3. – Se abbia rilevanza ai fini dell'interpretazione del concetto di esecuzione ai sensi dell'art. 54 della Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schenghen,

a) che con la trasposizione nel diritto nazionale della decisione quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato di arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri (*G.U.* L 190 del 18 luglio 2002) dipenda dallo Stato che per primo emette la sentenza di condanna dare esecuzione in ogni momento alla sua sentenza di condanna passata in giudicato secondo il diritto nazionale.

b) che alla domanda di assistenza giudiziaria dello Stato di condanna per la consegna del condannato o per l'esecuzione della sentenza nel territorio nazionale non sia dato corso in via automatica in ragione del fatto che la sentenza è stata pronunciata in contumacia.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

1. – *In ordine alla presunta identità di fatto, il primo capo d'imputazione di cui il condannato deve rispondere in Germania è «ricettazione fiscale», ipotesi di reato non prevista nel nostro ordinamento, ove costituisce ipotesi speciale del delitto di ricettazione (art. 648 c.p.). L'elemento specializzante consiste nella particolare origine delittuosa della res, che è stata introdotta senza che abbia, a monte, assolto gli obblighi fiscali. Nel caso di specie i dazi doganali greci. Dall'improprio (per le differenze ordinamentali e linguistiche) tenore della nota, si evince solo uno dei due titoli di reato per cui vi è stata condanna da parte dell'A.G. italiana: l'illecita importazione di TLE in misura superiore ai 15 kg. Il c.d. «contrabbando di tabacchi lavorati» è descritto dagli articoli 6, 65, 73 della legge 17 luglio 1942 n. 907. Nel caso di specie, deve escludersi alcuna «identità» di fatti rispetto al reato di ricettazione doganale, in quanto tale norma copre un'oggettività giuridica affatto diversa, sanzionando una condotta posta in essere nel paese di origine e non in quello di destinazione.*

Diverso discorso deve essere svolto con riferimento alla c.d. «evasione fiscale». Con l'intervenuta abrogazione dell'art. 2 della legge 50/1994 e l'attrazione della fattispecie penalmente sanzionata all'interno del Testo Unico in

materia doganale, pare difficile ipotizzare un concorso di reati: per la legge italiana, le due fattispecie sono assorbite nell'art. 291-bis T.U.LL.DD. Ai fini di Schengen, l'illecita importazione avvenuta in uno dei Paesi aderenti vale come se fosse effettuata in ciascuno di essi. Pertanto, deve ritenersi sussistere l'identità di fatto di cui all'art. 54 della CAAS tra il reato di «evasione fiscale» contestato in Germania e quello di violazione delle leggi doganali contestato in Italia.

2. – *Per potersi ritenere operante l'art. 54 della FAAC, occorre che sia soddisfatto anche l'altro requisito, che il giudice remittente definisce «consumazione dell'azione penale». In Germania si ritiene consumata l'azione penale con la concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena.*

Nel nostro ordinamento, invece, l'istituto della sospensione condizionale della pena (artt. 163 ss. c.p.) determina una sorta di «quiescenza» della condanna, inflitta entro un limite di due anni, per un periodo di cinque anni, decorrenti dalla data di passaggio in giudicato della sentenza, trascorsi i quali senza che il condannato abbia commesso nuovi reati, la pena si estingue.

Solo in questo momento può ragionevolmente sostenersi che «non possa più essere eseguita» ai sensi dell'art. 54 della CAAF. Non può parlarsi di pena già eseguita, in quanto in corso è il solo «pericolo di osservazione» e non certo la «condanna», contrariamente a quanto ritenuto dalla Seconda Sezione Penale del Bundesgerichtshof. Quella che il Giudice remittente chiama «esecuzione parziale» andrebbe più propriamente chiamata «esecuzione provvisoria», che non può sortire l'effetto di «consumare» l'azione penale.

3. – *Bis in idem e mandato di arresto europeo viaggiano assieme: dove sussiste un bis in idem non può esservi obbligo di consegna da parte dello Stato richiesto.*

Nel caso di specie, a seguito di sentenza contumaciale passata in giudicato, senza sospensione condizionale della pena, dopo l'emissione dell'ordine di carcerazione e sua contestuale sospensione, decorso inutilmente il termine di trenta giorni dalla notificazione dell'atto, deve essere ripristinato l'ordine di esecuzione che, in seguito, dovrà portare alla declatoria dello stato di latitanza del condannato.

Dunque, la condanna, che non è in esecuzione, sarà sempre potenzialmente eseguibile fino all'arresto del condannato. Non è quindi ravvisabile l'ipotesi dell'art. 54 CAAF, con conseguente possibilità di rinnovare il giudizio nel secondo Stato.

Sempre che per effetto del decorso del tempo non si sia verificata l'estinzione della pena (art. 172 c.p.), nel qual caso troverà applicazione l'art. 54 CAAF, non essendo più possibile eseguire la sentenza di condanna.

In conclusione, si esprime parere che in nessuno dei due casi posti all'attenzione della Corte sia ipotizzabile l'applicabilità dell'art. 54 della CAAF, salvo che:

- *il reato sia estinto per positivo decorso del termine di cui all'art. 167 c.p., nel caso di pena sospesa;*
- *la pena si sia estinta ai sensi dell'articolo 172 c.p., nel caso di condanna ineseguita per latitanza.*

Causa C-307/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Trattamento dei lavoratori a tempo determinato – Direttiva 1999/70/CE – Ordinanza del *Juzgado de lo Social de San Sebastian* (Spagna), emessa il 6 luglio 2005 (cs. 48093/05, avv. dello Stato M. Massella D.T.).

IL FATTO

Il ricorso ha ad oggetto la richiesta di pagamento di determinati importi, che la ricorrente chiede le siano versati a titolo di scatto salariale triennale come conseguenza del periodo in cui essa ha prestato servizio come dipendente statutaria a tempo determinato presso l'*Osakidetza*.

L'*Osakidetza* si opponeva alla domanda in quanto ai sensi del decreto 21 novembre 2000, n. 231, si dispone che la condizione necessaria per ottenere gli scatti salariali triennali è possedere lo *status* di dipendente a tempo indeterminato in organico.

Con la direttiva comunitaria 28 giugno 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, quest'ultimo viene elevato al rango di direttiva e, pertanto, viene reso vincolante per gli Stati membri.

Alla clausola 4 dell'accordo, è disposto: «Per quanto riguarda le condizioni di impiego, i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, *a meno che non sussistano ragioni oggettive*».

Il recepimento della direttiva 1999/70/CE a livello del rapporto di lavoro ordinario è stato effettuato con la legge 9 luglio 2001, n. 12, con cui sono stati modificati vari articoli delle Statuto dei lavoratori.

I QUESITI

1. – Se la direttiva 1999/70/CE, laddove dispone che i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato, si riferisca anche alle condizioni economiche;

in caso di soluzione affermativa,

2. – se costituisca una ragione oggettiva sufficiente per non riconoscere il supplemento economico per anzianità concesso ai lavoratori a tempo indeterminato il fatto che l'art. 44 della legge 16 dicembre 2003, n. 55, dello Statuto quadro del personale statutario dei servizi sanitari stabilisca l'impossibilità di percepirlo;

3. – se gli accordi stipulati tra la rappresentanza sindacale del personale e l'Amministrazione costituiscano ragioni oggettive sufficienti per non riconoscere il supplemento per anzianità al personale a tempo determinato.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

In merito ai quesiti posti dal Giudice spagnolo, il Governo della Repubblica Italiana intende svolgere le seguenti osservazioni.

«– Come già evidenziato in precedenti atti d'intervento, in cause aventi per oggetto l'interpretazione della Direttiva 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, il Governo italiano ritiene che la Direttiva non sia invocabile nel caso in esame atteso che la stessa

si applica esclusivamente ai rapporti di lavoro alle dipendenze dei datori di lavoro privati, ossia di imprese. Ciò è confermato dalla sua origine, che sta nell'accordo quadro CES, UNICE, CEEP del 18 marzo 1999, cioè in un accordo stipulato ai sensi dell'art. 139 CE dalle organizzazioni sindacali europee dei lavoratori e delle imprese private.

Il caso in esame riguarda, invece, un rapporto di pubblico impiego, cioè di lavoro alle dipendenze di un datore di lavoro costituito non da un'impresa bensì da un ente pubblico nell'erogazione del servizio pubblico di assistenza sanitaria.

Tale specie di rapporti si sottrae, in linea di principio, alla normativa comunitaria in materia di lavoro salariato, perché rientra nella competenza esclusiva delle amministrazioni nazionali. Le disposizioni comunitarie in materia di lavoro salariato alle dipendenze delle imprese si applicano anche al lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni soltanto se in esse sia espressamente disposto in tal senso (...).

– Si osserva ancora che la Direttiva 1999/70/CE, non appare applicabile ai fini della decisione del caso portato all'attenzione del Giudice del rinvio.

Lo stesso Juzgado de la Social de San Sebastian afferma che la ricorrente, prima di essere assunta a tempo indeterminato, ha lavorato sia come lavoratrice interinale che come lavoratrice temporanea.

Il preambolo dell'accordo quadro, stipulato tra CES, UNICE, CEEP, al quarto capoverso afferma: «Il presente accordo si applica ai lavoratori a tempo determinato, ad eccezione di quelli messi a disposizione di un'azienda utilizzatrice da parte di un'agenzia di lavoro interinale (...).»

A sua volta, il Consiglio dell'Unione Europea, nella premessa della Direttiva, ha precisato che: «Le parti sociali hanno voluto attribuire particolare attenzione al lavoro a tempo determinato, pur dichiarando le proprie intenzioni di esaminare l'esigenza di accordi analoghi per il lavoro temporaneo».

La Direttiva non appare, quindi, riferibile ai rapporti di lavoro interinali né a quelli temporanei: essa, di conseguenza, non sembra rilevante ai fini di decidere il caso portato all'esame del Giudice del rinvio (...). Sembra, quindi, potersi affermare che la individuazione dei rapporti di lavoro a tempo determinato, ai quali, in concreto, si applicano i principi contenuti nella Direttiva, è rimessa ai singoli Stati membri e la verifica della correttezza della individuazione effettuata dai singoli Stati appare demandata alla competenza dei Giudici nazionali.

– Al punto 15, delle premesse della Direttiva, il Consiglio ha precisato che: «L'atto appropriato per l'attuazione dell'accordo quadro è costituito da una direttiva ai sensi dell'art. 249 del trattato (...). La clausola 4 dell'Accordo quadro, a sua volta, nell'enunciare il principio di non discriminazione dei lavoratori a tempo determinato, al comma 3, precisa: «le disposizioni per l'applicazione di questa clausola saranno definite dagli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali e/o dalle parti sociali stesse, viste le norme comunitarie e nazionali, i contratti collettivi e le prassi nazionali».

L'espresso rinvio alla disciplina che gli Stati membri o le parti sociali dovranno dettare in tema di trattamento non discriminatorio dei lavoratori a tempo determinato, dimostra che la previsione non è di per sé suscettibile di effetto diretto e di applicazione immediata (...).

– *Ciò premesso il Governo della Repubblica Italiana conclude affinché l'Ecc.ma Corte di Giustizia voglia:*

- 1) *dichiarare irricevibile la domanda pregiudiziale in epigrafe;*
- 2) *in subordine, accertare che la clausola 4, della direttiva 1999/70/CE, non costituisce una disposizione suscettibile di effetto diretto e di applicazione immediata nell'ordinamento degli Stati membri;*
- 3) *accertare che la suddetta clausola 4 non osta ad una normativa interna che fissi limiti alla riconoscibilità, ai fini economici, dell'anzianità di servizio maturata a seguito di rapporti di lavoro a tempo determinato con la pubblica amministrazione».*

Causa C-313/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Divieto di imposizione tra gli Stati membri di dazi doganali all'importazione o all'esportazione – Art. 25 del trattato Cee (cs. 54687/05, avv. dello Stato G. Albenzio).

IL FATTO

La causa verte sulla fondatezza dell'imposizione di un'accisa in ragione dell'acquisto all'interno della Comunità di un'autovettura da parte di un cittadino polacco. Nella giurisprudenza polacca la questione della conformità al diritto comunitario delle accise sugli autoveicoli usati importati da altri Stati membri è stata oggetto di decisioni divergenti dei giudici nonché di una dichiarazione del Ministero delle Finanze che mettono in questione l'eventuale incompatibilità col diritto europeo.

I QUESITI

1. – Se il disposto dell'art. 25 del Trattato che istituisce la Comunità europea in cui viene stabilito il divieto di imposizione tra gli Stati membri di dazi doganali all'importazione o all'esportazione o di tasse di effetto equivalente proibisca allo Stato membro in questione l'applicazione dell'art. 80 della legge 23 gennaio 2004 sui diritti di accisa [Dz. U. (*Dziennik Ustaw – Gazzetta ufficiale della Repubblica di Polonia*), n. 29, pos. 257, come modificato] da cui risulta che vengono assoggettate ad accisa le autovetture non immatricolate nel territorio nazionale, conformemente alle disposizioni sulla circolazione stradale in una situazione nella quale i diritti di accisa vengono prelevati per ogni acquisto di autoveicolo indipendentemente dal luogo di provenienza di quest'ultimo, anteriormente alla prima immatricolazione nel territorio nazionale.

2. – Se il disposto dell'art. 90, n. 1, del trattato che istituisce la Comunità europea in conformità del quale nessuno Stato membro applica direttamente o indirettamente ai prodotti degli altri Stati membri imposizioni interne, di qualsivoglia natura, superiori a quelle applicate direttamente o indirettamente ai prodotti nazionali similari, permetta allo Stato membro in questione l'imposizione di un'accisa su autoveicoli usati importati da altri Stati membri allorché tale accisa non grava sulla vendita di autoveicoli usati già immatricolati in Polonia, in una situazione in cui la stessa accisa veniva imposta su tutti gli autoveicoli non immatricolati nel territorio del paese, conformemente all'art. 80, n. 1, della legge polacca sui diritti di accisa.

3. – Se il disposto dell'art. 90, seconda frase, del Trattato che istituisce la Comunità europea, conformemente al quale nessuno Stato membro applica ai prodotti degli altri Stati membri imposizioni intese a proteggere indirettamente altre produzioni, permetta allo Stato membro in questione l'imposizione di un'accisa ad un tasso variabile a seconda dell'età del veicolo e della cilindrata, pubblicato nel regolamento di esecuzione polacco (n. 7 del decreto del Ministro delle finanze 22 aprile 2004 in materia di riduzione delle aliquote delle accise – *Dz. U* n. 87, pos. 825 come modificato) sugli autoveicoli usati importati da altri Stati membri quando l'imposizione viene calcolata secondo un analogo modello per la vendita di autoveicoli usati nel Paese, effettuata anteriormente alla loro prima immatricolazione sul territorio dello stesso Paese e l'imposizione medesima influisce in seguito sul prezzo di tale autoveicolo in occasione di una sua ulteriore rivendita.

4. – Se il disposto dell'art. 28 del Trattato che istituisce la Comunità europea a norma del quale sono vietate fra gli Stati membri le restrizioni quantitative all'importazione nonché qualsiasi misura di effetto equivalente, considerato in pari tempo anche il tenore dell'art. 3, n. 3, della direttiva del Consiglio 23 febbraio 1992, 92/12/CEE, relativa al regime generale, alla detenzione, alla circolazione ed ai controlli dei prodotti soggetti ad accisa a norma della quale uno Stato membro può prelevare imposizioni che colpiscono prodotti diversi da quelli di cui al paragrafo 1, a condizione tuttavia che dette imposte non diano luogo, negli scambi fra Stati membri, a formalità connesse al passaggio di una frontiera, proibisca allo Stato membro in questione di mantenere in vigore l'art. 81 della legge polacca sui diritti di accisa in conformità del quale i soggetti procedenti all'acquisto all'interno della Comunità di autovetture non immatricolate sul territorio di codesto Paese, hanno l'obbligo, conformemente alle disposizioni sulla circolazione stradale, di presentare, dopo l'importazione nel territorio del Paese, una dichiarazione semplificata al competente Direttore di ufficio doganale nel termine di cinque giorni a decorrere dall'acquisto all'interno della Comunità.

Causa C-315/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Etichettatura dei prodotti alimentari confezionati – Sanzioni previste dal d.lvo n. 109/02 – Responsabilità del distributore, stabilito in uno Stato membro, in solido o meno con il produttore, stabilito in un altro Stato membro – Interpretazione della dir. 2000/13/CE – Ordinanza del *Giudice di Pace* di Monselice notificata il 27 settembre 2005 (ct. 47942/05, avv. dello Stato G. Aiello).

IL FATTO

La questione è stata sollevata nell'ambito di un giudizio di opposizione ad ordinanza-ingiunzione che vede contrapposti il Comune di A. e la L. s.p.a. con riferimento alle disposizioni di cui agli artt. 12 e 18 del d.lgs. 109/1992. Essendo stata accertata una violazione in materia di contenuto dell'etichetta di alcuni campioni di «amaro alle erbe» distribuito dalla L. s.p.a., il Comune di A. aveva emanato un'ordinanza ingiunzione con la

quale aveva irrogato alla L. la sanzione amministrativa di cui agli artt. 12 e 18 del d.lgs. 109/1992. La difesa della società aveva impugnato l'ordinanza ingiunzione in questione sostenendo che la violazione delle disposizioni relative al titolo alcolimetrico non potesse essere imputata alla L. s.p.a. poiché essa non produce l'amaro in questione, ma si limita a commercializzarlo presso i propri punti vendita.

I QUESITI

1. – Se la direttiva 2001/13/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 marzo 2000 relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti l'etichettatura dei prodotti alimentari, nonché la relativa pubblicità, per quanto riguarda i prodotti preconfezionati di cui all'articolo 1 della direttiva citata, debba essere interpretata nel senso che gli obblighi normativi in essa previsti ed in particolare quelli di cui agli articoli 2, 3 e 12, debbano essere considerati imposti esclusivamente al produttore dell'alimento preconfezionato;

2. – in caso di risposta affermativa al primo quesito, se gli articoli 2, 3, 12 della direttiva 2000/13/CE debbano essere interpretati nel senso che escludono che il semplice distributore, situato all'interno di uno Stato membro, di un prodotto preconfezionato (come definito dall'articolo 1 della direttiva 2000/13/CE) da un operatore situato in uno Stato membro diverso dal primo possa essere considerato responsabile di una violazione contestata da un'Autorità pubblica, consistente nella differenza fra il valore (nella fattispecie titolo alcolimetrico) indicato dal produttore sull'etichetta del prodotto alimentare preconfezionato e venga di conseguenza sanzionato anche se lo stesso (il semplice distributore) si limita a commercializzare il prodotto alimentare così come consegnato dal produttore dell'alimento stesso.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

«(Omissis) *Ad avviso del Governo italiano, la questione non può essere risolta se non valutando in modo adeguato anche il principio dell'affidamento del rivenditore a che il produttore di merci comunitario si conformi (nell'attività di produzione ed imballaggio dei prodotti) alle disposizioni comunitarie armonizzate regolanti la materia.*

Del resto, in assenza di previsioni specifiche nell'ambito della direttiva 2000/13/CE, ben può l'interprete risolvere la questione facendo riferimento al principio della tutela dell'affidamento che costituisce un principio di civiltà giuridica conosciuto e tutelato da pressoché tutti i Paesi europei.

Pertanto, il primo quesito dovrebbe essere risolto nel senso che, in via di principio, il rivenditore di prodotti (anche) alimentari prodotti nell'Unione europea non possa essere considerato responsabile delle violazioni in tema di etichettatura commesse dal produttore di altro Paese dell'Unione quante volte egli abbia potuto prestare un legittimo affidamento circa la conformità del prodotto (e della relativa etichettatura) alle disposizioni comunitarie armonizzate, come tali valevoli tanto nel proprio Paese, quanto in quello di produzione del bene.

Il principio in questione, al contrario, non potrebbe trovare concreta applicazione quante volte esistano disposizioni di specie (es.: in tema di sicurezza ali-

mentare: Reg. (CE) 178 del 2002) le quali, al fine di tutelare in massimo grado beni di primario rilievo, quali il diritto alla salute, stabiliscano in modo espresso l'estensione della responsabilità anche nei confronti del rivenditore del prodotto.

In ogni altra ipotesi non espressamente contemplata, non sembra che l'ordinamento comunitario consenta di assoggettare il rivenditore ad una siffatta responsabilità la quale, se non suffragata dalla prova specifica circa la sussistenza in concreto di specifici elementi di colpevolezza, potrebbe configurarsi quale ipotesi di responsabilità oggettiva, in via di principio non ammessa dalla tradizione giuridica degli Stati membri.

Inoltre, l'enunciazione del principio di cui si chiede l'affermazione in sede di risoluzione del rinvio pregiudiziale deve lasciare intatta l'esclusiva competenza degli Stati in tema di individuazione dei presupposti della responsabilità tanto penale, quanto amministrativa, con particolare riferimento all'elemento soggettivo delle fattispecie sanzionate (anche laddove il relativo precetto risulti essere di fonte comunitaria).

Per motivi simili a quelli appena enunciati ad avviso del Governo italiano il secondo quesito dovrebbe essere dichiarato inammissibile in quanto coinvolge valutazioni di politica sanzionatoria rientranti in toto nella disponibilità degli Stati membri (in particolare: criteri di individuazione delle ipotesi di responsabilità sanzionabili, rapporti fra concorso nei reati e solidarietà in tema di sanzioni amministrative, modalità di accertamento delle ipotesi sanzionate e criteri di gradazione delle conseguenti responsabilità).

Ed infatti, attesa l'ampiezza (e, per certi versi, l'indeterminatezza) della formulazione del quesito, codesta Corte non potrebbe fornire una risposta pertinente e di ampiezza pari al quesito formulato, se non inoltrandosi in questioni di politica sanzionatoria di certo sottratte agli organi comunitari.

Per le considerazioni che precedono il Governo italiano ritiene che ai quesiti posti possa risponderci nei termini che seguono:

1. – La direttiva 2000/13/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 marzo 2000 relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti l'etichettatura dei prodotti alimentari nonché la relativa pubblicità, per quanto riguarda i prodotti confezionati di cui all'articolo 1 della direttiva 2009/13/CE citata, deve essere interpretata nel senso che gli obblighi normativi in essa previsti ed in particolare quelli di cui agli articoli 2, 3 e 12 devono essere considerati imposti esclusivamente al produttore dell'alimento confezionato;

2. – Gli articoli 2, 3 e 12 della direttiva 2000/13/CE devono essere interpretati nel senso che escludono che il distributore, situato all'interno di uno Stato membro, di un prodotto confezionato da un operatore situato in un altro Stato membro possa essere considerato responsabile a titolo oggettivo di una violazione contestata da un'Autorità pubblica, consistente nella differenza tra il valore del titolo alcolimetrico indicato dal produttore sull'etichetta del prodotto alimentare confezionato, salvo l'eventuale accertamento della colpa e quindi del concorso nel fatto illecito del distributore accertati in base ai principi generali dell'ordinamento dello Stato in cui il prodotto confezionato viene posto in vendita.

Roma, 6 dicembre 2005 – Avvocato dello Stato Giacomo Aiello».

Causa C-325/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Diritto di soggiorno – Associazione CEE – Turchia n. 1/80 – Ordinanza della «*Verwaltungsgericht Darmstadt*» (Germania) emessa il 21 settembre 2005 e notificata il 4 novembre 2005.

IL FATTO

Nel caso di specie, un cittadino turco era entrato nella Repubblica federale di Germania all'età di nove anni, per ricongiungimento familiare con i suoi genitori, ivi residenti e lavoratori dipendenti per diversi anni. Egli riceveva una formazione scolastica e professionale, successivamente svolgeva diverse attività lavorative dipendenti in maniera saltuaria e, per circa quattro anni, svolgeva un'attività lavorativa autonoma. Nel 1990 otteneva un permesso di soggiorno a tempo indeterminato. Nel 1994, lasciava l'appartamento dei suoi genitori e formava un proprio nucleo familiare. La moglie turca si trasferiva in Germania presso il ricorrente il 24 febbraio 2002.

Si dal 1994, il ricorrente commetteva una serie di reati e veniva condannato al pagamento di diverse pene pecuniarie nonché, con sentenza del 13 dicembre 2002, ad una pena detentiva di due anni, otto mesi e due settimane per introduzione clandestina professionale ed organizzata di stranieri. Dall'esame delle urine, risultava inoltre far uso egli stesso di droghe e scontava quindi la sua pena in carcere non potendo fruire del regime di semilibertà.

Con decreto 24 novembre 2003, il ricorrente veniva espulso, ricorrendo i presupposti per l'espulsione discrezionale di cui all'art. 47, co. 2, n. 1 dell'*Auslaendergesetz* (legge tedesca sugli stranieri).

Il ricorrente impugnava il decreto di espulsione sostenendo di poter beneficiare della speciale tutela contro l'espulsione, assicurata dall'art. 48, primo comma, dell'*Auslaendergesetz*.

Inoltre, riteneva di rientrare nella categoria di persone di cui all'art. 7, co. 1, della decisione 1/80.

Il Tribunale amministrativo tedesco ritiene che il ricorrente abbia acquisito lo *status* di cui all'art. 7, co. 1, secondo trattino della decisione 1/80, avendo vissuto per almeno cinque anni in Germania, con i suoi genitori, che svolgevano un'attività dipendente.

Nelle more del rinvio pregiudiziale, è stata presentata la sentenza della Corte di Giustizia 7 luglio 2005, in causa C-373/03, pronunciatasi in un caso simile, affermando che «un cittadino turco che beneficia del diritto di libero accesso a qualsiasi attività dipendente di suo gradimento ai sensi dell'art. 7, 1 co., secondo trattino della decisione 19 settembre 1980 n. 1/80, relativa allo sviluppo dell'associazione adottata dal Consiglio di associazione istituito dall'accordo che crea un'associazione tra la Comunità economica europea e la Turchia, non perde tale diritto né a causa di un'assenza prolungata dal mercato del lavoro dovuta a carcerazione, anche della durata di più anni, seguita da una terapia di disintossicazione di lunga durata, né a causa della circostanza che, al momento della decisione di espulsione, l'interessato era maggiorenne e non risiedeva più presso il lavoratore turco all'origine del suo diritto di soggiorno, ma conduceva una vita indipendente da tale lavoratore.».

I QUESITI

1. – Se un cittadino turco, trasferitosi da bambino ai fini del ricongiungimento familiare presso i suoi genitori, lavoratori subordinati nella Repubblica federale di Germania, perda il suo diritto di soggiorno derivato dal diritto di rispondere a qualsiasi offerta di impiego di cui all'art. 7 primo comma, secondo trattino della decisione del Consiglio di Associazione CEE-Turchia n. 1/80 – tranne nei casi previsti dall'art. 14 della decisione n. 1/80 e in caso di abbandono dello Stato membro ospitante per un periodo di tempo significativo e senza motivi legittimi – anche qualora, dopo il compimento del ventunesimo anno di età, egli non abiti più con i suoi genitori e non sia più a loro carico.

In caso di soluzione affermativa alla prima questione:

2. – Se il detto cittadino turco, nonostante la perdita dello *status* di cui all'art. 7 primo comma, secondo trattino della decisione n. 1/80, goda di una tutela speciale contro l'espulsione ai sensi dell'art. 14 della decisione 1/80, qualora, dopo la cessazione della convivenza familiare con i suoi genitori, egli abbia svolto attività lavorative dipendenti in maniera irregolare, senza aver acquisito uno *status* giuridico autonomo ai sensi dell'art. 6, n. 1, della decisione n. 1/80 a seguito della sua qualità di lavoratore, e qualora abbia svolto per vari anni esclusivamente un'attività lavorativa indipendente.

Alla luce della sopravvenuta sentenza della Corte di Giustizia 7 luglio 2005, causa C-373/03, emessa su questione pregiudiziale analoga, la questione *sub* 1 dell'ordinanza di rinvio 17 agosto 2005, causa C-325/05, è stata precisata con successiva ordinanza del 21 settembre 2005:

– Se sia compatibile con l'art. 59 del Protocollo addizionale all'Accordo 12 settembre 1963 che crea un'Associazione tra la Comunità economica europea e la Turchia per la fase transitoria dell'Associazione (in proseguimento «il Protocollo Addizionale») il fatto che un cittadino turco, trasferitosi da bambino ai fini del ricongiungimento familiare presso i suoi genitori lavoratori subordinati nella Repubblica federale di Germania, perda il suo diritto di soggiorno derivato dal diritto di rispondere a qualsiasi offerta di impiego di cui all'art. 7 primo comma, secondo trattino della decisione del Consiglio di Associazione CEE-Turchia n. 1/80 – tranne nei casi previsti dall'art. 14 della decisione n. 1/80 e in caso di abbandono dello Stato membro ospitante per un periodo di tempo significativo e senza motivi legittimi – anche qualora, dopo il compimento del ventunesimo anno di età, egli non abiti più con i suoi genitori e non sia più a loro carico.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

1. – *Il Governo italiano ritiene che al primo quesito vada data risposta positiva, non apparendo la soluzione opposta conforme all'art. 59 del Protocollo addizionale del 23 novembre 1970, ai sensi del quale « nei settori coperti dal presente protocollo, la Turchia non può beneficiare di un trattamento più favorevole di quello che gli Stati membri si accordano reciprocamente in virtù del trattato che istituisce la Comunità».*

Alla luce di tale principio, il cittadino turco, lavoratore o familiare di lavoratore, non può fruire, in base all'Accordo tra la CEE e la Turchia, di maggiori

garanzie rispetto a quelle che assistono i cittadini comunitari nei loro reciproci rapporti in ordine al diritto di soggiorno in un altro Stato membro, che deriva dal diritto di accedere al mercato del lavoro, nonché in relazione alla tutela contro l'espulsione.

La posizione del ricorrente rientra nel comma 1, secondo trattino dell'art. 7 della decisione 1/80, risiedendo egli in Germania ininterrottamente dal 1982, sia nel comma 2, avendo egli ricevuto una formazione professionale nel predetto paese. Lo stesso ha quindi acquisito il medesimo status di familiare di lavoratore che gli ha consentito di ottenere il permesso di soggiorno a tempo indeterminato.

Tutto sta a vedere se sia possibile perdere lo status oltre ai due casi enunciati delle sentenze della Corte di Giustizia 7 luglio 2005, causa C-373/03, Aydinli; 11 novembre 2004, causa C-467/02, Cetinkaya e 16 marzo 2000, causa C-329/97, Ergat dell'abbandono dello Stato ospitante per un periodo significativo o della ricorrenza di motivi di ordine pubblico, di sicurezza e di sanità pubblica.

Nei rapporti tra cittadini comunitari, per lo status di familiare, secondo la nozione fornita dalla sentenza della Corte di giustizia 30 settembre 2004, causa C-275/02, Ayaz, occorre riferirsi al disposto di cui all'art. 10, n. 1 del regolamento (CEE) del Consiglio 15 ottobre 1968 n. 1612, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità. La giurisprudenza comunitaria ha affermato che il diritto di soggiornare in uno Stato membro, in qualità di familiare di lavoratore, cessa quando il figlio compie 21 anni, se ha costituito un proprio autonomo nucleo familiare. Per fruire del predetto diritto occorrono, dunque, le due condizioni alternative della minore età o della vivenza a carico dei genitori. Ovviamente, il diritto di soggiorno può successivamente sorgere in relazione ad altro status quale, direttamente, quello di lavoratore di colui che prima derivava il predetto diritto dalla qualità di figlio lavoratore.

Se nei rapporti tra cittadini comunitari, il diritto di soggiorno cessa venendo meno una delle suddette condizioni, appare incompatibile con l'art. 59 del Protocollo addizionale un'interpretazione delle norme che regolano l'analogo diritto dei cittadini turchi nei confronti dei cittadini comunitari nel senso che le stesse garantiscano loro una tutela maggiore.

Appare quindi condivisibile l'orientamento dell'Avvocato Generale Geelhoed, nelle conclusioni presentate il 25 maggio 2004 (in causa C-275/02, Ayaz), che individua, accanto alle due ipotesi del figlio maggiorenne a carico del lavoratore (che rientra nel campo d'applicazione dell'art. 7, co. 1) e del figlio inserito nel mercato del lavoro (che deriva diritti autonomi dall'art. 6), quella del figlio che ancora non lavora e non è più a carico del lavoratore, fattispecie che non rientra in nessuna categoria, con conseguente perdita del diritto di soggiorno.

2. – Relativamente al secondo quesito, la Corte di giustizia, nella sentenza del 10 febbraio 2000, causa C-340/97, Nazli, ha stabilito che l'interruzione temporanea del periodo di attività lavorativa di un lavoratore turco durante la sua detenzione preventiva durata 13 mesi non implica, in quanto tale, la perdita dei diritti che gli derivano direttamente dall'art. 6 n. 1, terzo trattino; con la sentenza 23 gennaio 1997, causa C-171/95, Tetik, la Corte ha confermato i principi già enunciati nella sentenza 26 febbraio 1991, causa C-292/89, Antonissen, in cui si è chiarito che un lavoratore che abbia deciso volontariamente di lasciare

il suo posto di lavoro non esce subito dal regolare mercato del lavoro ma gli deve essere concesso un periodo di tempo ragionevole, che i giudici nazionali dovranno determinare, per poter trovare un nuovo posto di lavoro.

Secondo il Governo italiano, non pare possibile un'applicazione analogica del principio giurisprudenziale secondo cui il lavoratore che abbia lasciato o perso il proprio impiego ha diritto ad un congruo periodo di tempo per cercarne effettivamente un altro. Tale principio si fonda sulla necessità di tutelare chi abbia prestato una regolare attività lavorativa con una certa continuità e per un consistente lasso di tempo, acquisendo il correlativo status di cui all'art. 6, primo trattino (che prevede il periodo minimo di un anno). Il ricorrente ha invece cambiato moltissimi lavori, durati ciascuno poche settimane o addirittura pochi giorni. Né la sua posizione può riferirsi equiparabile a quella dell'art. 6, terzo trattino che, con l'espresso riferimento all'attività salariata, esclude che possa avere rilievo l'attività di lavoro autonomo svolta dal ricorrente per quattro anni.

Infatti l'art. 6 è un'estrinsecazione del principio di cui all'art. 39 CE (ex art. 48 TCE) relativo alla libera circolazione dei lavoratori, mentre l'attività di lavoro autonomo è riconosciuta da una diversa norma del Trattato, l'art. 43 CE (ex art. 52) sul diritto di stabilimento, che riguarda però specificamente i cittadini comunitari.

Causa C-339/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Libera circolazione delle persone – Accordo tra la Comunità Europea e la Confederazione Svizzera (GU 2002 L 114, pag. 16) – Ordinanza del Landesgericht Innsbruck (Austria), emessa il 22 giugno 2005 (cs. 55307/2005, avv. dello Stato W. Ferrante).

IL FATTO

La presente questione pregiudiziale è stata sollevata nell'ambito della controversia che oppone il ricorrente *Zentralbetriebstrat der Landskrankenhauser Tirols* (la rappresentanza degli ospedali del Land Tirolo) al Land Tirolo ed ha ad oggetto l'accertamento del diritto al computo dei pregressi periodi di attività prestata da tre lavoratrici in Svizzera nel settore del servizio pubblico.

Il Land Tirolo, presso il quale le lavoratrici prestano attualmente servizio, non ha tenuto conto, ai fini della progressione in carriera, degli anni di servizio prestati in svizzera prima del 1° giugno 2002, data di entrata in vigore dell'Accordo tra la Comunità Europea e la Confederazione Svizzera in materia di libera circolazione delle persone, firmato a Lussemburgo il 21 giugno 1999 e pubblicato sulla *G.U.C.E.* del 30 aprile 2002 n. L 114.

Il ricorrente lamenta che non si è tenuto conto degli anni di servizio prestati in Svizzera a causa di un'errata interpretazione da parte dei legislatori austriaci competenti nel recepire l'Accordo sopra richiamato sulla libera circolazione delle persone. Tale Accordo all'art. 9 dell'allegato I prevede che «il lavoratore dipendente cittadino di una parte contraente non può ricevere sul territorio dell'altra parte contraente, a motivo della propria cittadinanza, un trattamento diverso da quello riservato ai lavoratori dipendenti nazionali per quanto riguarda le condizioni di impiego e di lavoro, in particolare in

materia di retribuzione, licenziamento, reintegrazione professionale o ricollocamento se disoccupato.» Il n. 4 di tale articolo dispone, inoltre, che tutte le clausole di contratti collettivi o individuali o di altre regolamentazioni collettive riguardanti le retribuzioni sono nulle nella misura in cui prevedano condizioni discriminatorie nei confronti dei lavoratori dipendenti non nazionali cittadini delle parti contraenti.

Orbene, a parere del ricorrente, in assenza di alcuna disposizione transitoria sull'applicazione dell'art. 9 dell'Allegato I del citato Accordo, la normativa di recepimento di cui al L-VBG, consistente nel riconoscimento dei precedenti periodi di lavoro limitati al periodo successivo al 1° giugno 2002, sarebbe contrario alla giurisprudenza dominante e contrasterebbe con la *ratio* e con lo scopo dell'Accordo stesso.

Il ricorrente richiama la giurisprudenza dominante della Corte di Giustizia Europea relativamente all'art. 39 CE, nonché all'art. 7, nn. 1 e 4 del regolamento n. 1612/68, entrambi riprodotti dall'art. 9, dell'Allegato I dell'Accordo in oggetto, secondo la quale sussisterebbe una discriminazione indiretta sulla base della cittadinanza anche nel caso in cui le condizioni che valgono per gli anni di servizio compiuti in uno Stato membro siano più restrittive di quelle previste per i periodi svolti al servizio di enti analoghi dello Stato membro interessato. Si richiama, in particolare, la decisione resa nella causa *Osterreichischer Gewerkschaftsbund* (C-195/98), nella quale la Corte di Giustizia ha affermato che i periodi di attività svolti presso enti di altri Stati membri analoghi agli enti nazionali devono essere computati senza alcuna limitazione temporale in assenza di disposizioni transitorie sull'applicazione dell'art. 39 CE nonché dell'art. 7 del regolamento n. 1612/68.

Il convenuto contesta, dal canto suo, la tesi giuridica del ricorrente precisando che ben tre leggi austriache, due a livello federale (art. 26 n. 2fVBG1948 e art. 12 n. 2f*Gehaltgesetz* 1956) e una a livello di Land (art. 41 n. 8 L-VBG), recependo il predetto Accordo, hanno disposto che «poiché il n. 2 subordina la presa in considerazione di periodi di servizio o di docenza al fatto che essi siano stati compiuti presso un ente territoriale nazionale, una scuola nazionale o un qualsiasi altro ente nazionale, detti periodi vanno totalmente computati ai fini della determinazione della data di riferimento per la promozione se ... svolti dopo il 1° giugno 2002 presso un ente comparabile della Svizzera».

IL QUESITO

Se, ai fini del calcolo della retribuzione dei lavoratori a contratto, uno Stato membro o un ente territoriale di uno Stato membro debba tenere conto, senza limiti di tempo, dei periodi di servizio prestato presso determinati enti svizzeri, comparabili agli enti elencati nel paragrafo 41, n. 2, del *Landesvertragsbedienstetengesetz* tirolese (e nel § 26, n. 2 del *Vertragsbedienstetengesetz* 1948), o se l'Accordo tra la Comunità Europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Confederazione svizzera dall'altra, sulla libera circolazione delle persone (*G.U.* 2002 L114 pag. 16), e in particolare l'art. 9 n. 1, del suo Allegato I, debba essere interpretato nel senso che è permesso un *computo limitato* ai periodi di servizio prestato dai lavoratori in Svizzera *dopo l'entrata in vigore* di tale Accordo, il 1° giugno 2002.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

Il Governo italiano ha presentato le seguenti osservazioni:

«(omissis) *Il Governo italiano ritiene che, per quanto riguarda il riconoscimento di periodi di servizio prestati presso la Confederazione Elvetica, debba trovare applicazione il principio generale del tempus regit actum, in base al quale, nel caso sottoposto al giudizio della Corte, è necessario tener conto della disciplina giuridica vigente al momento della prestazione dei servizi in Svizzera, ai fini del loro eventuale riconoscimento, per la successiva progressione di carriera, in un Paese membro della Comunità.*

Si ritiene, in sostanza, che i periodi di servizio prestati in Svizzera debbano essere riconosciuti, ai fini della progressione in carriera solo se svolti dopo l'Accordo tra Ce e la Svizzera, entrati in vigore il 1° giugno 2002, che ha esteso a quest'ultima il principio della libera circolazione dei lavoratori già esistente tra i Paesi membri della Comunità, atteso che, non essendo state inserite nel predetto Accordo puntuali indicazioni circa la retroattività del relativo beneficio, non appare legittimo riconoscere agli interessati la valutabilità, ai fini della progressione in carriera, dei periodi di servizio prestati, come nel caso di specie, prima dell'entrata in vigore dell'Accordo e quindi in costanza di un regime giuridico che non contemplava tale trattamento di favore per i lavoratori di Paesi Terzi rispetto alla Comunità, come lo è la Svizzera.

È stato solo con il più volte citato Accordo che i lavoratori svizzeri sono stati equiparati, ai fini della libera circolazione e del connesso principio di non discriminazione, ai lavoratori dei Paesi membri della Ce, rispetto ai quali tale principio risale al Trattato del 25 marzo 1957.

Tale Accordo deve quindi considerarsi innovativo per i cittadini svizzeri e non meramente ricognitivo di diritti già esistenti in quanto la Confederazione Elvetica resta un Paese terzo rispetto alla Ce che, solo quale parte contraente dell'Accordo, entrato in vigore il 1° giugno 2002, può beneficiare del diritto alla libera circolazione dei lavoratori, prima applicabile esclusivamente ai cittadini comunitari.

Peraltro, la sentenza del 30 novembre 2000 citata nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale ed emessa proprio nei confronti dell'Austria nella causa C-195/98, Osterreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft öffentlicher Dienst c. Republik Osterreich si è limitata ad affermare che l'art. 48 del Trattato Ce e l'art. 7, nn. 1 e 4, del regolamento Ce n. 1612/68, ostano ad una disposizione nazionale come l'art. 26 del Vertragsbedienstetengesetz (VBG) 1948 (legge federale del 1948 sugli impiegati a contratto), relativa al computo dei periodi di attività pregressi ai fini della determinazione della retribuzione degli insegnanti e assistenti a contratto, quando le condizioni che valgono per i periodi svolti in altri stati membri sono più rigorose di quelle che valgono per i periodi compiuti al servizio di enti analoghi dello Stato membro interessato. La predetta decisione ha altresì affermato che, nel caso in cui uno Stato membro sia tenuto a prendere in considerazione, per calcolare la retribuzione degli insegnanti e degli assistenti a contratto, i periodi di attività presso enti di altri stati membri analoghi agli enti austriaci elencati all'art 26 n. 2 del VBG 1948, tali periodi devono essere computati senza alcuna limitazione temporale.

Tale sentenza ha quindi preso in considerazione il principio della libera circolazione dei lavoratori, affermando che non va sottoposto ad alcuna limitazione temporale, nei rapporti tra l'Austria ed altri Stati membri della Ce e non tra l'Austria ed un Paese terzo.

Si veda in proposito la sentenza del 15 gennaio 1998 emessa nella causa C-15/96 Kalliope Schningk-Kougebetopoulou c. Freie und Hansestadt – Hamburg, in base alla quale le norme comunitarie in materia di libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità ostano alla clausola di un contratto collettivo applicabile alla pubblica amministrazione di uno stato membro che provveda, per gli impiegati contrattuali di tale amministrazione, un avanzamento per anzianità dopo otto anni di attività lavorativa in un livello retributivo determinato da tale contratto, senza tener conto dei periodi lavorativi in un settore di attività analogo, precedentemente compiuti presso la Pubblica Amministrazione di un altro Stati membro.

Anche qui, i principi di libera circolazione e di non discriminazione vengono affermati nei rapporti tra Stati membri e pertanto se ne deduce a contrario che nei rapporti tra uno Stato appartenente alla Ce, quale l'Austria, e uno stato terzo, quale la Svizzera, tali principi non valgono se non in forza di una norma autonoma ed ulteriore rispetto a quelle applicabili ai Paesi comunitari, appunto l'Accordo del 1° giugno 2002.

Analogo principio è stato stabilito con la decisione del 26 gennaio 1999 nella causa C-18/95 F.C. Terhoeve c. Inspecteur van de Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen Buitenland.

Il Governo italiano propone quindi alla Corte di risolvere il quesito nel senso che i periodi di servizio prestati in Svizzera debbano essere riconosciuti, ai fini della progressione in carriera, solo se svolti dopo l'Accordo tra la Ce e la Svizzera entrato in vigore il 1° giugno 2002, che ha esteso a quest'ultima il principio della libera circolazione dei lavoratori già esistente tra i Paesi membri della Comunità.

Roma 2 gennaio 2006 – Avv. dello Stato Wally Ferrante».

Causa C-341/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Contratti collettivi di lavoro – Azioni collettive proposte dai sindacati – Artt. 12 e 49 Trattato CE – Direttiva 96/71/CE – Ordinanza della «Arbetsdomstolen» (Svezia) emessa il 15 settembre 2005, notificata il 29 novembre 2005 (cs. 63716/05, avv. dello Stato M. Massella D. T.).

IL FATTO

Nel caso di specie, delle organizzazioni sindacali svedesi tentano, mediante un'azione collettiva esercitata sotto forma di un blocco, di indurre un prestatore di servizi straniero a sottoscrivere un contratto collettivo nello Stato di occupazione relativo alle condizioni di lavoro e di occupazione.

I QUESITI

Le questioni pregiudiziali che il giudice *a quo* formula sono:

1. – Se sia compatibile con le norme del Trattato CE sulla libera prestazione dei servizi e sul divieto di qualsiasi discriminazione a causa della nazionalità, nonché con la direttiva sul distacco, il fatto che le organizzazioni sindacali tentino, mediante un'azione collettiva esercitata sotto forma di blocco,

di indurre un prestatore di servizi straniero a sottoscrivere un contratto collettivo nello Stato di occupazione relativo alle condizioni di lavoro e di occupazione, come quello descritto nella precitata decisione dell'*Arbetsdomstolen*, se la situazione dello Stato di occupazione è tale che la legislazione volta a recepire detta direttiva è priva di qualsiasi disposizione espressa sull'applicazione delle condizioni di lavoro e di occupazione dei contratti collettivi.

2. – La legge svedese «*Medbestämmandelagen*» vieta a un'organizzazione sindacale di avviare un'azione collettiva volta a disapplicare un contratto collettivo stipulato fra altre parti sociali. Tale divieto vale tuttavia, secondo una speciale disposizione costituente una parte della cosiddetta «*lex Britannia*», soltanto se un'organizzazione sindacale avvia un'azione collettiva a causa di condizioni di lavoro cui la legge «*Medbestämmandelagen*» è direttamente applicabile, il che, in pratica, comporta che essa non vale per azioni collettive avviate contro società straniere che esercitano temporaneamente un'attività in Svezia con i propri dipendenti. Se le norme del Trattato CE relative alla libera prestazione dei servizi e al divieto di discriminazione a causa della nazionalità, nonché la direttiva sul distacco osti all'applicazione di questa regola da ultimo menzionata – che, unitamente alle altre disposizioni della *lex Britannia*, comporta che in pratica i contratti collettivi svedesi diventano applicabili e prevalgono sui contratti collettivi stranieri già stipulati – contro un'azione collettiva avente la forma di blocco esercitato da organizzazioni sindacali svedesi contro un prestatore di servizi operante temporaneamente in Svezia.

C-346/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Parità di trattamento tra i lavoratori degli Stati membri e libera circolazione delle persone – Estensione ai cittadini degli Stati membri della norma più favorevole prevista per i cittadini extracomunitari – Art. 39 del Trattato CE e art. 3 del regolamento n. 1408/71 (cs. 55304/05, avv. dello Stato G. Aiello).

IL FATTO

La controversia riguarda la possibilità, per uno Stato membro, di introdurre, seppure involontariamente, una normativa più favorevole per i cittadini extracomunitari che per quelli degli Stati membri. L'appellante, cittadina francese, a seguito del matrimonio con un Belga, si trasferiva in Belgio. Ivi chiedeva la concessione dell'indennità di disoccupazione all'ente competente (*l'Office National de l'Emploi*, ONEM), dichiarando di essere cittadina francese.

L'indomani, tuttavia, essa presentava la medesima istanza, dichiarando, tuttavia, di essere cittadina belga, avendo acquisito la cittadinanza a seguito del matrimonio. Fondamento della richiesta era la perdita del lavoro che l'appellante aveva in Francia per seguire il marito in Belgio. A seguito della trasmissione di questa seconda domanda all'ufficio regionale competente, la richiedente veniva ammessa al beneficio.

Un anno dopo a seguito di un trasloco, l'appellante presentava un altro modulo di richiesta, ma questa volta come cittadina francese. Essa aveva, infatti, conservato tale cittadinanza.

Ai fini della concessione dell'indennità, la normativa belga richiedeva la cittadinanza belga, con almeno un giorno di lavoro in Belgio o all'estero – purché si trattasse di lavoro idoneo a dar luogo a trattenute previdenziali in Belgio. Questa disposizione si applicava anche al cittadino straniero, proveniente da un paese con il quale fosse stata stipulata una convenzione internazionale. Tale normativa viene ricavata dal combinato disposto degli art. 37, n. 2, e 43, n. 1, del regio decreto 25 novembre 1991.

Non rientrando, a quel punto – in quanto cittadina francese – in nessuna della due categorie, la richiedente veniva, così, dapprima esclusa, e in un secondo momento sospesa dal beneficio finché essa non avesse fornito le prova di essere stata occupata per almeno un giorno in Belgio. Emergeva allora che, due settimane avanti, l'appellante era stata occupata per un giorno, e che quindi poteva essere riammessa, in quanto, a quel punto, essa presentava i requisiti richiesti.

A seguito di ulteriori accertamenti, tuttavia, veniva rilevato il carattere indebito delle erogazioni effettuate per tutto il primo periodo – vale a dire l'anno nel quale la richiedente era stata ammessa. Ciò induceva il direttore dell'ONEM a ripetere tali somme, pur riconoscendo il diritto alle indennità per i periodi successivi. Questa decisione era confermata dal *Tribunal du travail*. Veniva proposto appello.

La Corte d'Appello notava l'incostituzionalità della normativa che introduceva la disparità di trattamento tra i cittadini belgi e i cittadini stranieri. In difetto di una convenzione internazionale, questi ultimi non potrebbero, infatti, accedere all'indennità di disoccupazione sulla base del lavoro prestato all'estero, a differenza di quanto avviene per i cittadini belgi, ma l'art. 191 della Costituzione belga stabilisce che «qualunque straniero si trovi sul territorio del Belgio gode della tutela accordata alle persone e ai beni, fatte salve le eccezioni stabilite dalla legge».

A seguito di analisi della giurisprudenza della Corte di Cassazione belga sul significato da attribuire al termine «legge», la Corte d'appello notava come la normativa in questione esulasse dalla definizione accreditata dalla Suprema Corte belga, e come essa fosse, pertanto, incostituzionale ed incapace a derogare all'art. 191 cost. Nel 2002 veniva sanata la lacuna, ma nel periodo tra il 1991 – entrata in vigore della legge belga incostituzionale – e il 2002 era presente una completa equiparazione del cittadino extracomunitario allo straniero.

Il regolamento europeo n. 1408/71, dal canto suo, se all'art. 3 garantisce la parità di trattamento a favore delle persone che risiedono sul territorio di uno degli Stati membri, all'art. 67 n. 3 prevede l'onere, a carico del cittadino europeo, di dimostrare di aver svolto almeno una giornata di lavoro in Belgio per avervi diritto all'indennità di disoccupazione. Alla luce di tale disposizione, la disciplina europea si presenta più gravosa di quella belga. Come visto, la normativa belga consente di accedere all'indennità anche in presenza dello svolgimento di un giorno di lavoro all'estero. Essa, tra il 1991 e il 2002, veniva applicata anche al cittadino straniero (equiparato *ex* 191 cost.). È ammissibile una simile disparità di trattamento?

Mentre l'ONEM, facendo leva sul carattere involontario e transeunte della disciplina più favorevole al soggetto extracomunitario, chiedeva la totale applicazione del diritto comunitario, e, quindi, la ripetizione delle somme concesse all'appellante, quest'ultima chiedeva il sollevamento di una questione pregiudiziale *ex art.* 234 TCE per dirimere il contrasto tra la normativa belga e quella comunitaria. La Corte d'Appello, malgrado l'eccezione di incompetenza sollevata dall'ONEM, che veniva giudicata infondata, in quanto la Corte di giustizia delle Comunità europee possa essere ritenuta competente a decidere anche se una disposizione del Trattato consenta di disapplicare un regolamento interpretato in un modo o nell'altro, adiva la Corte di Giustizia.

IL QUESITO

Si chiede alla Corte di Giustizia se l'art. 39, n. 2 del Trattato e l'art. 3 n. 1 del regolamento n. 1408/71, che garantiscono la parità di trattamento tra i lavoratori degli Stati membri, nonché la libera circolazione delle persone – tra le quali i lavoratori –, consentano di interpretare l'art. 67 n. 3 del regolamento n. 1408/71 nel senso che esso impone al lavoratore cittadino di uno Stato membro l'obbligo di compiere un periodo di lavoro che dia diritto alle indennità di disoccupazione nello Stato di residenza, anche qualora la normativa interna di tale Stato non imponga un obbligo del genere al lavoratore straniero, indipendentemente dal fatto che provenga da uno Stato terzo o da uno Stato membro.

Causa C-374/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Pubblicità dei medicinali per uso umano – Direttiva 2001/83 CE – Direttiva 1992/28/CEE – direttiva 2001/83/CEE – Ordinanza della «*Bundesgerichtshof*» (Germania) emessa il 21 luglio 2005, notificata il 29 novembre 2005 (cs. 63719/05, avv. dello Stato G. Fiengo).

IL FATTO

Una società distributrice di preparati a base di Ginseng, registrati come medicinali, non soggetti a prescrizione medica, ha impugnato la sentenza della Corte d'appello che aveva accolto il ricorso presentato dal *Wettberbsverein* (associazione per la tutela della concorrenza) e vietato alla convenuta, ricorrente in Cassazione, di fare pubblicità mediante l'analisi del sondaggio tra i consumatori di Ginseng rosso di Gintec e di promuovere il prodotto mediante sorteggio negli scambi commerciali, al di fuori dei settori specialistici dei preparati a base di Ginseng.

I QUESITI

Le questioni pregiudiziali formulate dal giudice della Corte federale di cassazione tedesca sono:

1. – Se le disposizioni della direttiva 2001/83/CEE, aventi ad oggetto il riferimento a dichiarazioni di terzi non specialisti e alla pubblicità effettuata mediante sorteggi, stabiliscano non solo soglie minime ma anche soglie massime inderogabili per quanto riguarda i divieti di pubblicità al pubblico di medicinali.

2. – Se, in caso di soluzione in senso affermativo della prima questione: *a)* sussista un riferimento abusivo e ingannevole ai «certificati di guarigione» ai sensi dell'art. 90, lett. *j)*, della direttiva 2001/83/CE, qualora l'operatore pubblicitario citi il risultato di un sondaggio effettuato presso terzi non specialisti da cui emerga una valutazione complessiva positiva del medicinale pubblicizzato, senza collegare tale valutazione a determinate indicazioni terapeutiche; *b)* dall'assenza di una disposizione che vieti espressamente la pubblicità effettuata mediante sorteggi nella direttiva 2001/83/CE derivi che essa è, in linea di principio, ammessa, oppure l'art. 87, n. 3 della medesima direttiva contenga una disposizione residuale idonea a fondare il divieto di pubblicità su Internet effettuata mediante sorteggio mensile di un premio dal valore esiguo.

3. – Se le questioni poste debbano essere interpretate in modo corrispondente per quanto riguarda la direttiva 92/28/CEE.

Causa C-386/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Competenze giurisdizionali per compravendite mobiliari – Convenzione di Bruxelles del 1968
– Ordinanza 28 settembre 2005 della *Oberster Gerichtshof* (Austria) notificata il 12 dicembre 2005 (ct. 63710/05, avv. dello Stato W. Ferrante).

IL QUESITO

Se l'art. 5, n. 1, lett. *b)*, del regolamento (CE) del Consiglio 22 dicembre 2000, n. 44/2001, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, debba essere interpretato nel senso che il venditore di beni mobili, che abbia sede nel territorio di uno Stato membro e che, conformemente al contratto, abbia consegnato i beni all'acquirente, avente sede in un altro Stato membro, in diversi luoghi situati in tale ultimo Stato membro, possa essere citato in giudizio dall'acquirente relativamente ad una pretesa contrattuale inerente a tutte le consegne (parziali) – in ogni caso a scelta dell'acquirente – dinanzi al giudice di uno di tali luoghi (dell'adempimento).

LE OSSERVAZIONI DEL GOVERNO ITALIANO

Il Governo italiano ritiene che al quesito vada data risposta negativa, atteso che, in materia di compravendita di beni mobili, l'esistenza di una pluralità di luoghi di adempimento dell'obbligazione principale di consegna, frazionata in altrettante prestazioni parziali, non consente di individuare con certezza un unico giudice territorialmente competente. In ragione di tale rilievo, deve ritenersi che, ove si consentisse all'attore di citare il convenuto dinanzi ad un giudice di uno Stato membro diverso da quello in cui lo stesso è domiciliato, gli sarebbe data la facoltà di scegliere, a propria discrezione, il giudice deputato a conoscere della controversia.

Ammettere una tale evenienza significherebbe, quindi, compromettere la prevedibilità del foro competente e ciò risulterebbe in contrasto con le finalità del Regolamento (CE) 22 dicembre 2000, n. 44/2001, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

In relazione al quesito proposto, va ricordato che la regola generale di individuazione del foro competente, nelle controversie tra soggetti domiciliati in due diversi Stati membri, è formulata dall'art. 2 del citato Reg., il quale radica il giudizio dinanzi al giudice dello Stato membro in cui ha domicilio il convenuto, in base al principio actor sequitur locum rei. La natura di principio generale di tale norma sulla competenza, si spiega con il fatto che essa consente al convenuto di difendersi, in linea di massima, più agevolmente (in particolare, sentenza 13 luglio 2000, causa C-412-98, Group Josi). Peraltro, in alcuni casi puntualmente individuati, che vanno considerati quali deroghe alla regola principale, l'attore può citare il convenuto dinanzi ad un giudice diverso.

Ai sensi del suo Preambolo, la Convenzione di Bruxelles del 1968, quasi pedissequamente trasposta nel successivo Reg. n. 44/2001, persegue l'obiettivo di potenziare la tutela giuridica delle persone residenti sul territorio dell'Unione Europea, prevedendo norme comuni sulla competenza, tali da assicurare certezza in merito alla ripartizione delle competenze tra i vari giudici nazionali che possono essere aditi in occasione di una controversia determinata. Come codesta Corte di Giustizia ha avuto modo di precisare (sent. 20 marzo 1997, causa C-295/95, Farrell), la tutela giuridica viene potenziata permettendo sia all'attore di identificare facilmente il giudice che può adire, sia al convenuto di prevedere ragionevolmente davanti a quale giudice può essere citato.

Inoltre, come dispone l'undicesimo "considerando" del Reg. n. 44/2001, le norme sulla competenza devono presentare "un alto grado di prevedibilità". In tal modo si rafforza anche la certezza del diritto, che rappresenta uno degli obiettivi della Convenzione di Bruxelles (sul punto si vedano le sentenze 17 giugno 1992, causa C-26/91, Handte; 29 giugno 1994, causa C-288/92, Custom Made Commercial). Detto principio della certezza del diritto richiede, in particolare, che le norme sulla competenza che derogano al principio generale, come quelle che figurano nell'art. 5, punto 1, della Convenzione di Bruxelles e del citato Regolamento, siano interpretate in modo da consentire ad un convenuto normalmente accorto di prevedere ragionevolmente davanti a quale giudice, diverso da quello dello Stato del proprio domicilio, potrà essere citato (cfr. sentenza Handte).

D'altra parte, secondo la costante giurisprudenza della Corte è indispensabile evitare, nella misura del possibile, il moltiplicarsi dei fori competenti relativamente al medesimo contratto, per prevenire il rischio di pronunce contrastanti e per facilitare così il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giurisdizionali al di fuori dello Stato nel quale sono state pronunciate (sentenze 6 ottobre 1976, causa C-14/76, De Bloos; 15 gennaio 1987, causa C-266/85, Shenavai; 5 ottobre 1999, causa C-420/97, Leathertex).

Da quanto precede discende che l'art. 5, punto 1, lett. b) primo trattino del Reg. n. 44/2001, deve essere interpretato nel senso che, quando l'obbligazione contrattuale pertinente è stata o deve essere adempiuta in più luoghi differenti, la competenza a conoscere della controversia non può essere riconosciuta al giudice nella cui giurisdizione si trova uno qualunque di questi luoghi di esecuzione ma dovrà riprendere vigore il criterio generale del foro del domicilio del convenuto di cui all'art. 2, comma 1 del Reg. n. 44/2001.

Infatti, come risulta dal tenore dell'art. 5, n. 1, lett. b), del cit. Reg. che, in materia di compravendita di beni mobili, attribuisce la competenza al giudice "del luogo" in cui i beni sono stati o avrebbero dovuto essere consegnati, è importante determinare un solo luogo di adempimento dell'obbligazione di cui trattasi.

Secondo la Relazione Jenard sulla Convenzione di Bruxelles, le norme di competenza speciale, enunciate nel titolo II, sezione 2 di detta Convenzione, si giustificano in particolare con la considerazione che esiste una stretta correlazione tra la controversia e il giudice competente a conoscerla (si veda sentenza 17 gennaio 1980, causa C-56/79, Zelger).

Infatti, sono le considerazioni attinenti alla buona amministrazione della giustizia e all'utile organizzazione del processo che hanno giustificato l'adozione del criterio di competenza di cui all'art. 5, punto 1, della Convenzione di Bruxelles (in questo senso la sentenza Shenavai, già citata; nonché, per analogia, relativamente all'art. 5, punto 3, della medesima Convenzione, sentenze 11 gennaio 1990, causa C-220/88, Dumez France e Tracoba, Racc. pag. I-49, punto 17; 7 marzo 1995, causa C-68/93, Shevill e a., Racc. pag. I-415, punto 19, e 19 settembre 1995, causa C-364/93, Marinari, Racc. pag. I-2719, punto 10), poiché il giudice più idoneo a decidere, in particolare per ragioni di vicinanza alla controversia e di facilità nella gestione delle prove, è il giudice del luogo in cui dev'essere eseguita l'obbligazione stipulata nel contratto e dedotta in giudizio.

Ne deriva che in una causa come quella in questione, che è caratterizzata da una molteplicità dei luoghi di esecuzione dell'obbligazione contrattuale, si deve determinare un luogo unico di esecuzione, il quale è, in linea di principio, quello che presenta il nesso più stretto tra la controversia e il giudice competente.

Tenuto conto delle considerazioni che precedono, risulta che l'art. 5, punto 1, del Regolamento n. 44/2001 non si può applicare in una causa come quella in esame, nella quale non è possibile determinare un solo giudice che presenti il nesso più stretto con la controversia, considerata, da un lato, la pluralità dei luoghi di consegna della merce pattuita, sparsi all'interno del territorio austriaco e, dall'altro, la necessità per l'acquirente, al fine di avvalersi del preteso diritto al rimborso, di consegnare la merce rimasta invenduta presso la sede del venditore in Germania.

In tale situazione, la competenza non può che essere determinata in conformità all'art. 2 del Regolamento n. 44/2001 e del corrispondente art. 2 della Convenzione di Bruxelles che prevedono entrambi il foro del domicilio del convenuto, in quanto assicurano un criterio sicuro e affidabile (sentenza 15 febbraio 1989, causa 32/88, Six Constructions).

Da una giurisprudenza consolidata risulta, infatti, che la facoltà di scelta del foro competente, consentita all'attore ai sensi dell'art. 5 del citato Regolamento, non può dar luogo a un'interpretazione che vada oltre i casi esplicitamente previsti, pena lo svuotamento di contenuto del principio generale, sancito dall'art. 2, primo comma, dello stesso nonché il rischio che l'attore possa influenzare la scelta di un giudice "imprevedibile" per un convenuto domiciliato nel territorio di uno Stato contraente (v., in particolare, sentenza Group Josi, citata).

Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, il Governo Italiano propone alla Corte di risolvere il quesito nel senso che la norma di competenza speciale in materia contrattuale, enunciata dall'art. 5, punto 1, lett. b) primo trattino del Regolamento n. 44/2001, non si applica nell'ipotesi in cui il luogo di consegna dell'obbligazione dedotta in giudizio non possa essere determinato con certezza in modo unitario, in quanto l'obbligazione contrattuale controversa consiste in una pluralità di obbligazioni di consegna e di restituzione da effettuarsi anche in diversi Stati membri. In un caso del genere la competenza può essere determinata solo applicando il criterio generale di competenza del foro del domicilio del convenuto, previsto dall'art. 2, primo comma, del Regolamento n. 44/2001.

Roma, 21 febbraio 2006 – Avvocato dello Stato Wally Ferrante».

Causa C-388/05 (Commissione c/Repubblica Italiana) – Ricorso per inadempimento ex art. 226 CE – Parco Nazionale del Gargano. Ampliamento, a seguito di patto d'area, della zona industriale di Manfredonia, nei valloni e nelle steppe pedegarganiche. Violazione della Zona di Protezione Speciale prevista dalla Dir. 79/409/CE sull'avifauna (reclamo n. 2001/41156) (ct. 57824/05, avv. dello Stato G. Fiengo).

IL RICORSO

Con ricorso notificato in data 17 novembre 2005, la Commissione formula nei confronti del Governo della Repubblica italiana le seguenti conclusioni, richiedendo che la Corte voglia:

a) constatare che la Repubblica Italiana,

– prima del 28 dicembre 1998, data di designazione della Zona di Protezione Speciale (ZPS) «*Valloni e steppe pedegarganiche*», è venuta meno agli obblighi derivanti dall'art. 4, paragrafo 4, della direttiva 79/409/CEE del Consiglio, del 2 aprile 1979, concernente la conservazione degli uccelli selvatici, nella misura in cui ha omesso di adottare misure idonee a prevenire l'inquinamento o il deterioramento degli *habitat*, nonché le perturbazioni dannose agli uccelli che abbiano conseguenze significative, in riferimento al piano denominato «*patto d'area*» ed ai progetti ivi previsti, i quali erano suscettibili di avere un impatto sugli *habitat* e sulle specie all'interno della IBA n. 94 (del catalogo IBA 89) «*Promontorio del Gargano*» o della IBA n. 129 (del catalogo IBA 98) «*Promontorio del Gargano*» ed hanno effettivamente causato il deterioramento degli *habitat*, nonché le perturbazioni dannose agli uccelli presenti all'interno delle suddette IBA;

– dopo il 28 dicembre 1998, data di designazione della Zona di Protezione Speciale (ZPS) «*Valloni e steppe pedegarganiche*», è venuta meno agli obblighi derivanti dagli artt. 6, paragrafi 2, 3, 4 e 7, della direttiva 92/43/CEE del Consiglio del 21 maggio 1992, relativa alla conservazione degli *habitat* naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche, nella misura in cui:

– in ispregio a quanto previsto dall'art. 6, paragrafo 2, della direttiva in questione, ha omesso di adottare le opportune misure per evitare

nella ZPS «*Valloni e steppe pedegarganiche*» il degrado degli *habitat* naturali e degli *habitat* di specie, nonché la perturbazione delle specie per cui la ZPS è stata designata, in riferimento ai progetti previsti dal «*patto d'area*», allo stato attuale già realizzati, che hanno causato il degrado degli *habitat* naturali e degli *habitat* di specie nonché la perturbazione delle specie all'interno della ZPS;

– in ispregio a quanto previsto dall'art. 6, paragrafo 3, della stessa direttiva, ha omesso di effettuare una valutazione di incidenza *ex ante* e conforme ai requisiti di cui al suddetto articolo, in riferimento ai progetti previsti dal «*patto d'area*», allo stato attuale già realizzati, che erano suscettibili di avere incidenze significative sulla ZPS;

– in ispregio a quanto previsto dall'art. 6, paragrafo 4, della direttiva precitata, ha omesso di applicare la procedura che permette di realizzare un progetto anche in caso di conclusioni negative della valutazione dell'incidenza sul sito e in mancanza di soluzioni alternative, per motivi imperativi di rilevante interesse pubblico, inclusi motivi di natura sociale o economica o considerazioni connesse con la salute dell'uomo e la sicurezza pubblica o relative a conseguenze positive di primaria importanza per l'ambiente ovvero, previo parere della Commissione, altri motivi imperativi di rilevante interesse pubblico, e di comunicare alla Commissione le misure compensative adottate necessarie per garantire che la coerenza globale di Natura 2000 fosse tutelata, in riferimento ai progetti inseriti nel «*patto d'area*» che sono stati approvati, nonostante la loro rilevante incidenza sulla ZPS, per fronteggiare la situazione di crisi socio-economica ed occupazionale dell'area di Manfredonia;

b) condannare la Repubblica Italiana al pagamento delle spese processuali.

IL CONTRORICORSO

Il ricorso presentato dalla Commissione europea riguarda un progetto di sviluppo di un'area industriale (patto d'area) nel territorio del Comune di Manfredonia. Secondo le denunce a suo tempo presentate, tale progetto è stato approvato nonostante il significativo impatto sul Sito di Importanza Comunitaria proposto ai sensi della Direttiva 92/43/CEE e, dal 28 dicembre 1998, classificato anche come Zona di Protezione Speciale, ai sensi della direttiva Uccelli, con codice IT 9110008 «*Valloni e Steppe Pedegarganiche*». Il piano detto «*Patto d'area*» è stato approvato nel marzo del 1998 senza alcuna preliminare procedura di Valutazione d'incidenza sul sito Natura 2000.

Secondo informazioni pervenute dalla stessa Regione Puglia con nota del 28 gennaio 2003, dall'intervento nel suo complesso potrebbe derivare – ed in parte ne è già derivato – un impatto diretto, relativo alla sottrazione di *habitat* di interesse comunitario del SIC-ZPS «*Valloni e steppe Pedegarganiche*» IT 9110008, oltretutto si potrebbe determinare un impatto indiretto soprattutto sulla sottostante ZPS «*Palude di Frattarolo*».

Tuttavia, va precisato che la porzione di territorio interessata dall'attrezzamento industriale si colloca marginalmente rispetto al territorio del SIC-

ZPS e che la stessa, occupata per il trenta-cinquanta per cento della sua estensione da *habitat* e *habitat* di specie, rappresenta circa l'1,3% dell'intera superficie del sito «Valloni e steppe Pedegarganiche».

L'analisi territoriale di dettaglio, inoltre, evidenzia sì alcuni elementi di pregio, ma discretamente diffusi nell'intero territorio perimetrato del sito.

Tra l'altro, l'area interessata di cui si discute (già tipizzata quale area di sviluppo industriale nel Piano di Fabbricazione comunale del 1972 e, successivamente, nel Piano Regolatore Generale approvato definitivamente nel 1998), costituisce il territorio individuato dal Comune di Manfredonia ove realizzare gli interventi previsti dal Patto d'Area, stipulato in più riprese, con lo Stato al fine di superare la forte crisi economica occupazionale sviluppatasi nell'area a seguito della dismissione del polo chimico dell'Enichem.

Sulla base di quanto sopra esposto, la Regione Puglia ha ritenuto di esprimere per l'area industriale posta a nord della strada statale n. 89, con determina dirigenziale n. 21 del 4 febbraio 2003, parere favorevole all'esclusione del progetto dalla assoggettabilità a VIA regionale, prescrivendo misure di mitigazione sulle componenti acqua, suolo, atmosfera, vegetazione, fauna e paesaggio, nonché l'azione di controllo e di verifica sui singoli progetti di insediamento industriale.

L'attrezzamento dell'area industriale a sud della strada statale n. 89 viene invece assoggettato alla procedura di VIA regionale secondo quanto disposto dalla legge regionale n. 11 del 2001, orientando il relativo studio oltre che al necessario approfondimento delle azioni di compensazione per la sottrazione di *habitat* e *habitat* di specie, anche all'esigenza della salvaguardia del Vallone di S. Spiriticchio e della limitrofa depressione circolare denominata Pulo di S. Leonardo, nonché alla riduzione ed eliminazione di ogni possibile rischio di incidenza negativa nella limitrofa area ZPS IT 9110007 «Palude di Frattarolo». La Commissione Europea ha osservato, che, sebbene l'intervento sia da configurarsi necessario per poter far fronte alla rilevante crisi socio economico occupazionale dell'area di Manfredonia, tuttavia si sarebbero dovute adottare adeguate misure atte a compensare la sottrazione di una porzione di *habitat* che, quantunque piccola rispetto all'intera superficie del sito, era comunque in buono stato di conservazione.

La Regione Puglia, onde far fronte alle contestazioni sollevate dalla Commissione e, preso atto dell'avvenuto impatto negativo sul sito, ha manifestato la propria disponibilità a risolvere al più presto il caso, valutando l'opportunità di procedere ad una revoca della suddetta determina e prendendo in considerazione la necessità di attuare adeguate misure compensative che prevedano o l'ampliamento del sito esistente o l'individuazione di un nuovo sito con peculiarità faunistiche e vegetazionali paragonabili alla superficie di *habitat* compromessa.

Infatti, in seguito all'incontro tenutosi in data 18 ottobre 2005, presso il Ministero dell'Ambiente, Servizio Conservazione della Natura, la Regione Puglia ha espresso il proprio impegno a formulare una nuova istruttoria tesa ad inquadrare il problema dell'area industriale in un più ampio sistema di miglioramento della qualità ambientale del sito della Rete Natura 2000.

Nello stesso tempo avrebbe provveduto alla stipula di una Convenzione con il Comune di Manfredonia al fine di attuare le azioni individuate nel corso della Valutazione di cui sopra.

Il Governo della Repubblica Italiana auspica che gli impegni ed i fatti sopravvenuti nel corso del giudizio da parte della Regione Puglia e delle altre autorità responsabili dell'attuazione del «patto d'area» in funzione di una ricostruzione delle linee d'intervento ambientale sino ad oggi condotte, inducano la Commissione a valutare l'opportunità di una rinuncia al ricorso proposto, con consequenziali statuizioni in ordine alle spese di lite.

NOTA

La tutela della biodiversità.

IBA, ZPS e SIC sono sigle che indicano varie forme di protezione offerte dalla legislazione comunitaria ad aree di rilevante valore dal punto di vista della biodiversità.

Adottata nel 1979 (e recepita in Italia dalla legge 157/1992), la Direttiva «Uccelli» 79/409/EEC rappresenta uno dei due pilastri legali della conservazione della biodiversità europea. Essa mira alla «*conservazione di tutte le specie di uccelli viventi naturalmente allo stato selvatico nel territorio europeo degli Stati membri (...)*», le quali devono essere mantenute ad un livello adeguato dal punto di vista ecologico, scientifico e culturale, pur tenendosi conto delle esigenze economiche e ricreative. Le regole e le misure di salvaguardia introdotte hanno salvato molte specie spinte sull'orlo dell'estinzione dall'eccessivo prelievo venatorio, ma l'aspetto chiave della Direttiva è sicuramente costituito dalla conservazione dei loro *habitat*. In particolare, le specie contenute nell'allegato I della Direttiva, considerate di importanza primaria, sono soggette ad una tutela rigorosa ed i siti per esse più importanti vanno tutelati designando «*Zone di Protezione Speciale (ZPS)*». Analoga forma di protezione è prevista per le specie migratrici non elencate nell'allegato, con particolare riferimento alle zone umide di importanza internazionale ai sensi della Convenzione di RAMSAR.

La Direttiva «Uccelli» non contiene, però, una descrizione di criteri omogenei per l'individuazione e designazione delle ZPS. Così, per colmare tale lacuna, la Commissione Europea incaricò l'ICBP (oggi *BirdLife International*) di mettere a punto uno strumento tecnico che permettesse la corretta applicazione della Direttiva. Nacque allora il primo inventario IBA (*Important Bird Area*) destinato ad essere esteso, in seguito, a tutti i continenti.

Una zona viene individuata come IBA se ospita percentuali significative di popolazioni di specie rare o minacciate, oppure eccezionali concentrazioni di uccelli di altre specie (1).

(1) Il primo inventario delle IBA italiane è stato pubblicato nel 1989 ed è stato seguito nel 2000 da un secondo inventario più esteso. Una recente collaborazione tra LIPU e Direzione per la Conservazione della Natura del Ministero Ambiente ha infine permesso la completa mappatura dei siti in scala 1:25.000, l'aggiornamento dei dati ornitologici ed il perfezionamento della coerenza dell'intera rete.

Il sistema di tutela legale della biodiversità è completato dalla Direttiva 92/43/EEC adottata nel 1992 e recepita in Italia dal d.P.R. n. 357 del 1997 (modificato successivamente dal decreto del Presidente della Repubblica n. 120 del 12 marzo 2003). La cosiddetta Direttiva «*Habitat*» persegue lo scopo di «*contribuire a salvaguardare la biodiversità mediante la conservazione degli habitat naturali e seminaturali (es. agricoltura tradizionale), nonché della flora e della fauna selvatiche nel territorio europeo degli Stati membri (...)*». Essa stabilisce una rete ecologica europea, chiamata «Natura 2000», che rappresenta il più ambizioso programma per la tutela della natura nel nostro continente. Tale rete è costituita da *Zone Speciali di Conservazione* designate dagli Stati membri in conformità delle disposizioni della stessa Direttiva *Habitat*, e dalle ZPS istituite dalla Direttiva 79/409/CEE.

La designazione dei siti come ZPS è effettuata dagli Stati membri e comunicata alla Commissione Europea; dopodiché, le ZPS entrano automaticamente a far parte della Rete Natura 2000. Nel caso dell'Italia, la designazione delle ZPS compete alle Regioni ed alle Province autonome. La Commissione può giudicare uno Stato inadempiente se ritiene, su basi tecniche, che le ZPS designate non garantiscano il mantenimento di uno stato di conservazione soddisfacente per le specie in allegato I e per le specie migratrici, o non coprano tutti i siti necessari. Non c'è, viceversa, un limite che impedisca la designazione di nuovi siti.

Il percorso per la designazione delle ZSC è, invece, più complesso. Ogni Stato membro redige un elenco di siti che ospitano *habitat* naturali e specie animali e vegetali selvatiche. In base a tali elenchi nazionali e d'accordo con gli Stati membri, la Commissione adotta un elenco di *Siti di Importanza Comunitaria (SIC)* per ognuna delle sette regioni biogeografiche dell'UE (2). Entro un termine massimo di sei anni a decorrere dalla selezione di un sito come sito d'importanza comunitaria, lo Stato membro designa il sito in questione come Zona Speciale di Conservazione.

Nel caso in cui la Commissione ritenga che un sito che ospita un tipo di *habitat* naturale o una specie prioritaria non sia stato inserito in un elenco nazionale, la Direttiva prevede l'avvio di una procedura di concertazione tra lo Stato membro interessato e la Commissione. Qualora, poi, la concertazione non portasse ad un risultato soddisfacente, la Commissione potrebbe proporre al Consiglio di selezionare il sito come Sito di Importanza Comunitaria.

In seguito all'adesione dei 10 nuovi Stati membri il 1° maggio 2004, gli allegati della Direttiva «*Habitat*» sono stati modificati per tener conto anche della loro diversità biologica. L'allargamento ha portato con sé nuove sfide per la biodiversità nonché nuovi elementi, come una nuova regione biogeografia, la regione pannonica. Oggi, i SIC rappresentano circa l'11,6% del territorio dell'UE.

La disciplina dei siti Natura 2000 è contenuta nell'art. 6 della Direttiva «*Habitat*» e pone l'obbligo di adottare le misure per evitare il degrado degli *habitat* ed il disturbo delle specie, lasciando grande libertà nella scelta degli strumenti più adeguati alle realtà locali (siano essi di tipo legale, amministra-

(2) Alpina, atlantica, boreale, continentale, macaronesica e mediterranea.

tivo o contrattuale). Un aspetto chiave nella conservazione dei siti è la Valutazione di Incidenza, alla quale deve essere sottoposto ogni piano o progetto che possa avere un'incidenza significativa sul sito. Tuttavia, in presenza di motivi imperativi di rilevante interesse pubblico e di assenza di alternative praticabili, anche un progetto giudicato dannoso può essere realizzato, purché siano garantite opportune misure compensative.

Le misure compensative non vanno confuse con le misure di mitigazione e contenimento del danno. Queste ultime devono far parte del progetto originale e sono volte a minimizzare gli effetti negativi sul sito; le misure compensative, invece, intervengono per controbilanciare il danno arrecato (nonostante gli accorgimenti presi nella sua stesura) da un progetto la cui realizzazione è considerata indispensabile. Queste misure devono cioè garantire che il danno arrecato al particolare sito non vada ad intaccare la coerenza complessiva della Rete. Un esempio pratico di misura compensativa è la ricreazione di *habitat* in un sito vicino o nello stesso sito, debitamente allargato, per compensare la perdita dello stesso *habitat* causata dal progetto in questione.

In materia, si segnalano le seguenti Sentenze della Corte di Giustizia Europea: Caso Marismas de Santona C-355/90 (le ZPS devono essere designate in base a criteri ornitologici; non possono essere presi in considerazione fattori politici, sociali o economici) – ZPS UK C-44/95 (nella scelta e perimetrazione delle ZPS non possono essere fatte considerazioni economiche) – Caso Marais de poitevin C-96/98 e Designazione ZPS Francia C-166/97 (la ZPS deve coprire tutte le parti ornitologicamente importanti dell'IBA) – Designazione ZPS Paesi Bassi C-3/96; Caso Basses Corbières C-374/98; Designazione ZPS Finlandia C-240/00 (le IBA rappresentano il riferimento scientifico per valutare l'adeguatezza del sistema di ZPS designate dallo Stato membro) – Caso Marismas de Santona C-355/90 e Caso Basses Corbières C-374/98 (il regime di protezione rigoroso previsto dall'art. 4/4 della Direttiva «Uccelli» si applica alle IBA non ancora designate come ZPS. Lo Stato membro non può sfuggire all'obbligo di proteggere il sito semplicemente non designandolo come ZPS).

Dott.ssa Marika Piscitelli

Causa C-392/05 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Residenza delle Forze armate in missione all'estero – Ordinanza della *Symvoulio tis Epikrateias* (Grecia) notificata il 12 dicembre 2005 (cs. 63709/05, avv. dello Stato G. Albenzio).

IL QUESITO

Se i dipendenti pubblici e ufficiali, sottoufficiali e soldati delle forze dell'ordine e della polizia portuale siano soggetti, come gli altri lavoratori, alle disposizioni dell'art. 6 della direttiva del Consiglio 83/183/CEE, potendo acquisire la «*residenza normale*» in un altro paese dove dimorano per almeno 185 giorni l'anno in esecuzione di una missione di servizio per un periodo determinato, o se conservino, anche nel corso della loro missione in tale altro paese, la propria residenza normale in Grecia, indipendentemente dal fatto che abbiano trasferito nell'altro paese i loro legami personali e professionali.

IL CONTENZIOSO NAZIONALE

Giurisdizione ordinaria per i concorsi «interni» nella P.A.

(Corte Suprema di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 7 luglio 2005 n. 14259)

Con la sentenza n. 14259/05 la Corte di Cassazione, investita nuovamente della questione riguardante la giurisdizione su controversie in materia di concorsi interni per l'accesso del personale dipendente di una pubblica amministrazione ad un incarico superiore, ha ribadito, richiamando alcune sue recenti pronunce, che sussiste la giurisdizione del giudice ordinario qualora si versi in ipotesi di prove selettive attivate per attribuire al dipendente una posizione lavorativa superiore all'interno, però, della stessa area; mentre sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo allorché tali prove siano volte all'ingresso del candidato in una diversa area, vertendosi, in quest'ultimo caso, in una vera e propria assunzione (intesa in senso lato), riconducibile alla disposizione di cui al 4° comma dell'art. 63 D.lgs. n. 165/2001.

Il fatto. La Corte di Appello di Milano, investita del gravame sollevato dall'Agenzia delle Dogane avverso una pronuncia del Tribunale della medesima città con la quale si dichiarava illegittimo il bando di concorso relativo alla selezione per il passaggio dalle categorie C1 e C2 a C3 (da realizzarsi mediante processi di qualificazione ed esame finale ai sensi dell'art. 15, comma 1, lett. *b* del contratto collettivo comparto Ministeri per il quadriennio 1998-2001), riconosceva, in accoglimento dell'eccezione sollevata dall'Amministrazione, il difetto di giurisdizione del giudice ordinario a favore dell'Autorità Giudiziaria Amministrativa.

Nel pervenire a tale conclusione, il giudice di secondo grado osservava come, nel caso di specie, il passaggio dalle categorie professionali di cui all'area C1 e C2 a quella indicata come C3 implicava l'attribuzione di funzioni superiori, cui si accompagnava il potere di firma a rilevanza esterna, con la conseguenza diretta di trovarsi di fronte ad una novazione nel rapporto lavorativo, equiparabile ad una vera e propria procedura concorsuale di assunzione, devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, giusta il 4° comma dell'art. 63 D.lgs. n. 165/2001.

Avverso tale pronuncia gli interessati proponevano ricorso per Cassazione per conflitto reale negativo di giurisdizione (art. 362, comma 2 n. 1 c.p.c.) giacché il Tribunale Amministrativo per la Lombardia da essi adito aveva anch'esso ritenuto insussistente la propria giurisdizione.

Considerazioni di diritto. La recente pronuncia della Suprema Corte interviene nuovamente sulla questione, ampiamente dibattuta in giurisprudenza, sui margini di operatività, e sui rispettivi ambiti di applicazione, della normativa contenuta ai commi 1 e 4 dell'art. 63 D.lgs. n. 165/01 (nei quali si trasfonde la previgente normativa contenuta nell'art. 68 D.lgs. n. 29/1993 e ss.mm.).

Il primo comma prevede che *sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2 [..]*; mentre il quarto comma dispone che *restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni [..]*.

Spesso la giurisprudenza, tanto quella di merito quanto quella di legittimità, si è interrogata sulla portata da attribuire alla riserva di giurisdizione a favore del giudice amministrativo di cui al citato quarto comma e, di conseguenza, sul valore da attribuire al termine in esso contenuto di «assunzione». Se quest'ultimo, insomma, andasse interpretato restrittivamente, limitandolo alle sole procedure di ingresso nella pubblica amministrazione ovvero, aderendo ad un'interpretazione maggiormente estensiva, se nella suddetta fattispecie potessero rientrarvi anche (alcune) procedure concorsuali interne.

Per lungo tempo la Cassazione, aderendo alla interpretazione restrittiva del termine assunzione, riconosceva pacificamente la giurisdizione del giudice amministrativo solo con riferimento alle procedure concorsuali di ingresso alle dipendenze della Pubblica Amministrazione e non anche a quelle finalizzate alla progressione interna, senza alcuna ulteriore specificazione (*ex pluribus*: Cass. sez. un. n. 7859/01; S.U. n. 2514/02; S.U. n. 9334/02; S.U. 1886/03).

Nella giurisprudenza di merito, tuttavia, si registrava qualche lettura difforme rispetto a quanto appena prospettato. Sebbene, infatti, la giurisprudenza maggioritaria dimostrava di aderire all'interpretazione fornita dalla Suprema Corte circa la portata da attribuire all'inciso «assunzione», in alcune sentenze si dubitava che tale considerazione, quantomeno con riferimento ad alcune tipologie di procedure concorsuali interne — volte ad esempio al passaggio ad aree ontologicamente diverse per competenze e funzioni —, fosse la più aderente alla *ratio* del disposto legislativo (con ordinanza del 2 maggio 2003, ad esempio, il Tribunale di Modica sollevava questione di costituzionalità — dichiarata manifestamente infondata dalla Corte Cost. con ordinanza n. 279/04 — con riferimento al 4° comma dell'art. 63 *cit.* per violazione dell'art. 3 Cost., motivando come «*anche la sequenza di atti in cui si sostanzia il concorso interno costituisce una vera e propria procedura concorsuale, del resto universalmente definita «concorso», senza considerare che è incongruo sostenere, da un lato, la necessità di osservare in ogni caso modalità*

che non collidano con il disposto dell'art. 97 e, dall'altro, che la relativa procedura, avendo una diversa natura giuridica, sfugge alla giurisdizione del giudice speciale»).

Con la sentenza n. 15403/03 la Corte di Cassazione, ridimensionando il proprio precedente orientamento, ha delineato, per così dire, un tracciato ermeneutico di sintesi tra le due opzioni interpretative.

Secondo tale *dictum*, infatti, con il termine «*assunzione*» il Legislatore ha inteso far riferimento non solo alle procedure concorsuali strumentali alla costituzione per la prima volta del rapporto di lavoro ma anche alle prove selettive dirette a permettere l'accesso del personale già assunto ad una fascia o area superiore. Dette procedure, continua la Corte, integrano un vero e proprio concorso, qualunque siano le prove che i candidati sono chiamati a sostenere.

In queste ipotesi, quindi, venendosi a configurare una vicenda del tutto assimilabile ad una assunzione *strictu sensu* — essendosi precisato che tale passaggio ad una nuova area costituisce l'accesso ad un «nuovo» posto di lavoro — risulta applicabile la riserva di giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 63, comma 4 D.lgs. n. 165/01 e non già quella generale del giudice ordinario di cui al 1° comma del medesimo articolo.

La sentenza n. 14259/05 ribadisce compiutamente le conclusioni suesposte — peraltro fatte anche proprie da Cons. St., sez. VI n. 6510/04 — precisando, ulteriormente, come con riferimento al caso specifico debba farsi esclusivo riferimento al criterio di ripartizione delle aree facenti parte l'organico dell'Amministrazione di appartenenza contenuto a livello di contrattazione collettiva nazionale e non anche a quello della contrattazione integrativa.

In applicazione di detti principi, con riferimento al caso prospettato, la Suprema Corte ha stabilito che, trattandosi di passaggio interno alla medesima area C, si è in presenza di una mobilità verticale funzionalizzata unicamente a consentire il transito di dipendenti dotati di specifica professionalità e capacità ad una qualifica superiore nell'ambito di una gestione del singolo rapporto lavorativo assoggettabile al generale regime privatistico, con conseguente riconosciuta giurisdizione dell'Autorità Giudiziaria ordinaria.

Dott. Valerio Balsamo

Corte Suprema di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 7 luglio 2005 n. 14259 – Pres. G. Nicastro – Rel. G. Vidiri – P.M. A. Martone – S.M.M.R.E. ed altri (Avv.ti R. Invernizzi, A. Lopez) c/Agenzia delle Dogane (Avv. dello Stato G. Albenzio).

«*(Omissis) Svolgimento del Processo* - Con ricorso alla Corte d'appello di Milano l'Agenzia delle Dogane impugnava la sentenza del Tribunale della stessa città che, accogliendo il ricorso di M.M.R.E.S. e degli altri litisconsorti in epigrafe, aveva dichiarato la illegittimità del bando di concorso relativo alla selezione per il passaggio dalle categorie C1 e C2 a C3, da realizzarsi mediante processi di qualificazione ed aggiornamento professionale con esame finale, in applicazione di quanto previsto dall'art. 15, comma 1, lettera b) del contratto collettivo del comparto Ministeri per il quadriennio 1998-2001.

Dopo la costituzione dell'Agenzia, che riproponeva l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice ordinario ed eccepeva altresì l'infondatezza nel merito delle domande dei dipendenti, che si basavano sul mancato rispetto della citata disposizione del contratto collettivo, la Corte territoriale con sentenza del 10 maggio 2004, in riforma dell'impugnata sentenza, dichiarava il difetto di giurisdizione del giudice ordinario per appartenere la giurisdizione al giudice amministrativo e compensava le spese dei due gradi.

Nel pervenire a tale conclusione il giudice d'appello osservava che, nel caso di specie, il corso-concorso, indetto per il passaggio dalla categoria C1 alla C2, o addirittura direttamente alla C3 (la quale pur costituendo una fascia diversa all'interno di una stessa area era notoriamente caratterizzata – ai sensi del contratto collettivo nazionale del 16 febbraio 2000 relativo al nuovo ordinamento del personale – dalla attribuzione di funzioni superiori secondo l'ordinamento professionale e l'assetto organizzativo dell'ente, cui si accompagnava il c.d. potere di firma a rilevanza esterna nell'esercizio di funzioni istituzionali, e non un semplice miglioramento economico), comportava una vera e propria «novazione» del rapporto anziché una semplice modifica, che la equiparava, anche sotto il profilo della giurisdizione, alla instaurazione di un nuovo rapporto di impiego. Aggiungeva ancora la Corte d'appello che «il meccanismo concorsuale, che prevedeva anche la contestata fase preselettiva, era disciplinato in modo del tutto analogo alle prove che danno ingresso al pubblico impiego», e che «lo stesso *petitum* proposto dagli appellati nel presente giudizio coincide con quello che rientra nei poteri del giudice amministrativo».

Avverso tale sentenza i ricorrenti in epigrafe propongono *ex art. 362, comma 2, n. 1 c.p.c.* conflitto (reale) negativo di giurisdizione, perché il Tribunale Regionale Amministrativo per la Lombardia, da essi adito, non aveva ritenuto sussistere la propria giurisdizione per riguardare la controversia «specifici aspetti del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni». Chiedono, pertanto, anche nelle note depositate, che queste Sezioni Unite dichiarino quale sia il giudice cui spetta la giurisdizione nella controversia in esame.

Resiste con controricorso l'Agenzia delle Dogane.

Motivi della Decisione - Il conflitto negativo di giurisdizione sollevato alla stregua del disposto dell'art. 362, comma 2, n. 1 c.p.c. va risolto con la dichiarazione della giurisdizione del giudice ordinario.

Questa Corte ha statuito con la sentenza 15 ottobre 2003 n. 15403 che va devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo la controversia concernente la procedura selettiva per l'accesso dei dipendenti di una pubblica amministrazione ad una fascia ed ad un'area superiore a quella di inquadramento. Passaggio centrale di tale decisione è stato ritenuto il seguente: «Dovendo essere considerato come un imprescindibile presupposto (della conclusione che deve essere adottata) il principio secondo cui, nel rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, l'accesso del personale dipendente ad una area o fascia funzionale superiore deve avvenire per mezzo di una pubblica selezione, comunque denominata ma costituente, in definitiva, un pubblico concorso al quale, di norma, deve essere consentita anche la partecipazione dei candidati esterni, si deve affermare che il quarto comma dell'art. 63 d.lgs. n. 165 del 2001, quando riserva alla giurisdizione del giudice amministrativo «le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni», fa riferimento non solo alle procedure concorsuali strumentali alla costituzione, per la prima volta, del rapporto di lavoro, ma anche alle prove selettive dirette a permettere l'accesso del personale già assunto ad una fascia o area superiore; il termine «assunzione», d'altra parte, deve essere correlato alla qualifica che il candidato tende a conseguire e non all'ingresso iniziale nella pianta organica del personale, dal momento che, oltre tutto, l'accesso nell'area superiore del personale interno o esterno implica, esso stesso, un ampliamento della pianta organica». Sulla base di questa decisione – costituente un *novum* rispetto al precedente indirizzo giurisprudenziale (cfr. al riguardo *ex plurimis*: Cass., Sez. Un., ord. 12 marzo 2003 n. 267; Cass., Sez. Un., 21 febbraio 2002 n. 2514; Cass., Sez. Un., 11 giugno 2001 n. 7859, secondo cui i concorsi interni per costituire meri atti di gestione del lavoro privatizzato, espressione del potere e dell'autonomia organizzativa del datore di lavoro, vanno devoluti alla giurisdizione del giudice ordinario giusta la generale regola dettata dall'art. 63, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001) – queste Sezioni Unite hanno disegnato un quadro complessivo riguardante la individuazione della giurisdizione in tema di prove selettive relativo al pubblico impiego.

Ed invero i giudici di legittimità, sulla base del *dictum* di cui all'ordinanza della Corte Costituzionale del 4 giugno 2001 n. 2 – volta ad escludere la sussistenza di un *tertium genus* di procedure concorsuali, oltre a quelle esterne ed interne – hanno evidenziato in primo luogo come non fosse ragionevole immaginare, a fronte dell'unicità della procedura selettiva, giurisdizioni diverse a seconda della qualità dei partecipanti alla selezione (interni: autorità giudiziaria ordinaria; esterni: autorità giudiziaria amministrativa), sicché il momento di collega-

mento della fattispecie del concorso misto alla giurisdizione amministrativa era costituito dal possibile ingresso nei ruoli della pubblica amministrazione di personale che non fosse già dipendente (cfr. al riguardo Cass., Sez. Un., ord. 26 febbraio 2004 n. 3948); ed hanno altresì precisato come una interpretazione del dato normativo, in linea con i principi elaborati in materia dal giudice delle leggi, imponesse una scelta del giudice amministrativo come competente anche con riferimento alle procedure che consentono il passaggio ad aree e fasce superiori, all'interno delle quali sono contemplati diversi profili professionali, perché dette procedure integrano un vero e proprio concorso, qualunque siano le prove che i candidati sono chiamati a sostenere, ed in considerazione che l'art. 35, 1° comma, d.lgs. 2001 n. 165 prescrive che l'ingresso nella pubblica amministrazione deve avvenire tramite, appunto, «procedure selettive», che sono dirette ad accertare la professionalità richiesta e che garantiscono in misura adeguata l'accesso dall'esterno (cfr. al riguardo: Cass., Sez. Un., 15 ottobre 2003 n. 15403 *cit.*).

Corollario di quanto sinora detto è che va riconosciuta la giurisdizione del giudice amministrativo in presenza di prove selettive volte a determinare l'ingresso del candidato-dipendente – interno pertanto all'amministrazione pubblica – in una diversa area, venendosi in questo caso a configurare una vicenda assimilabile ad una vera e propria «assunzione», essendosi al riguardo precisato che il passaggio a detta nuova area costituisce l'accesso ad un nuovo posto di lavoro sicché la selezione, alla stregua di qualsiasi altro strumento di reclutamento, deve rimanere soggetta alla regola del pubblico concorso. Di contro, deve la giurisdizione essere devoluta al giudice ordinario allorquando si versi a fronte di prove selettive attivate per attribuire al dipendente una posizione lavorativa superiore all'interno però della stessa area nella quale viene annoverata la posizione legittimante la partecipazione alle suddette prove selettive.

In detta ottica ricostruttiva fatta propria da queste Sezioni Unite nelle decisioni innanzi richiamate assume rilevanza determinante, ai fini dell'indicato criterio di ripartizione della giurisdizione, il contenuto della contrattazione collettiva nazionale – applicabile ai diversi comparti ministeriali riguardanti settori omogenei ed affini – che definisce con apposita procedura i comparti e le aree contrattuali (cfr. art. 40, comma 2, e 41, comma 6, d.lgs. n. 165 del 201), e non certo quello della contrattazione integrativa.

Il che porta ad affermare che vertendosi – come è pacifico tra le parti – nel caso di specie in prove selettive riservate ai soli interni ed importanti un passaggio all'interno della stessa area C – articolata nella contrattazione nazionale in C1, C2 e C3 – e non ravvisandosi, pertanto, alcun passaggio di area, si è in presenza di una mobilità verticale funzionalizzata unicamente a consentire il transito di dipendenti dotati di specifica professionalità e capacità ad una qualifica superiore ed ad un più adeguato trattamento economico nell'ambito di una gestione del singolo rapporto lavorativo assoggettabile al generale regime privatistico, in assenza di contrarie ragioni che ne giustificano la disapplicazione.

Per concludere va, nella risoluzione del conflitto, dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario.

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

P.Q.M. La Corte dichiara la giurisdizione del giudice ordinario (*omissis*).

Rapporto sul controllo giurisdizionale delle sanzioni irrogate dal Ministero dell'Economia e delle Finanze in tema di banca e borsa

(Corte d'Appello di Roma, sezione prima civile, sentenza 26 settembre 2005)

Il Ministero dell'Economia e delle Finanze annovera tra le sue molteplici funzioni quella di organo deliberativo nell'ambito del procedimento sanzionatorio intrapreso a seguito della procedura ispettiva presso le banche, svolta dagli Organi di Vigilanza, Banca d'Italia e Consob, in conformità alle disposizioni legislative dettate dall'art. 145 del D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (*Testo Unico in materia bancaria e creditizia*), nonché dagli artt. 190 e 195 del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (*Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*).

Gli Organi ispettivi, effettuati gli accertamenti del caso e riscontrate le irregolarità espressamente contemplate nei testi normativi sopra richiamati, sono tenuti a darne comunicazione agli interessati, affinché costoro siano puntualmente informati del procedimento iniziato a loro carico e possano, nel termine di trenta giorni, trasmettere le proprie osservazioni in difesa delle rispettive posizioni.

L'Organo di Vigilanza, nell'ipotesi in cui non reputi sufficientemente esaustive le controdeduzioni addotte dagli autori delle irregolarità, avanza la proposta sanzionatoria dinanzi al Ministero dell'Economia e delle Finanze, affinché, con decreto motivato, l'organo deliberante emetta il provvedimento.

Avverso il decreto del Ministero è ammessa opposizione alla Corte d'Appello del luogo ove abbia sede l'ente cui appartenga l'autore della violazione od, ove ciò non sia possibile, del luogo in cui l'irregolarità sia stata commessa.

La Corte d'Appello deciderà, quindi, con decreto motivato, il quale sarà soggetto esclusivamente al ricorso straordinario per Cassazione, soltanto nel caso in cui si riscontrasse la totale carenza o la mera apparenza della motivazione addotta.

Effettuato questo breve *excursus* relativo al concretarsi della procedura sanzionatoria in caso di violazione delle disposizioni in materia bancaria e creditizia od in ambito di intermediazione finanziaria, è opportuno aver riguardo al concreto articolarsi dei giudizi di opposizione introdotti avverso il provvedimento ministeriale irrogativo della sanzione, giudizi ai quali partecipa l'Avvocatura dello Stato, a difesa dell'amministrazione dell'economia e delle finanze e, talvolta, della Consob.

1. Nella maggioranza dei casi i ricorsi vengono avanzati dalle persone fisiche direttamente coinvolte nelle irregolarità riscontrate, mancando l'intervento da parte dell'istituto presso il quale l'Organo di Vigilanza ha riscontrato la violazione.

Aprioristicamente tale impostazione dell'atto di opposizione è, da sola, motivo di inammissibilità dello stesso, con conseguente improcedibilità dell'esame nel merito.

Infatti, sulla base della costante e consolidata interpretazione giurisprudenziale dell'art. 6 della legge 24 novembre 1981, n. 689, concernente la solidarietà delle obbligazioni aventi ad oggetto sanzioni amministrative pecuniarie, per la violazione commessa dal rappresentante o dal dipendente della persona giuridica, è quest'ultima ad essere obbligata in solido con l'autore dell'irregolarità al pagamento della sanzione inflitta, con diritto di regresso nei suoi confronti. Simile disciplina si riscontra, altresì, nel Testo Unico sull'intermediazione finanziaria (art. 195).

Dalle molteplici pronunce della Corte di Cassazione (Cass., sent. n. 18389 del 2 dicembre 2003; Cass., sent. n. 12240 del 20 agosto 2003; Cass., sent. n. 1144 del 4 febbraio 1998; Cass., sent. n. 12515 del 2 dicembre 1997; Cass., sent. n. 5833 del 30 giugno 1997), nonché dall'indirizzo recentemente seguito anche dalla Corte d'Appello di Roma, si evince che la legittimazione ad agire in giudizio con atto di opposizione spetta esclusivamente al destinatario dell'ingiunzione di pagamento, a motivo del fatto che soltanto l'istituto bancario ha interesse giuridico alla rimozione del provvedimento, laddove l'interesse della persona fisica ad ottenere tale risultato si configura di mero fatto, nella prospettiva di una conseguente azione di regresso nei propri confronti.

La tutela dell'interesse dei singoli soggetti ritenuti responsabili è, pertanto, differita al momento in cui la banca eserciti l'azione di regresso nei confronti degli autori delle violazioni: soltanto in tale sede è ammesso l'intervento diretto delle persone fisiche coinvolte (allegata sentenza Corte di Appello di Roma del 4 luglio 2005, relativa al procedimento n. 51683/2005 R.G., cont. 16687/2005).

2. Accertata, in tal modo, l'inammissibilità dell'atto di opposizione presentato dalle singole persone fisiche, autrici delle violazioni contestate, si affronteranno, nel prosieguo della trattazione, le problematiche concernenti i più frequenti motivi di doglianza avanzati dagli opposenti.

In merito alla durata del procedimento sanzionatorio, è necessario che si tenga presente il fatto che le indagini demandate alla competenza degli Organi di Vigilanza, ai fini dell'accertamento di eventuali violazioni della normativa vigente in materia bancaria e creditizia, sono sottratte al ristretto termine acceleratorio di trenta giorni, di cui all'art. 2, comma 3, della legge n. 241 del 1990.

I tempi di svolgimento della procedura sanzionatoria sono espressamente disciplinati dall'art. 145 del D.Lgs. 385/1993, con conseguente inapplicabilità del ristretto termine sostitutivo previsto dal citato art. 2, comma 3, della legge 241/1990 (Cass. civ., sez. I, sent. n. 9357 dell'11 giugno 2003).

Inoltre, la prevalente giurisprudenza individua nella «ragionevolezza» e nella «ordinaria diligenza» i parametri di legittimità dei tempi impiegati dalle Autorità amministrative per compiere le attività di rispettiva competenza (Corte di Appello di Roma, sez. I, decreto 15 ottobre 2004).

È opportuno precisare, inoltre, che, a fronte dei presunti ed ingiustificati ritardi dell'amministrazione procedente, il legislatore accorda specifici strumenti di tutela ai privati che vantino un legittimo interesse ad una rapida definizione dei procedimenti amministrativi che li vedano coinvolti (art. 4 bis, legge 241/1990). Tale normativa persegue il duplice scopo di garantire,

in itinere, i privati contro eventuali ed ingiustificate inerzie della pubblica amministrazione e, al contempo, di sottrarre quest'ultima a doglianze tardive circa i tempi di svolgimento e conclusione dei procedimenti da essa curati.

Ogni contestazione vertente sulla durata del procedimento sanzionatorio, trova una sufficiente ragione di rigetto nel disposto dell'art. 21 *-octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990, così come recentemente riformata dalla legge n. 15 del 2005. Infatti, tale norma esclude l'annullabilità dei provvedimenti di natura vincolata, quale il provvedimento impugnato, laddove la violazione di norme sul procedimento o sulla forma non incida sul contenuto dell'atto, «*che non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*». Ne consegue che la violazione dei tempi di svolgimento e conclusione del procedimento sanzionatorio contestato, non costituisce, di per sé, causa sufficiente di nullità e/o di annullabilità del provvedimento conclusivo.

3. Pur sempre in tema di pretese lungaggini, questa volta relative agli accertamenti ispettivi, eseguiti dalla Banca d'Italia o dalla Consob, va rilevato che «*la norma di cui all'art. 14, secondo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689, secondo cui gli estremi della violazione amministrativa, quando non è possibile la contestazione immediata, devono essere notificati al contravventore nel termine di 90 giorni, non comporta l'automatica predeterminazione del limite temporale del procedimento di verifica per l'accertamento dell'infrazione, attesa l'impossibilità di una aprioristica delimitazione temporale in ordine al compimento di un atto il cui concreto espletamento è legato alla peculiarità delle varie situazioni*» (Cass. civ., sez. I, sent. n. 9318 del 6 agosto 1992).

È indubbio che, nell'ipotesi di accertamenti svolti dall'Autorità di Vigilanza in materia bancaria e finanziaria, ci si trovi in presenza di problematiche che possono necessitare di più o meno lunghi e complessi approfondimenti, variabili in dipendenza del caso di specie, ed è proprio alla complessità ed all'accentuato tecnicismo e specificità che bisogna aver riguardo nell'approntare una obiettiva ed idonea valutazione dei tempi di ispezione.

Non va, peraltro, trascurata la conseguente esigenza di acquisizione ed elaborazione tecnica degli elementi di fatto raccolti (conformemente a Cass. civ., sez. I, sent. n. 2042 del 26 febbraio 1988). L'apparato degli organi di vigilanza è, infatti, costituito da numerosi settori, ciascuno specializzato nell'elaborazione delle informazioni e dei dati in diverse fasi dell'accertamento, ragion per cui la complessità del resoconto conclusivo richiede il dispendio di un considerevole lasso di tempo. Come confermato dalle pronunce sopra citate, la Giurisprudenza di legittimità ha tenuto conto della peculiarità della procedura ispettiva in materia bancaria e di intermediazione finanziaria ed ha ribadito l'elasticità dei termini concessi per il completamento degli accertamenti.

4. Altro aspetto di rilievo riguarda la struttura della motivazione adottata nel provvedimento ministeriale.

Per ciò che concerne tale elemento costitutivo del decreto ministeriale, va sottolineata la piena legittimità della motivazione *per relationem*, unanimemente riconosciuta dalla Giurisprudenza ed in presenza della quale non è possibile addurre l'eccezione di difetto di motivazione: «*il decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze, con il quale è irrogata a carico dei componenti del consiglio di amministrazione di una banca popolare una sanzione*

amministrativa per le violazioni previste dal testo unico in materia bancaria e creditizia, può essere motivato per relationem, mediante il rinvio alla proposta di applicazione della sanzione formulata dalla Banca d'Italia» (Cass. civ., sez. I, 20 febbraio 2004 n. 3396). Nel procedimento irrogativo della sanzione amministrativa pecuniaria si tiene, infatti, conto dell'esatta ripartizione di competenze tra la Banca d'Italia o la Consob, deputate a compiere ogni indagine e valutazione per l'accertamento della violazione, e l'Organo amministrativo, deputato all'adozione del provvedimento finale, cui compete la sola verifica della logicità e della coerenza intrinseca del procedimento eseguito dai primi. Il Ministero accoglie la proposta dell'Organo di Vigilanza, in quanto proporzionata alla gravità della violazione contestata, e si riporta alle motivazioni in essa contenute perché risultate ragionevoli e coerenti. L'obbligo di una specifica ed espressa motivazione del provvedimento ministeriale sorgerebbe nella sola ipotesi di mancato accoglimento o di considerevole discostamento dalla proposta avanzata dalla competente autorità, ma qui il problema di fondo riguarda la possibilità o meno di procedere in sede di decisione ministeriale a modifiche d'ufficio (vedi oltre).

5. Ulteriore circostanza, suscettibile di generare contestazioni, è quella relativa alla corretta instaurazione del contraddittorio.

Relativamente a tale argomento, il D.Lgs. 385/1993 si pone come disciplina speciale atta a regolamentare la materia bancaria e creditizia e risulta, pertanto, suscettibile di derogare ai principi generali posti per l'ordinario procedimento amministrativo, nel rispetto del contraddittorio e del diritto di difesa di controparte, secondo quanto ribadito dalle numerose sentenze di legittimità costituzionale della procedura *ex art. 145 T.U.B.*: «*il procedimento diretto all'irrogazione delle sanzioni per infrazioni commesse dai consiglieri di amministrazione degli istituti di credito, previsto dall'art. 145 del D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385, non prescrive altro, prima dell'adesione – con decreto motivato – del Ministro del Tesoro alla proposta di applicazione della sanzione avanzata dalla Banca d'Italia, che la contestazione, da parte della Banca, dell'addebito mosso e la valutazione delle eventuali controdeduzioni dell'interessato, senza alcuna altra interlocuzione di quest'ultimo prima del provvedimento ministeriale. Né il difetto di previsione d'un ulteriore forma di difesa può essere colmata invocando una diretta applicazione dei precetti costituzionali riguardanti il diritto di difesa (art. 24 Cost.) e il giusto processo (art. 111 Cost.), atteso che tali norme riguardano espressamente e solo il giudizio, ossia il procedimento giurisdizionale che si svolge davanti al giudice, e non il procedimento amministrativo, ancorché finalizzato all'emanazione di provvedimenti incidenti su diritti soggettivi...» (Cass. civ., sez. I, sent. n. 6307 del 18 aprile 2003 e n. 23782 del 22 dicembre 2004).*

Ad ulteriore conferma di quanto sostenuto, «*la circostanza che, in base all'art. 145 D.Lgs. 385/1993, il procedimento, per l'applicazione di sanzioni amministrative a carico degli amministratori di un istituto di credito, si articoli in due fasi (la prima, istruttoria, di competenza della Banca d'Italia; la seconda, deliberativa, di competenza del Ministero dell'Economia e delle Finanze) non comporta di diritto per gli incolpati di svolgere le loro difese anche nella seconda fase» (T.A.R. Lazio, sez. I, 7 settembre 2001 n. 7235). Infatti, il Ministero*

dell'Economia non ha potere di modificare d'ufficio i termini della proposta formulata dall'Autorità di Vigilanza con la conseguenza che, ove l'autorità decidente non la condivide, è tenuta a rimettere gli atti all'autorità di vigilanza, che provvede all'eventuale riapertura del procedimento. In tale contesto la partecipazione del privato alla fase decidente appare del tutto inutile.

6. Particolare risalto va certamente dato ai parametri legislativi e regolamentari che costituiscono criteri di riferimento ai fini dell'accertata fondatezza della procedura sanzionatoria intrapresa.

La fonte normativa che opera nel contesto della procedura di irrogazione delle sanzioni amministrative nel settore bancario e di intermediazione finanziaria, si identifica puntualmente in tutte le leggi emanate in materia bancaria e creditizia, nonché in materia di intermediazione finanziaria, coadiuvate dalle indicazioni generali fornite dall'Organo di Vigilanza, ai sensi degli artt. 51 e 53 T.U.B., chiarificatrici dei precetti suscettibili di essere conosciuti e puntualmente applicati dai funzionari competenti.

Sono, pertanto, le banche ad essere vincolate all'applicazione della normativa bancaria e creditizia, adempimento, questo, da ottemperare ponendo in essere una condotta improntata a principi di adeguatezza ed efficienza.

A ciò è inscindibilmente collegata la condotta ascrivibile agli autori delle violazioni rilevate: costoro rivestono, nell'apparato dell'ente per il quale agiscono, un ruolo implicante, per sua stessa natura, un certo grado di professionalità e competenza. La funzione degli organi gestionali ed amministrativi della banca è concepita come un'obbligazione di mezzi e ne discende che la condotta di coloro che vi operano va valutata alla luce del principio di efficienza: un corretto utilizzo dei mezzi a disposizione per il raggiungimento del massimo risultato. Il parametro di riferimento sarà, quindi, costituito dall'osservanza dei criteri di adeguatezza e buona fede.

In proposito, la Giurisprudenza di legittimità ha puntualizzato che «*in materia di sanzioni amministrative per violazione del testo unico in materia bancaria e creditizia (D.Lgs. n. 385 del 1993), sussiste la responsabilità dei componenti del consiglio di amministrazione di una banca popolare per gli errori attinenti alle appostazioni patrimoniali e di bilancio ed alle connesse comunicazioni alla Banca d'Italia, integrando detti errori una violazione dei doveri correlati alla carica, poiché gli amministratori hanno l'obbligo di tenere una contabilità conforme all'effettivo contenuto dei rapporti riferibili alla banca...*» (Cass. civ, sez. I, 20 febbraio 2004 n. 3396), ed ancora che «*l'inservanza dei doveri di tenuta della contabilità e di comunicazione di notizie corrette e veritiere, in conformità delle disposizioni della legge bancaria e delle direttive impartite dalla Banca d'Italia nell'esercizio delle attribuzioni da tale legge affidate, è sanzionabile, per i componenti del Consiglio di Amministrazione degli istituti di credito.... ai sensi dell'art. 144 del D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385, ove ascrivibile ad azioni od omissioni dei medesimi.*» (Cass. civ., sez. I, 18 aprile 2003, sent n. 6302).

Alla luce dei rilievi effettuati, si evince che, in presenza di una condizione professionale del tutto peculiare, quale quella dei componenti degli organi

gestionali di un istituto di credito, è l'incolpato ad avere l'onere di dimostrare di aver posto in essere tutti i comportamenti idonei ad integrare il rispetto delle leggi bancarie e dei precetti gravanti sulla sua specifica posizione funzionale.

Ricorrono gli stessi principi laddove il responsabile sia identificato nel direttore della banca, il quale abbia omesso di esercitare la propria attività di vigilanza e segnalazione (Cass. civ., sez. I, sent. n. 23012 del 9 dicembre 2004), ovvero nei componenti del collegio sindacale, che abbiano scorrettamente perseguito i loro doveri di supervisione e controllo.

7. Da ultimo, in riferimento alla determinazione della misura della sanzione irrogata, spesso contestata dagli opposenti, è opportuno tener presente, in primo luogo, l'esatta motivazione addotta nel decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze circa la quantificazione della sanzione stessa: essa sarà inscindibilmente connessa alla gravità delle violazioni constatate, tenuto conto delle dimensioni aziendali e della complessiva situazione tecnica dell'intermediario, emersa nel corso degli accertamenti.

In secondo luogo, la Giurisprudenza sottolinea che «in tema di sanzioni amministrative, i criteri di determinazione della sanzione, stabiliti dall'art. 11 della legge 24 novembre 1981 n. 689, pur non identificandosi interamente con quelli previsti dall'art. 133 cod. pen., rispecchiano, tuttavia, anch'essi la natura essenzialmente punitiva della sanzione stessa e sono, quindi, affidati, nell'applicazione ai casi singoli, alla valutazione discrezionale dell'autorità amministrativa, ancorché soggetta al controllo del giudice...» (Cass. civ., sez. I, sent. n. 1546 del 1° marzo 1990).

Quanto sopra addotto risulta certamente una trattazione estremamente parziale della materia di cui ci si occupa e può risultare utile come spunto utilizzabile a fini pratici per la risoluzione di alcune delle problematiche più frequenti ed in maggior numero riscontrate negli atti di opposizione presentati dai ricorrenti contro l'apparato amministrativo procedente, nella irrogazione di sanzioni pecuniarie a soggetti ritenuti responsabili di violazioni od irregolarità nella materia bancaria e creditizia, nonché nel settore dell'intermediazione finanziaria.

Dott.ssa Eva Calvi

Corte di Appello di Roma, sezione prima civile, sentenza 26 settembre 2005 – Pres. C. Fancelli – Rel. O. Bonavitacola – D.C. (Avv.ti M. Carpinelli, V. Troiano, P.Valensise) c/ Ministero dell'Economia e delle Finanze (cont.16687/05, Avv. dello Stato G. Fiengo); CONSOB (Avv.ti F.Biagianti, M.L.Ermetes e P. Palmisano).

Opposizione ex art. 195 D. Lgs. n. 58 del 1998.

«(Omissis). Va esaminata con precedenza l'eccezione di difetto di legittimazione attiva sollevata dalla difesa della Consob, secondo la quale legittimata alla opposizione sarebbe soltanto la Banca Nazionale del Lavoro quale destinataria della ingiunzione di pagamento della sanzione amministrativa pecuniaria irrogata complessivamente per tutte le violazioni attribuite ai diversi esponenti aziendali, compreso l'opponente.

L'eccezione è fondata.

Secondo un consolidato indirizzo della giurisprudenza di legittimità formatosi con riferimento all'applicazione dell'art. 6 legge 24 novembre 1981, n. 689, riguardante la solidarietà nelle obbligazioni aventi ad oggetto sanzioni amministrative pecuniarie in genere, se la violazione è commessa dal rappresentante o dal dipendente di una persona giuridica o di un ente

in genere, ancorché privo di personalità giuridica, nell'esercizio delle proprie funzioni o incombenze, la persona giuridica o l'ente è obbligato in solido con l'autore della violazione al pagamento della sanzione a questo inflitta, con diritto di regresso nei suoi confronti.

La norma ha portata generale nella materia delle sanzioni amministrative, essendo contenuta in una legge che pone la disciplina in genere di siffatte sanzioni, salvo che sia diversamente stabilito da disposizioni speciali (art. 12).

Essa corrisponde alla disposizione dell'art. 195, ultimo comma, Decreto Legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (testo unico dell'Intermediazione Finanziaria), secondo il quale «le società e gli enti ai quali appartengono gli autori delle violazioni rispondono, in solido con questi, del pagamento della sanzione e sono tenuti ad esercitare il diritto di regresso verso i responsabili».

L'unica differenza, come si vede, è costituita dalla diversa configurazione del regresso, che, nel primo caso, costituisce diritto di chi ha pagato e, nel secondo, obbligo dello stesso, sicché i principi della solidarietà, come elaborati dalla giurisprudenza di legittimità, trovano la stessa applicazione nella materia della intermediazione finanziaria.

Orbene, come si ricava da una serie di pronunzie della Cassazione (cfr. Cass., 2 dicembre 2003, n. 18389, Cass., 20 agosto 2003, n. 12240, Cass., 4 febbraio 1998, Cass., 2 dicembre 1997, n. 12515 e Cass., 30 giugno 1997, n. 5833), la legittimazione alla opposizione appartiene ai soli destinatari del provvedimento sanzionatorio; ciò per la ragione che solo questi hanno un interesse giuridico ad ottenere la rimozione del provvedimento, siccome per loro pregiudizievole, mentre lo stesso interesse non può ravvisarsi in chi, pur sanzionato per le violazioni accertate, non sia, tuttavia, divenuto destinatario della ingiunzione di pagamento, potendo loro riconoscersi soltanto un interesse di fatto alla rimozione del provvedimento, nella prospettiva che, in un secondo momento, possano essere raggiunti dall'azione di regresso di chi tra i vari coobbligati solidali ha pagato.

Una tale situazione può verificarsi per la ragione che, stante la solidarietà della obbligazione avente ad oggetto il pagamento delle sanzioni pecuniarie, il Ministero dell'Economia e delle Finanze, una volta accertate le varie violazioni del testo unico n. 58 del 1998 e del relativo Regolamento nei confronti dei diversi esponenti aziendali, commisurando le relative sanzioni pecuniarie, poiché vige il principio dell'autonomia delle posizioni dei soggetti obbligati in solido, ben può, anziché intimare singole ingiunzioni ai diversi esponenti aziendali, indirizzare una unica ingiunzione di pagamento, per l'intero, al solo soggetto di appartenenza di questi.

È ciò che è accaduto nella specie, avendo il Ministero rivolto l'ingiunzione di pagamento alla sola B.N.L. per il complessivo importo delle sanzioni irrogate ai vari esponenti aziendali.

Ne consegue che solo la B.N.L. ha un interesse giuridico alla opposizione, avendo motivo di contestare le violazioni accertate al fine di farne discendere la rimozione del provvedimento di ingiunzione.

I singoli esponenti aziendali hanno certamente anch'essi interesse alla contestazione e alla opposizione per la ragione che la rimozione della ingiunzione alla B.N.L., pur non riguardando loro direttamente, travolgerebbe, tuttavia, l'accertamento delle violazioni nei loro confronti e le relative sanzioni, con l'ulteriore conseguenza di sottrarli ad ogni azione di regresso.

Ma, in questa fase della procedura, il loro interesse – ripetesì – si configura come un mero interesse di fatto, insufficiente a conferire loro la legittimazione ad opporsi ad una ingiunzione che non è loro rivolta. Ciò non significa che essi restino sprovvisti di tutela di fronte ad un provvedimento che, in definitiva, li riguarda per avere accertato violazioni a loro carico, irrogando le corrispondenti sanzioni.

La tutela del loro interesse è solo differita al momento in cui la Banca, dopo avere pagato l'intera sanzione, si rivolga loro con l'azione di regresso per ottenere il rimborso di quanto pagato in ragione degli importi determinati per ciascuno. Difatti, in questa sede essi possono fare valere le loro ragioni, anche contestando l'esistenza delle violazioni accertate e le rispettive responsabilità, non potendo fare stato nei loro confronti, rimasti estranei al giudizio di opposizione della Banca, la pronunzia emessa dalla Corte in questa sede.

Dunque, in definitiva, in accoglimento dell'eccezione sollevata dalla difesa della Consob, l'opposizione va dichiarata inammissibile. Resta, di conseguenza, precluso l'esame del merito.

Le spese del procedimento seguono la soccombenza.

P.Q.M. – La Corte dichiara inammissibile l'opposizione e condanna D. C. a rimborsare alla Consob e al Ministero dell'Economia e delle Finanze le spese del procedimento (...) Roma, 4 luglio 2005».

Opposizione tardiva a decreto ingiuntivo e «caso fortuito» ai sensi dell'art. 650 cod. proc. civ.

(Tribunale civile di Roma, sezione seconda, sentenza 10 ottobre 2005 n. 21512)

1. La vicenda.

Una impresa appaltatrice di opere pubbliche instava ed otteneva dall'adito Tribunale civile di Roma decreto ingiuntivo, per un elevato importo economico, nei confronti del Ministero della Difesa.

L'Amministrazione ingiunta, difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, predisponendo atto di citazione per opposizione al decreto ingiuntivo, che veniva consegnato al competente ufficiale giudiziario per la notifica entro il prescritto termine decadenziale di quaranta giorni di cui all'art. 641, comma 1, cod. proc. civ.

L'originale notificato dell'atto, tuttavia, non veniva restituito dall'ufficiale giudiziario, per cui l'Avvocatura dello Stato provvedeva, nel rispetto dei termini *ex art.* 165 cod. proc. civ., alla iscrizione a ruolo della causa con la cd. velina.

Successivamente, non essendo più pervenuto l'originale notificato del predetto atto di citazione, l'organo legale erariale otteneva dall'ufficiale giudiziario preposto apposita dichiarazione, nella quale si esprimeva che l'atto di citazione per opposizione a decreto ingiuntivo redatto nell'interesse del Ministero della Difesa era andato smarrito nel corso dello spostamento di numerosi atti giudiziari, dovuto a trasferimento di allocazione dell'Ufficio notifiche.

L'impresa opposta non si costituiva in giudizio, l'Avvocatura dello Stato depositava la predetta dichiarazione dell'ufficiale giudiziario preposto e, avendo il Tribunale trattenuto la causa in decisione, l'Amministrazione opponente, nella comparsa conclusionale, chiedeva, in base ad articolate argomentazioni, l'autorizzazione alla rinotifica dell'atto di citazione per opposizione al decreto ingiuntivo.

L'organo giudicante, con ordinanza, accoglieva la richiesta.

L'Avvocatura dello Stato provvedeva alla rinotifica della citazione e la ditta opposta si costituiva ritualmente in giudizio.

Espletata l'istruzione, il Tribunale introitava la causa per la decisione.

Le parti depositavano comparse conclusionali e, con la sentenza n. 21512/2005 della seconda sezione, che si commenta, l'organo giudicante accoglieva l'opposizione, revocando il decreto ingiuntivo opposto.

2. Le tesi delle parti in causa.

Invero, in ordine alla problematica giuridica generata dall'avvenuto smarrimento dell'atto di citazione per opposizione al decreto ingiuntivo, l'avvocatura Generale dello Stato aveva sostenuto un duplice ordine di considerazioni.

Il primo riveniente da una sistematica e finalistica ermeneutica del disposto dell'art. 650 cod. proc. civ.; il secondo scaturente dagli indirizzi recenti palesati dal giudice delle leggi nella materia delle notifiche degli atti giudiziari.

In riferimento alla prima argomentazione, si legge tra l'altro nella comparsa conclusionale dell'Avvocatura quanto segue.

«(Omissis) 1. - Si asserisce anzitutto nella comparsa di risposta la irrilevanza giuridica, ai fini della prova della notifica dell'atto di opposizione alla ditta (...) della certificazione rilasciata dal dirigente degli ufficiali giudiziari.

La prova della notifica potrebbe essere infatti data solo dalla relata redatta ad opera dell'ufficiale giudiziario.

Tale argomentazione è fuor di luogo.

Invero, è appena il caso di evidenziare che non è in contestazione la necessità della apposita attestazione contenuta nella relata di notifica ai fini della giuridica prova della notificazione alla controparte di un atto, nella fattispecie della opposizione a decreto ingiuntivo alla ditta (...).

Viceversa, nel caso all'esame, pur se non vi è prova della notifica della opposizione alla controparte, certamente tale procedimento di notifica si è giuridicamente perfezionato per l'opponente — come stabilito dalla Corte Costituzionale con le note pronunzie di cui si dirà — con la rituale consegna della citazione al competente ufficiale giudiziario, che ha specificamente certificato di aver ricevuto la opposizione per la notifica che è poi andata smarrita.

Né controparte può tentare di negare l'evidenza, affermando che la certificazione dell'ufficiale giudiziario preposto in data 6 novembre 2003 darebbe conto solo della consegna di una citazione in opposizione a decreto ingiuntivo, che però potrebbe non essere il n. 7100/03.

Al riguardo, l'impresa opposta omette di precisare che l'ufficiale giudiziario ha tra l'altro certificato che l'opposizione *de qua* è stata consegnata dall'Avvocatura Generale dello Stato e riguarda decreto ingiuntivo ottenuto dalla ditta (...) e dunque la certificazione è sufficientemente specifica.

Peraltro, controparte non ha addotto di aver notificato altro decreto ingiuntivo contro la P.A. soggetto nello stesso termine di scadenza ad opposizione e divenuto esecutivo per mancata notifica della stessa.

2. - Afferma controparte che, nel caso che ne occupa, non potrebbe trovare operatività il disposto dell'art. 650 c.p.c., che consente l'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo, in quanto nella fattispecie l'Amministrazione del decreto ha avuto tempestiva conoscenza e non ha interposto opposizione nei termini per negligenza dell'ufficiale giudiziario, che ha smarrito l'atto consegnatogli per la notifica.

In merito, è agevole osservare che quanto *ex adverso* dedotto porta a palesemente disconoscere la giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia.

In particolare, occorre rammentare che la Corte Costituzionale, con la sentenza additiva n. 120 del 1976, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del sopra menzionato articolo nella parte in cui non consente l'opposizione tardiva all'ingiunto che, pur avendo avuto conoscenza del decreto ingiuntivo, non abbia potuto proporre opposizione nel termine fissato per caso fortuito o forza maggiore.

Ebbene, come già esposto nella prima comparsa conclusionale, una accorta, "sistematica" e non meramente letterale ermeneutica — che consideri la delicatezza della posizione "debole" dell'ingiunto, il quale si trova di fronte ad un provvedimento giudiziale emesso *inaudita altera parte* — non

può obliterare la sussumibilità nel caso fortuito, da intendersi in senso lato, anche del fatto imprevedibile ed incontrollabile del terzo — organo deputato *ex lege* alla notificazione.

Invero, anzitutto, l'utilizzo, anche nel linguaggio tecnico codicistico, dei termini "caso fortuito e forza maggiore" è come noto già visto dalla giurisprudenza come unaendiadi designante in modo negativo la fattispecie di assenza di colpa e comunque di responsabilità.

Così nell'interpretazione della norma cardine di cui all'art. 1218 cod. civ.

Oltremodo significativo, poi, l'art. 2051 del cod. civ., per il quale la giurisprudenza (v. ad es. Cass. - Sez. III - n. 10641/02) afferma costantemente che il concetto di caso fortuito, liberatorio dalla responsabilità per custodia, deve essere inteso nel senso più ampio, comprensivo del fatto del terzo o della condotta colpevole del danneggiato.

Da citare, altresì, ad esempio, l'art. 1693 cod. civ., in materia di trasporto, ove pure rileva il caso fortuito comprensivo del fatto del terzo (es. rapina avvenuta in circostanze imprevedibili che abbia determinato la perdita delle merci - Cass. - Sez. III, n. 4236/01).

Ben può dirsi, insomma, che nel codice vigente, come in quello del 1865, opera l'equazione a suo tempo evidenziata dal Coviello: "*casus = non culpa*" e cioè il caso fortuito, e quindi la causa non imputabile in genere, comincia dove non può più parlarsi di colpa.

Non solo. Con riferimento specifico all'art. 650 cod. proc. civ., la giurisprudenza della Suprema Corte, in recenti decisioni, ha già dimostrato di voler riconnettere il concetto di fortuito al principio generale negativo della assenza di colpa, il che comporta quale conseguenza che nel fortuito rientri altresì il fatto del terzo.

E, nella fattispecie, appunto si discute — va sottolineato — di una condotta negligente dell'organo notificatore avente caratteri di assoluta eccezionalità, imprevedibilità ed inevitabilità per la parte incolpevole richiedente la notifica.

"Ricorre il caso fortuito nella mancata tempestiva conoscenza del decreto ingiuntivo (ed è quindi ammissibile l'opposizione tardiva allo stesso) qualora, pur in presenza di una notificazione formalmente regolare, all'ingiunto non possa essere imputata alcuna responsabilità, né dolosa né colposa, in relazione a tale mancata conoscenza" (Cass., Sez. II, n. 5220/98).

"Ai fini dell'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo prevista dall'art. 650 c.p.c. la forza maggiore ed il caso fortuito si identificano rispettivamente in una forza esterna ed ostativa in assoluto ed in un fatto di carattere meramente oggettivo del tutto avulso dall'umana volontà e causativo dell'evento per forza propria, nel senso che il fatto non solo non è voluto ma non può essere nemmeno preveduto" (Cass., Sez. II, n. 8561/98).

L'avversa tesi di inapplicabilità, nella fattispecie, dell'art. 650 c.p.c. risulta pertanto sfornita di fondamento (*omissis*)»..

Su altro versante argomentativo, l'organo legale erariale aveva sostenuto quanto segue.

"Ancora, controparte dà una lettura errata e volutamente riduttiva dei principi affermati dalla Corte Costituzionale in tema di notifiche. Sul punto, pare opportuno ribadire quanto esposto nella prima conclusionale.

Invero, nel 1994, con la sentenza n. 69, la predetta Corte aveva avuto modo di affermare, nella materia delle notificazioni all'Estero, che gli articoli 3 e 24 della Costituzione impongono che le garanzie di conoscibilità dell'atto, da parte del destinatario, si coordinino con l'interesse del notificante a non vedersi addebitato l'esito intempestivo di un procedimento notificatorio parzialmente sottratto ai suoi poteri di impulso ed aveva individuato come soluzione costituzionalmente obbligata quella desumibile dal "principio della sufficienza del compimento delle sole formalità che non sfuggono alla disponibilità del notificante".

Con la recente sentenza n. 477/2002, poi, la Corte Costituzionale aveva chiarito che il suddetto principio, esposto nella decisione del 1994, "per la sua portata generale, non può che riferirsi ad ogni tipo di notificazione", essendo palesemente irragionevole oltre che lesivo del diritto di difesa del notificante, che un effetto di decadenza possa discendere dal ritardo nel compimento di una attività riferibile non al medesimo notificante, ma a soggetti diversi.

"In ossequio ai richiamati principi costituzionali, gli effetti della notificazione a mezzo posta devono, dunque, essere ricollegati — per quanto riguarda il notificante — al solo compimento delle formalità a lui direttamente imposte dalla legge, ossia alla consegna dell'atto da notificare all'ufficiale giudiziario, essendo la successiva attività di quest'ultimo e dei suoi ausiliari sottratta *in toto* al controllo ed alla sfera di disponibilità del notificante medesimo".

Con la ancor più recente sentenza n. 28, depositata il 23 gennaio 2004, infine, il giudice delle leggi, nel decidere sulla legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 139 e 148 cod. proc. civ., ha avuto modo di affermare che "il principio della distinzione fra i due diversi momenti di perfezionamento delle notificazioni degli atti processuali affermato dalla ricordata giurisprudenza additiva di questa Corte, con gli effetti prima indicati è ormai decisivo per l'interpretazione delle altre norme del codice di procedura civile sulle notificazioni, ecc."

"In ragione di tali rilievi, le norme censurate vanno interpretate nel senso che la notificazione si perfeziona nei confronti del notificante secondo quanto sopra specificato, al momento della consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario. Pertanto la questione sollevata dal rimettente deve essere dichiarata non fondata".

Si soggiunge, ancora, che con la sentenza n. 107 depositata il 2 aprile 2004, la Corte Costituzionale ha affermato che, proprio in ragione del perfezionamento della notifica con la consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario competente, la causa ben può essere iscritta a ruolo con la semplice copia dell'atto stesso (cd. *velina*), precisando altresì che alla nullità della notifica può avviarsi con l'applicazione dell'art. 291 c.p.c.

Ed invero non pare potersi revocare in dubbio che, nella fattispecie, si sia avuta una notificazione la quale, pur essendo state rispettate le formalità previste dalla legge da parte del notificante, tuttavia non ha raggiunto lo scopo non essendosi perfezionata nei confronti del destinatario.

Per cui l'ipotesi all'esame si ritiene debba essere sussunta nell'ambito di una notifica nulla, con applicabilità alla fattispecie — che presenta caratteri

di novità in relazione alla scissione del perfezionamento della notifica rispettivamente per il notificante ed il notificato rilevata dalla Corte Costituzionale — dell'art 291 cod. proc. civ.

Insomma, certo l'Amministrazione, con la consegna della citazione all'ufficiale giudiziario, ha provveduto ad assolvere il proprio onere di notifica nei termini (notifica che quindi non è inesistente) e non è responsabile del mancato perfezionamento del procedimento nei confronti dell'opposto.

Si rammenta altresì in argomento che l'art. 159 c.p.c., al terzo comma, sancisce il generale principio che “Se il vizio impedisce un determinato effetto, l'atto può tuttavia produrre altri effetti ai quali è idoneo” e la Suprema Corte ha già a suo tempo sancito l'applicabilità dell'art. 291, comma primo, c.p.c. in tema di notifica della opposizione a decreto ingiuntivo (Cass. n. 2637/90).

L'Amministrazione dunque, incontestabilmente non era decaduta dal potere di opposizione al decreto ingiuntivo in parola.

Del resto, la Corte Costituzionale non ha fatto che affermare il giusto e civile principio per cui la parte è tenuta a sopportare la decadenza da un potere solo quando essa derivi da una causa a se stessa imputabile. Principio desumibile, *in primis*, proprio dalla Costituzione (cfr. artt. 24 e 111 nuovo testo).

In definitiva, pertanto, veniva a porsi esclusivamente un problema di tutela dell'opposto e di necessità di rinotifica della citazione: il che è quanto l'organo giudicante ha correttamente disposto con l'ordinanza del 7 luglio 2004.

Preme evidenziare che le esigenze di giustizia di cui si è fatta interprete la Corte Costituzionale devono trovare riscontro in una rinnovata interpretazione ed applicazione della normativa di riferimento, da parte degli organi giudiziari, che quelle esigenze comunque valga a salvaguardare”.

Da parte sua l'impresa, nella comparsa di risposta e comparsa conclusoria, sosteneva in sintesi:

a) l'inapplicabilità, nella fattispecie, della previsione di cui all'art. 650 cod. proc. civ. in tema di opposizione tardiva a decreto ingiuntivo;

b) l'“inesistenza” giuridica della notifica della opposizione a decreto ingiuntivo predisposta dall'Avvocatura dello Stato;

c) l'esclusiva responsabilità nella vicenda dell'ufficiale giudiziario che aveva smarrito l'atto di citazione e contro il quale si sarebbe eventualmente potuta rivalere l'Amministrazione.

3. - *La decisione assunta dal Tribunale civile di Roma.*

Con la pronuncia che si annota il Tribunale di Roma ha aderito al primo dei profili giuridici dedotti nella materia controversa dall'Avvocatura erariale.

In sostanza, l'organo giudicante ha ritenuto ammissibile l'opposizione ex art. 650 cod. proc. civ., come integrato dalla sentenza n. 120/1976 della Corte Costituzionale, in quanto la mancata restituzione, per avvenuto suo smarrimento, dell'atto di citazione tempestivamente consegnato per la notifica all'ufficiale giudiziario integra gli estremi del fortuito, nel senso di evento comunque estraneo alla condotta della parte la quale ha chiesto la notificazione.

Peraltro, la sentenza *de qua* non ha avuto necessità di esaminare, ai fini di decidere, l'altra tesi sostenuta dall'Amministrazione opponente a supporto dell'ammissibilità della opposizione, tesi facente leva — come visto — sulla giurisprudenza costituzionale in tema di notifiche ed innestata sul disposto dell'art. 291 cod. proc. civ.

Quel che interessa rimarcare è che la pronunzia si appalesa come espressione dell'elaborazione giurisprudenziale sul concetto di fortuito, che porta ad allacciare lo stesso al principio generale della assenza di colpa dalla parte, con la logica conseguenza che nel fortuito deve refluire anche l'ipotesi relativa al fatto del terzo.

Elaborazione giurisprudenziale che è stata operata da tempo dalla Suprema Corte, con decisioni afferenti vari settori dell'ordinamento civilistico.

Non può sottacersi, tuttavia, che nella specifica materia della opposizione a decreto ingiuntivo, in disparte dalla declaratoria di manifesta inammissibilità della questione di costituzionalità dell'art. 650 cod. proc. civ. pronunziata dalla Corte Costituzionale con l'ordinanza n. 855 del 1988, la Corte di Cassazione aveva tenuto, nella ricognizione del concetto di fortuito, una posizione alquanto rigida, escludendone la coincidenza con un "fatto umano".

In particolare, ancora recentemente, con la sentenza 9081 depositata il 21 giugno 2002 della sezione prima, la Suprema Corte aveva sancito che: "l'art. 650, 1° comma, c.p.c., nel testo fissato dalla sentenza della corte costituzionale n. 120 del 1976, il quale ammette l'opposizione tardiva avverso il decreto ingiuntivo, quando l'intimato, pur avendo avuto conoscenza del decreto stesso, non abbia potuto rispettare il termine prescritto a causa di fortuito o forza maggiore, non trova applicazione nel caso in cui la stessa inosservanza si sia verificata, per impedimento o colpevole negligenza dell'ufficiale giudiziario, nel provvedere alla notificazione dell'atto regolarmente consegnatogli prima della scadenza del termine medesimo" (v. già Cass. n. 7830 del 3 agosto 1990).

Al riguardo, aveva tra l'altro osservato l'Avvocatura dello Stato "Questa Difesa non ignora che la Corte di cassazione — sez. prima, con la sentenza n. 9081 depositata il 21 giugno 2002, si è espressa in senso diverso rispetto a quanto fin qui sostenuto.

Ma va considerato, da un lato, che la scarna motivazione addotta nella decisione, che si riduce ad una apodittica non riconducibilità del "fatto umano" al fortuito, non appare convincente, risulta poco approfondita e non tiene conto delle esigenze non di lettura formalistica dell'art. 650 cod. proc. civ., bensì di interpretazione finalizzata a giustizia sostanziale.

D'altro canto e soprattutto, la sentenza *de qua* risulta adottata prima della sentenza n. 477, depositata il 26 novembre 2002, della Corte Costituzionale".

La menzionata giurisprudenza viene oggi superata dal Tribunale di Roma e la pronunzia non può che essere pienamente condivisa.

Del resto, a ben vedere, una ermeneutica restrittiva del “fortuito” ex art. 650 cod. proc. civ. veniva ad ingiustificatamente generare una aporia nel sistema, originandosi una divaricazione interpretativa dello stesso concetto in diversi settori dell’ordinamento.

Senza tralasciare, poi, le palesi istanze di giustizia sostanziale sottesa alla problematica giuridica in questione, tanto più che — va rammentato per inciso — è nota la larghezza con cui gli organi giudiziari sono soliti accogliere i ricorsi per decreto ingiuntivo.

Conclusivamente, dunque, non può che esprimersi un giudizio positivo sulla decisione assunta dal Tribunale di Roma.

Avv. Giancarlo Pampanelli

Tribunale civile di Roma, sezione seconda, sentenza del 10 ottobre 2005 n. 21512 – *Giud. Misiti* – Ministero della Difesa – opponente (avv. dello Stato G. Pampanelli) c/ Ditta (...) – opposta.

La mancata restituzione, per avvenuto suo smarrimento, dell’atto di citazione per opposizione a decreto ingiuntivo tempestivamente consegnato per la notifica all’ufficiale giudiziario integra gli estremi del fortuito, nel senso di evento comunque estraneo alla condotta della parte la quale ha chiesto la notificazione, e rende pertanto ammissibile l’opposizione tardiva, ai sensi dell’art. 650 cod. proc. civ.

«(Omissis) Considerato in fatto e diritto

che con citazione consegnata all’ufficiale giudiziario per la notifica il 2 luglio 2003, e depositata in copia al momento della iscrizione della causa a ruolo, il Ministero della difesa ha convenuto davanti a questo tribunale il titolare della omonima impresa di costruzione, proponendo opposizione avverso il decreto, emesso in data 7 maggio 2003 e notificato in data 26 maggio 2003, con il quale questo stesso tribunale aveva ad esso ingiunto il pagamento della somma di euro 573.131,63, oltre interessi e spese, a titolo di corrispettivo di partite di lavori diversi da quelli contrattualmente previsti, ordinati dalla direzione lavori in occasione dell’esecuzione di un contratto di appalto concluso tra le parti ed avente ad oggetto lavori di manutenzione di immobili, opere edili ed impianti annessi della base militare di C. S. L.;

che a sostegno dell’opposizione il Ministero ha dedotto l’inesistenza del credito, identificandosi i lavori di cui alla ingiunzione con parte dei lavori oggetto del contratto concluso, regolarmente contabilizzati e pagati, la mancata iscrizione di ogni riserva al riguardo negli atti contabili e, in ogni caso, la prescrizione del diritto fatto valere, risalendo il contratto al settembre del 1989;

che il convenuto non si è costituito ed il Ministero, facendo presente che l’originale della citazione consegnato per la notifica era andato smarrito, ha chiesto, alla udienza di prima comparizione, la rimessione in termini per la rinnovazione della notificazione;

che, dopo aver trattenuto la causa in decisione, il tribunale ha pronunciato ordinanza con la quale, tenuto conto di quanto statuito dalla corte costituzionale con la sentenza n. 120 del 1976 e ritenuto che, risultando la tempestiva consegna dell’atto all’ufficiale giudiziario, la mancata notifica oppure — in ogni caso — la indisponibilità della prova della notifica stessa, costituita dalla relata dell’ufficiale giudiziario, integrasse gli estremi del fortuito, ha concesso termine al Ministero per la rinnovazione della notifica della citazione;

che, a seguito di questa nuova notifica, il M. si è costituito, eccedendo in primo luogo la inesistenza dei presupposti per farsi luogo alla rinnovazione della citazione, e quindi la inammissibilità — per decadenza — dell’opposizione, e contestando inoltre, nel merito, la fondatezza dell’opposizione medesima;

che la causa, documentalmente istruita, è passata in decisione sulle medesime conclusioni formulate dalle parti nei rispettivi atti introduttivi;

che, diversamente da quanto sostenuto dal M., la sentenza della Corte costituzionale n. 120 del 1976 non ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell’art. 650, comma primo, del codice di procedura civile nella parte in cui non consente la opposizione tardiva dell’inti-

mato che non abbia avuto tempestiva conoscenza del decreto, che da sempre è stata invece l'unica figura di opposizione tardiva prevista dal codice, bensì nella parte in cui non consente la opposizione tardiva dell'intimato che, pur avendo avuto conoscenza del decreto ingiuntivo, non abbia potuto, per caso fortuito o forza maggiore, fare opposizione entro il termine fissato nel decreto;

che il M. non contesta, d'altronde, che la mancata restituzione, per avvenuto suo smarrimento, dell'atto di citazione tempestivamente consegnato per la notifica all'ufficiale giudiziario integri gli estremi del fortuito, nel senso di evento comunque estraneo alla condotta della parte la quale ha chiesto la notificazione, limitandosi a rilevare, a proposito dell'attestazione rilasciata a conferma della tempestiva consegna dell'atto, che dall'attestazione medesima non si evince, in ogni caso, che l'atto di citazione in opposizione consegnato all'ufficiale giudiziario avesse effettivamente ad oggetto il decreto ingiuntivo portante — come quello da lui ottenuto — il numero 7100/2003;

che, non avendo il M. neppure allegato di aver ottenuto, nello stesso periodo di tempo, altro decreto ingiuntivo nei confronti della stessa o di altra pubblica amministrazione, il rilievo è manifestamente pretestuoso;

che, indipendentemente da ogni altra deduzione al riguardo, che rimane perciò assorbita, la eccezione di inammissibilità dell'opposizione è da ritenere dunque infondata; (*omissis*).

Il Tribunale, pronunciando definitivamente, revoca il decreto oggetto di opposizione e condanna l'opposto al pagamento delle spese (*omissis*)».

L'ammissibilità della costituzione di parte civile nell'interesse dello Stato nei processi di mafia.

Alla ricerca del bene giuridico oggetto della pretesa risarcitoria

(Tribunale di Paola, in composizione collegiale, in sede penale, ordinanza 13 dicembre 2005).

Con l'ordinanza del 13 dicembre 2005 — apprezzabile per il rigore sistematico ed il livello di approfondimento nell'affrontare la tematica, raramente scandagliata dalla giurisprudenza (1), concernente la legittimazione delle amministrazioni dello Stato alla costituzione di parte civile — il Tribunale di Paola scioglie alcuni nodi interpretativi sorti in ordine all'ammissibilità dell'azione di danno proposta dallo Stato nei confronti di imputati di delitti di stampo mafioso (2), nonché sugli organi statali legittimati ad agire (3), e sulle poste risarcitorie suscettibili di costituire oggetto della domanda giudiziale.

(1) Nella giurisprudenza di legittimità si rinvengono precedenti attinenti le modalità della costituzione di parte civile delle Amministrazioni dello Stato; in particolare, dibattuta si presenta la questione dell'applicabilità all'Avvocatura dello Stato delle norme codicistiche che impongono il mandato speciale e la produzione in giudizio della deliberazione attestante la volontà dell'Amministrazione di esercitare l'azione civile in sede penale (con riferimento alla costituzione di parte civile delle amministrazioni statali, l'autorizzazione del Presidente del Consiglio dei Ministri prevista dall'art. 1, comma 4, legge n. 3 del 1991). Nonostante qualche pronuncia di segno contrario (Cass. pen., sez. VI, 17 giugno 1995, n. 6980, Seri ed altri, in *Rass. Avv. Stato*, 1995, fasc. 2, parte I, p. 304, con nota critica di W. FERRANTE), la soluzione, oramai univocamente accolta, è nel senso dell'inapplicabilità della disciplina generale di cui all'art. 122, comma 2, c.p.p., in quanto derogata dalla normativa speciale dettata dall'art. 1, comma 2, r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611 (Cass. pen., sez. V, 7 ottobre 1999, n. 1441, Longarini e altri, in *Cass. pen.*, 2000, fasc. 9, p. 2341 e in *Rass. Avv. Stato*, 1999, fasc. 3, parte I, p. 526 e ss., con nota di P. DI TARSIA DI BELMONTE «*Procura speciale agli avvocati dello Stato ex art. 122 c.p.p.*?»); con specifico riferimento alla questione della produzione in giudizio dell'autorizzazione del Presidente del Consiglio dei Ministri, di recente in senso affermativo si è espresso: Trib. Bologna, Ufficio G.I.P., 5 ottobre 2004, in *Giur. merito*, 2005, fasc. 3, p. 655).

(2) La questione della costituzione di parte civile dello Stato nei processi di mafia non è tanto frequente quanto quella dell'esercizio dell'azione di danno da parte degli enti locali, per le lesioni arrecate dall'associazione per delinquere di stampo mafioso all'immagine dell'ente locale, allo sviluppo turistico ed alle attività produttive ad esso collegate, che viene risolta pacificamente nel senso dell'ammissibilità della costituzione degli enti territoriali (cfr., Cass. pen., sez. I, 18 ottobre 1995, n. 10371, Costioli e altri, in *C.E.D. Cass. Rv 202736*; Cass. pen., sez. I, 24 giugno 1992, Bono, in *Foro it.*, 1993, II, 235; da ultimo, Trib. Bergamo, Ufficio G.I.P./G.U.P., ord. 3 febbraio 2005, in *Il Merito*, 2006, fasc. n. 2, 63 e ss., con nota di T. SPOSATO, *Il reato di associazione a delinquere: il disordine dell'ordine pubblico*) e pone problemi assai diversi. Infatti, mentre a sostegno dell'ammissibilità della costituzione di parte civile degli enti locali, la Suprema Corte argomenta dalla loro rappresentatività per ricavare l'esistenza di un interesse ad agire soprattutto a tutela dell'immagine delle comunità locali, appare evidente come detto ragionamento non sia mutuabile alle Amministrazioni dello Stato, che rappresentano l'intera collettività nazionale e sono portatrici di interessi che trascendono la realtà locale.

(3) Un risalente precedente riconosceva, ad esempio, al Ministero delle Finanze la legittimazione attiva in un processo per associazione per delinquere finalizzata al contrabbando nonché

Nel caso al vaglio del tribunale calabrese la dichiarazione di costituzione di parte civile ex art. 76 e 77 c.p.p. era stata presentata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri e dal Ministero dell'Interno, prospettando la lesione di interessi patrimoniali e non patrimoniali, anche sotto il profilo del danno all'immagine (4).

L'azione risarcitoria era stata intentata a tutela degli interessi primari dell'ordinamento democratico, posto in stato di massimo pericolo dall'esistenza di un'associazione mafiosa le cui attività delittuose, per loro natura, sono idonee ad innestare una dirompente carica eversiva nel circuito democratico (5).

È opinione largamente diffusa ed autorevolmente sostenuta quella che descrive l'associazione mafiosa, così come manifestatasi storicamente in Italia, alla stregua di una «*forma di contropotere criminale talmente radicato e diffuso da assumere obiettivamente, anche e soprattutto quando opera per acquisire il controllo di attività economiche, connotati di pericolosità politica analoghi se non maggiori di una associazione dichiaratamente sovver-*

per reati contro la fede pubblica, sull'assunto che «*l'ordine pubblico, tutelato dall'art. 416 cod. pen., non va inteso in senso riduttivo e cioè limitato alla pubblica tranquillità o alla sicurezza dei cittadini, ma anche al rispetto dei principi fondamentali, sui quali si fonda la convivenza civile e l'ordinato assetto della società. Rientrano tra questi principi anche il reperimento dei mezzi per assicurare allo Stato gli indispensabili introiti tributari, fonte primaria per una corretta gestione della Cosa Pubblica (art. 53 Cost.). Ne deriva che l'Amministrazione Finanziaria risente un danno immediato dalla costituzione dell'associazione, la quale lede uno degli aspetti basilari di quell'ordine fiscale, che rappresenta un precipuo interesse del Ministero preposto*»: così, Cass. pen., sez. III, 12 ottobre 1992, n. 9725, Arduini e altri, in *Il Fisco*, 1992, fasc. 43, p. 267.

(4) Anche in sede penale è assolutamente pacifica la risarcibilità del danno all'immagine patito da un ente pubblico a seguito delle condotte delittuose sia di soggetti interni all'amministrazione sia di soggetti terzi (cfr., Cass. pen., sez. VI, 31 gennaio 2005, n. 2963, Aiello, in *C.E.D. Cass. Rv 231031*, che ribalta l'orientamento precedente espresso in Cass. pen., sez. VI, n. 4 settembre 2001, n. 32957, ivi, *Rv. 220710*; nonché Cass. pen., sez. III, 25 ottobre 2002, n. 35868, in *Dir. e Giur. Agraria e dell'Amb.*, 2004, fasc. 11, parte II, p. 713, con nota di F. DI DIO).

In generale, sui presupposti per la risarcibilità in sede penale del danno da reato e sulle controverse nozioni di danno patrimoniale e non patrimoniale, può rimandarsi a E. SQUARCIA, *L'azione di danno nel processo penale*, Cedam, 2002, pag. 107 e ss., ove ampi richiami dottrinali.

(5) In questo senso G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Giuffrè, 1995, p. 265 e ss.; G. NEPPI MODONA, *Criminalità organizzata e riforma dei delitti contro la personalità dello Stato*, in AA.VV., *Materiali per una riforma del sistema penale*, Angeli, 1984, p. 44 e ss., nonché *Il reato di associazione mafiosa*, in *Dem dir.*, 1983, pp. 49-50; G. M. FLICK, *L'associazione a delinquere di tipo mafioso. Interrogativi e riflessioni sui problemi posti dall'art. 416-bis c.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, p. 853 e ss.; C. MACRÌ e V. MACRÌ, *La legge antimafia*, Napoli, 1983, 23 e ss.; in giurisprudenza: Ass. Caltanissetta 24 luglio 1984, in *Foro it.*, 1985 parte II, c. 10.

Esprimono perplessità sulla natura eversiva delle associazioni mafiose altri autori tra cui G. SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, Cedam, 1990, pp. 16-17, secondo il quale le associazioni mafiose non sono sempre tali da porre in pericolo l'esercizio della sovranità statale, ritenendo che il dato normativo si riferisca anche a fenomeni associativi di tipo mafioso di più limitata portata, ciò che sarebbe confermato dall'argomento sistematico della collocazione dell'art. 416-bis c.p. tra i delitti contro l'ordine pubblico e non tra quelli contro la personalità dello Stato. Della stessa opinione è A. GAITO, *Gli accertamenti fiscali e patrimoniali per i fatti di mafia*, Giuffrè, 1983, p. 27.

siva» (6). L'insanabile conflittualità tra ordinamento mafioso ed ordinamento democratico risulterebbe evidenziata altresì dalla palese «*antitesi tra un'associazione che vive sul metodo dell'intimidazione e una società civile, nella quale il parametro di convivenza è il consenso democratico*» (7); sicchè, il legislatore dell'82, nell'introdurre con la legge n. 646 (c.d. legge La Torre) la nuova figura del reato d'associazione di tipo mafioso, tenendo presente la valenza politica per così dire antagonista delle organizzazioni mafiose, avrebbe inteso punire e reprimere la loro mera esistenza. In quest'ottica appare evidente come l'accertamento giudiziale della costituzione di un'associazione mafiosa operante sul territorio consenta *ex se* di ravvisare la lesione del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice, consistente nel turbamento non meramente potenziale ed ipotetico, bensì effettivo dell'ordine pubblico con grave e diffusa lesione dei diritti fondamentali dei cittadini (8).

Ovviamente la violazione dei principi fondanti la pacifica convivenza sociale giustificerebbe, motiverebbe e sorreggerebbe la legittimazione ad agire in via risarcitoria dello Stato-comunità attraverso gli organi a ciò deputati da individuarsi all'interno dello Stato-apparato. Ed è proprio questo il tema sul quale s'imbatte il Tribunale di Paola nell'ordinanza in commento, la cui delicatezza è viepiù aggravata dalle diverse interpretazioni prospettabili dell'oggetto giuridico del reato di associazione per delinquere di associazione mafiosa, dalla delimitazione del quale dipende, com'è evidente, la soluzione della questione concernente la legittimazione dello Stato ad agire in sede penale per il risarcimento dei danni, patrimoniali e non patrimoniali, correlati alla costituzione ed esistenza della conserteria mafiosa.

Secondo una diversa prospettiva, l'Amministrazione statale non sarebbe legittimata alla costituzione di parte civile perché non potrebbe essere considerata persona offesa dal reato di associazione mafiosa, salvo che tra i reati scopo non figurino anche un delitto contro la P.A., ovvero, non sia stata commessa un'azione delittuosa nei confronti di un funzionario statale (si pensi agli attentati o alle intimidazioni nei confronti di magistrati o di uomini politici di rilievo nazionale); con l'ulteriore ed ovvia precisazione che, in tali ipotesi, l'azione di danno sarebbe ammissibile unicamente nei confronti degli imputati del reato fine, ma non anche nei confronti degli altri associati.

Le osservazioni critiche dei fautori della tesi contraria all'ammissibilità della costituzione di parte civile dello Stato nei processi di mafia, si incen-

(6) G. NEPPI MODONA, *Il reato di associazione mafiosa*, cit., l'Autore nel paragonare le organizzazioni mafiose a quelle sovversive non manca di segnalare l'elemento diversificatore che rende maggiormente insidioso l'attacco alle istituzioni democratiche portato dalla criminalità mafiosa, la quale preferisce instaurare con i rappresentanti del potere politico ed economico insani legami di contiguità evitando fin dove possibile qualsiasi posizione di aperta contrapposizione.

(7) G. M. FLICK, *L'associazione a delinquere di tipo mafioso. Interrogativi e riflessioni sui problemi posti dall'art. 416-bis c.p.*, cit.

(8) In questo senso anche G. SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., p. 108-109, il quale tuttavia configura il reato *ex art. 416-bis c.p.* come reato di danno e non di pericolo, sul rilievo che ai fini dell'integrazione della fattispecie delittuosa occorre non la mera costituzione dell'associazione, bensì la sua operatività attiva e concreta.

trano, in realtà, sulla genericità della situazione giuridica posta a fondamento della pretesa risarcitoria e si compendiano nella qualificazione dell'interesse statale — asseritamente leso — in termini di interesse pubblico generale teso alla conservazione dell'ordine pubblico, che in quanto tale non sarebbe suscettibile di differenziazione e dunque di tutela per via giudiziale (9). Anzi, si puntualizza, l'interesse alla tutela dell'ordine pubblico s'identifica con la funzione statale avente come oggetto proprio e precipuo la prevenzione e la repressione dei reati, dunque l'unica forma di reazione possibile è quella politico-amministrativa, mentre sarebbe inconfigurabile una qualsiasi lesione, patrimoniale o non patrimoniale, non potendosi fare valere quale interesse leso quello che è invece un inadempimento dei compiti istituzionali.

Dalla sovrapposizione tra interesse leso e funzione statale si traggono, poi, due corollari.

Sotto un primo profilo risulterebbero carenti i requisiti della concretezza ed attualità dell'interesse azionato, perché, all'evidenza, l'interesse statale è proprio della generalità dei consociati e non è in alcun modo ipotizzabile una sua individualizzazione, *ergo*, se dall'informe ed indistinto interesse generale non emerge una posizione giuridica differenziata suscettibile di essere qualificata ed entificata, non è possibile immaginare alcuna forma di giustiziabilità o di tutela giurisdizionale.

Sotto un secondo profilo si stigmatizza la contraddittorietà dell'avversa tesi perché finirebbe per individuare come soggetto danneggiato quella stessa Amministrazione che a causa della propria insipienza ha concorso a determinare il danno dal quale chiede di essere ristorata (10).

Con apprezzabile tecnica motivazionale il Tribunale di Paola, nell'ordinanza in commento, opera una netta scelta di campo tra le due opzioni teori-

(9) Tale opinione si alimenta delle argomentazioni critiche svolte da autori quali CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca, 1870; DE RUBEIS, *Dei delitti contro l'ordine pubblico*, in *Enc. dir. pen. it.*, a cura di PESSINA, vol. VII, Milano, 1907 e ZERBOGLIO, *Delitti contro l'ordine pubblico*, in *Trattato di diritto penale*, Milano, i quali, sul piano teorico, hanno stigmatizzato l'estrema vaghezza del concetto di ordine pubblico. La dottrina più recente ha, in particolare, specificato che l'ordine pubblico non va confuso con quello che viene spesso chiamato ordine pubblico generale cioè quell'assetto di norme e istituzioni, interne ed esterne, che permette alla società di vivere e prosperare (in tal senso, DE VERO, *Tutela dell'ordine pubblico e reati associativi*, in *Riv. it.*, 1994, pag. 1266; FERRAJOLI, *Ordine pubblico e legislazione eccezionale*, in *Questione criminale*, 1977, pag. 361), né s'identifica con il c.d. «ordine pubblico costituzionale» e cioè l'insieme delle norme ispirate alla nostra Carta Costituzionale che si pone alla base della pacifica convivenza civile (CORSO, *Ordine pubblico*, in *Enciclopedia Dir.*, XXX, 1980; PALADIN, *Ordine Pubblico*, in *Novissimo Digesto Ital.*, XII, 1965, pag. 130).

In generale, sul controverso concetto di ordine pubblico, si veda, *ex pluribus*: ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, Giuffrè, 1997; FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Indice pen.*, 1991, pag. 5; MARINI, *Ordine pubblico (delitti contro)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Appendice, 1984, V, pag. 569. Per ulteriori richiami si veda la nota 24.

(10) In quest'ottica vengono richiamate anche le argomentazioni svolte ad altri fini da BLOK, *La mafia di un villaggio siciliano*, Torino, 1986; FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Studi in onore di Giuliano Vassalli*, II, Milano, 1991, p. 33 ss.; CHINNICI-SANTINO, *La violenza programmata*, Milano, 1989; BASSIOUNI, *Criminalità organizzata e terrorismo: per una strategia di interventi efficaci*, in *Ind. pen.*, 1990, 7.

che, svolgendo un'opportuna premessa sulla natura e sulla funzione dell'incriminazione dell'associazione mafiosa (11). Aderendo al tradizionale orientamento giurisprudenziale (12) il Tribunale calabrese descrive l'associazione a delinquere di stampo mafioso come una consorteria criminale insediata «*in una circoscritta zona territoriale al precipuo scopo di creare una struttura di governo, alternativa a quella dello Stato, [che] per i soggetti che la compongono, per i suoi metodi nonché per i suoi valori, è idonea a prospettare una concreta minaccia alla sovranità dello Stato, in tutti e tre i suoi elementi costitutivi (popolo, territorio e governo), quale principio indefettibile che ne costituisce la stessa essenza costituzionale*».

L'irriducibile contrapposizione tra organizzazione mafiosa ed organizzazione statale viene sottolineata ponendo nel massimo risalto l'antidemocraticità del c.d. metodo mafioso, fondato sull'uso della violenza e sullo sfruttamento della forza intimidatoria utilizzata per ridurre in uno stato di assoggettamento e di omertà coloro che vengano in contatto con l'associazione mafiosa (13).

(11) Per una ricostruzione storico-domatica dell'istituto si rimanda a: INGROIA, *L'associazione di tipo mafioso*, Milano, 1993; per un approccio più pragmatico: MELILLO, *Commento all'art. 416-bis*, in *Codice Penale rassegna di giurisprudenza e dottrina a cura di LATTANZI e LUPO*, vol. VIII, Milano, 2000.

(12) I precedenti giurisprudenziali in materia sono numerosi; tra i tanti, e senza alcuna pretesa di esaustività, si richiamano: Cass. pen., sez. I, 17 settembre 1987, n. 9859, Ingemi, in *Cass. pen.*, 1988, p. 1845; App. Catanzaro, 2 febbraio 1985, Volpe e altri, *ivi*, 1985, p. 1698; Cass. pen., sez. VI, 22 agosto 1989, n. 11204, Teardo, in *Riv. trim. dir. pen.*, 1992, p. 247, con nota di G. MARINI e in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, p. 1177, A. MADEO, a p. 1197 e ss., «*Riscossione organizzata di tangenti da parte di pubblici ufficiali, intimidazione dei concussi e configurabilità dell'associazione di tipo mafioso*», ove si afferma che *ai fini della configurabilità del delitto di associazione di tipo mafioso è necessario che sussistano tre elementi specializzanti: la forza intimidatoria promanante dal vincolo associativo, la condizione di assoggettamento, la condizione dell'omertà. Perché sussista omertà è sufficiente che il rifiuto a collaborare con gli organi dello Stato sia sufficientemente diffuso, anche se non generale; che tale atteggiamento sia dovuto alla paura non tanto di danni all'integrità della propria persona, ma anche solo alla attuazione di minacce che comunque possono realizzare danni rilevanti; che sussista la diffusa convinzione che la collaborazione con l'autorità giudiziaria — denunciando il singolo che compie l'attività intimidatoria — non impedirà che si abbiano ritorsioni dannose per la ramificazione dell'associazione, la sua efficienza, la sussistenza di altri soggetti non identificabili e forniti di un potere sufficiente per danneggiare chi ha osato contrapporsi. Tra le possibili ritorsioni, che portano ad un assoggettamento ed alla necessità dell'omertà, vi è anche quella che possa mettere a rischio la pratica possibilità di continuare a lavorare ed apra la prospettiva allarmante di dovere chiudere la propria impresa, perché altri, partecipanti all'associazione o da essa influenzati, hanno la concreta possibilità di escludere dagli appalti colui che si è ribellato alle pretese. A tale ultimo fine non è necessario che le conseguenze minacciate si verifichino, ma è sufficiente che esse ingenerino il ragionevole timore che induca al silenzio ed all'omertà, queste ultime infatti indicano l'obiettivo che l'associazione tende a realizzare e costituiscono un possibile posterius e non un prius logico o cronologico*.

(13) Lo sfruttamento della forza dell'intimidazione è caratteristica peculiare indefettibile del delitto di cui all'art. 416-bis c.p., che vale a distinguere l'associazione mafiosa dall'associazione a delinquere ex art. 416 c.p.; in giurisprudenza l'orientamento è consolidato e risalente: si vedano Cass. pen., sez. I, 1 luglio 1987, Ingemi, in *Cass. pen.*, 1988, p. 1845 («*è necessario che la forza intimidatrice sia non solo componente strumentale del programma criminoso, ma anche che promani dallo stesso vin-*

Già tanto sarebbe sufficiente per motivare l'incompatibilità tra le organizzazioni mafiose e l'organizzazione statale, ma il Tribunale di Paola nello sforzo argomentativo sostenuto si spinge oltre, individuando ulteriori elementi che radicano e rafforzano l'insanabile antagonismo tra l'ordinamento giuridico statale e quello criminale mafioso: il metodo violento ed il radicamento territoriale.

Correttamente i giudici calabresi rammentano che «*il tratto identificativo di un'associazione a stampo mafioso rispetto ad ogni altra forma di consorzio criminale è costituito dalla sua ambizione a creare, su una specifica area territoriale, una organizzazione di potere diretta ad acquisire e controllare le attività economiche, private o pubbliche, attraverso l'utilizzo di strumenti di intimidazione e violenza, antitetiche ai principi di un'organizzazione democratica, così determinando un diffuso assoggettamento nell'ambiente sociale e, dunque, una*

colo associativo e diretta a creare nel territorio condizioni di assoggettamento tali da rendere difficile l'intervento, preventivo o repressivo, dei poteri dello Stato e da creare una diffusa omertà»); Cass. pen., sez. I, 3 marzo 1989, n. 360, Angiollieri, in *Giur. it.*, 1989, parte II, p. 193 con nota di L. MARAFIOTI; Cass. pen., sez. I, 25 febbraio 1991, Grassonelli, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2725 e in *Giust. pen.*, 1992, II, p. 77 («*Il requisito della "forza di intimidazione del vincolo associativo", che costituisce l'in sè dell'associazione di tipo mafioso, e delle altre a questa assimilabili, dalla quale deriva — secondo il dato normativo — la condizione di assoggettamento e di omertà degli stessi associati e dei terzi non è una modalità della condotta associativa, ma un elemento strumentale, come sottolineato dal significato del verbo si "avvalgono", ma, peraltro, non deve necessariamente essere utilizzata dai singoli associati, né deve necessariamente estrinsecarsi, di volta in volta, in atti di violenza fisica o morale, per il raggiungimento dei fini alternativamente previsti dalla disposizione incriminatrice, perché ciò che caratterizza, sul piano descrittivo e su quello ontologico, l'associazione di tipo mafioso, secondo il modello legale, è la condizione di assoggettamento (che implica uno stato di soggezione, derivante dalla convinzione di essere esposti ad un concreto ed ineludibile pericolo di fronte alla forza dell'associazione) e di omertà che consiste in forma di solidarietà, che ostacola o rende più difficoltosa l'opera di prevenzione e di repressione che dal vincolo associativo deriva per il singolo, all'esterno, ma anche all'interno dell'associazione»*); Cass. pen., sez. I, 10 febbraio 1992, D'Alessandro ed altro, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1405, in *Giur. it.*, 1992, II, p. 629 e in *Giust. pen.*, 1992, II, 535, p. 471 («*La tipicità del modello associativo delineato dall'art. 416-bis c.p. risiede nella modalità attraverso cui l'associazione si manifesta concretamente e non già negli scopi che si intendono perseguire, atteso che questi, nella formulazione della norma, hanno un carattere indicativo ed abbracciano solo genericamente i delitti, comprendendo una varietà indeterminata di possibili tipologie di condotte, che possono essere costituite anche da attività lecite, che hanno come unico comune denominatore l'attuazione od il conseguimento del fine attraverso l'intimidazione e il conseguente insorgere nei terzi di quella situazione di soggezione, che può derivare anche soltanto dalla conoscenza della pericolosità di tale sodalizio»*); Cass. pen., sez. I, 9 maggio 1992, n. 5492, La Vaccara, in *Giur. it.*, 1993, parte II, p. 46; Cass. pen., sez. I, 10 maggio 1994, Matrone, in *Cass. pen.*, 1996, p. 76; Cass. pen., sez. VI, 2 marzo 1995, n. 2164, Imerti, *ivi*, 1996, p. 3627; Cass. pen., sez. V, 19 dicembre 1997, n. 4307, Magnelli, *ivi*, 1999, 2510 e in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 1475, con nota critica di D. NOTARO, «*Art. 416-bis c.p. e metodo mafioso, tra interpretazione e riformulazione del dettato normativo»*); Cass. pen., sez. VI, 10 febbraio 2000, n. 1612, Ferone, in *C.E.D. Cass. Rv 216635*; con riferimento alla distinzione, sotto il profilo degli elementi strutturali della fattispecie, tra l'associazione per delinquere ed il concorso di persone nel reato continuato, Cass. pen., sez. I, 24 marzo 1992, n. 3402, in *Giust. pen.*, 1993, III, 340 («*nell'associazione per delinquere l'accordo criminoso è diretto all'attuazione di un più vasto programma criminoso, per la commissione di una serie indeterminata di delitti, con la permanenza del vincolo associativo tra i partecipanti, ciascuno dei quali ha la costante consapevolezza di essere associato all'attuazione del programma criminoso, anche indipendentemente ed al di fuori della effettiva commissione dei singoli reati programmati, cosicché è proprio la permanenza del vincolo associativo tra più persone legate dal comune fine cri-*

situazione di generale omertà». Affermazione questa pienamente condivisibile, che consente di compiere una precisazione, che pare doverosa, sul requisito dell'uso della forza d'intimidazione, la quale — contrariamente a quanto sostenuto da parte della dottrina (14) e dalla più risalente giurisprudenza (15) — dev'essere intesa quale mera potenzialità non necessariamente espressa e concretizzata in specifici atti violenti o intimidatori. La forza intimidatrice, pur eventualmente estranea alla struttura dei delitti scopo, può servire per garantire l'impunità degli esecutori, per evitare che i pubblici ufficiali intervengano ed impediscano la commissione dei reati che si intendano commettere, per scoraggiare altri dalla commissione dello stesso delitto o dello stesso genere di delitti (ad esempio, lo sfruttamento organizzato della prostituzione,

minoso, che determina pericolo per l'ordine pubblico ed è la ragione stessa per la configurazione — quale autonomo titolo di reato — del delitto di associazione per delinquere, per la cui sussistenza, peraltro, è irrilevante l'eventuale mancata partecipazione di tutti, o di alcuni degli associati, alla consumazione dei delitti programmati»); negli stessi termini si esprime, più di recente, Cass. pen., sez. V, 20 gennaio 1999, n. 3340, Stolder, in *Cass. pen.*, 2000, 38.

In dottrina: G. FIANDACA, *Commento alla legge 13 settembre 1982, n. 646, art. 1*, in *Legisl. pen.*, 1983, p. 260, ove significativamente l'Autore precisa: «*il proprium dell'associazione è, per l'appunto, il riverbero, la proiezione esterna, il radicamento nel territorio in cui essa vive*»; peraltro, l'Autore si segnala per avere per primo distinto la coazione “interna” da quella “esterna”, distinzione poi accolta dalla giurisprudenza della Suprema Corte (cfr., Cass. pen., sez. V, 19 dicembre 1997, n. 4307, *cit.*), sottolineando come «*il cemento che lega tra loro gli associati più che dal timore e della soggezione, è costituito dalla comune adesione ad una specifica subcultura*» (*op. cit.*, p. 260, nonché dello stesso Autore, *L'associazione di tipo mafioso nelle prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 1985, parte V, coll. 303-304).

(14) In particolare, SPAGNOLO, *L'associazione, cit.*, e INGRIOIA, *op. cit.*, sostengono che l'uso dell'indicativo presente nella formulazione letterale del testo rende evidente ed oggettivizza la volontà legislativa volta a richiedere, ai fini della configurazione del reato, l'accertamento dell'effettivo compimento di concrete e specifiche condotte intimidative da parte degli associati: la capacità di intimidire deve, dunque, essere «*idonea a determinare, se utilizzata, una condizione di assoggettamento e di omertà*» (INGROIA, *op. cit.*, p. 69); diversamente NEPPI MODONA, *Il reato di associazione mafiosa, cit.*, e BERTONI, *Prime considerazioni sulla legge antimafia*, in *Cass. pen.*, 1983, 1017, propongono una lettura orientata a fornire la massima tutela possibile al bene giuridico tutelato, affermando che l'uso dell'intimidazione violenta può anche essere solo potenziale e non concretamente attualizzato, sempreché le emergenze processuali acclarino l'esistenza di un diffuso clima di assoggettamento e di omertà dovuto all'esistenza *in loco* dell'associazione mafiosa; in tal senso, dunque, secondo tali Autori (in part., BERTONI, *op. cit.*, p. 1018), la scelta dell'indicativo «*si avvalgono*» operata dal legislatore, poggerebbe su ragioni di fedeltà alla prassi giurisprudenziale in materia di applicazione delle misure di prevenzione. Lo stesso G. FIANDACA, *Commento, cit.*, p. 262, peraltro, ritiene che la scelta del verbo in questione da parte del legislatore non è tale da produrre influenze vincolanti sulla fisionomia della fattispecie, assumendo piuttosto la funzione di rendere «*una immagine dinamica*» della mafia, punibile già per il solo vincolo associativo. Ne sarebbe, secondo l'Autore, un'esplicita conferma l'originaria formulazione della disposizione nella proposta di legge La Torre, secondo la quale si sarebbero dovuti punire gli associati «*che hanno lo scopo*» di conseguire certi risultati «*valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo*». A tale opinione si ascrive pure G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa, cit.*, p. 121 e ss., secondo cui la carica di intimidazione, benché non sfruttata attivamente, già di per sé determina in via inerziale nei terzi condizioni di assoggettamento e di omertà «*primordiali*» e generiche, diverse da quelle individuali prodotte in chi è soggetto passivo dell'esercizio della forza di intimidazione.

(15) Vedi nota 12.

del contrabbando, dello spaccio della droga, ecc.). In quest'ottica, dunque, potrebbe ritenersi che, ai fini della punibilità, lo sfruttamento della forza intimidatrice non necessariamente si correli al concreto accertamento di un risultato che attesti tale sfruttamento, il che consentirebbe di incriminare il sodalizio anche quando sia molto vicino al raggiungimento degli obiettivi finali (16).

Tale interpretazione pare trovare conforto nella recente giurisprudenza della Suprema Corte, che ha precisato: «*in tema di associazione di tipo mafioso, la violenza e la minaccia, rivestendo natura strumentale nei confronti della forza di intimidazione, costituiscono un accessorio eventuale, o meglio latente, della stessa, ben potendo derivare dalla semplice esistenza e notorietà del vincolo associativo. Esse dunque non costituiscono modalità con le quali deve puntualmente manifestarsi all'esterno la condotta degli agenti, dal momento che la condizione di assoggettamento e gli atteggiamenti omertosi, indotti nella popolazione e negli associati stessi, costituiscono, più che l'effetto di singoli atti di sopraffazione, la conseguenza del prestigio criminale della associazione, che, per la sua fama negativa e per la capacità di lanciare avvertimenti, anche simbolici ed indiretti, si accredita come temibile, effettivo ed autorevole centro di potere*» (17), sicché «*per l'integrazione del delitto di associazione di tipo mafioso, che il legislatore ha configurato quale reato di pericolo, è sufficiente che il gruppo criminale considerato sia potenzialmente capace di esercitare intimidazione, e come tale sia percepito all'esterno, non essendo di contro necessario che sia stata effettivamente indotta una condizione di assoggettamento ed omertà nei consociati attraverso il concreto esercizio di atti intimidatori*» (18).

La lettura ermeneutica offerta dalla Cassazione, che invero forza il dato testuale (19), aderendo ad un'interpretazione logico-sistematica più incline ad adeguare la fattispecie formale alle diverse e mutevoli manifestazioni del

(16) In tal senso: G.A. DE FRANCESCO, *Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, in *Digesto disc. pen.*, vol. I, Torino, 1987, p. 309 e ss. In generale, la clausola di chiusura delle descrizione dei fini dell'associazione mafiosa, relativa alla realizzazione di «*profitti o vantaggi ingiusti*», viene interpretata dalla dottrina nel senso che essa consente di ritenere integrata la fattispecie associativa contemplata dalla norma incriminatrice ogni qual volta sia provato che gli associati perseguano vantaggi anche non illeciti, purché privi di tutela da parte dell'ordinamento (in tal senso, FIANDACA, *Commento, cit.*, p. 262; analogamente, nel senso della natura esemplificativa della elencazione normativa delle finalità rilevanti, TURONE, *Il delitto di associazione, cit.*, 195 e ss.; nel senso che la clausola in questione designi, invece, tassativamente gli scopi dell'associazione: SPAGNOLO, *op. cit.*, p. 68; RUBIOLA, voce *Associazione per delinquere di tipo mafioso*, in *Enc. giur. Treccani*, 1988, p. 3; in giurisprudenza, conformemente alla prima opinione, Cass. pen., sez. I, 10 febbraio 1992, D'Alessandro, *cit.*; Cass. pen., sez. I, 1 aprile 1992, Bruno, in *Cass. pen.*, 1993, 1987, in *Giur. it.*, 1993, II, 198 e in *Giust. pen.*, 1993, II, 153).

(17) Cass. pen., sez. V, 20 aprile 2000, n. 4893, Frasca, in *C.E.D. Cass. Rv* 215965.

(18) Cass. pen., sez. V, 20 aprile 2000, n. 4893, *cit.*.

(19) Cass. pen., sez. V, 9 ottobre 2003, n. 38412, Di Donna in *C.E.D. Cass. Rv* 227361, poi confermata da Cass. pen., sez. V, 26 novembre 2003, n. 45711, Peluso, *ivi*, Rv 227994, ove significativamente si afferma che: «*l'espressione "si avvalgono", contenuta nella norma, non presuppone*

fenomeno mafioso (20), appare tuttavia conforme alla struttura del reato di associazione mafiosa che, per come descritto dal legislatore ed applicato dalla recente giurisprudenza, si presta ad essere definito come reato di pericolo piuttosto che come reato di danno.

In quest'ottica si apprezza pienamente l'opinione di quella parte della dottrina (21) che, superando il dato testuale (ossia l'uso dell'indicativo presente «si avvalgono»), contestualizza la condotta criminosa in un arco temporale sufficientemente ampio da consentire di attribuire ad atti apparentemente leciti o neutri (un sorriso o la mera presenza) un chiaro significato intimidatorio sulla scorta di pregressi comportamenti prevaricatori. Per questa via si giunge ad affermare che un'associazione può dirsi mafiosa, ai sensi e per gli effetti dell'art. 416-*bis* c.p., quando è circondata dall'alone intimidatorio che sprigiona dalla sua stessa esistenza, mentre prima di tale momento non vi è alcuna corrispondenza tra fattispecie concreta e tipo di reato, né è ipotizzabile un tentativo, da un lato perché è dommaticamente non strutturabile un reato di pericolo tentato, dall'altro perché, a ben vedere, le condotte necessarie per assurgere al livello di associazione mafiosa sono idonee ad integrare un'altra e diversa ipotesi delittuosa ovvero l'associazione a delinquere (22).

La configurazione del delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p. come reato di pericolo consente anche di recidere alla base la *vexata quaestio* che vede schierati su posizioni contrapposte i sostenitori del concetto di ordine pubblico in senso ideale e in senso materiale (23).

Risulta, infatti, operazione sterile e mero esercizio teorico discettare sulla nozione unitaria ed omnicomprensiva dell'ordine pubblico compendia-

solamente che la capacità di incutere timore si sia già imposta, ma deve essere intesa anche nel senso che i partecipi al sodalizio intendono avvalersi della loro intrinseca capacità intimidatoria per perseguire i propri scopi criminali».

(20) Secondo parte della dottrina (cfr., in part., SPAGNOLO, *op. cit.*), l'interpretazione offerta da ultimo dalla Cassazione sarebbe contraria anche alla volontà della legge e comunque alla *ratio* dell'incriminazione esplicitata in sede parlamentare e risultante dal verbale della seduta delle Commissioni riunite Interni e Giustizia della Camera dei Deputati del 5 agosto 1982, in particolare dal chiarimento del Presidente che, a domanda, rispose di ritenere appropriato l'uso dell'indicativo perché significativo della volontà di precisare con chiarezza che lo scopo deve essere stato messo in atto attraverso l'uso della forza.

(21) Significativa della prassi giurisprudenziale di trarre dall'analisi storico-sociale l'esistenza — ed al tempo stesso l'elemento di prova — di una forza intimidatoria posta in atto è Cass. pen., sez. VI, 11 febbraio 1994, n. 1793, De Tommasi, in *Crit. Pen.*, 1995, pag. 649, nonché Cass. pen. sez. VI, 30 luglio 1996, n. 7627, Alleruzzo, in *Arch. Nuova proc. Pen.*, 1996, p. 755.

(22) G.A. DE FRANCESCO, *Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, voce *cit.*.

(23) Esclude la configurabilità del tentativo SPAGNOLO, *op. cit.*, p. 121; in giurisprudenza, Cass. pen., sez. I, 18 maggio 1988, n. 6077, Montenegro, in *Cass. pen.*, 1989, 1989 con nota di ZANNOTTI, ove è stato ritenuto ammissibile il tentativo di partecipazione ad un'associazione in ipotesi accusatoria qualificata mafiosa ed in sentenza derubricata in associazione a delinquere. In linea generale, la configurabilità del tentativo, negata dalla dottrina maggioritaria, fa leva sulla considerazione che l'associazione per delinquere, in quanto reato di pericolo, si perfeziona già con la sola costituzione del vincolo associativo.

bile nell'espressione ordine legale costituito ovvero sulla frazionabilità del concetto nella pluralità di beni ed interessi che costituiscono oggetto della protezione penale (ad esempio: la pubblica incolumità piuttosto che la salute pubblica o la libertà di iniziativa economica o la sicurezza sociale e personale), sol che si consideri che emerge con palmare evidenza dall'esperienza quotidiana, nonché comprovato dalle risultanze dibattimentali dei processi di mafia, che le organizzazioni di stampo mafioso si strutturano necessariamente ed ontologicamente come un ordinamento giuridico autonomo e antitetico all'ordinamento giuridico generale (24) che aggredisce non solo la pubblica sicurezza ma anche il monopolio del potere statale (25).

Sono le esperienze processuali a dimostrare l'assunto che la mera esistenza di un'associazione mafiosa lede l'unicità dell'ordinamento statale violando l'esclusività del metodo democratico come strumento di affermazione individuale e collettiva ponendosi in illecita concorrenza con il monopolio statale della forza (26).

È comune massima giurisprudenziale (27) quella che riconosce la funzione dell'associazione mafiosa nell'essere strumento di potere, ossia mezzo utilizzato da persone fisiche per assicurarsi il dominio su determinate zone territoriali ovvero in specifici settori d'affari, al fine di arricchirsi ingiustamente con altrui danno.

In particolare, la Suprema Corte ha, di recente (28), riconosciuto la natura totalizzante (o «globale») dell'associazione di tipo mafioso riguardo

(24) Per una trattazione esaustiva si veda INGROIA, *op. cit.*, p. 90 ss. In generale, possono cogliersi due accezioni della nozione di «ordine pubblico»: quella, per così dire, tradizionale, che intende l'ordine pubblico in senso materiale, ossia come buon assetto e regolare andamento del vivere civile, cui corrispondono nella collettività l'opinione ed il senso della tranquillità (PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Arch. giur.*, 1963, p. 111; LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Dem. e dir.*, 1967, p. 359; CORSO, *Ordine pubblico (dir. pubbl.)*, *cit.*, p. 1057) e l'accezione minoritaria, che propugna, invece, una nozione di ordine pubblico in senso ideale, ritenuta consistere nell'insieme dei principi e delle norme che si pongono alla base dell'ordinamento civile e della sua sopravvivenza (FIORE, *Ordine pubblico*, voce dell'*Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 1093; GRANATA, *Lineamenti giuridici dell'esatto concetto di ordine pubblico non inteso in senso strettamente materialistico*, in *Riv. pol.*, 1962, p. 409 s.; la nozione di ordine pubblico in senso ideale è stata avallata dalla Corte Costituzionale, che ha elaborato il parallelo concetto di «ordine pubblico costituzionale», il quale sarebbe costituito dall'insieme dei principi su cui si fonda l'ordine istituzionale del sistema vigente, che andrebbero desunti dalla Costituzione: cfr., Corte cost., 16 marzo 1962, n. 19, in *Giur. cost.*, 1962, p. 189; Corte cost., 8 luglio 1971, n. 168, *ivi*, 1971, p. 1774). Per una rassegna critica degli orientamenti in materia: DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, Milano, 1988; per gli ulteriori approfondimenti sul concetto di ordine pubblico si vedano gli scritti citati nella nota 9.

(25) Così PATALANO, *L'associazione per delinquere*, Napoli, 1971.

(26) NEPPI MODONA, *Criminalità organizzata*, *cit.*

(27) Cfr. ancora NEPPI MODONA, *op. ult. cit.*, e per un'analisi storica BLOK, *La mafia*, *cit.*; MACK SMITH, *Storia della Sicilia medievale e moderna*, Bari, 1983.

(28) Cass. pen., sez. VI, 2 aprile 1998, n. 4070, Greco, in *C.E.D. Cass. Rv 10209*; già App. Catanzaro, 2 febbraio 1985, Volpe e altro, in *Cass. pen.*, 1985, 1698, secondo cui: «L'elemento materiale specializzante del delitto previsto dall'art. 416-bis c.p. tipicamente richiede: 1) l'uso (potenziale

agli interessi delle collettività territoriali («c.d. finalità di monopolio» (29)), la cui potenzialità risiede nell'intento di commettere impunemente, avvalendosi dello strumento intimidatorio, più delitti e/o di acquisire o conservare il controllo di attività economiche private o pubbliche ovvero spazi di potere e attività che potranno aumentare la zona di influenza dell'associazione di tipo mafioso ed attribuirle un certo consenso sociale, così determinando una situazione di pericolo, oltre che per l'ordine pubblico in genere (inteso, cioè, in senso «ideale»), anche per l'ordine economico (ad esempio, sotto il profilo della turbata libertà degli appalti pubblici), nonché di compromettere il principio di legalità democratica e rappresentativa delle istituzioni politiche.

L'orientamento giurisprudenziale della Suprema Corte ripreso dal Tribunale di Paola quale fondamento sistematico della ritenuta legittimazione all'esercizio dell'azione risarcitoria in sede penale da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri ha un ulteriore pregio, che si appunta nell'assimilazione, sul piano dell'offensività, delle associazioni mafiose a quelle sovversive o eversive e terroristiche.

In entrambi i casi, infatti il fulcro dell'incriminazione sta nella descrizione del *modus operandi*, che per le sue caratteristiche confligge con l'ordinamento costituzionale puntando a indebolirlo, demolirlo o sovvertirlo. Le condotte associative vengono punite in ragione dell'adozione del metodo dell'intimidazione violenta prima ancora che per gli scopi cui gli associati tendono.

In sostanza, ciò che rende antidemocratico ed anticostituzionale un consorzio criminoso è il suo farsi portatore di un sistema di valori antitetico a quello positivizzato dall'ordinamento giuridico vigente all'epoca dei fatti e, pertanto, la stessa esistenza di un tale sodalizio pone in pericolo la sovranità dello Stato, legittimando, per ciò solo, la costituzione di parte civile dell'Amministrazione statale nei relativi procedimenti penali.

Risulta allora evidente come la mera esistenza di un'associazione di stampo mafioso leda i primari interessi statali ponendo in pericolo la sua sovranità, e determinando, un'immediata ed automatica lesione dell'immagine interna ed internazionale dello Stato.

Dall'unitarietà del danno — che colpisce l'apparato statale nella sua interezza — deve derivare necessariamente l'unicità del soggetto legittimato ad

o reale, secondo che l'associazione sia trascorsa o meno all'azione) della forza di intimidazione del vincolo associativo nell'ambiente socio-economico dato, nel quale la societas è destinata ad operare e nel quale in concreto, eventualmente, operi; 2) la condizione di assoggettamento e di omertà dei soggetti terzi coi quali l'associazione è destinata ad entrare in rapporto e coi quali, eventualmente, entri in rapporto; 3) un nesso di causalità adeguata tra l'uso della forza intimidatrice da parte degli associati e le condizioni di assoggettamento e di omertà da parte dei soggetti terzi, nel senso che la capacità intimidatoria della cosa debba essere astrattamente idonea, tenendosi conto di tutte le circostanze del caso concreto, a suscitare in questi ultimi le dette condizioni»; Cass. pen., sez. VI, 10 giugno 1989, Teardo, in *Cass. pen.*, 1990, I, 1719 e in *Giust. pen.*, 1990, II, 355; di recente: Cass. pen. Sez. V, 18 aprile 2003, n. 18845, Aglieri, *ivi*, Rv. 226423; Cass. pen., sez. I, 18 marzo 2004, n. 13349, Riina, in *Riv. pen.*, 2004 fasc. 6, p. 615; Cass. pen., sez. II, 21 dicembre 2004, n. 2350, in *C.E.D. Cass. Rv* 230718.

(29) Cass. pen., sez. VI, 2 aprile 1998, n. 4070, *cit.*

agire in via risarcitoria e tale soggetto deve rappresentare l'intero apparato statale. In particolare il soggetto legittimato ad agire deve essere titolare dell'interesse (*rectius*: bene giuridico) oggetto della tutela giuridica apprestata dalla norma incriminatrice, sicché assume rilievo fondamentale, a tale fine, l'esatta individuazione dell'oggetto giuridico del reato contemplato dall'art. 416-bis c.p.

Il delitto di associazione mafiosa è reato plurioffensivo a condotta multipla ed alternativa.

L'art. 416-bis c.p. è posto, infatti, a presidio dell'incolumità individuale e collettiva, a tutela dell'ordine pubblico democratico e dei principi costituzionali di libertà e sicurezza, ma, a seconda delle concrete modalità di condotta poste in essere dagli associati può ledere (e ciò normalmente accade) l'ordine pubblico economico⁽³⁰⁾. In quest'ottica potrebbe con qualche fondamento ritenersi che alla lesione dell'ordine pubblico in sé considerato, integrata dall'associazione per delinquere, si aggiunge quella arrecata dai singoli beni giuridici protetti dalle norme incriminatrici sui delitti-scopo, cui è finalizzata la costituzione del vincolo associativo di stampo mafioso.

Come ritenuto dalla giurisprudenza⁽³¹⁾ l'ordine pubblico economico è oggetto giuridico solo eventuale del delitto in esame, perché: «*Le finalità dell'associazione di tipo mafioso, previste nell'art. 416-bis cod. pen., hanno carattere alternativo e non cumulativo, anche perché, con la previsione, fra gli scopi del sodalizio mafioso, del controllo di attività economiche, il legislatore ha mirato ad ampliare l'ambito applicativo della fattispecie, estendendolo anche al perseguimento di attività in sé formalmente lecite. Ne consegue che, prevedendo l'art. 416-bis cod. pen. finalità associative non direttamente riferibili all'economia pubblica, l'ordine pubblico economico si atteggia soltanto come un oggetto giuridico eventuale del delitto in esame, il quale, come risulta dalla rubrica del Titolo V Libro II del codice, in cui è inserito, è essenzialmente diretto contro l'ordine pubblico generale*».

Considerata l'ampiezza e l'indefinitezza dell'oggetto giuridico del reato di cui all'art. 416-bis c.p., i soggetti potenzialmente legittimati ad agire coincidono con la complessa molteplicità delle Amministrazioni statali comprensiva anche degli enti pubblici ausiliari o indipendenti.

(30) In tal senso si esprimono: G. FIADACA, *op. cit.*, 263; G. TURONE, *op. cit.*, 114-115, il quale sostiene: «*è possibile distinguere il fine più generale di acquisire la gestione o il controllo di attività economiche da quello più specifico di acquisire il controllo di concessioni, autorizzazioni, appalti e servizi pubblici*».

(31) Ritiene vago ed inconsistente il richiamo al concetto di ordine pubblico economico SPAGNOLO, *op. cit.*, 98, il quale afferma che: «*assumere l'economia pubblica, o meglio la libertà nel campo economico, come oggetto di tutela in luogo della libertà morale in senso ampio, significa non tener conto che l'art. 416-bis prevede anche finalità associative non riferibili all'economia pubblica*», sicché «*l'offesa (o il pericolo di offesa) al c.d. ordine economico, a meno che non la si voglia presumere iuris et de iure ... non è da considerare necessaria all'esistenza del reato*»; di segno opposto l'opinione di VALIANTE, *L'associazione criminosa*, Giuffrè, 1997, 275 e BRICOLA, *Premessa al commento alla nuova legge antimafia*, in *Leg. pen.*, 1983, 237, i quali sostengono che la criminalizzazione dell'associazione mafiosa tenda precipuamente a tutelare il corretto svolgimento delle dinamiche di mercato.

Esemplificando l'attività usuraia distorce il mercato del credito ed inquina l'attività economica legittimando potenzialmente la costituzione del Ministero dell'Economia e delle Finanze, del Ministero delle Attività Produttive, ma anche della Banca d'Italia e dell'Autorità Garante della Concorrenza, per non dire del Ministero dell'Interno cui è demandata la gestione dei fondi per le vittime dell'usura.

Ancora l'illecita aggiudicazione di un pubblico appalto di rilievo nazionale per la costruzione di un complesso ospedaliero lede gli interessi del Ministero delle Infrastrutture e del Ministero della Sanità.

Ancora il traffico e lo spaccio di stupefacenti, da un lato, genera ingenti profitti sottratti alla tassazione con grave danno per l'Agenzia delle Entrate e dall'altro impone al Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali l'adozione di strumenti e di azioni per il recupero dei tossicodipendenti.

Più in generale l'esistenza nel nostro territorio di associazioni mafiose endemiche comporta un enorme dispendio di risorse per il Ministero dell'Interno, per il Ministero della Difesa e per il Ministero della Giustizia che devono supportare strutture speciali quali la Direzione Nazionale Antimafia e la Direzione Investigativa Antimafia.

In sostanza i comportamenti illeciti tenuti dall'associazione mafiosa ledono una pluralità potenzialmente indefinita di interessi pubblici suscettibile di determinare un'estrema parcellizzazione dei danni con frantumazione della legittimazione ad agire tra i vari enti pubblici di volta in volta interessati.

Dall'altro lato, l'esame della giurisprudenza aiuta a comprendere come la pericolosità delle associazioni mafiose risieda nell'aggressione alla sovranità nazionale e nel disturbo alle azioni politiche governative. Dimodoché è possibile affermare che se il delitto *ex art. 416-bis c.p.* lede sempre necessariamente l'ordine pubblico costituzionale si determinerà sempre ed indefettibilmente la legittimazione ad agire dell'organo di sintesi politica del governo: la Presidenza del Consiglio dei Ministri; oltre che del Ministero dell'Interno soggetto deputato istituzionalmente alla tutela dell'ordine pubblico. Mentre solo eventualmente, a seconda delle concrete azioni criminose (cc.dd. reato-scopo) poste in essere dall'associazione potrà legittimarsi la costituzione in giudizio dei singoli Ministeri o Enti pubblici, statali e territoriali.

È proprio questo il passaggio cruciale del lucido percorso argomentativo dell'ordinanza del Tribunale calabrese in commento.

Il Collegio, pur riconoscendo l'estrema varietà degli interessi pubblici lesi dalle condotte delittuose degli imputati del delitto di associazione mafiosa, ha inteso decisamente ribadire, anche sotto il profilo dei risvolti civilistici correlati al reato, l'unitarietà strutturale e funzionale della fattispecie delittuosa. Posizione questa dalla quale pare si possa inferire che la complessiva attività delittuosa, riconducibile all'organizzazione mafiosa, sia adeguatamente apprezzabile solo in termini di unitaria potenzialità lesiva di una pluralità di interessi statali, non predeterminabili *apriori*, la cui carica aggressiva mal si presta ad essere valutata separatamente ed autonomamente per ciascun reato-scopo, promanando invece l'offensività

da un'unica fonte di pericolo, ossia dall'esistenza e dall'operatività dell'associazione mafiosa, la cui costituzione è di per sé ragione di amplificazione delle opportunità criminali.

Nel pervenire a tale conclusione, il Tribunale applica, dunque, la *regula juris* individuata *in limine* dell'ordinanza, compendiata nell'indiscutibile premessa secondo cui le associazioni mafiose tendono a sostituirsi alla sovranità statale per avvantaggiare le proprie strutture organizzative e le proprie attività lecite ed illecite. Nella contrapposizione tra lo Stato (impersonificato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri) e l'anti-Stato (l'associazione mafiosa) risiede la ragione giuridica (e, sia consentito, anche morale) della legittimazione all'esercizio dell'azione risarcitoria da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri, titolare degli interessi, patrimoniali e non patrimoniali, attinti dalla semplice esistenza della *societas* criminale (32). In quest'ottica, quindi, l'associazione mafiosa si atteggia a contropotere confliggente con il potere statale, una sorta appunto di anti-Stato che si sovrappone allo Stato, insidiandone il legittimo monopolio del territorio e dell'uso della forza.

Si apprezza allora il ragionamento sviluppato dal Tribunale.

Se unico è illecito, necessariamente unico dev'essere anche l'evento lesivo ed unico il soggetto legittimato ad agire che non può non coincidere con la Presidenza del Consiglio dei Ministri, organo di vertice dell'Amministrazione statale rappresentativo dell'unitarietà dell'apparato governativo cui spetta il compito di coordinare e dirigere l'attività politica ed amministrativa (33); mentre la frazionabilità delle conseguenze dannose derivanti dall'unica lesione si presta ad essere apprezzata solo sul piano della quantificazione del danno.

Opportunamente, il Tribunale di Paola conserva una posizione differenziata e qualificata al Ministero dell'Interno, che, seppure amministrazione facente parte del Governo, risulta aggredito nell'esercizio della sua funzione tipica ed indefettibile: la conservazione dell'ordine pubblico, ossia del bene giuridico specificamente tutelato dall'art. 416-*bis* c.p.

(32) Cass pen., sez. VI, 11 febbraio 1994, n. 1793, De Tommasi, in *Riv. pen.*, 1995, pag. 649; conf. Cass. pen., sez. II, 15 marzo 1995, n. 2533, Seminara, *ivi*, 1996, 737; Cass. pen., sez. I, 28 ottobre 1991, n. 3472, Di Stefano, in *Cass. pen.*, 1992, 3026.

(33) In dottrina, secondo una impostazione che si rifà esplicitamente alla teoria del SANTI ROMANO, PATALANO, *op. cit.*, 146 e ss., ritiene che l'associazione criminosa, in quanto caratterizzata dai due requisiti dell'organizzazione e dello scopo, sarebbe un'istituzione costituente ordinamento giuridico e «*antitetico nei confronti dell'ordinamento giuridico generale*»; contra, INGROIA, *op. cit.*, 30 e ss.

Per una ricostruzione in questi termini, si veda la storica Ass. Palermo, 16 dicembre 1987, in *Foro it.*, 1989, II, 78 e ss., con osservazioni di FIANDACA e ALBEGGIANI, nonché, in precedenza, Ass. Caltanissetta, 24 luglio 1984, *ivi*, 1985, II, 10, con nota critica di FIANDACA, *Strage mafiosa e giurisprudenza sociologica, loc. ult. cit.* Per un'approfondita analisi dei modelli organizzativi delle associazioni mafiose e sulla progressiva trasformazione della mafia in senso vieppiù imprenditoriale, tra i tanti: CATANZARO, *Il delitto come impresa. Storia sociale della mafia*, Padova, 1988; ARLACCHI, *La mafia imprenditrice*, Bologna, 1983; AYALA, *La lobby mafiosa*, in *MicroMega*, 1988, n. 4; SANTINO, *La mafia finanziaria*, in *Segno*, 1986, n. 69-70.

La legittimazione del Ministero dell'Interno discende, dunque, dal maggior dispendio di risorse, umane e materiali, necessario per contrastare la pericolosità sociale dei gruppi mafiosi che, secondo la descrizione normativa, sono quelli che si avvalgono della forza intimidatrice per ridurre in uno stato di assoggettamento e di omertà le popolazioni locali, con gravissimo danno per le strutture amministrative deputate al ripristino della legalità violata.

Particolarmente preziosa risulta la precisazione contenuta nella parte finale del provvedimento in commento, laddove il tribunale calabrese chiarisce come la costituzione di parte civile spiegata dallo Stato nei processi di mafia è destinata a valere nei confronti di tutti gli imputati ed anche di coloro cui non fosse stata contestata la partecipazione all'associazione nell'editto imputativo (34).

La ragione della massima estensione della costituzione di parte civile risiede in un motivo d'ordine meramente logico oltretutto in considerazioni di natura pratica: chi ha commesso reati entrando in consapevole contatto con l'associazione mafiosa ha di fatto agevolato l'associazione mafiosa nella realizzazione dei propri scopi illeciti rafforzandone la consistenza patrimoniale o comunque agevolandone l'attività delittuosa, senza considerare che spesso la commissione di reati da parte di non associati risulta comunque agevolata dal contesto associativo (35).

In tale ambito, significativo risulta l'inciso finale contenuto nell'ordinanza in commento, laddove il Tribunale di Paola evidenzia come la contestazione dell'aggravante di cui all'art. 7 d.l. 13 maggio 1991, n. 152 (36),

(34) In giurisprudenza, in punto di legittimazione delle Amministrazioni dello Stato a costituirsi parte civile: Cass. pen., sez. VI, 13 aprile 1999, n. 9574, Curtò e altro, in *Riv. pen.*, 1999, 856, con riferimento alla costituzione di parte civile nel processo nei confronti di un magistrato per il risarcimento dei danni cagionati dal reato di corruzione; Cass. pen., 13 luglio 2000, Castellucci, in *C.E.D. Cass. Rv 220535*; riguardo alla legittimazione dello Stato a costituirsi parte civile nei procedimenti penali relativi a reati tributari: Trib. Torino, 5 marzo 1996, R. e altro, in *Il Fisco*, 1998, 8737; in relazione alla costituzione di parte civile dello Stato nel procedimento penale per il delitto di cui all'art. 1 legge 20 maggio 1952 n. 645 — riorganizzazione del disciolto partito fascista: Cass. pen., 11 novembre 1992, Maggi e altro, in *Riv. pen.*, 1994, 1014; Ass. Roma, 7 marzo 1983, Negri ed altri, in *Rass. Adv. Stato*, 1983, I, 428, che ha ritenuto ammissibile la costituzione di parte civile della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero dell'Interno per la condanna al risarcimento dei danni patrimoniali ed extrapatrimoniali degli imputati, attinti in giudizio per i reati di associazione sovversiva, banda armata ed insurrezione armata contro i poteri dello Stato; nonché Cass. pen., sez. I, 14 dicembre 1988, n. 13850, Paticchia, in *C.E.D. Cass. Rv 182284*, con riferimento alla costituzione di parte civile nei confronti di un imputato per il delitto di banda armata.

(35) Classico è l'esempio degli imputati di detenzione e spaccio di sostanze stupefacenti acquisite da e per il tramite dell'associazione mafiosa.

(36) In tal senso sembra esprimersi anche SPAGNOLO, *op. cit.*, p. 68, laddove riconosce che *la forza intimidatrice, pur estranea ai delitti scopo, può servire per garantire l'impunità degli esecutori, per evitare che i pubblici ufficiali intervengano ed impediscano la commissione dei delitti che si intendono commettere, per scoraggiare altri intenzionati a dedicarsi allo stesso delitto o allo stesso genere di delitti (per es. sfruttamento organizzato della prostituzione, del contrabbando, dello spaccio di droga ecc.)*.

conv. in legge 12 luglio 1991, n. 203, rende manifesta l'ipotesi di correlazione fra le singole condotte delittuose ed il reato associativo, ammettendo implicitamente che tale correlazione sussiste anche quando non sia manifestata dalla contestazione dell'aggravante in parola.

Avv. Alfonso Mezzotero(*)
Dott. Luca Matarese(**)

Tribunale di Paola, in composizione collegiale, in sede penale, ordinanza 13 dicembre 2005 – Pres. G. Spinosa – Magistrati P. Scognamiglio, M. L. Arienzo.

1. La Presidenza del Consiglio ha un'autonomia legittimazione alla costituzione per il risarcimento del danno non patrimoniale cagionato allo Stato dalla lesione del suo specifico interesse ad esercitare una piena ed esclusiva sovranità sull'intero territorio nazionale. Lo Stato è, infatti, per sua stessa natura un ordinamento giuridico originario, caratterizzato dalla non derivatività dei suoi poteri da altri soggetti, sia all'interno che all'esterno; la creazione di un'organizzazione di potere (governo) sul popolo insediato sul territorio nazionale è, in particolare, lo strumento attraverso il quale lo Stato esercita la propria esclusiva ed illimitata sovranità, sia verso i propri soggetti che verso strutture di potere esterne alla propria.

2. La presenza di una consorteria mafiosa in una determinata zona integra, in astratto, la lesione dell'essenza costituzionale della sovranità dello Stato e, conseguentemente, dell'immagine interna ed internazionale del Governo italiano; alla tutela di siffatto interesse, la cui dimensione e qualità sono riferibili all'intera collettività dei cittadini, come rappresentata dallo Stato, e trascendono, pertanto, la sfera istituzionale di apprezzamento dei singoli ministeri, quali entità organizzative dello Stato apparato, è legittimata la Presidenza del Consiglio dei Ministri, quale «soggetto che rappresenta la sintesi politica e di governo dello stato-comunità».

3. La Presidenza del Consiglio dei Ministri è legittimata a costituirsi parte civile per ottenere il risarcimento dei danni di natura patrimoniale, che — sia pure in forma mediata ed indiretta — siano eziologicamente riconducibili, secondo un criterio di regolarità causale, alla violazione della sovranità dello Stato collegata alla presenza in una determinata zona di un'associazione a delinquere di stampo mafioso.

4. Il Ministero dell'Interno è legittimato all'azione di risarcimento di quei danni che offendono la sua sfera istituzionale, attinente specificamente alla garanzia dell'ordine e della sicurezza pubblica, beni lesi dal reato di associazione a delinquere di stampo mafioso in ragione della forza intimidatrice derivante dal vincolo associativo, della pericolosità del gruppo associativo per l'incolumità fisiche delle vittime, cui consegue la convinzione di una menomazione della sicurezza individuale.

5. La Presidenza del Consiglio dei Ministri ed il Ministero dell'Interno sono legittimati alla costituzione di parte civile anche nei confronti degli imputati cui non sia stata contestata la partecipazione all'associazione, ove le condotte ascritte siano prospettate come agevolate dal contesto associativo e, comunque, allo stesso funzionali.

«L'Avv. R. Fioresta, l'Avv. P. Zofrea, l'Avv. Domenico Bruno, l'Avv. Giuseppe Bruno, l'Avv. Michele Rizzo eccepiscono l'inammissibilità nonché la nullità della costituzione di parte civile della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero dell'Interno.

Sotto il primo profilo, si sostiene l'insussistenza della lesione di interessi esponenziali di cui sia l'uno che l'altro ente istituzionale possano affermarsi specifici portatori, con conseguente asserzione di una valenza meramente politica della costituzione. In particolare, l'Avv. Fioresta osserva che la lesione dell'ordine pubblico è insita nella commissione di ogni tipo

In ordine agli ambiti soggettivi ed oggettivi di applicazione della circostanza aggravante prevista dall'art. 7 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, si veda, di recente: Cass. pen., sez. I, 20 dicembre 2004, n. 2612, T. e altro, in *C.E.D. Cass. Rv 230451*, che ritiene operante la circostanza aggravante in discorso anche con riferimento agli imputati dei reati-fine dell'associazione.

(*) Avvocato dello Stato presso l'Avvocatura Distrettuale di Catanzaro.

(**) Procuratore dello Stato presso l'Avvocatura Distrettuale di Catanzaro.

di reato, sicchè, ragionando in tali termini, la costituzione della Presidenza del Consiglio e del Ministero dell'Interno dovrebbe ritenersi ammissibile per ogni violazione penalmente rilevante.

In relazione alle forme della costituzione di parte civile, si eccepisce la mancata osservanza dei requisiti richiesti per il valido esercizio, in sede penale, dell'azione civile.

Il P.M., ritenendo ammissibili e rituali entrambe le costituzioni di parte civile, chiede il rigetto delle eccezioni difensive.

L'eccezione sollevata è infondata sotto entrambi i profili.

Quanto alla ammissibilità della costituzione, giova premettere che la Presidenza del Consiglio dei Ministri ed il Ministero dell'Interno chiedono, nel ricorso di costituzione di parte civile, la condanna al risarcimento dei danni, patrimoniali e non patrimoniali, anche *sub specie* di danno all'immagine, subiti per effetto della ipotizzata commissione delle condotte delittuose ascritte agli imputati attraverso una presunta organizzazione di stampo mafioso.

Il Tribunale ritiene, in primo luogo, che la Presidenza del Consiglio abbia un'autonoma legittimazione alla costituzione per il risarcimento del danno non patrimoniale cagionato allo Stato dalla lesione del suo specifico interesse ad esercitare una piena ed esclusiva sovranità sull'intero territorio nazionale.

Lo Stato è, infatti, per sua stessa natura un ordinamento giuridico originario, caratterizzato dalla non derivatività dei suoi poteri da altri soggetti, sia all'interno che all'esterno; la creazione di un'organizzazione di potere (governo) sul popolo insediato sul territorio nazionale è, in particolare, lo strumento attraverso il quale lo Stato esercita la propria esclusiva ed illimitata sovranità, sia verso i propri soggetti che verso strutture di potere esterne alla propria.

È dunque, di palese evidenza come l'ipotizzata presenza di una consorteria criminale di stampo mafioso, con le proprie caratteristiche modalità di insediamento in una circoscritta zona territoriale al precipuo scopo di creare una struttura di governo, alternativa allo Stato, per i soggetti che la compongono, per i suoi metodi nonché per i suoi valori, è idonea a prospettare una concreta minaccia alla sovranità dello Stato, in tutti e tre i suoi elementi costitutivi (popolo, territorio e governo), quale principio indefettibile che ne costituisce la stessa essenza costituzionale.

Si ricorda, in particolare, che il tratto identificativo di un'associazione a stampo mafioso rispetto ad ogni altra forma di consorzio criminale è costituito dalla sua ambizione a creare, su una specifica area territoriale, una organizzazione di potere diretta ad acquisire e controllare le attività economiche, private o pubbliche, attraverso l'utilizzo di strumenti di intimidazione e violenza, antitetici ai principi di un'organizzazione democratica, così determinando un diffuso assoggettamento nell'ambiente sociale e, dunque, una situazione di generale omertà.

Il danno prospettato nella costituzione di parte civile, come collegato al «metodo mafioso» dell'associazione in ipotesi operante nella zona del cosentino, («*un controllo capillare del territorio, riducendo la popolazione residente ad uno stile di vita degradante, arretrato ed illiberale, impedendo a costoro di partecipare allo sviluppo del paese, sottraendo quindi allo Stato italiano il fondamentale apporto di una grossa parte dei propri cittadini*»), integra, dunque, in astratto, proprio la lesione dell'essenza costituzionale della sovranità dello Stato e, conseguentemente, dell'immagine interna ed internazionale del Governo italiano.

Alla tutela di siffatto interesse, la cui dimensione e qualità sono riferibili all'intera collettività dei cittadini, come rappresentata dallo Stato, e trascendono, pertanto, la sfera istituzionale di apprezzamento dei singoli ministeri, quali entità organizzative dello Stato apparato, non può che ritenersi legittimata la Presidenza del Consiglio, quale «*soggetto che rappresenta la sintesi politica e di governo dello stato-comunità*» (così, in particolare, sez. 6^a, 13 aprile-27 luglio 1999 n. 9574, Cass. pen. 4177/2004).

Così affermata l'ipotizzabilità, nella contestata sussistenza di una organizzazione di stampo mafioso, di una fattispecie di illecito, produttiva della lesione dell'interesse dello Stato, costituzionalmente tutelato, a mantenere il proprio sovrano controllo sull'intero territorio italiano, il campo prospettico deve, ora, spostarsi sulla possibilità di selezionare ulteriori conseguenze dannose, in astratto risarcibili in relazione alla predetta lesione, e se, in particolare, sia configurabile una legittimazione della Presidenza del Consiglio a costituirsi anche per il risarcimento di danni di natura patrimoniale, derivanti, in ipotesi, dalla delineta fattispecie di illecito civile.

Il Tribunale ritiene che al quesito debba essere data soluzione affermativa.

Sul punto, si osserva che la lesione del valore non patrimoniale, inerente alla personalità giuridica dello Stato, come sopra ricostruito, oltre a determinare una immediata conseguenza dannosa, consistente nella perdita da parte della soggettività dello Stato della propria egemonia sul territorio e nella sottrazione del fondamentale apporto della propria comunità, è, nel contempo, astrattamente idonea a provocare, sia pure in forma mediata ed indiretta, conseguenze pregiudizievoli, suscettibili di una valutazione più strettamente economica.

Siffatte astratte conseguenze dannose (cd. danno conseguenza), anche di rilevanza economica, meritano di essere risarcite, secondo la propria ampiezza ed intensità, in base ai criteri della causalità giuridica, alla stregua di quanto prevede l'art. 1223 c.c. (richiamato dall'art. 2056, comma 1, c.c.), che limita, testualmente, il risarcimento ai soli danni che siano conseguenza immediata e diretta dell'illecito, ma che viene inteso, secondo costante giurisprudenza (sent. n. 89/62; n. 373/71; n. 6676/92; n. 1907/93; n. 2356/00; n. 5913/00), nel senso che la risarcibilità deve essere estesa ai danni mediati ed indiretti, purché costituiscano effetti normali del fatto illecito, secondo il criterio della c.d. regolarità causale (sul punto v. Cass. civ. 11609/2005, Cass. civ. 8827/2003 S.U., sent. n. 9556/02).

Ribaditi tali principi e tornando alla fattispecie all'esame, le gravi conseguenze ipotizzate di natura economica, mediatamente ma pur sempre eziologicamente riconducibili alla violazione della sovranità dello Stato, potrebbero ravvisarsi, in coerenza con le condotte delittuose ascritte agli imputati:

- a) nell'inquinamento dei meccanismi di produzione della ricchezza pubblica e privata;
- b) nella sottrazione dei redditi privati, così patologicamente generati, alla capacità impositiva dello Stato;
- c) nel depauperamento di redditi leciti con conseguente aggressione al prodotto interno lordo e conseguente svilimento del gettito tributario;
- d) nella turbativa delle procedure di aggiudicazione di appalti e servizi pubblici, con aggiramento dei criteri di economicità pubblica;
- e) nella elusione dei sistemi di recupero dei crediti da parte delle banche.

A tali ipotetiche conseguenze pregiudizievoli, apprezzabili in termini di mancate entrate patrimoniali per lo Stato (mancato guadagno), può, infine, essere, in ipotesi, aggiunto il danno emergente collegato al sostenimento di tutte le spese necessarie al ripristino del bene giuridico leso, quali, secondo l'assunto della costituenda parte civile, sarebbero quelle dirette alle «azioni correttive del perdurante stato di arretratezza economica in cui versa la regione calabrese e la provincia cosentina».

I descritti eventi dannosi potrebbero essere suscettibili di inserirsi in un criterio di regolarità causale (necessario, per selezionare, all'interno delle infinite serie causali determinate dalla causalità materiale, una causalità giuridicamente rilevante), atteso che, nel momento in cui si produce l'evento causante, alla stregua di una valutazione *ex ante*, essi non appaiono certamente inverosimili, ché anzi ne costituiscono dei prevedibili effetti.

L'unitarietà, nella sua struttura, della fattispecie di illecito astrattamente configurabile comporta, come corollario, che le normali implicazioni economiche discendono dalla medesima lesione dell'interesse alla sovranità dello Stato; è, dunque, d'immediata considerazione che l'unico soggetto legittimato alla costituzione di parte civile, anche in relazione a questi profili di rilevanza più immediatamente economica, sia, comunque, la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Oltre che all'identità strutturale della fattispecie genetica del danno, pur nella molteplicità dei suoi potenziali effetti, alcuni prodotti in via diretta ed altri in forma mediata, la esclusiva legittimazione della Presidenza del Consiglio risponde, poi, alla possibile riconducibilità all'intera collettività dei cittadini, come rappresentati dallo Stato, anche di questi interessi di natura economica, in quanto numerosi e diversi settori della vita pubblica, nei quali si articola fisiologicamente la relazione tra il privato e lo Stato. Pur in ordine alla tutela di interessi di siffatta dimensione e qualità, dunque, si ritiene possa esprimersi la funzione di sintesi politica e di governo dello stato-comunità, riconosciuta alla Presidenza del Consiglio dei ministri ai fini della sua legittimazione alla costituzione di parte civile, correndosi il rischio, in alternativa, di una frammentazione della loro rappresentatività in una congerie di enti esponenziali, nessuno dei quali, isolatamente considerato, sarebbe in grado di coglierne adeguatamente e compiutamente il valore ontologicamente unitario e complessivo.

Al Ministro dell'Interno va riconosciuta, invece, la legittimazione all'azione di risarcimento di quei danni che offendono la sua sfera istituzionale, attinente specificamente alla garanzia dell'ordine e della sicurezza pubblica. Da questo punto di vista è configurabile un

ipotetico danno di natura patrimoniale, come prospettato nella costituzione di parte civile in termini di «erogazione di finanziamenti straordinari per operazioni speciali finalizzate a riportare, sia pur temporaneamente, la legalità e la sicurezza».

Alcun pregio giuridico ha, invero, l'argomentazione proposta dalla difesa, secondo la quale la lesione dell'ordine pubblico è insita, *in re ipsa*, nella ipotizzata commissione di qualsiasi reato e, in tali termini, la costituzione di parte civile del Ministero dell'Interno dovrebbe ammettersi per ogni violazione di rilevanza penale.

Tale considerazione non tiene, infatti, in adeguato apprezzamento che l'ordine pubblico è il bene costituzionalmente garantito specificamente leso dal reato di associazione mafiosa, la quale, essendo caratterizzata, come già sopra chiarito, dalla utilizzazione della forza intimidatrice derivante dal vincolo associativo, in spregio delle regole di civile convivenza, si avvale generalmente di specifiche minacce, di costanti richiami alla pericolosità del gruppo associativo per l'incolumità fisica delle vittime, con conseguente convinzione in quest'ultime di trovarsi in condizioni di menomata sicurezza per la propria persona.

Venendo, poi, alla contestazione della costituzione di parte civile in ragione dell'asserita mancanza dei necessari requisiti formali, si ritiene, invece, (come, peraltro, emerge già ampiamente per quanto sinora osservato) che l'atto di costituzione assolve in maniera sufficiente all'impegno argomentativo necessario, a pena di inammissibilità, ai sensi dell'art. 78 c.p.p., alla illustrazione delle ragioni che giustificano la domanda, in relazione alla natura delle imputazioni ed al rapporto tra le stesse e la pretesa civilistica azionata di risarcimento del danno che, in ipotesi, ne sarebbe derivato.

Si eccepisce inoltre, l'indeterminatezza dei soggetti nei cui confronti è esercitata l'azione civile per omessa indicazione delle generalità degli imputati nella parte in epigrafe della costituzione.

L'eccezione è infondata; gli imputati nei cui confronti è esercitata l'azione civile sono individuati attraverso il richiamo al decreto che dispone il giudizio che viene materialmente allegato e riportato integralmente nel corpo dell'atto di costituzione. Nessuna incertezza residua sull'identità delle persone contro cui si esercita l'azione civile.

Si eccepisce infine che la costituzione della Presidenza del Consiglio e del Ministero dell'Interno non si legittimerebbe nei confronti degli imputati cui non è contestata la partecipazione all'associazione.

L'eccezione è infondata. Anche laddove, infatti, non sia espressamente contestato il reato associativo, le condotte ascritte ai singoli imputati vengono prospettate come agevolate dal contesto associativo e comunque funzionale allo stesso; in molti casi la contestazione dell'aggravante di cui all'art. 7 decreto legge 152/1991 rende manifesta l'ipotesi di correlazione fra le singole condotte delittuose ed il reato associativo.

P. Q. M. respinge le eccezioni, ammette la costituzione di parte civile della Presidenza del Consiglio e del Ministero dell'Interno contro tutti gli imputati e dispone procedersi oltre nel dibattimento.

Paola, 13 dicembre 2005».

Dossier

Trattamento tributario delle «concessioni» di arenile comunale

(Corte di Cassazione, sezione quinta civile, sentenza 9 marzo 2004, n. 4769;
Commissione Tributaria Regionale di Firenze, sezione quinta, sentenza 26 settembre 2005 n. 66)

Commissione Tributaria Regionale di Firenze, Sezione quinta, sentenza 26 settembre 2005 n. 66 – Pres. R. Pasca – Rel. A.G. Ciacci – X c/ Agenzia delle Entrate (Avv. dello Stato R. de Felice).

La concessione di arenile comunale ad un privato – ancorché revocabile – ove consenta la sopraelevazione su manufatti balneari di appartamenti e la commerciabilità degli stessi, disgiuntamente dall'arenile e dal manufatto balneare, costituisce un diritto di superficie, e, di conseguenza, implica la possibilità di trasferimento della piena proprietà degli appartamenti, soggetti, ai fini INVIM, all'ordinario trattamento fiscale.

(art. 953 c.c.; d.P.R. n. 643/1972, art. 2).

«(Omissis) La controversia investe una vendita datata 16 dicembre 1991 di due immobili edificati su arenile comunale in concessione assoggettata ad INVIM per oltre, all'epoca, 57 milioni di lire.

Con apposita istanza di rimborso la venditrice ricusava la qualifica di compravendita di proprietà o altro diritto reale di godimento intendendo essersi, con l'atto assoggettato ad INVIM, trasferito non un diritto reale ma un diritto personale di concessione per l'utilizzo dell'arenile.

La Commissione Tributaria di Primo Grado di Lucca accoglieva il ricorso ritenendo essere intercorsa una successione nel rapporto di concessione con l'Ente e non una compravendita immobiliare.

Sull'appello dell'Ufficio la Commissione Regionale di Firenze, sez. 10, respingeva il gravame perché la demanialità del bene ne avrebbe escluso l'assoggettabilità a qualsivoglia diritto reale.

L'Ufficio ricorreva per cassazione e la S.C. accoglieva il ricorso rimettendo gli atti ad altra sezione della Commissione Regionale di Firenze perché, in base al riesame degli atti, stabilisse se la natura giuridica del bene trasferito, di cui doveva escludersi la demanialità erroneamente affermata dal Giudice d'Appello, dovesse comportare l'assoggettamento dell'atto all'imposta di cui si chiede il rimborso.

Il Contribuente riassumeva il giudizio confermando come secondo lui fosse di natura personale il trasferito diritto di godimento e, quindi, dovuto il rimborso dell'imposta.

Resiste l'Ufficio sostenendo, quanto alla natura del diritto trasferito, che si tratta di un diritto reale di superficie nascente dalla concessione; diritto che, però, senza perdere tale sua caratteristica, si attegga come interesse legittimo nei confronti della P.A., ma che è un diritto soggettivo perfetto nel rapporto fra i privati; a tale qualificazione non osta il fatto che tale diritto sia sottoposto a termine (previsto anche nella fattispecie astratta del diritto di superficie), né quello che la concessione abbia natura personale perché dal contratto può derivare comunque un vincolo all'uso personale e non al trasferimento. In contrario non rilevarebbe neppure la possibilità di revoca della concessione perché tutte le concessioni sono, in astratto e nella fattispecie concreta, soggette a revoca, ma da esse possono ugualmente sorgere diritti reali; parimenti l'art. 14 del Capitolato di concessione, il cui tenore letterale potrebbe aprire il campo a qualche equivoco, tenderebbe unicamente a escludere l'usucapione dei diritti reali ma non ne escluderebbe la sussistenza. Infine la stessa vendita effettuata dalla Contribuente dimostrerebbe che la stessa godeva di un diritto di superficie e che quindi il riferimento immobiliare doveva essere, come è stato, assoggettato all'INVIM.

Con memoria 26 marzo 2005 la Contribuente sostiene che la esistenza stessa ed il tenore esplicito della concessione esclude il sorgere di un diritto reale; quindi, per stabilire se la concessione su un bene del demanio sia costitutiva di diritti reali o obbligatori avuto riguardo alla complessiva interpretazione del rapporto, si deve concludere che, ex art. 934

c.c., il diritto trasferito non è un diritto reale, men che mai illimitato, come la proprietà, od anche solo limitato, come la superficie ovvero di garanzia, come il pegno, perché, fra l'altro in nessun caso si potrebbero esperire verso il Comune concessionario/proprietario le azioni che l'ordinamento riconosce *erga omnes* a tutela dei diritti reali suddetti. Insiste, quindi, per la conferma della sentenza di prime cure.

Dopo la discussione il ricorso passava in decisione.

Osserva – La quinta sezione civile della corte di cassazione, con sentenza 4769/04 del 14 novembre 2003, ha rinviato la causa a questa Commissione perché «*valuti in base all'interpretazione dei pertinenti atti, nuovamente l'appello proposto dall'Amministrazione Finanziaria in base ai principi di diritto sia relativi alla natura giuridica del bene su cui sorge la costruzione assentita dal Comune Concedente (non potendo la costruzione essere sorta su demanio statale) sia, quindi, quelli relativi alla natura (reale, di godimento ovvero personale) del concesso diritto di utilizzazione del bene stesso*», provvedendo anche sulle spese del giudizio di legittimità.

In questo ambito la Commissione ritiene di dover accogliere l'appello dell'Ufficio e dichiarare, quindi, dovuta l'INVIM sulla base, in fatto ed in diritto, delle considerazioni che seguono.

L'atto tassato appare una normale compravendita che indica i vincoli di destinazione ed evoca la proprietà comunale del suolo, consentendo una sorta di subentro dell'acquirente nella convenzione e nel capitolato con il Comune.

La S.C. ha chiarito che la natura demaniale del terreno deve ritenersi giuridicamente insussistente per cui non osta all'esame della portata specifica della concessione che ha consentito il sorgere della costruzione alienata; concessione che, come ha specificato la stessa Corte di Cassazione, può avere effetti reali o personali.

Nella specie la concessione degli arenili comunali di V. è assentita mediante contratto, ma la natura personale dell'atto non ne inficia gli effetti reali.

Questi ultimi si rinvengono dal titolo di cui si discute, che costituisce in capo al Contribuente, un diritto reale di superficie la cui costituzione non è preclusa né dal termine (art. 953 c.c.) né dalla circostanza che, nei rapporti con la P.A., il diritto del concessionario si atteggi ad interesse legittimo, mantenendo, infatti, la sua caratteristica di diritto soggettivo perfetto nei rapporti fra i privati che di esso dispongono.

La revocabilità della concessione, parimenti, non osta all'indicata conclusione in diritto, sia perché astrattamente tutte le concessioni riguardanti beni pubblici sono soggette a revoca e non per questo perdono i loro effetti reali, sia perché, nella specie, è previsto, in caso di revoca, apposito indennizzo.

In contrario non vale il riferimento della Contribuente all'art. 14 e ad altre norme del Capitolato di concessione che parrebbero incompatibili con l'esercizio di un qualsivoglia diritto reale; in realtà dette clausole, come esattamente osserva l'Avvocatura, appaiono dirette eminentemente ad impedire la usucapione di diritti reali di vario tipo compatibilmente con la durata ultraventennale della concessione, quindi nulla tolgono alla natura reale degli effetti della convenzione medesima.

Nella specie, infine, la Contribuente, al di là del *nomen iuris* dato dalle parti al rapporto, ha effettivamente trasferito gli immobili per cui, in concreto, non vi è discussione sulla sorte degli immobili medesimi al termine, od alla revoca, della concessione; con l'atto assoggettato a tassazione, del resto, non si è, per l'appunto, trasferita la concessione, ma il diritto reale di superficie che essa costituisce in capo al concessionario.

In questo contesto bene ha fatto, quindi, l'Amministrazione Finanziaria a riservare all'atto gli effetti propri dei negozi immobiliari aventi ad oggetto diritti reali e, quindi, ad assoggettare ad INVIM la compravendita degli immobili per cui si discute.

La particolare complessità delle questioni trattate induce alla compensazione totale delle spese per la fase di legittimità e per il presente giudizio di rinvio (*omissis*).

Questo processo, rilevante per le questioni giuridiche trattate, è stato trattato dall'Avvocatura Generale a partire dal grado di Cassazione. È quindi iniziato col presente ricorso.

Avvocatura Generale dello Stato – Corte Suprema di Cassazione – Ricorso del Ministero dell’Economia e delle Finanze dello Stato, e dell’Agenzia delle Entrate (Avv. dello Stato R. de Felice).

«(Omissis) Il Comune di V., proprietario del locale arenile lo ha concesso a vari esercenti turistici, tra i quali la signora F., con facoltà di procedere a costruzioni turistiche e di ritenerle; nel caso di specie era stato edificato un bar-pasticceria e il soprastante appartamento. La F. vendeva il tutto (come previsto e autorizzato dal capitolato generale comunale per arenile previo assenso del Comune) alla V. S.r.l. con rogito del 16 dicembre 1991 assolvendo L. 57.674.000 a titolo di INVIM, delle quali chiese il rimborso: non era titolare di alcun diritto reale ma solo obbligatorio, non era proprietaria dell’immobile (lo era il comune) e quindi non l’aveva trasferito alla Società non essendosi perciò realizzato il presupposto d’imposta. Il ricorso avverso il silenzio-rifiuto era accolto da C.T.P. Lucca (sent. 35/VI/1998) che riteneva che il “diritto” trasferito non era la proprietà ma la “concessione” di godimento del bene; né ricorreva l’art. 5 Tariffa TUR relativo alla imposizione delle concessioni demaniali), poiché esso confermava il principio che a essere trasferita è la concessione/rapporto, non i beni insistenti sull’area.

In appello, l’Ufficio rappresentava che nel caso di specie doveva parlarsi di *proprietà superficaria* dell’immobile alienato; l’atto non era la “voltura” di una concessione ma un’autentica vendita dei beni.

L’appellato produceva il capitolato concessorio comunale che, all’art. 18, prevede che la vendita di tali beni preceda, e *non segua* la stipula della nuova concessione.

La Commissione Tributaria Regionale rigetta l’appello perché non è compreso nell’ambito dell’INVIM ex art. 2 d.P.R. n. 643/1972 la concessione di un bene demaniale (...) come tale inalienabile.

Motivi – Insufficienza della motivazione, violazione art. 826, 2° co, 824 c.c., art. 942 ss. CC.

Preliminarmente deve osservarsi che la C.T.R. ha qualificato *demaniale* l’area su cui insistono i beni ceduti; è pacifico in causa che trattasi di area del *Comune di V.* (il cui demanio comprende *cimiteri* o *mercati* ex art. 824 cpv. c.c., ovvero beni del “demanio accidentale” di cui *non fa parte il demanio marittimo*: 822, 1° co., c.c.).

Tale macroscopico errore comporta, attesa la natura necessariamente *patrimoniale* dell’area, del *Comune* e *non* dello Stato, *non appartenente* al Demanio Marittimo, diverse conseguenze urbanistiche e fiscali.

La C.T.R., a fronte di un rapporto, concessorio sì, ma non di bene demaniale, doveva verificare se (come prevede il capitolato prodotto in atti) il concessionario avesse il diritto di tenere costruzioni al di sopra, che comporta l’acquisto della proprietà superficaria, e se esso fosse liberamente commerciabile (art. 18 co. 2 Capitolato) o ipotecabile (art. 22 Capitolato).

In tale caso doveva qualificare il diritto ceduto come proprietà superficaria (come richiesto in appello) e per l’effetto tassabile (art. 9 d.P.R. 643/1972, che determina i criteri di valutazione ai fini dell’INVIM rinviando al T.U.R.)».

Il ricorso era accolto dalla Suprema Corte (che cassava con rinvio) con la decisione che di seguito si riporta.

Corte Suprema di Cassazione, Sezione quinta civile, sentenza 9 marzo 2004, n. 4769 – Pres.

U. Favara – Rel. M. D’Alonzo – P.G. (conf.) F. Sorrentino – Ministero dell’Economia e delle Finanze (Avv. Stato R. de Felice) c/ F. (Avv. P. Pacifici).

L’arenile di proprietà del Comune non è un bene demaniale, ma patrimoniale, del Comune stesso.

La concessione di un arenile di proprietà comunale fatta ad un privato, per tenervi uno stabilimento balneare, costituisce in capo al concessionario facoltà e diritti che – ove ineriscano al godimento della res – possono avere natura personale o reale ed essi, ove la concessione lo preveda, possono essere trasferiti a terzi; la natura personale o reale di tali diritti dipende dal loro titolo, che spetta al giudice di merito interpretare.

(art. 952 e ss. c.c.).

«(Omissis) 1. – Con la decisione gravata la Commissione Tributaria Regionale ha *rigettato* l’appello dell’Amministrazione Finanziaria e confermato, quindi, la legittimità e fondatezza della “pretesa di rimborso” avanzata dalla F., affermando che “nell’ambito di applica-

zione dell'imposta INVIM (art. 2 del d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 643) non si può far rientrare l'atto di concessione di un bene demaniale" in quanto, risultando "pacifico che la ... F. utilizzasse il bene in argomento esclusivamente in regime di concessione", "la condizione giuridica di tale bene, nel caso in esame *lido del mare* (art. 822 c.c.), è di essere inalienabile ed inusucapibile e di non poter formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non sotto la specie di concessione, i cui connotati sono la precarietà del rapporto e la sua revocabilità *ad nutum* da parte della Pubblica Amministrazione, ove sopravvengano e si manifestino pubbliche esigenze".

2. – Con l'unico motivo di ricorso per cassazione il Ministero – premesso che in appello (1) l'Ufficio aveva rappresentato che nel caso "doveva parlarsi di *proprietà superficaria* dell'immobile alienato" per cui il rogito "non era la voltura di una concessione ma un'autentica vendita dei beni" e (2) «l'appellato produceva il capitolato concessorio comunale che, all'art. 18, prevede che la vendita di tali beni preceda e non segua la stipula della nuova concessione" – lamenta "insufficienza della motivazione" nonché "violazione art. 826, 2° co., 824 c.c., art. 942 ss. c.c." adducendo che "la C.T.R. ha qualificato demaniale l'area su cui insistono i beni ceduti" pur essendo "pacifico in causa che trattasi di area del Comune di V. (il cui demanio comprende cimiteri o mercati *ex art. 824 cpv. c.c.*, ovvero beni del 'demanio accidentale' di cui non fa parte il demanio marittimo; 822, 1° co., c.c.)" e che "tale macroscopico errore comporta, attesa la natura necessariamente patrimoniale dell'area, del Comune e non dello Stato, non appartenente al Demanio Marittimo, diverse conseguenze urbanistiche e fiscali" in quanto "la C.T.R., a fronte di un rapporto, concessorio sì, ma non di bene demaniale, doveva verificare se (come prevede il capitolato prodotto in atti) il concessionario avesse il diritto di tenere costruzioni al di sopra, che comporta l'acquisto della proprietà superficaria, e se esso fosse liberamente commerciabile (art. 18, co. 2 capitolato) o ipotecabile (art. 22 capitolato)" dovendo "in tale caso ... qualificare il diritto ceduto come proprietà superficaria (come richiesto in appello) e per l'effetto tassabile" ai sensi dell'art. 9 d.P.R. n. 643/1972, che determina i criteri di valutazione ai fini dell'INVIM rinviando al TUIR.

3. – La contribuente di contro deduce che, affinché si realizzi il presupposto per l'applicazione dell'INVIM, è necessario che il trasferimento abbia ad oggetto un immobile o un diritto reale immobiliare mentre "nel caso di specie si è in presenza di una concessione in godimento precario di un'area pubblica su cui insiste un immobile dietro pagamento di un canone".

Secondo la F. infatti "i vincoli esposti dal Comune e riportati nell'atto di compravendita ..., dimostrano che la costruzione su richiesta dell'amministrazione comunale per sopravvenuta necessità, deve essere demolita e l'area occupata deve essere posta nel pristino stato senza indennizzo" per cui "nella fattispecie in questione non sussistono i presupposti per l'applicazione dell'INVIM, dato che si è in presenza di una concessione in godimento precario di un' area pubblica dietro pagamento di un canone".

La contribuente aggiunge che:

– la demolizione "senza indennizzo" della costruzione "a fine concessione o su richiesta dell'amministrazione comunale per sopravvenuta necessità" dimostra che tale costruzione "è *de facto* incapace di incremento di valore";

– "dal capitolato del Comune prodotto in causa, risulta: 'Le costruzioni di qualunque specie, erette sull'arenile comunale, hanno il carattere proprio che deriva loro dalla natura temporanea e risolubile della concessione'";

– "agli effetti fiscali non sussistono distinzioni tra stabilimenti balneari o altre costruzioni edificate su terreno demaniale e gli stessi immobili costruiti su terreno comunale perché entrambe le concessioni, a carattere temporaneo e non permanente, impongono uguali vincoli e limitazioni".

La F. conclude adducendo che "la Commissione Tributaria Regionale di Firenze ha commesso un errore formale e non sostanziale perché il principio che esclude l'applicazione dell'INVIM agli immobili eretti su terreno demaniale in concessione è il solito che si applica, alle stesse condizioni, agli immobili comunali" e che "è stato l'Ufficio del Registro di V. che per primo ha parlato di 'demanio' e non per questo si è ritenuto l'atto di appello nullo".

4. – Il motivo di ricorso per cassazione proposto dal Ministero deve essere accolto perché fondato.

A. Per il primo comma dell'art. 2 d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 643, istitutivo dell'“Imposta comunale sull'incremento degli immobili” (INVIM) nel testo, applicabile alla fattispecie *ratione temporis*, introdotto dall'art. 24 del decreto legge 2 marzo 1989 n. 69, convertito nella legge 27 aprile 1989 n. 154 “l'imposta si applica all'atto dell'alienazione a titolo oneroso o dell'acquisto a titolo gratuito, anche per causa di morte, o per *usucapione del diritto di proprietà o di un diritto reale di godimento sull'immobile*”.

B. Il giudice di appello, come riportato, ha fondato il suo giudizio reiettivo del gravame proposto dall'Amministrazione Finanziaria dello Stato (1) sul fatto che la contribuente “utilizzasse il bene in argomento esclusivamente in regime di concessione” e (2) sulla considerazione che “la condizione giuridica di tale bene, nel caso in esame lido del mare (art. 822 c.c.), è di essere inalienabile ed inusucapibile e di non poter formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non sotto la specie di concessione, i cui connotati sono la precarietà del rapporto e la sua revocabilità *ad nutum* da parte della Pubblica Amministrazione, ove sopravvengano e si manifestino pubbliche esigenze”.

C. La proposizione è errata, innanzi tutto perché il “bene in argomento”, sul quale sorge la costruzione alienata, giuridicamente non può essere propriamente il “lido del mare (art. 822 c.c.)” – per tale intendendosi (Cass., sez. un., 2 maggio 1962 n. 849; *id.*, I, 5 novembre 1981 n. 5871) *stricto iure* quella porzione di riva che è a contatto diretto, nel suo limite esterno, con le acque del mare e che resta normalmente coperto dalle ordinarie mareggiate sicché ne riesce impossibile ogni altro uso oltre quello marittimo o pubblico – in quanto il lido del mare (come pure la spiaggia), per il primo comma dell'art. 822 cod. civ., “appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico” dello Stato stesso di tal che il lido del mare (*recte*, il suo utilizzo) non può costituire oggetto di concessione da parte di un ente territoriale (nel caso, il Comune di V.) diverso dallo Stato: l'art. 824 cod. civ., come noto, assoggetta al “regime dei beni demaniali” se appartenenti “alle province o ai comuni” *soltanto* (primo comma) “i beni della specie di quelli indicati dal secondo comma dell'articolo 822” (tra i quali non è compreso il lido del mare) e (secondo comma) “i cimiteri e i mercati comunali”.

Da tale rilievo discende che certamente il terreno (denominato “arenile comunale”) su cui insiste la costruzione trasferita non è il lido del mare e, quindi, che le conseguenze giuridiche tratte dalla Commissione Tributaria Regionale da tale erronea natura del bene pubblico sono inesatte perché indissolubilmente legate ad un non corretto presupposto.

D. Nella motivazione della sentenza impugnata, in secondo luogo, è dato cogliere un ulteriore errore giuridico – inequivocamente sottoposto anch'esso all'esame di questa Corte dal riprodotto motivo di ricorso – laddove il giudice di appello ha affermato che un bene demaniale, essendo “inalienabile ed inusucapibile”, non può “formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non sotto la specie di concessione, i cui connotati sono la precarietà del rapporto e la sua revocabilità *ad nutum* da parte della Pubblica Amministrazione, ove sopravvengano e si manifestino pubbliche esigenze”.

D.1. L'inalienabilità e la non usucapibilità dei beni del demanio, in realtà, diversamente da quanto ritenuto dal giudice *a quo*, non impediscono affatto che si possano legittimamente costituire, in virtù di concessione, dei diritti di natura personale e/o reale sugli stessi, beninteso nel senso che oggetto di tali diritti non è il bene demaniale nella sua materialità ma i diritti che la P.A. consente di esercitare sullo stesso con l'atto di concessione.

Il primo comma dell'art. 823 cod. civ., infatti, dispone espressamente che “i beni che fanno parte del demanio pubblico”, pur essendo “inalienabili”, possono formare oggetto di diritti a favore di terzi “nel modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano”.

L'art. 1145 cod. civ., a sua volta, dopo aver disposto al primo comma che “il possesso delle cose di cui non si può acquistare la proprietà è senza effetto”, concede espressamente – si è ritenuto (Cass., II, 30 maggio 1994 n. 5281) “per ragioni di ordine pubblico” – al secondo comma l'azione di spoglio “nei rapporti tra privati” rispetto ai “beni appartenenti al pubblico demanio e ai beni delle province e dei comuni soggetti al regime proprio del demanio pubblico” – senza necessità che l'esercizio del possesso corrisponda ad un uso speciale od eccezionale del bene demaniale (Cass., sez. un., 4 dicembre 2001 n. 15289; *id.*, II, 24 gennaio 2000 n. 737), sempre che (Cass., II, 23 luglio 1993 n. 8258; *id.*, sez. un., 20 gennaio 1993 n. 650), però, la molestia riguardi l'esercizio, da parte del privato attore, di una specifica attività “suscettibile di formare oggetto di concessione amministrativa. Indipenden-

temente dall'esistenza in concreto della concessione" – e al *terzo* comma "l'azione di manutenzione" ogni qual volta si tratti di "esercizio di facoltà, le quali possono formare oggetto di concessione da parte della pubblica amministrazione".

Da tanto discende che i "beni appartenenti al pubblico demanio" ed i "beni delle province e dei comuni soggetti al regime proprio del demanio pubblico" – sia pure (Cass., III, 17 marzo 1998 n. 2844), come dispone il citato art. 823 cod. civ., "nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge che li riguardano" – possono formare oggetto di utilizzazione da parte di privati (cfr., Cass., sez. un., 21 settembre 1970 n. 1638 sulla responsabilità, nei confronti di persona danneggiata dalla rovina di un edificio demaniale, anche del titolare di un diritto reale di godimento sull'edificio stesso cumulativamente a quella, *ex art.* 2053 cod. civ., della P.A. quale titolare dell'immobile).

La disponibilità dei beni demaniali (e similmente quella dei beni patrimoniali indisponibili dello Stato e di altre pubbliche amministrazioni), pertanto, attesa la loro destinazione alla diretta realizzazione di interessi pubblici, entro certi limiti e per alcune utilità può essere legittimamente attribuita ad un soggetto diverso dall'ente titolare del bene mediante concessione amministrativa.

E. I diritti aventi ad oggetto l'utilizzazione di un bene demaniale che la P.A. costituisce in favore dei privati, hanno natura di diritti soggettivi perfetti nei rapporti tra i privati e degradano a interessi legittimi nei confronti della P.A. concedente.

Nei rapporti tra privati i diritti *de quibus*, poi, in base all'atto di concessione, possono avere natura personale ovvero reale.

Mediante un atto di concessione (detta appunto costitutiva), infatti (Cass., II, 11 giugno 1975 n. 2308), è possibile conferire al privato sul bene demaniale un uso eccezionale, ossia un uso esorbitante dalla normale destinazione del bene, ed in siffatta ipotesi la concessione ingenera nel privato facoltà del tutto nuove e diverse da quelle spettanti alla pubblica amministrazione sul medesimo bene: tali facoltà si concretano in diritti di carattere privato, strutturalmente assimilabili alla categoria dei diritti reali su cosa altrui, che, come accennato, si comportano come diritti soggettivi perfetti nei confronti degli altri privati e come diritti condizionati nei confronti della pubblica amministrazione.

In specie si è ritenuto (Cass., I, 6 giugno 1968 n. 1711) concretare un'ipotesi di uso eccezionale implicante il conferimento di un diritto assimilabile, nei rapporti con gli altri privati, alla categoria dei diritti reali su cosa altrui le concessioni di occupazione di suolo pubblico per fini di utilità esclusivamente privata, effettuate mediante costruzioni o manufatti di carattere permanente, dato che il potere attribuito al concessionario si estrinseca direttamente sulla cosa che ne costituisce l'oggetto immediato e può esser fatto valere *erga omnes*, ancorché nei limiti posti dalla natura e dalla funzione della cosa stessa.

Al di fuori dei casi in cui la legge, esplicitamente o attraverso la specifica regolamentazione adottata, predetermini la natura del diritto conferito al concessionario, peraltro, la concessione amministrativa su beni demaniali o su beni indisponibili può attribuire anche diritti assimilabili a quelli personali di godimento non esclusi dalla previsione dell'art. 823 cod. civ. e pienamente compatibili con i poteri d'impiego dell'ente concedente a tutela dell'interesse pubblico.

Di conseguenza, per stabilire nei singoli casi se a favore del concessionario sia stato costituito un diritto di natura reale ovvero personale occorre accertare (Cass., I, 8 settembre 1983 n. 5527), con indagine da compiersi dal giudice del merito secondo i normali criteri d'interpretazione dei contratti e degli atti amministrativi, l'effettiva e concreta consistenza di quel diritto sulla base dell'intero contenuto della convenzione e delle sue clausole e, se separato, anche del provvedimento amministrativo di concessione.

Al fine di stabilire se una concessione amministrativa su di un bene appartenente al demanio marittimo sia costitutiva di diritti aventi natura reale o meramente obbligatoria, quindi, risulta decisiva (Cass., I, 4 maggio 1998 n. 4402) la complessiva interpretazione, di competenza del giudice di merito, del *titolo* costitutivo del diritto e, cioè, dell'atto di concessione, con particolare riferimento alla disciplina relativa alla destinazione delle opere costruite dal concessionario al momento della cessazione del rapporto.

F. Il carattere pubblicistico della concessione, peraltro, *non* osta alla costituzione fra privati di rapporti giuridici relativi alla concessione stessa, né, in particolare, al trasferimento, totale o parziale, dei diritti da essa derivanti, salvo che la legge, oltre a vietare la subconces-

sione, la colpisca anche con la sanzione di nullità: al di fuori di tale ipotesi, infatti, l'acquisto da parte del terzo del diritto del concessionario è valido ed operante, sia pure nei limiti oggettivi delle facoltà spettanti al concessionario e nei limiti temporali della concessione medesima, fino a quando la P.A. non la revochi, per trasgressione al divieto di subconcessione.

Il concessionario, pertanto (Cass., III, 26 aprile 2000 n. 5346), se autorizzato dall'amministrazione concedente, può dare in uso a terzi, a titolo oneroso e dietro corrispettivo, terreni demaniali, ovvero anche locali facenti parte del demanio, sia per mezzo di locazione del bene stesso che attraverso la subconcessione; con quest'ultimo mezzo giuridico, in particolare, si realizza (Cass., I, 8 settembre 1982 n. 3324) il trasferimento al subconcessionario non già della concessione ma delle sole facoltà spettanti al concessionario, ovvero sia soltanto di quelle facoltà che si atteggiavano, nei rapporti tra privati, come diritti soggettivi perfetti.

La natura demaniale del bene, pertanto ed in definitiva, diversamente da quanto ritenuto dal giudice *a quo*, non costituisce ostacolo giuridico né alla costituzione in favore di privati di diritti reali e/o personali che abbiano ad oggetto la fruizione del bene demaniale né, di conseguenza, alla circolazione tra privati di tali diritti.

G. Il tentativo della contribuente di dimostrare che il giudice di appello è incorso in un errore solo formale – che, quindi, non incide sulla decisione dello stesso – non può essere condiviso in quanto la sentenza gravata, essendosi fermata alla pretesa ostatività assoluta della natura demaniale del terreno oggetto della concessione rivela giuridicamente insussistente, non ha esaminato la portata della specifica concessione in virtù della quale è sorta la costruzione alienata e di conseguenza quel giudice non ha portato il suo necessario giudizio di valutazione sul contenuto della concessione stessa onde accertare se quella abbia attribuito al concessionario, come sosteneva l'Amministrazione Finanziaria dello Stato in appello, un "diritto reale di godimento sull'immobile" la cui alienazione, per il detto art. 2 d.P.R. n. 643/1972, importa l'obbligo di corresponsione dell'INVIM.

H. L'errore riscontrato impone, quindi, (1) di cassare la sentenza impugnata, perché la stessa trova la sua premessa logica unicamente nello stesso, e (2) di rinviare la causa ad una sezione della medesima Commissione Tributaria Regionale che ha emessa la sentenza impugnata affinché (a) valuti, in base all'interpretazione dei pertinenti atti, nuovamente l'appello proposto dall'Amministrazione Finanziaria in base agli esposti principi di diritto sia relativi alla natura giuridica del bene su cui sorge la costruzione assentita dal Comune concedente (non potendo la costruzione essere sorta su demanio statale) sia, quindi, quelli relativi alla natura (reale, di godimento, ovvero personale) del concesso diritto di utilizzazione del bene stesso e (b) provveda anche in ordine alle spese del presente giudizio (*omissis*).

La causa era riassunta da controparte.

L'Avvocatura Generale si costituiva (delegando per l'udienza l'Avvocatura Distrettuale di Firenze) con la seguente memoria.

Avvocatura Generale dello Stato – Commissione Tributaria Regionale di Firenze – Memoria di costituzione in riassunzione per l'Ufficio delle Entrate di V. – Agenzia delle Entrate.

«In data 16 dicembre 1991, la sig.ra F. vendeva per atto pubblico alla soc. V. S.r.l. la proprietà di due immobili insistenti su arenile comunale in concessione. Trattavasi precisamente di appartamento ad uso civile abitazione (...) ed il sottostante fondo commerciale ad uso bar-pasticceria. La compravendita riportava l'atto di gradimento del Comune, con i vincoli previsti dal capitolare di concessione. Il contratto era registrato con pagamento delle relative imposte, inclusa l'INVIM.

Successivamente, in data 11 luglio 1994, la sig.ra F., ricusando la qualifica di compravendita di proprietà o diritto reale di godimento data nel contratto e, pretendendola atto di trasferimento di un diritto personale non soggetto ad INVIM, richiedeva all'Ufficio del registro ed all'Intendenza di Finanza – Direzione Regionale il rimborso di quest'ultima imposta per L. 57.674.000.

Contro il silenzio-rifiuto opposto dall'erario, la sig.ra F. proponeva il ricorso di cui qui si discute.

La Commissione tributaria di primo grado di Lucca, con sent. 35/6/98, accoglieva il ricorso sull'assunto che "nel caso di alienazione di immobili costituiti su beni pubblici,

oggetto del contratto è un immobile ma l'effetto prioritario è dato dalla successione nel rapporto di concessione verso l'ente", escludendo pertanto la soggezione ad INVIM, la cui imposizione ha come requisito il trasferimento di un diritto reale.

Avverso tale sentenza proponeva appello l'Ufficio del registro, sul motivo che il carattere obbligatorio del rapporto intercorrente tra il concessionario ed il Comune non si riflette sul negozio intercorso tra la F. e la V. S.r.l., al quale il Comune è rimasto estraneo e che andrebbe qualificato come contratto di compravendita e non come atto di subentro in una concessione. Il diritto trasferito si sarebbe dovuto qualificare come proprietà superficiaria, condizionata all'esistenza della concessione.

La Commissione Tributaria Regionale di Firenze, sezione n. 10, con sent. 145/10/00 respingeva l'appello sul motivo che i beni oggetto della concessione fossero da qualificarsi come demaniali e pertanto fosse da escludersi qualsiasi diritto reale su di essi in capo alla sig.ra F.

La sentenza d'appello veniva impugnata per Cassazione per via della palese violazione ed erronea interpretazione della legge, non potendosi qualificare l'arenile comunale come bene demaniale, ma patrimoniale ed insistendo per la qualificazione del diritto trasferito da F. a V. S.r.l. come diritto di superficie, pertanto soggetto ad INVIM.

La Suprema Corte, con sent. 4769 del 14 novembre 2003, depositata il 9 marzo 2004, ha cassato la decisione di secondo grado, secondo una articolata motivazione. In primo luogo ha escluso che il bene oggetto della concessione fosse qualificabile come demaniale, poiché non trattasi del lido del mare, che potrebbe essere dato in concessione esclusivamente dallo Stato. In secondo luogo ha precisato che la natura demaniale o pubblica dei beni in concessione non impediscono la legittima costituzione mediante concessione di diritti di natura personale e/o reale sugli stessi, divenendo oggetto di tali diritti non il bene nella sua materialità, ma i diritti che la P.A. consente che siano esercitati sullo stesso. Ancora la Corte di Cassazione ha chiarito che i diritti, costituiti dalla Pubblica Amministrazione a favore di privati, aventi ad oggetto l'utilizzazione di un bene pubblico hanno natura di diritti soggettivi perfetti nei rapporti tra privati e si atteggiavano invece come interessi legittimi nei confronti della P.A. stessa. Tali diritti possono avere natura personale o reale. In particolare ci si trova davanti a diritti strutturalmente assimilabili a diritti reali su cosa altrui quando sia conferito un uso esorbitante dalla normale destinazione del bene, come nel caso di occupazione di suolo pubblico mediante costruzioni o manufatti di carattere permanente, dato che il potere attribuito al concessionario si estrinseca direttamente sulla cosa che ne costituisce oggetto immediato e può essere fatto valere *erga omnes*.

Di conseguenza, per stabilire se ci si trovi di fronte a diritti di natura reale o personale è necessario accertare, ove la legge non disponga diversamente, il contenuto del titolo, secondo i normali canoni di interpretazione testuale e sistematica, tenuto conto dell'intero contenuto della convenzione, delle sue clausole e del provvedimento concessorio. Infine la Suprema Corte ha ribadito che la natura pubblicistica della concessione non impedisce che i diritti da essa derivanti, di natura reale o personale, possano circolare tra privati, continuando ad atteggiarsi come diritti soggettivi perfetti nei rapporti tra privati, sia pure nei limiti oggettivi delle facoltà spettanti al concessionario e nei limiti temporali della concessione medesima o fino a quando la P.A. non la revochi. Pertanto la causa veniva rinviata all'odierno giudice, affinché: a) valuti la natura giuridica, demaniale o patrimoniale, del suolo su cui sorge la costruzione compravenduta, nonché del diritto, reale o personale, trasferito tra la F. e la V. S.r.l. e b) provveda alle spese.

Con atto notificato il 15 dicembre 2004 all'Agenzia delle Entrate la sig.ra F. ha riassunto il giudizio davanti a questa Commissione Tributaria Regionale. Il Ricorso in riassunzione chiede ancora una volta che sia ordinato il rimborso dell'INVIM sul trasferimento degli immobili indicati, sulla base della presunta natura personale del diritto trasferito.

Si costituisce l'Ufficio delle Entrate (Agenzia delle Entrate), assistito dall'Avvocatura dello Stato, osservandosi.

In diritto

Sulla natura di bene patrimoniale dell'arenile comunale.

Come ha già chiarito la Corte di Cassazione, la parte di arenile comunale dato in concessione, sulla quale sorgono gli edifici oggetto della compravendita di cui si discute, non fa parte del demanio statale, dal momento che l'arenile è cosa diversa e distinta dal lido del mare, e non rientra quindi tra i beni del demanio statale elencati dall'art. 822 del Codice Civile e 28 del Codice della Navigazione. Non è neppure parte del demanio comunale, non

rientrando nel novero dei beni individuati dal combinato disposto degli artt. 824 e 822, 2° co., del Codice civile. Deve quindi concludersi per la natura patrimoniale del bene, secondo quanto disposto dall'art. 826 c.c.

Sulla natura del diritto trasferito

1. Al fine di chiarire quale sia la natura giuridica del diritto trasferito tra F. e la Soc. V. S.r.l. è necessaria una prima distinzione fra questo diritto e la concessione. Come da ogni negozio giuridico possono discendere molteplici effetti secondo la volontà delle parti, così dalla concessione derivano in capo alle parti diritti e doveri, poteri ed interessi legittimi. Come gli effetti di un contratto, anche quelli di una concessione possono essere obbligatori (e quindi personali) o reali, in taluni casi ancora possono *esservi contemporaneamente alcuni effetti obbligatori ed altri effetti reali*. Per effetto reale si intende appunto il sorgere di un *diritto reale*, che sia proprietà o diritto reale di godimento su cosa altrui (come il diritto di superficie) o diritto reale di garanzia. Ovviamente un diritto reale può essere trasferito solo *da chi ne sia titolare e nei limiti del titolo*.

In secondo luogo va sottolineato che la natura contrattuale e quindi personale di un negozio giuridico è cosa distinta e diversa dalla natura dei suoi effetti. Macroscopicamente è il caso di un contratto di compravendita, che pur essendo un contratto serve a trasferire la proprietà.

Nel nostro caso, la concessione degli arenili comunali è assentita mediante contratto (art. 6), ma la natura personale della concessione (art. 4) non è indicativa della natura degli effetti (reali od obbligatori) che essa genera. Essi sono molteplici e per individuarne la natura personale o reale è necessario analizzare il Capitolato di concessione che è agli atti, nonché il contratto di concessione che però non è stato prodotto dalla parte attrice.

2. Come ha chiarito la Corte di Cassazione nella sentenza di rinvio, il diritto di mantenere edifici su suolo pubblico in virtù di una concessione può essere diritto di natura reale o personale, secondo quanto dispone il titolo (concessione), se la legge non prescrive diversamente. A nostro avviso si tratta di diritto reale e più precisamente di *diritto di superficie*. Il diritto di superficie per l'art. 952 c.c. consiste nel «diritto di fare e *mantenere al di sopra del suolo una costruzione a favore di altri, che ne acquista la proprietà*», ma (art. 953 c.c.) «se la costituzione del diritto è stata fatta per un *tempo determinato*, allo scadere del termine il diritto di superficie si estingue e il proprietario del suolo diventa proprietario della costruzione», altrettanto (art. 954 c.c.) «l'estinzione del diritto di superficie per scadenza del termine importa l'estinzione dei diritti reali imposti dal superficiario». La fattispecie giuridica disegnata dal legislatore sembra corrispondere perfettamente al diritto di cui si discute.

La difesa della signora F. sostiene invece trattarsi di diritto personale o di interesse legittimo.

Quest'ultimo caso è da escludersi, come chiarito anche nella sentenza di rinvio, dal momento che *il diritto nascente dalla concessione si atteggia come interesse legittimo solo nei confronti della Pubblica Amministrazione ma è un diritto soggettivo perfetto nei rapporti fra privati*, come nel caso del trasferimento di proprietà di cui si discute (v. anche Cass. 2707/69 e 8804/03). Restano quindi come alternative il diritto di superficie e quello personale di godimento.

3. Analizziamo quindi gli elementi adottati dalla difesa della sig.ra F.

– Innanzitutto si vorrebbe dedurre la natura personale dalla soggezione della concessione a termine, con facoltà di rinnovo, e dalla presenza di varie condizioni previste dal capitolato. Sul punto il Codice civile non lascia dubbi: *il diritto di superficie può essere sottoposto a termine* (art. 953 c.c.), altrettanto deve ritenersi per le condizioni (tanto più che nel nostro caso esse corrispondono a preminenti interessi pubblici, che come tali potrebbero in ogni momento prevalere su quelli privati). Infine talune clausole che impongono determinate attività o usi (artt. 3, 7 e 28 del Capitolato), non sono condizioni in senso giuridico («*un avvenimento futuro incerto*» – art. 1353 c.c.). *Sono piuttosto degli effetti obbligatori della convenzione, che non toccano gli effetti reali*.

– In secondo luogo da parte avversa si sottolinea la portata dell'ultimo comma dell'art. 4 del Capitolato di concessione. Ivi si prevede che «le concessioni sono personali, ed il concessionario è tenuto ad esercitare personalmente le attività per le quali l'area è stata concessa». Come abbiamo già visto, però, *la natura personale della concessione non influisce sulla natura dei diritti che da questa traggono origine e titolo. Inoltre qui non si discute del trasferi-*

mento della concessione ma del trasferimento degli immobili, che è cosa diversa ed è specificamente disciplinata dal Capitolato, che certo non potrebbe negarla e disciplinarla allo stesso tempo. Anche a voler sostenere che la Concessione ed il diritto sugli immobili abbiano la stessa sorte quanto all'uso personale ed al trasferimento, bisogna tenere presente che per il nostro ordinamento giuridico, quando un diritto reale derivi da contratto, può essere vincolato all'uso personale ed al non trasferimento (cfr. artt. 965 e 980 c.c.).

– Si sostiene poi che sarebbe ostativa al sorgere di un diritto reale la possibilità di revoca della concessione da parte del Comune. Falso. A prescindere dal fatto che la concreta disciplina della revoca prevede per essa lo stesso termine di preavviso previsto per la disdetta annuale, con una sostanziale equiparazione delle due facoltà, non si può non osservare che la soggezione ad una condizione di compatibilità con le esigenze di pubblica utilità o con un preminente interesse pubblico, è perfettamente lecita ed ammissibile e non inficia l'esistenza di un diritto reale (si vedano Cass. 9190/1997 e 1324/1997). *Tutte le concessioni di beni pubblici sono infatti soggette a revoca, ma è pacifico (si veda la sentenza di rinvio) che da esse possano sorgere comunque diritti reali. Per di più, il Capitolato di concessione degli arenili comunali di V. prevede all'art. 16, co. 2. lettera b) uno specifico indennizzo in caso di revoca.* Lo stesso dicasi per la facoltà di disdetta prevista in capo al Comune come in capo al concessionario.

– L'unico elemento che sembrerebbe deporre a favore della tesi della ricorrente è l'art. 14 del Capitolato di concessione a tenore del quale: «1. Le costruzioni in muratura ed in qualsiasi altro materiale, i miglioramenti e le addizioni eseguiti dai concessionari, nonché l'uso, la determinazione ed il godimento dell'arenile non conferiscono ai concessionari, per quanto lunga possa essere la durata della concessione, anche ultraventennale, sia originaria che prorogata, alcun diritto reale sul suolo, che rimane sempre ed esclusivamente di libera ed assoluta proprietà del Comune. 2. Resta in particolare esclusa ad ogni effetto di legge la possibilità del sorgere di un diritto di superficie od altro diritto reale a favore dei concessionari o di terzi, anche a titolo di servitù». Secondo la difesa della sig.ra F. tale articolo escluderebbe la possibilità del sorgere di un diritto reale a favore dei concessionari o di terzi. Ad una prima superficiale lettura si sarebbe tentati di dare loro ragione. Se però si approfondisce l'analisi del dato letterale come di quello sistematico, come prescritto dagli artt. 1362 e 1363 c.c. (v. anche Cass. 3853/1985 e 364/01) si giunge a conclusioni diverse. *Il primo comma esclude effettivamente il sorgere di diritti reali sul suolo, ma esclude che a far sorgere questi diritti siano la costruzione di opere in muratura, i miglioramenti, l'uso etc. (quelli sono infatti i soggetti della frase), ma non che un diritto di natura reale non sorga dalla convenzione stessa. Tale articolo serve ad escludere l'usucapione di diritti reali di vario tipo, usucapione possibile in ragione della natura patrimoniale e non demaniale dell'arenile comunale, usucapione a cui fa chiaramente riferimento il primo comma quando la esclude anche in caso di durata ultraventennale della concessione. Si spiega facilmente quindi anche il secondo comma dell'art. 14 del Capitolato. Esso infatti è una specificazione («in particolare») del divieto di usucapione. La difesa della sig.ra F. cerca infatti di estrapolare la clausola del secondo comma per farle assicurare un senso generale, mentre è evidente che essa intenda esplicitare un caso specifico tra quelli indicati al comma precedente (cfr. art. 1363 c.c., da applicarsi nella lettura congiunta degli artt. 14 e 18 del Capitolato, v. oltre). Tale previsione del Capitolato, anzi, depone per la configurazione di un diritto di superficie, che sorge con la concessione ed al termine di essa spira, al punto che l'Amministrazione ha ritenuto necessario chiarire espressamente che la durata ultraventennale della convenzione non può dar titolo di usucapione.*

– Successivamente il ricorso richiama l'art. 15 del Capitolato, in virtù del quale «le costruzioni di qualsiasi specie, erette sull'arenile comunale, hanno il carattere proprio che deriva loro dalla natura temporanea e risolubile della concessione». Nulla di nuovo. Vi si ribadisce il carattere temporaneo e risolubile della concessione, che non impedisce il sorgere di un diritto reale, dal momento che i diritti reali di godimento possono ben essere temporanei (art. 953 c.c.) o soggetti ad alea; ciò influisce soltanto sulla valutazione patrimoniale del diritto stesso (si vedano, oltre alla sentenza di rinvio, Cass. 9190/1997, 1324/1997 e 1969/1970).

– Secondo la ricorrente, poi, l'art. 16 del Capitolato di concessione sarebbe tenuto a liberare l'area in concessione al termine della stessa, senza oneri per il Comune. Ciò è vero, stante il primo comma dell'articolo, ma parziale. Tace infatti la controparte su ciò che

dispone il successivo comma 2 dell'art. 16. Alla lettera *a*) si prevede che in caso di *decadenza* il concessionario possa vendere a terzi i manufatti con il gradimento del Comune. Nel caso che nel termine di nove mesi (con sospensione nelle more del gradimento) il concessionario non sia stato capace di trovare un acquirente, i manufatti possono essere acquisiti in proprietà del Comune dietro pagamento del loro valore. Solo nel caso in cui non vi sia un acquirente ed il Comune non si determini all'acquisto, i manufatti devono essere asportati a cura del concessionario o demoliti dal Comune, ma a spese del concessionario. Alla lettera *b*) si prevede invece che in caso di disdetta o di *revoca*, nel caso in cui sia necessario il rilascio dell'area libera da manufatti è prevista, nell'ordine, la facoltà per il concessionario di asportarli, per il Comune di acquisirli, o, in ultima ipotesi, l'obbligo del concessionario di demolirli, ma con diritto ad una indennità pari al valore dell'immobile. Il punto è di grande importanza. Anche se la sorte delle opere al termine della concessione non è l'unico indice da cui desumere la natura reale o personale del diritto, ad esso la Corte di Cassazione dà particolare rilievo. Ritene la giurisprudenza dominante che la possibilità di acquisizione delle opere da parte dell'ente concedente configuri un diritto reale di superficie, mentre la loro necessaria demolizione deponga per la natura personale del diritto (Cass. 2764/69, 6463/1981, 4402/1998, 1752/1974, 3721/1974). È facile capirne il perché. Il diritto reale esprime un potere diretto sul bene che ne è oggetto e questo potere comprende anche la possibilità di trasferire il bene, monetizzarlo. Tale potere è assente nel caso in cui il manufatto possa essere costruito ma debba anche essere necessariamente demolito al termine della concessione. Nel caso che qui ci occupa, l'indice derivante dalla sorte degli immobili al termine della concessione non sembra univoco. Infatti si prevede una pur remota possibilità che gli immobili siano demoliti, anche se nel solo caso della decadenza dalla concessione. Non bisogna però dimenticare che *nel caso concreto la signora F. ha effettivamente trasferito gli immobili* e non ci troviamo quindi a discutere della astratta sorte degli immobili al termine della concessione, ma di un caso concreto, in cui i manufatti non sono stati rimossi ma messi a frutto, con l'esercizio di quello che pare a questo punto come un diritto reale.

– Ancora, F. adduce a sostegno della tesi della personalità del diritto di godimento la personalità e non trasferibilità della concessione e la necessità del suo esercizio personale, stabilite dagli artt. 18 e 29 del Capitolato. Questo è per un verso, ancora una volta, incompleto, per altro verso ininfluenza. Incompleto ed impreciso perché, in quanto atto amministrativo, le concessioni hanno natura personale e le relative facoltà non possono essere cedute senza autorizzazione, salvo osservare che il Capitolato prevede, in particolare all'art. 30, una lunga serie di eccezioni e deroghe all'obbligo di esercizio personale della concessione. Ininfluenza perché come abbiamo cercato di chiarire in apertura, la concessione è cosa diversa dal diritto (di superficie) che essa costituisce in capo al concessionario. Anzi la non trasferibilità della concessione è elemento utile a chiarire che nel contratto di compravendita fra la F. e la V. S.r.l. non si è trasferita la convenzione, cosa appunto non possibile in virtù del Capitolato, ma si è trasferito il diritto (reale) da questa sorta.

4. Vi sono nel Capitolato di concessione altri elementi utili a fare definitiva chiarezza sulla natura reale e superficiaria del diritto di mantenere gli edifici sull'arenile comunale di V.

L'art. 18, 2° co., così recita «I concessionari, quali proprietari degli edifici e dei manufatti eretti sulle aree ad essi concesse, potranno trasferire, donare la proprietà o costituire diritti reali di garanzia sugli edifici o manufatti, separatamente dal suolo, purché a persone di gradimento del Comune». La formula «*i concessionari quali proprietari degli edifici*» è espressa ed inequivoca. *I concessionari sono titolari di un diritto reale, assimilabile alla proprietà, che insiste sugli edifici ma separatamente dal suolo: quello che l'art. 952 c.c. chiama diritto di superficie!*

Ciò potrebbe bastare a dimostrare che siamo di fronte non ad un diritto personale di godimento, ma ad un diritto reale. Tuttavia il *nomen juris* dato dalle parti, può non essere sufficiente a qualificare un diritto, essendo anche necessario che le facoltà concretamente assegnate fra le parti corrispondano a quel diritto (cfr. Cass. 6168/1984 e 5584/03). Lo stesso art. 18, 2° co., ci soccorre ancora (vedi anche l'art. 22 – Ipoteche sulle costruzioni). *Esso infatti consente ai concessionari di trasferire e donare la proprietà o costituire diritti reali di garanzia sugli edifici*. Si è mai visto un inquilino ipotecare la casa che ha in affitto? o venderla? *Queste facoltà sono tipiche e proprie di colui che abbia un diritto reale sulla cosa* (cfr. art. 2810 e 2816 c.c.). Ancora una volta si conferma la natura superficiaria del diritto. La

possibilità di trasferire la proprietà o costituire diritti reali di garanzia conferma poi, *ex art. 1363 c.c.*, l'interpretazione data dell'art. 14 del Capitolato (cfr. Cass. 3853/1985 e 16022/02), come relativo all'usucapione, dal momento che non avrebbe senso vietare la costituzione di diritti reali all'art. 14 e disciplinarla al 18!

L'art. 19 del Capitolato prevede infine la possibilità di «espropriazione forzata delle costruzioni di proprietà del concessionario da parte di terzi creditori».

Anche questo è sicuro indice della natura reale del diritto del concessionario sugli immobili costruiti e/o mantenuti sull'arenile comunale, dato che possono espropriarsi solo beni immobiliari di proprietà o soggetti a diritto reale di godimento (artt. 483 e ss. e 555 e ss. c.p.c.; cfr. Cass. 9190/1997).

5. Secondo i canoni interpretativi indicati dall'art. 1362 c.c. va preso in considerazione anche il comportamento delle parti, anche posteriore alla stipulazione. *La compravendita degli immobili effettuata dalla sig.ra F., dimostra oltre ogni dubbio che il rapporto intercorrente fra costei ed i beni era quello proprio di un diritto reale di superficie*, ovvero di chi è proprietario dell'immobile, ma non del suolo, e trasferisce questa proprietà, nei limiti del titolo. Il contratto F. - Soc. V. veniva sottoposto a trascrizione, confermando ancora la natura reale attribuita anche da costoro al diritto trasferito (cfr. Cass. 1392/1998 e art. 2643 c.c.).

Assogettabilità del trasferimento degli immobili di cui al rogito del 16 dicembre 1991, rep. 91549 racc. 8788 ad INVIM.

Chiarito che il diritto trasferito tra la sig.ra F. e la soc. V. S.r.l. è un diritto reale di superficie, consegue immediatamente sotto il profilo tributario la *correttezza dell'imposizione INVIM ai sensi dell'art. 2 del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 643*, come ribadito anche da Cass. 15667/04.

P.Q.M. – Chiede che codesta Commissione Tributaria Regionale voglia respingere il ricorso di F. e, per l'effetto, riformare la sentenza di primo grado, dichiarando dovuta l'INVIM sulla compravendita (...) Con vittoria di spese di tutti i gradi di giudizio.

Roma, 24 gennaio 2005 – Avvocato dello Stato Roberto de Felice».

I comportamenti amministrativi e le controversie in tema di occupazione appropriativa ed usurpativa

(Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenze 29 aprile 2005, n. 2 e 30 agosto 2005, n. 4)

Come si evince anche dagli ultimi interventi dei massimi organi giudiziari del nostro Paese, l'individuazione di una corretta nozione di comportamenti appare oggi un problema di assoluto rilievo soprattutto ai fini del corretto riparto della giurisdizione con riguardo a fattispecie di difficile inquadramento sotto tale profilo quali, su tutte, quelle relative ai fenomeni dell'occupazione da parte della P.A. di suoli privati o di omessa vigilanza delle Autorità amministrative indipendenti ovvero ancora, più in generale, quelle attinenti alle eventuali pretese risarcitorie derivanti da danni da ritardo in caso di non tempestivo esercizio del potere autoritativo funzionale della P.A..

Va premesso che le recenti decisioni non sono che il precipitato dell'importante arresto costituzionale del 2004 (sentenza n. 204) (1) volto a chiarire il criterio di riparto del contenzioso amministrativo e ordinario come frutto dell'interpretazione delle norme costituzionali *in parte qua*.

Infatti, il nostro giudice delle leggi ha precisato che il criterio distintivo tra diritti soggettivi e interessi legittimi di cui all'art. 103 Cost. va applicato anche alla giurisdizione esclusiva del G.A., nel senso che per il radicamento della medesima è pur sempre necessario che la P.A. si presenti ed agisca come autorità nell'esercizio cioè di un potere pubblico funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico, della cui sussistenza è indice il procedimento amministrativo.

Ne deriva nel campo dell'espropriazione e, quindi, anche in quello dell'occupazione l'espunzione dei comportamenti dall'ambito della giurisdizione amministrativa in sede esclusiva.

La Corte sembra dirci che i comportamenti amministrativi rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario ma non ci fornisce una nozione precisa degli stessi lasciando così ampi margini a varie possibili opzioni interpretative.

Pare doversi distinguere, nell'ambito dei comportamenti in base alla presenza o meno della spendita del potere pubblico.

(1) Tra i numerosi commenti allo storico intervento del Giudice delle leggi si segnalano STEFANO BENINI, *La «medesima natura» delle controversie attribuite alla giurisdizione esclusiva*; ALDO TRAVI, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34 d. lgs. 31 marzo 1998 n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*; FABRIZIO FRACCHIA, *La parabola del potere di disporre il risarcimento: dalla giurisdizione «esclusiva» alla giurisdizione del giudice amministrativo*, tutti in *Foro Italiano* n. 10/2004, 2596 ss..

Occorre, cioè, verificare se a fronte di un comportamento posto in essere dalla P.A. sussista in capo al privato una posizione di diritto soggettivo con conseguente giurisdizione del G. O. ovvero di interesse legittimo di competenza del G.A..

Pertanto, in relazione all'attività materiale della P.A., laddove la stessa venga posta in essere in esecuzione di provvedimenti amministrativi sarà di competenza del G.A. che annullerà l'atto illegittimo i cui effetti verranno retroattivamente caducati.

Qualora, invece, il comportamento sia connesso ad un atto nullo, in presenza di diritti soggettivi si avrà il radicamento della giurisdizione del G.O., mentre se il comportamento deriva da un atto che viene poi annullato vi sarà cognizione del G.A..

Pare che anche le ultime pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁽²⁾ con riferimento all'istituto dell'occupazione appropriativa siano orientate in questa direzione.

In relazione a tale fattispecie prima di dar conto della soluzione del problema soprattutto sotto il profilo della giurisdizione occorre accennare alla distinzione giurisprudenziale tra occupazione appropriativa e occupazione usurpativa.

La prima presuppone una dichiarazione di pubblica utilità valida e perdurante con conseguente radicamento della giurisdizione del G.A., in attuazione dei criteri di riparto come precisati dalla suddetta e nota sentenza della Corte costituzionale.

La seconda invece non essendo successiva nemmeno ad una dichiarazione di pubblica utilità inesistente non poteva che essere di competenza del G.O..

Ma nell'ambito di questa occorre ancora distinguere l'ipotesi dell'occupazione usurpativa c. d. spuria ricorrente laddove la P.A. abbia adottato la dichiarazione di pubblica utilità che tuttavia viene impugnata dal privato che ne ottiene l'annullamento con conseguente richiesta di risarcimento danni o di restituzione del bene.

E le Sezioni Unite della Cassazione nel giugno e nell'ottobre del 2004 ritengono che anche in tal caso il giudice competente fosse quello ordinario.

Peraltro, è evidente che qui la fonte del danno è l'atto amministrativo, sia pure successivamente annullato con effetto retroattivo e non il comportamento esecutivo, per cui si radicherebbe la giurisdizione amministrativa.

Mette conto rilevare che la Corte europea nel 2000 e nel 2003 ha affermato la contrarietà dell'occupazione alla Convenzione europea in quanto nettamente violativa del principio di legalità, e, pur non avendo riconosciuto il diritto del privato alla restituzione del bene, ha ritenuto ammissibile e fondata la domanda risarcitoria.

(2) Per un primo commento all'Adunanza Plenaria n. 2 del 2005 si rinvia a GIULIO BACOSI, «Titolo (anzi, ... sine titolo): La Plenaria tra occupazioni «appropriative», acquisti coatti e vere attemperanze, in www.giustizia-amministrativa.it.

Secondo la Cassazione, nel caso in cui sia intervenuta la trasformazione radicale del fondo il privato può solo chiedere ed ottenere il risarcimento dei danni, acquistando così la P.A. a titolo originario la proprietà del suolo occupato illecitamente, attesa la prevalenza dell'interesse pubblico sul diritto di proprietà a cui la nostra Costituzione ha posto chiari limiti funzionali.

Siffatto orientamento giurisprudenziale tendente a tutelare il privato con il solo strumento risarcitorio laddove si sia verificata l'irreversibile trasformazione del fondo è stato però sottoposto a profonda revisione critica, sulla scia delle censure dei giudici europei, da parte della recente giurisprudenza amministrativa. Ed inoltre il medesimo non sembra più attuale alla luce del nuovo art. 43 del T.U. Espr., ancorché anche tale previsione sia stata criticata assai di recente dalla Corte europea. (3)

I giudici di Palazzo Spada affermano che di per sé la realizzazione dell'opera pubblica non fa venire meno l'obbligo per la P.A. di restituire al privato il bene illecitamente espropriato.

È fatta salva, però, l'applicazione dell'art. 43 T.U. Espr. che, appunto, prevede la novità del provvedimento amministrativo discrezionale in sanatoria di acquisizione del bene al patrimonio pubblico.

Con tale norma si sancisce un modo di acquisto *ex post* della proprietà del privato occupata e trasformata illecitamente, codificandosi l'utilizzazione senza titolo di un bene da parte della P.A. per scopi di interesse pubblico.

Il bene, così, viene acquisito in sanatoria al patrimonio indisponibile della P.A. che però dovrà risarcire i danni al privato, che sono liquidati dai giudici, in genere, in modo integrale.

Si può affermare che si tratti di un istituto diverso da quello di creazione giurisprudenziale per i motivi che seguono.

In primo luogo, l'istituto è finalmente previsto dalla legge, cosa che prima non era e che era stata stigmatizzata dalla Corte europea.

Ma soprattutto non rileva più come prima il fatto della trasformazione irreversibile del suolo ma è decisiva l'emanazione di un provvedimento discrezionale della P.A. adottabile a certe condizioni: illegittimità della procedura espropriativa, la modifica dell'immobile del privato, la valutazione degli interessi in conflitto (cioè quello della P.A. a conservare l'opera e quello del privato alla restituzione) dovendosi aver riguardo alla consistenza della modifica del bene.

Infine, ovviamente il provvedimento in questione è sindacabile dal G.A. e la P.A. deve assicurare l'operatività del meccanismo risarcitorio in favore del privato.

(3) Si veda Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Strasburgo), sentenza del 17 maggio 2005, caso Scordino, (n. 3) contro Italia (ricorso n. 43662/98), ove si sottolinea l'assenza, nonostante la suddetta previsione, di un formale provvedimento amministrativo precedente e fondante l'acquisto della proprietà e, ancor prima, lo spossessamento dell'area ai danni del privato.

Va anche riferito che la dottrina ha sollevato dubbi di costituzionalità della suddetta previsione per eccesso di delega rispetto alla legge 50/1999 che autorizzava un riordino formale mentre si può ritenere che la previsione in esame innovi l'ordinamento.

In base, poi, al terzo comma dell'art. 43 T.U. Espr. se il privato ha impugnato i provvedimenti amministrativi (dichiarazione di pubblica utilità, decreto di esproprio o provvedimento in sanatoria) la P.A. può chiedere al G.A. che, allorché ritenga fondato il ricorso, non disponga la restituzione del bene e senza limiti di tempo.

Secondo parte della dottrina la discrezionalità della P.A. andrebbe oltre i presupposti dell'utilizzazione attuale e della modifica dell'immobile con conseguente problema dell'eventuale sostituibilità del G.A. nella valutazione compiuta dall'Amministrazione.

Pertanto, alla luce di quanto detto, secondo i giudici di Palazzo Spada, anche dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Consulta i danni da occupazione appropriativa restano nell'ambito della giurisdizione del G.A., in quanto la P.A. esercita il potere mediante l'adozione dell'atto che autorizza l'occupazione (dichiarazione di pubblica utilità).

A tale impostazione può, peraltro, obiettarsi che occorre verificare quale sia la fonte del danno posto che non è la dichiarazione di pubblica utilità ma è il fatto che la P.A. abbia continuato a occupare il suolo nonostante la scadenza dei termini del provvedimento.

Ma, ad esempio, nel caso di occupazione usurpativa spuria la fonte del danno potrebbe ravvisarsi a monte nell'illegittima dichiarazione di pubblica utilità, atteso che il comportamento successivo è meramente esecutivo del potere. (4)

Dott. Giuseppe Baldanza

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 29 aprile 2005, n. 2 – Pres. De Roberto – Est. Patroni Griffi – S. L. c/ ANAS.

«(Omissis). Fatto – La signora L. S., con atto notificato all'ANAS, al Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti e al Prefetto di T., ha proposto ricorso per l'esecuzione del giudicato intervenuto sulla decisione di questa Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 24 gennaio 2000 n. 3.

Con la detta decisione sono stati annullati la dichiarazione di pubblica utilità e tutti i conseguenti provvedimenti inerenti alla procedura di espropriazione di aree di proprietà della ricorrente, al fine della realizzazione del raccordo stradale Civitavecchia-Rieti.

La ricorrente chiede la restituzione dell'area, previa riduzione in pristino, assumendo, tra l'altro, che, a seguito di una conferenza di servizi tenutasi in data 8 novembre 2000, il tracciato viario progettato è stato variato, sicché i terreni di proprietà della ricorrente non sarebbero più interessati dall'opera pubblica.

Le Amministrazioni intimete, costitutesi, nel chiedere la reiezione del ricorso, hanno contrododotto che l'opera pubblica in questione è stata ormai realizzata.

La causa è stata rimessa all'Adunanza plenaria dalla Sezione Quarta, con ordinanza n. 4042 del 2003.

(4) In tal senso: C. d. S., IV sez., n. 1109 del 2005.

Con ordinanza n. 4 del 2004, questa Adunanza plenaria ha disposto istruttoria.

Alla camera di consiglio in data 8 novembre 2004, la causa è stata trattenuta in decisione.

Diritto – 1. La ricorrente propone ricorso per l'esecuzione del giudicato intervenuto sulla decisione 24 gennaio 2000 n. 3 di questa Adunanza plenaria. Con tale decisione sono stati annullati la dichiarazione di pubblica utilità e tutti i conseguenti provvedimenti inerenti alla procedura di espropriazione di aree di proprietà della ricorrente, procedura finalizzata alla realizzazione del raccordo stradale Civitavecchia-Rieti.

La ricorrente chiede la restituzione dell'area, previa riduzione in pristino; si riserva «ogni ulteriore subordinata domanda risarcitoria».

Le amministrazioni intimata, nel chiedere la reiezione del ricorso, hanno controdedotto che l'opera pubblica è stata oramai realizzata.

Nonostante la disposta istruttoria, non è del tutto chiarito se – come assume la ricorrente – il tracciato viario originariamente progettato sia stato variato a seguito di una conferenza di servizi intervenuta tra le amministrazioni interessate. Certo, invece, a fronte di specifico quesito posto nella decisione interlocutoria, è che non è stato adottato alcun provvedimento ai sensi dell'articolo 43 del testo unico sulle espropriazioni (d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327): la difesa erariale, nell'unica memoria presentata prima della decisione interlocutoria, si è limitata a dedurre l'intervenuta realizzazione dell'opera pubblica; l'ANAS, nella relazione depositata, si è posta dubitativamente la questione dell'applicabilità della disposizione in questione al caso in esame *ratione temporis*, proponendosi, in caso affermativo, di provvedere alle «relative incombenze».

Il ricorso per l'esecuzione del giudicato merita accoglimento.

2. – La ricorrente chiede la restituzione dell'area quale effetto dell'annullamento degli atti inerenti alla procedura di espropriazione per pubblica utilità (dichiarazione di pubblica utilità e occupazione di urgenza), disposto con la decisione di questa Adunanza plenaria di cui si chiede l'esecuzione.

Trattasi di effetto tipico della sentenza di annullamento, riconducibile a quello comunemente qualificato da autorevole, e condivisa, dottrina e dalla risalente giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (IV, 24 giugno 1960 n. 688 e 23 giugno 1950 n. 311), mai smentita dalla Corte regolatrice, come effetto ripristinatorio del giudicato, azionabile, in via esecutiva, al pari dell'effetto conformativo con il rimedio dell'ottemperanza (Ad. plen. 22 dicembre 1982 n. 19 e 1° giugno 1983 n. 14).

L'azione volta alla restituzione del bene costituisce strutturalmente attuazione del *decisum* e quindi trova la sua naturale allocazione in sede di giudizio di ottemperanza, in quanto consente e determina quell'adeguamento dello stato di fatto allo stato di diritto che rappresenta la finalità tipica di tale giudizio (v. già Ad. plen. 2 giugno 1983 n. 15) e realizza quell'esigenza di completamento della tutela giurisdizionale amministrativa affermata dalla Corte regolatrice sin dalla nota sentenza a Sezioni unite 8 luglio 1953 n. 2157, ribadita più di recente dalla Corte costituzionale (sentt. n. 495 del 1995 e n. 204 del 2004).

All'adeguamento dello stato di fatto allo stato di diritto, come definito in sentenza, può pervenirsi, a seconda della concreta situazione, mediante restituzione di beni, accompagnata o meno dalla riduzione in pristino, o mediante analoghe forme di esecuzione in forma specifica secondo modalità individuate dal giudice dell'ottemperanza nell'esercizio della giurisdizione di merito. È per questo che l'azione di esecuzione può avere contenuti vari, in dipendenza della natura dell'interesse sostanziale leso e degli effetti propri della sentenza, dandosi luogo a quel «piano mobile di rimedi» – di cui parla autorevole dottrina – in forza del quale la realizzazione della tutela può costituire la risultante, sul piano processuale, di iniziative di diverso contenuto.

3. – Ciò premesso, con riferimento al caso in esame occorre stabilire se – come oppone l'Amministrazione – l'intervenuta realizzazione dell'opera pubblica, si ponga come causa ostativa all'esecuzione del giudicato.

L'Adunanza plenaria ritiene di doversi pronunciare in senso negativo.

3.1. – Va, innanzi tutto, ricordato, che la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha già avuto occasione di affermare che la realizzazione dell'opera pubblica non fa venir meno l'obbligo per l'Amministrazione di restituire al privato il bene illegittimamente espropriato (IV, n. 450 del 2002 e n. 5820 del 2003).

Si è detto, infatti, che, ove possibile in fatto e richiesta dalla parte, la tutela in forma specifica prevale sulla tutela risarcitoria (v. decisioni da ultimo citate, cui *adde* IV, n. 2280 del 2002 e n. 950 del 2004, che estendono il principio anche ai rapporti tra reintegrazione in forma specifica e risarcimento per equivalente).

3.2. – Alla base di questa linea giurisprudenziale, che si pone come superamento della interpretazione che riconnetteva alla costruzione dell'opera pubblica effetti preclusivi o limitativi della tutela in forma specifica del privato, è una spinta evolutiva che innesta le sue radici nel diritto comune europeo, enucleabile dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo chiamata a garantire tali diritti, nel contesto della progressiva integrazione tra ordinamento interno, comunitario e della Convenzione (Ad. gen. 1° marzo 2001 n. 2).

3.2.1. – La giurisprudenza più risalente di questo Consiglio di Stato (*ex multis*: IV, 17 gennaio 1978 n. 14 e 19 dicembre 1975 n. 1327) conosceva l'istituto dell'espropriazione in sanatoria, rivolta ad assicurare ad opere pubbliche realizzate in virtù di occupazione d'urgenza scaduta o di occupazione abusiva la possibilità di sanatoria, in forza di un decreto di espropriazione emesso *ex post*, dotato di efficacia *retroattiva*.

Tale giurisprudenza, idonea per un verso a «regolarizzare» la situazione proprietaria del bene in capo all'amministrazione, palesava peraltro, proprio a causa dei suoi effetti retroattivi, limiti sul versante della tutela del privato, soprattutto sotto il profilo dei rapporti tra risarcimento del danno e indennità di espropriazione.

La Corte di cassazione fu, pertanto, indotta a elaborare un istituto volto a contemperare i problemi legati alla perdita della proprietà con il riconoscimento di un'adeguata ripara-zione sul piano economico del proprietario.

Così, con una «inversione» della fattispecie civilistica dell'accessione, intesa come modo di acquisto della proprietà, fu elaborata la figura pretoria dell'occupazione appropriativa (o accessione invertita) (Cass. 26 febbraio 1983 n. 1464), che lega tra loro acquisto della proprietà da parte dell'amministrazione e realizzazione dell'opera pubblica; mentre gli ulteriori successivi sviluppi giurisprudenziali hanno consentito di distinguere da tale ipotesi e assoggettare a diversa disciplina quelle che sono state definite occupazioni usurpative (Cass. 18 febbraio 2000 n. 1814; Cass. 28 marzo 2001 n. 4451), caratterizzate dalla radicale mancanza di un titolo pubblicistico legittimante.

L'elaborazione giurisprudenziale in esame, sostanzialmente condivisa anche dalla prevalente giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, oltre a manifestare non pochi punti di incertezza in diritto (si pensi solo alla tematica del rapporto tra risarcimento e indennizzo e ai problemi inerenti alla prescrizione), presentava e presenta aspetti problematici anche con riferimento alla individuazione del momento in cui l'opera pubblica possa ritenersi *realizzata* (e conseguentemente ed irreversibilmente acquisito il suolo alla proprietà pubblica).

È proprio da casi italiani – concernenti due diverse fattispecie, in cui l'apprensione materiale del terreno, legittima *ab initio*, era divenuta illegittima, nell'un caso per scadenza dei termini nell'altro per annullamento giurisdizionale della dichiarazione di pubblica utilità – che trae origine la nota vicenda che ha condotto la Corte europea dei diritti dell'uomo a ritenere il nostro quadro normativo non aderente alla Convenzione europea e, in particolare, al Protocollo addizionale n. 1 (sentt. 30 maggio 2000, rich. n. 24638/94, *Carbonara e Ventura*, e 30 maggio 2000, rich. n. 31524/96, *Società Belvedere Alberghiera*, resa in relazione alla decisione di questa Adunanza plenaria 7 febbraio 1996 n. 1).

I punti di contrasto individuati dalla Corte sono così schematizzabili:

a) un comportamento illecito o illegittimo – la distinzione non sembra rilevare per la Corte – non può fondare l'acquisto di un diritto: l'accessione invertita contrasta perciò con il principio di legalità, inteso come preminenza del diritto;

b) spetta all'ordinamento interno l'individuazione dei mezzi di tutela in relazione a fattispecie nelle quali l'acquisizione del bene sia divenuta *sine titulo*: tali mezzi debbono essere però efficaci e collegarsi in un quadro normativo chiaro, preciso e prevedibile (situazione che non riscontra nella attuale disciplina).

La Corte ha quindi ritenuto che non costituisce impedimento alla restituzione dell'area illegittimamente espropriata il *fatto* della realizzazione dell'opera pubblica; e ciò indipenden-

temente dalle modalità – occupazione appropriativa od usurpativa – di acquisizione del terreno, dovendo anzi ritenersi che, in tale ottica, la stessa distinzione tra occupazione appropriativa e usurpativa non assume più rilevanza.

Va, infine, considerato che non può interpretarsi come adesione ad una diversa linea interpretativa della Corte la recente sentenza 30 ottobre 2003, concernente la liquidazione del danno alla Società B. A., resa sulla stessa vicenda in relazione alla quale la precedente decisione del 2000 aveva riconosciuto il diritto alla restituzione dell'immobile. La Corte, infatti, preso atto della mancata restituzione dell'immobile con riduzione in pristino, statuita dalla precedente decisione, senza recedere dalla stessa ed anzi riconfermandone il *dictum*, ha inteso reagire alla mancata restituzione riconoscendo un autonomo titolo di responsabilità di carattere non strettamente risarcitorio, perché comprensiva anche del danno morale sopportato dalla società.

3.2.2. – Nell'ambito del nostro ordinamento le idee affermate dalla Corte dei Diritti dell'Uomo hanno trovato attuazione nella disciplina alla quale si è dato vita con il d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 (Testo unico sulle espropriazioni).

L'articolo 43 del testo unico, nel disciplinare la «utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico», stabilisce che «l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di espropriazione o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso vada acquisito al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario vadano risarciti i danni».

Il che significa riconoscimento all'autorità amministrativa del potere di acquisire al patrimonio pubblico anche un bene occupato senza titolo idoneo, purché ciò avvenga sulla base di un formale atto amministrativo fondato sulla «valutazione degli interessi in conflitto» e con il riconoscimento al privato del ristoro del danno.

La norma postula quindi, accomunando nel regime ogni forma di occupazione senza titolo, la possibilità dell'acquisto della proprietà da parte dell'amministrazione, con un formale provvedimento amministrativo, «valutati gli interessi in conflitto».

Una valutazione – quella degli interessi in conflitto – da condurre con particolare rigore. L'atto di acquisizione, che assorbe dichiarazione di pubblica utilità e decreto di esproprio, deve, infatti, non solo valutare la pubblica utilità dell'opera, secondo i parametri consueti, ma deve altresì tener conto che il potere acquisitivo in parola – avente, in qualche misura, valore «sanante» dell'illegittimità della procedura espropriativa, anche se, come si è detto, solo *ex nunc* – ha natura «eccezionale» e non può risolversi in una mera alternativa alla procedura ordinaria. Il nuovo provvedimento deve perciò trovare la sua giustificazione nella *particolare* rilevanza dell'interesse pubblico posto a raffronto con l'interesse del privato. E ciò a maggior ragione a seguito della parziale reintroduzione, ad opera del decreto legislativo n. 302 del 2002, dell'istituto dell'occupazione d'urgenza.

La motivazione dell'atto di acquisizione dovrà essere, quindi, particolarmente esaustiva della valutazione degli interessi in conflitto, e conseguentemente più stringente dovrà essere il sindacato giurisdizionale.

E gli stessi requisiti per l'ammissibilità del provvedimento di acquisizione dovranno essere valutati rigorosamente, dovendosi escludere, per esempio, come rilevato anche in dottrina, che il provvedimento possa far leva sulla semplice utilizzabilità dell'immobile ovvero sulla sua astratta idoneità a essere utilizzato per il soddisfacimento di un interesse generale, facendo per contro riferimento la norma all'utilizzazione in atto per un interesse pubblico specifico e concreto.

Ciò che maggiormente rileva, peraltro, è che la norma individua nel provvedimento amministrativo di acquisizione – e non già in un mero fatto – l'unico titolo idoneo a costituire il diritto di proprietà in capo all'amministrazione, prevedendo in ogni caso per il privato il diritto al ristoro integrale, cioè al risarcimento del danno «senza pregiudizio per l'eventuale azione già proposta».

Ne consegue – ad avviso di questa Adunanza plenaria – che, in caso di illegittimità della procedura espropriativa e di realizzazione dell'opera pubblica, l'unico rimedio riconosciuto dall'ordinamento per evitare la restituzione dell'area è l'emaneazione di un (legittimo) provvedimento di acquisizione *ex* articolo 43, 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: la realizzazione dell'opera pubblica è un fatto,

e tale resta; la perdita della proprietà da parte del privato e l'acquisto in capo all'amministrazione possono conseguire unicamente all'emanazione di un provvedimento formale, nel rispetto del principio di legalità e di preminenza del diritto.

In tal senso, e con le precisazioni esposte, deve convenirsi che l'istituto dell'acquisizione c.d. sanante di cui all'articolo 43, co. 1 e 2, rispetta i parametri imposti dalla Corte europea e dai principi costituzionali, perché:

a) l'acquisto del bene avviene in virtù di un provvedimento previsto dalla legge e, soprattutto, con efficacia *ex nunc*, sicché sono rispettate le esigenze di chiarezza dell'ordinamento e di preminenza del diritto;

b) il provvedimento è sindacabile e l'esercizio della discrezionalità è circondato da particolari cautele di cui va verificato il rispetto in sede giurisdizionale;

c) è in ogni caso assicurato il risarcimento del danno;

d) in assenza di provvedimento, la restituzione dell'area non può essere impedita, se non per scelta autonoma del privato che rinunci alla restituzione.

4. – Facendo applicazione degli esposti principi alla presente controversia, possono trarsi le seguenti conclusioni:

a) la ricorrente, agendo per l'esecuzione del giudicato, chiede la restituzione dell'area, previa riduzione in pristino;

b) tale domanda, che si ricollega all'effetto ripristinatorio della sentenza e al conseguente obbligo per l'amministrazione di adeguare lo stato di fatto allo stato di diritto come accertato nel giudicato, è correttamente proposta nella sede dell'ottemperanza (senza che occorra indagare in questa sede sulla possibilità, o meno, da parte del privato interessato di avviare, in alternativa alla presente ottemperanza, una concorrente azione restitutoria dinanzi ad altro giudice: Cass. SS.UU. 9 giugno 2004 n. 10978);

c) trattandosi di pretesa restitutoria, fondata sul venir meno del titolo legale dell'apprensione del bene, l'accoglimento della domanda non può essere precluso da considerazioni fondate sull'eccessiva onerosità (art. 2058 cod. civ.) o sul pregiudizio derivante all'economia nazionale dalla distruzione della cosa (art. 2933 cod. civ.);

d) oltre che la rinuncia, anche implicita, della parte, solo l'impossibilità oggettiva può precludere, in sede di esecuzione, la restituzione dell'area previa riduzione in pristino;

e) l'avvenuta realizzazione dell'opera pubblica non costituisce causa di impossibilità oggettiva, in quanto mero fatto, occorrendo all'uopo un (legittimo) provvedimento formale di acquisizione dell'area ai sensi dell'articolo 43, comma 1, del testo unico sulle espropriazioni.

Nel caso in esame è pacifico – perché risulta confermato dall'istruttoria espletata – che tale provvedimento non è stato adottato.

5. – Su di un ultimo punto va richiamata l'attenzione.

L'ANAS, nella sua relazione tecnica, ha rilevato che, nella specie, non avrebbe dovuto farsi riferimento alla nuova disciplina di cui all'art. 43 del d.P.R. n. 327 del 2001 di cui si è fatta applicazione in quanto l'art. 57 del d.P.R. n. 327 *cit.* (*rectius*: l'art. 5 della legge 1 agosto 2002 n. 166 che ha modificato il tenore dell'originaria disposizione) esclude la operatività della nuova disciplina nei confronti delle procedure nelle quali risulti intervenuta – come nella specie – prima dell'entrata in vigore del d.P.R. n. 327 del 2001 la dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza (nel caso in esame l'intero procedimento fino all'esproprio si è svolto prima della entrata in vigore della nuova legge).

L'assunto non può essere condiviso.

La disposizione avanti ricordata (che prende il posto di altra norma ispirata a tutt'altra logica: v. art. 57 nella sua originaria versione) si propone di evitare che procedimenti avviati in applicazione della disciplina pregressa trovino ulteriore sviluppo e conclusione alla stregua di sopravvenuti assetti (riconoscendosi ultrattività, per tali fasi procedurali, alla precedente disciplina).

La norma transitoria ora ricordata risulta, però, manifestamente inapplicabile al caso in esame.

Nella presente fattispecie si tratta, infatti, non già di stabilire qual è la normativa che disciplina una procedura espropriativa *in itinere* (la vicenda presa in considerazione dall'art. 57 legge n. 127 del 2001 nel nuovo testo di cui all'art. 5 della legge n. 166 del 2002) ma solo di decidere – dopo l'annullamento passato in giudicato dalla precedente procedura

(tutta svoltasi sotto l'impero della precedente disciplina) – quale sorte vada riservata ad una *res* «modificata», come nella specie, dalla Amministrazione restata senza titolo nelle mani di quest'ultima dopo l'annullamento degli atti della procedura espropriativa.

Non trattandosi di vicenda riconducibile sotto la norma transitoria avanti ricordata è evidente che non può non trovare applicazione nella specie la disposizione dell'art. 43 che consente, in caso di apprensione e modifica di *res sine titulo* o con titolo annullato, la possibilità di neutralizzare la domanda di restituzione della parte interessata solo con l'adozione di un atto formale preordinato all'acquisizione del bene (con corresponsione di quanto spettante a titolo risarcitorio) o la speciale domanda giudiziale formulata nel processo di cui è parola nello stesso art. 43.

6. – Alla stregua delle svolte argomentazioni il ricorso per l'esecuzione del giudicato deve essere accolto.

Va, pertanto, ordinato alle amministrazioni intimare, per quanto di competenza, di procedere alla restituzione dell'area, previa riduzione in pristino, nel termine di tre mesi dalla notificazione o dalla comunicazione amministrativa della presente decisione. In caso di inadempiamento nel termine predetto, e fatta salva ogni possibilità transattiva rimessa all'autonomia delle parti, è nominato, sin d'ora, commissario *ad acta* il Capo del Dipartimento per il sostegno alle attività di repressione degli abusi edilizi del Ministero delle infrastrutture e del territorio, il quale provvederà, personalmente o a mezzo di funzionario da lui delegato, all'esecuzione della presente decisione nell'ulteriore termine di tre mesi.

Le spese del giudizio di esecuzione, liquidate in dispositivo, seguono, come di regola, la soccombenza e vanno poste a carico dell'ANAS.

P. Q. M. L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, accoglie il ricorso e ordina l'esecuzione del giudicato nei termini e con le modalità indicati in motivazione.

Condanna l'ANAS al pagamento, in favore della ricorrente, delle spese del giudizio di ottemperanza, che liquida in Euro 10.000,00 (diecimila), comprensive di onorari.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, addì 8 novembre 2004 (*omissis*)».

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 30 agosto 2005, n. 4 – Pres. De Roberto – Est. Maruotti – Comune di M. c/A. P.

«*Omissis. Fatto* – Con delibera del 7 maggio 1986, la giunta del Comune di M. ha dichiarato la pubblica utilità, l'indifferibilità e l'urgenza dei lavori di trasformazione in strada comunale di una via rurale.

Alla dichiarazione di pubblica utilità ha fatto seguito la emanazione di una ordinanza di occupazione d'urgenza, sulla base della quale l'amministrazione ha conseguito la disponibilità dei terreni e ha proceduto alla realizzazione dell'opera pubblica (la nuova strada comunale).

Col ricorso proposto al T.A.R. per la Sicilia (Sezione di Catania), il signor A. P., nella sua qualità di proprietario di una parte del suolo sul quale è stata realizzata la strada, ha rilevato che all'occupazione di urgenza della sua proprietà non aveva fatto seguito l'emanazione del decreto di esproprio entro il termine prescritto (come prorogato al 23 novembre 1994 dalla legge n. 158 del 1991).

Egli ha chiesto, conseguentemente, la condanna del Comune al pagamento di lire 46.900.000 a titolo di risarcimento del danno per l'occupazione divenuta *sine titulo* e per la perdita del fondo sul quale è stata realizzata la nuova strada.

Con la sentenza n. 175 del 2003, il T.A.R., richiamate le risultanze di una consulenza tecnica d'ufficio, ha accolto il ricorso condannando il Comune al pagamento di euro 28.933,98 e degli interessi legali.

Il Comune ha appellato la sentenza del T.A.R., ha dedotto che la consulenza tecnica d'ufficio sarebbe stata redatta da un ingegnere dipendente di un Comune, in violazione dell'art. 53 del decreto legislativo n. 165 del 2001, ed ha sostenuto, inoltre, che non si sarebbe tenuto conto – ai fini della valutazione del valore del suolo – di circostanze decisive evidenziate nelle difese di primo grado.

L'appellato ha chiesto la reiezione del gravame.

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, con l'ordinanza n. 201 del 2005, ha rimesso la causa all'esame dell'Adunanza Plenaria, ai sensi dell'art. 45 del testo unico n. 1054 del 1924.

L'appellato, con una memoria depositata in data 10 giugno 2005, ha illustrato le questioni controverse ed ha insistito nelle già formulate conclusioni.

All'udienza del 20 giugno 2005, la causa è stata trattenuta in decisione ed è stato depositato il dispositivo ai sensi dell'art. 23-*bis* della legge n. 1034 del 1971, modificata con la legge n. 205 del 2000.

Diritto – 1. – Debbono essere risolte preliminarmente, nell'ordine, due questioni prospettate dall'ordinanza di rimessione:

a) se il Consiglio di Stato, giudice di appello, possa verificare *d'ufficio* la riconducibilità della presente controversia nella giurisdizione amministrativa, in presenza di una sentenza di accoglimento del ricorso postulante, pur se in forma implicita, la sussistenza della giurisdizione;

b) nella affermativa, se la controversia in esame ricada nella giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto avente ad oggetto, al di fuori di ogni impugnativa di atti autoritativi, la sola pretesa di conseguire il risarcimento del danno sopportato dal diritto di proprietà del privato, investito da un provvedimento di occupazione d'urgenza venuto meno retroattivamente *ex lege*.

2. – In ordine alla prima questione, rilevano i primi due commi dell'art. 30 della legge n. 1034 del 1971, per i quali «il difetto di giurisdizione deve essere rilevato di ufficio» e «avverso le sentenze che affermano o negano la giurisdizione è ammesso ricorso al Consiglio di Stato».

2.1. – La interpretazione di tali disposizioni ha dato luogo – come è noto – a diversi orientamenti giurisprudenziali.

Per alcune decisioni (Ad. Plen., 25 ottobre 1980, n. 42; Sez. VI, 13 gennaio 1983, n. 12; Sez. VI, 21 marzo 1998, n. 380; Sez. VI, 20 maggio 1995, n. 479; Sez. IV, 4 febbraio 1999, n. 112; Sez. IV, 21 gennaio 2005, n. 99), finché non risulti emanata una sentenza regolatrice della Corte di Cassazione, il Consiglio di Stato come giudice d'appello ha titolo a sindacare d'ufficio in ogni ipotesi la sua giurisdizione (e della complessiva istituzione nella quale il Consiglio di Stato fa parte insieme ai T.A.R.).

A conclusioni di segno opposto è pervenuto, invece, un ulteriore indirizzo che, richiamando i limiti insuperabili del giudicato, ritiene interdetto qualunque esame del punto concernente la giurisdizione in sede di appello, in assenza di una specifica censura avanzata dalla parte contro la decisione, espressa o implicita, sulla giurisdizione (Sez. IV, 14 aprile 1998, n. 621; Sez. VI, 7 luglio 2003, n. 4028; Sez. IV, 14 aprile 2004, n. 2105; Sez. IV, 18 maggio 2004, n. 3186).

Un ultimo indirizzo – collocandosi in una posizione mediana – afferma, invece, che il giudice d'appello può procedere alla valutazione di ufficio della giurisdizione solo in presenza di una statuizione implicita: le statuizioni esplicite sulla giurisdizione richiederebbero, invece, apposita impugnativa (Sez. VI, 10 aprile 2002, n. 1039; Sez. VI, 15 dicembre 2003, n. 8212).

2.2. – L'Adunanza Plenaria ritiene che vada seguito quest'ultimo indirizzo.

La regola del primo comma dell'art. 30 della legge n. 1034 del 1971 in ordine alla rilevanza d'ufficio del difetto di giurisdizione da parte del giudice amministrativo va posta in rapporto con il secondo comma dello stesso articolo, secondo il quale «avverso le sentenze che affermano o negano la giurisdizione è ammesso ricorso al Consiglio di Stato».

Si desume, infatti, da una lettura coordinata di tali disposizioni che, nelle ipotesi in cui il T.A.R. abbia espressamente pronunciato sulla giurisdizione, la relativa statuizione può essere conosciuta dal giudice di appello solo in presenza di apposito gravame di parte. Il giudice d'appello resta, invece, legittimato ad intervenire quando il giudice di primo grado ha statuito, solo in forma implicita, sulla giurisdizione attraverso l'adozione di una pronuncia di merito o di carattere processuale che non avrebbe, però, potuto essere adottata se non da un organo provvisto di potestà giurisdizionale.

In aderenza ad un siffatto ordine di idee, è pertanto da escludere che nella specie – mancando qualunque espressa statuizione in tema di giurisdizione – sussista per il giudice di appello la preclusione a conoscere *ex officio* di questioni relative alla giurisdizione.

3. – Risolto in senso affermativo il punto della verificabilità in questa sede *ex officio* della giurisdizione, occorre ora stabilire se il giudice amministrativo adito abbia titolo a conoscere della presente controversia, così come ritenuto dalla sentenza appellata che ha definito nel merito la controversia.

La lite dedotta in questa sede ha ad oggetto – come si è avanti ricordato – la domanda di risarcimento del danno sopportato dalla parte privata in conseguenza dello spossamento dell'area di sua proprietà sulla quale è stata realizzata l'opera pubblica durante il periodo nel quale il provvedimento di occupazione ha esplicato i suoi effetti.

Resta perciò da definire se tale lesione del diritto di proprietà vada ricondotta all'esplicazione del pubblico potere o a un mero comportamento (nella seconda evenienza, in applicazione dei principi enunciati dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 204 del 2004, dovrebbe essere declinata la giurisdizione del giudice amministrativo a favore di quella del giudice ordinario).

3.1. – Ad avviso di questa Adunanza Plenaria sussiste, nella specie, la giurisdizione del giudice amministrativo.

Occorre a questo riguardo ricordare che l'art. 34 del decreto legislativo n. 80 (da leggere in stretta connessione con il successivo art. 35, comma 1, del decreto legislativo n. 80 del 1998, novellato quest'ultimo dall'art. 7 della legge 205 del 2000) ha dato vita ad una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo chiamata ad accogliere nel suo seno ogni controversia tra il privato e la pubblica amministrazione, insorta nell'area dell'urbanistica e dell'edilizia e relativa – oltre che ad interessi legittimi – a diritti soggettivi (di regola al diritto di proprietà, ai diritti reali, al possesso). E ciò sia nell'ipotesi in cui il *vulnus* recato al diritto soggettivo debba farsi risalire alla esplicazione dei pubblici poteri, sia nell'ipotesi in cui la lesione vada ricondotta, invece, a comportamenti invasivi *sine titulo* nella sfera del privato (anche se in vista, di regola, del perseguimento di finalità pubblicistiche, pur con mezzi impropri).

Di ciò si trae sicura conferma dalla lettura dell'art. 34, nel quale si parla di lesioni arretrate a tali diritti tanto da «atti e provvedimenti» (e, perciò, dalla esplicazione di poteri autoritativi), quanto da «comportamenti» che si manifestino come iniziative disciplinate dal diritto comune (e di regola come meri fatti illeciti, fonti di responsabilità aquiliana).

Conformandosi ad una tale chiave di lettura, la giurisprudenza, sin dall'indomani della emanazione della norma citata, ha ritenuto di spettanza del giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, la cognizione di interventi invasivi *sine titulo* nella proprietà privata, come meri «comportamenti»: vie di fatto, iniziative procedimentali abnormi rivolte ad incidere nella sfera del soggetto privato (con utilizzazione in tali ipotesi anche di azioni possessorie).

3.2. – La Corte costituzionale – condividendo la linea interpretativa dell'art. 34 seguita dalla giurisprudenza, sulla riconducibilità alla giurisdizione amministrativa anche dei fatti lesivi non riferibili all'esplicazione del potere – con la sentenza n. 204 del 2004 ha dichiarato la illegittimità costituzionale della norma attributiva della giurisdizione al giudice amministrativo in relazione alle lesioni di diritti soggettivi riferibili ai detti comportamenti materiali ed ha disposto, espressamente, lo scorporo della detta espressione dal testo dell'art. 34 citato.

Sono state conservate, così, alla giurisdizione del giudice amministrativo le liti relative a diritti e interessi da riportare alla esplicazione del potere: una soluzione alla quale la Corte è approdata nel presupposto che la Costituzione consenta di derogare alla clausola generale di riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo (diritti – interessi) solo quando i diritti – tutelati innanzi al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva – risultino vulnerati dalla pubblica amministrazione come «autorità» (e si tratti, perciò, di diritti soggettivi sui quali incida il pubblico potere).

3.3. – L'ordinanza di rimessione del Consiglio di Giustizia Amministrativa non avanza espliciti dubbi in ordine alla giurisdizione amministrativa nei riguardi della pretesa risarcitoria di cui si discute in questa sede (pretesa traente origine dalla sopravvenuta retroattiva caducazione *ex lege* del provvedimento di occupazione d'urgenza, che ha reso *sine titulo* sia l'apprensione della *res*, sia gli interventi modificativi alla stessa apportati).

Si rappresentano, però, nell'ordinanza due profili che – sempre ai fini della valutazione della giurisdizione del giudice amministrativo – meriterebbero di essere approfonditi, dopo

l'emanazione della sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale, in considerazione anche del fatto che – come è risaputo – il principio della *perpetuatio iurisdictionis* di cui all'art. 5 c.p.c. non opera quando la giurisdizione venga meno – come è parzialmente avvenuto con riferimento all'art. 34 – non per effetto di leggi sopravvenute, ma di una sentenza della Corte Costituzionale operante in via retroattiva.

Questi sono i due punti ai quali sembra, nella sostanza, far riferimento l'ordinanza di rimessione:

a) in primo luogo, andrebbe verificato se, dopo la dichiarazione di illegittimità costituzionale di cui alla sentenza n. 204 del 2004 (che ha precluso al giudice amministrativo di conoscere di «comportamenti» retti da norme del diritto comune), si possano ancora considerare ricadenti nella giurisdizione amministrativa (come fatti eziologicamente riconducibili all'amministrazione-autorità) le lesioni del diritto di proprietà di cui si è denunciata la violazione con il ricorso in esame; e ciò in considerazione della circostanza che, con la dichiarazione di inefficacia *ex lege* dell'atto di occupazione di urgenza e degli effetti giuridici da quest'ultimo spiegati, le lesioni arrecate al diritto di proprietà del soggetto privato potrebbero essere considerate come condotte *sine titulo*, perciò *in toto* assimilate ai «comportamenti» materiali dell'amministrazione di cui al citato art. 34;

b) anche se si pervenisse alla conclusione di ritenere che il *vulnus* del diritto soggettivo sia nella specie da ricondurre al pubblico potere, andrebbe stabilito se la denunciata lesione di diritti soggettivi possa essere conosciuta dal giudice amministrativo al quale – come sembrerebbe doversi desumere dalla sentenza n. 204 del 2004 della Corte – è attribuita la giurisdizione esclusiva solo nell'ambito di controversie nelle quali restano coinvolti insieme interessi legittimi e diritti soggettivi.

Ed invero – a differenza di quanto avviene, di norma, negli altri casi di giurisdizione esclusiva – la presente controversia si contrassegna per il fatto di avere come oggetto soltanto diritti soggettivi, risultando venuto meno *ex lege* (per la mancata conclusione del procedimento e non a seguito di impugnativa involgente interessi legittimi) il provvedimento degradatorio in precedenza emanato (l'occupazione di urgenza).

Solo nel caso di congiunta proposizione della impugnativa dell'atto degradatorio e della pretesa risarcitoria relativa a diritti soggettivi, la lite si sarebbe potuta radicare innanzi al giudice amministrativo, implicando la giurisdizione esclusiva un processo avente ad oggetto, ad un tempo, diritti ed interessi.

3.4. – Per quanto concerne il primo punto, va senz'altro riconosciuto che si può parlare di lesione di diritti soggettivi nei riguardi dei provvedimenti degradatori (tra i quali si iscrive il provvedimento d'occupazione di urgenza adottato nella specie) dopo che tali provvedimenti siano stati annullati o abbiano cessato di esplicare – come nel caso in esame – retroattivamente i loro effetti: con il singolare risultato che può parlarsi di lesione del diritto solo in concomitanza della dissoluzione dell'atto con il quale il potere pubblico si era manifestato.

È evidente, però, che non può bastare tale dato ad indurre a ravvisare nella specie la lesione di un diritto soggettivo rapportabile ad un comportamento materiale e non a fattori causali riconducibili al pubblico potere.

Ed invero la formula dell'art. 34 – che parla di «atti e provvedimenti» in contrapposizione ai «comportamenti» (l'espressione dichiarata costituzionalmente illegittima) – mira proprio alla identificazione della lesione di diritti soggettivi, eziologicamente riconducibili alla funzione (naturalmente solo dopo che sono divenuti *sine titulo* gli interventi posti in essere in attuazione degli atti amministrativi i cui effetti sono venuti meno).

In tale fenomeno, per l'assoluta somiglianza di fattispecie, restano accomunati sia le controversie – come quella dedotta in questa sede – caratterizzate dall'inefficacia retroattiva *ex lege* che investe l'atto degradatorio applicativo del vincolo preordinato all'esproprio, sia le ipotesi di annullamento dell'atto stesso (con proposizione in entrambi i casi – sul presupposto della caducazione degli effetti dell'atto autoritativo – della pretesa di carattere patrimoniale).

Stando così le cose, va considerata come controversia riconducibile all'esplicazione del pubblico potere – nel senso in cui ne parla l'art. 34, in contrapposizione ai «comportamenti» materiali – qualunque lite suscitata da lesioni del diritto di proprietà provocate, in area urbanistica, dalla esecuzione di provvedimenti autoritativi degradatori, venuti meno o per annullamento o (come nella specie) per sopraggiunta inefficacia *ex lege*.

3.5. – Sembra senz'altro da disattendere l'impostazione (di chiara ispirazione processuale) rivolta a prospettare che la giurisdizione esclusiva (e, perciò, anche quella in materia di urbanistica e di edilizia) presupporrebbe sul piano costituzionale *ad validitatem* la congiunta deduzione, nello stesso processo, sia di diritti che di interessi legittimi (situazione, quest'ultima, che si realizzerebbe, ad es., nella ipotesi di pretesa risarcitoria dedotta, in via consequenziale, dopo l'annullamento del provvedimento degradatorio e non anche quando l'atto e i suoi effetti siano venuti meno *ex lege*).

Deve darsi atto che, effettivamente, in più punti della sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale si rinvencono espressioni che sembrerebbero rivolte a condizionare la legittimità costituzionale delle norme, attributive alla giurisdizione amministrativa esclusiva in «particolari materie», alla circostanza che la materia stessa coinvolga diritti soggettivi sui quali sono chiamati ad interferire poteri pubblicistici.

Resta, però, assolutamente estranea alla medesima sentenza della Corte l'affermazione secondo cui la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo comporti, immancabilmente, l'instaurazione di una concreta controversia implicante la congiunta deduzione in causa di interessi legittimi e diritti soggettivi (situazione che si avvera nella sola ipotesi di impugnazione degli atti di esercizio del potere e dopo l'annullamento dell'atto, con pretese consequenziali rivolte a denunciare *vulnera* incidenti sulle legittimanti e risorte posizioni di diritti soggettivi).

È da ritenere, pertanto, fuori discussione la possibilità – riconosciuta dalla stessa giurisprudenza – di fare rientrare, in sede di giurisdizione esclusiva in area urbanistica ed edilizia, le controversie di carattere solo impugnatorio involgenti esclusivamente interessi legittimi, perché rivolte a conseguire l'annullamento dell'atto con il quale il potere è stato esercitato (ad esempio, impugnativa di strumenti urbanistici, di dichiarazioni di pubblica utilità, di espropri, etc.).

Del pari, risulta pienamente ipotizzabile – in rigorosa simmetria con tale fattispecie – l'ingerenza del giudice amministrativo su liti che, come nel caso in esame, abbiano ad oggetto diritti soggettivi quando la lesione di questi ultimi tragga origine, sul piano eziologico, da fattori causali riconducibili all'esplicazione del pubblico potere, pur se in un momento nel quale quest'ultimo risulta ormai mutilato della sua forza autoritativa per la sopraggiunta inefficacia disposta dalla legge per la mancata conclusione del procedimento.

La giurisprudenza di questo Consiglio, d'altra parte, ha riconosciuto espressamente la possibilità di far valere in giudizio, innanzi al giudice amministrativo, pretese patrimoniali conseguenti all'annullamento di un provvedimento degradatorio disposto in un separato giudizio pure svoltosi dinanzi al giudice amministrativo, ovvero in via di autotutela, nell'esatta considerazione che nell'area urbanistica ed edilizia la riparazione dei diritti incisi dal pubblico potere è di spettanza del giudice amministrativo, quale che sia la sede – anche extragiudiziale – nella quale l'annullamento sia stato disposto.

4. – Passando a questo punto all'esame delle due censure formulate dal Comune appellante, ai fini del decidere e ai sensi dell'art. 44 del testo unico n. 1054 del 1924, occorre disporre l'acquisizione di chiarimenti, in ordine ai criteri seguiti dal consulente, nominato in primo grado per la quantificazione del danno subito dall'appellato.

Tenuto conto delle deduzioni già formulate in primo grado dal Comune e richiamate nell'atto di appello, tali chiarimenti dovranno offrire elementi per valutare se il consulente si sia conformato a criteri di ragionevolezza nella determinazione del valore dell'area di proprietà dell'appellato:

E ciò con particolare riferimento ai seguenti aspetti:

– valutazione del valore dei suoli siti nel territorio del limitrofo Comune di (...), disattendendo i criteri valorizzati invece dall'Ufficio tecnico comunale di M., richiamati a p. 3 dell'atto di appello;

– mancato conferimento di qualunque rilievo alle dichiarazioni presentate dall'appellato ai fini della quantificazione dell'I.C.I., richiamate a pp. 3-4 del medesimo atto di appello;

– diniego di ogni rilievo ai parametri applicati dal Comune di M. per la liquidazione della indennità provvisoria, accettata in data 31 dicembre 1988.

Tali chiarimenti dovranno essere forniti dal dirigente dell'Ufficio del Genio civile di Palermo (che potrà delegare un funzionario di propria fiducia), entro il 15 ottobre 2005, con una relazione da trasmettere alla Segreteria dell'Adunanza Plenaria.

La Segreteria è incaricata di trasmettere al dirigente dell'Ufficio del Genio civile di Palermo una copia della presente decisione, della sentenza impugnata, dell'atto di appello e della relazione del consulente depositata in data 26 aprile 2001 (dandone immediato preavviso mediante fax o strumento informatico).

Il Comune di M. provvederà a trasmettere al più presto al medesimo dirigente (e alla Segreteria) copia della documentazione riguardante la quantificazione dell'I.C.I. da parte dell'appellato e la liquidazione della indennità provvisoria (non depositata nel presente giudizio), nonché tutta l'ulteriore documentazione che gli sarà richiesta dal dirigente per la stesura dei chiarimenti.

Le parti – entro il 30 settembre 2005 – potranno fornire ogni ulteriore elemento di valutazione al dirigente, affinché ne tenga conto nella relazione finale.

Riservata ogni ulteriore statuizione, anche sulle spese, per il prosieguo va fissata l'udienza del 14 novembre 2005.

P.Q.M. Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria) dichiara la giurisdizione del giudice amministrativo e, riservata ogni ulteriore statuizione, dispone gli incombenti istruttori indicati in motivazione.

Spese al definitivo.

Rinvia per il prosieguo all'udienza del 14 novembre 2005.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dalla Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio tenutasi il giorno 20 giugno 2005 (*omissis*)».

Sulla risarcibilità del c. d. danno da ritardo: diritto soggettivo o interesse procedimentale del privato.

(Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 15 settembre 2005, n. 7)

Nell'ultimo decennio si è ormai consolidata la configurabilità della responsabilità della pubblica amministrazione per lesione della sfera giuridica dei privati soprattutto mediante il superamento del dogma dell'irrisarcibilità dell'interesse legittimo puro, ossia pretensivo, avvenuto con la nota sentenza n. 500 delle Sezioni Unite della Cassazione, ma anche con l'attribuzione da parte del legislatore al G.A. del potere di giudicare sull'azione di risarcimento del danno, consacrata di recente dal Giudice costituzionale come strumento di tutela ulteriore rispetto alla tradizionale azione di annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo e, talvolta, indispensabile alla piena ed effettiva soddisfazione del soggetto privato leso.

Per quanto, poi, attiene alla natura giuridica della responsabilità della P.A., il tradizionale carattere aquiliano della stessa sembra resistere alle recenti teorie suggestive del «contratto sociale»⁽¹⁾ o della natura mista-oggettiva né contrattuale né extracontrattuale, sulla falsariga del modello francese, di recente prospettata in una singolare sentenza del Consiglio di Stato⁽²⁾.

Infatti, per un verso, l'orientamento basato sul contatto procedimentale determinatosi tra P.A. e privato sembra condurre ad una non pacifica correlazione tra obblighi di buona fede e correttezza della parte pubblica del rapporto giuridico e diritti soggettivi del privato e ad un'eccessiva tutela risarcitoria di quest'ultimo con riguardo a violazioni di obblighi formali e procedimentali non connesse, talvolta, ad un'effettiva lesione dell'interesse sostanziale correlato al bene della vita cui il privato aspira indefettibilmente richiesta anche dai giudici di legittimità nel 1999.

E, per l'altro, l'innovativa tesi della natura mista della responsabilità della P.A., non ha come fondamento normativo alcun modello di disciplina autonomo e condurrebbe all'affermazione di una responsabilità oggettiva chiaramente non prevista nel nostro ordinamento.

Pertanto, ai fini dell'individuazione delle tipologie di danno di cui il privato possa lamentarsi dinanzi al giudice amministrativo, pare opportuno rimanere ancorati ai tradizionali presupposti delineati dall'art. 2043 cc..

Ciò precisato, può ora indagarsi su quali in concreto possano essere le fonti di un danno ristorabile dinanzi al G. A. nonché le relative tipologie.

Pare, innanzitutto, potersi delineare una *summa divisio* tra danno derivante da un provvedimento amministrativo illegittimo e pregiudizio conseguente ad un comportamento illecito posto in essere dall'Amministrazione.

(1) Si vedano *ex plurimis*, Cass., n. 157/2003 e C. d. S., n. 340/2003, e, quanto alla giurisprudenza amministrativa di prime cure, la recente T.A.R. Lazio, n. 1037/2005.

(2) C. d. S., n. 1107/2005.

Il problema ha poi risvolti processuali critici con riguardo alla corretta individuazione della giurisdizione cui il privato deve ricorrere, posto che in concreto non è sempre agevole inquadrare la fonte del danno e distinguere tra danno derivante da un provvedimento amministrativo illegittimo e danno da comportamento illecito, atteso anche che, alla luce dei criteri di riparto precisati dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n. 204/2004, possono esservi comportamenti della P.A. correlati ai quali in capo al privato sia ravvisabile comunque una posizione di interesse legittimo e non di diritto soggettivo, come ad esempio nel caso di danni da ritardo o da silenzio, con conseguente radicamento della giurisdizione amministrativa.

In primo luogo, sembra assodato l'assunto per cui sono risarcibili nell'ambito della giurisdizione amministrativa di legittimità quei danni riconducibili alla c. d. responsabilità da provvedimento, atteso che qui il danno è direttamente provocato dall'effetto del provvedimento illegittimo. Il privato potrà quindi chiedere l'annullamento dell'atto ed il risarcimento dei danni secondo la regola della pregiudizialità amministrativa, ottenendo una tutela effettiva e concentrata dinanzi ad un unico giudice, quello amministrativo.

Molto più complessa è la questione della responsabilità da attività comportamentale illecita della P.A..

In tale ipotesi il danno non ha come fonte diretta un provvedimento amministrativo illegittimo di cui si chiede l'annullamento, ma è provocato da un illecito contegno dell'Amministrazione.

Un tipico esempio di tale seconda tipologia di danno è quello derivante dal ritardo⁽³⁾ con cui la P.A. ha emanato il provvedimento richiesto dall'interessato.

Questa fattispecie va però nettamente distinta dal danno da disturbo⁽⁴⁾, il quale deriva dalla lesione di un interesse legittimo oppositivo, in quanto il privato è titolare di una pretesa a non essere disturbato nel libero esercizio delle facoltà inerenti ad un diritto inizialmente già presente nella sua sfera giuridica.

(3) Tra le più recenti pronunce della giurisprudenza amministrativa di primo grado che si sono occupate della tipologia di danno in commento si segnala T. A. R. Puglia, n. 56/2005.

(4) Un caso riconducibile in quest'ultima categoria è quello deciso in primo grado da T.A.R. Puglia, Sez. Lecce, n. 5599/2001 e in appello da C.d.S., VI sez., n. 1261/2004.

Tale controversia trattava di alcuni soggetti che avevano ottenuto una regolare concessione edilizia successivamente annullata con ordinanza sindacale in seguito alla emanazione di un decreto di apposizione di vincolo paesaggistico.

Ciò comportava l'interruzione dei lavori iniziati, per cui i destinatari impugnavano i suddetti provvedimenti, chiedendo anche il risarcimento dei danni conseguenti, attinenti all'aumento dei costi derivante dal blocco dell'attività edilizia e all'impedimento alla vendita delle unità abitative.

Il giudice di prime cure, dopo aver disposto la consulenza tecnica d'ufficio, estesa e generalizzata nel processo amministrativo ai sensi dell'art. 16 della legge 205/2000, annullava il provvedimento di apposizione del vincolo paesaggistico ma rigettava la domanda risarcitoria per la carenza probatoria del danno emergente e del lucro cessante.

Il Consiglio di Stato ha ricondotto la fattispecie nell'ambito degli elementi costitutivi dell'illecito e della responsabilità aquiliani, giungendo all'opposta conclusione della risarcibilità dei danni qualificati «da disturbo».

Il danno da ritardo, invece, come anticipato, è conseguente alla lesione di un interesse legittimo pretensivo, causata dal ritardo con cui la P.A. ha emesso il provvedimento finale volto ad ampliare la sfera giuridica del privato.

Peraltro, occorre distinguere al suo interno tra ritardo cui segue un provvedimento favorevole e ritardo cui segue un provvedimento negativo.

Secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 7 del 2005, il ritardo della P. A., al di fuori dei casi in cui il legislatore abbia previsto dei rimedi indennitari (art. 17 legge 59/1997) non può dar luogo a danni risarcibili. In particolare, l'interesse pretensivo può essere risarcito solo se collegato ad un provvedimento positivo e al conseguimento del bene della vita, con la conseguenza che, laddove il ritardo abbia dato luogo ad un provvedimento negativo, questo non può comportare alcun danno risarcibile.

Quindi al privato, nella prima ipotesi, non resterebbe che il risarcimento dell'interesse negativo, ravvisabile nelle spese inutilmente sostenute e nelle occasioni alternative perdute.

Quando la violazione è meramente formale o procedimentale il risarcimento dovrebbe essere escluso non essendo ravvisabile un danno apprezzabile.

Infatti, se è vero che una siffatta violazione può integrare un danno ingiusto derivante dalla lesione di un valore giuridico tutelato e che possano esservi danni risarcibili non coincidenti con l'interesse al bene della vita, è anche vero che in tal caso non è facile dimostrare l'avvenuta diminuzione del patrimonio in senso economico-giuridico.

Seguendo una siffatta impostazione teorico-ricostruttiva appare evidente che i giudici di Palazzo Spada abbiano voluto respingere la tesi autorevolmente sostenuta in dottrina (Clarich) fatta propria dalla medesima ordinanza di rimessione dei loro colleghi della IV sezione(5), secondo cui il privato istante sarebbe titolare di una doppia posizione giuridica soggettiva, l'una di interesse legittimo pretensivo volto ad ottenere il bene della vita cui lo stesso aspira (ad esempio una concessione) e l'altra di vero e proprio diritto soggettivo al rispetto da parte della P.A. della tempistica procedimentale(6) e, più in generale, delle regole che disciplinano il procedimento e l'azione amministrativa.

Per completezza va anche dato conto che alcuni autori hanno (addirittura) sostenuto che il privato sarebbe titolare di un diritto soggettivo di carattere assoluto di rango fondamentale ad una ragionevole durata del procedimento amministrativo, fondato nel disposto di cui all'art. 111 Cost., sulla scorta di una equiparazione tra procedimento e processo. Ma una siffatta impostazione non può che ritenersi arbitraria vista la collocazione sistematica della suddetta disposizione nell'ambito delle norme sulla giurisdizione e

(5) C. d. S., n. 875/2005.

(6) A tale impostazione in dottrina quanto in giurisprudenza si è obiettato che nel sistema della funzione amministrativa non è rinvenibile una obbligazione in senso tecnico che abbia ad oggetto la conclusione del procedimento, trattandosi di una tipica attività autoritativa, ancorché regolata da fonti normative puntuali.

stante la diversa *ratio* sottesa alla norma evidentemente finalizzata a tutelare il privato da possibili pregiudizi esistenziali derivanti dall'eccessivo protrarsi di un procedimento giurisdizionale a suo carico.

Con riguardo, poi, al profilo della giurisdizione in punto di danni da ritardo, la Cassazione (S.U., ord. n. 6745 del 31 marzo 2005) ha ribadito la necessità di concentrare dinanzi ad un unico giudice, il G.A., la tutela piena della situazione soggettiva dell'istante escludendo che la giurisdizione possa essere condizionata dalle scelte di strategia processuale del privato.

Secondo i dettami della suddetta Adunanza Plenaria, poi, nel caso di danni lamentati dal privato in conseguenza del ritardo della P. A., non si è al cospetto di comportamenti della P. A. incidenti su diritti soggettivi in violazione del principio del *neminem laedere*.

Viceversa, nel caso di mancato tempestivo soddisfacimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di assolvere adempimenti pubblicistici aventi ad oggetto lo svolgimento di funzioni amministrative, si è in presenza di interessi legittimi del privato che ricadono per loro intrinseca natura nella giurisdizione del G.A..

È appena il caso di aggiungere che, alla luce delle recenti novità normative in tema di silenzio (leggi nn. 15 e 80 del 2005), i risvolti pratici relativi alla problematica del danno da ritardo verranno comunque, almeno in parte, ridimensionati quantitativamente in ragione dell'operata generalizzazione di istituti quali il silenzio-assenso e la D.I.A. con conseguente riduzione delle ipotesi di silenzio-rifiuto correlate con l'obbligo di provvedere della P. A. sulle istanze dei cittadini.

Dott. Giuseppe Baldanza

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, decisione del 15 settembre 2005, n. 7 – Pres. A. de Roberto – Est. Maruotti – Pres. Schinaia M. E. – Iannotta R. – Cons. Luce S., Carboni R., Patroni Griffi F., Farina G., Volpe C., Millemaggi Cogliani C., Lodi P., Rulli D..

«(Omissis) Fatto – Col ricorso n. 77 del 2003, proposto al T.A.R. dell'Umbria, la s.p.a. A. – proprietaria di un comprensorio di circa 700 ettari – ha esposto di aver avviato una pluralità di pratiche (sessantuno) innanzi al Comune di P., per conseguire il rilascio dei titoli autorizzativi occorrenti per la ristrutturazione degli immobili posti all'interno del detto comprensorio (un antico castello del XII secolo e il circostante borgo) e per la realizzazione di varie opere infrastrutturali.

La società ha dedotto che, sulla base del programma elaborato, confidava di poter concludere i lavori entro l'estate del 2004, dopo il conseguimento, nei tempi prescritti, dei permessi occorrenti.

L'amministrazione aveva, invece, definito le pratiche in ritardo e in senso negativo, producendo così un danno del quale si chiedeva al Comune il ristoro (nella misura di 37 milioni di euro).

Il T.A.R. dell'Umbria, con la sentenza n. 649 del 2003, ha respinto il ricorso ed ha condannato alle spese del giudizio la s.p.a. A.

La sentenza ha rilevato che tutte le istanze avanzate dalla società, ad eccezione di quelle recanti i numeri 2, 3, 6, 7, erano state definite nei termini e che i provvedimenti di carattere negativo non avevano formato oggetto di contestazione da parte dell'impresa. Risultava, quindi, priva di ogni base la pretesa di risarcimento del danno per un ritardo che non era avvenuto e, in presenza, per giunta, di domande definite – senza ulteriori contestazioni – in senso negativo.

Quanto alle pratiche 3 e 7, le stesse risultavano effettivamente concluse in ritardo: non vi era spazio, però, per qualunque risarcimento, perché le istanze avanzate dalla parte erano state definite negativamente e contro le relative statuizioni nessuna contestazione era stata avanzata.

Anche in relazione alle pratiche 2 e 6, le pretese risarcitorie dell'impresa risultavano infondate: in relazione ad esse, non poteva parlarsi di inadempimento, in quanto non risultava notificata la diffida per la costituzione in mora dell'autorità amministrativa prescritta almeno all'epoca – antecedente all'entrata in vigore dell'art. 3, comma 6-bis, del decreto legge n. 35 del 2005, convertito nella legge n. 80 del 2005 – nella quale detta inadempienza si era verificata.

Si è appellata al Consiglio di Stato la s.p.a. A., che ha insistito nelle sue pretese senza mettere, però, in contestazione l'affermazione del giudice di primo grado in ordine alla tempestiva definizione di tutte le pratiche diverse da quelle di cui ai numeri 2, 3, 6 e 7.

La IV Sezione del Consiglio di Stato, alla quale l'appello era stato assegnato, ha ritenuto di rimettere la sua definizione all'esame dell'Adunanza Plenaria, per la novità e la complessità di talune delle questioni che vanno affrontate e risolte in questa sede.

La causa è stata chiamata innanzi alla Adunanza Plenaria alla pubblica udienza del 16 maggio ed è stata trattenuta in decisione.

Diritto – 1. In via preliminare, l'ordinanza di remissione ha avanzato il dubbio che, in relazione alla presente controversia, non sussisterebbe la giurisdizione del giudice amministrativo: e ciò in quanto le lamentate inadempienze dell'amministrazione integrerebbero «comportamenti» omissivi, lesivi di diritti soggettivi conoscibili del giudice ordinario dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale.

Non sembra che, nella specie, abbiano ragione di sussistere i dubbi prospettati.

È esatto che la Corte Costituzionale ha stralciato dalla previsione dell'art. 34 del decreto legislativo n. 80 del 1998 (nella versione di cui alla legge n. 205 del 2000) il termine «comportamenti», devolvendo al giudice ordinario la cognizione delle liti relative a diritti soggettivi provocate da condotte materiali dell'amministrazione (liti riservate, invece, al giudice amministrativo prima della parziale dichiarazione di incostituzionalità).

Nella specie, però, non si è di fronte a «comportamenti» della pubblica amministrazione invasivi dei diritti soggettivi del privato in violazione del *neminem laedere* (la fattispecie presa in considerazione dal citato art. 34 nella parte dichiarata incostituzionale dalla Corte), ma in presenza della diversa ipotesi del mancato tempestivo soddisfacimento dell'obbligo della autorità amministrativa di assolvere adempimenti pubblicistici, aventi ad oggetto lo svolgimento di funzioni amministrative.

Si è, perciò, al cospetto di interessi legittimi pretensivi del privato, che ricadono, per loro intrinseca natura, nella giurisdizione del giudice amministrativo (e, trattandosi della materia urbanistico-edilizia, nella sua giurisdizione esclusiva).

2. – Prima di passare all'esame del merito, va preliminarmente rilevato che la materia del contendere resta circoscritta, in questa fase di appello, al solo contenzioso concernente le quattro pratiche richiamate in precedenza (nn. 2-7 e 3-6).

Non ha formato oggetto di contestazione, invero, da parte della società, quel punto della sentenza del T.A.R. in cui si afferma che tutte le pratiche (ad eccezione di quelle recanti i n. 2-7 e 3-6) sono state definite entro i termini prescritti.

3. – Passando ora all'esame nel merito delle questioni concernenti le pratiche nn. 3 e 6 (che hanno ottenuto trattazione unitaria sia nella decisione di primo grado che nell'appello proposto dalla parte), va osservato che il fatto dell'intervenuto riconoscimento, da parte dell'amministrazione comunale, di aver pronunciato in ritardo su tali pratiche non comporta, per ciò solo – come vorrebbe la società ricorrente – l'affermazione della sua responsabilità per danni.

Su di un piano di astratta logica, può ammettersi che, in un ordinamento preoccupato di conseguire un'azione amministrativa particolarmente sollecita, alla violazione dei termini di adempimento procedurali possano riconnettersi conseguenze negative per l'amministrazione, anche di ordine patrimoniale (ad es. con misure di carattere punitivo a favore dell'erario; con sanzioni disciplinari, etc.).

In un quadro non dissimile si muoveva, d'altra parte – secondo talune linee interpretative – l'art. 17, comma 1, lettera *f*), della legge n. 59 del 1997, che ipotizzava «forme di indennizzo automatico e forfettario», pur se a favore del richiedente, qualora l'amministrazione non avesse adottato tempestivamente il provvedimento, anche se negativo.

Non vale, però, soffermarsi oltre sulla disciplina ora ricordata, in quanto non è stata attuata la delega conferita dalla citata legge, né sono state assunte, dopo la scadenza dei termini assegnati al legislatore delegato, iniziative per la emanazione di una nuova legge di delega con lo stesso contenuto o per la proroga del termine.

Stando così le cose, può affermarsi che il sistema di tutela degli interessi pretensivi – nelle ipotesi in cui si fa affidamento (come nella specie) sulle statuizioni del giudice per la loro realizzazione – consente il passaggio a riparazioni per equivalente solo quando l'interesse pretensivo, incapace di trovare realizzazione con l'atto, in congiunzione con l'interesse pubblico, assuma a suo oggetto la tutela di interessi sostanziali e, perciò, la mancata emanazione o il ritardo nella emanazione di un provvedimento vantaggioso per l'interessato (susceptibile di appagare un «bene della vita»).

Tale situazione non è assolutamente configurabile nella specie, posto che – a prescindere da qualunque ulteriore profilo in ordine ai requisiti richiesti per potersi considerare realizzata l'inadempienza – risulta incontrovertito che i provvedimenti adottati in ritardo risultano di carattere negativo per la società e che le loro statuizioni sono divenute intangibili per la omessa proposizione di qualunque impugnativa.

Anche le pretese relative alle pratiche n. 2 e 7 debbono essere disattese non risultando realizzata, allo stato, qualunque inadempienza.

È assorbente a questo riguardo rilevare che la presentazione delle predette istanze non è stata seguita, dopo la scadenza dei termini procedurali, dalla notifica della diffida (*conditio sine qua non* per la costituzione delle inadempienze pubblicistiche almeno fino al sopravvenire dell'art. 6-bis del decreto legge n. 35 del 2005 convertito nella legge n. 80 del 2005 che non si applica, *ratione temporis*, alla presente fattispecie).

Non sussistono, perciò, le condizioni per lamentare, con domanda di ristoro del danno, le conseguenze di una inadempienza che non risulta realizzata.

4. – L'appello nel suo complesso risulta pertanto infondato e va respinto.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese e gli onorari del secondo grado del giudizio.

P.Q.M. Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria) respinge l'appello n. 10988 del 2003 (reg. ric. Sez. IV; n. 5 del 2005 reg. ric. Ad. Plen.).

Compensa tra le parti le spese e gli onorari del secondo grado del giudizio.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio tenutasi il giorno 16 maggio 2005 (*omissis*).

Criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa: i confini della discrezionalità tecnica della commissione di gara

(Consiglio di Stato, sezione quinta, sentenza 29 novembre 2005 n. 6759)

In materia di appalti pubblici, tra i sistemi di scelta del contraente un notevole rilievo riveste l'«appalto-concorso»: forma speciale di «licitazione privata», da cui mutua la fase dell'invito, da parte della Pubblica Amministrazione, delle imprese partecipanti alla gara; ma da cui differisce in quanto la prestazione richiesta non è predeterminata in ogni suo aspetto — in modo da concedere al privato la sola possibilità di offrire un ribasso o un aumento sul prezzo — ma è rimessa alle singole imprese la presentazione del progetto dell'opera, corredato dalle condizioni e dai prezzi che sono disposte ad applicare.

A ciò aggiungasi un'ulteriore elemento discriminante: nell'appalto-concorso la gara non si basa su offerte facilmente comparabili, eseguendo un semplice confronto di cifre — come avviene nella licitazione privata —, ma implica una valutazione discrezionale e comparativa, sotto gli inscindibili profili tecnici ed economici, dei diversi progetti presentati dai concorrenti.

È chiaro che in un sistema di tal fatta un prezzo più basso non implica, per ciò solo, una maggiore convenienza dell'offerta, potendo la corrispondente soluzione tecnica prospettata essere nel complesso meno soddisfacente.

L'art. 20, comma 4, legge 11 febbraio 1994, n. 109 dispone che «*L'affidamento di appalti mediante appalto-concorso è consentito ai soggetti appaltanti, in seguito a motivata decisione, previo parere del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici (secondo l'originaria formulazione “vincolante”; carattere poi soppresso a seguito della modificazione apportata dall'art. 9, comma 35, legge 18 novembre 1998, n. 415) per i lavori di importo pari o superiore a 25.000.000 di euro, per speciali lavori o per la realizzazione di opere complesse o ad elevata componente tecnologica, la cui progettazione richieda il possesso di competenze particolari o la scelta tra soluzioni tecniche differenziate. Lo svolgimento della gara è effettuato sulla base di un progetto preliminare, redatto ai sensi dell'art. 16, nonché di un capitolato prestazionale corredato dall'indicazione delle prescrizioni, delle condizioni e dei requisiti tecnici inderogabili. L'offerta ha ad oggetto il progetto esecutivo ed il prezzo*».

È evidente la riduzione dei casi in cui è ammessa l'adozione del sistema in questione rispetto ai limiti già imposti dalle norme di contabilità dello Stato (cfr. art. 3 D.l.l. 6 febbraio 1919, n. 107; art. 4 R.D. 18 novembre 1923, n. 2440; art. 40 R.D. 23 maggio 1924, n. 827, mod. dall'art. 1 del R.D. 28 agosto 1924, n. 1396, conv. in legge 27 maggio 1926, n. 1013); casi estesi anche ai lavori di importo superiore alla soglia comunitaria.

In proposito sembra da escludersi un contrasto con le direttive comunitarie in materia, tenuto conto che, nel prevedere quali ordinari sistemi di aggiudicazione le «procedure aperte» e le «procedure negoziate», l'art. 7,

comma 1, della direttiva n. 93/37/Cee non preclude ai legislatori nazionali di disciplinare con carattere di tassatività i casi in cui debba farsi ricorso ad un dato sistema di gara piuttosto che ad un altro.

Il «criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa», oltre che per le ipotesi di appalto-concorso, è previsto anche per l'affidamento a mezzo licitazione privata delle concessioni di costruzione (e gestione) delle opere pubbliche, prendendo in considerazione gli elementi variabili in relazione all'opera da realizzare, secondo quanto disposto dall'art. 21, comma 2, legge n. 109/1994; nei casi di lavori di restauro e manutenzione di beni mobili e delle superficie decorate di beni architettonici sottoposte alle disposizioni di tutela di cui al D.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490, il cui importo stimato sia inferiore a 5.000.000 di DSP; nonché, in alternativa, nel caso di appalti di importo superiore alla soglia comunitaria nei quali, per la prevalenza della componente tecnologica o per la particolare rilevanza tecnica delle possibili soluzioni progettuali, si ritenga possibile che la progettazione possa essere migliorata con integrazioni tecniche.

Per quanto riguarda le modalità di svolgimento della fase che si conclude con l'aggiudicazione, riguardo ai casi di gare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 91, comma 3, d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, *«in una o più sedute riservate, la Commissione valuta le offerte tecniche e procede all'assegnazione dei relativi punteggi applicando tra i criteri e le formule di cui all'allegato B quelle indicate dal bando. Successivamente, in seduta pubblica, la Commissione dà lettura dei punteggi attribuiti alle singole offerte tecniche, procede all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche e, data lettura dei ribassi e delle riduzioni di ciascuna di esse, determina l'offerta economicamente più vantaggiosa applicando, tra i criteri di cui all'allegato B, quello indicato nel bando»*.

Invero la Stazione appaltante a suo giudizio discrezionale procede alla scelta dell'impresa aggiudicataria, tenuto conto congiuntamente degli elementi tecnici ed economici delle singole offerte.

Al riguardo giova evidenziare che, secondo la giurisprudenza amministrativa formatasi in riferimento alla previgente normativa che conserva tuttora valore, in sede di appalto-concorso sono inscindibili il profilo tecnico ed il profilo economico delle valutazioni (cfr. Consiglio di Stato, VI, 22 dicembre 1972, n. 760; *idem* Consiglio di Stato, VI, 11 aprile 1956, n. 231), né è consentito assegnare ad uno dei due il ruolo selettivo principale (cfr. Consiglio di Stato, VI, 7 dicembre 1994, n. 1753, in *Rivista Amministrativa* 1995, p. 172).

Ai fini della individuazione dell'«offerta economicamente più vantaggiosa» devono comunque essere adeguatamente vagliati gli elementi di cui all'art. 21, comma 2, della succitata legge n. 109/1994, *i.e.* il prezzo, il valore tecnico ed estetico delle opere progettate, il tempo di esecuzione dei lavori, il costo di utilizzazione e di manutenzione, nonché gli ulteriori elementi individuati in base al tipo di lavoro da realizzare.

Il Supremo Consesso (cfr. Consiglio di Stato, IV, 23 gennaio 2002, n. 393, in *Il Consiglio di Stato*, 2002, I, 107) ha chiarito in merito che gli «oneri per la sicurezza» non costituiscono un elemento di confronto e di scelta del contraente, poiché a norma del D.Lgs. 14 agosto 1996, n. 494,

come modificato dal D.Lgs. 19 novembre 1999, n. 528, debbono essere eseguiti puntualmente dall'appaltatore e non integrano, pertanto, propriamente una voce dell'offerta ma vengono rimborsati dal committente senza ribasso e secondo un regime a sé stante anche in occasione dell'erogazione dei pagamenti. Per il T.A.R. Umbria (31 agosto 2000, n. 726, in *Tribunale Amministrativo Regionale*, 2000, I, 3634) in mancanza di una diversa prescrizione contenuta nel bando, gli importi indicati dai concorrenti nelle offerte devono intendersi come comprensivi del costo relativo agli oneri per la sicurezza.

Al fine di una corretta valutazione delle offerte, il capitolato speciale d'appalto o il bando di gara debbono fissare i coefficienti numerici di valenza dei singoli elementi: la determinazione di tali coefficienti è rimessa all'apprezzamento discrezionale dell'Amministrazione ed è effettuata secondo metodologie stabilite dal regolamento di esecuzione della legge, in modo tale da individuare con un unico parametro numerico finale l'offerta più vantaggiosa (cfr. CIANFLONE, *L'appalto di opere pubbliche*, 218).

La legge quadro impone negli appalti-concorso la nomina, da parte dell'Amministrazione procedente, di una Commissione giudicatrice cui è riconosciuta la facoltà di fissare i criteri di valutazione delle offerte, purché ciò avvenga nel rispetto di quelli stabiliti dal bando e dal capitolato speciale d'appalto: dunque come forma di loro specificazione e subarticolazione.

È ovvio che tale eventuale determinazione deve necessariamente precedere l'apertura delle buste e il conseguente esame delle offerte, quale imprescindibile garanzia di imparzialità del suo operato (cfr. Consiglio di Stato, V, 8 marzo 2005, n. 937; V, 8 luglio 2002, n. 3790; V, 31 ottobre 2001, n. 5691; IV, 8 giugno 2000, n. 3244; VI, 3 settembre 1990, n. 789, in *Foro Amministrativo*, 1990, 251; 15 novembre 1982, n. 566, in *Il Consiglio di Stato*, 1982, I, 1419); sebbene non produca effetti «inquinanti» sulla gara il fatto che anteriormente alla definizione degli ulteriori parametri di giudizio siano state aperte le buste riguardanti la sola documentazione amministrativa, ai fini della determinazione delle imprese da sottoporre a selezione (cfr. TAR Piemonte, II, 16 settembre 2000, n. 989, in *Tribunale Amministrativo Regionale*, 2000, I, 4805).

In particolare, la Commissione può legittimamente introdurre elementi di specificazione, nell'ambito dei criteri generali fissati dal bando o dalla lettera di invito, per la valutazione delle offerte, attraverso la previsione di «sottovoci» rispetto alle categorie già determinate, ove queste ultime non risultino adeguate a rappresentare le peculiarità delle singole offerte (in tal senso, Consiglio di Stato, V, 26 gennaio 2001, n. 264, in *Il Consiglio di Stato*, 2001, I, 80; 26 giugno 2000, n. 3622, *ibidem*, 2000, I, 1513; 13 aprile 1999, n. 412, *ibidem*, 1999, I, 646).

Successivamente, nel procedere all'esame delle offerte, la Commissione è tenuta a valutare per prime quelle «tecniche», onde evitare che le «offerte economiche» ne influenzino i relativi giudizi (in tal senso costante giurisprudenza; *ex plurimis*, Consiglio di Stato, VI, 17 luglio 2001, n. 3962; V, 22 settembre 1999, n. 1143; V, 23 aprile 1998, n. 123), con l'obbligo di tenere chiuse le buste delle offerte economiche, in modo che sia assicurata la segretezza del loro contenuto (cfr. Consiglio di Stato, VI, 10 luglio 2002, n. 3848; 17 luglio 2001, n. 3962).

In sede di motivazione delle decisioni finali è previsto in capo all'Amministrazione l'obbligo di dar conto delle scelte effettuate, con specifico riferimento ai criteri tecnici ed economici applicati. Peraltro, tale obbligo non sussiste qualora la valutazione sia stata espressa mediante punteggi corrispondenti a parametri precostituiti (cfr. Consiglio di Stato, V, 28 dicembre 2001, n. 6459, in *Il Consiglio di Stato*, 2001, I, 2755; IV, 22 maggio 2000, n. 2924, *ibidem*, 2000, I, 1300).

La decisione che si commenta afferma un principio di particolare interesse in materia di valutazione delle offerte presentate in una gara per la quale è previsto il metodo dell'«offerta economicamente più vantaggiosa»: l'attribuzione dei punteggi in forma soltanto numerica è ammessa esclusivamente nel caso in cui il numero delle sottovoci, con i relativi punteggi, entro le quali ripartire i parametri di valutazione di cui alle singole voci, è talmente analitico da delimitare il giudizio della Commissione nell'ambito di un minimo e di un massimo, di modo che sia evidente l'iter logico seguito nella valutazione.

Conseguentemente, si deduce l'illegittimità dell'operato della Commissione di gara nel caso in cui abbia attribuito punteggi numerici laddove il bando, pur prevedendo dei criteri generali di valutazione, non contenga elementi di giudizio a tal punto specifici da delimitare la discrezionalità della Commissione entro un ambito talmente definito da esimere la stessa dal dover dare atto, sia pure con motivazione sintetica, delle preferenze espresse per le singole offerte. E ciò non solo in aderenza al più generale principio della trasparenza delle decisioni dell'Amministrazione ma anche in osservanza dei principi di legalità e correttezza che impongono l'esternazione ancorché sintetica del percorso motivazionale nella formazione dei giudizi.

Al riguardo giova evidenziare che, in linea generale, la necessità di una motivazione enunciata in termini descrittivi si configura tipicamente per gli atti aventi natura provvedimentale, che esprimono una determinazione di volontà ed implicano scelte discrezionali, il cui esercizio deve emergere con chiarezza dalle risultanze dell'istruttoria, anche al fine di consentirne il successivo sindacato (cfr. Consiglio di Stato, V, 13 febbraio 1998, n. 163).

È altresì noto il principio secondo cui, nelle procedure indette per l'aggiudicazione mediante metodi selettivi non automatici, come nel caso dell'appalto-concorso o delle gare dirette a selezionare l'offerta più vantaggiosa, il bando e la lettera d'invito devono definire i criteri generali di valutazione, potendosi riconoscere alla commissione di gara unicamente l'esercizio della facoltà di introdurre elementi di puntualizzazione dei criteri generali medesimi (in tal senso, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 11 ottobre 2004, n. 5521).

La predeterminazione dei parametri di valutazione tecnica risponde all'esigenza di garantire l'imparzialità e la trasparenza delle operazioni concorsuali, in modo da consentire agli interessati e al Giudice della legittimità il sindacato sulla coerenza logica delle scelte e delle soluzioni adottate, con i criteri fissati nel bando.

Se è vero che la previsione di criteri per l'attribuzione dei singoli punteggi riduce sensibilmente i margini di apprezzamento rimessi all'organo col-

legiale e, con essi, anche l'esigenza di una motivazione particolarmente dettagliata e diffusa, deve comunque ritenersi necessaria l'esternazione quanto meno dei principali elementi ritenuti determinanti per l'aggiudicazione della gara, sui quali si è concentrata la valutazione dei progetti posti a confronto.

Nel caso di specie, nel bando di gara la valutazione delle offerte sotto il profilo «tecnico» era affidata ad una serie di parametri e di fattori ponderali, per un massimo di 70 punti da attribuire in ragione di sottoparametri quali le caratteristiche funzionali (15 p.), le caratteristiche estetiche (15 p.), l'impatto pubblicitario (10 p.), gli eventuali manufatti aggiuntivi (15 p.), il circuito striscioni (10 p.) e il piano di gestione e manutenzione (5 p.). Tali criteri, pur se analitici, non erano connotati da quella specificità interna quantificabile con sottovoci e sottopunteggi tali da delimitare la discrezionalità valutativa. Né alcun rilievo avrebbe potuto riconoscersi, al fine di una diversa conclusione, alla circostanza che la discrezionalità della Commissione fosse limitata quanto all'«offerta economica» da una precisa formula matematica, a fronte della decisa prevalenza dell'«offerta tecnica» valutata in 70 punti su 100: l'ineccepibilità del giudizio sull'offerta economica non sottrae invero all'illegittimità l'operato della Commissione sotto l'aspetto della valutazione dell'offerta tecnica.

In casi di tal fatta deve escludersi che l'obbligo motivazionale possa ritenersi assolto mediante l'indicazione di un punteggio meramente numerico (cfr. Consiglio di Stato, V, 6 ottobre 2003 n. 5899).

Si richiede invece una motivazione che, pur non dovendo necessariamente consistere nella minuziosa descrizione delle attività svolte, né riportare le singole opinioni espresse, deve essere proporzionata e adeguata rispetto all'attività espletata e, quindi, in relazione all'esistenza di ampi poteri discrezionali di valutazione delle offerte tecniche, deve dare conto con economia di mezzi, ma compiutamente, del percorso logico seguito nell'attribuzione dei punteggi, senza limitarsi — come nell'ipotesi in esame — alla sola indicazione di questi ultimi.

Quanto ritenuto in ambito di pubblica gara, è stato affermato *mutatis mutandis* in materia di concorsi ed esami. Il Consiglio di Stato, pur ritenendo sufficiente l'espressione numerica del voto, ha ribadito la necessità che vi sia una rigorosa predisposizione dei criteri di massima per l'attribuzione dei punteggi e per la valutazione dei titoli, e che la valutazione espressa abbia fondamento in un giudizio numerico basato su regole tecniche riflettenti tali criteri (cfr. Consiglio di Stato, V, 6 giugno 2002, n. 3184; IV, 15 maggio 2002, n. 2601).

Inoltre, nel caso che ci occupa, è stata acclarata l'illegittimità del «verbale integrativo» della Commissione giudicatrice che, a seguito di riconvocazione, ha fornito il resoconto delle operazioni di gara. È stata infatti esclusa la possibilità di attribuire postuma rilevanza a «minute» non utilizzate nella originaria stesura del verbale — violando siffatto *modus procedendi* il canone normativo fissato dall'art. 71 R.D. n. 827/24, che esige il rispetto del principio della continuità e concentrazione delle operazioni di gara — e si è stabilito che al rinnovo delle operazioni valutative possa procedere soltanto una nuova Commissione in composizione diversa dalla originaria, la cui serenità di giudizio è difficile ad ammettersi.

L'omessa indicazione degli elementi valutativi che hanno determinato il formarsi della volontà collegiale non costituisce infatti una mera «irregolarità» formale suscettibile di successiva sanatoria, ma un vizio sostanziale di legittimità che riguarda propriamente un elemento costitutivo della verbalizzazione, con riflessi invalidanti sulla successiva determinazione amministrativa.

Una operazione di «integrazione» dell'originario verbale sembra oltretutto idonea ad inficiare in radice l'attendibilità di documenti cui l'ordinamento attribuisce valore di fede privilegiata. Infatti, qualora la redazione del verbale non avvenga contestualmente allo svolgimento delle singole operazioni compiute dalla Commissione o quantomeno non intervenga in un momento immediatamente successivo, tale da escludere l'insorgenza di errori od omissioni nella ricostruzione dell'iter valutativo, viene con ciò meno la stessa idoneità del verbale ad assolvere la funzione sua propria di garanzia della formazione di uno strumento documentale che consenta la verifica della regolarità delle operazioni compiute, delle scelte valutative e di ogni altro giudizio espresso (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 11 ottobre 2004, n. 5521).

Ma, anche a prescindere da tali considerazioni e a voler ritenere non necessaria alcuna contestualità tra la seduta della Commissione e la formazione del relativo verbale, deve comunque ritenersi che la redazione di quanto ha formato oggetto di inserimento nel documento divenga definitiva con l'approvazione del verbale; il che esclude la possibilità di attribuire postuma rilevanza a «minute» non utilizzate nell'originaria stesura del medesimo.

Da quanto precede emerge anche la fondatezza sostanziale di una eventuale domanda di risarcimento del danno, derivante con evidenza dal comportamento della Commissione giudicatrice, contrario ai doveri di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione. La pretesa risarcitoria, peraltro, in tali casi è configurabile solo come «perdita di *chance*», vale a dire come privazione della probabilità di aggiudicazione dell'appalto.

Si noti che in tali fattispecie il G.A. può rimettere alla stessa Amministrazione, in applicazione dell'art. 35, secondo comma, del D.Lgs. n. 80/1998, come introdotto dall'art. 7, secondo comma, della legge n. 205/2000, la quantificazione della somma di denaro ritenuta congrua a ristorare il danno subito: la P.A. procederà, quindi, giusta la norma appena citata, a proporre tale somma all'impresa ricorrente che, in caso di dissenso sull'entità della somma offerta, potrà eventualmente azionare il ricorso ex art. 27, primo comma, n. 4, del testo unico n. 1054/1924, per chiedere la determinazione giudiziale della predetta somma (cfr. in tal senso Consiglio di Stato, V, 8 marzo 2005, n. 937).

D'altra parte, il giudizio conclusivo della Commissione, essendo di per sé privo di rilevanza esterna, non è autonomamente impugnabile in sede giurisdizionale (cfr. Consiglio di Stato, IV, 19 agosto 1994, n. 651, in *Foro Amministrativo*, 1994, 1721), né la Commissione è parte necessaria nel relativo giudizio (in tal senso Consiglio di Stato, V, 14 aprile 1997, n. 1479).

Non è, inoltre, consentito al Giudice amministrativo sindacare le modalità di esercizio del potere tecnico-discrezionale della Commissione, salvo che questa esorbiti dalle regole della logicità, coerenza, adeguatezza e conformità alle regole tecniche.

Illuminante al riguardo è la pronuncia del Consiglio di Stato (sez. VI, 4 novembre 2002, n. 6004) che, in merito alla «discrezionalità tecnica» che compete alla Stazione appaltante, e segnatamente alla sua articolazione operativa data dalla Commissione giudicatrice, in sede di valutazione comparativa delle offerte, ha statuito che detto giudizio, caratterizzato dalla complessità delle discipline specialistiche di riferimento e dall'opinabilità dell'esito della valutazione, sfugge, in base a costante giurisprudenza, al sindacato del Giudice amministrativo in sede di legittimità laddove non vengano in rilievo indici sintomatici del non corretto esercizio del potere, *sub specie* di difetto di motivazione, di illogicità manifesta, di erroneità dei presupposti di fatto e di incoerenza della procedura valutativa e dei relativi esiti.

Non ci si può esimere dal rilevare che il potenziamento dei mezzi istruttori utilizzabili dal Giudice amministrativo ai fini del sindacato sulle valutazioni di stampo tecnico-specialistico, sancito dall'innesto della consulenza tecnica ai sensi dell'art. 16 della legge 21 luglio 2000, n. 205, consente certo il pieno e diretto accertamento dei fatti presi in esame dall'Amministrazione, ma non la sostituzione del Giudice amministrativo, per il tramite del consulente tecnico, ai giudizi di tipo tecnico formulati dall'Amministrazione.

Per completezza occorre evidenziare che una ripetizione «virtuale» della gara ai soli fini risarcitori è stata ammessa, con l'ausilio della consulenza tecnica, dal T.A.R. Lombardia, III, 11 dicembre 2000, n. 7702.

Con espressione sintetica si può allora dire che il controllo del G.A. sul giudizio tecnico dell'organo amministrativo, pur se divenuto «intrinseco» — ossia tale da consentire di accertare direttamente i fatti e di controllare la ragionevolezza delle relative analisi, se necessario con le regole specialistiche già utilizzate dalla P.A. e l'ausilio della consulenza — è rimasto un controllo «debole», nel rammentato senso dell'inammissibilità di una logica sostitutiva (cfr. in tal senso Consiglio di Stato, VI, 23 aprile 2002, n. 2199).

Dott.ssa Carmela Pluchino ()*

Consiglio di Stato, sezione quinta, sentenza 29 novembre 2005 n. 6759 – Pres. Santoro – Est. Lamberti – I. s.p.a. (Avv.ti Pafundi e Salerno) c. A. s.p.a. (Avv.ti Andena e Villani) e P. s.r.l. (n.c.) – (conferma T.A.R. Lombardia – Milano, Sez. III, 11 ottobre 2004 n. 5521).

1. In sede di valutazione delle offerte presentate in una gara per la quale è previsto il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'attribuzione dei punteggi in forma soltanto numerica da parte della commissione di gara è consentita solo quando il numero delle sottovoci, con i relativi punteggi, entro le quali ripartire i parametri di valutazione di cui alle singole voci, sia talmente analitico da delimitare il giudizio della commissione nell'ambito di un minimo ed un massimo di portata tale da rendere di per sé evidente l'iter logico seguito nel valutare i singoli progetti sotto il profilo tecnico. E ciò non solo in aderenza al più generale principio della trasparenza delle decisioni dell'amministrazione, ma anche in osservanza di principi di legalità e correttezza che impongono l'esternazione ancorché sintetica dell'iter logico seguito nella formazione dei giudizi.

(*) Procuratore dello Stato presso l'Avvocatura Distrettuale di Milano.

2. È illegittimo l'operato di una commissione di gara per l'affidamento di un appalto mediante il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa nel caso in cui, in sede di valutazione delle offerte, abbia attribuito punteggi in forma soltanto numerica, nel caso in cui il bando, pur prevedendo dei criteri generali di valutazione delle offerte, non contenga elementi di giudizio talmente specifici da delimitare la discrezionalità della commissione entro un ambito talmente definito da evitare di dover dare atto, sia pure con una motivazione sintetica, delle preferenze espresse per le singole offerte circa la maggiore o minore rispondenza dell'una o dell'altra agli elementi di prevalenza stabiliti dalla stessa amministrazione, onde conseguire il risultato a lei più vantaggioso fra le soluzioni prospettate dai concorrenti.

3. L'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione comporta l'inefficacia successiva del contratto d'appalto medio tempore stipulato, da intendere come inidoneità funzionale del programma negoziale a spiegare ulteriori effetti successivamente alla pronuncia di annullamento.

«(Omissis) Fatto

1. - La società I. s.p.a era titolare di una convenzione stipulata nel 1992 per la posa di materiale pubblicitario sulle pensiline di attesa viaggiatori e sulle paline di fermata del servizio di trasporto pubblico, stipulata nel 1992 e prorogata sino al 2003.

Si è poi aggiudicata la gara indetta dal Comune di C., con determinazione dirigenziale n. 2744 del 27 ottobre 2003, per la progettazione, la fornitura, la gestione e la manutenzione di manufatti di arredo urbano, a fronte della concessione per sette anni dello sfruttamento degli spazi appositamente predisposti nell'ambito dei medesimi manufatti, per la diffusione di messaggi pubblicitari.

La seconda classificata, A. s.p.a. ha impugnato l'aggiudicazione della gara al T.A.R. Lombardia, deducendo nell'atto introduttivo le seguenti censure: (1° motivo) incompetenza del dirigente ad indire la gara, trattandosi di attribuzione propria del consiglio comunale; (2° motivo) difetto di motivazione e di verbalizzazione dei giudizi formulati dalla commissione con la sola attribuzione di punteggi numerici, di per sé inidonei a dare conto dell'iter logico seguito, tenuto conto anche della genericità dei parametri di valutazione previsti dal bando; (3° motivo) illogicità e irragionevolezza dei punteggi assegnati dalla commissione in rapporto ai singoli criteri di aggiudicazione. Innanzi al T.A.R. della Lombardia si sono costituiti in giudizio il Comune di C. con controricorso e memoria ed I. s.p.a. che eccepiva l'inammissibilità del primo motivo e l'infondatezza nel merito degli altri.

2. - Dopo l'accoglimento della domanda cautelare, con ordinanza 4 marzo 2004, n. 628, per difetto di motivazione delle valutazioni della commissione giudicatrice sulla qualità dei progetti tecnici a confronto, il Comune di C. ha disposto, con determinazione 9 aprile 2004 n. 13, la riconvocazione della commissione "al fine di esplicitare l'iter logico e le valutazioni che hanno portato all'attribuzione dei punteggi". Nella seduta del 15 aprile 2004, la commissione giudicatrice procedeva — sulla scorta delle "minute ... contenenti i giudizi con cui ... ha formato la propria valutazione" — a "ricostruire le operazioni della giornata dell'11 dicembre, integrando ed esplicitando meglio le motivazioni che hanno portato all'attribuzione del punteggio numerico". Il verbale integrativo è stato approvato con determinazione 15 aprile 2004, n. 14, impugnato dalla società A. con motivi aggiunti per: (1° motivo) violazione dell'art. 7 legge n. 241/1990 e dei connessi obblighi partecipativi, in quanto la comunicazione di avvio è intervenuta a procedimento già concluso; (2° motivo) violazione delle regole in materia di verbalizzazione, di concentrazione e di trasparenza delle operazioni di gara, perché l'integrazione era stata effettuata cinque mesi dopo la conclusione della gara e con motivazioni non contenute nel verbale originario, ma con verbalizzazioni postume asseritamente riepilogative di fantomatiche minute, mai evocate in precedenza e redatte senza alcuna garanzia circa l'epoca di formazione e il loro contenuto; (3° motivo) illogicità e irragionevolezza delle valutazioni effettuate dalla commissione di gara, quali risultanti dalle motivazioni portate successivamente a sostegno dei punteggi attribuiti per le singole voci. Ai motivi aggiunti ha replicato con memoria il Comune di C. deducendone l'infondatezza. Nella memoria conclusoria, la società I. ha eccepito il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, l'inammissibilità del primo motivo e l'irricevibilità del primo e del secondo, oltre all'infondatezza dei predetti motivi e di quelli ulteriori.

3. - Con la sentenza in epigrafe, il T.A.R. della Lombardia respingeva l'eccezione di difetto di giurisdizione e quelle d'inammissibilità e d'irricevibilità delle censure del ricorso introduttivo, che accoglieva nel merito per il secondo motivo dell'atto introduttivo e dei

motivi aggiunti, ritenuti, per un verso il difetto di motivazione dell'attribuzione dei punteggi con i soli coefficienti numerici, in presenza di criteri non puntuali di assegnazione dei punteggi per l'offerta tecnica e, per altro verso l'illegittimità dell'integrazione postuma del verbale, non suscettibile di convalida in pendenza di giudizio. La sentenza è appellata da I. s.p.a. Nel giudizio si è costituita A., chiedendo il rigetto dell'appello. Nel corso dell'odierna Camera di consiglio, la causa è stata ritenuta matura per la decisione.

Diritto

1. - In accoglimento del ricorso proposto dalla società A., il T.A.R. della Lombardia ha annullato la determinazione del Comune di C. in data 18 dicembre 2003, n. 35 con la quale è stata aggiudicata alla I. s.p.a l'asta pubblica di fornitura e manutenzione di arredo urbano per sette anni a fronte dello sfruttamento degli spazi predisposti nell'ambito dei medesimi manufatti per la diffusione di messaggi pubblicitari.

La sentenza ha inoltre annullato i precedenti atti del procedimento, in particolare le operazioni della commissione giudicatrice, con le quali sono state esaminate e valutate le offerte tecniche ed attribuiti i punteggi ed approvato il verbale integrativo di resoconto delle operazioni di gara, a seguito dell'ordinanza 4 marzo 2004, n. 628 di accoglimento della domanda cautelare ed ha, per l'effetto, dichiarato l'inefficacia del contratto di appalto n. 17974, stipulato il 14 gennaio 2004 fra il Comune e la società I. Ad avviso del Collegio, la sentenza va confermata.

2. - Dei motivi di appello precede, in ordine logico, l'esame del secondo, ove si afferma che erroneamente la sentenza impugnata avrebbe ritenuto indeterminati e "di massima" i criteri determinati dal Comune di C. per selezionare le offerte, dato il loro carattere analitico e rigoroso sia per quanto attiene alla valutazione dell'aspetto tecnico sia per quanto riguarda il giudizio sull'economicità. Sarebbero per ciò solo sufficienti le valutazioni espresse con il solo coefficiente numerico, di per sé idonee ad esternare il giudizio della commissione. La censura non può trovare ingresso.

2.1. - Nell'art. 4 del bando di gara (allegato "C" alla determinazione 27 ottobre 2003 n. 2744), la valutazione delle offerte sotto il profilo tecnico era affidata ad una serie di parametri e di fattori ponderali, per un massimo di 70 punti da attribuire in ragione di sottoparametri quali le caratteristiche funzionali (15 p.), le caratteristiche estetiche (15 p.), l'impatto pubblicitario (10 p.), gli eventuali manufatti aggiuntivi (15 p.), il circuito striscioni (10 p.) e il piano di gestione e manutenzione (5 p.).

Per le prime quattro voci, tali enunciazioni erano poi integrate, una per una, da una serie di elementi su cui la Commissione avrebbe dovuto fondare il suo giudizio, quali gli elementi che avrebbero reso i manufatti proposti atti a durare nel tempo e ad avere un'ottima fruibilità per la popolazione (per le caratteristiche funzionali), l'innovazione e l'originalità che permettano il miglior risultato estetico ottenibile (per le caratteristiche estetiche), la minore quantità di pubblicità o comunque il più armonico inserimento della pubblicità nel manufatto (per la riduzione dell'impatto determinato dallo spazio pubblicitario), l'effettività delle migliorie, tenuto conto del pubblico interesse e tenuto altresì conto di valutazioni di opportunità e di impatto ambientale.

I criteri stabiliti dal bando sia pure analitici, specie per le prime quattro voci, non contenevano elementi di giudizio talmente specifici da delimitare la discrezionalità della commissione entro un ambito talmente definito da evitare di dover dare atto, sia pure con una motivazione sintetica, delle preferenze espresse per i singoli progetti circa la maggiore o minore rispondenza dell'uno o dell'altro agli elementi di prevalenza stabiliti dalla stessa amministrazione, onde conseguire il risultato a lei più vantaggioso fra le soluzioni prospettate dai concorrenti. E ciò non solo in aderenza al più generale principio della trasparenza delle decisioni dell'amministrazione ma anche in osservanza di principi di legalità e correttezza che impongono l'esternazione ancorché sintetica dell'iter logico seguito nella formazione dei giudizi. Proposizioni queste esaustivamente esposte nella decisione impugnata, che a maggior ragione, valgono per le ultime due voci cui era affidata la valutazione delle offerte sotto l'aspetto tecnico, del tutto prive di spiegazioni circa le modalità cui assegnare i rispettivi punteggi, nella rispettiva misura massima di 5 e 10 punti e tali pertanto da determinare l'assegnazione dell'appalto nel caso di equivalenza delle offerte per i precedenti aspetti. La censura non si sottrae, conclusivamente, all'infondatezza e non solleva la commissione dall'onere di motivare sia pure in sintesi le sue valutazioni. Nessun rilievo ha, al fine di una diversa conclusione che la discrezionalità della commissione fosse limitata quanto all'offerta

economica da una precisa formula matematica, a fronte della decisa prevalenza dell'offerta tecnica valutata, si ricorda, in 70 punti su 100. Che con l'applicazione della formula il giudizio della Commissione sull'offerta economica si sia rivelato ineccepibile non sottrae all'illegittimità il suo operato sotto l'aspetto della valutazione dell'offerta tecnica.

2.2. - Nella giurisprudenza di questo Consiglio il deficit motivazionale che inficerebbe l'assegnazione dei punteggi in forma soltanto numerica è stato del resto escluso quando il numero delle sottovoci, con i relativi punteggi, entro le quali ripartire i parametri di valutazione di cui alle singole voci, sia talmente analitica da delimitare il giudizio della commissione nell'ambito di un minimo ed un massimo di portata tale da rendere di per sé evidente l'iter logico seguito nel valutare i singoli progetti sotto il profilo tecnico. Solo in questo caso l'analitica determinazione dei punteggi in relazione alle singole voci e sottovoci fra le quali è stata distinta l'analisi dei progetti tecnici consente, nonostante la mancanza di una motivazione discorsiva, la puntuale ricostruzione dell'iter logico percorso dalla commissione nella valutazione dei singoli aspetti dei progetti e, quindi, permette la percezione delle ragioni poste a fondamento dell'assegnazione dei punteggi complessivi sulla scorta dei quali è stata formulata la graduatoria (Cons. Stato, VI, 4 novembre 2002, n. 6004). Tale stringente analiticità non è ravvisabile nei parametri e fattori ponderali ai quali era affidata la valutazione delle offerte tecniche nel bando di gara, perché limitati all'attribuzione un minimo e massimo di punti una serie di categorie, senza alcuna specificità interna quantificabile a sua volta con sottovoci e sottopunteggi tali da esplicitare in maniera analitica l'operato della Commissione di gara e rendere ostensibile agli interessati il percorso motivazionale seguito indipendentemente dal mezzo adoperato (numeri o motivazioni sintetiche).

3. - È anche infondato il terzo motivo, ove si afferma l'inesistenza del vizio di analitica motivazione dell'operato della Commissione rilevato dalla decisione impugnata e si eccepisce che i verbali allegati alla determina di aggiudicazione darebbero sufficiente conto dell'iter logico seguito. La relazione delle operazioni svolte dalla Commissione il 18 dicembre 2003, allegata alla determinazione di aggiudicazione della gara n. 3399 del 19 dicembre 2003 nulla altro contiene se non la descrizione della sequenza procedimentale e il prospetto con i punteggi, dai quali non è in alcun modo desumibile quale sia stato l'orientamento dei singoli componenti la commissione sui punteggi esaminati con riferimento alle caratteristiche tecniche di ciascuno, come è necessario nelle procedure di aggiudicazione basate sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Né d'altra parte è sostenibile che considerazioni sia pure sintetiche sui punteggi attribuibili possano essere sostituite dalla semplice enunciazione che la valutazione era stata effettuata secondo la sequenza delle voci e dei parametri previsti dal bando, senza più nulla aggiungere in merito all'adeguatezza dei progetti stessi sotto il profilo tecnico ed esprimere i punteggi corrispondenti secondo la sequenza precostituita dai criteri generali. Limite alla sinteticità della motivazione è infatti la possibilità di riconoscere la logica che ha guidato la valutazione dei soggetti proposti ad aggiudicare la gara, onde evitare l'insorgere dell'accesso di potere. Siffatto limite non risulta osservato nel verbale relativo all'aggiudicazione di che trattasi, ove null'altro si rinviene se non i coefficienti numerici.

4. - Deve essere conclusivamente confermato l'annullamento della determinazione del Comune di C. 18 dicembre 2003, n. 35 dall'aggiudicazione della gara alla I. s.p.a e delle operazioni di gara.

5. - Va dichiarato inammissibile il quarto motivo di appello appuntato nei confronti della decisione nella parte in cui ha ritenuto illegittimo il verbale integrativo della commissione giudicatrice (approvato con provvedimento 15 aprile 2004, n. 1025) che, a seguito di riconvocazione, ha fornito il resoconto delle operazioni di gara.

La sentenza impugnata ha escluso la possibilità di attribuire postuma rilevanza a minuziosità non utilizzate nell'originaria stesura del verbale ed ha affermato la necessità che al rinnovo delle operazioni valutative proceda una nuova commissione in composizione diversa da quella originariamente costituita, ritenuta oggettivamente compromessa la serenità di giudizio della commissione di gara. La censura d'appello nulla contesta al proposito ma si limita a chiarire i principi e criteri della convalida degli atti amministrativi dai quali emergerebbe la possibilità di estendere la convalida oltre il vizio d'incompetenza e sino al difetto di motivazione ed afferma la piena legittimità dell'operato della commissione che si sarebbe adeguata al contenuto dell'ordinanza cautelare, ricostruendo minutamente l'esito delle pro-

prie operazioni. La censura, come formulata, non coglie il punto dell'annullamento giudiziale incentrato sul vizio dell'operato della Commissione neo-convocata e sulla sua incompatibilità intrinseca a riesaminare il proprio operato. Va, perciò, dichiarata inammissibile.

6. - L'annullamento dell'aggiudicazione comporta l'esame del primo motivo di appello avverso il capo della decisione che in base alla precedente sentenza della Quinta Sezione 28 maggio 2004 n. 3465, ha attribuito all'annullamento efficacia caducante del contratto stipulato, in forza del rapporto di consequenzialità necessaria tra la procedura di gara ed il contratto successivamente stipulato. Ad avviso dell'appellante, l'accoglimento del ricorso non può tradursi sotto alcun profilo nella concorrente declaratoria d'illegittimità o di nullità del rapporto contrattuale stipulato tra il Comune di C. e l'I. in quanto i vizi della procedura possono rappresentare solo la premessa per l'accertamento del diritto di A. al risarcimento del danno. Anche questo motivo va disatteso.

Con il citato precedente, la Sezione ha stabilito che l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione importa l'inefficacia successiva del contratto d'appalto ove *medio tempore* stipulato, da intendere come inidoneità funzionale del programma negoziale a spiegare ulteriori effetti successivamente alla pronuncia di annullamento. La Sezione non ignora l'incertezza delle questioni sottese alla censura, che involge le relazioni fra il comportamento dell'amministrazione nella fase vincolata all'evidenza pubblica e nella fase governata dall'autonomia privata. Dalla medesima incertezza e dal vario operare delle soluzioni sostenibili era scaturita l'ordinanza della Quarta Sezione n. 3355 del 21 maggio 2004 che aveva deferito la questione all'Adunanza Plenaria di questo Consiglio, ove all'udienza dell'8 novembre 2004 è stato dato atto della rinuncia all'appello. Allo stato, la Sezione non ritiene di doversi discostare dal proprio precedente che individua nell'annullamento della procedura amministrativa di gara ad opera del giudice una causa di inefficacia successiva del contratto d'appalto stipulato in pendenza di giudizio. La censura va perciò disattesa e con essa l'appello nel suo insieme.

Deve, per l'effetto, essere confermata la sentenza impugnata. Le spese del grado di giudizio vanno compensate per giusti motivi.

P.Q.M. Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello. Conferma la sentenza di primo grado. Spese del grado compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa».

I PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO

A.G.S. – Parere del 1° giugno 2005, n. 76835.

Debiti dei Concessionari del servizio di raccolta delle scommesse ippiche. Escussione della garanzia ex art. 7 della convenzione accessiva alla concessione (consultivo n. 31086/04, avvocato G. Fiengo).

«Codesta Amministrazione, nel comunicare l'acquisizione totale del portafoglio assicurativo della Società [X] s.p.a. da parte della [Y] ha trasmesso un elenco aggiornato delle posizioni debitorie a carico della [X] e della [N] s.p.a. sollecitando l'adozione delle opportune misure esecutive nei confronti delle medesime.

È tuttavia da presumere che le società garanti, ad esito dell'escussione, ove pure provvedessero al pagamento, agirebbero comunque immediatamente per la ripetizione, assumendo di aver prestato non una garanzia autonoma ma una fideiussione, sia pure con clausole derogatorie dell'ordinaria disciplina codicistica impositive al massimo dell'onere processuale del *solve et repete*.

In tal senso depono sostanzialmente il precedente rappresentato dalla causa promossa dalla stessa [X] avanti al Tribunale di Roma, con citazione 16 maggio 2004, per il recupero di £ 2.754.619, 55, con interessi, pagati in relazione ai debiti di [varie agenzie e società].

Al riguardo è da considerare che la verifica se si sia in presenza di un contratto di fideiussione ovvero di un contratto autonomo di garanzia (contratto atipico riconducibile all'autonomia negoziale di cui all'art. 1322 c.c.) costituisce una questione di fatto la cui soluzione è rimessa all'attività ermeneutica del giudice, sulla base dei criteri di cui all'art. 1362 ss. gg. c.c., con tutti i margini di opinabilità di un apprezzamento riferito a clausole di non sicura univocità (tenuto anche conto delle incertezze giurisprudenziali in materia), suscettibile di sindacato in sede di legittimità solo per eventuali vizi di motivazione.

Dato l'elevato numero e la consistenza delle posizioni debitorie facenti carico alle anzidette società garanti è quindi da dubitare dell'opportunità di un'immediata generale escussione di queste, che porterebbe solo ad estendere e complicare il già nutrito contenzioso in atto nei confronti dei concessionari — condizionato, per quanto concerne le concessioni inerenti alle

scommesse ippiche, dal nodo rappresentato dal ben noto lodo (che non potrà sciogliersi in tempi brevi) — con dispendio di attività ed oneri non indifferenti.

Salva la possibilità di individuare e segnalare alla Scrivente eventuali situazioni di morosità che non formino oggetto di contenzioso quanto ai relativi presupposti, si rimette in definitiva alle valutazioni di codesta Amministrazione, nella situazione determinatasi, se procedere comunque ad aggredire le società garanti per l'intera loro esposizione (ovviamente con procedimenti separati per ogni singolo rapporto di garanzia inerente alle diverse concessioni), con gli accennati aggravii operativi e di costi, ovvero procedere inizialmente per alcune posizioni di maggior consistenza, salva successiva valutazione delle reazioni delle garanti e dei provvedimenti giudiziali adottati, ovvero ancora limitarsi al momento a periodiche diffide (separate per ciascuna delle concessioni per le quali la garanzia è stata prestata) con aggiornata indicazione di volta in volta delle rispettive posizioni debitorie.

Per le situazioni in relazione alle quali si ritenesse di procedere, la Scrivente potrebbe richiedere decreto ingiuntivo *ex art. 633 c.p.c.*; per il che dovrebbero essere trasmessi — separatamente per ciascuna concessione ed in duplice esemplare — con le polizze relative e tutte le eventuali successive appendici: sintetiche relazioni circa l'evoluzione dei rapporti concessori, copie certificate conformi dei provvedimenti di concessione, delle convenzioni accessive recanti l'indicazione degli obblighi assunti dai concessionari nonché degli eventuali atti di adesione e/o aggiuntivi attraverso i quali sono state ridefinite le modalità economiche delle concessioni, attestazioni debitamente sottoscritte dell'attuale morosità dei singoli concessionari ai diversi titoli risultante dalla contabilità ufficiale, copie delle richieste di pagamento rivolte ai concessionari ed alle società garanti nonché delle eventuali risposte negative di queste».

A.G.S. – Parere del 21 luglio 2005, n. 98434.

Art. 7 legge 241/1990 – Funzioni – Sua applicabilità al provvedimento di revoca/annullamento della delibera adottata dal Comitato di solidarietà per le vittime dell'estorsione e dell'usura (consultivo 40027/04, avvocato S. Sabelli).

«Con la nota indicata in oggetto, il Commissario straordinario del Governo per il coordinamento delle iniziative antiracket e antiusura ha posto il quesito riguardante l'eventuale applicazione dell'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento di cui all'art. 7 della legge 241/1990 al caso di revoca dei decreti commissariali di concessione delle elargizioni contemplate dalla legge 44/1999 o dei mutui di cui all'art. 14 della legge 108/1996, ovvero se si possa derogare a tale obbligo invocando le «ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità» di cui all'art. 7 medesimo, alla stregua dell'orientamento giurisprudenziale vigente.

Preliminarmente occorre riportarsi alla *ratio* della disposizione *de qua* la quale è stata introdotta nel nostro ordinamento per rafforzare e rendere attuale il principio di trasparenza che regge l'agire amministrativo fin dal

suo momento genetico. Ciò è strettamente connesso alla funzione attribuita alla p.a. che è quella del perseguimento dell'interesse pubblico inteso non come qualcosa di astratto ed inaccessibile al privato, bensì come contemperamento e selezione dei diversi ed eventualmente confliggenti interessi in gioco, la cui attualità e consistenza è rappresentata direttamente dal cittadino che entra in contatto col potere esecutivo. In quest'ottica, dunque, è essenziale la previsione di strumenti partecipativi del privato all'attività della pubblica amministrazione che permettano un arricchimento dell'istruttoria e garantiscano l'emanazione di decisioni maggiormente ponderate e vicine all'interesse comune. L'obbligo di comunicazione di cui all'art. 7 della legge 241/1990 (d'ora in poi «art. 7»), assieme agli altri strumenti partecipativi introdotti dalla normativa in questione, da un lato, è uno strumento di garanzia e tutela degli interessi privati, interpretato dalla giurisprudenza di legittimità come «un principio generale dell'ordinamento giuridico» (Cons. di Stato, Sez. V, sent. 2823/2001), mentre dall'altro è funzionale al canone costituzionale del buon andamento dell'amministrazione ed è interesse di quest'ultima osservarne l'esatta applicazione.

Alla luce della natura bivalente delle ragioni poste a fondamento dell'obbligo di comunicazione e dell'estrema importanza che questo istituto, ancorato saldamente ai valori espressi nella costituzione, riveste nel nostro ordinamento, la costante giurisprudenza del Consiglio di Stato ne ha affermato la generale applicabilità a tutti i procedimenti amministrativi, alla stregua di un'interpretazione estensiva della norma, mentre le eccezioni all'applicazione della regola vanno intese in senso restrittivo, in piena aderenza al dettato legislativo. Tali eccezioni alla regola della previa comunicazione dell'avvio del procedimento amministrativo riguardano: *a*) i provvedimenti tipici cautelari e d'urgenza; *b*) le ipotesi in cui emergano in concreto esigenze di celerità del procedimento, di cui si dà puntuale riscontro nella motivazione del provvedimento finale; *c*) le ipotesi previste dall'art. 13 della legge 241/1990; *d*) gli atti disciplinati da apposite normative di settore; *e*) tutti gli altri casi in cui la deroga è prevista *ex lege*.

Sul piano dell'interpretazione letterale, il Consiglio di Stato, in sede consultiva, ha escluso, argomentando dalla formulazione ampia e di principio della norma, la natura puramente formale dell'obbligo (Cons. Stato, Comm. Spec. del 12 gennaio 1998, n. 1404/1997), in quanto tale soggetto ad una applicazione critica e non formalistica, adeguata ai criteri generali che presiedono lo svolgimento dell'attività amministrativa ed individuano i contenuti del rapporto con i privati e la tutela delle relative posizioni giuridiche; «in particolare, secondo questa corretta prospettiva, la pretesa partecipativa dei soggetti interessati va razionalmente correlata all'interesse strumentale del destinatario dell'atto ed alla peculiarità della vicenda procedimentale in cui essa si colloca» (Cons. Stato, sent., 2823/01 *cit.*). Da tali premesse ermeneutiche la giurisprudenza ha tratto i criteri direttivi per discernere in concreto nella prassi applicativa i casi in cui l'assenza formale della preventiva comunicazione non determina la difformità dell'atto finale adottato dalla p.a. dal parametro legale. La casistica sul punto è varia, e dal suo esame è possibile trarne principi generali applicabili in casi analoghi. Innanzitutto, per

quanto qui interessa, l'obbligo di comunicazione è escluso per tutte quelle fattispecie in cui il procedimento amministrativo consegue, secondo un nesso di derivazione necessaria, da una precedente attività amministrativa peraltro già nota all'interessato; ad esempio, in materia di sanzioni edilizie l'ordine di sospensione dei lavori abusivi raggiunge ugualmente l'obiettivo di informare il privato del procedimento pendente, pur in assenza di formale comunicazione, in quanto da esso si desume la volontà dell'amministrazione di verificare la legittimità del programmato intervento edilizio (Cons. Stato, sez. V, sent. del 30 dicembre 1998 n. 1968). Pertanto l'orientamento giurisprudenziale è nel senso che, ove lo scopo previsto dall'istituto della partecipazione al provvedimento sia comunque raggiunto *in concreto*, l'omissione della comunicazione di cui all'art. 7 non importa la illegittimità del provvedimento finale.

La giurisprudenza dei T.A.R. ha evidenziato un filone ancora più espansivo dei principi sopra esposti, il quale postula la superfluità dell'obbligo di comunicazione in tutti quei casi in cui essa non comporterebbe alcun arricchimento degli elementi già in possesso dell'amministrazione procedente. In particolare il T.A.R. del Lazio (che sarebbe il giudice competente in una eventuale controversia che abbia come parte codesta amministrazione) è costante nell'affermare che «l'obbligo di comunicazione [...] sussiste solo quando in relazione alle ragioni che giustificano l'adozione del provvedimento e a qualsiasi altro possibile profilo, la comunicazione stessa apporti una qualche utilità all'azione amministrativa, affinché questa, sul piano del merito e della legittimità, riceva arricchimento dalla partecipazione del destinatario del provvedimento; in mancanza di tale utilità, viene meno l'obbligo della comunicazione in questione» (T.A.R. Lazio, Sez. I *bis*, sent. del 7 luglio 2003 n. 5991 conforme a T.A.R. Lazio, sez. III, sent. del 17 giugno 1998, n. 1405). In alcuni casi il giudice amministrativo ha annullato il provvedimento per omessa comunicazione sulla base della prova, fornita dall'interessato, che tale inottemperanza ha privato l'istruttoria procedimentale di un apporto prezioso, tramite il quale si sarebbe giunti ad una diversa determinazione da parte dell'amministrazione (in questo senso T.A.R. Sicilia, sent. del 28 gennaio 1998 n. 74; T.A.R. Puglia, sent. del 15 settembre 1997 n. 546).

Un altro blocco di provvedimenti per i quali la giurisprudenza ammette la deroga all'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento sono quelli in cui la p.a. esercita un potere vincolato. Sempre il T.A.R. del Lazio ha ritenuto che la partecipazione procedimentale del privato è superflua quando l'amministrazione non si trova a compiere scelte discrezionali sulla base di valutazioni autonome dalla stessa assunte, bensì debba decidere sulla sussistenza o meno di elementi oggettivamente verificabili che rientrano nella previsione legale. In questo frangente, infatti, prevale il principio di economia e di efficienza dell'agire amministrativo su quello di trasparenza, dal momento che l'amministrazione non è chiamata a compiere scelte imputabili soltanto a lei ma applica meccanicamente la normativa sulla base di presupposti stabiliti a monte da quest'ultima (T.A.R. del Lazio, sez. II, sent. del 21 aprile 1998, n. 636).

Tuttavia la giurisprudenza del Consiglio di Stato si esprime in senso maggiormente favorevole ad una tutela più intensa della partecipazione pro-

cedimentale e meno incline a deroghe, ritenendo che anche in presenza di un'attività vincolata la P.A. deve comunque accertare e valutare degli elementi riguardo i quali l'apporto del privato appare ad ogni modo utile. Nello stesso senso si è pronunciata la Cassazione a Sezioni Unite che distingue il caso delle ragioni di impedimento alla comunicazione d'avvio del procedimento consistenti nelle ragioni di urgenza previste dalla normativa e i provvedimenti vincolati, che non ricadono nell'eccezione all'obbligo sancito dall'art. 7 (Cass. Civ., Sez. Un. Sent. del 1° aprile 2000 n. 82).

A metà tra questo filone giurisprudenziale garantista e quello, portato avanti soprattutto dai TAR, più incline ad individuare numerose deroghe all'obbligo di comunicazione, si colloca un indirizzo «moderato» secondo cui, sempre con riguardo ai provvedimenti vincolati, l'obbligo di comunicazione può omettersi qualora il contenuto dell'atto sia predeterminato *ex lege* ed il riscontro delle condizioni fattuali su cui esso si basa non richiede apprezzamenti complessi ma richiede la verifica di un fatto semplice a rilevanza obiettiva, come accade, ad esempio, nei provvedimenti meramente dichiarativi (Cons. di Stato, Sez. V, sent. del 16 novembre 1998 n. 1615; ancora sez. V, sent. del 24 novembre 1987 n. 1365).

Una posizione maggiormente articolata ed attenta all'apprezzamento della singola controversia si rinviene nella sentenza della Sezione V del Consiglio di Stato del 22 maggio 2001 n. 2823 in cui il Supremo Consesso, preso atto delle oscillazioni della giurisprudenza sul punto, afferma che «la comunicazione del provvedimento *dovrebbe* diventare superflua quando: 1. l'adozione del provvedimento finale è doverosa (oltre che vincolata) per l'amministrazione; 2. i presupposti fattuali dell'atto risultano assolutamente incontestati dalle parti; 3. il quadro normativo di riferimento non presenta margini di incertezza sufficientemente apprezzabili; 4. l'eventuale annullamento del provvedimento finale, per accertata violazione dell'obbligo formale di comunicazione non priverebbe l'amministrazione del potere (o addirittura del dovere) di adottare un nuovo provvedimento di identico contenuto (anche in relazione alla decorrenza dei suoi effetti giuridici)».

Per quanto riguarda, poi, i provvedimenti di secondo grado, ossia quelli di annullamento, revoca o dichiarativi di decadenza da un beneficio concesso *ex lege*, la regola dell'obbligo di comunicazione rimane in vigore, dal momento che questi atti incidono comunque su posizioni giuridiche che un precedente atto amministrativo aveva creato in capo ai singoli. L'unica deroga ammessa è quella della sussistenza delle ragioni di urgenza di cui deve essere dato puntuale riscontro nella motivazione del provvedimento (Cons. Giust. Amm. Sic., Sez. Giurisdiz., sent. del 20 aprile 1998 n. 242; in senso conforme Cons. Stato Sez. V., n. 2823/01 *cit.*). Non esiste una codificazione di tali «ragioni di urgenza» cui si riferisce il disposto dell'art. 7, per cui si deduce che è l'amministrazione che, di volta in volta, a secondo delle contingenze, a definire il contenuto in concreto della fattispecie, dando conto nella motivazione delle circostanze eccezionali che hanno determinato l'omissione della comunicazione, al fine di evitare un pregiudizio alla tutela effettiva dell'interesse pubblico sotteso all'agire amministrativo.

L'orientamento dei T.A.R. all'indomani dell'introduzione della legge 241/1990 ha ravvisato le ragioni di celerità del procedimento relativamente

ai provvedimenti repressivi di abusi edilizi, nelle occupazioni di urgenza, nei casi di dichiarazione di stato d'emergenza in collegamento a provvedimenti urgenti e in tutti i casi in cui l'atto repressivo dell'amministrazione è necessitato dall'avvenuta violazione di norme imperative. Tuttavia su questo punto non si è ancora giunti ad un indirizzo monolitico, e forse non si giungerà mai, data la flessibilità del dettato normativo.

Per quanto riguarda il recupero delle somme indebitamente percepite è principio generale quello secondo cui il creditore non subisce alcun danno dalla mora dal momento che è risarcito automaticamente tramite la corresponsione degli interessi legali *ex art. 1224 c.c.* per cui si ritiene che in tal caso la legge pone già un rimedio a tutela dell'interesse dell'amministrazione, ragione per cui verrebbe meno l'esigenza di celerità del procedimento di revoca delle elargizioni corrisposte ai sensi della legge 44/1999.

Per quanto riguarda poi la natura vincolata o discrezionale dell'eventuale provvedimento di revoca di cui all'art. 16 della sunnominata legge, è chiaro che l'amministrazione opera un mero accertamento delle condizioni previste dalla legge, tuttavia è quantomeno controverso che nel riscontro del venir meno dei presupposti cui il legislatore ha collegato la corresponsione delle somme la P.A. non possa essere utilmente e legittimamente supportata dall'intervento partecipativo dell'interessato.

Alla luce di quanto esposto, quindi, si ritiene di poter affermare che la regola riguardante l'obbligo di comunicazione del procedimento amministrativo ha portata generale ed incondizionata, salva poi la possibilità per l'amministrazione di sottrarsi all'obbligo nei singoli casi in cui sussistano effettive esigenze di celerità del procedimento legate alla tutela primaria dell'interesse pubblico di cui essa è portatrice e di cui essa ha l'obbligo di esplicitare adeguatamente ed approfonditamente nella motivazione, pena l'annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento.

Pertanto, sulla base del panorama giurisprudenziale sopra rappresentato, il parere di questa Avvocatura è nel senso che debba essere sempre comunicato l'avvio del procedimento di revoca o annullamento delle erogazioni e dei benefici ai sensi della normativa di cui sopra e di omettere tale comunicazione solo in casi particolari di necessità di urgenza e di speditezza del relativo procedimento, qualora l'interesse pubblico sotteso alla norma sia sottoposto ad un concreto pericolo di pregiudizio.

In ultimo va peraltro ricordato che, a seguito della recentissima novella della legge 241/1990 ad opera della legge 15/2005, è stato aggiunto l'articolo 21 *octies* che, al secondo comma, recita: «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».

La giurisprudenza amministrativa di primo grado che ha avuto occasione di pronunciarsi sulla norma in questione ha ritenuto che essa si applichi

nel caso in cui, in presenza di una supposta carenza di motivazione, si tratti di un atto vincolato e sia palese che il contenuto dispositivo dell'atto non sarebbe stato diverso, e questo anche quando emerga con evidenza innegabile, dagli atti in causa, l'erroneità della motivazione posta a sostegno dell'atto oggetto di impugnazione davanti al giudice amministrativo (T.A.R. Abruzzo, Pescara, sent. 185/05). Alla luce della novità legislativa, quindi, anche in mancanza della comunicazione dell'avvio del procedimento, il giudice non potrebbe annullare il provvedimento di revoca dell'elargizione *ex lege* 44/1999 qualora essa sia basata sui presupposti indicati tassativamente e in maniera vincolante dall'articolo 16 della legge medesima».

A.G.S. – Parere del 3 agosto 2005, n. 103941.

Se gli oneri relativi all'acquisto del materiale di pulizia nelle scuole elementari e quelle relative all'uso di internet spettino all'Amministrazione scolastica o ai Comuni. (consultivo n. 12767/05, avvocato A. Palatiello).

«Alcune Avvocature Distrettuali, compulsate da Uffici Scolastici del distretto di competenza, hanno chiesto il parere della Scrivente circa la spettanza (alle scuole o ai comuni) dell'onere per le spese telefoniche e per l'acquisto del materiale di pulizia dei locali scolastici, con riguardo all'istruzione elementare.

La rilevanza generale del tema ha indotto la Scrivente ad acquisire il punto di vista del MIUR e del Ministero dell'Interno, rispettivamente manifestato con nota dell'8 giugno 2005, n. 2683/UL e del 4 maggio 2005, n. 2091 del Dip. Affari Interni - Dir. Centrale F.L.

Spese telefoniche. – L'art. 190 D. lg.vo 16 aprile 1994, n. 297, dispone che i comuni «sono tenuti a fornire, oltre ai locali idonei, ... il telefono ...» agli edifici scolastici; l'art. 159 precisa che tocca al comune provvedere «ai servizi» delle scuole (elementari). Dunque non è dubbio che la spesa per il telefono (impianto e utenza) faccia carico all'ente locale. Il problema si pone nel momento in cui si voglia definire l'ambito del servizio telefonico, e dunque i limiti dell'obbligo dell'ente locale di sostenerne i costi.

Di «utenza» telefonica parla l'art. 3, comma 2, della legge 11 gennaio 1996, n. 23, sicché dalla stessa terminologia adoperata è possibile individuare la *ratio* della disposizione nel senso che con essa si è voluto un sistema logistico che offra agli operatori scolastici uno strumento ordinario per lo svolgimento del servizio e agli utenti un mezzo tecnico di comunicazione di uso generale e di comune diffusione. L'art. 9 della citata legge n. 23/1996 proprio in tale ottica di usualità e di normalità prevede un sistema di determinazione degli oneri «sostenuti da ciascun comune per il funzionamento degli edifici scolastici» ai fini del trasferimento delle corrispondenti somme a favore delle province (nei casi, ovviamente, in cui di queste si disponeva contestualmente il subentro ai comuni). Il Ministero dell'Interno, con circolare 27 novembre 1996 n. F.L. 27/96 (in *G.U.* n. 301/1996) richiese ai comuni i dati relativi alle spese, in particolare evidenziando quelle telefoniche e quelle di pulizia, ed i comuni risposero senza operare distinzioni in seno a tali due categorie; di conseguenza vennero operati gli occorrenti trasferimenti di bilancio. L'im-

pianto telefonico è utilizzabile non solo per le comunicazioni ordinarie (voce a voce), ma anche per l'ingresso nella rete «*internet*», la cui diffusione esponenziale è notoria: ed anzi, è lo stesso Ministero dell'Interno ad incoraggiare l'«evoluzione della tecnologia» e «lo sviluppo di un sistema di servizi in rete telematica che includono la formazione a distanza, strumenti per la cooperazione, banche di esperienze e di materiali didattici, guide al reperimento di risorse» (circ. Min. Int. 18 ottobre 2001 n. 152), ivi fissandosi, quali obiettivi, «l'incremento di accessibilità per studenti, docenti e personale della scuola» e «l'accesso ai servizi in rete telematica da parte di tutte le componenti scolastiche». Ciò tuttavia non significa che l'onere per le spese di impianto e di esercizio del telefono siano a carico dei comuni a prescindere dall'utilizzo che del telefono si faccia. È ovvio ed indiscutibile che le spese poste a carico dei comuni devono riferirsi alle conversazioni effettuate per *esigenze di servizio*; ed è questo il limite dei costi per i collegamenti in *internet*: i quali collegamenti non possono essere altri che quelli realizzati per contattare i medesimi centri che sarebbero raggiungibili con la telefonia tradizionale e con i quali per *ragioni di servizio* è necessario colloquiare; il sistema *internet* semplicemente facilita e rende più rapido l'accesso alla comunicazione di servizio. Dunque, i siti istituzionali non a pagamento ben possono essere consultati essendo, allora, il telefono lo strumento tecnico di raggiungimento dello scopo (colloquiare per esigenze di servizio) in relazione al quale la spesa è posta a carico del comune; tale modalità operativa è più agile ed efficiente e non è affatto più costosa dell'uso tradizionale dell'apparecchio di telefonia. In una parola, la comunicazione a distanza mediante rete telefonica per ragioni di servizio, a carico dei comuni, non può non comprendere il costo degli «scatti» per il servizio accessorio, ormai del tutto ordinario per la sua normale diffusione, della «navigazione» in *internet*, purché questa si indirizzi ai siti istituzionali (raggiungibili, cioè, dall'utente per ragioni di servizio) non «a pagamento».

È appena il caso di precisare che l'utenza telefonica con il conseguente accesso in *internet* non ha a che vedere con lo svolgimento dell'attività didattica o scolastica, né con «le iniziative complementari e integrative dell'iter formativo degli studenti» di cui parla il d.P.R. 10 ottobre 1996, n. 597: anche lo strumento informatico o la navigazione in *internet* possono essere oggetto di iniziative complementari e integrative, legittimamente svolte nella scuola, ma il costo è a carico dell'Amministrazione della pubblica istruzione, come peraltro dispone l'art. 4, c. 3, d.P.R. n. 597/1996, e per le quali l'utilizzo dei «beni» è comunque subordinato al consenso dei relativi «enti proprietari» (art. 2, c. 4, d.P.R. n. 567 *cit.*). È appena il caso di chiarire, da ultimo, che l'acquisto della strumentazione occorrente per l'accesso in rete tramite linea telefonica e dell'eventuale abbonamento con il gestore del «portale» non sono a carico dei comuni: l'impianto per *internet* non è «impianto telefonico».

Spese per la pulizia. – Della «somministrazione» della pulizia dei locali scolastici quale spesa obbligatoria dell'ente locale già parlava l'art. 91, lett. F, n. 3, del testo unico 3 marzo 1934, n. 383, e ancor prima l'art. 55 R.D. 5 febbraio 1928, n. 577, mediante l'espressione, ritenuta comprensiva anche della pulizia, di «servizio»; ed il consiglio di Stato, con parere 25 settembre 1996,

n. 1784, segnalò che le spese per la pulizia «sono state considerate unitariamente nell'intero servizio di pulizia». La disposizione fu riprodotta nell'art. 159 D. Lgvo 16 aprile 1994, n. 297, dove si conferma che «spetta ai comuni provvedere ... ai servizi ... per tutte le scuole elementari», e poi, con formulazione ancor più ampia, nell'art. 3, c. 2, della legge 11 gennaio 1996, n. 23, dove si dispone che l'ente locale provvede alle «spese varie d'ufficio», cioè a quelle che occorrono in via ordinaria e normale affinché l'organizzazione logistica permetta alla vita scolastica, nella quotidianità, di procedere. Anche di tali spese, come si accennò, si tenne conto nella determinazione delle somme da trasferire all'ente locale. Dunque, le spese occorrenti per l'acquisto del materiale di pulizia sono a carico dei comuni.

Va chiarito, peraltro, che il tema dell'acquisto del materiale per la pulizia non ha a che vedere con il rapporto *tributario* relativo alla T.A.R.S.U.: l'imposta è dovuta per legge da chi utilizza il bene, e per questo va pagata, secondo la prospettazione della Corte di Cassazione con le note sentenze del 18 aprile 2000, n. 4944, e del 1° settembre 2004, n. 17617, dall'Amministrazione scolastica: le norme relative alla «pulizia» non hanno a che vedere con la traslazione del tributo. La diversità di presupposti e di oggetto dell'imposizione tributaria in T.A.R.S.U. da un lato e della spesa di pulizia dei locali dall'altro non permette di desumere dall'una vicenda la disciplina dell'altra.

Copia del presente parere, che è stato approvato dal Comitato Consultivo il giorno 29 luglio 2005, è inviata anche alla Presidenza del Consiglio dei Ministri per quanto di competenza con particolare riguardo alla propria funzione di coordinamento».

A.G.S. – Parere del 4 agosto 2005, n. 104813.

Se il regime fiscale agevolato di cui all'art. 15 del d.P.R. n. 601/1973 sia applicabile ad un'apertura di credito successivamente convertita in mutuo fondiario frazionato con annotazione di conferma ipotecaria a garanzia (consultivo 18420/05, avvocato M.Mari).

«(...) Codesta Agenzia richiede parere della Scrivente sulla seguente questione: se sia applicabile il regime fiscale agevolativo di cui all'art. 15 del d.P.R. n. 601/1973 ad un'apertura di credito fondiario successivamente “convertita” in mutuo con annotazione confermativa dell'ipoteca iscritta a garanzia dell'atto originario.

A riguardo codesta Agenzia espone quanto segue:

– la fattispecie può essere così sintetizzata: gli istituti bancari concedono a società di costruzioni immobiliari aperture di credito in conto corrente per un importo massimo predeterminato, utilizzabile in modo flessibile durante l'esecuzione dei lavori; tali finanziamenti sono destinati a “convertirsi”, ad ultimazione dei lavori, in mutui fondiari, frazionati, al fine di agevolare le vendite delle singole unità immobiliari con i relativi accolti. Contestualmente alla “conversione” del rapporto, si procede alla conferma dell'ipoteca originariamente iscritta a garanzia dell'apertura di credito in conto corrente, mediante esecuzione di apposita annotazione;

– *la previsione originaria* circa la possibilità di trasformare *in itinere*, il contratto di apertura in conto corrente in contratto di mutuo, sembrerebbe realizzare una sorta di *reductio ad unitatem* della peculiare ed articolata operazione di finanziamento, per cui *potrebbe non escludersi* una sua riconducibilità nell'ambito della operatività dell'art. 15 d.P.R. 601/1973;

– anche qualora si volesse intravedere nella trasformazione del rapporto obbligatorio in parola un fenomeno novativo in senso civilistico, tale circostanza potrebbe non escludere, di per sé, la possibilità di mantenere, in relazione al nuovo credito, le garanzie ipotecarie relative al credito originario visto il disposto dell'art. 1232 c.c. Tuttavia, nel caso di specie, sorgerebbero forti dubbi circa il *permanere* delle motivazioni economiche sottese alla disciplina agevolativa di cui alla sopra citata norma in relazione ai suddetti mutui.

Per quel che concerne tale problematica, si formulano le seguenti considerazioni:

1) l'art. 15 d.P.R. n. 601/1973 stabilisce che le operazioni relative a finanziamenti a medio e lungo termine sono esenti dall'imposta di registro, bollo, ipotecarie e catastali. (“Le operazioni relative ai finanziamenti a medio e lungo termine e tutti i provvedimenti, atti, contratti e formalità inerenti alle operazioni medesime, alla loro esecuzione, modificazione ed estinzione, alle garanzie di qualunque tipo da chiunque e in qualsiasi momento prestate e alle loro eventuali surroghe, sostituzioni, posterogazioni, frazionamenti e cancellazioni anche parziali, ivi comprese le cessioni di credito stipulate in relazione a tali finanziamenti, effettuate da aziende e istituti di credito e da loro sezioni o gestioni che esercitano, in conformità a disposizioni legislative, statutarie o amministrative, il credito a medio e lungo termine, sono esenti dall'imposta di registro, dall'imposta di bollo, dalle imposte ipotecarie e catastali e dalle tasse sulle concessioni governative”.

2) dovendosi rinvenire la *ratio* generatrice di questa disposizione nel *favor* che il legislatore ha inteso manifestare nei confronti di soggetti che *promuovono lo sviluppo economico e l'imprenditorialità la sua interpretazione è stata sempre piuttosto estensiva*. Infatti, la giurisprudenza della Corte di Cassazione su questa disposizione tende a ritenere la portata della norma *de qua* la più ampia possibile. Da ultimo, la S. Corte nella sentenza n. 4407/05 si è così espressa in proposito: “per finanziamento a medio e lungo termine si deve intendere, non solo l'operazione di finanziamento di denaro nella sfera di disponibilità del soggetto finanziato per almeno 18 mesi, ma qualsiasi operazione di provvista e, quindi, anche la scoperta di conto corrente bancario e l'apertura di credito per il periodo minimo indicato, con l'esclusione, peraltro, di quelle operazioni che per il fatto di utilizzare titoli astratti, non consentono di collegare la disponibilità di denaro con una data operazione di finanziamento...”;

3) in ogni caso, tale interpretazione “a maglie larghe” deve essere temperata da un altro principio, pur esso costantemente enunciato dalla Cassazione, sul punto: “L'esigenza (di attingere denaro)... non è soddisfatta laddove il soggetto accreditato non veda ampliata la propria liquidità, ma ottenga soltanto una dilazione nell'adempimento del proprio debito”, (*cf.* Cass. n. 4611/02);

4) la Corte di Cassazione sembra, inoltre, evidenziare un ulteriore motivo di riflessione circa la portata dell'agevolazione nel caso in cui i negozi posti in essere siano più d'uno ed in stretta relazione tra loro, là dove precisa: "il trattamento agevolato, stando alla norma in esame, non è escluso, e deve anzi riconoscersi, alla condizione tuttavia che esso spettasse per il precedente finanziamento di cui il negozio attuale è solo una modificazione" (Cass. 4530/02) (v. anche Cass. 4970/02).

Come a dire, in relazione all'ipotesi che qui si considera, che se nel successivo contratto di mutuo lo scopo per il quale il legislatore accorda un trattamento agevolato non ricorre in quanto per l'effetto del negozio l'accreditato non verrebbe a disporre di nuovo denaro suscettibile di impieghi produttivi, egualmente tale *favor* potrebbe essere concesso ove tale contratto non venisse considerato *ex se*, ma solo come momento modificativo di un negozio ontologicamente agevolabile.

In tale contesto viene massimamente in rilievo la questione concernente la natura attribuibile, nel caso *de quo*, al *secondo negozio stipulato* dalle parti; occorre cioè chiarire se esso rappresenti solo una modificazione/conversione del primo negozio oppure una novazione. Non sembra potersi ravvisare nell'operazione posta in essere dagli istituti bancari e dalle società immobiliari, la creazione di un unico rapporto complesso. Infatti, la previsione che il contratto di apertura di conto corrente potesse essere "convertito" (in senso economico e non giuridico) in contratto di mutuo non pare idonea ad escludere che il nuovo contratto abbia natura novativa.

In primis perché tale "conversione" (*recte* sostituzione) è in ogni caso una mera facoltà delle parti (art. 13 "le parti convengono sin d'ora che il fido possa essere convertito in mutuo fondiario ad avvenuta ultimazione dei lavori...") che, ove esercitata, manifesterebbe *l'animus novandi* richiesto dalla fattispecie novativa. In secondo luogo, perché il successivo rapporto obbligatorio avrebbe un oggetto parzialmente diverso (*la somma di denaro rimasta non pagata dalla società immobiliare*) un diverso titolo (mutuo e non conto corrente), anche se, di norma, un medesimo obbligato (il costruttore), salve le successive vicende del frazionamento del mutuo interessanti futuri acquirenti delle singole unità immobiliari.

Cioè a dire le parti, nella loro autonomia, possono certamente prevedere una possibile "conversione" dell'obbligazione assunta in un diverso tipo contrattuale, ma ciò non evita che tale previsione possa rappresentare, ove ne ricorrano i presupposti di legge, una novazione e non una mera modificazione del precedente contratto. Nel caso di specie, pertanto, rinvenendosi nel contratto di mutuo un contratto novativo dell'originario rapporto di credito in conto corrente, *si viene a negare anche la supposta natura unica* dell'operazione che ne occupa e, conseguentemente, la sua integrale riconducibilità alla medesima disciplina sotto il profilo tributario.

Né sembra sufficiente a contrastare le suesposte considerazioni il disposto di cui all'art. 1232 c.c. il quale prevede la possibilità in caso di novazione di mantenere le garanzie del rapporto novato anche in relazione al nuovo rapporto. Tale norma, infatti, non fa altro che manifestare con maggiore evidenza la *cesura netta* che vi è tra l'originario rapporto e quello novato, richie-

dendosi per mantenere le garanzie apposte al primo una espressa manifestazione di volontà. Perciò, seppure l'iscrizione di ipoteca può essere confermata anche in relazione al nuovo rapporto attraverso una annotazione a margine della prima, ciò nondimeno il rapporto novato ha natura e disciplina sua propria e diversa rispetto al primo con il quale nulla più condivide.

In conclusione, dovendo considerarsi il contratto di mutuo in sé per sé, in quanto non modificativo del contratto di apertura di credito, ma *nuovo contratto* stipulato in funzione dell'estinzione del debito, non si ravvisano le ragioni che costituiscono il presupposto per riconoscere le agevolazioni delle disposizioni di cui all'art. 15 d.P.R. n. 601/1973 *non essendo ampliate, comunque, le disponibilità economiche* del soggetto originariamente accreditato (cfr. Cass. n. 4611/02, sopra citata)».

A.G.S. – Parere dell'8 agosto 2005, n. 105874.

Possibilità per l'Amministrazione di pagare la sanzione amministrativa irrogata a dirigente individuato come datore di lavoro ex L. 626/1994, ma oggettivamente incolpevole (consultivo 36588/05, avvocato G. Albenzio).

«Con la nota emarginata codesta Agenzia, in relazione all'ispezione eseguita dalla ASL Roma "C" nel periodo 13 settembre – 21 dicembre 2004, chiede sostanzialmente chiarimenti sulla possibilità da parte dell'Agenzia di provvedere al pagamento della sanzione amministrativa ancorché il verbale delle riscontrate violazioni sia stato elevato nei confronti del dirigente ivi individuato quale "datore di lavoro area personale Agenzia delle Dogane"; infatti, della violazione accertata (*mancata determinazione della presenza degli agenti chimici pericolosi costituiti dalle lane minerali impiegate come coibentanti interni di porte e serrature*) è formalmente responsabile il Direttore dell'Area Centrale Personale e Organizzazione all'epoca di accertamento dell'infrazione, secondo quanto disposto dalla legge 626/1994.

1. Questa Avvocatura ritiene che il problema posto al suo esame non possa essere affrontato nell'ambito dell'istituto civilistico dell'*accollo* di debito altrui regolato dall'art. 1273 cod. civ., atteso che nelle fattispecie del tipo di quelle all'esame non sembra utilmente invocabile quella disciplina, ma vada inserito nel contesto più ampio della sistemazione delle difformità riscontrate ai sensi della legge 626/1994; per vero, ai fini della eliminazione delle irregolarità riscontrate – che incombe indubbiamente all'amministrazione – e nel complesso di una campagna generale di controllo e prevenzione – che l'amministrazione può contestualmente programmare – la previsione di spesa ed il relativo stanziamento di risorse ben può comprendere quella relativa alle sanzioni conseguenti alle ispezioni ASL ed alla messa a norma dagli ispettori prescritta, in analogia con quanto previsto dall'art. 18 d.l. 25 marzo 1997 n. 67 ed in un'ottica di convenienza e praticità che suggerisce di prescindere da contestazioni giudiziarie del verbale ispettivo (lunghe, costose e defatiganti) per procedere immediatamente alla sua ottemperanza, nel superiore interesse dell'Amministrazione e del personale dipendente.

Peraltro, il dirigente oggettivamente incolpevole, una volta pagata la sanzione potrebbe agire in rivalsa nei confronti dell'Amministrazione mede-

sima, il che determinerebbe per essa un aggravio di oneri e spese, oltre che di attività procedimentale, evitabile con la tempestiva assunzione della relativa spesa.

2. Passando all'esame del caso di specie, si rileva che può attendibilmente escludersi nel concreto – anche al di là della considerazione delle circostanze di fatto esposte nella nota 6 luglio 2005 dell'Area Centrale Personale e Organizzazione (acquisizione degli immobili da parte dell'Agenzia del Demanio nel corso dell'anno 2002, presenza del materiale coibentante sin dal momento della costruzione degli edifici risalente agli anni '80, non manifestarsi di problemi di sorta nel corso degli anni di gestione del complesso, assenza di deficienze conservative delle fibre vetrose, come successivamente accertato con verifica tecnica del 16 maggio 2005) – un'effettiva responsabilità del dirigente dell'Area Personale, per aver assunto egli l'incarico cui si riconnette la responsabilità in questione solo alcuni mesi prima dell'ispezione dell'ASL, senza in ipotesi aver avuto la immediata disponibilità di stanziamenti per verifiche ed interventi d'ufficio (in una situazione "ereditata"), al di fuori di qualsiasi segnalazione, sollecitazione o suggerimento dovuto a circostanze o accadimenti particolari.

Può, pertanto, configurarsi un interesse dell'Amministrazione ad includere la spesa relativa alla sanzione comminata nell'ambito della provvista di cui al precedente paragrafo, in linea con il riferito orientamento di acquiescenza dell'Agenzia alle prescrizioni dettate nel verbale di ispezione (interessanti anche "altri datori di lavoro dell'Agenzia delle Dogane", come si esprime il verbale stesso), l'ottemperanza alle quali costituisce presupposto per l'ammissione al pagamento della sanzione amministrativa, e di attivazione di una campagna generale di prevenzione e allerta in tutto il complesso edilizio occupato».

A.G.S. – Parere del 17 settembre 2005, n. 122372.

Individuazione dell'autorità competente al pagamento delle spese di custodia di beni sottoposti a sequestro penale in relazione a reati di natura finanziaria (consultivo n. 22827/05, avvocato G. Albenzio).

«In riferimento alla richiesta di parere pervenuta presso questa Avvocatura circa l'individuazione dell'autorità competente al pagamento delle spese di custodia dei beni sottoposti a sequestro penale in relazione a reati di natura finanziaria si precisa quanto segue.

1. – La normativa in materia di spese relative al sequestro degli oggetti collegati alla commissione di reati era, prima dell'entrata in vigore del d.P.R. n. 115/2002 (Testo Unico in materia di spese di giustizia), quella prevista dal codice di procedura penale all'art. 265, in cui si statuiva che le somme erano anticipate dallo Stato.

Dall'1 luglio 2002 è entrato in vigore il Testo Unico in materia di spese di giustizia che prevede, all'art. 58, le disposizioni generali relative alle indennità spettanti al custode (diverso dal proprietario o dall'avente diritto) dei beni sequestrati.

Con riferimento, poi, alla materia del sequestro, quale sanzione amministrativa, a seguito di violazione di norme del codice della strada, è intervenuto il decreto legge n. 269/2003 (recante la manovra finanziaria del Governo per il 2004) al cui art. 38 si dispone che tutte le spese relative alla custodia del veicolo restino a carico del proprietario dello stesso.

Peraltro, con specifico riferimento alle ipotesi oggetto della presente consultazione, con legge 19 marzo 2001 n. 92 è stata inserita nel corpo normativo del d.P.R. n. 43/1973 (Testo Unico doganale), una disposizione (art. 301-*bis*) che prevede che i beni mobili iscritti in pubblici registri sequestrati nel corso di operazioni di polizia giudiziaria anticontrabbando sono affidati dall'autorità giudiziaria in custodia giudiziale *agli organi di polizia che ne facciano richiesta per l'impiego in attività di polizia*. I relativi oneri economici sono, in base a quanto previsto nel comma secondo, a carico dell'ufficio o comando usuario.

Tale disposizione fa riferimento esclusivamente al caso in cui vi sia una richiesta precipua da parte dell'organo di polizia interessato.

È altresì disposto, al comma 3 dell'articolo in questione, che laddove non vi sia stata la richiesta di affidamento di cui al comma 1, i beni sequestrati possono essere ceduti, ai fini della loro distruzione, sulla base di apposite convenzioni.

2. – Occorre esaminare, quindi, il rapporto intercorrente tra quest'ultima fattispecie e la normativa generale di cui al Testo Unico suddetto.

Una pronuncia della Cassazione (sentenza n. 35154/03), segnalata da codesta Agenzia, ha statuito che tra la disposizione in esame (art. 301-*bis*) e la normativa generale di cui al codice di procedura penale, sussiste un rapporto di specialità, nella misura in cui qualora vi sia una specifica richiesta in tal senso da parte degli organi di polizia interessati deve farsi riferimento alla fattispecie di cui all'art. 301-*bis* d.P.R. n. 43/1973 in virtù del principio *lex specialis derogat lex generalis*.

Secondo tale lettura, quindi, l'Amministrazione che faccia richiesta di utilizzo del bene sequestrato si pone come custode necessario che, in virtù dell'attribuzione *ex lege* di poteri speciali, può disporre del bene, ovvero farlo distruggere.

Alla luce di queste considerazioni la Suprema Corte afferma che esclusivo *dominus* dell'attività di custodia dei beni mobili sequestrati risulta essere l'ufficio amministrativo competente, mentre non sarebbe corretto prevedere una competenza dell'autorità giudiziaria in materia di liquidazione di compensi al custode terzo perché, ed è questo il punto nodale, il giudice stesso è rimasto sostanzialmente estraneo alla determinazione del rapporto in questione (restando nella sua esclusiva competenza solo la valutazione circa la rilevanza probatoria degli stessi) e, quindi, i compensi del custode non possono essere definiti quali spese relative al sequestro penale, con conseguente esclusione della normativa di cui al D.lgs. n. 115/2002.

Ne consegue – sempre secondo i giudici della Suprema Corte – che il soggetto tenuto al pagamento dei compensi per la custodia dei beni sequestrati per reati finanziari sarebbe l'Amministrazione beneficiaria stessa, a nulla rilevando, in quanto derogate da una norma speciale, le disposizioni generali.

La sentenza in esame, tuttavia, faceva ancora riferimento alla pregressa normativa contenuta nel codice di procedura penale e, quindi, non si pone in contrasto con la ricostruzione interpretativa prefigurata nel precedente paragrafo; peraltro, non si registrano, alla data odierna, ulteriori pronunce della Cassazione che si attestino sulle conclusioni raggiunte nella sentenza citata per fattispecie sorte dopo l'entrata in vigore del d.P.R. 115/2002.

In conclusione ed in attesa di eventuali nuove pronunzie dell'A.G. al riguardo, nel caso in cui sia stata formulata richiesta di utilizzazione in operazioni di polizia dei beni sequestrati a seguito di operazioni anticontrabbando, le relative spese di gestione (in applicazione della normativa speciale), compresa quella di un'eventuale custodia, sono ad esclusivo carico dell'Amministrazione beneficiata. Qualora, invece, tale richiesta non vi sia, e non si sia proceduto alla distruzione del bene in questione ai sensi del comma 3 dell'art. 301-*bis* Testo Unico doganale, trova applicazione, con riferimento alle spese di custodia, la normativa generale prevista nel d.P.R. n. 115/2002 (in particolare, art. 3-4) trattandosi di spese di giustizia, come correttamente indicato dalla Circ. 8 settembre 2003 n. 3450. Qualora dovessero intervenire provvedimenti di segno contrario da parte dell'A.G. si invita ad inoltrarli tempestivamente all'Avvocatura dello Stato competente per l'eventuale impugnazione».

A.G.S. – Parere dell'11 ottobre 2005, n. 134424.

Art. 97 Testo Unico 3 gennaio 1957, n. 3: sua applicabilità alle ipotesi di sospensione obbligatoria per il periodo di detenzione (consultivo n. 8716/1994, avvocato D. Del Gaizo).

«1. – Codesta Università ha chiesto di conoscere l'avviso della Scrivente in ordine alla richiesta – avanzata ai sensi dell'art. 97 del d.P.R. 3 gennaio 1957, n. 3, da un docente – di corresponsione degli assegni non percepiti nel periodo di sospensione cautelare dal servizio disposta ai sensi dell'art. 91, primo comma, seconda parte, dello stesso Testo Unico, a seguito dell'emana-zione, nei suoi confronti, di sentenza assolutoria (con la formula “il fatto non sussiste”) della Corte d'Appello di Napoli, confermata dalla Corte di Cassazione.

Nella richiesta di parere, dopo avere ricordato che, in precedenza, questa Avvocatura aveva espresso parere sfavorevole in ordine ad analoga richiesta di corresponsione degli assegni suddetti, avanzata dallo stesso docente a seguito dell'annullamento, da parte della Corte di cassazione, del provvedimento che aveva disposto la custodia cautelare in carcere, codesta Amministrazione rileva la diversità della fattispecie ora sottoposta all'atten-zione della Scrivente, la quale sembrerebbe rientrare pienamente nell'ipotesi tipica della *restitutio in integrum*, di cui al ricordato art. 97.

2. – Effettivamente la fattispecie in esame si differenzia da quella esami-nata in precedenza, poiché la richiesta in questione consegue ora alla emana-zione di sentenza passata in giudicato, con la quale il procedimento penale a carico del docente si è concluso definitivamente.

Secondo quanto si evince dalla richiesta, detta sentenza ha, in realtà, disposto con formula pienamente assolutoria per tutte le ipotesi di reato originariamente contestate, tranne che per una, per la quale è intervenuta la declamatoria di prescrizione in data 22 febbraio 2002.

3. – Sulla base degli atti a disposizione, comunque, in entrambi i casi sembra applicabile la disposizione del citato art. 97.

Infatti quest'ultimo prescrive, al primo comma, che *“Quando la sospensione cautelare sia stata disposta in dipendenza del procedimento penale e questo si concluda con sentenza di proscioglimento o di assoluzione passata in giudicato perché il fatto non sussiste o perché l'impiegato non lo ha commesso, la sospensione è revocata e l'impiegato ha diritto a tutti gli assegni non percepiti, escluse le indennità per servizi e funzioni di carattere speciale o per prestazioni di lavoro straordinario e salva deduzione dell'assegno alimentare eventualmente corrisposto”*.

Oltre alla ipotesi di assoluzione con formula piena, la norma considera anche (secondo, terzo e quarto comma) quelle di proscioglimento (in cui ricorre anche il caso di dichiarazione di estinzione del reato per intervenuta prescrizione – cfr. artt. 531 c.p.p. e 157 c.p.) e di assoluzione passata in giudicato per motivi diversi da quelli indicati nel secondo comma, stabilendo che, ove esse ricorrano, l'amministrazione ha la facoltà di iniziare il procedimento disciplinare, il quale deve avere inizio, con la contestazione degli addebiti, entro 180 giorni dalla data in cui è divenuta irrevocabile la sentenza definitiva di proscioglimento od entro 40 giorni dalla data in cui l'impiegato abbia notificato all'amministrazione la sentenza stessa. Qualora ciò non avvenga il procedimento disciplinare non può più essere iniziato e l'impiegato ha diritto agli assegni previsti nel primo comma.

Tale ultima ipotesi sembra essersi verificata nel caso di specie, non risultando dagli atti che codesta Università abbia mai avviato il procedimento disciplinare per fatti oggetto del procedimento penale, in relazione ai quali è stato disposto il proscioglimento per intervenuta prescrizione, ed apparendo ormai decorso il termine di cui al terzo comma della disposizione in esame.

4. – Se la situazione del docente in questione si pone nei termini sopra descritti, pare che in ogni caso ricorra l'ipotesi considerata nel primo comma dell'art. 97 e che, pertanto, la richiesta avanzata dall'interessato debba essere accolta.

5. – Infatti, tenuto conto della espressa previsione contenuta nella norma, non sembra avere rilevanza, nel caso in esame, la circostanza che la sospensione cautelare dal servizio sia stata disposta in conseguenza di provvedimento di custodia cautelare in carcere del dipendente (cd. sospensione obbligatoria) e per il periodo di durata della stessa.

Alla predetta circostanza ha fatto sovente riferimento la giurisprudenza del giudice amministrativo per negare il diritto del dipendente alla reintegrazione della propria posizione economica, in ragione del mancato adempimento della prestazione lavorativa (e quindi della interruzione di uno dei termini del sinallagma che caratterizza il rapporto di servizio) per causa non imputabile all'amministrazione di appartenenza.

A ben vedere, però, le decisioni basate su tale impostazione si riferiscono, in genere, a casi in cui la reintegrazione della posizione economica del dipendente è stata richiesta, o riconosciuta dallo stesso giudice, allorché il procedimento penale si era concluso con una sentenza di condanna (cfr., in particolare, C.d.S., IV, 13 novembre 1995, n. 924; VI, 16 settembre 2002, n. 4649), applicando, così, principi desumibili dall'art. 97 del Testo Unico n. 3/1957, ma al di fuori delle ipotesi specificamente considerate dalla norma.

Quando invece ricorrano queste ultime (proscioglimento o assoluzione con formula piena; ovvero proscioglimento o assoluzione per motivi diversi ai quali non segua il tempestivo avvio del procedimento disciplinare – sulla piena equiparazione tra le due ipotesi v. le affermazioni contenute in CdS, IV, 24 maggio 1995, n. 360), la mancanza della prestazione lavorativa determinata dal periodo di privazione della libertà personale (e di conseguente sospensione cautelare obbligatoria) non dovrebbero produrre alcun effetto limitativo del diritto del dipendente alla *restitutio in integrum*. Tanto pare doversi ritenere – analogamente a quanto statuito dal Consiglio di Stato in relazione alla previsione di *restitutio in integrum* di cui all'art. 96 del Testo Unico in questione (C.d.S., VI, 3 luglio 2001, n. 3659; IV, 30 giugno 2005, n. 3508) – in base alla considerazione che la disposizione in esame riferisce tale diritto al periodo di sospensione cautelare “disposta in dipendenza del procedimento penale”, senza distinguere tra le diverse fattispecie considerate nell'art. 91 del citato Testo Unico, o tra questo e l'art. 92: in tal senso cfr. Cass., Sez. lav., 22 aprile 1993, n. 4733, le cui argomentazioni appaiono, sul punto, ben più persuasive di quelle contenute nella sentenza della stessa Sezione 10 luglio 1993, n. 7584, che, nel pronunciare in senso opposto, non pare tener conto della suddetta circostanza e del carattere neutro dell'espressione “disposta”, che appare compatibile con tutte, indistintamente, le ipotesi di sospensione cautelare, le quali conseguono sempre ad un provvedimento formale dell'amministrazione.

6. – Nessun ostacolo al riconoscimento delle somme previste sembra, infine, sussistere in relazione al fatto che il docente in questione abbia ottenuto il riconoscimento dell'indennizzo per ingiusta detenzione *ex artt.* 313 ss. c.p.p..

Come ha ormai definitivamente precisato la giurisprudenza, infatti, quest'ultimo istituto è essenzialmente finalizzato al riconoscimento all'individuo per una lesione del diritto morale conseguita alla ingiusta detenzione ed è quindi determinato secondo criteri equitativi (Cass. 2 luglio 2003, n. 28834) e non è, quindi, incompatibile con il riconoscimento delle competenze economiche non erogate a causa della sospensione dal servizio (in tal senso, in precedenza, Cass. 22 settembre 1994, n. 2466)».

A.G.S. – Parere del 20 ottobre 2005, n. 139269.

Appalto di servizi – Fallimento di mandante – Sorte del contratto di appalto: prosecuzione con la mandataria. Rilevanza di conoscenza di fatti incidenti sulla capacità economico-finanziario della mandataria. (consultivo n. 39622/05, avvocato S. Sabelli).

«A seguito del parere reso dalla Scrivente con nota n. 114010 del 31 agosto 2005, codesta Amministrazione (...) ha fornito ulteriori dati conoscitivi emersi nei riguardi della società [x] S.r.l. partecipante, in qualità di mandataria, all'Associazione Temporanea di Imprese aggiudicataria dell'appalto; tali ulteriori elementi — che concernono fatti che alla data del precedente parere della Scrivente non erano stati rappresentati — potrebbero indurre, ad avviso di codesta Amministrazione, ad escludere che la società medesima sia in possesso dei requisiti necessari per subentrare alla disciolta ATI.

Premesso che, come precisato nel precedente parere, la predetta società, a seguito della dichiarazione di fallimento della società mandante [y] sarebbe autorizzata alla prosecuzione del rapporto ai sensi dell'art. 94, comma 2 del d.P.R. 554/1999, ove non indichi altra impresa subentrante in possesso dei necessari requisiti di idoneità previsti dal bando di gara, si osserva, in punto di fatto, che dall'esame degli elementi in possesso della Scrivente il rapporto già instaurato con l'ATI aggiudicataria sembrerebbe essere proseguito con la società mandataria.

Sulla base di tale presupposto è parere di questa Avvocatura Generale che non sussistano le condizioni giuridiche per procedere alla risoluzione automatica del rapporto, ma si debba intimare alla [x] S.r.l. una diffida al corretto e puntuale adempimento delle prestazioni imposte dal contratto, assegnando all'uopo un breve termine per l'ottemperanza, scaduto inutilmente il quale si potrà procedere all'azione di risoluzione per inadempimento.

Ove, viceversa, la suddetta circostanza di fatto non risultasse essersi verificata, codesta amministrazione potrebbe senz'altro comunicare alla controparte la propria volontà di non prosecuzione del rapporto. In ogni caso, per l'eventuale affidamento dell'appalto ad altra impresa, occorrerà, nelle more dell'espletamento di una nuova gara pubblica, individuare il contraente attraverso trattativa privata con imprese di accertata affidabilità, tenuto conto dell'urgente necessità di assicurare la continuazione di servizi essenziali per l'esercizio dell'attività istituzionale».

A.G.S. – Parere del 5 novembre 2005, n. 146884.

Istanza definizione liti fiscali ex art. 16 legge 289/02 – Perfezionamento in caso di pagamento rateizzato (consultivo n. 39402/05, avvocato G. Albenzio).

«Con la nota emarginata codesta Agenzia chiede chiarimenti sul momento in cui si deve considerare perfezionata l'istanza di definizione agevolata, presentata ai sensi dell'art. 16 legge 289/2002, qualora il contribuente abbia chiesto di avvalersi della facoltà di rateizzare l'importo dovuto.

Ad avviso di questa Avvocatura Generale, la risposta al quesito posto poggia su una interpretazione sistematica dei commi 1, 2 e 8 del citato art. 16 che tenga conto della *ratio legis* dell'intera manovra agevolativa.

In particolare, si osserva che il comma 1 collega la definizione della lite al pagamento delle somme ivi quantificate (*“Le liti fiscali pendenti ... possono essere definite .., con il pagamento...”*) ed il comma 8 condiziona ugualmente la pronuncia di estinzione della lite al pagamento del dovuto: *“la estinzione*

del giudizio viene dichiarata a seguito di comunicazione degli uffici ... attestante la regolarità della domanda di definizione ed il pagamento integrale di quanto dovuto"; il comma 2, invece, nel regolare la rateazione del debito, dispone che l'omesso puntuale versamento delle rate "*non determina l'inefficacia della definizione*" ma le somme dovute vanno recuperate ai sensi dell'art. 14 d.P.R. 602/1973 (cioè mediante iscrizione a ruolo), con interessi e sanzioni.

Con il "condono" *ex lege* 289/2002 il Legislatore ha indubbiamente inteso intervenire sulle questioni fiscali pendenti al fine di ridurre il contenzioso ed accelerare i tempi di riscossione delle imposte, pur nel rispetto del diritto di difesa dei cittadini di cui all'art. 24 Cost.; sulla base di questa *ratio legis* è possibile dirimere il dubbio creato dall'apparente discrasia del comma 2 sopra esaminato rispetto ai commi 1 e 8 dell'art. 16.

La *inefficacia* dell'omesso versamento delle rate successive alla prima nei termini previsti, come disposta dal comma 2, va intesa nel senso che l'omesso pagamento delle rate nei termini non comporta *automaticamente* la nullità dell'istanza di definizione (ancorata dal comma 1 al pagamento del dovuto, da intendersi nella misura integrale ivi prevista) ma soltanto la sua *temporanea inefficacia* fin tanto che non si esauriscono le procedure esecutive a mezzo ruolo; peraltro, nelle more dell'azione esecutiva, il processo tributario non può essere lasciato pendente senza limitazione temporale definita, ostando questa eventualità alla *ratio legis*; nel caso, quindi, di omesso versamento delle rate successive alla prima, ad avviso di questa Avvocatura, andrebbe tempestivamente operata la iscrizione a ruolo del debito conseguente e tanto andrebbe comunicato al Giudice (in vece della comunicazione di "regolarità della domanda di definizione" prevista dal comma 8), così che l'A.G. possa dichiarare (non l'estinzione del giudizio ma) la cessazione della materia del contendere sulla questione di merito sottoposta al suo esame con l'originario ricorso.

La soluzione sopra prospettata andrà, ovviamente, verificata alla luce delle pronunzie giurisprudenziali che dovessero intervenire».

A.G.S. – Parere dell'11 novembre 2005, n. 150328.

Militare – Degradazione in conseguenza di condanna a pena della reclusione superiore a cinque anni – Omessa menzione nella sentenza – Conseguenziali provvedimenti da parte dell'Amministrazione (contenzioso n. 38233/05, avvocato M. Salvatorelli).

«(...) Un maresciallo ordinario risulta condannato, con sentenza passata in giudicato, alla pena di anni 14 di reclusione. Secondo quanto previsto dall'art. 29 del codice penale, da detta pena deriva automaticamente la interdizione perpetua dai pubblici uffici, che è stata effettivamente dichiarata dalla Corte d'Assise di Roma e implicitamente, ma indubitabilmente confermata nei successivi gradi di giudizio.

Per il personale militare, a norma dell'art. 33 del codice penale militare di pace, dalla detta condanna consegue parimenti la degradazione. In

entrambi i casi trattasi di pene accessorie, che allo stato non sono incise dall'intervenuta concessione al maresciallo del grazia, che — salva diversa previsione — opera unicamente sulla pena principale.

Esponde codesta Amministrazione che, nelle more della pronuncia della Autorità giudiziaria sulla applicazione della pena accessoria della degradazione, veniva disposta la sospensione dall'impiego. La degradazione veniva quindi richiesta alla Corte d'Assise, che si dichiarava incompetente sussistendo la competenza del Giudice militare. A sua volta, la Procura Militare — giudice dell'esecuzione — dichiarava la propria incompetenza, ipotizzando all'art. 6 del d.P.R. n. 237/1964 laddove il giudice che aveva pronunciato la sentenza non avesse proceduto alla correzione dell'errore materiale.

Codesta Amministrazione ha pertanto provveduto nel senso suggerito, in conformità, peraltro, a risalente orientamento della S.C. di cassazione (Cass., I, 28 marzo 1987) adottando un provvedimento che è stato oggetto d'impugnazione dinanzi al T.A.R. da parte del maresciallo ed è stato sospeso dal Giudice amministrativo. Si richiede pertanto l'avviso di questo G.U. sulla strada da praticarsi, ipotizzando la possibilità di ricorrere, quale norma residuale, all'art. 85 del testo unico imp. civ. St.

La fattispecie appare indubbiamente peculiare, poiché, per un verso, il Giudice ordinario ritiene di non poter applicare una pena accessoria prevista dal codice penale militare, dall'altro l'Autorità giudiziaria militare esclude di poter «correggere» o integrare la statuizione di altro giudice.

Sembra alla Scrivente che la soluzione al quesito posto — che deve essere data, come suggerisce codesta Direzione Generale da un'iniziativa dell'Amministrazione stessa — non possa prescindere dalla considerazione della natura della pena accessoria in discorso, e dalla circostanza che l'interdizione perpetua dai pubblici uffici — pena che ha gli stessi presupposti della degradazione — deve ritenersi non solo discendere automaticamente dalla norma di legge, ma essere stata *espressamente comminata* all'esito del giudizio dinanzi al giudice ordinario. Né può ignorarsi che è fuori di dubbio, stante la testuale e insormontabile previsione di legge, che al soggetto colpito dalla pena della reclusione superiore ai cinque anni è giuridicamente e radicalmente preclusa la possibilità di appartenere ai ruoli di un'Amministrazione pubblica, sia essa civile o militare.

Orbene, le pene accessorie cosiddette «automatiche», per le quali, cioè, non è necessaria alcuna valutazione da parte del giudicante quanto all'*an*, al *quantum*, al *quomodo*, conseguono di diritto alla condanna, divengono esecutive al passaggio in giudicato della sentenza (v. anche art. 34 c.p.m.p.), e deve pertanto ritenersi che non ne occorra necessariamente la dichiarazione espressa con sentenza, così come affermato nella stessa «relazione al Re» sul codice penale.

In tal senso sembra convergere, implicitamente, tra le altre, Cass., I, 28 gennaio 1997, che ha affermato che «*La pena accessoria della degradazione — derivante, ai sensi del 1° comma, n. 1 dell'art. 33 c.p.mil. pace, da condanna per reato comune comportante l'interdizione perpetua dai pubblici uffici — per*

produrre effetti militari non richiede l'adozione di un formale provvedimento di espulsione dalle forze armate, ma opera automaticamente dal giorno in cui la sentenza di condanna per il reato comune è divenuta irrevocabile».

Considerata, pertanto, la difficoltà frapposta, per un verso, dal Giudice che ha pronunciato la sentenza, per altro verso dal Giudice dell'esecuzione, a porre in essere i rimedi costantemente indicati dalla giurisprudenza della Suprema Corte quali praticabili (correzione di errore materiale o ricorso al Giudice dell'esecuzione penale, da ultimo v. Cass., 28 aprile 2004) sembra alla Scrivente che, *anche in considerazione della certamente comminata pena accessoria della interdizione perpetua dai pubblici uffici*, possa codesta Amministrazione — sostanzialmente applicando, come ipotizzato, il principio di cui all'art. 85 lett. b), testo unico imp. civ. St., *ma senza richiamare lo stesso*, riferito, com'è, agli impiegati civili, — provvedere ad adottare una semplice «presa d'atto», con la quale si formalizzi la situazione di sopravvenuta incompatibilità del maresciallo con qualsiasi rapporto di dipendenza con l'Amministrazione militare quale conseguenza della intervenuta condanna alla pena accessoria della interdizione perpetua dai pubblici uffici e della conseguente degradazione spettante *ex lege*.

L'atto, *non avente natura provvedimentoale* dovrà comunque specificare che la sua adozione avviene fatti salvi comunque gli effetti dell'atto a suo tempo adottato ed impugnato dinanzi al T.A.R. La Scrivente si accinge, infatti, salvo contrario avviso, ad impugnare comunque l'ordinanza cautelare adottata dal Giudice amministrativo, per sostenere la legittimità (anche alla luce della richiamata se pur risalente giurisprudenza della Corte di Cassazione), nonché per evidenziare comunque (anche ai sensi dell'orientamento fatto proprio da C.d.S., IV, 9 dicembre 2002, n. 6669) la natura non provvedimentoale dell'atto (attesane la doverosità e il contenuto vincolato) e la sostanziale conformità a diritto a prescindere da eventuali vizi meramente formali».

A.G.S. – Parere del 14 novembre 2005, n. 151497.

Patrocinio Avvocatura dello Stato – Commissario Azienda Universitaria (contenzioso n. 29466/03, avvocato E. Figliolia).

«Si fa riferimento alle iniziative giudiziarie poste in essere da codesta Gestione Commissariale con il patrocinio di avvocati del libero foro per rappresentarne l'illegittimità, con ogni conseguente possibilità di soccombenza giudiziaria per motivi di inammissibilità delle iniziative medesime e, parimenti, conseguente responsabilità erariale.

Ed invero l'azione commissariale di cui trattasi rientra necessariamente nell'ambito di un “*munus*” statale, che, in quanto tale, comporta necessariamente il patrocinio *ex lege* dell'Avvocatura dello Stato.

In materia di gestioni commissariali in genere questa Avvocatura Generale ha già avuto modo di chiarire la carenza assoluta di “*ius postulandi*” di avvocati del libero foro rispetto all'attivazione di iniziative giudiziarie nell'in-

teresse del Commissari, e di cui alle esaurienti motivazioni espresse nell' allegato parere n. 121359, che risultano senz'altro del tutto pertinenti anche nella fattispecie.

Per quanto precede è opportuno che codesta Gestione disponga per le conseguenti iniziative, e nel contempo il Ministero che legge per conoscenza vorrà impartire le necessarie direttive a tutte le gestioni commissariali attualmente in essere, si da evitare pregiudizi agli interessi pubblici».

Segue: A.G.S. – Parere del 3 novembre 2003, n. 121359.

Rappresentanza in giudizio del Commissario delegato per l'emergenza ambientale – Patrocinio ex lege dell'Avvocatura dello Stato (contenzioso 5756/03, avvocato G. Zotta):

«Come è noto, in occasione della trattazione dell'affare contenzioso GTA-Trattamento Acque c/ P.C.M. – Protezione civile dinanzi al T.A.R. del Lazio, si è dovuto constatare che il Commissario delegato per l'emergenza ambientale per la Regione Calabria si è costituito in giudizio col patrocinio di avvocato del Foro libero.

Il ricorso è stato notificato anche alla P.C.M. – Protezione civile, presso questa Avvocatura Generale. Codesta Amministrazione, ignorando del tutto i termini della controversia, attinendo essa ad azione dell'organo straordinario delegato (*impugnazione degli esiti di gara d'appalto-concorso per la progettazione e costruzione di un depuratore*), si è limitata ad invitare l'Avvocatura a rivolgersi al Commissario delegato, per reperire gli elementi indispensabili alla difesa degli interessi pubblici coinvolti.

Questo Generale Ufficio, però, nel silenzio dell'Organo delegato, pur tempestivamente interessato e, quindi, nella totale ignoranza della vicenda controversa, non è stato in grado di svolgere alcuna attività difensiva.

Con nota 15 luglio 2003, n. 079638, indirizzata agli Uffici in epigrafe, la Scrivente ha pertanto denunciato questa situazione irregolare, in cui un organo straordinario dello Stato, invece di valersi dell'istituzionale patrocinio legale, obbligatorio *ex lege*, dell'Avvocatura dello Stato – per di più del tutto gratuito – è ricorso al patrocinio di un Avvocato del Foro libero, privo dello *ius postulandi* per lo Stato. Con le conseguenze di legge in ordine alla (in)validità dell'attività difensiva svolta; con inutile esborso di denaro pubblico per compensi professionali e per di più impedendo alla Protezione civile una appropriata e puntuale difesa nella causa in questione. L'aspetto stravagante della vicenda, che non va sottaciuto perché potrebbero derivarne profili a rilevanza penale o di responsabilità contabile, è che i denari che verranno (o sono stati) erogati ai legali privati officciati, *provengono dalle casse della Protezione civile*.

Codesto Dipartimento, con la lettera cui si risponde, nel trasmettere la nota 27 giugno 2003 del Commissario delegato per l'emergenza ambientale della Calabria, con cui prendeva decisa posizione sulla questione difendendo la legittimità del proprio operato, chiedeva di conoscere l'opinione dell'Avvocatura al riguardo, esprimendo, comunque, l'avviso secondo il quale il patrocinio compete in via esclusiva all'Avvocatura dello Stato.

Al riguardo, si nota che l'Avvocatura distrettuale di Catanzaro, con lettera 17 luglio 2003, n. 18734, poi ribadita dalla nota 22 luglio 2003, n. 19065, indirizzate anche a codesto Dipartimento, ha illustrato compiutamente le ragioni, *che si condividono pienamente*, per cui la difesa del Commissario delegato per l'emergenza ambientale della Regione Calabria compete in via organica ed esclusiva all'Avvocatura dello Stato. (...).

L'equivoco di fondo che si annida nella tesi del Presidente della Regione Calabria, è in ciò che egli ritiene che il rapporto fra il Dipartimento della Protezione civile e se medesimo, sia intersoggettivo e non semplicemente interorganico. Si vuole ribadire, in altri termini, che il Commissario delegato è organo straordinario dello Stato. Esplica funzioni che rimangono proprie della Protezione civile, come suo organo, per le competenze, appunto, ad esso delegate. Il Commissario, pertanto, svolge funzioni che rimangono statali, qualificandosi, per questa specifica funzione, quale organo straordinario dello Stato, nell'amministrazione della Protezione civile.

In aggiunta, fra l'altro, si noti che l'art. 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225, istitutiva del Servizio nazionale della protezione civile, consente che il Presidente del Consiglio dei Ministri – ovvero, per sua delega, il Ministro per il coordinamento della protezione civile – si avvalga, per l'attuazione degli interventi di emergenza etc., di commissari delegati, ma non fornisce alcuna indicazione quanto alla individuazione dei soggetti sui quali debba cadere la relativa scelta. Riguardo alla quale, pertanto, l'autorità delegante gode di ampia discrezionalità. Solo occasionalmente, dunque, nel caso la scelta è caduta sul Presidente della Regione Calabria. Il quale, pertanto, non è istituzionalmente preposto, *ratione officii*, a rivestire la carica di Commissario delegato per l'emergenza ambientale in Calabria. E allora, la difesa di detto organo straordinario dello Stato non può essere affidata o meno all'Avvocatura dello Stato, a seconda del soggetto che sia stato delegato.

Consegue da ciò, che la difesa del suo operato è riservata alla competenza esclusiva dell'Avvocatura dello Stato».

A.G.S. – Parere del 18 novembre 2005, n. 154235.

Corte dei Conti. Sequestro conservativo e susseguente sentenza definitiva di condanna. Adempimenti successivi (consultivo n. 18748/04, avvocato C. Sica).

«A seguito del parere reso con nota n. 20140 del 14 febbraio 2005 di questa Avvocatura Generale(1), il Procuratore Generale della Corte dei Conti, dietro segnalazione di alcune procure regionali, ha rappresentato che il concessionario per la riscossione non è nelle condizioni di poter assicurare tempestivamente l'espletamento di quegli ulteriori adempimenti, successivi al deposito del titolo esecutivo, indispensabili per garantire che la procedura esecutiva possa giungere a buon fine attraverso la soddisfazione della pretesa creditoria. In particolare, i termini in materia di procedure esecutive risulterebbero non compatibili con la necessità di formare il ruolo e notificare la cartella esattoriale.

Affrontando la questione posta dal Procuratore Generale della Corte dei Conti, dietro segnalazione di alcune procure regionali, necessita anzitutto precisare che il parere reso con nota n. 20140 del 14 febbraio 2005 non ha affrontato la problematica della formazione del ruolo e della notificazione della cartella esattoriale per l'assorbente considerazione che tali adempimenti sono finalizzati a costituire il titolo esecutivo in favore dell'Amministrazione interessata; finalità del tutto estranea alla fattispecie esaminata, nella quale il titolo esecutivo già sussiste, in quanto rappresentato dalla sentenza definitiva di condanna resa dalla Corte dei Conti la quale opera per legge la conversione del sequestro in pignoramento.

I conseguenti adempimenti procedurali ed esecutivi di competenza, secondo il parere di cui sopra, del concessionario della riscossione altro non erano, pertanto, che quelli di cui si è paventata l'impossibilità in ragione della ritenuta necessità (come visto, non sussistente) di formazione del titolo esecutivo.

(1) Parere pubblicato in *questa Rassegna*, gennaio-marzo 2005, 282.

Peraltro, questa Avvocatura Generale ritiene che detti adempimenti procedurali possano essere assicurati anche dall'Avvocatura dello Stato attraverso l'attivazione della sua sede territorialmente competente da parte dell'Amministrazione creditrice, alla quale la Corte dei Conti invia *ope legis* le necessarie copie autentiche della sentenza definitiva di condanna ed alla quale permane l'onere del deposito del già formato titolo esecutivo (appunto la sentenza definitiva di condanna) presso la cancelleria del giudice dell'esecuzione.

Naturalmente, l'Avvocatura dello Stato territorialmente competente potrà, se del caso, avvalersi della delega prevista dal R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611».

A.G.S. – Parere del 28 novembre 2005, n. 158901.

Indennizzo per la riparazione dell'ingiusta detenzione – Assoggettabilità all'imposta sui redditi (consultivo 50518/05, avvocato E. Figliolia).

«Si condivide pienamente lo schema di parere qui trasmesso, compiutamente motivato in merito sia alla natura del ristoro recato dall'art. 314 c.p.p., che alla “*ratio*” della previsione impositiva di cui all'art. 6 d.P.R. n. 917/1986.

Ed invero, come correttamente evidenziato da codesta Avvocatura, l'equa riparazione di cui all'art. 314 c.p.p. costituisce concetto del tutto divaricato dal risarcimento del danno, in quanto non mira alla refusione dei danni materiali intesi come diminuzione patrimoniale o lucro cessante, bensì, con il limite massimo normativamente previsto, alla corresponsione di una somma che, tenuto conto della durata della custodia cautelare, valga a compensare l'interessato delle conseguenze penali, di natura morale, patrimoniale, fisica e psichica dalla stessa custodia provocate, ivi compreso il danno all'immagine ed all'identità personale. Al riguardo la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di chiarire che l'istituto in rassegna costituisce un riconoscimento all'individuo per la ingiusta compressione della libertà personale subita nella fase processuale precedente alla sentenza definitiva, rappresentando sostanzialmente il “prezzo della libertà” (Cass. pen., Sez. III, 10 settembre 1994 n. 2466); quindi la determinazione dell'ammontare dell'indennizzo dovuto al soggetto che ha patito ingiustamente la detenzione muove necessariamente dall'apprezzamento della durata della ingiusta detenzione, rimanendo del tutto irrilevanti sia le circostanze attinenti alla vicenda processuale rispetto ai profili della durata del processo e del connesso “*strepitus fori*” (Cass. pen., Sez. III, 20 aprile 2005 n. 14640), che quelle afferenti alle condizioni socio economiche dell'interessato (Cass. pen., Sez. IV, 29 dicembre 2004 n. 1911), mentre il dato aritmetico derivante dalla correlazione tra la durata della privazione della libertà e la somma erogabile può subire aggiustamenti, in più o in meno, in relazione alla valutazione di circostanze accessorie sia di carattere obiettivo che soggettive, purché inerenti a valori effettivamente e socialmente apprezzabili.

Orbene, sulla base delle superiori considerazioni non può che aderirsi alla conclusione cui è pervenuta codesta Avvocatura Distrettuale circa la non sussumibilità del predetto indennizzo nell'ambito previsionale di cui all'art. 6 del d.P.R. 917/1996, posto che l'erogazione di cui trattasi non ha alcuna funzione risarcitoria, di possibile correlazione ad eventuali vicende reddituali, condizioni queste che soltanto comportano l'operatività della ripresa fiscale (Cass. civ., Sez. V, 21 giugno 2002 n. 9111; Cass. civ., Sez. V, 17 agosto 2004 n. 16014), e senza che possa spiegare effetto alcuno nella concreta fattispecie in rassegna la circostanza che il giudicante nella concessione della provvidenza *ex art.* 314 c.p.p. abbia ritenuto di dover tener conto anche del pregiudizio subito dall'interessato per la mancata retribuzione dell'attività lavorativa: ed infatti, fermo il principio che una particolare fattispecie oggetto di una specifica soluzione giudiziale non potrebbe certo incidere giammai sulla natura di carattere generale dell'istituto di cui trattasi, va rilevato che è propria della "ratio" del beneficio *ex art.* 314 c.p.c. la possibilità di apprezzamento, da parte del giudice tenuto alla liquidazione, di una serie di elementi e circostanze, in via sussidiaria, ed adeguatamente motivando, nel contesto di quelli positivamente valutati dall'ordinamento giuridico (Cass. pen., Sez. IV, 23 settembre 1994, n. 932), anche valorizzando determinate specificità attinenti alla ponderazione di fatti oggettivi e soggettivi sulla base, se necessario, di quelle regole di esperienza che hanno proprio suggerito di considerare tali elementi fattuali (Cass. pen., Sez. IV, 3 giugno 1993, n. 544)».

A.G.S. – Parere del 28 novembre 2005, n. 158910.

(consultivo n. 26458/05, avvocato A. Volpe).

«(...) nello stralciarsi la posizione del dr. [x], nei confronti del quale il procedimento dagli atti in possesso sembra proseguire per taluni capi di imputazione, giusto il dispositivo di sentenza emesso dalla Corte di Appello di Roma, si osserva che il procedimento penale a suo tempo instaurato nei confronti degli istanti, ebbe a concludersi in primo grado con l'esclusione della responsabilità penale del dr. [y] per vari capi d'imputazione, per i reati di peculato; falso ideologico ed abuso in atti relativi a diversi e numerosi episodi, in concorso con altre persone, caratterizzati nella condotta dal fine di favorire terzi soggetti tramite lo "sviamento" dei necessari ed opportuni accertamenti tecnici. In particolare tanto il dr. [y], quanto il dr. [x] venivano assolti per alcuni capi di imputazione (5) per intervenuta prescrizione per reati contestati per singoli episodi, facenti parte della contestazione loro mossa, ed invero molto complessa, da parte dei competenti Uffici del PM unificati a detta della Procura della Repubblica e poi dai giudici di merito dal vincolo della continuazione. Avverso tale sentenza proponeva appello il PM, così come gli imputati [y] e [x] quest'ultimi per aver formula assolutoria piena per i capi della sentenza per i quali erano stati assolti per prescrizione. La Corte di Appello adita conclusivamente pronun-

ciava sentenza con cui dichiarava inammissibili gli appelli, poiché tardivi e stralciava alcuni capi di imputazione, riguardanti tra l'altro il dr. [x] Dunque ai fini del richiesto rimborso delle spese legali occorre valutare ora la pronuncia di estinzione del reato per intervenuta prescrizione per alcuni capi, riguardo alla posizione del dr. [y], venendo allo stato stralciata quella del dr. [x].

Nella descritta situazione sono sorte perplessità in ordine all'ammissibilità a rimborso delle spese legali sostenute per la difesa del dr. [y] (...) Ed invero il tenore letterale dell'art. 18 del decreto-legge n. 68/1997 sembra consentire il rimborso in parola esclusivamente nelle ipotesi in cui la responsabilità degli istanti venga esplicitamente esclusa per tutti i capi dell'imputazione contestati al dipendente ("giudizi conclusi con sentenza che escluda la responsabilità").

Coerentemente con tale interpretazione, è stato escluso il rimborso in ogni ipotesi di estinzione del reato, "poiché non si tratta di pronuncia che abbia escluso la responsabilità del funzionario esaminando nel merito le imputazioni, come invece richiesto dall'art. 18 in questione (v. C. Conti, sez. giurisd. Abruzzo, 29 novembre 1999 n. 1122)" (n. 5).

Si verificano, tuttavia, fattispecie, quali quella in oggetto, in cui più reati vengono giudicati nel *simultaneus processus*, con la conseguente possibilità della concomitanza, nell'ambito della medesima sentenza, di pronunce pienamente assolutorie e pronunce di diverso segno (declaratoria di estinzione del reato quale è quella dichiarativa dell'estinzione del reato), che non escludono, sia pure per taluni dei reati simultaneamente contestati e giudicati, la responsabilità sotto altri aspetti (amministrativi, contabili e civili) del pubblico dipendente.

Nel caso in esame viene presa in considerazione una pluralità di procedimenti che si sono conclusi poi con esiti diversi a fronte di una pluralità di condotte esecutive unificate dal vincolo della continuazione per quasi tutti i capi di imputazione, e poi fatto oggetto, da parte del difensore, della compilazione di un'unica notula delle competenze professionali.

Ciò premesso, il tenore letterale della norma in commento induce a propendere per l'esclusione del rimborso allorquando, sia pur nel contesto della medesima sentenza, sussistano capi che non escludono la responsabilità quali quelli formulati ai capi della sentenza che si sono conclusi per prescrizione, interconnessi da vincolo teologico della continuazione con tutti i reati contestati, in quanto i reati stessi sono mezzo e fine per commettere gli altri reati contestati.

Ciò premesso, per quanto sopra esposto si fa presente che la pratica in questione sembra però rientrare nel disposto normativo dell'art. 18 del decreto legge n. 68/1997 limitatamente ai capi della sentenza che si sono conclusi con formula assolutoria piena. Infatti da una lettura degli atti processuali emerge che il dipendente è stato, per 5 capi della sentenza, prima dal GIP (segnatamente per i capi indicati alle lettere G1,1/Ki,8/01,7/5.1,4,5,6,7 e 8/M-2,2,3) presso il Tribunale di Roma e poi dalla Corte di

Appello di Roma assolto per «intervenuta prescrizione», formula assolutoria «non completa» che come è noto preclude la possibilità di rimborso (in tal senso si è a suo tempo già espresso il Comitato Consultivo della Scrivente) e per i quali, come detto, non spetta il rimborso. Per gli altri capi per cui sussiste formula assolutoria piena, nel caso di specie, poiché il procedimento è relativo a fatti commessi nell'esecuzione di una pluralità supposta di condotte non interconnesse tra loro che ha poi indotto la competente Autorità Giudiziaria a configurare nella fattispecie gli elementi di vari reati legati dalla continuazione e comunque non interconnessi nella condotta, “mezzo” e “fine”, rispetto ad altri e dunque di per sé scindibili, importa che il dipendente debba essere indennizzato limitatamente a tali fatti, non ostando l'assoluzione per intervenuta prescrizione per gli altri capi di imputazione per effetto di quanto sopra detto. Infatti nel caso di specie sono stati oggetto di accertamento una pluralità di episodi, oggetto di tante singole condotte, che sono state unificate dal vincolo della continuazione perché il dr. [y] era membro del Consiglio di Amministrazione. Nel caso di specie, accertato che il medesimo è stato assolto con formula piena dal reato contestato e dal vincolo della continuazione per quei fatti, accertato dunque che viene meno un legame di mezzo a fine con quei reati che si sono risolti poi con una pronuncia di assoluzione per prescrizione, è evidente che si è rotto il vincolo di mezzo e fine con questi reati, per cui si rende opportuno provvedere al rimborso delle spese legali relativamente a quelli conclusi con formula assolutoria piena. Per l'effetto si ritiene, allo stato degli atti, di poter provvedere al relativo visto di congruità, atteso quanto sopra limitatamente ai capi della sentenza conclusi con formula piena assolutoria, e di ritenere congrua una somma complessiva pari ad € 44.950, più aumento del 10% e più accessori di legge, a fronte di una richiesta complessiva pari ad € 91.300,00. Detta richiesta infatti per quanto sopra esposto si ritiene debba essere ridotta di 1/4 rispetto ai capi di imputazione conclusi per prescrizione (riduzione pari ad € 24.250,00). Inoltre non si ritengono congrue le voci della notula indicate ai numeri 1, 2, 3 e 4, per le quali, a fronte di una richiesta complessiva per € 54.200,00, si ritiene siano rimborsabili forfetariamente complessivi € 18.000,00. Parimenti non pare congrua la voce indicata al n. 8 della notula, per la quale può liquidarsi una somma complessiva pari ad € 4.000,00. Conclusivamente, dunque, appare congrua una somma complessiva pari ad € 44.450, su cui si ritiene di poter applicare l'aumento del 10% in relazione alla complessità della vicenda per cd, rimborsi forfettari (art. 8 T.F.) su cui dovrà poi calcolarsi, come per legge, quanto debendo per Cassa Avvocati ed IVA. In tal senso si è già espresso a suo tempo il Comitato Consultivo della Scrivente con parere reso in data 11 dicembre 2003 n. 139890 P(1), che si

(1) Parere pubblicato in *questa Rassegna*, ottobre-dicembre 2003, 352.

ritiene di integrare con il presente parere. Si prega inoltre codesta Amministrazione, per concludere la presente pratica, di voler riferire dell'esito del procedimento penale riguardante il dr. [x]».

A.G.S. – Parere del 22 dicembre 2005, n. 172244.

Determinazione dei canoni per alloggi di servizio detenuti da utenti sine titolo ex lege 724/1994 (consultivo 18789/02, avvocato M. Russo).

«Si fa riferimento alla questione in oggetto, relativamente alla quale l'Amministrazione in indirizzo ha chiesto alla Scrivente di riconsiderare il parere già reso con nota 24 dicembre 2002 n. 130259. Tale richiesta offre l'opportunità di un generale riesame, anche alla luce delle osservazioni dell'Amministrazione, della problematica posta dalla disciplina della determinazione dei canoni dovuti per l'occupazione *sine titolo* degli alloggi di servizio, disciplina caratterizzata dal rinvio operato dall'art. 43 legge 724/1994 all'istituto dell'equo canone.

In particolare, la norma stabilisce: “Ai fini dell'adeguamento dei canoni di concessione degli alloggi costituenti il patrimonio abitativo della Difesa, ..., si applica un canone determinato su base nazionale ai sensi dell'articolo 13 della legge 18 agosto 1978, n. 497, ovvero, se più favorevole all'utente, un canone pari a quello derivante dall'applicazione della normativa vigente in materia di equo canone. Alla data di entrata in vigore della presente legge, agli utenti non aventi titolo alla concessione dell'alloggio, fermo restando per l'occupante l'obbligo di rilascio, viene applicato, anche se in regime di proroga, un canone pari a quello risultante dalla normativa sull'equo canone maggiorato del 20 per cento per un reddito annuo lordo complessivo del nucleo familiare fino a 60 milioni di lire e del 50 per cento per un reddito lordo annuo complessivo del nucleo familiare oltre i 60 milioni di lire. L'Amministrazione della difesa ha facoltà di concedere proroghe temporanee secondo le modalità che saranno definite con apposito regolamento da emanare, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, con decreto del Ministro della difesa. Agli utenti, che si trovano nelle condizioni previste dal decreto ministeriale attuativo dell'articolo 9, comma 7, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, si applica un canone pari a quello risultante dalla normativa sull'equo canone senza maggiorazioni”.

La tecnica di redazione della norma sopra riprodotta – fondata sul rinvio ad altra normativa – pone in effetti una serie di problemi interpretativi non indifferenti, quanto alla rilevanza che le vicende della disciplina richiamata debbano avere o meno su quella richiamante.

Pertanto, preliminarmente all'analisi della specifica problematica sottoposta all'esame della Scrivente, giova esporre qualche breve cenno che consenta di inquadrare la questione del rinvio normativo, e che sia, allo stesso tempo, utile a chiarire l'interpretazione della normativa in esame.

La produzione normativa mediante rinvio ricorre allorché una disposizione, anziché direttamente contenere la disciplina del rapporto giuridico che ne forma oggetto, rinvia la medesima ad altra fonte o disposizione.

Più precisamente, in giurisprudenza (*ex multis*, si veda Cass. 16169/03) ed in dottrina si distinguono due diversi tipi di rinvio: fisso e mobile.

Nel caso di rinvio *fisso*, la norma rinviante richiama non già una fonte esterna, ma la *disposizione sostanziale* contenuta in detta fonte. La disposizione richiamata viene pertanto incorporata e cristallizzata, per così dire, nel corpo della disposizione rinviante, di modo che le vicende che dovessero interessare la prima risultino del tutto indifferenti rispetto al rapporto disciplinato dalla seconda. Il rapporto rimane quindi soggetto alla disposizione richiamata, tal quale essa era *nel momento dell'entrata in vigore della norma richiamante, ed a prescindere dalle vicende successive*.

Nel caso di rinvio *mobile*, invece, il richiamo contenuto nella disposizione rinviante, ha ad oggetto *la fonte normativa*, e non la disciplina sostanziale che essa contiene. Ne discende che le vicende della fonte richiamata (modifiche, abrogazione) vanno inevitabilmente ad incidere sulla disposizione richiamante.

Quanto all'individuazione di criteri che permettano di discernere fra l'uno e l'altro tipo di rinvio, trattasi in effetti di materia piuttosto fluida, e fonte di non poche incertezze.

In linea di principio, e solo orientativamente, si può dire che – ove non soccorrano criteri lessicali certi, tali da indurre a qualificare senza margini di dubbio il rinvio come dell'uno o dell'altro tipo – il parametro deve essere quello della ricostruzione dell'intenzione del legislatore, da vagliare in base alla conoscenza della *ratio* ispiratrice della norma: in materia contrattuale, invero, la Corte di Cassazione (sent. 16196/03 *cit.*) ha ritenuto appunto che il rinvio ad una disposizione esterna operato da una clausola negoziale vada interpretato dal giudice di merito avendo riguardo proprio all'intenzione comune delle parti; alla *ratio legis*, poi, fa riferimento C.d.S. V sez. 921 del 27 giugno 1975, interpretando come mobile il rinvio contenuto nella disciplina del trattamento economico dei sanitari condotti allo stipendio dei dipendenti civili dello Stato, trattandosi di un rinvio inteso – appunto secondo l'intenzione del legislatore – a garantire l'ancoraggio ad un dato scorrevole nel tempo, pari all'ammontare di detti stipendi, quale risulterà anche nell'avvenire.

Alla luce di quanto fin qui si è venuto esponendo – peraltro senza pretesa di esaustività ed al solo fine di fornire un l'inquadramento di massima di una materia estremamente complessa e vasta – si passa ora all'esame del caso di specie sottoposto all'attenzione della Scrivente.

Si tratta, come già detto, di ricondurre all'uno o all'altro tipo di rinvio (fisso o mobile) quello operato dall'art. 43 legge 724/1994.

Prendendo le mosse dalla prima parte del comma 1, riferito ai casi di occupazione legittima, si rileva che il dato lessicale, (che è il primo a dover essere preso in considerazione ai fini ermeneutici, a mente dell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale), non offre, di per sé, una soluzione univoca circa la natura del rinvio.

Infatti, il richiamo al “*canone pari a quello derivante dall’applicazione della normativa vigente in materia di equo canone*” potrebbe essere inteso, in astratto, tanto come rinvio alla normativa “*vigente*” all’epoca di entrata in vigore della legge 724/1994, quanto a quella “*vigente*” al momento in cui di tale legge debba farsi applicazione ad un rapporto sostanziale.

Si rende perciò necessario, ai fini della soluzione del quesito, fare riferimento piuttosto ad altri indici, primo fra tutti la ricostruzione dell’intenzione del legislatore (altro criterio interpretativo enunciato dall’art. 12 *cit*).

Tale intenzione è, evidentemente, nel senso di collegare il canone ad un meccanismo di calcolo ben preciso, qual è quello individuato dalla legge sull’equo canone, avente peraltro determinate peculiarità (i.e. sia garantire l’ancoraggio del canone a criteri oggettivi quali le caratteristiche dell’immobile, sia – allo stesso tempo – assicurarne un certo contenimento quantitativo). Difficilmente, invece, si potrebbe teorizzare che il legislatore abbia inteso recepire, una volta abrogata la normativa sull’equo canone, un criterio di computo radicalmente differente (cioè quello dei prezzi di mercato) che una normativa sopravvenuta, imprevedibile al tempo di redazione della norma rinviante, dovesse sostituire a quello originariamente richiamato.

Tale essendo la *ratio legis* – il rinvio dovrà allora intendersi mobile (e quindi sensibile alle vicende modificative della norma richiamata) finché quest’ultima sia in vigore, e fisso, cioè formulato alla disposizione così *come vigente all’epoca di entrata in vigore della norma rinviante*, a fronte di modifiche normative «estreme» quale l’abrogazione. Pertanto, a fronte della sopravvenuta abrogazione della disciplina sull’equo canone, la disposizione contenuta nell’art. 12 legge 392/1978 potrà continuare ugualmente a riempire di contenuto la disposizione rinviante che, in caso contrario, sarebbe svuotata di contenuto con conseguente vanificazione della *ratio* ispiratrice. In ogni caso, poi, ben potrebbe l’Amministrazione una volta venuta meno la disposizione richiamata continuare ad attenersi al parametro dell’equo canone quale misura dell’autolimitazione del proprio potere.

Venendo ora al caso specifico degli occupanti “*sine titolo*” di cui alla seconda parte del comma 1, l’art. 43 *cit.* prevede: “*Alla data di entrata in vigore della presente legge, agli utenti non aventi titolo alla concessione dell’alloggio, fermo restando per l’occupante l’obbligo di rilascio, viene applicato, anche se in regime di proroga, un canone pari a quello risultante dalla normativa sull’equo canone maggiorato del 20 per cento per un reddito annuo lordo complessivo del nucleo familiare fino a 60 milioni di lire, e del 50 per cento per un reddito lordo annuo complessivo del nucleo familiare oltre i 60 milioni di lire.*”.

In questo caso, a differenza di quanto avviene nella parte precedente dello stesso comma 1, non si fa alcun riferimento, nella norma richiamante, alla disciplina “*vigente*”, bensì *solo direttamente all’istituto dell’equo canone*.

Tale circostanza – unitamente a quanto sopra considerato sia circa la natura del rinvio operato dalla norma nella parte relativa ai concessionari che detengono l’immobile legittimamente (rinvio originariamente mobile,

ma ragionevolmente fisso all'esito dell'abrogazione della legge sull'equo canone), sia circa l'autolimitazione del potere amministrativo, induce a ritenere che a maggior ragione, anche nel caso degli occupanti *sine titulo*, la disciplina dell'equo canone una volta recepita nella norma rinviante resti insensibile al fatto sopravvenuto del venir meno della relativa fonte.

A conforto di quanto fin qui esposto, deve altresì osservarsi che la Corte dei Conti ha avuto occasione di affrontare (sent. 9/2000 sez. controllo) una questione simile (sebbene non identica, come si dirà) a quella che ne occupa, relativamente all'interpretazione dell'art. 23 legge 146/1998.

Tale norma prevede: "*A decorrere dal 1° gennaio 1994, il rapporto di locazione [e, secondo la Corte, quello di concessione, cui la norma è pure applicabile] avente ad oggetto gli immobili del demanio e del patrimonio dello Stato destinati ad uso abitativo dei dipendenti pubblici, è disciplinato dalla legge 27 luglio 1978, n. 392, e successive modificazioni*".

Orbene, in questo caso nonostante il rinvio fosse apparentemente costruito, stando all'obiettivo dato lessicale ("*... e successive modificazioni*") come mobile, a differenza del testo dell'art. 43 *cit.* che non contiene analoga precisazione, la Corte dei Conti ha ugualmente qualificato il rinvio come fisso, ritenendo che una "modificazione" per così dire "estrema", quale l'abrogazione, non possa che fare teorizzare un'ultrattività della norma abrogata, senza di che la disposizione richiamante verrebbe privata di senso. Non potrebbe infatti ragionevolmente teorizzarsi che il legislatore abbia inteso fare riferimento «... *ad un tipo di determinazione del canone completamente nuovo e diverso che, all'epoca ... non era ancora vigente*». Inoltre, sia pure incidentalmente, nella richiamata sentenza si osserva che è significativa, ai fini della soluzione della problematica, anche la circostanza che l'art. 12 della legge sull'equo canone, richiamato dalla legge 724/1994, sia stato abrogato *ex art.* 14 legge 431/1998 solo "*limitatamente alle locazioni abitative*".

Nell'interpretazione data dalla Corte nella citata sentenza, si perviene insomma, a fronte dell'abrogazione della norma richiamata, all'affermazione della natura fissa (recettizia) del rinvio di cui all'art. 43, in cui appunto neppure vi è quella precisazione («... *e successive modificazioni*»), che avrebbe potuto deporre nel senso di un rinvio esclusivamente mobile e che, invece, la Corte dei Conti in un caso simile a quello che ne occupa, ha ritenuto di dovere superare a fronte della radicale abrogazione della norma richiamata.

Per effetto di tutto quanto fin qui osservato, nella determinazione dei canoni per occupazione *sine titulo* di alloggi demaniali, pare debba a tutt'oggi tenersi conto della normativa sull'equo canone nei termini indicati dal combinato disposto della legge 724/1994 e della legge 392/1978.

Del resto, anche tenendo conto della natura sostanzialmente risarcitoria propria dei canoni dovuti dagli occupanti *sine titulo*, che dovrebbe indurre a parametrare il risarcimento a quanto conseguibile sul mercato per la locazione dell'immobile illegittimamente occupato – dovrebbe ritenersi che l'immobile, se non fosse occupato *sine titulo*, sarebbe con ogni probabilità utilizzato per essere concesso come alloggio, legittimamente, ad altri aventi

diritto. Tale uso consentirebbe pertanto all'Amministrazione di ottenere un canone pur sempre determinato alla stregua dei criteri indicati dalla legge e dai relativi decreti di attuazione, i quali fanno appunto riferimento all'equo canone, ove più favorevole all'utente.

Tutto quanto sopra, peraltro, nulla sposta in ordine all'opportunità di un auspicabile intervento normativo, quale quello cui l'Amministrazione in indirizzo fa cenno nella precorsa corrispondenza, volto cioè a diversificare le posizioni dei legittimi utenti rispetto a quelle degli occupanti *sine titulo*».

A.G.S. – Parere del 22 dicembre 2005, n. 172246.

Art. 208, d.P.R. 18/1967 (consultivo n. 36357/05, avvocato M. Russo).

«Con la nota in riferimento, si richiede di conoscere se spetti o meno l'indennizzo di cui all'art. 208, 1° comma del d.P.R. 18/1967, al dipendente che abbia anticipato canoni per la locazione di un immobile all'estero, del quale non abbia poi potuto fruire per ragioni di forza maggiore.

In particolare, in casi del genere verrebbe in considerazione, ai fini dell'eventuale concessione dell'indennizzo, una "posizione creditoria" analoga a quella che insorge, *ex art. 1463 c.c.*, qualora un contratto a prestazioni corrispettive venga risolto per impossibilità sopravvenuta.

Tutto ciò premesso, la Scrivente rende il seguente parere.

Innanzitutto, occorre individuare con esattezza l'oggetto del pregiudizio in relazione al quale viene avanzata la domanda di indennizzo.

In effetti, qualora un dipendente versi anticipatamente i canoni per la locazione di un immobile, egli diviene titolare di un diritto che ha ad oggetto il godimento del bene stesso.

Il diritto che subisce pregiudizio nei casi in esame è pertanto — in via immediata — proprio quello alla fruizione dell'immobile, resa impossibile da ragioni di forza maggiore.

Ponendo la questione in tali termini, tale diritto potrebbe non sembrare suscettibile di indennizzo ai sensi dell'art. 208 *cit.*, atteso che il pregiudizio subito dal dipendente avrebbe ad oggetto un *diritto di godimento di un bene* (di proprietà altrui) e non direttamente un bene di proprietà del dipendente medesimo (l'art. 208 *cit.* parla, in effetti, di "*danni ai propri beni*" e, in quanto norma di carattere eccezionale, esso deve intendersi di stretta applicazione).

Peraltro, la problematica sottoposta all'attenzione della Scrivente si presta ad essere esaminata anche da una diversa angolazione, che conduce a conclusioni opposte rispetto a quelle appena prospettate, e che — avendo riguardo alla *ratio legis* sottesa all'art. 208 *cit.* — appaiono preferibili.

Infatti, non può non osservarsi come — a fronte di un pregiudizio immediato consistente, come detto, nella compromissione del diritto di godimento dell'immobile (di per sé non direttamente riconducibile all'art. 208 *cit.*) — sussista indiscutibilmente anche un altro pregiudizio sostanziale, consistente nella *deminutio patrimonii* determinata dall'aver affrontato una spesa per ragioni connesse al servizio, senza che poi ad essa sia corrisposta la fruizione

della relativa controprestazione (quale, nella specie, l'utilizzo dell'immobile). Viene, allora, in considerazione la questione se possa parlarsi di “*danno ai propri beni*” nei casi in cui il pregiudizio si risolva nella perdita (art. 2 d.P.R. 932/1976) di somme di denaro che siano state inutilmente spese.

A tale riguardo, deve premettersi che il Consiglio di Stato, nel parere n. 2036/80, ha chiarito che la nozione di “bene”, utilizzata nell'art. 208 *cit.*, coincide con quella di cui all'art. 810 c.c. (“*Sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti*”), e che — una volta accertato che il “bene” danneggiato rientra in tale definizione — i limiti all'indennizzabilità del pregiudizio subito dipendono esclusivamente dall'accertamento della sussistenza del nesso causale fra evento lesivo, servizio prestato e danno.

Ciò premesso, la domanda da porsi è innanzi tutto se il denaro sia o meno qualificabile come “bene” nel senso di cui sopra e se, pertanto, la relativa perdita (intesa, nella specie, come spesa rivelatasi inutile) possa essere indennizzata a mente dell'art. 208 *cit.*

A tal proposito, pare utile rilevare come, in dottrina (si veda, in proposito, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 4, *L'obbligazione*, 141 ss., Giuffrè 1990), si sia sostenuto che le obbligazioni pecuniarie siano qualificabili come obbligazioni aventi ad oggetto l'attribuzione in proprietà di cose generiche, pur con la precisazione che il denaro costituisce, sì, un bene generico, ma del tutto peculiare, in quanto — a differenza dei beni in natura — esso non è direttamente idoneo a soddisfare bisogni, ma presenta una funzione autonoma, di strumento generale di acquisto.

Non mancano, peraltro, opinioni opposte rispetto alla definizione del denaro come “bene generico”, che evidenziano come l'obbligazione pecuniaria non sia volta a fare conseguire la proprietà di una “cosa”, sia pure individuata solo nel genere, quanto piuttosto un valore o potere d'acquisto, tanto è vero che oggi è sempre più frequente l'uso di moneta “virtuale” o “smaterializzata”.

Ad ogni modo, pur nell'ambito del dibattito dottrinale sopra accennato circa la natura di “bene generico” del denaro, sembra comunque difficile negare che anche il potere d'acquisto o valore che dal denaro è rappresentato, integri una “cosa che può formare oggetto di diritti”, e — quindi — possa rientrare nella nozione di “bene” di cui all'art. 810 c.c.

Tanto considerato, deve ritenersi che nella nozione di “beni” cui l'art. 208 *cit.* fa riferimento, possa farsi rientrare anche quella di denaro, tenuto anche conto della *ratio* ispiratrice della norma in parola.

È infatti orientamento comune, sia pure risalente nel tempo, della giurisprudenza di legittimità (*ex multis* sez. I n. 179/71, 1540/69) che “*nei confronti delle norme di carattere eccezionale è preclusa l'interpretazione analogica, non anche quella estensiva, la quale si limita a ricondurre, sotto la norma interpretata, quei casi che solo apparentemente sembrano esclusi ma che in realtà il legislatore, stando all'obiettiva ratio della norma medesima, ha inteso ricomprendervi. A detti principi non si sottraggono le norme di diritto singolare, essendo pur esse suscettibili di interpretazione estensiva, nell'ambito della speciale materia cui si riferiscono*” (Cass. Sez. lav. n. 2004 del 3 giugno 1976).

Orbene, se la *ratio* della norma è quella di compensare il dipendente che abbia subito un pregiudizio patrimoniale in conseguenza di eventi lesivi connessi al servizio, una volta ammessa l'indennizzabilità della perdita, distruzione, danneggiamento o sequestro di beni del dipendente, non si vede perché dai pregiudizi indennizzabili debba escludersi quello che si sostanzia in una perdita di denaro, anche se avvenuta in forma di spesa per controprestazioni non più fruibili.

Ciò tanto più che, anche in condizioni normali — vale a dire quando il dipendente sostenga spese per la locazione di immobili ad uso abitazione, dei quali fruisca regolarmente, senza che sopraggiungano fatti interruttivi del rapporto per forza maggiore — l'Amministrazione eroga un contributo a parziale copertura delle spese per abitazione (art. 178 d.P.R. 18/1967), facendosi quindi carico, sia pure parzialmente, delle spese affrontate dal dipendente a tale titolo.

In base ad analogo ragionamento, potrà ritenersi pure indennizzabile — oltre alla perdita di denaro inutilmente speso (come nel caso, di cui al quesito proposto, di anticipazione di canoni di locazione per un immobile poi abbandonato) — anche la mera assunzione di un'obbligazione pecuniaria per un periodo di tempo futuro, in vista di una controprestazione della quale si riveli poi, per ragioni di forza maggiore, impossibile godere (ad esempio: locazione di un immobile — pur senza anticipazione alcuna — con conseguente impegno a versare i canoni periodici per tutta la durata della locazione stessa, e successivo abbandono dell'immobile locato per causa di forza maggiore o sicurezza).

La limitazione dell'accesso all'indennizzo verrà dal rigoroso accertamento in concreto del ristoro giudiziale o stragiudiziale del pregiudizio subito, nonché dalla verifica del nesso causale fra servizio, evento lesivo e danno, come ampiamente illustrata dal Consiglio di Stato nel parere sopra richiamato (avendo altresì particolare riguardo a quanto evidenziato dal suddetto Consiglio circa la verifica della conformità della spesa sostenuta ad un criterio di ragionevole normalità rispetto all'espletamento delle funzioni ed alle esigenze della vita all'estero).

A conferma di tutto quanto si è fin qui esposto, si rappresenta che anche il Ministero degli Affari Esteri, interpellato dalla Scrivente circa l'eventuale esistenza di una prassi applicativa del richiamato art. 208 d.P.R. 18/1967 a casi del tipo di quello prospettato, ha fornito risposta affermativa. Similmente all'ipotesi sottoposta all'esame della Scrivente, infatti, in una recente fattispecie, favorevolmente valutata dalla Commissione Indennizzi, il dipendente ha subito un danno consistente nel sostenere una spesa sostanzialmente inutile per la locazione di un'abitazione: riferisce, in particolare, il Ministero degli Affari Esteri che la Commissione ha ritenuto indennizzabile (nella misura di due terzi del canone di locazione) il danno subito da un dipendente che — a causa del trattenimento delle proprie masserizie presso la Dogana — non ha potuto fruire per un periodo di otto mesi dell'immobile locato, pur avendo già sottoscritto il contratto di locazione».

A.G.S. – Comunicazione di servizio del 7 novembre 2005, n. 151 – Circolare n. 46/2005.

Rimborso spese legali a favore dei docenti universitari.

«Per opportuna conoscenza e norma, si trasmette copia del parere in data 21 settembre 2005, n. 123915P, con cui questa Avvocatura Generale ha espresso il proprio avviso sulla specifica problematica del rimborso delle spese legali in favore dei docenti universitari.

L'Avvocato Generale Oscar Fiumara».

Segue: A.G.S. – Parere del 21 settembre 2005, n. 123915.

Ministero dell'Istruzione (consultivo n. 30001/05, avvocato G. D'Avanzo).

«In riscontro alla richiesta di chiarimenti (...), si informa che avverso la sentenza n. 835/00 del T.A.R. Veneto questa Avvocatura Generale ha proposto appello, tuttora pendente, formulando istanza di sospensione; con l'unita ordinanza n. 99/02 il Consiglio di Stato, tuttavia, ha ritenuto «il ricorso in appello proposto dell'Amministrazione privo del necessario *fumus boni iuris* in relazione all'effettivo ambito di applicazione dell'art. 18, decreto legge 25 marzo 1997, n. 67, convertito in legge 23 maggio 1997, n. 135».

Quanto alla specifica problematica del rimborso delle spese legali a favore dei docenti universitari (rimborso negato, secondo l'avviso di massima a suo tempo espresso dalla Scrivente, in quanto la posizione di sostanziale autonomia dell'Università renderebbe inapplicabile l'art. 18, legge n. 135/1997, riguardante i soli dipendenti statali) si ritiene opportuno non coltivare ulteriormente il contenzioso.

Rilevato, infatti, che l'art. 1, co. 2, D. L.vo n. 165/2001 ricomprende le Università statali nella nozione di Amministrazione pubblica, quale organo decentrato dello Stato, e che, secondo il consolidato e più recente orientamento della giurisprudenza civile ed amministrativa, le Università «non esulano dal novero delle Amministrazioni dello Stato», anche se organizzate ad ordinamento autonomo (Cass. Sez. III, ord. 13 luglio 2004, n. 12977; Cons. St. Sez. VI, 7 settembre 2004 n. 5810) la Scrivente non rinviene motivi per insistere ulteriormente nella tesi, sinora sostenuta, dell'inapplicabilità ai docenti universitari dell'art. 18, legge n. 135/1997».

Carteggio Mussolini-Petacci: l'intera vicenda

Consultazione dei documenti conservati negli archivi di Stato alla luce della nuova disciplina - Segretezza della corrispondenza e diritto alla riservatezza

(Avvocatura dello Stato, parere 12 maggio 2005, n. 66429)

Nel 1936, Benito Mussolini e Claretta Petacci diventano amanti; lei ha ventiquattro anni, lui cinquantatrè. Della loro storia, pubblica già nel 1938, resta la testimonianza costituita dalla corrispondenza epistolare e dal cosiddetto diario di Claretta Petacci.

Il carteggio fu sottoposto a sequestro nell'estate del 1945 a Villa Cervis di Gardone Riviera, divenuta residenza della famiglia Petacci durante il periodo della Repubblica Sociale Italiana e, nel 1950, venne trasferito dal Ministero dell'Interno all'Archivio centrale dello Stato di Roma. Le operazioni di inventariazione, ai sensi dell'art. 13, lett. b), legge 2006/1939, furono eseguite dall'allora soprintendente archivistico del Lazio, Dott. Emilio Re, il quale stese la relazione delle carte contenute nei 68 pacchetti portati a Roma. L'inventario indicava: «314 lettere d'amore autografe di Mussolini a Claretta con date dal 10 ottobre '43 al 18 aprile '45; diari di Claretta Petacci, senza soluzione di continuità, dal '33 al '43; telefonate con Mussolini, riferite con esattezza quasi stenografica; una serie d'informazioni di carattere politico; istanze per grazie, interessamenti, eccetera; elenchi di persone beneficate». Il Prof. Re concludeva la relazione raccomandando di conservare con la massima cura il carteggio «per gli usi che la storia vorrà farne».

Gli eredi Petacci condussero una lunga battaglia legale per cercare di ottenere la restituzione delle lettere e dei diari senza, però, riuscire nel loro intento. Il giudizio fu infatti definito dalla Cassazione a Sezioni Unite con la sentenza n. 896 del 29 marzo 1956 che annullò per difetto di giurisdizione la sentenza della Corte d'Appello di Roma del 3 giugno 1953, favorevole alla parte attrice, e riconobbe «il rilevante interesse storico» dei documenti per «l'eccezionale importanza (...) ai fini della storia recente dello Stato Italiano», escludendo, di conseguenza, la possibilità di una consegna agli eredi Petacci, neppure a «parzialissima riparazione a tutte le sofferenze». In particolare, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione riconobbero, senza entrare nel merito delle valutazioni amministrative, la sussistenza del potere esercitato dall'Amministrazione, che aveva operato entro i confini fissati dall'art. 13 della legge 2006/1939.

Il successivo giudizio promosso dagli eredi di fronte al Consiglio di Stato per l'annullamento del provvedimento del 21 ottobre 1950 fu definito con la sentenza n. 1050 del 16 novembre 1975, la quale dichiarò perento il ricorso. Né ebbero seguito le istanze di Myriam Petacci, sorella di Claretta, tendenti ad ottenere la restituzione dei documenti in dipendenza della sopravvenuta abrogazione della legge 2006/1939 ad opera dell'art. 73 del d.P.R. 30 settembre 1963 n. 1409, recante nuova disciplina degli Archivi di Stato, e dall'emanazione del d.P.R. 30 dicembre 1975 n. 854.

È utile a tal riguardo ricordare che, ai sensi dell'art. 1 lett. a) n. 3 del d.P.R. 1409/1963, è compito dell'Amministrazione degli Archivi di Stato, tra l'altro, conservare tutti gli archivi e singoli documenti «che lo Stato abbia in

proprietà o in deposito per disposizione di legge o altro titolo»; una pretesa di restituzione, dunque, anche alla luce della nuova disciplina, non sarebbe stata giuridicamente fondata.

Sia l'opinione pubblica che gli organi di stampa, anche per la curiosità suscitata dal complesso iter giudiziario di cui il carteggio Mussolini-Petacci era stato oggetto, mostrarono attenzione per la documentazione in questione, esposta perciò a diverse richieste di accesso, sempre negate ai sensi del d.P.R. 1409/1963.

In particolare, il d.P.R. del '63, all'art. 21, fissa limiti ben precisi alla consultabilità della documentazione appartenente al demanio statale, sia ai fini della tutela della sicurezza dello Stato (esclusione per 50 anni dalla consultazione per i documenti riservati con riferimenti alla politica estera o interna dell'Italia), sia ai fini della salvaguardia del diritto alla *privacy* dei cittadini e dei loro eredi (esclusione per 70 anni dalla consultazione per i documenti a carattere riservato con riferimenti a situazioni private di persone). Il carteggio rientrava nella tipologia documentaria prevista come secondo caso dal citato art. 21, contenendo documentazione relativa a fatti puramente privati di persone, non solo immediatamente ascrivibili a Claretta Petacci, ma anche a molteplici persone o personalità del mondo amministrativo, politico o militare di quegli anni, presenti con proprie lettere nel carteggio o ivi solo citate, con riferimento ad episodi della loro vita privata.

Nel pieno rispetto della normativa sulla riservatezza a favore dei privati, né l'Archivio Centrale dello Stato (1), né l'Ispettorato centrale per i servizi archivistici del Ministero dell'Interno, competente ad autorizzare la consultazione anticipata di documenti riservati, concessero mai ad alcun ricercatore che ne avesse fatto richiesta, di consultare il carteggio.

Comunque, anche in considerazione dell'alone di mistero nato circa la documentazione, sin dall'11 marzo 1992 l'Archivio Centrale dello Stato comunicò all'Ispettorato l'intendimento di procedere ad una pubblicazione istituzionale del carteggio ed, a questo scopo, fu interpellato il Comitato di settore per i Beni archivistici. L'iniziativa della pubblicazione aveva la primaria finalità di facilitare la ricerca storica, sia garantendo un'attenta analisi delle fonti, sia impedendo un uso scandalistico della documentazione.

Quando il Prof. Renzo De Felice avanzò all'Archivio centrale dello Stato richiesta di «consultazione» ed «utilizzazione» del carteggio Mussolini-Petacci, l'Ispettorato centrale per i servizi archivistici del Ministero dell'Interno, escludendone l'utilizzazione, si trovò comunque a dover affrontare diversi quesiti; in particolare, *a)* se, data la qualificazione giuridica dello Stato quale proprietario del carteggio (sulla base di quanto affermato dalla S. C. di Cassazione con la sentenza n. 896/1956) potesse trovare applicazione nel caso di specie l'art. 95 della legge 633/1941 sul diritto d'autore; *b)* se la facoltà di divulgare il contenuto del carteggio senza il consenso degli aventi

(1) L'Archivio Centrale dello Stato è istituzionalmente delegato alla conservazione degli archivi delle amministrazioni centrali dello Stato italiano e degli Archivi di personalità che hanno coperto ruoli di rilievo nella storia del nostro Paese.

diritto potesse essere riconosciuto soltanto allo Stato, e c) se il diritto vantato sui documenti da parte dello Stato facesse venir meno i diritti garantiti dagli artt. 20 ss. della legge sul diritto d'autore.

Considerati i rapporti personali intercorsi tra Mussolini e Claretta Petacci, il carteggio aveva, almeno in parte, carattere confidenziale, riferentesi all'intimità della loro vita privata. Ciò rendeva applicabili alla documentazione in questione le disposizioni di cui agli artt. 93-95 della legge 633/1941 sul diritto d'autore, secondo le quali simili documenti «*non possono essere pubblicati, riprodotti o in qualunque modo portati alla conoscenza del pubblico senza il consenso dell'autore, e, trattandosi di corrispondenze epistolari o di epistolari, anche del destinatario*» ovvero, dopo la morte di costoro, dei parenti, ascendenti e discendenti, fino al quarto grado.

Costituisce affermazione concorde della dottrina e della giurisprudenza che questi articoli ed i successivi artt. 96-98 della stessa legge pongono la disciplina fondamentale della tutela del diritto alla riservatezza.

Il diritto alla riservatezza è un diritto della persona e, come tale, inalienabile. Deve distinguersi dai diritti all'utilizzazione economica dell'opera dell'ingegno e di difesa della personalità dell'autore (artt. 12 e ss. della stessa legge sul diritto d'autore), nonché dal diritto alla libertà ed alla segretezza della corrispondenza, garantite dagli artt. 15 Cost. e 616 c.p., che, tutelando la libertà e la segretezza delle comunicazioni tra persone distanti piuttosto che il documento nel quale la comunicazione si è materializzata, deve ritenersi venga meno nel momento in cui il destinatario, con l'apertura del plico postale recapitatogli, prende conoscenza del contenuto del messaggio (2).

Diversamente dalla norma costituzionale che, a tutela della libertà di comunicazione, impone l'obbligo del segreto, con conseguente divieto di rivelare a chiunque il contenuto della corrispondenza, i citati artt. 95-97 della legge sul diritto d'autore impongono un obbligo meno grave: a tutela della riservatezza, e solo quando la corrispondenza abbia carattere confidenziale o si riferisca all'intimità della vita privata, la legge vieta la divulgazione (letteralmente «*pubblicare, riprodurre o in qualunque modo portare alla conoscenza del pubblico*») del contenuto della corrispondenza epistolare da parte di chi ne abbia avuto legittimamente conoscenza (3). Inoltre, mentre l'obbligo di segretezza può essere limitato esclusivamente per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge (art. 15 Cost. *citato*), il diritto alla riservatezza non esclude che disposizioni di legge ordinaria prevedano ipotesi che legittimano la presa di conoscenza del contenuto della corrispondenza da parte di persone, diverse dal mittente e dal destinatario, che pure devono osservare il divieto di divulgazione: si pensi all'art. 94 della stessa legge sul diritto d'autore, che si riferisce all'ipotesi in cui la conoscenza del contenuto della corrispondenza sia necessaria ai fini di un giudizio o per la

(2) Cfr. A. PACE, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA.

(3) Cfr. DE CUPIS, *I diritti della personalità*.

difesa dell'onore e della reputazione (4). Queste disposizioni, che prevedono ipotesi in cui singole persone possono prendere conoscenza, per i motivi indicati dalla legge, di documenti di carattere riservato, non sono in contrasto con il diritto alla privata riservatezza, costituendone piuttosto dei limiti.

Più radicale è, invece, il sacrificio imposto dall'art. 95 della stessa legge sul diritto d'autore, a norma del quale, quando la corrispondenza privata presenta «*interesse di Stato*», allora non si applica l'intera disciplina dettata dalla legge a tutela della privata riservatezza. L'articolo non precisa in che cosa consista il suddetto «*interesse di Stato*», ma è stato ritenuto (5) che debba essere riguardato in senso ampio: esso, cioè, non si esaurisce nella tutela della sicurezza nazionale, ma comprende anche l'esigenza di assicurare fonti di cognizione per la storia di un determinato periodo di tempo e per l'evoluzione della cultura e delle scienze.

Quando, con il provvedimento del 21 ottobre 1950, veniva disposta l'acquisizione del carteggio all'Archivio di Stato, si identificava appunto l'interesse storico dei documenti con l'interesse dello Stato ed il carteggio Mussolini-Petacci diventava parte del demanio pubblico inalienabile, la cui consultabilità è disciplinata dall'art. 21 del d.P.R. 30 settembre 1963 n. 1409. L'articolo afferma, in primo luogo, la regola generale per cui i documenti conservati negli archivi di Stato sono «*liberamente consultabili*»; a questa regola, poi, lo stesso articolo pone alcune eccezioni, una delle quali riguarda i «*documenti ... riservati relativi a situazioni puramente private di persone*», che diventano consultabili solo 70 anni dopo la loro data. Questa eccezione alla regola della libera consultazione dei documenti conservati negli Archivi di Stato costituisce ulteriore tutela del diritto alla riservatezza che si aggiunge, completandola, alla disciplina predisposta dai ricordati artt. 93-95 della legge sul diritto d'autore.

Al tempo stesso, il secondo comma dello stesso articolo attribuisce al Ministro dell'Interno il potere di «*permettere, per motivi di studio, la consultazione di documenti di carattere riservato anche prima della scadenza dei termini indicati nel comma precedente*». Tale disposizione non è in contrasto con la tutela della riservatezza: essa, infatti, pone alla libera consultabilità non soltanto limiti formali, poiché prescrive il preventivo permesso del Ministro che può essere rilasciato solo a conclusione di un procedimento al quale partecipano alcuni organi consultivi, ma anche limiti sostanziali, perché la precisazione che il permesso può essere concesso solo «*per motivi di studio*» esclude che il soggetto autorizzato possa utilizzare i documenti riservati per motivi diversi.

L'acquisizione all'Archivio, e quindi alla proprietà demaniale dello Stato, del documento riservato non comporta invero il trasferimento del diritto che, si è visto, è un diritto assoluto della persona, diverso dal diritto

(4) Si pensi ancora all'art. 48 della legge fallimentare, che attribuisce al curatore il potere di avere conoscenza della corrispondenza diretta al fallito.

(5) Cfr. ARIENZO, voce *Lettera missiva*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*.

di proprietà, spettante ai soggetti indicati dall'art. 93 della legge sul diritto d'autore. Il diritto alla riservatezza deve essere, infatti, osservato dalla persona autorizzata alla consultazione del documento: autorizzare la consultazione di alcuni documenti per motivi di studio non significa consentirne la pubblicazione; significa soltanto permettere a taluno di prendere conoscenza del documento conservato in archivio al solo fine specifico per il quale il permesso è stato concesso.

Dalle premesse sopra riportate, derivava la soluzione del quesito posto all'Avvocatura Generale dello Stato.

Dato l'indubbio interesse storico dei documenti costituenti il carteggio Mussolini-Petacci, l'indiscussa autorità scientifica del Prof. De Felice, l'importanza degli studi da questi pubblicati sulla storia di Mussolini, si ritenevano sussistenti i validi motivi di studio che ai sensi dell'art. 21 d.P.R. 1409/63 giustificavano, previo l'esperimento del procedimento previsto dall'articolo stesso, il rilascio del permesso di consultazione di quei documenti.

Con riguardo alla facoltà dello Stato di divulgare il contenuto del carteggio senza il consenso degli aventi diritto, occorre considerare che la tutela della privata riservatezza può essere sacrificata solo entro i limiti corrispondenti al superiore interesse pubblico e, conseguentemente, la pubblicazione, indipendentemente dal privato consenso, è possibile solo per quelle parti rispetto alle quali il pubblico interesse reclama la pubblica conoscenza. Perciò, qualora l'Amministrazione degli archivi di Stato avesse deciso di assumersi la responsabilità della pubblicazione del carteggio, sarebbe stato necessario limitarla alle parti che più chiaramente rivestissero interesse storico o dello Stato, omettendo quelle che riguardassero unicamente la sfera privata.

Quanto agli eventuali impedimenti derivanti dalle disposizioni della legge 633/1941 a tutela della personalità dell'autore (artt. 20 e succ.; in particolare, l'art. 24, che riserva all'autore e ai suoi eredi il cd. diritto di inedito, il diritto, cioè, di pubblicare le opere inedite), va considerato che tali norme presuppongono un'opera dell'ingegno, quale non è la corrispondenza epistolare in sé considerata.

Con l'entrata in vigore dei decreti legislativi 675/1996 e 676/1996 in materia di *privacy*, è stato modificato il quadro normativo di riferimento in materia di accesso a documenti contenenti dati personali.

L'eccezione alla regola della libera consultazione dei documenti conservati negli Archivi di Stato ha ricevuto poi sostanziali modifiche con l'emanazione del D.lgs. 30 luglio 1999 n. 281 che, all'art. 8, detta una nuova formulazione dei due citati criteri dell'art. 21, riducendo a 50 anni il termine iniziale di consultabilità dei documenti di carattere riservato relativi alla politica estera o interna dello Stato, e a 40 anni la consultabilità di quelli contenenti i dati di cui agli artt. 22 e 24 della legge 31 dicembre 1996 n. 675, comma 1, e stabilendo che il Ministero dell'Interno, «*previo parere del direttore dell'Archivio di Stato competente ... può permettere, se necessario per scopi storici, la consultazione di documenti di carattere riservato anche prima della scadenza dei termini indicati dal comma precedente*» (comma 2).

Infine, il D.lgs. 30 giugno 2003 n. 196 ha abrogato, all'art. 183, il D.lgs. 30 luglio 1999 n. 281, ad eccezione degli artt. 8, comma 1, 11 e 12, mentre il d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42 (codice dei beni culturali e del paesaggio), abro-

gato all'art. 184 il d.lgs. 1999 n. 490, ha collocato nel capo III del titolo II (artt. 122-127) la nuova disciplina della consultazione di documenti conservati in archivi. In particolare l'art. 122, ribadita al primo comma la regola della libera consultabilità dei documenti conservati negli Archivi di Stato e negli Archivi storici di enti pubblici territoriali e non territoriali, ha confermato nella sostanza le eccezioni a tale regola generale già introdotte dall'abrogato art. 8, co. 2, del D.lgs. 281/1999, della consultabilità dopo 50 anni dalla loro data dei documenti dichiarati di carattere riservato (secondo la procedura indicata nel successivo art. 125), relativi alla politica estera o interna dello Stato, e dopo 40 anni di quelli contenenti i dati sensibili nonché i dati relativi a provvedimenti di natura personale espressamente indicati nella normativa in materia di trattamento dei dati personali, mentre il termine è di 70 anni se i dati sono idonei a rivelare lo stato di salute, la vita sessuale o rapporti riservati di tipo familiare.

Dunque, allo stato della legislazione attualmente vigente in materia, ove possa escludersi, nel caso di specie, l'applicabilità dell'ultima disposizione ricordata (se il carteggio, cioè, non sembra contenere dati rivelatori delle situazioni personali e dei tipi di rapporto contemplati dalla norma) sarebbe ormai scaduto ogni termine temporale che sia di ostacolo alla libera consultabilità dei documenti in questione, la cui origine (lo ricordiamo) risale al quinquennio 1937/1943.

In questo quadro, nel corso del mese di dicembre 2002, è stata avviata una ricognizione del carteggio in previsione dell'apertura alla consultazione, a partire dal gennaio 2003, dei fascicoli relativi all'anno 1932-33. In tale occasione, fu recepita la relazione presentata il 4 aprile 2002 dall'allora sovrintendente dell'Archivio Centrale dello Stato, ove si rilevava la mancanza di alcuni album e fogli originali relativi a carte del cosiddetto «diario di Claretta Petacci» per il periodo settembre-ottobre 1937. Tale mancanza, alla luce dell'inventario redatto da Emilio Re nel marzo 1950 ammonterebbe a circa 160 fogli. L'allora Sovrintendente dispose un'accurata ricerca per verificare se i fascicoli fossero in una collocazione diversa da quella originaria. Espletato anche l'ultimo tentativo di ricognizione, il 15 gennaio 2003 fu presentata regolare e circostanziata denuncia al Comando dei Carabinieri per la tutela del patrimonio artistico.

Intanto, a seguito delle diffide intimate tra il 2001 ed il 2002 dall'ultimo erede Petacci, l'Archivio centrale chiedeva all'Avvocatura Generale dello Stato se si potesse comunque procedere alla pubblicazione del carteggio Mussolini-Petacci, progetto, come sopra chiarito, già concepito dall'Amministrazione nel 1992.

Ci si interrogava contestualmente anche sul fatto che la documentazione contenuta nel carteggio in questione potesse considerarsi «*opera non pubblicata anteriormente*» ai sensi dell'art. 85-ter (introdotto nella legge sul diritto d'autore dell'articolo 14 del d.lgs. 26 maggio 1997 n. 154) e, in caso affermativo, se la realizzazione attraverso riproduzione dei documenti originali su CD-Rom potesse configurare a favore dell'Archivio Centrale la fattispecie di diritti relativi ad opere pubblicate o comunicate al pubblico per la prima volta.

In primis, va ribadito che non può aderirsi alla richiesta di restituzione del carteggio, in relazione al quale il diritto dello Stato non può essere messo in discussione. Tra l'altro, anche senza voler considerare l'effetto di cosa giudicata scaturito dalla citata sentenza delle Sezioni Unite del '56, non appare comunque fondata la tesi che esclude il perdurare dell'eccezionale importanza del carteggio ai fini recenti della storia d'Italia, essendo quella storia, allora recente, divenuta remota. Infatti, l'importanza di un documento storico non viene meno in virtù del mero trascorrere del tempo.

Il diritto dell'Amministrazione di realizzare il progetto di pubblicazione della parte di corrispondenza che riveste interesse storico riposa sul diritto di proprietà dell'intero carteggio acquisita con il provvedimento del 1950. Pertanto, escludendo la documentazione rappresentativa di fatti e dati di rilievo meramente privato, l'Archivio Centrale può perseguire tale iniziativa, affidandone l'esecuzione ad esperti ritenuti, a sua discrezione, in grado di adempiervi nella maniera più conveniente ed idonea allo scopo.

Quanto allo specifico quesito relativo all'applicabilità dell'art. 85-ter, alla fattispecie in esame, va innanzi tutto ricordato che tale articolo prevede la spettanza, senza pregiudizio dei diritti morali d'autore, dei diritti di utilizzazione economica a chi, dopo le scadenze dei termini di protezione del diritto d'autore, lecitamente pubblica o comunica al pubblico per la prima volta un'opera non pubblicata anteriormente.

Si è già detto che particolari impedimenti alla pubblicazione non possono derivare dagli artt. 20 e succ. della legge 633/1941, poiché tali norme presuppongono la creazione di un'opera dell'ingegno. Tuttavia, considerando che la norma di recente introduzione richiede l'assenza di pregiudizio dei diritti morali d'autore, ai fini dell'attribuibilità dei diritti di utilizzazione economica per opera pubblicata per la prima volta, bisogna verificare se attribuito o meno alla corrispondenza epistolare, debba essere un valore intrinseco rilevante ai fini della tutela del diritto d'autore.

Ora, la legge speciale non ha fornito una definizione dell'opera dell'ingegno quale oggetto del diritto d'autore (art. 1); l'ha soltanto considerata come oggetto di protezione. Tale definizione si ritrova, però, nell'art. 2575 del c.c.: «*Formano oggetto del diritto di autore le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alle scienze, alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro e alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma d'espressione*».

Il primo requisito di riconoscibilità dell'opera dell'ingegno è dunque quello della creatività; ad esso si accompagnano poi quelli della concretezza d'espressione e dell'appartenenza a determinati campi di produzione dello spirito. La corrispondenza epistolare di per sé considerata non presenta i caratteri dell'opera dell'ingegno, poiché in essa mancano un intento creativo ed una diretta collocazione in alcuna delle categorie di appartenenza indicate dal c.c. Certo, con riguardo al contenuto del documento epistolare, non può negarsi a priori che lo scritto possa assurgere a valore letterario, ma è pur vero che dall'esame della giurisprudenza dell'ultimo decennio non è dato rinvenire alcun riferimntno apprezzabile al problema accennato.

Sulla base di tali osservazioni, residua un ambito interpretativo della condizione prevista dall'art. 85-ter nel senso di un riferimento più generico al rispetto, da parte dell'utilizzatore economico, della paternità dell'opera pubblicata, nella quale si riassume il diritto morale dell'autore a non vedere stravolto dai terzi il risultato dell'espressione della propria personalità. Di conseguenza, all'opera di interesse storicistico che l'Amministrazione intende pubblicare – e non v'è dubbio che ciò avvenga per la prima volta – deve essere riconosciuta, anche attraverso la modalità della riproduzione dei documenti su CD-Rom, una specifica identità ed originalità da ritenere rilevante ai fini dell'operatività dell'art. 85-ter considerato, con conseguente riconoscimento dei diritti di utilizzazione economica in favore dello Stato in quanto titolare dell'appartenenza demaniale dei documenti conservati nei propri archivi.

La II Sezione consultiva del Consiglio di Stato, con parere 11605/05 pubblicato il 1° giugno 2005, ha confermato che il carteggio Mussolini-Petacci continuerà ad essere conservato dall'Archivio Centrale dello Stato il quale, dopo aver accertato il reale contenuto dei singoli documenti, potrà pubblicare quelle lettere che presentino un interesse collettivo. Per le missive attinenti alla sfera privata dovrà, invece, richiedere il consenso degli eredi.

La rilevanza storica rende «permanentemente attuale» l'interesse nei confronti dei personaggi e giustifica lo studio della loro vita, anche privata.

Dott.ssa Marika Piscitelli

A.G.S. - Parere del 12 maggio 2005 n. 66429 (*).

Risposta al Ministero per i Beni e le Attività Culturali in merito al carteggio Petacci-Mussolini (consultivo 202544/03, avvocato S. Sabelli).

«1. – La richiesta di parere in oggetto trae presupposto dalle reiterate richieste dell'erede di Claretta Petacci, per tramite del suo legale.

Con una prima raccomandata dell'8 marzo 2001, il legale chiese a codesto Archivio Centrale, nell'interesse del suo assistito, che gli venisse rilasciata “tutta la corrispondenza tra la Sig.ra Claretta Petacci e Benito Mussolini nulla escluso o eccettuato”, ed in subordine che gli fosse consentito prenderne visione.

Con successiva raccomandata del 25 luglio 2002 lo stesso legale chiese la consegna del carteggio Petacci-Mussolini almeno per la parte per cui era trascorso il termine massimo di segretezza previsto dalla legge (70 anni). Con successiva raccomandata del 28 ottobre 2002 il legale diffidò codesto Archivio di Stato a pubblicare – in tutto o in parte – il carteggio in questione in violazione dei diritti dell'erede, preannunciando in caso di perdurante perpetrazione dell'illiceità, la tutela del proprio cliente “nelle forme e sedi legali meglio viste”. Infine, con raccomandata del 17 dicembre 2002, l'avvocato chiese esplicito e formale impegno a che l'Archivio di Stato non pubblicasse, e neppure consegnasse a terzi, il carteggio Petacci-Mussolini, preannunciando nuovamente in caso di mancata assicurazione, il ricorso a vie legali.

Ciò premesso, codesto Archivio Centrale, nel sottoporre di nuovo all'attenzione della Scrivente la complessa e delicata problematica che già aveva costituito oggetto di esame da

(*) Parere reso dall'Avvocatura Generale dello Stato in via ordinaria.

parte della Scrivente nel precedente parere del 17 luglio 1993 e nel chiedere a questa Avvocatura di provvedere all'espletamento delle attività di rappresentanza e difesa in un eventuale futuro giudizio, ha prospettato le seguenti questioni.

a) Se in presenza delle diffide intime si possa procedere comunque alla pubblicazione del carteggio Mussolini-Petacci, progetto già concepito dall'Amministrazione nel 1992 e sulla cui realizzabilità in sintonia con il sistema normativo vigente questa Avvocatura era già stata interpellata nella richiesta di parere del Ministero dell'Interno (inoltrata con nota dell'11 luglio 1992);

b) Se alla luce della normativa in materia di diritto d'autore, in particolare rispetto al capo III *bis* "Diritti relativi ad opere pubblicate o comunicate al pubblico per la prima volta successivamente alla estinzione dei diritti patrimoniali d'autore", la documentazione contenuta nel carteggio in questione possa considerarsi come "opera non pubblicata anteriormente" ai sensi dell'art. 85-ter e quindi, in caso di risposta affermativa, se la realizzazione attraverso riproduzione dei documenti originali su CD-Rom possa configurare a favore dell'Archivio Centrale la fattispecie di diritti relativi ad opere pubblicate o comunicate al pubblico per la prima volta.

2. - Per completezza di esposizione è opportuno, preliminarmente, riconsiderare - ancorché su di essa non sia stato esplicitamente richiesto parere - la questione della revoca della "ingiusta acquisizione del carteggio", nuovamente sollevata dall'erede della Petacci nella citata lettera dell'8 marzo 2001 e più recentemente riproposta con successiva lettera del 21 marzo 2003 dal suo legale.

Riguardo a tale richiesta non si ritiene che la risposta possa essere diversa da quella già fornita con i precedenti pareri di questa Avvocatura Generale del 30 settembre 1988 (prot. n. 49787) e del 17 luglio 1993 (prot. n. 83733), basati sulla pregressa definizione delle vicende giudiziarie in relazione all'acquisizione del carteggio all'Archivio di Stato disposto con provvedimento del 22 ottobre 1950 in applicazione dell'art. 13 lett. b) della legge 22 dicembre 1939 n. 2006.

Vale la pena, in proposito, ricordare che con sentenza n. 896 del 29 marzo 1956 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in accoglimento del ricorso del Ministero dell'Interno proposto avverso la sentenza 4 maggio-3 giugno 1953 della Corte di Appello di Roma, riconobbero, senza entrare nel merito delle valutazioni amministrative, la sussistenza del potere esercitato dall'Amministrazione, che aveva operato entro i confini che l'art. 13 della legge 2006/1939 assegnava al potere discrezionale conferitole.

In particolare, sulla concorrente sussistenza delle due condizioni alle quali la norma in questione subordinava nel caso di morte di pubblici ufficiali o di persone che avessero avuto incarichi pubblici o connessi con questioni di pubblico interesse, il sorgere del diritto esclusivo dello Stato sugli atti presso di essi rinvenuti, la Suprema Corte stabilì che, riguardo alla prima condizione, afferente alla natura degli atti stessi, la valutazione con la quale l'Amministrazione aveva ravvisato, a motivazione del provvedimento, "l'eccezionale importanza ai fini della storia recente dello Stato Italiano", costituisce un mero apprezzamento discrezionale che, per l'assenza, nel dettato della legge, di criteri che vincolassero l'Amministrazione nella determinazione dell'interesse dello Stato nella particolare materia, era sottratto a sindacato giurisdizionale e quindi l'acquisto del diritto era estrinsecazione di un pubblico potere, che comportava l'affievolimento di ogni eventuale concorrente diritto dei privati. Quanto alla seconda condizione, relativa alla qualità dei soggetti da cui gli atti in questione promanavano, le Sezioni Unite ne ravvisarono l'obiettiva sussistenza con giudizio di fatto, che nelle questioni di giurisdizione è consentito ai fini dell'accertamento delle "condizioni obiettive nel cui concorso le giurisdizioni si determinano".

Pertanto, con la sentenza del 1956 sulla controversia originata dagli eredi Petacci, per ottenere il riconoscimento del diritto alla restituzione del carteggio epistolare ed al risarcimento dei danni conseguiti allo spossessamento, si formò il giudicato, che come tale costituisce un ostacolo insuperabile ad ogni richiesta di restituzione; così come ogni esame da parte del giudice amministrativo circa la legittimità del provvedimento di acquisizione è da ritenersi ormai precluso in forza della dichiarazione di perenzione pronunciata dalla quarta sezione del Consiglio di Stato con sentenza n. 1050 del 16 novembre 1975.

Pertanto, si condivide l'avviso di codesto Archivio Centrale di non poter aderire alla richiesta di restituzione del carteggio, in relazione al quale il diritto dello Stato non può

più essere messo in discussione. Tra l'altro, anche senza voler considerare l'effetto di cosa giudicata che indubbiamente è scaturito dalla citata sentenza delle Sezioni Unite, non appare comunque fondata la tesi espressa dal legale di controparte nella lettera del 21 marzo 2003, tendente ad escludere il perdurare dell'eccezionale importanza del carteggio ai fini recenti della storia d'Italia, essendo quella storia, allora recente, divenuta oggi remota. Infatti, premesso che spetterebbe comunque all'Amministrazione aggiornare, eventualmente, nell'esercizio della propria discrezionalità, l'apprezzamento compiuto al tempo dell'acquisizione, si osserva che l'importanza del documento storico non viene meno in virtù del mero trascorrere del tempo e può persistere indipendentemente dal tempo trascorso.

3. – Si conferma integralmente il contenuto del parere del 17 luglio 1993 riguardo ai rapporti tra il diritto dello Stato all'utilizzazione delle corrispondenze che presentano interesse di Stato (art. 95 legge 633/1941) e la tutela della riservatezza personale che le stesse norme della legge sul diritto d'autore conferiscono alle corrispondenze epistolari, agli epistolari, alle memorie familiari e personali e agli altri scritti della medesima natura, allorché abbiano carattere confidenziale e si riferiscono alle intimità della vita privata (artt. 93-95 l.c.).

Qualche riflessione occorre, invece, aggiungere in merito al mutato regime della consultabilità della documentazione conservata nei pubblici archivi per le specifiche implicazioni attinenti alla questione in esame.

Come diffusamente precisato nel precedente parere del 17 luglio 1993, l'art. 21 d.P.R. 30 settembre 1963 n. 1409 poneva alla regola della libera consultabilità negli archivi di Stato alcune eccezioni, una delle quali riguardava i "documenti riservati relativi a situazioni puramente private di persone", che diventavano consultabili solo 70 anni dopo la loro data; mentre il secondo comma attribuiva al Ministero dell'Interno il potere di "permettere, per motivi di studio, la consultazione di documenti di carattere riservato anche prima della scadenza dei termini indicati nel comma precedente".

Questa eccezione alla regola della libera consultazione dei documenti conservati negli archivi di Stato, costituente una ulteriore tutela del diritto alla riservatezza volta ad integrare e completare la disciplina dettata dai citati artt. 93-95 della legge sul diritto d'autore, ha successivamente ricevuto sostanziali modifiche con l'emanazione del D. lgs. 30 luglio 1999 n. 281, che all'art. 8 dettava una nuova formulazione dei due criteri citati dell'art. 21, riducendo a 50 anni il termine iniziale di consultabilità dei documenti di carattere riservato relativi alla politica estera o interna dello Stato e a 40 anni la consultabilità di quelli contenenti i dati di cui agli articoli 22 e 24 della legge 31 dicembre 1996 n. 675, comma 1) e stabilendo che il Ministero dell'Interno, "previo parere del direttore dell'Archivio di Stato competente ... può permettere, se necessario per scopi storici, la consultazione di documenti di carattere riservato anche prima della scadenza dei termini indicati nel comma precedente" (comma 2).

Infine, il recente D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 ha abrogato, all'art. 183, il D.lgs. 30 luglio 1999, n. 281, ad eccezione degli artt. 8, comma 1, 11 e 12 ed il d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 ha collocato nel capo III del titolo II (artt. 122-127) la nuova disciplina della consultabilità dei documenti degli archivi a titolo di riservatezza. In particolare l'art. 122, ribadita al primo comma la regola della libera consultabilità dei documenti conservati negli archivi di Stato e negli archivi storici di enti pubblici territoriali e non territoriali, ha confermato nella sostanza le eccezioni a tale regola generale già introdotte dall'abrogato art. 8, comma 2 del D.lgs. 281/1999, della consultabilità dopo cinquanta anni dalla loro data dei documenti dichiarati di carattere riservato (secondo la procedura indicata nel successivo art. 125), relativi alla politica estera o interna dello Stato, e dopo quaranta anni di quelli contenenti i dati sensibili nonché i dati relativi a provvedimenti di natura personale espressamente indicati nella normativa in materia di trattamento dei dati personali, mentre il termine è di settanta anni se i dati sono idonei a rivelare lo stato di salute, la vita sessuale o rapporti riservati di tipo familiare.

Dunque, allo stato della legislazione attualmente vigente in materia, ove possa escludersi, nel caso che ci occupa, l'applicabilità dell'ultima disposizione ricordata (se il carteggio, costituito dalla corrispondenza intercorsa tra Mussolini e la Petacci, da minute varie e dai diari di Claretta Petacci, non sembra contenere dati rivelatori delle situazioni personali e dei tipi di rapporto contemplati dalla norma) sarebbe ormai scaduto ogni termine temporale che sia di ostacolo alla libera consultabilità dei documenti in questione, la cui origine risale

al quinquennio 1937-1943. Con le riserve di cui sopra, inoltre, tali documenti, per il disposto del secondo comma dell'art. 122 citato restano accessibili ai sensi della disciplina sull'accesso ai documenti amministrativi, che anche nella recentissima versione legislativa consente ai soggetti legittimati, oltre al mero esame, l'estrazione di copia dei documenti ai quali si chiede accesso (artt. 22 e segg. legge 11 febbraio 2005).

Ovviamente soltanto codesto Archivio, sulla base della lettura dei documenti, è in grado di sciogliere le riserve suindicate.

4. – Altro aspetto sul quale ci si deve soffermare è quello legato alla possibilità della utilizzazione del materiale contenuto nel carteggio, anch'esso già oggetto di esame nel citato parere del 17 luglio 1993. La soluzione ivi espressa su tale problema non può che essere ribadita. In particolare, il diritto dell'Amministrazione di realizzare il progetto di pubblicazione della parte della corrispondenza che riveste interesse storico quale rilevante testimonianza dei fatti pubblici che caratterizzarono quella parte di storia del nostro Paese, riposa sul diritto di proprietà dell'intero carteggio acquisita con il ricordato provvedimento del 22 febbraio 1950, sulla cui piena legittimità non vi è più luogo o discussione in virtù dei provvedimenti giurisdizionali più volte citati.

Pertanto, con i suggerimenti e le cautele già a suo tempo espressi, intesi a favorire la realizzazione di un'opera rivolta ad un dignitoso assolvimento delle finalità dianzi ricordate, attraverso una selezione del vasto materiale mirata, nei limiti del possibile, ad escludere la documentazione rappresentativa di fatti e dati di rilievo meramente privato (ancorché secondo la nuova disciplina contenuta nel codice emanato in materia di protezione dei dati personali, la diffusione e l'utilizzazione dei dati stessi è giustificata dal perseguimento di scopi storici; art. 101, comma 2, D.lgs 30 giugno 2003, n. 196), codesto Archivio Centrale può perseguire tale iniziativa, affidandone l'esecuzione ad esperti ritenuti, a sua discrezione, in grado di adempiervi nella maniera più conveniente ed idonea allo scopo.

5. – Rimane da esaminare lo specifico quesito relativo all'applicabilità, alla fattispecie in oggetto dell'art. 85-ter, unica disposizione del capo III-bis introdotto nel corpo della legge sul diritto d'autore dall'art. 14 del D.lgs. 26 maggio 1997 n. 154.

Tale articolo prevede la spettanza, senza pregiudizio dei diritti morali dell'autore, dei diritti di utilizzazione economica a chi, dopo le scadenze dei termini di protezione del diritto d'autore, lecitamente pubblica o comunica al pubblico per la prima volta un'opera non pubblicata anteriormente.

Nella parte conclusiva del parere del 17 luglio 1993 questa Avvocatura Generale aveva espresso il convincimento della insussistenza di particolari impedimenti alla pubblicazione che potessero derivare dalle disposizioni della legge 22 aprile 1941 n. 633 volte a tutelare la personalità dell'autore (artt. 20 e segg. ed in particolare art. 24 della legge citata), poiché tali norme ed anche quelle sulla utilizzazione economica presuppongono la creazione di un'opera dell'ingegno, come definita dall'art. 2 della stessa legge, paradigma normativo al quale non appariva riconducibile la corrispondenza epistolare in sé considerata.

Peraltro, tenuto presente il tenore della norma di recente introduzione che, ai fini dell'attribuibilità dei diritti di utilizzazione economica per opera pubblicata per la prima volta, richiede come *condicio sine qua non* l'assenza di pregiudizio dei diritti morali dell'autore, sembra opportuno qualche approfondimento inteso a verificare se in merito alla corrispondenza epistolare debba essere esclusa, o possa in qualche modo riconoscersi, l'attribuzione di un valore intrinseco tale da rilevare ai fini della tutela del diritto d'autore.

A tale scopo si deve evidenziare, in primo luogo, che la legge speciale non ha fornito una definizione dell'opera dell'ingegno quale oggetto del diritto d'autore (art. 1), ma l'ha soltanto considerata come oggetto di protezione. Tale definizione la si ritrova, invece, nell'articolo 2575 del codice civile, il quale statuisce che "formano oggetto del diritto di autore le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alle scienze, alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro e alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione".

Il primo requisito di riconoscibilità dell'opera dell'ingegno è dunque quello della creatività e ad esso si accompagnano poi quelli della concretezza di espressione e dell'appartenenza a determinati campi di produzione dello spirito.

Alla stregua di questi parametri di individuazione non può che ribadirsi, in linea di massima, l'orientamento già espresso nel precedente parere della Scrivente, secondo il quale

tutto ciò che è riconducibile alla corrispondenza epistolare è da ritenere, in quanto tale, privo dei caratteri dell'opera di ingegno, mancando in tali scritti, di per sé, un intento creativo ed una diretta collocazione in alcuna delle categorie di appartenenza indicate – peraltro, con disposizione che non appare tassativa – dal citato articolo del codice civile.

Tuttavia, con riguardo al contenuto del documento epistolare, non può essere negata a priori l'ipotesi che in concreto si ravvisi la presenza di contenuti tali che lo scritto possa assurgere a valore letterario. Ciò osservato, si deve, d'altra parte, constatare che dall'esame della giurisprudenza dell'ultimo decennio non è dato rinvenire alcun apprezzabile riferimento al problema accennato, giacché in rare pronunce di alcuni giudici di merito le questioni relative a diritti concernenti la corrispondenza epistolare sono affiorate soltanto sotto il profilo dell'esigenza di tutela della riservatezza personale.

Dalle esposte considerazioni, dunque, non emergono significativi elementi di novità rispetto alla posizione già assunta da questa Avvocatura Generale, se non nel senso dell'opportunità di consigliare a chi si accingerà all'opera selettiva del materiale in esame, finalizzata alla sua pubblicazione, una particolare attenzione, nell'esercizio della propria discrezionalità, anche per quelle parti che potrebbero, per un valore letterario intrinseco, legittimare pretese di natura economica in capo agli eredi dell'autore. Tale accortezza, tuttavia, potrebbe non essere necessaria nel caso di specie, essendo con ogni probabilità scaduti i termini di protezione dei relativi diritti.

Alla luce di tali risultanze residua un ambito interpretativo della condizione prevista dall'articolo 85-ter in esame nel senso di un riferimento più generico al rispetto, da parte dell'utilizzatore economico, della paternità dell'opera pubblicata, nella quale si riassume il diritto morale dell'autore a non vedere stravolto dai terzi, nella forma e/o nel contenuto, il risultato dell'espressione della propria personalità, che deve rimanere integro nell'impronta voluta dall'autore.

Tutto ciò considerato, rispondendo allo specifico quesito prospettato, questa Avvocatura ritiene che all'opera di interesse storicistico che l'Amministrazione lecitamente intende pubblicare – e non v'è dubbio che ciò avvenga per la prima volta – debba essere riconosciuta, anche attraverso la modalità della riproduzione dei documenti su CD-Rom, una specifica identità ed originalità da ritenere rilevante ai fini dell'operatività dell'art. 85-ter considerato, con conseguente riconoscimento dei diritti di utilizzazione economica in favore dello Stato in quanto titolare dell'appartenenza demaniale dei documenti conservati nei propri archivi».

Il parere del Consiglio di Stato in materia di affidamento in concessione delle gestioni totali aeroportuali

(Consiglio di Stato, seconda sezione, parere 9 novembre 2005, n. 1281)

Con il parere n. 1281/05 del 9 novembre 2005, l'Adunanza della sezione seconda del Consiglio di Stato ha risposto ad una serie di quesiti del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti in ordine a questioni inerenti la concessione delle gestioni totali aeroportuali.

In estrema sintesi, il Consiglio di Stato, senza esaminare gli effetti dell'art. 3, comma 2, del D. L.vo n. 96/05 rispetto ai procedimenti di rilascio in corso, «*con moderato ottimismo*», configura una specifica competenza ministeriale ad adottare i decreti di concessione di gestione totale, per l'ipotesi che l'affidamento non sia previsto da una legge speciale.

Nel parere, che, in relazione alla citata valutazione, appare più un «*parere pro veritate*» volto a sostenere le ragioni dell'amministrazione richiedente piuttosto che un'attività consultiva configurabile come «*super partes*», viene accreditata la competenza ministeriale riconoscendo, con difficoltà, all'atto di concessione natura programmatica e non meramente gestionale, secondo i seguenti contestabili rilievi:

a) la durata delle gestioni totali è predeterminata a quaranta anni solo come periodo massimo;

b) nella valutazione che precede il provvedimento di rilascio della concessione assume particolare importanza la valutazione del programma di intervento comprensivo del piano degli investimenti e del piano economico-finanziario;

c) risulta prodromica alla concessione la sottoscrizione di una convenzione e di un contratto di programma.

In base agli elementi enunciati, al fine di riconoscere, «*con moderato ottimismo*» la competenza ministeriale, nella pronuncia viene valorizzata «*la qualità necessariamente programmatica e finalistica*» della concessione aeroportuale, che ne articola «*la rilevanza a momento pianificatorio e di prefissione concreta degli obiettivi dell'intero impianto organizzatorio della rete aeroportuale*».

Peraltro, il Consiglio di Stato, per rafforzare il proprio debole convincimento, cerca di individuare «*qualche cosa di più di una semplice similitudine*» nella formulazione dell'art. 704, co. 1, del codice della navigazione secondo la revisione apportata dal D. L.vo n. 96/05 che prevede, per gli aeroporti di rilevanza nazionale, una disposizione analoga a quella dell'art. 7 del d.m. n. 521/1997, ovvero una responsabilità interministeriale per l'affidamento della gestione totale sulla base di una proposta dell'ENAC, all'esito della procedura di gara ad evidenza pubblica.

A prescindere dalle contestazioni di merito rispetto alle argomentazioni che portano il Consiglio di Stato ad escludere che il rilascio dell'affidamento della concessione aeroportuale, secondo il d.m. n. 521/1997, sia da ricondurre ad una competenza gestionale dell'ENAC, il dato evidente è che l'organo ausiliario del Governo, che deve assicurare, secondo la previsione del-

l'art. 100 della vigente Costituzione, pronunce, non già a difesa dell'Amministrazione, *«bensì nei limiti di una rigorosa e imparziale interpretazione della legge»* (C.d.S., sez. II, parere 20 ottobre 2004 n. 9032), pur riproducendo testualmente la norma, non ha tenuto conto di quanto sancito, da ultimo, nell'art. 3, co. 2, del D. L.vo n. 96/05 in merito *«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»*.

Secondo le disposizioni della citata norma di legge, che ad avviso del Consiglio di Stato garantisce *«una fase transitoria caratterizzata dalla ultrattività fino alle previste scadenze delle concessioni già rilasciate e dal perfezionamento delle procedure pendenti rispetto a istanze di concessione presentate entro il 22 giugno 2005 (data antecedente l'entrata in vigore dello stesso decreto legislativo n. 96 del 2005)»*, i procedimenti pendenti devono concludersi entro il termine del giugno 2006 (un anno dall'entrata in vigore del D. L.vo n. 96/05), potendo successivamente le società istanti richiedere *«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»*.

Inoltre, il legislatore, nel lunghissimo regime transitorio teso a definire l'assetto delle gestioni aeroportuali, *«onnicomprensiva delle gestioni totali in atto o da assentire prima della applicazione (allo stato solo teorica) delle metodiche ad evidenza pubblica e nel rispetto della normativa comunitaria prefigurate dall'articolo 704 e alle quali dovrebbero, in ogni caso, armonizzarsi quelle relative alle gestioni aeroportuali di interesse regionale»*, al fine di fare chiarezza circa la dibattuta ripartizione di competenze ministeriali ed ENAC, ha espressamente previsto che, in tale contesto, non trovano applicazione *«le disposizioni di cui all'articolo 704, primo e secondo comma, del codice della navigazione»*.

In particolare, il primo comma prevede che *«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»*.

Seppure nel parere venga valorizzato il principio della gerarchia delle fonti, del predetto sistematico richiamo normativo, che porta ad escludere la competenza ministeriale nei procedimenti di rilascio delle concessioni richieste entro il 22 giugno 2005, non vi è traccia nella pronuncia del Consiglio di Stato.

Ciò posto, è da ritenere che la prospettazione giuridica che con *«moderato ottimismo»* ha permesso al Consiglio di Stato di avvalorare la tesi dell'Amministrazione circa la competenza ministeriale nel definire, anche nel periodo transitorio, la procedura di affidamento della gestione totale aeroportuale, reputando l'ENAC solo titolare di un potere di proposta, vada profondamente rimeditata con riferimento all'espressa previsione normativa che è sfuggita all'esame dell'autorevole Collegio.

Al contrario, per quanto concerne la legittimazione in merito alle gestioni totali rilasciate per legge (Genova-Sestri legge n. 156/54, art. 9;

Milano Linate e Malpensa legge n. 194/62, art. 1; Torino-Caselle legge n. 914/65, art. 1; Roma Fiumicino e Ciampino legge n. 755/73, artt. 1 e 2; Bergamo-Orio al Serio legge n. 746/75, art. 1; Venezia – Tessera legge n. 938/86), il Consiglio di Stato contrasta la rivendicazione di competenze ministeriali ritenendo che le leggi-provvedimento abbiano assolto ai profili programmatori instabili al Ministero, residuando esclusivamente compiti gestionali attribuibili all'ENAC.

Evidentemente, le conclusioni raggiunte sono da considerarsi di natura transitoria, in ragione di quanto previsto dall'art. 704 del codice della navigazione che incardina sulla competenza ministeriale l'affidamento delle gestioni totali, una volta che a regime risulteranno affidate esclusivamente a seguito di gara ad evidenza pubblica.

Secondo la normativa vigente è quindi di competenza ENAC la possibilità di autorizzare l'estensione della durata della concessione agli attuali gestori totali in base a legge speciale, secondo le previsioni di cui all'art. 17, co. 2, del d.m. n. 521/97.

Naturalmente, la predetta potestà, secondo il principio della gerarchia delle fonti, è da riconoscersi nel limite delle previsioni del combinato disposto del secondo periodo del comma 5-ter e del secondo periodo del comma 1-*quater* dell'art. 1 del decreto legge n. 251/95, convertito dalla legge n. 351/95, che consentono il prolungamento «*fino ad un limite massimo di quaranta anni*» delle concessioni relative alla gestione totale degli aeroporti.

Però, secondo l'interpretazione data dal Consiglio di Stato si tratterebbe di «*estensione di durate di concessioni di gestioni totali ex lege inferiori al quarantennio e nei limiti di tale periodo, computando o la durata originaria, in mancanza di ulteriori prolungamenti, o la nuova durata per proroga legislativa*».

In ragione di tale interpretazione, l'estensione sarebbe consentita «*a condizione che il provvedimento venga preso in un arco temporale vicino alla scadenza, essendo questa la causa unica perché si proceda a un esame della situazione e a una determinazione concreta sulla sussistenza delle condizioni che legittimano una continuazione del rapporto*».

«*Fuori da questi specifici limiti la Sezione è del parere che nessuna competenza possa riconoscersi all'ENAC per estensioni di precedenti concessioni superiori al limite legislativamente predeterminato dal combinato disposto dei commi 1-ter, secondo periodo e 5-*quater*, secondo periodo dell'articolo 1 del decreto legge n. 251 del 1995 e per tutti i casi nei quali non sia allo stato operativa una congrua proroga*».

In tal caso, secondo il parere, le deliberazioni ENAC si palesano illegittime e, comunque, solo astrattamente annullabili, poiché, concretamente, le delibere in questione sono da considerarsi «*ormai definitive e non incidibili, dalla vigilanza governativa per ragioni connesse alla decadenza del relativo potere come articolato nel comma 3 dell'(...) articolo 11 del decreto legislativo n. 250/97*».

Infatti, il Consiglio di Stato riconosce che il termine di venti giorni previsto dall'art. 11 del D. L.vo n. 250/97 perché il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, nell'esercizio dei poteri di vigilanza governativa, richieda il

riesame delle delibere dell'ENAC aventi un contenuto strategico o programmatico o, come nel caso di specie, di disposizione del demanio, sia da considerarsi di decadenza e non semplicemente ordinatorio.

Di talché, il Consiglio di Stato, a difesa di eventuali responsabilità ministeriali per non aver esercitato nei termini l'attività di vigilanza nei confronti di una delibera ENAC di disposizione del demanio, suggerisce all'amministrazione, se percorribile, di verificare la possibilità di procedere all'annullamento d'ufficio in ragione del potere di vigilanza che comunque spetterebbe all'amministrazione sulle attività dell'ente secondo le previsioni di cui all'articolo 21-*nonies* della legge n. 241/90 ovvero secondo quanto previsto dall'articolo 2, co 3, lett. p), della legge 23 agosto 1988, n. 400, cioè l'annullamento straordinario, a tutela dell'ordinamento, degli atti amministrativi illegittimi, «*ove si ritenga che la compresenza, in sede di decretazione di rilascio di altri organi, in particolar modo del Ministro dell'economia e delle finanze, istituzionalmente interessato a vicende connesse con il demanio e con l'acquisizione di proventi per concessioni pubbliche, debba condurre a un esame collegiale e al più elevato livello delle ritenute illegittimità*».

È evidente che tale suggerimento contrasta non solo con la posizione di terzietà che dovrebbe caratterizzare la pronuncia ma anche con le previsioni normative richiamate dallo stesso parere che incardinano la competenza all'estensione della gestione totale in favore dei gestori totali in base a legge speciale esclusivamente sull'ENAC ed il potere di vigilanza governativa in capo al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti che, se del caso, può richiedere il riesame sui provvedimenti di disposizioni del demanio entro il termine di decadenza di venti giorni dalla loro ricezione.

Pertanto, è di difficile comprensione come, nel caso di specie, sia azionabile dall'organo che lo ha emanato il procedimento di cui all'art. 21-*nonies* della legge 241/90 che prevede, tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole, l'annullamento d'ufficio del procedimento amministrativo illegittimo.

Ancora più irragionevole appare l'avvio della procedura di cui all'art. 2, c. 3, lett. p), della legge n. 400/88, che, previo parere del Consiglio di Stato, prevede, a tutela dell'unità dell'ordinamento, una deliberazione del Consiglio dei Ministri per l'annullamento straordinario degli atti amministrativi illegittimi, posto che, nel caso di specie non si ravvisa la lesione di un interesse generale che possa supportare un drastico provvedimento nei confronti di atti particolari, da anni produttivi di effetti.

È lo stesso Consiglio di Stato a ritenere esclusivamente teoriche le predette possibilità, tenuto conto di quanto disposto dal più volte citato art. 3, co. 2, del D. L.vo n. 96/05.

Il legislatore, con le citate norme, ha infatti espresso la volontà «*di fare salve le concessioni già rilasciate*», tenuto conto che, seppure tale volontà dovrebbe, secondo il Consiglio di Stato, in linea di principio, riguardare esclusivamente le concessioni legittimamente assentite, «*la formula usata dalla legge si rivela per certi versi onnicomprensiva e, per altri, indifferente alle modalità e alla legittimità del rilascio*».

Peraltro, nello stesso parere viene evidenziata altresì l'irragionevolezza, rispetto all'ipotesi di annullamento, di un sistema che assegnerebbe «alle gestioni in trasformazione un termine di durata più lungo di quello del quale potrebbero godere società già sperimentate per lungo tempo nella gestione dei servizi aeroportuali».

Del resto, l'intrinseca debolezza delle argomentazioni utilizzate a sostegno del parere è altresì desumibile dal fatto che il Consiglio di Stato non ritiene i propri argomenti dissuasivi come decisivi, rimettendo all'Amministrazione delle infrastrutture e dei trasporti le definitive determinazioni sul punto.

Infine, il Consiglio di Stato affronta e risolve positivamente secondo quanto previsto sempre dall'art. 3, comma 2, del D. L.vo n. 96/05 la questione della rimessione in termini delle società di gestione aeroportuale che risultavano non aver presentato nei termini di cui al d.m. n. 521/97 le istanze per la concessione dell'affidamento della gestione totale aeroportuale.

Da quanto detto, è evidente che il parere del Consiglio di Stato, salvo che per la marginale questione della rimessione in termine dei gestori aeroportuali parziali o precari che avevano presentato istanza per l'affidamento della gestione totale per l'aeroporto d'interesse, alimenta più che risolvere problemi.

Infatti il «*moderato ottimismo*» con il quale, in relazione all'assetto normativo vigente, è stata ritenuta sussistente, sulla base di una istruttoria dell'ENAC, la competenza ministeriale al rilascio della gestione totale ai procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore del D. L.vo n. 96/05 trova una sostanziale discordanza nel fatto che il Consiglio di Stato, nel rendere il parere, non abbia valutato gli effetti sulle proprie argomentazioni delle previsioni del combinato disposto di cui all'art. 3, co. 2, D. L.vo, n. 96/05 e dell'art. 704, co. 1, del Codice della navigazione.

Per quanto, infine, concerne l'estensione delle gestioni totali *ex lege* assentite dall'ENAC, con delibera sottoposta, come per legge, a vigilanza governativa, oltre il termine che, secondo l'interpretazione del Consiglio di Stato, non poteva travalicare il termine massimo di quaranta anni, computandosi o la durata originaria o la nuova durata per proroga legislativa, ma, comunque, fatte salve dalle previsioni dell'art. 3, c. 2, del decreto legislativo n. 96/05, occorre evidenziare che l'Amministrazione, in caso di avvio dei procedimenti di annullamento, giuridicamente poco sostenibili secondo le valutazioni giuridiche che si leggono nello stesso parere, verrebbe esposta a ricorsi giurisdizionali e cause per danni esperibili anche nei confronti dei funzionari responsabili degli eventuali procedimenti.

Avv. Pierluigi Di Palma

Consiglio di Stato – Adunanza della Sezione Seconda – Parere 9 novembre 2005, n. 1281 –
Pres. S. Rosa – Est. F. D'Agostino – Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Problematiche varie concernenti l'affidamento in concessione delle gestioni totali aeroportuali.

«(Omissis) Premesso: L'Amministrazione delle Infrastrutture e dei Trasporti riferisce che sono insorti problemi interpretativi e applicativi in ordine ad alcune disposizioni contenute nel decreto ministeriale 12 novembre 1997, n. 521, recante norme di attuazione delle disposizioni di cui all'articolo 10, comma 13 della legge 24 dicembre 1993, n. 537.

Quel precetto legislativo ha disposto la costituzione di apposite società di capitale per la gestione dei servizi e per la realizzazione delle infrastrutture negli aeroporti gestiti anche in parte dallo Stato, ritenendo tale modello preferenziale in funzione della privatizzazione del settore che miri, in ragione dell'imprenditorialità del soggetto investito della concessione, ad una maggiore funzionalità ed economicità.

Rammenta l'Amministrazione che attualmente sono presenti quattro modelli di gestione degli scali:

- a) la gestione totale, alla quale si riferisce la norma appena citata;
- b) la gestione parziale, regolata da apposita convenzione, in base alla quale il gestore introita le tasse passeggeri e merci e sostiene gli oneri manutentivi dei beni concessi;
- c) gestione parziale a titolo precario, prevista nelle more di definizione di convenzione, nella quale il gestore non ha titolo a introitare i diritti aeroportuali;
- d) gestione diretta a totale carico dello Stato.

La situazione delle gestioni aeroportuali è poi complicata dalle diverse origini di alcune gestioni connesse alla peculiare natura degli aeroporti e alle metodiche gestionali di volta in volta previste dalla normativa.

Le questioni sottoposte all'esame della Sezione concernono:

1. – l'interpretazione dell'articolo 7 del su menzionato regolamento, con particolare riferimento alle competenze dell'Amministrazione referente e dell'ENAC (Ente nazionale per l'aviazione civile) istituito con decreto legislativo 25 luglio 1997, n. 250 in ordine alla titolarità del potere di affidamento della concessione e a quello di perfezionamento delle convenzioni, per l'ipotesi che l'affidamento sia previsto direttamente da una legge speciale (c.d. gestioni *ex lege*). Rispetto alle convenzioni non precedute da un atto amministrativo di concessione della gestione, si pone altresì il problema della necessità o meno della loro approvazione da parte del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti;

2. – l'applicabilità o meno agli aeroporti con gestione *ex lege*, dell'articolo 17, comma 2 del regolamento in esame, che sembra consentire a tali gestioni una estensione della durata dell'affidamento anche oltre i termini stabiliti nella legge speciale;

3. – la natura dei termini fissati dagli articoli 6 e 7 del regolamento per l'adeguamento agli adempimenti societari e per la presentazione di domanda per l'affidamento della gestione totale. Tali termini sono ritenuti ordinatori dall'ENAC e perentori dall'Amministrazione referente. L'ENAC, peraltro, sostiene che, a seguito di abrogazione della direttiva ministeriale 30 novembre 2000 (atto di indirizzo sulle modalità di affidamento delle gestioni totali aeroportuali abrogato con atto ministeriale 21 maggio 2003, n. 8735) sarebbero venuti meno i vincoli che hanno impedito il riesame istruttorio di istanze di società che, ritenute non conformi alla direttiva stessa, non hanno completato il procedimento concessorio. Il che implicitamente comporta che domande presentate oltre i termini stabiliti dall'articolo 7 del regolamento possono rientrare in gioco, rendendo di fatto evanescenti i precetti dell'articolo 8 del medesimo regolamento.

Considerato: La soluzione dei quesiti prospettati dall'Amministrazione delle infrastrutture e dei trasporti presuppone una sintetica disamina dell'evoluzione normativa concernente le concessioni di gestioni aeroportuali.

Il codice della navigazione, nel testo antecedente la novella recata nel decreto legislativo 9 maggio 2005, n. 96, si limitava a regolamentare la concessione di suolo degli aerodromi e di opere edilizie realizzate nelle medesime aree (art. 694 ss). Nel codice si prevedeva, all'articolo 704, che l'istituzione, da parte di privati, di aeroporti, campi di fortuna, campi di volo e di altri impianti aeronautici, dovesse essere preventivamente autorizzata dal ministro per l'aeronautica (oggi delle infrastrutture e dei trasporti). In realtà, il complesso fondamentale e rilevante ai fini della navigazione aerea era costituito dagli aerodromi appartenenti o istituiti dallo Stato (articoli 692, 700 e 701 cod. nav.).

La carenza di norme in materia di gestione si spiega avuto riguardo al contesto ormai lontano di approvazione di quel testo legislativo (regio decreto 30 marzo 1942, n. 327) e alla iniziale riserva delle relative attività all'autorità statale. Il poderoso sviluppo del traffico aereo e il conseguente progressivo incremento delle operazioni portuali hanno resi evidenti i limiti di quelle gestioni e hanno consigliato il legislatore a introdurre metodiche imprenditoriali, affidandole, quanto meno per i più importanti aeroporti, ad enti di gestione pubblici e privati.

Si rammentano a questo fine: l'articolo 9 della legge 16 aprile 1954, n. 156 che affida al Consorzio autonomo del porto di Genova la gestione e la manutenzione dell'aeroporto di Genova-Sestri (la costruzione del quale è demandata al medesimo Consorzio); l'articolo 1 della legge 18 aprile 1962, n. 194 che riconosce la qualifica privata *ex art.* 704 cod. nav. al sistema aeroportuale milanese (aeroporti di Malpensa e Linate) e li affida in gestione per anni trenta alla Società per azione (...); l'articolo 1 della legge 21 luglio 1965, n. 914 che, con formula identica a quella usata per gli aeroporti milanesi, affida la gestione dell'aeroporto Torino-Caselle al Comune di Torino; il comma 2 dell'articolo 1 e l'articolo 2 della legge 10 novembre 1973, n. 755 che, per la gestione unitaria del sistema aeroportuale della capitale (aeroporto di Ciampino e aeroporto intercontinentale "Leonardo da Vinci" di Roma-Fiumicino) designa, tramite concessione esclusiva, una società costituita dall'IRI; l'articolo 1 della legge 27 dicembre 1975, n. 746 che, con tecnica normativa del tutto coincidente con quella usata per gli aeroporti di Milano e di Torino, affida la gestione dell'aeroporto di Bergamo-Orio al Serio alla Società S.; l'articolo unico della legge 24 dicembre 1986, n. 938, che affida la gestione dell'aeroporto di Venezia Tessera ad una apposita società per azioni, con partecipazione paritetica e complessivamente maggioritaria della regione Veneto, della provincia di Venezia e del comune di Venezia.

Tutte le fattispecie sopra richiamate sono caratterizzate, tra l'altro, dall'affidamento dell'intero aeroporto, comprese le infrastrutture di volo, ad un unico soggetto in virtù di conferimento in deroga al disposto dell'articolo 694 cod. nav. (nel testo allora vigente). Il soggetto così individuato (o il successore a vario titolo di quello) assicura, per l'effetto i servizi aeroportuali di qualunque segno concernenti l'intera struttura (C.d.S., VI, 20 marzo 1996, n. 508), percepisce tutte le entrate ricavabili dall'esercizio e la totalità degli introiti di pertinenza dello Stato.

Il passaggio dalla originaria gestione statale a quella totale o parziale (sicuramente non omogenee tra loro) espone in modo sufficientemente chiaro l'intrinseca debolezza dell'impostazione organizzativa. L'impianto ordinamentale rivela altresì l'elusione di un aspetto strutturale o funzionale di primo rilievo: la natura di servizio pubblico da riconoscere alle gestioni aeroportuali (C.d.S., VI, 21 agosto 1993, n. 575). Inteso il servizio pubblico come attività economica esercitata in forma imprenditoriale per l'erogazione di prestazioni indispensabili a soddisfare bisogni collettivi incompressibili in un determinato momento storico e collocata in un ordinamento di settore soggetto alla vigilanza di un'autorità pubblica, è indubbio che tale natura vada riconosciuta alla gestione degli scali. Essa si desume altresì dalla qualità imprenditoriale rivestita dai soggetti gestori, anche se connessa talvolta all'esercizio di prerogative pubbliche (Corte di giustizia CE, 24 ottobre 2002, n. 82). Immaginare, in proposito, due diverse forme di servizio pubblico relative ad una realtà strutturale unitaria e omogenea, a prescindere dalle proporzioni e dal rilievo nel campo del traffico, è evidentemente una forzatura.

La normazione successiva si dimostra consapevole dell'incongruenza alla quale era esposto l'impianto organizzativo delle gestioni aeroportuali. Con l'articolo 10, comma 13 della legge 24 dicembre 1993, n. 537 si stabilisce che *"entro l'anno 1994 sono costituite apposite società di capitale per la gestione dei servizi e per la realizzazione delle infrastrutture degli aeroporti gestiti anche in parte dallo Stato. Alle predette società possono partecipare anche le regioni e gli enti locali interessati"*.

Emerge dal precetto la scelta legislativa di procedere alla conversione delle concessioni parziali in totali attraverso lo strumento tecnico di apposite società di capitale e di pervenire, in definitiva, ad una forma unitaria di gestione.

Il successivo passaggio riguarda la privatizzazione delle società previste dalla norma sopra riportata. La privatizzazione riceve impulso dal decreto legge 28 giugno 1995, n. 251, convertito in legge, con modificazioni, dall'articolo 1, comma 1 della legge 3 agosto 1995, n. 351.

I caratteri salienti di quest'ultimo provvedimento legislativo, quanto meno ai fini che qui interessano, concernono: l'abrogazione delle norme che prescrivono la partecipazione maggioritaria dello Stato, degli enti pubblici, dell'IRI, delle regioni e degli enti locali nelle società di gestione aeroportuale (art. 1, c. 1-*bis*); l'affidamento in concessione effettuato con

decreto ministeriale sulla base di un programma di intervento presentato dalla società di gestione con relativo piano economico finanziario e nel rispetto di determinate condizioni (art. 1, c. 1-*quater* e c. 1-*quinquies*).

Le norme su citate determinano, quanto meno sotto un profilo teorico, il definitivo superamento della nozione di gestione parziale, anche se quest'ultima permane e non è, allo stato, ancora effettivamente archiviata.

Prima che si proceda, attraverso la normazione secondaria, all'attuazione del principio dell'abbandono delle gestioni parziali come previsto dal citato articolo 10, comma 13 della legge n. 537 del 1993, intervengono tuttavia due ulteriori atti legislativi in materia: l'articolo 17 del decreto legge 25 marzo 1997, n. 67, convertito con modificazioni, dalla legge 23 maggio 1997, n. 135, e il decreto legislativo 25 luglio 1997, n. 250.

L'articolo 17 del decreto legge n. 67 del 1997, al comma 1, così dispone: *“In attesa dell'adozione del regolamento di cui all'articolo 10, comma 13, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, il Ministro dei trasporti e della navigazione può autorizzare, su richiesta, i soggetti titolari di gestioni parziali aeroportuali, anche in regime precario, all'occupazione ed all'uso dei beni demaniali rientranti nel sedime aeroportuale, vincolando la destinazione dei diritti percepiti a norma del comma 2 agli interventi indifferibili ed urgenti necessari alle attività di manutenzione ordinaria e straordinaria delle infrastrutture aeroportuali, nonché all'attività di gestione aeroportuale.”*

Il decreto legislativo n. 250 del 1997 affida all'istituto Ente nazionale per l'aviazione civile (ENAC) le funzioni amministrative e tecniche già attribuite alla Direzione generale dell'aviazione civile (art. 2, c. 1). In tale quadro il soggetto gestore della struttura aeroportuale sottoscrive con l'ENAC la convenzione per l'affidamento della concessione per la gestione, manutenzione ed uso delle infrastrutture. All'ENAC vengono peraltro assegnati in uso gratuito i beni del demanio aeroportuale per il successivo affidamento ai gestori (articolo 8 decreto legislativo n. 250 del 1997).

Viene, infine, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* del 19 aprile 1998, n. 83 il decreto ministeriale 12 novembre 1997, n. 521, cioè il regolamento recante norme di attuazione delle disposizioni di cui all'articolo 10, comma 13 della legge n. 537 del 1993.

Grazie a tale provvedimento è stato possibile estendere la gestione totale agli aeroporti di Bari, Brindisi, Foggia e Taranto (gestiti da SEAP), all'aeroporto di Firenze, a quello di Napoli (condotto dalla GESAC), di Bologna e di Olbia-Costa Smeralda. Tutti gli altri aeroporti (Palermo, Pisa, Brescia, Treviso, Verona, Reggio Emilia, Perugia, Ancona, Pescara, Trieste, Lamezia Terme e Cagliari) sono affidati in gestione parziale, che sostanzialmente estrapola le infrastrutture di volo, destinate a rimanere di competenza statale e si esercita su aerostazione e relative pertinenze (con le modalità indicate in premessa, ma che non assumono rilievo particolare ai fini della presente esposizione).

I quesiti proposti dall'Amministrazione referente si appuntano tutti sulla interpretazione di alcuni precetti contenuti nel regolamento contenuto nel decreto ministeriale 12 novembre 1997, n. 521.

Essi riguardano: l'articolo 7 di quel regolamento in ordine alla asserita sottrazione da procedure di approvazione delle convenzioni relative alle gestioni totali concesse per legge speciale; l'articolo 17, comma 2 sulla estensione della durata dell'affidamento ai gestori previsti da leggi speciali; gli articoli 6, 7 sulla natura dei termini ivi fissati con peculiare riguardo agli effetti della abrogazione della direttiva ministeriale 141/T del 30 novembre 2000 e le ripercussioni delle diverse interpretazioni sull'articolo 8 del medesimo regolamento.

Poco dopo la richiesta di parere (pervenuta a questa Sezione il 16 marzo 2005) interveniva la novella contenuta nel decreto legislativo 9 maggio 2005, n. 96 recante revisione della parte aeronautica del Codice della Navigazione, a norma dell'articolo 2 della legge 9 novembre 2004, n. 265. Il testo in questione è entrato in vigore *in parte qua* in due date distinte: sono operative nell'ordinamento generale fin dal 23 giugno 2005 le disposizioni del decreto legislativo diverse da quelle che modificano precetti o ne inseriscono nuovi nel codice della navigazione; per queste ultime la data di entrata in vigore è il 21 ottobre 2005, giusta quanto previsto dall'articolo 20, comma 3 del decreto legislativo n. 96 del 2005. All'atto di rendere parere, pertanto, la Sezione deve farsi carico di tutte le innovazioni introdotte con quel testo.

Si osserva, invero, come il *corpus* sia composto anche da disposizioni che incidono in *subiecta materia*, così modificando la precedente impostazione del Codice della navigazione che non dettava, come si è già accennato, norme in materia di gestione aeroportuale.

Un esame anche superficiale del nuovo testo mostra come, per certi versi, si siano trasferiti precetti già presenti nell'ordinamento (a titolo di esempio si citano i commi 1 e 2 dell'articolo 693, che riproducono con notevoli miglioramenti formali il contenuto dell'articolo 8 del decreto legislativo n. 25 del 1997; il comma 1 dell'articolo 698 che riformula con opportune precisazioni i contenuti dell'articolo 1-bis del decreto legge 8 settembre 2004, n. 237 convertito in legge, con modificazioni, dall'articolo 1 della legge 9 novembre 2004, n. 265) e, per altri, siano stati introdotte innovazioni di rilievo anche tenendo conto delle previsioni dell'articolo 117, comma 3 della Costituzione che assegna alla legislazione concorrente la materia dei porti e aeroporti civili.

Tra queste ultime disposizioni si rammenta, in particolare, il già citato articolo 698, che distingue tra aeroporti di rilevanza nazionale e di interesse regionale. I primi sono definiti “*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 dai progetti europei TEN.*”. Gli aeroporti di interesse regionale, a questa stregua, sono individuati per via residuale.

La norma in parte trascritta costituisce il presupposto per l'applicazione dei precetti contenuti nell'articolo 704, che disciplinano il rilascio a regime della concessione di gestione totale aeroportuale degli aeroporti di rilevanza nazionale (procedimento destinato a concreta attuazione, *rebus sic stantibus*, in un arco temporale piuttosto lontano e per questo inserito nel testo quasi “a futura memoria”). Si è, tuttavia, autorizzati, salva la necessità di un subentro di nuovo concessionario prima delle naturali scadenze (sulla quale si rinvia al prosieguo), a prescindere dai contenuti dell'articolo 704 del codice della navigazione nel lunghissimo regime transitorio, disciplinato dal secondo comma dell'articolo 3 del decreto legislativo 9 maggio 2005, n. 96.

Non esiste, d'altro canto, una vera complementarità tra le norme in esame: la prima (cioè l'articolo 704) regola una sola categoria di gestioni aeroportuali, mentre non si rinven- gono nel testo disposizioni in ordine al conferimento delle gestioni aeroportuali di interesse regionale (probabilmente affidate alla legislazione concorrente); la seconda (comma 2 dell'articolo 3 del decreto legislativo 9 maggio 2005, n. 96) è, invece, onnicomprensiva delle gestioni totali in atto o da assentire prima dell'applicazione (allo stato solo teorica) delle metodiche ad evidenza pubblica e nel rispetto della normativa comunitaria prefigurate dall'articolo 704 e alle quali dovrebbero, in ogni caso, armonizzarsi quelle relative alle gestioni aeroportuali di interesse regionale.

Delle norme sin qui considerate assume il massimo rilievo, al fine di fornire una coerente risposta ai prospettati quesiti, il disposto del secondo comma dell'articolo 3 del decreto legislativo 9 maggio 2005, n. 96 che testualmente recita:

“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 ministeriale 12 novembre 1997, n. 521 del Ministro dei trasporti e della navigazione. 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.”.

Lo scopo agevolmente desumibile dalla stessa lettera della legge è di interporre all'applicazione del nuovo regime di concessione delle gestioni totali relative agli aeroporti di rilevanza nazionale e, in più lata accezione, a tutte le modalità di rilascio di concessione susseguenti alle innovazioni legislative introdotte con lo stesso decreto n. 96 del 2005, una fase transitoria caratterizzata dalla ultrattività fino alle previste scadenze delle concessioni già

rilasciate e dal perfezionamento delle procedure pendenti rispetto a istanze di concessione presentate entro il 22 giugno 2005 (data antecedente l'entrata in vigore dello stesso decreto legislativo n. 96 del 2005). Sembra emergere dal complesso precettivo la volontà di una specie di salvaguardia, se così si può dire, delle posizioni sedimentate nel tempo e di quelle in attesa di valutazione finale. Si tratta, è bene avvertire, di dati sensibili alle problematiche che il parere è chiamato a risolvere.

È ora possibile esaminare i singoli quesiti.

Esegesi dell'articolo 7 del decreto ministeriale 12 novembre 1997, n. 521, con particolare riferimento alle competenze dell'Amministrazione referente e dell'ENAC in ordine alla titolarità del potere di affidamento della concessione e a quello di perfezionamento delle convenzioni, per l'ipotesi che l'affidamento sia previsto direttamente da una legge speciale (c.d. gestioni *ex lege*).

La questione, è bene precisare, ha un valore eminentemente teorico, posto che per le concessioni di gestione totale *ex lege* si pone il problema di una proroga in via amministrativa, come sarà meglio rilevato in prosieguo.

La soluzione del quesito è comunque utile, posto che la medesima è prodromica alla valutazione delle singole vicende relative ai rinnovi e alle proroghe delle diverse concessioni.

La prescrizione da interpretare dispone nei primi due commi: "*affidamento in concessione della gestione totale aeroportuale alle società di capitale di cui al precedente articolo 6 è effettuato con decreto del Ministro dei trasporti e della navigazione, di concerto con i Ministri del tesoro, delle finanze e dei lavori pubblici e, limitatamente agli aeroporti militari aperti al traffico civile, della difesa, su istanza da presentarsi da parte delle società richiedenti, entro nove mesi dall'entrata in vigore del presente regolamento, da integrare, entro i successivi sei mesi, con una domanda corredata da un programma di intervento, comprensivo del piano degli investimenti e del piano economico-finanziario, nel rispetto delle condizioni previste dall'articolo 1, comma 1-quinquies, del decreto-legge 28 giugno 1995, n. 251, come modificato dalla legge di conversione 3 agosto 1995, n. 351.*

2. *Con il decreto di approvazione della domanda di affidamento di cui al precedente comma 1, viene altresì determinato il periodo di durata della concessione che può superare i venti anni, nel limite massimo di quaranta, in relazione alle valutazioni formulate con riferimento ai contenuti del programma di intervento di cui al comma 1.*"

La disposizione si applica agli aeroporti caratterizzati da gestione parziale. Ciò si desume sia dall'originario titolo del regolamento in esame, preordinato all'attuazione del comma 13 dell'articolo 10 della legge n. 537 del 1993 (concernente, come rilevato, il passaggio dalle gestioni parziali a quelle totali) sia da quanto dispone il comma 1 dell'articolo 1 del medesimo provvedimento normativo che "*disciplina la gestione degli aeroporti e dei sistemi aeroportuali aperti al traffico civile attualmente gestiti, anche in parte, dallo Stato o da altri soggetti in regime di precariato*".»

Delimitato l'ambito di applicabilità, occorre peraltro individuare la *ratio* della disposizione. Quest'ultima si inserisce in un contesto ordinamentale che ha definitivamente optato per la separazione della funzione di indirizzo politico-amministrativo (affidato agli organi di governo, come prevedeva l'articolo 3 del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, come sostituito dall'articolo 2 del decreto legislativo 18 novembre 1995, n. 470, vigente al momento di entrata in vigore del testo regolamentare in esame ed oggi trasfuso nell'articolo 4 del decreto legislativo 30 marzo 2001, l'articolo 4, comma 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165) e l'attività gestionale della quale è investita in via pressoché esclusiva la dirigenza pubblica.

Il precetto che designa le autorità ministeriali quali autrici dell'atto di concessione della gestione totale è stato interpretato dall'Amministrazione anche successivamente al 23 aprile 1998 (data, come è noto, indicata dall'articolo 70, comma 6 del decreto legislativo n. 165 del 2001 quale discrimine temporale per ritenere riferite alla competenza dei dirigenti le disposizioni che conferiscono l'adozione di atti di gestione agli organi di governo) come legittimante uno specifico potere del titolare del dicastero (in contrapposizione, ad esempio, a quanto ritenuto da C.d.S., VI, 14 gennaio 2004, n. 80 in ordine alla sostituzione tecnica del termine ministro con quello di dirigente dell'unità di gestione). La prescrizione si configura, a questa stregua, come una eccezione rispetto alla regola generale (ribadita, per

quanto occorrer possa, da C.d.S., IV, 30 giugno 2005, n. 3546; IV, 23 marzo 2004, n. 1488; IV, 9 marzo 1998, n. 484) e, in quanto tale o è frutto di un errore di interpretazione o, qualora non si riscontrino abbagli ermeneutica, richiede comunque un'adeguata giustificazione.

Sono d'ausilio ad una diversa interpretazione argomenti sistematici desumibili sia dalla normazione vigente al momento di ingresso nell'universo giuridico del decreto ministeriale n. 521 del 1997 sia da quella successiva.

In relazione ai primi si osserva, innanzi tutto, come il testo preveda competenze non solo del ministro, ma implicitamente anche dell'ENAC, che, a' sensi del già citato decreto legislativo 25 luglio 1997, n. 250, è subentrato nelle funzioni amministrative e tecniche della Direzione generale dell'aviazione civile. La sottoscrizione della convenzione e del contratto di programma alle quali è subordinata la concessione della gestione totale (articolo 7 c. 3 d.m. n. 521 del 1997) è, infatti, attività che, unitamente all'istruttoria vera e propria e a tutti gli altri adempimenti, è di competenza dell'ENAC. Non avrebbe conseguentemente senso la previsione di un atto amministrativo condizionato dalla sottoscrizione di altri atti (convenzioni, contratti di programma), qualora la competenza alla formazione di tutte le manifestazioni di volontà della pubblica Amministrazione fosse dislocata in un unico soggetto o organo. È ragionevole, per contro, ritenere che proprio la sussistenza di adempimenti condizionanti affidati ad un organo tecnico sia indice dell'intreccio di competenze di diversa natura e, per questo, riferibili a organi o soggetti diversi.

Con riguardo alla legislazione successiva, non sfugge come l'articolo 704, comma 1 del codice della navigazione, nella novella operativa dal 21 ottobre 2005, riproduca in parte, per gli aeroporti di rilevanza nazionale, norma molto simile a quella dell'articolo 7 del regolamento in questione, riaffermando il potere di decretazione 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. Nel corpo di quell'articolo, l'ENAC è titolare di un potere di proposta oltre che dell'attività connesse alla procedura di gara ad evidenza pubblica.

Il quarto comma dell'articolo 704 cod. nav. precisa ancora che l'affidamento in concessione è subordinato alla sottoscrizione di una convenzione e di un contratto di programma fra il gestore aeroportuale e l'ENAC in perfetta consonanza con il comma 3 dell'articolo 7 del decreto ministeriale n. 521 del 1997.

Si versa, va precisato, in qualche cosa di più di una semplice similitudine. Sembra che il legislatore abbia utilizzato in modo organico (e secondo un'interpretazione che presenta analogie con quella autentica) norme già presenti nell'ordinamento restituendole ad un disegno parzialmente nuovo quale risulta dalla revisione della parte aeronautica del codice della navigazione.

Pur con l'approfondimento degli argomenti appena trattati, non sarebbe comunque possibile superare la chiara inibizione del comma 6 dell'articolo 70 del decreto legislativo n. 165 del 2001 se si conferisse all'atto in questione natura meramente gestionale.

Solo spostando la prospettiva e assegnando al decreto ministeriale natura di atto di definizione di obiettivi programmatori in relazione all'interesse generale connesso alla prestazione di servizi pubblici nell'aeroporto si può, con moderato ottimismo, configurare una specifica competenza ministeriale.

Soccorrono in proposito i seguenti rilievi:

la durata delle gestioni totali è predeterminata solo come periodo massimo al quarantennio, (giustamente criticata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato con segnalazione in procedimento n. S546 del 5 febbraio 2004), giusta quanto previsto dalle norme che si sono susseguite nel tempo (art. 1, c. 1-*quater*, seconda parte del decreto legge n. 251 del 1995; art. 7 c. 2 decreto ministeriale n. 521/1997 e art. 704, c. 2 cod. nav.);

è dato il massimo rilievo, nel giudizio che precede il decreto ministeriale, al programma di intervento comprensivo del piano degli investimenti e del piano economico-finanziario (art. 7, c. 1 d.m. n. 521/1997, come d'altro canto, precisato dal citato art. 1, comma 1-*quater* del decreto legge 28 giugno 1995, n. 251);

è comunque necessariamente prodromica alla concessione la sottoscrizione di una convenzione e di un contratto di programma.

Tutti gli elementi qui enunciati (durata, elementi programmatori e piani di investimento) segnalano la qualità necessariamente programmatoria e finalistica più che di sem-

plice gestione di questa specifica concessione e ne articolano la rilevanza a momento pianificatorio e di prefissione concreta degli obiettivi dell'intero impianto organizzatorio della rete aeroportuale.

Molto probabilmente la competenza del Ministro nell'ambito dell'art. 704 cod. nav. muove solo in parte dai rilievi sin qui svolti e si fonda su un assunto che condivide quelli nel contesto di una evoluzione del principio di sussidiarietà verticale coerente con le indicazioni contenute nella pronuncia n. 303/2003 della Corte costituzionale: la competenza ministeriale, in quest'ultima fattispecie, sarebbe connessa, ad avviso della Sezione, con la qualificazione degli aeroporti a rilevanza nazionale come nodi essenziali per l'esercizio delle competenze esclusive dello Stato, in un quadro che armonizza istanze quanto meno di alta amministrazione.

Proprio le ragioni che militano per il riconoscimento della competenza ministeriale ad adottare i decreti di concessione di gestione totale in base alle procedure previste dal decreto ministeriale n. 521 del 1997 costituiscono gli argomenti in opposizione alla tesi, prospettata dall'Amministrazione referente, che pretenderebbe analoga legittimazione in ordine alle gestioni totali rilasciate in base alla legge.

È sufficiente, al riguardo, osservare come i profili di individuazione del gestore, della durata della concessione siano già predeterminati *ex lege* per ridimensionare gli aspetti di valutazione programmatica e degli obiettivi che l'art. 7 del decreto ministeriale n. 521 del 1997 affida all'autorità ministeriale, legittimando, a quella stregua, una eccezione al pur chiaro disposto dell'art. 70, c. 6 del d.lgs.165/2001.

Il momento di valutazione e comunque l'esame della situazione complessiva sulla quale adottare decisioni di alta amministrazione è, in questo caso, operato dal legislatore: la competenza del Ministro finirebbe per determinare un'attività sostanzialmente riproduttiva di decisioni già prese a livello legislativo sull'assetto pianificatorio degli interessi pubblici correlati ad una determinata zona aeroportuale. Mancando l'originalità del giudizio in ordine alla funzione *lato sensu* programmatica e di determinazione degli obiettivi, propria, invece, delle determinazioni connesse al passaggio delle gestioni da parziali a totali in base al procedimento tipico previsto dal più volte citato regolamento di attuazione dell'articolo 10, comma 13 della legge 537/1993, non si rinvergono ragioni per trasporre la competenza al titolare del dicastero.

Si ritiene, in definitiva, che sul punto siano da condividere le prospettazioni dell'ENAC, al quale spettano i compiti di amministrazione per tutte le gestioni totali *ex lege*. Tanto si osserva senza entrare nel merito della diversa ipotesi, pure prospettata dalla referente Amministrazione e sicuramente di più intensa attualità, che si tratti non già di originario affidamento, ma di prolungamento della durata. Si rinvia, come già premesso, alle considerazioni che verranno svolte nella risposta al secondo quesito.

Le conclusioni raggiunte sono caratterizzate da un'evidente transitorietà: per gli aeroporti a rilevanza nazionale non sarà più consentito l'affidamento *ex lege*, come emerge con chiarezza dal tenore dell'articolo 704 cod. nav. Ove si verifichi, per qualsiasi causa, un anticipato rilascio della concessione relativa a gestione totale, si dovrà procedere a gara ad evidenza pubblica secondo la normativa comunitaria e la competenza finale sarà del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti in concerto con gli altri su nominati. L'evenienza conferma, per altro verso, quanto sopra considerato dalla Sezione, trattandosi per espressa previsione normativa di affidamento di gestione totale non *ex lege*.

Resta da esaminare, nell'ambito del primo quesito, il problema se, rispetto alle convenzioni non precedute da un atto amministrativo di concessione della gestione, sia necessaria o meno la loro approvazione da parte del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

Tutti gli argomenti appena esposti sono di segno contrario ad una positiva soluzione. È altresì evidente come le convenzioni sottoscritte per la concessione di gestione aeroportuale debbano conformarsi a uno schema predisposto dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti ex articolo 17, comma 1 del decreto ministeriale n. 521 del 1997. La competenza deve ritenersi consumata nell'ambito della attività di conformazione generale degli schemi, mentre i contenuti specifici partecipano in modo del tutto naturale alla gestione concreta degli interessi pubblici affidata alla responsabilità dei dirigenti pubblici (o, come nel caso dell'ENAC, dei soggetti ai quali siano conferite le specifiche funzioni proprie della dirigenza pubblica).

La risposta al secondo quesito era condizionata, nella pronuncia interlocutoria resa nell'adunanza del 20 aprile 2005, dalla carenza di vertenze giudiziarie che involgessero, per il caso concreto, la soluzione di identico problema. Si era prospettato dalla pubblica Amministrazione la pendenza di lite radicata dalla S. s.p.a. avanti il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio con ricorso notificato il 26 ottobre 2004.

Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, con nota 14228 del 29 luglio 2005, in adempimento del parere interlocutorio del 20 aprile 2005 su indicato, rimetteva copia del ricorso S. avverso la nota ministeriale n. 2949 del 20 settembre 2004, pure allegata. Ciò avrebbe determinato, per essere il quesito preordinato alla soluzione di questione di diritto relativa alle medesime parti e rimessa, attraverso la lite, alle decisioni dell'Autorità giurisdizionale, il non luogo a parere. La Sezione ha, tuttavia, esperito una istruttoria interna ed ha così acquisito copia del decreto n. 3545/05 pubblicato mediante deposito il 10 maggio 2005 con il quale il Presidente della Sezione Terza *ter* del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ha dato atto della intervenuta cessazione della materia del contendere sul ricorso n. 10612/2004 proposto da S. con atto introduttivo del giudizio notificato il 26 ottobre 2004. La circostanza, la rappresentazione della quale era un preciso onere dell'Amministrazione, è stata comunque acquisita. Se ne deduce che, estintosi il giudizio sopra indicato, nessun ostacolo si frappone alla emissione di parere anche sul secondo quesito.

Il caposaldo normativo dal quale far derivare il discorso ermeneutico è costituito dall'articolo 27, comma 2 del regolamento n. 521 del 1997, che così recita: "*In caso di estensione della durata dell'affidamento in gestione, si fa riferimento allo schema convenzionale di cui al precedente comma anche per gli attuali gestori totali in base a legge speciale, in quanto compatibile con i regimi giuridici vigenti, salvaguardando i singoli diritti patrimoniali*".

Su tale precetto sono state prospettate dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e dall'ENAC letture diverse. Secondo l'Amministrazione statale "il rango e il contenuto letterale della disposizione non consentono di intervenire sulla durata di un rapporto concessorio/autorizzatorio già stabilita con legge" con l'effetto di richiedere, in ogni caso, una fonte legislativa per prorogare, rinnovare o estendere la durata dell'affidamento della gestione totale *ex lege*. L'Ente nazionale per l'aviazione civile ha, invece ritenuto, la propria legittimazione a prorogare o rinnovare quelle concessioni ed in questo senso si è determinato in concreto per diverse gestioni aeroportuali.

La Sezione condivide, almeno in parte, l'opinione rassegnata dal referente Ministero.

La disposizione regolamentare non legittima invero alcun automatismo nell'estensione della durata dell'affidamento in gestione, limitandosi a prescrivere, anche per gli attuali gestori totali in base a legge speciale, che si faccia riferimento allo schema convenzionale di cui al precedente comma 1, qualora sia estesa la durata dell'affidamento in gestione.

La piana lettura della disposizione rende evidente come non sia prevista, in realtà, nessuna estensione della durata delle concessioni *ex lege*, perché il senso fatto proprio dalle parole è solo di ipotizzare, attraverso un sintagma con valore condizionale, che una determinata metodica (cioè il riferimento a un determinato schema convenzionale) operi quando l'evento della estensione, per altro titolo, si sia realizzato.

All'esegesi letterale corrisponde una valutazione sulla gerarchia delle fonti. Non sarebbe coerente con quel principio che una fonte secondaria intervenga, senza le necessarie autorizzazioni comunque riconducibili alla fonte primaria, su fatti e situazioni regolati da quest'ultima.

Un terzo elemento, deducibile dall'interpretazione sistematica, è che non sarebbero precisati tutti gli elementi (determinazione concreta dell'estensione del periodo, eventuali requisiti e procedure) idonei a dare alla proposizione un preciso contenuto precettivo.

Da tali considerazioni discende come l'operatività della disposizione in esame sia condizionata all'adozione di atti legislativi o adottati in base alla legge che legittimino il prolungamento del periodo di gestione.

Per il già richiamato principio di gerarchia delle fonti, infatti, la possibilità di una estensione di una gestione conferita *ex lege* deve trovare in un titolo di identico rango la propria legittimazione.

Verificatosi tale evento, giusta l'adozione di norma primaria autorizzativa di un prosieguo di gestione totale *ex lege*, opererà, sotto il profilo delle metodiche regolatrici dei rap-

porti, lo schema convenzionale previsto dal comma 1 dell'articolo 17 del decreto ministeriale 12 novembre 1997, n. 521, secondo le compatibilità previste nel secondo comma del medesimo articolo.

Oltre alle disposizioni contenute in diverse leggi speciali (quali, ad esempio, l'articolo 2, c. 3 della legge 22 agosto 1985, n. 449 per gli aeroporti milanesi, l'articolo 1 della legge 12 febbraio 1992, n. 187), esiste invero una norma primaria e di generale valenza che autorizza il prolungamento delle gestioni totali in base alla legge: essa è costituita dal combinato disposto del secondo periodo del comma 5-ter e del secondo periodo del comma 1-quater dell'articolo 1 del decreto legge 28 giugno 1995, n. 251, sopra citato. In virtù delle norme appena richiamate è consentito il prolungamento “*fino ad un limite massimo di quaranta anni*” delle concessioni relative alla gestione totale degli aeroporti, in base a leggi speciali.

Si tratta, è bene sottolineare, di estensione di durate di concessioni di gestioni totali *ex lege* inferiori al quarantennio e nei limiti di tale periodo, computando o la durata originaria, in mancanza di ulteriori prolungamenti, o la nuova durata per proroga legislativa.

Titolare del potere di concessione nei limiti del quarantennio, è sicuramente l'ENAC. Ciò si evince dalle seguenti considerazioni:

la specialità della procedura dell'art. 7 del regolamento di attuazione, preordinata esclusivamente al rilascio di concessioni per il passaggio da gestioni parziali a totali, secondo quanto sopra rilevato;

la diversità e residualità della fattispecie di mera estensione, contenuta nel combinato disposto su indicato, che implica la definizione degli aspetti programmatici a livello di legge;

la previsione contenuta nelle leggi speciali, quando queste prevedono un prolungamento. In entrambe le ipotesi, sia cioè con riferimento alla norma generale e residuale sia con riguardo alle fattispecie specifiche, all'Amministrazione pubblica, considerata ovviamente nel suo complesso, è connessa solo l'esecuzione di quelle scelte. Ne consegue che vengono meno quegli aspetti di finalità pianificatoria che giustificano, come osservato, l'esclusione del provvedimento previsto dal comma 1 dell'art. 7 del regolamento di attuazione n. 521/1997 dal novero di quelli sanzionati dal comma 6 dell'articolo 70 del d.lgs. 165/2001.

La legittimazione dell'ENAC va, alla stregua di quanto osservato, limitata ai provvedimenti di estensione della durata dell'affidamento di gestioni totali nel limite del quarantennio comprensivo della durata originaria o, se sia intervenuta proroga per legge speciale, del periodo di proroga. A titolo di esempio: se la durata della concessione stabilita nella legge speciale viene prorogata di venti anni, l'estensione può arrivare fino a ulteriori venti anni così da completare il periodo del quarantennio rispetto al nuovo titolo costituito dalla proroga.

Tutto questo è consentito a condizione che il provvedimento venga preso in un arco temporale vicino alla scadenza, essendo questa la causa unica perché si proceda ad un esame della situazione e ad una determinazione concreta sulla sussistenza delle condizioni che legittimino una continuazione del rapporto. Solo la legge può, in caso diverso, operare una valutazione che travalichi gli ordinari periodi temporali, come è avvenuto nel caso di alcune leggi speciali che hanno protratto oltre gli anni 2020 e 2040 la durata delle gestioni totali.

Fuori da questi specifici limiti, la Sezione è del parere che nessuna competenza possa riconoscersi all'ENAC per estensioni di precedenti concessioni superiori al limite legislativamente predeterminato dal combinato disposto dei commi 1-ter, secondo periodo, e 5-quater, secondo periodo dell'articolo 1 del decreto legge 251/1995 e per tutti i casi nei quali non sia allo stato operativa una congrua proroga. Non si vede, a questa stregua, la necessità che una concessione prorogata *ex lege* al 2020 debba essere, a circa vent'anni dalla sua scadenza, prorogata fino al 2040 e oltre.

Le deliberazioni ENAC eventualmente adottate per periodi più lunghi o come rinnovi privi di presupposto normativo o di attualità dell'interesse fatto valere dai concessionari si palesano, per le ragioni appena esposte, illegittime.

Dall'esame dell'allegato 1 alla richiesta di parere emerge con particolare evidenza un ulteriore profilo di illegittimità delle deliberazioni sopra denunciate: esse sono state prese in carenza del presupposto temporale e logico che ne poteva rendere possibile l'adozione, cioè la scadenza della originaria concessione o della proroga.

A fronte di quei deliberati, l'Amministrazione può, in linea del tutto astratta, esercitare poteri di autotutela decisoria diversi da quelli prefigurati nell'art. 11 del d.lgs. 25 luglio

1997, n. 250, trattandosi di fattispecie non considerate nel contesto di quella disposizione. Il potere di annullamento riconosciuto all'autorità governativa riguarderebbe (articolo 3, secondo periodo del citato articolo 11) *“le delibere in contrasto con gli indirizzi di politica generale del Governo o con le disposizioni contenute nel contratto di programma”*, cioè tipiche fattispecie di demolizione giuridica per motivi di merito.

A prescindere dalla qualificazione dell'annullamento, è comunque certo che le delibere in questione sono, in buona parte, ormai definitive e non incidibili dalla vigilanza governativa per ragioni connesse alla decadenza del relativo potere come articolato nel comma 3 del citato articolo 11 del decreto legislativo n. 250 del 1997.

Qualora l'Amministrazione intendesse provocare la demolizione delle deliberazioni in esame la via necessitata sarebbe costituita, se percorribile, dall'art. 21-*nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241 (annullamento d'ufficio in ragione del potere di vigilanza che comunque spetta sulle attività dell'ente) ovvero dall'istituto previsto dall'art. 2, co. 3, lettera *p*) della legge 23 agosto 1988, n. 400, cioè dall'annullamento straordinario, a tutela dell'unità dell'ordinamento, degli atti amministrativi illegittimi, ove si ritenga che la compresenza, in sede di decretazione di rilascio di altri organi, in particolar modo del Ministro dell'economia e delle finanze, istituzionalmente interessato a vicende connesse con il demanio e con l'acquisizione di proventi per concessioni pubbliche, debba condurre ad un esame collegiale ed al più elevato livello delle ritenute illegittimità.

Queste possibilità sono state sopra definite teoriche. La ragione sta nella operatività del disposto del comma 2 dell'art. 3 del decreto legislativo 9 maggio 2005, n. 96, che è stato già riportato nel corpo del presente parere.

L'Amministrazione deve, infatti, tenere conto della volontà manifestata dal legislatore di fare salve le concessioni già rilasciate e di consentire la definizione delle domande presentate entro il 22 giugno 2005 per l'affidamento della gestione totale prima che operi la nuova metodica di concessione contemplata, per gli aeroporti a rilevanza nazionale, dall'art. 704 del cod. nav.

Tale volontà dovrebbe, in linea di principio, riguardare esclusivamente le concessioni legittimamente assentite e non quelle sulle quali incombono dubbi di conformità.

Si è già accennato, tuttavia, alla finalità di sostanziale salvaguardia delle posizioni assentite che sembra emergere dal testo del comma 2 dell'articolo 3 del d.lgs. 96/2005.

Occorrono in proposito i seguenti elementi esegetici:

la salvezza delle concessioni della gestione aeroportuale già rilasciate, anche in base a legge speciale. La formula usata dalla legge si rivela per certi versi onnicomprensiva e, per altri, indifferente alle modalità ed alla legittimità del rilascio;

la circostanza che, quand'anche si annullassero le proroghe illegittimamente rilasciate dall'ENAC, le domande presentate per una eventuale proroga da parte dei concessionari dovrebbero comunque essere fatte salve in coerenza con la sorte riservata alle domande intese ad ottenere la gestione totale antecedenti alla data di entrata in vigore del decreto legislativo;

l'irragionevolezza del sistema che assegna alle gestioni in trasformazione un termine di durata più lungo di quello del quale potrebbero godere società già sperimentate per lungo tempo nella gestione dei servizi aeroportuali.

Si tratta, è bene precisare, di argomenti non decisivi, che possono essere superati dalla determinazione dell'Amministrazione riferente ad un ripristino della legalità, anche tenendo conto della ragionevolezza del tempo intercorrente su statuizioni destinate ad operare in un futuro non vicino (art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990).

Il terzo quesito propone divergenze interpretative sulla natura dei termini fissati dagli artt. 6 e 7 del regolamento, gli effetti dell'abrogazione della direttiva ministeriale 141/T del 30 novembre 2000 nonché le ripercussioni delle diverse interpretazioni dell'art. 8 del regolamento.

Le tematiche così prospettate si riferiscono essenzialmente all'eventualità del mancato adeguamento da parte dei soggetti titolari delle gestioni parziali aeroportuali a quanto stabilito dalle disposizioni precedenti l'art. 6 del regolamento (natura e soci della società di gestioni, capitale sociale minimo, atto costitutivo e rapporti societari tra enti pubblici e privati) e alle procedure per le gestioni non richieste per non avere gli aspiranti presentato nei termini quanto richiesto dall'Amministrazione.

La questione deve ritenersi completamente superata dal più volte citato art. 3, co. 2 del d.lgs. 96/2005, che fa salve le richieste di gestione totale presentate entro il 22 giugno 2005, impone al Ministero di provvedere e prevede, nel caso di inottemperanza, la nomina di un Commissario *ad acta*.

Si sintetizzano le conclusioni raggiunte dalla Sezione sulle questioni prospettate in questa sede:

– la competenza ministeriale va limitata alla fattispecie dell'art. 7 del regolamento 521/97, mentre per tutti gli altri casi deve farsi riferimento all'art. 70, co. 6 del d.lgs. 165/2001;

– le gestioni totali *ex lege* possono essere prorogate o con norma legislativa speciale o con provvedimento dell'ENAC nel limite massimo di un quarantennio purché l'atto sia adottato nella immediata prossimità della scadenza;

– sono pertanto illegittime le estensioni di durata adottate fuori dai presupposti appena enunciati,

– sull'annullabilità d'ufficio delle medesime il parere si rimette alle determinazioni discrezionali dell'Amministrazione interessata;

– l'art. 3, co. 2 del d.lgs. 96/3005 ha sostanzialmente disposto una salvaguardia di tutte le domande per la gestione totale presentate entro il 22 giugno 2005.

P.Q.M. nelle considerazioni che precedono è il parere della Sezione».

DOTTRINA

Occupazione acquisitiva, occupazione usurpativa, acquisizione coattiva sanante ex art. 43 Testo Unico. L'evoluzione giurisprudenziale sull'espropriazione.

di Maurizio Borgo ()*

Ai fini di una più agevole comprensione delle complesse questioni, oggetto del presente lavoro, appare opportuno offrire un quadro esaustivo ed il più possibile aggiornato della giurisprudenza, sia nazionale che europea, formata in ordine alle figure della c.d. «*occupazione acquisitiva*» e della c.d. «*occupazione usurpativa*» nonché delle emersioni normative, conosciute dai predetti istituti fino alla sistemazione organica contenuta nel Testo Unico dell'espropriazione per pubblica utilità (d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327).

1. - *Occupazione acquisitiva.*

1.1. - *Profili generali.*

La tematica della c.d. occupazione appropriativa (acquisitiva, espropriativa o espropriazione sostanziale; quest'ultima espressione è stata utilizzata per porre in luce come sia l'espropriazione formale che quella, appunto, sostanziale conducano al medesimo effetto giuridico ovvero quello di trasferire la proprietà del bene in capo all'Amministrazione) è inscindibilmente legata all'indirizzo pretorio inaugurato dalla Cassazione, con la sentenza, resa a Sezioni Unite, n. 1464/1983.

L'istituto trae origine da un'anomalia nel rapporto tra il compimento di un'opera pubblica ed il procedimento espropriativo, così come regolamentato dalla «*Disciplina delle espropriazioni forzate per causa di utilità pubblica*» contenuta nella legge n. 2359 del 1865 che, in una prospettiva di equilibrio tra

(*) Avvocato dello Stato presso l'Avvocatura distrettuale di Reggio Calabria.

esigenze di garanzia e celerità, si fondava sul principio secondo cui l'Amministrazione doveva prima concludere il procedimento espropriativo e, solo successivamente, poteva realizzare l'opera pubblica.

In conseguenza della legislazione, intervenuta a partire dagli anni Settanta, al fine di consentire il sollecito inizio dell'opera pubblica tramite l'anticipata immissione nel possesso, l'istituto dell'occupazione d'urgenza — originariamente previsto quale ipotesi marginale — diveniva ordinario strumento nell'ambito del procedimento espropriativo.

In quest'ottica, uno degli interventi legislativi che più ha contribuito ad allontanare la disciplina dell'espropriazione dal modello originario, determinando una congiunzione tra momento programmatico ed espropriativo, è stato quello della legge sulle opere pubbliche n. 1 del 3 gennaio 1978 che ha introdotto l'istituto della dichiarazione implicita di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza.

Recitava l'art. 1 di tale legge (abrogato dall'art. 58 del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 — Testo Unico in materia di espropriazione per pubblica utilità): *«l'approvazione dei progetti di opere pubbliche da parte dei competenti organi statali, regionali e degli altri enti territoriali equivale a dichiarazione di pubblica utilità ed indifferibilità ed urgenza delle stesse»*.

In tale quadro, l'esigenza di un sollecito inizio dei lavori, a seguito di un anticipato spossessamento dell'area, portava spesso al risultato per cui l'opera veniva realizzata senza che si fosse preventivamente giunti alla conclusione del procedimento espropriativo con l'adozione del decreto d'esproprio.

Da ciò nasceva l'esigenza pratica di regolamentare le fattispecie venutesi a creare, soprattutto in relazione a controversie, instaurate dai privati, dirette ad ottenere la restituzione dell'area che, proprio in assenza di un valido provvedimento espropriativo, doveva ancora ritenersi di loro proprietà.

Altre ipotesi c.d. patologiche (che sarebbero state, poi, ricondotte alla figura pretoria della c.d. occupazione acquisitiva) erano quelle derivanti dall'annullamento del decreto d'esproprio da parte del Giudice Ordinario.

In questo contesto, l'unica tutela concessa dall'Ordinamento al privato restava quella risarcitoria nei confronti di un atto illecito, anche a fronte della difficoltà di applicare l'istituto civilistico dell'accessione che avrebbe comportato la restituzione dei beni, illegittimamente occupati, al proprietario dell'area di sedime.

Facendo leva sul principio della prevalenza della *lex specialis* (diritto pubblico) sulle ordinarie regole del diritto comune, proprio a tale conclusione giungeva la Corte di Cassazione con la pronuncia di cui sopra.

Elaborando un istituto volto a contemperare i problemi legati alla perdita della proprietà con il riconoscimento di un adeguato ristoro per il proprietario, le Sezioni Unite della Cassazione stabilivano che, qualora la P.A. (o un suo concessionario) occupasse un fondo di proprietà privata per la realizzazione di un'opera pubblica e tale occupazione risultasse illegittima per totale assenza del provvedimento di occupazione, oppure per decorso dei termini di un'occupazione legittima, l'attività di trasformazione radicale dell'im-

mobile preesistente avrebbe determinato l'estinzione del diritto di proprietà in capo al proprietario originario e, contemporaneamente, l'acquisizione a titolo originario della proprietà del bene in capo all'ente espropriante.

In definitiva, il trasferimento si verificava in assenza di un decreto d'esproprio, prima del termine delle opere stesse.

Si era così finito con l'introdurre nell'Ordinamento Giuridico un nuovo modo di acquisto atipico del diritto di proprietà, fondato su un illecito avente carattere, da un lato, costitutivo della pubblica proprietà e rappresentante il *dies a quo* della prescrizione quinquennale per il risarcimento dei danni e, dall'altro, istantaneo atteso che il vincolo di scopo (derivante da una valida dichiarazione di p.u. dell'opera) e la successiva costruzione dell'opera stessa (pur non assistita da un titolo ablatorio), rendevano giuridicamente irreversibile (al di là dell'irreversibilità insita nella materiale manipolazione) la trasformazione del fondo e, nel contempo, escludevano che vi fosse un'antigiuridicità da far cessare.

1.2. - *Profili risarcitori.*

Per quel che attiene al *quantum* risarcitorio, il c.d. decreto legge «Amato» n. 333/1992, introducendo un nuovo criterio di calcolo per la determinazione dell'indennità di esproprio delle aree edificabili, aveva finito con l'introdurre una divaricazione netta tra la fattispecie dell'espropriazione legittima, assoggettata al limitato indennizzo di cui all'art. 5-*bis*, e quella dell'espropriazione sostanziale per la quale era previsto il risarcimento del danno commisurato al valore venale dell'area.

Sul punto, la successiva legge n. 549/1995 aveva, invece, parificato le due fattispecie prevedendo l'applicazione del suddetto art. 5-*bis* anche per i casi di appropriazione acquisitiva.

Tale statuizione normativa veniva però dichiarata incostituzionale dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 369/1996.

Poco dopo, il collegato alla legge finanziaria n. 662/1996 ritornava sul punto con una nuova norma (art. 5-*bis*, comma 7-*bis*), questa volta dall'efficacia temporale limitata, che recitava: «*in caso di occupazioni illegittime di suoli per causa di pubblica utilità, intervenute anteriormente al 30 settembre 1996, si applicano, per la liquidazione del danno, i criteri di determinazione dell'indennità di cui al comma 1, con esclusione della riduzione del 40%.*

In tal caso l'importo del risarcimento è altresì aumentato del 10%.

Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche ai procedimenti in corso non definiti con sentenza passata in giudicato».

Quest'ultimo intervento del legislatore, introduttivo dell'anzidetto regime temporalmente differenziato, sottoposto all'esame della Corte Costituzionale, veniva ritenuto dalla stessa conforme alla Costituzione con sentenza n. 148/1999.

1.3. - *La legge n. 458/1988 sulla edilizia residenziale pubblica.*

A parte le anzidette «emersioni normative» dell'istituto dell'occupazione acquisitiva avvenute per disciplinare i profili economico-risarcitori, occorre anche ricordare che, già nel 1988, con la legge n. 458 il legislatore, sia pure

nello specifico ambito dell'edilizia residenziale pubblica, aveva finito col codificare l'istituto dimostrando così di considerarlo diritto vivente nel nostro Ordinamento.

Lo scopo precipuo del legislatore in tale sede era stato quello di estendere l'applicazione dell'istituto, originato con riferimento alla realizzazione di opere pubbliche da parte della P.A., alla diversa fattispecie delle attività costruttive di cooperative edilizie e di altri soggetti privati.

Successivamente, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 486/1991, ampliava la portata di tale normativa, dichiarandola illegittima nella parte in cui non aveva previsto l'obbligo per l'Amministrazione di corrispondere il risarcimento del danno anche nel caso in cui non fosse stato emesso alcun provvedimento di esproprio.

1.4. - *Distinzione dalle ipotesi di c.d. «occupazione usurpativa».*

Particolare ipotesi di occupazione *sine titulo* è l'occupazione usurpativa.

L'istituto, frutto di più recenti sviluppi giurisprudenziali (a partire dalla pronuncia della Corte di Cassazione, resa a Sezioni Unite, n. 1907/1997), si caratterizza per l'assenza *ab origine* o per il successivo venir meno del punto di partenza di un ordinario procedimento espropriativo rappresentato dalla dichiarazione di pubblica utilità dell'opera e, dunque, dalla valutazione positiva, in termini di interesse pubblico, rispetto alla costruzione dell'opera per la cui realizzazione si rende necessario il sacrificio del privato.

La carenza di potere espropriativo determina la non qualificabilità in termini di opera di pubblica utilità di quanto realizzato sul fondo del privato e, pertanto, esclude la perdita del diritto dominicale da parte del proprietario.

Tale vicenda è dunque qualificabile come fatto generatore di un illecito di carattere permanente, che permane fintantoché non venga rimosso, e che si sostanzia, oltretutto nella lesione di un diritto, nella trasgressione del dovere giuridico di porre fine alla creata situazione di anti-giuridicità.

Ciò consente di riconoscere al privato due possibili rimedi riparatori: la domanda di restituzione del bene oppure la domanda risarcitoria.

1.5. - *Gli interventi della Corte Costituzionale e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.*

Nella ricostruzione dell'istituto dell'occupazione acquisitiva non possono essere, tuttavia, tralasciati gli interventi diretti a valutare la sua conformità ai fondamentali parametri dell'Ordinamento interno ed internazionale.

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 188/1995, ha confermato la legittimità dell'istituto, superando i dubbi di costituzionalità sollevati in relazione al principio che non consente la produzione di effetti positivi a mezzo di atto illecito a favore dell'autore dell'illecito stesso; ciò attraverso una ricostruzione dell'istituto che separava al suo interno due diversi momenti: 1) la fase dello spossessamento con radicale ed irreversibile trasformazione del bene (fatto illecito rispetto alla fase della realizzazione dell'opera pubblica); 2) la fase della conseguenziale non restituibilità dell'area di sedime sulla quale l'opera insiste (fatto causalmente generatore dell'acquisto dell'opera pubblica).

Nonostante i sopra illustrati riconoscimenti legislativi, e la copiosa elaborazione della dottrina e della giurisprudenza, anche costituzionale, la c.d. occupazione acquisitiva ha continuato però a presentare non pochi profili di incertezza (si pensi alla tematica del rapporto tra risarcimento ed indennizzo, ai problemi inerenti alla prescrizione, all'individuazione del momento in cui poteva ritenersi realizzata l'irreversibile trasformazione del suolo, ecc.).

Anche per tali ragioni, l'istituto non si è sottratto alla valutazione negativa della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (sentenze del 30 maggio del 2000, casi Belvedere-Alberghiera e Carbonara-Ventura) circa la conformità dello stesso alla Convenzione europea ed, in particolare, al Protocollo Addizionale n. 1.

Ancorché i casi decisi si riferissero a due diverse fattispecie in cui l'apprrensione materiale del terreno, legittima *ab initio*, era successivamente divenuta illegittima, nell'un caso per scadenza dei termini, nell'altro per annullamento giurisdizionale della dichiarazione di pubblica utilità, la conclusione cui è pervenuta la Corte Europea è stata identica: *l'istituto è contrario all'art. 1 del Protocollo citato perché in contrasto col principio di legalità.*

L'effetto espropriativo ed, in particolare, l'acquisto di un diritto, infatti, non è compatibile con una condotta illegale o illecita (la distinzione pare non rilevare per la Corte) della P.A.; ciò in quanto esso non è espressione di norme interne sufficientemente accessibili, precise e prevedibili.

La Corte ha dunque ritenuto che non costituisce impedimento alla restituzione dell'area illegittimamente espropriata il fatto della realizzazione dell'opera pubblica; ciò indipendentemente dal tipo di acquisizione (appropriativa o usurpativa), dovendo, di conseguenza, ritenersi che, in tale ottica, la stessa distinzione tra occupazione appropriativa ed usurpativa non assuma più rilevanza.

Nonostante le suddette pronunce a livello europeo, la Cassazione, nell'estremo tentativo di mantenere le precedenti sentenze della Corte Europea in un quadro interpretativo ancora compatibile con l'istituto dell'occupazione acquisitiva, è successivamente tornata sull'argomento rilevando «*che l'istituto dell'occupazione acquisitiva si colloca ormai in un contesto di regole sufficientemente chiare ed accessibili, precise e prevedibili, che lo rendono compatibile con la normativa convenzionale (C.E.D.U.), nell'interpretazione datane dalla Corte Dei Diritti dell'Uomo.*

Infatti le oscillazioni della Giurisprudenza possono considerarsi pressoché superate, sicché il quadro si presenta sufficientemente chiaro ed il tasso di prevedibilità delle decisioni in materia è molto elevato.

Il consolidamento della Giurisprudenza in tema di occupazione usurpativa consente al privato di ottenere piena tutela fino alla restituito in integrum o, qualora non ritenga di avere a ciò interesse, fino al risarcimento integrale del danno» (Cass., Sez. Un., n. 5902/2003; nello stesso senso vedi pure Cass., Sez. I, nn. 21750 e 11096 del 2004).

Malgrado tale sforzo della Suprema Corte, con la sentenza c.d. «Scordino 3» del 17 maggio 2005, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha radicalmente contraddetto l'orientamento della Cassazione, dando il definitivo colpo di grazia all'istituto dell'accessione invertita.

La Corte Europea ha, infatti, incontrovertibilmente rilevato che:

- l'istituto permette all'Amministrazione di ignorare le norme stabilite in materia di espropriazione, con il rischio di risultati imprevedibili o arbitrari per gli interessati, e ciò sia che si tratti di un'illegalità originaria sia sopravvenuta;

- esso permette alla P.A. di occupare un terreno e di trasformarlo irreversibilmente in modo tale che esso sia acquisito al patrimonio pubblico, senza che debba essere emanato un parallelo atto formale che pronunci il trasferimento della proprietà;

- in assenza di un atto che formalizzi l'espropriazione, l'elemento che permette il trasferimento del terreno occupato al patrimonio pubblico e la certezza dei rapporti giuridici è l'accertamento dell'illegalità da parte del Giudice, che vale come dichiarazione del trasferimento della proprietà;

- è onere dell'interessato, che formalmente continua ad essere proprietario, chiedere al Giudice competente di emanare una decisione che accerti l'illegalità, condizione necessaria perché l'interessato sia dichiarato retroattivamente privato del suo diritto di proprietà;

- permette alla P.A. di occupare un terreno e di trasformarlo senza che la stessa sia al contempo obbligata a pagare il risarcimento; questo deve, infatti, essere chiesto dall'interessato e, per di più, entro un termine di prescrizione di cinque anni, decorrenti dalla data in cui il Giudice ritiene essersi verificata l'irreversibile trasformazione del terreno, con conseguenze gravemente pregiudizievoli per l'interessato;

- permette alla P.A. di trarre vantaggio dal suo comportamento illegale;
- il prezzo che la P.A. è tenuta a pagare è solo del 10% più elevato di quello che sarebbe dovuto nel caso di espropriazione legittima.

Secondo la Corte, alla luce di questi elementi, l'accessione invertita non è idonea ad assicurare un sufficiente grado di certezza del diritto e non presenta carattere tale da favorire la buona amministrazione e gestione delle procedure espropriative e da impedire episodi di illegalità.

1.6. - *L'occupazione sine titolo nel nuovo Testo Unico sugli Espropri (d.P.R. n. 327/2001 e successive modifiche ed integrazioni).*

1.6.1. - *Premessa.*

Anche alla luce delle suddette pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, è evidente che il nuovo Testo Unico sugli Espropri incarna la volontà di un riordino della materia e, per quanto attiene ai rapporti tra il procedimento ed il suo atto terminale, di un parziale ritorno alle origini, ovvero alla regola per cui prima si espropria e poi si realizza l'opera pubblica: volontà chiaramente espressa dal parere, sullo schema di decreto legislativo, reso dall'Adunanza Generale del Consiglio di Stato (n. 4 del 29 marzo 2001).

In questo quadro normativo originario, si colloca l'art. 43, in relazione alla cui portata occorre distinguere tra il quadro delineato originariamente dal d.P.R. n. 327 del 2001 e quello frutto delle modifiche successivamente introdotte dal D. Lgs. n. 302/2002.

Originariamente l'istituto delineato dall'art. 43 sembrava pensato per regolare, da un lato, le fattispecie patologiche frutto del sistema previgente e non ancora definite, fino ad esaurimento e, dall'altro, a regime, le fattispecie di occupazione *sine titulo* verificatesi in caso di mera attività materiale o, a posteriori, in caso di annullamento del provvedimento di esproprio o della dichiarazione di pubblica utilità.

Il nuovo sistema normativo, senza la previsione dell'occupazione d'urgenza, infatti, faceva venire meno la configurabilità in futuro di fattispecie quali quelle ricondotte, in passato, all'istituto pretorio dell'occupazione acquisitiva.

Nel quadro, delineatosi successivamente alle modifiche apportate dal D. Lgs. n. 302/2002, cioè a seguito della reintroduzione dell'occupazione d'urgenza, ora disciplinata dall'art. 22-*bis*, (innovazione introdotta a seguito delle pressanti indicazioni degli enti esproprianti statali o locali), quale forma d'immissione nel possesso anticipata rispetto all'adozione del provvedimento espropriativo, utilizzabile «qualora l'avvio dei lavori rivesta carattere di particolare urgenza tale da non consentire, in relazione alla particolare natura delle opere, l'applicazione dei commi 1 e 2 dell'art. 20», l'istituto dell'utilizzazione *sine titulo* appare certamente rafforzato.

Unica reale garanzia si trova nella previsione secondo cui il decreto che dispone l'occupazione perde efficacia qualora non venga emanato il decreto d'esproprio nel termine di cui all'art. 13 del testo unico.

1.6.2. - *Disciplina dell'utilizzazione senza titolo ex art. 43 testo unico.*

La norma muove dall'assunto secondo cui il semplice comportamento materiale non può costituire titolo per la traslazione e, quindi, è indispensabile l'intervento di un apposito atto al riguardo; essa si occupa appunto della disciplina di tale atto individuandone due diversi modelli ed, innanzitutto, si occupa di identificare ai commi 1 e 2 la fattispecie generale «*utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico*».

Tre sono gli elementi caratterizzanti di tale fattispecie generale.

– *Utilizzazione di un immobile per scopi di interesse pubblico.*

Tale elemento, a dire il vero abbastanza indeterminato, contribuisce non poco a rendere sfuggente l'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 43 in esame, per l'evidente ragione per cui, fatta salva l'ipotesi in cui l'amministratore agisca per fini esclusivamente egoistici, non può escludersi la riferibilità di atti e comportamenti alla P.A., come tali destinati a perseguire il pubblico interesse.

Per quanto, invece, attiene l'ambito soggettivo, il comma 5 induce a ritenere che soggetto attivo di tale utilizzo possa essere sia una Pubblica Amministrazione, sia un privato nell'ambito dell'utilizzo per finalità di edilizia residenziale, pubblica, agevolata e convenzionata, facendo così propria l'estensione della disciplina dell'occupazione appropriativa già prevista dall'art. 3 della legge n. 458/1988.

– *Modificazione dell'immobile.*

L'espressione è parzialmente diversa da quella fatta propria dalla Giurisprudenza nella precedente elaborazione dell'istituto dell'occupazione appropriativa, in cui si parlava di trasformazione irreversibile per indicare il

momento in cui l'opera veniva a delinarsi nei suoi connotati definitivi e nelle sue previste caratteristiche, evidenziando la non ripristinabilità dello *status quo ante*, se non attraverso nuovi interventi altrettanto eversivi della fisionomia attualmente assunta dal bene, ed a prescindere dal fatto che tale momento coincidesse o meno con il momento in cui l'opera, per discrezionale valutazione dell'Amministrazione, venisse effettivamente aperta al pubblico (vedi Cass. n. 9507/2002).

La formulazione utilizzata dall'art. 43 sembra ricomprendere i casi in cui la realizzazione dell'opera determini un semplice asservimento di fatto del fondo, con limitazione della facoltà di godimento da parte del proprietario.

– *Assenza di titolo.*

Oggetto di tale assenza è alternativamente il provvedimento di espropriazione o quello dichiarativo di pubblica utilità, accomunando nel regime ogni forma di occupazione senza titolo.

Le ipotesi previste dalla norma sono poi identificate nella assenza, invalidità, inefficacia di tali provvedimenti.

Tutto ciò chiarito, elemento caratteristico della fattispecie acquisitiva in esame è, innanzitutto, quello di essere di iniziativa della Pubblica Amministrazione, inserendosi nell'ambito di un procedimento amministrativo che era *ab origine* oppure è diventato illegittimo.

Altro elemento caratteristico di questa prima fattispecie acquisitiva, tipico però anche della seconda disciplinata dai commi 3 e 4, è l'essere alternativo alla retrocessione del bene.

Per quel che attiene agli elementi dell'atto acquisitivo, essenziale appare innanzitutto la motivazione.

Da ciò emerge l'evidente carattere discrezionale dell'atto acquisitivo, del resto confermato dal comma 1 il quale prevede l'adozione dell'atto in questione «*valutati gli interessi in conflitto*».

Ulteriore elemento dell'atto è la determinazione della misura del risarcimento del danno, prevista dalla lettera *c*) del comma 2.

Sul punto, il successivo comma 6 prevede che «*salvo i casi in cui la legge disponga diversamente*» (verosimilmente per l'espropriazione di opere militari o di beni culturali ovvero per le ipotesi di cui all'art. 55 dello stesso testo unico, riproduttivo dell'art. 5-*bis*, comma 7-*bis* del c.d. Decreto Amato) la quantificazione del risarcimento è commisurata al valore del bene e, se l'occupazione riguarda un terreno edificabile, sulla base delle disposizioni dell'art. 37, commi da 3 a 7.

Oltre alla previsione degli elementi necessari dell'atto acquisitivo, il comma 2 dell'art. 43 ne disciplina gli aspetti procedurali: innanzitutto quello dell'obbligo del pagamento del risarcimento del danno nella misura determinata dall'atto acquisitivo, entro il termine di 30 gg.

Ulteriori incombenzi procedurali sono la notificazione dell'atto acquisitivo ai proprietari nelle forme degli atti processuali civili, e la sua trascrizione presso gli uffici dei registri immobiliari.

Quest'ultimo appare un importante elemento di certezza, in relazione al quale non era espressamente previsto alcunché nel previgente sistema (in relazione a tale tematica vedi oltre).

L'atto acquisitivo deve, infine, essere trasmesso all'ufficio competente all'aggiornamento degli elenchi degli atti da cui deriva la dichiarazione di pubblica utilità, ovvero con i quali è disposta l'espropriazione.

Tale incumbente, unitamente all'espressa indicazione contenuta nella lettera e) del comma 2 secondo cui «*l'atto di acquisizione comporta il passaggio del diritto di proprietà*», induce a ritenere che l'atto acquisitivo abbia efficacia costitutiva e, dunque, rappresenti l'unico titolo dell'effetto traslativo del diritto di proprietà in capo all'Amministrazione.

Tale soluzione appare senza dubbio preferibile, tenuto conto del valore d'insieme dell'istituto in questione il quale, muovendo dal rifiuto di identificare quale titolo acquisitivo il fatto illecito dell'occupazione senza titolo, riconduce tale titolo proprio all'adozione di uno specifico provvedimento amministrativo.

D'altra parte, il chiaro disposto della lettera e) del comma 2 vale ad escludere l'attribuzione all'atto acquisitivo di un'efficacia meramente ricognitiva di un effetto traslativo già avvenuto in precedenza e, dunque, come in passato, al momento dell'irreversibile trasformazione del bene o al momento della scadenza del termine di efficacia dell'occupazione d'urgenza.

Inoltre, la previsione, nella lett. f) del comma 2, della notificazione dell'atto acquisitivo al proprietario induce a qualificare l'atto in questione come recettizio: l'effetto traslativo, pertanto, si verifica a seguito della fase integrativa dell'efficacia prevista con la notificazione.

La seconda fattispecie di atto acquisitivo descritta ai commi 3 e 4 dell'art. 43 si caratterizza per essere inserita in un procedimento giurisdizionale, avviato dal privato (anche se nulla vieta che il giudizio sia avviato da un ente pubblico proprietario) *in primo luogo in sede annullatoria*, avverso i provvedimenti indicati nei commi 1 e 2: provvedimento di espropriazione, dichiarativo di pubblica utilità, di vincolo preordinato all'esproprio e, si deve ritenere, anche avverso l'atto di acquisizione nella prima fattispecie sopra esaminata.

In secondo luogo in sede restitutoria, con un'azione che può essere attivata davanti al G.A. in almeno due ipotesi:

– la prima è quella di una domanda che trae origine dalle richieste formulate in via amministrativa per ottenere la retrocessione totale o parziale, nel caso in cui a tali richieste l'Amministrazione abbia risposto negativamente o non abbia risposto affatto e, dunque, il privato abbia proposto domanda giudiziale al riguardo; proprio in tale circostanza, l'Amministrazione può attivarsi giudizialmente per l'adozione del provvedimento acquisitivo secondo la procedura prevista dal comma 4 dell'art. 43.

– la seconda ipotesi è quella derivante dall'indirizzo che interpreta l'art. 7 della legge n. 205/2000, nella parte in cui prevede la tutela risarcitoria «*anche attraverso la reintegrazione in forma specifica*», quale possibilità di condannare la P.A. ad un *facere* specifico, in alternativa al risarcimento per equivalente monetario.

Per quel che attiene l'ambito soggettivo di applicabilità di questa seconda fattispecie acquisitiva, occorre sottolineare che, a differenza della prima, il soggetto che può attivarsi in contrasto con l'iniziativa del privato è «l'Amministrazione che ne ha interesse o chi utilizza il bene».

Si tratta di un ambito più ampio rispetto a quello previsto dalla prima fattispecie, che sembra coincidere con quello identificato dalla Giurisprudenza a proposito della occupazione appropriativa (Amministrazione espropriante, privato beneficiario, ma altresì il concessionario di opera pubblica).

Legittimato all'adozione dell'atto acquisitivo, tuttavia, a differenza di quanto avviene per la fattispecie prevista dal comma 2 dell'art. 43, non sarà, in caso di accoglimento in sede giudiziale della richiesta, il soggetto richiedente, ma esclusivamente l'autorità che ha disposto l'occupazione senza titolo dell'area (art. 43, comma 4).

Per quanto attiene la misura del risarcimento del danno, essa è disposta in sede giudiziale.

Per il pagamento non è più previsto il termine di gg. 30 di cui al comma 2; la formula lascia intendere che esso debba essere contestuale, se non antecedente all'adozione dell'atto acquisitivo.

Per quanto riguarda gli adempimenti procedurali, l'atto acquisitivo andrà notificato al proprietario: deve intendersi che, anche in questo caso, esso abbia natura recettizia.

Analogamente, l'atto acquisitivo (qui denominato decreto) è trascritto nei registri immobiliari, con la precisazione che detta trascrizione è a cura e spese della medesima autorità che ha disposto a suo tempo l'occupazione dell'area.

1.6.3. - *Retroattività o meno dell'art. 43 del d.P.R. n. 327/2001.*

Il problema della retroattività o meno delle disposizioni contenute nell'art. 43 del testo unico degli espropri risulta assai controverso.

In giurisprudenza, infatti, si sono manifestate varie tesi, tutte ugualmente autorevoli.

– Per la irretroattività, si sono pronunciate le SS.UU. della Cassazione, ordinanze nn. 11336 e 11338 del 30 maggio 2005 e nn. 19217 e 19218/2003, la Cass., Sez. I, sentenze nn. 8777/2004 e 18239/2005, il T.A.R. Campania sent. n. 10543/2004, il T.A.R. Lazio sent. n. 5128/2004, il T.A.R. Basilicata sent. n. 134/2004.

Tale impostazione fa, in buona sostanza, leva sulla regola posta dall'art. 12 delle preleggi secondo cui «nell'applicare la legge, non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore», e sul primo comma dell'art. 57 del testo unico stabilente che «le disposizioni del presente testo unico non si applicano ai progetti per i quali, alla data di entrata in vigore dello stesso decreto (30 giugno 2003), sia intervenuta la dichiarazione di p.u., indifferibilità ed urgenza.

In tal caso continua ad applicarsi tutta la normativa vigente a tale data.»

Il combinato disposto di queste due norme non lascerebbe all'interprete la possibilità di utilizzare un criterio ermeneutico diverso dall'oggettivo riscontro temporale della data del progetto contenente la dichiarazione di pubblica utilità.

Con la conseguenza che, qualora il progetto sia antecedente alla data di entrata in vigore del testo unico, la normativa dell'art. 43 risulterebbe inapplicabile.

Secondo tale impostazione, la già chiara lettera della norma sarebbe per di più suffragata dalla *ratio legis*.

L'originaria formulazione dell'art. 57, infatti, prevedeva che la nuova normativa si applicasse immediatamente a ciascuna delle fasi della procedura ablativa non ancora concluse, ingenerando problematiche di non facile soluzione per stabilire quando una fase procedimentale dovesse considerarsi *in itinere* e quando già definita o, per converso, mancante del tutto; tale quadro, per di più, rischiava di complicarsi ulteriormente in conseguenza delle successive vicende amministrative e giurisdizionali da cui l'assetto pregresso poteva risultare sconvolto.

Per troncane alla radice ogni possibile questione interpretativa sul punto, l'art. 1 del D. Lgs. n. 302/2002 ha modificato non solo il contenuto, ma anche la rubrica dell'art. 57, ancor prima che entrasse in vigore, introducendo un criterio discriminatore chiaro ed inequivoco in relazione all'applicabilità dell'intera normativa del testo unico «sui procedimenti in corso»

Tale criterio si basa esclusivamente sul dato temporale del primo atto del procedimento espropriativo in senso stretto (dichiarazione di pubblica utilità), a prescindere, dunque, dalle sue successive vicende, dalla illegittimità e dalla natura delle violazioni in cui l'espropriante possa incorrere durante il prosieguo.

– Per la retroattività dell'art. 43, si sono pronunciati il T.A.R. Emilia Romagna sent. n. 2160/2003, il T.A.R. Toscana sent. n. 2066/2004, il T.A.R. Calabria, sez. di Reggio Calabria, sentt. nn. 358 e 1300/2005, ed il T.A.R. Puglia sent. n. 3307/2005.

Tale giurisprudenza, però, occupandosi della questione relativa all'applicabilità dell'art. 43 a fattispecie in cui la dichiarazione di pubblica utilità fosse precedente all'entrata in vigore del nuovo testo unico, ha fatto esclusivo riferimento all'ipotesi di cui al terzo comma di tale articolo, in cui l'Amministrazione, nel corso del giudizio instaurato innanzi al Giudice Amministrativo, richiede che, in caso di fondatezza del ricorso, sia disposta la condanna della stessa al risarcimento del danno, con esclusione della restituzione del bene.

Tali pronunce fanno leva sul carattere processuale della norma in questione, deducendone l'immediata applicabilità a tutti i giudizi pendenti, a prescindere anche dalla data di introduzione del ricorso, e mettono comunque in rilievo la finalità della disciplina, dettata dall'art. 43, di sanare le procedure ablatorie illegittime e i comportamenti illeciti della P.A. in campo espropriativo, nell'ottica dell'eliminazione del fenomeno dell'occupazione appropriativa nonché usurpativa, evidenziando che, se così è, la norma non può che riferirsi a situazioni pregresse di illegittimità ed illiceità.

– Appare opportuno citare anche due recenti pronunce del T.A.R. Calabria n. 984 del 9 giugno 2005 e del T.A.R. Lazio n. 7356 del 23 settembre 2005 che, con riferimento a fattispecie nelle quali rilevava la norma di cui al primo comma dell'art. 43, indubbiamente di carattere sostanziale, hanno stabilito che, pur dovendo escludersi qualsiasi riferimento al carattere processuale della stessa, essa potrebbe nondimeno trovare applicazione a fattispecie nelle quali la dichiarazione di pubblica utilità sia intervenuta prima dell'entrata in vigore del testo unico.

A ciò indurrebbe, *in primis*, la considerazione che, in talune ipotesi, la norma transitoria di cui all'art. 57 potrebbe non essere in condizioni di operare: ciò, perlomeno, se si intenda aderire ad un'interpretazione più vasta dell'art. 43 che lo reputi applicabile anche in caso di totale assenza della dichiarazione di pubblica utilità.

Secondariamente, tale tesi, ad avviso dei suddetti Tribunali Amministrativi, troverebbe conferma in quella funzione di regolarizzazione di fattispecie pregresse, destinate a non ripetersi, o a ripetersi difficilmente, in base alla normativa introdotta dal testo unico.

L'unico vero limite, comunque, all'applicazione dell'art. 43 si rinverrebbe, secondo le predette pronunce, nell'avvenuto perfezionamento, prima dell'entrata in vigore del testo unico, di fattispecie acquisitive conseguenti all'irreversibile trasformazione del fondo, nell'ambito del fenomeno dell'occupazione appropriativa.

La corretta applicazione, quindi, della disposizione *de qua* postulerebbe che il bene occupato dalla P.A., *ex ante sine titulo* o sulla base di un titolo successivamente annullato con effetti *ex tunc*, non sia stato ancora acquisito al patrimonio amministrativo; il che sembra significare che, ove tutti gli elementi costitutivi della fattispecie di creazione pretoria della c.d. «accessione invertita» si siano temporalmente verificati in data anteriore al 30 giugno 2003, l'Amministrazione non sarebbe tenuta all'emanazione del provvedimento di acquisizione di cui all'art. 43, essendo già divenuta proprietaria dell'area grazie al meccanismo estintivo-acquisitivo sotteso all'istituto dell'occupazione appropriativa.

Rimane, tuttavia, da stabilire se la predetta conclusione valga esclusivamente per le ipotesi in cui esista una sentenza, passata in giudicato, che dichiarò intervenuta l'occupazione acquisitiva in data anteriore al 30 giugno 2003, ovvero se la stessa valga anche per le ipotesi in cui manchi un giudicato in tal senso.

Da ultimo, occorre ricordare che sul problema della retroattività o meno dell'art. 43 è intervenuta anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 2 del 29 aprile 2005) che, aderendo all'impostazione favorevole ad un'efficacia retroattiva dell'art. 43, ha stabilito che «*la nuova versione dell'art. 57 si propone di evitare che procedimenti avviati in applicazione della disciplina pregressa trovino ulteriore sviluppo e conclusione alla stregua di sopravvenuti assetti (riconoscendosi ultrattività, per tali fasi procedurali, alla precedente disciplina)*».

Tale norma risulta però inapplicabile alle fattispecie in cui si tratta non già di stabilire qual'è la normativa che disciplina una procedura espropriativa in iti-

nera (vicenda questa presa in considerazione dal nuovo art. 57) ma solo di decidere — dopo l'annullamento passato in giudicato dalla precedente procedura (tutta svoltasi sotto l'impero della precedente disciplina) — quale sorte vada riservata ad una res modificata dalla P.A., rimasta senza titolo nelle mani di quest'ultima dopo l'annullamento degli atti della procedura espropriativa.

Non trattandosi di vicenda riconducibile sotto la normativa transitoria avanti ricordata, è evidente che non può non trovare applicazione la disposizione dell'art. 43 che consente, in caso di apprensione di res sine titolo o con titolo annullato, la possibilità di neutralizzare la domanda di restituzione della parte interessata solo con l'adozione di un atto formale preordinato all'acquisizione del bene (con corresponsione di quanto spettante a titolo risarcitorio) o la speciale domanda giudiziale formulata nel processo di cui è parola nello stesso art. 43».

1.6.4. - *Sconfessione della disciplina introdotta dall'art. 43 del testo unico da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.*

L'istituto dell'acquisizione cd. sanante, introdotto dall'art. 43 del nuovo testo unico sugli espropri, è stato giudicato, dalla giurisprudenza amministrativa, rispettoso dei parametri imposti dalla Corte Europea e dai principi costituzionali.

In particolare l'Ad. Plen. del Consiglio di Stato con la decisione n. 2 del 29 aprile 2005 (ed ancor prima con il parere n. 4 del 2001 dell'Ad. Gen. dello stesso Consiglio) ha formulato una prognosi di piena compatibilità dell'art. 43 ai parametri posti dalla Corte di Strasburgo, rilevando che:

- l'acquisto del bene avviene in virtù di un provvedimento previsto dalla legge e, soprattutto, con efficacia *ex nunc*, sicché sono rispettate le esigenze di chiarezza dell'ordinamento e di preminenza del diritto;

- il provvedimento è sindacabile e l'esercizio della discrezionalità è circondato da particolari cautele di cui va verificato il rispetto in sede giurisdizionale;

- è in ogni caso assicurato il risarcimento del danno;

- in assenza di provvedimento, la restituzione dell'area non può essere impedita, se non per scelta autonoma del privato che rinunci alla restituzione.

Nondimeno, tale positiva valutazione del massimo Consesso della Giustizia Amministrativa è stata smentita proprio dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sia nella decisione del 17 maggio 2005 (caso Scordino c-/Italia) sia, più recentemente ed in maniera ancora più esplicita, in quella del 13 ottobre 2005, (caso Serrao c/Italia).

La Corte Europea, infatti, dopo aver ribadito che, per essere conforme alla Convenzione, l'ingerenza della P.A. nella proprietà privata deve essere compiuta «per causa di pubblica utilità ed alle condizioni previste dalla legge e dai principi di diritto internazionale» — perciò congiuntamente richieste —, ha rilevato che il principio dell'esproprio indiretto ha avuto in Italia applicazioni contraddittorie non solo in giurisprudenza, *ma anche da parte del legislatore.*

E dopo aver dato atto dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Cassazione, ha ricordato che l'art. 43 del testo unico prevede che, pure in assenza della dichiarazione di p.u., ogni terreno possa essere acquisito al patrimonio pubblico, se il giudice decide di non ordinare la restituzione del terreno occupato e trasformato dall'Amministrazione.

Alla luce di tali elementi, la Corte, non potendo escludere che sussista il serio rischio di risultati imprevedibili ed arbitrari ai danni dei soggetti interessati, conclude nel senso che *l'espropriazione indiretta, sia che derivi da un principio giurisprudenziale, sia che derivi da una norma di legge quale l'articolo 43 del testo unico sugli espropri, non può sostituire un'espropriazione legittima laddove consenta alla P.A. di acquisire la proprietà di un immobile traendo comunque vantaggio da un originario comportamento illegittimo.*

1.7. - *La tematica dell'efficacia delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nell'Ordinamento interno.*

L'avvenuta sconfessione sia dell'istituto di origine pretoria dell'occupazione acquisitiva sia della nuova figura dell'utilizzazione senza titolo, delineata nell'art. 43 del testo unico sugli espropri, ad opera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, pone inevitabilmente l'esigenza di chiarire la reale efficacia delle pronunce dell'Organo giurisdizionale europeo nell'Ordinamento interno.

In generale, la previsione di strumenti internazionali di tutela dei diritti fondamentali se, da un lato, rafforza la loro garanzia, dall'altro, pone il rischio della formazione di indirizzi giurisprudenziali contrastanti e del sorgere di eventuali conflitti implicanti la necessità di stabilire a chi spetta l'ultima parola.

Occorre ricordare che la C.E.D.U., ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge n. 848 del 1955 riconosce ai cittadini degli Stati aderenti alcuni diritti e garanzie specificati nel Trattato ed in Protocolli aggiuntivi.

Ai cittadini è riconosciuta anche la legittimazione ad adire la Corte per denunciare la violazione, da parte di uno Stato contraente, dei diritti garantiti dalla Convenzione.

Le sentenze trovano fonte nell'obbligo assunto dagli Stati di conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle controversie nelle quali sono parti.

Una sentenza di condanna fa nascere, dunque, in capo allo Stato anzitutto l'obbligo di rimuovere le conseguenze di tale violazione, ripristinando la situazione anteriore alla stessa; solo in seconda battuta, la violazione darà diritto al risarcimento eventualmente riconosciuto dal giudice europeo a titolo di equa soddisfazione.

Dubbio (non pare vi sia giurisprudenza sul punto) è se le sentenze della Corte Europea vadano ricomprese tra gli atti che costituiscono titolo esecutivo *ex art. 474 c.p.c.*, o se si debba loro riconoscere al più l'idoneità, in quanto prova scritta, ad ottenere l'emissione di un decreto ingiuntivo *ex artt. 633 c.p.c. e ss.*

La violazione di norme pattizie può derivare non solo da un atto giurisdizionale dello Stato, ma anche da provvedimenti amministrativi o da atti normativi.

Assodato che le disposizioni della C.E.D.U. sugli effetti delle decisioni della Corte sono particolarmente laconiche, non si può che cercare di desumerne la portata in via sistematica.

Certo è che, per quel che riguarda gli effetti che discendono dalla condanna e costituiscono il contenuto dell'obbligo di conformazione che grava sullo Stato, le pronunce producano effetti solo a carico dello Stato stesso, riconosciuto responsabile della violazione, e non anche per gli altri paesi membri.

Nell'ambito, poi, dell'ordinamento dello Stato condannato, l'effetto diretto della pronuncia riguarda solo il caso deciso.

– La prima delle problematiche da affrontare, attinente alla questione che ci occupa, riguarda la posizione del giudice nazionale riguardo ad una norma interna dichiarata non conforme alla Convenzione o ad una lacuna rispetto ad essa (come pare prospettarsi nel caso dell'art. 43 del testo unico sugli espropri).

Al riguardo, più specificatamente, ci si può chiedere se possa parlarsi di una sorta di efficacia normativa della sentenza, che valga cioè ad offrire al giudice interno la regola di giudizio per altri casi simili a lui sottoposti, alla stregua di un precedente vincolante, o addirittura ad obbligare detto giudice a non applicare una norma di legge interna che la Corte abbia dichiarato non conforme alla Convenzione.

Vi è chi sostiene che il giudice debba disapplicare la norma interna incompatibile o addirittura riempire il vuoto normativo, secondo le indicazioni della Corte dei diritti, sulla base di una presunta ed incondizionata prevalenza della normativa pattizia su quella interna ordinaria.

Ciò nonostante, maggiormente condivisibile appare l'opinione di chi sostiene che, almeno nel nostro Ordinamento, l'art. 101 della Costituzione, là dove sancisce la soggezione del giudice soltanto alla legge, osti ad una prospettiva che voglia far derivare, da una pronuncia della Corte di Strasburgo l'obbligo, per il giudice, di disapplicare una legge nazionale che non risulti invalida o priva di efficacia secondo il sistema interno delle fonti.

Data, infatti, l'ampia portata delle norme della Convenzione, suscettibili di incidere su una serie indefinita di fattispecie, ammettere il potere del giudice interno (sia pure assistito dalla Giurisprudenza di Strasburgo) di disapplicare disposizioni di legge, perché ritenute non compatibili con la Convenzione, significherebbe introdurre un sistema sproporzionato ed eccessivamente diffuso di controllo delle leggi interne, ed avrebbe effetti ben più ampi di quelli derivanti dal potere-dovere di non applicare leggi interne anti-comunitarie, in materie cedute al diritto comunitario: significherebbe, dunque, introdurre una breccia imponente in un sistema, come il nostro, in cui il giudice, salvo una espressa previsione in tal senso (come avviene in ambito comunitario), non è abilitato in generale a negare applicazione a disposizioni di legge efficaci, pur se le ritenga invalide, senza ricorrere al previo giudizio della Corte Costituzionale.

A ciò si aggiunga che, non essendovi alcun meccanismo attraverso cui il giudice interno possa interpellare quello europeo, analogo alla questione pregiudiziale che può e deve essere proposta dinnanzi alla Corte di Giustizia di

Lussemburgo, ai sensi dell'art. 234 del Trattato C.E., al giudice nazionale si verrebbe a riconoscere un potere sostanzialmente incontrollato di rifiutare applicazione alle leggi.

Solo se, in base alle regole del sistema nazionale, risultasse che la norma della Convenzione, come interpretata dalla Corte di Strasburgo, abbia effetti tali da condurre ad escludere, nella fattispecie sottoposta al giudice, l'applicabilità di una diversa norma interna, questa conseguenza potrebbe e dovrebbe essere tratta.

– *Quid iuris*, invece, nel caso di conflitto tra interpretazione conforme a Costituzione ed interpretazione conforme a Convenzione?

È il caso dell'occupazione acquisitiva.

Come già visto, l'istituto di origine pretoria è uscito sostanzialmente rafforzato dai giudizi dinnanzi alla Corte Costituzionale.

Quest'ultima, invero, argomentando dalla ritenuta prevalenza dell'interesse collettivo alla conservazione dell'opera pubblica sull'interesse del privato proprietario, non ha considerato contrario all'art. 42 della Costituzione il fatto che l'Amministrazione possa divenire proprietaria di un terreno sulla base di un suo comportamento illegale, e grazie ad una norma non statuita dal legislatore, ma desumibile dalla consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione.

Di segno opposto, invece, come abbiamo visto, sono state le decisioni della Corte di Strasburgo.

Al riguardo, vi è chi sostiene la diretta efficacia delle sentenze europee, con conseguente obbligo da parte del Giudice nazionale di disapplicare l'accessione invertita e, conseguentemente, di discostarsi dalla ricostruzione delineata nel tempo dalla Cassazione.

Tale tesi nasce dal riconoscimento del carattere non meramente programmatico ma precettivo delle norme della C.E.D.U. ed, in particolare, per quel che ci riguarda, dell'art. 1 del Protocollo n. 1 che tutela il diritto di proprietà.

Sotto questo profilo potrebbe essere individuata nella Convenzione una soglia precisa di tutela di tale diritto, idonea a porsi come fonte diretta di obblighi e di diritti soggettivi nell'Ordinamento interno.

Per conseguenza, l'acquisizione del bene, avvenuta in violazione del principio di legalità, manterrebbe i caratteri dell'illecito pur in presenza di norme nazionali, che sarebbero recessive rispetto alla norma patrizia, intese a legittimare l'acquisizione del bene a posteriori.

Altra tesi, invece, rileva l'impossibilità per il singolo Giudice nazionale di disapplicare l'istituto, semplicemente a fronte della sua avvenuta sconfessione da parte della Corte Europea, come se si trattasse di pronunzie della Corte di Giustizia (vedi Corte d'Appello di Bari, sent. del 16 agosto 2005).

Secondo tale impostazione, il problema dovrebbe essere risolto a monte dalla Corte Costituzionale, posta nell'alternativa tra realizzare un diverso bilanciamento che sia maggiormente conforme agli orientamenti della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, o giudicare costituzionalmente illegittima la norma convenzionale come interpretata dalla Corte Europea.

Tale scelta però sottende, in via propedeutica, la soluzione della questione riguardante il rapporto, sotto il profilo del valore e dell'efficacia, tra le norme costituzionali — distinguendo eventualmente, al loro interno, quelle disposizioni fondamentali ed espressione di principi assolutamente inderogabili, pena il mutamento dell'attuale assetto costituzionale — e le norme pattizie di diritto internazionale.

Pur non potendo affrontare, in questa sede, tale ampia e complessa problematica, non si può fare a meno di evidenziare che la soluzione al problema evidentemente dipende dalla scelta che il Giudice delle leggi dovrà compiere, in termini di prevalenza, tra una prospettiva costituzionale del diritto di proprietà (di tipo solidaristico) ed una europea (maggiormente liberale), niente affatto propensa ad ammettere forme di sacrificio del diritto dominicale, basate su un'ingerenza dell'autorità pubblica nel godimento di tale diritto ed operanti al di fuori di una stretta legalità.

2. - *Formalizzazione dell'acquisto, operato dalla P.A., nel caso di apprensione sine titulo.*

2.1. - *Occupazione acquisitiva.*

Si è precedentemente visto come, in caso di accessione invertita, la tutela del privato si realizzi attraverso il riconoscimento del suo diritto al risarcimento del danno.

L'azione risarcitoria davanti al giudice è soggetta ad una prescrizione quinquennale decorrente dalla scadenza dell'occupazione legittima o, in assenza di questa, dal momento nel quale si è verificata l'irreversibile trasformazione dell'area.

Nel caso in cui il privato abbia proposto un'azione dinnanzi all'autorità giudiziaria, sarà la sentenza del giudice, accertante la trasformazione del bene privato, la sua conseguente estinzione e perciò l'acquisizione della proprietà in capo alla P.A. (oltre al diritto al risarcimento del danno), ad essere trascritta, con la conseguente volturazione presso gli uffici catastali.

I problemi, invece, si pongono nel caso in cui, per una qualsiasi ragione, il titolare del bene trasformato non agisca per ottenere il risarcimento.

In tale eventualità, non vi è alcun atto formale che accerti l'avvenuta trasformazione del bene privato il quale, pur estinto nella realtà, risulta ancora presente nei registri immobiliari e catastali e, per di più, intestato al precedente titolare.

Al riguardo sono state prospettate tre diverse soluzioni.

- *Soluzione giudiziaria.*

Non avendo l'espropriato instaurato una controversia giudiziale per il risarcimento del danno, dovrebbe essere la P.A. a promuovere, in via autonoma, un ordinario giudizio di cognizione per l'individuazione dei rispettivi diritti di proprietà con conseguente formalizzazione, mediante sentenza, dell'acquisto avvenuto a titolo originario.

Una soluzione questa, dunque, sostanzialmente simile a quella operante in caso di usucapione immobiliare.

– *Soluzione privatistica.*

La seconda soluzione, c.d. privatistica, cerca di comporre i rispettivi interessi mediante la stipula di un apposito atto notarile, nelle ipotesi in cui sia comunque possibile l'insorgere di una controversia legale tra P.A. e proprietario di un fondo oramai illegittimamente occupato.

Tale impostazione, che nasce dall'esigenza di individuare una soluzione più celere di quella giudiziaria, consentirebbe di evitare la sicura condanna della P.A. in un procedimento giudiziario, e porrebbe fine a tutte quelle questioni nelle quali la modesta rilevanza del contendere e la scarsa capacità economica dei soggetti interessati continuano a scoraggiare i privati dal definire la questione in via giudiziale.

Si tratterebbe di sottoscrivere un contratto col quale, ripercorrendo la cronologia degli eventi che hanno determinato l'avvenuta acquisizione delle aree interessate, si potrebbe regolarizzare formalmente, in una sorta di contraddittorio fra le parti, la situazione determinatasi.

– *Soluzione amministrativa.*

La terza soluzione trae origine da un parere dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Torino n. 882/89/ST del 28 luglio 1988.

L'Organo difensivo erariale, per primo, cercando di superare le difficoltà derivanti dalla, in quel tempo, neonata creazione giurisprudenziale dell'occupazione appropriativa, ipotizzò l'ammissibilità di un atto ricognitivo unilaterale col quale la stessa P.A. procedente accertasse il verificarsi di un fatto — la trasformazione irreversibile del fondo privato a seguito dell'attività realizzativa posta in essere sullo stesso — che, unitamente agli atti amministrativi attestanti la pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza dell'opera, producesse l'estinzione del diritto di proprietà del privato e la contestuale nascita del diritto dominicale in capo alla P.A.

Non si può nascondere che tale soluzione presenti profili non del tutto conformi alla dogmatica giuridica.

Innanzitutto, può apparire paradossale che si consenta la trascrizione di un atto unilaterale emanato dalla medesima P.A. che illegittimamente occupa il fondo irreversibilmente manipolato.

Inoltre, non si può non evidenziare l'assenza di un esplicito supporto normativo circa la possibilità di considerare tale atto amministrativo come titolo idoneo per eseguire la trascrizione, stante la tassativa formulazione dell'art. 2657 c.c., atteso anche che tale provvedimento amministrativo difficilmente può essere considerato un atto pubblico (definito dall'art. 2699 c.c. come «*il documento redatto, con le richieste formalità, da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo dove l'atto è formato*»).

Tali rilievi appaiono superabili.

Essi risentono, infatti, di un'ostilità poco motivata nei riguardi di un istituto, quello della c.d. «occupazione acquisitiva» certamente operante nell'ambito del diritto vivente.

A torto, quest'ultimo non è ritenuto possibile fonte di produzione di norme nonostante che, ad esempio, la stessa Giurisprudenza della Cassa-

zione, a proposito dei modi di acquisto della proprietà, abbia ritenuto che l'indicazione dell'art. 922 c.c. non sia tassativa e che occorra guardare all'Ordinamento Giuridico nel suo complesso (anche sotto forma di tradizione storico-giuridica che non contrasti con i principi del nostro Ordinamento) per accertarne l'esistenza (vedi Cass. n. 10525/1992).

A ciò si aggiunga che la soluzione cd. amministrativa appare anche in grado di soddisfare le aspettative del proprietario del fondo.

Ed invero, la Giurisprudenza ha fissato, in alcune ipotesi (mancanza *ab origine* dell'occupazione d'urgenza, per esempio), proprio nel momento in cui può dirsi avvenuta la trasformazione irreversibile del fondo il *dies a quo* del termine prescrizione di cinque anni, entro il quale il privato potrà far valere le proprie ragioni risarcitorie.

Ebbene, proprio l'incertezza esistente in ordine all'individuazione del momento della trasformazione del fondo mette in pericolo le ragioni creditorie dei privati, che potrebbero vedersi dichiarato prescritto il proprio diritto risarcitorio, solo perché il giudice adito ha ritenuto di fissare la predetta trasformazione in un momento anteriore rispetto a quello individuato dai primi.

A ciò si aggiunga, altresì, che nessuno meglio della P.A. è in grado di valutare il momento in cui la realizzazione dell'opera pubblica determina effetti tali da provocare l'irreversibile utilizzazione del fondo nella costruzione dell'opera pubblica.

2.2. - Occupazione usurpativa.

Nel caso dell'occupazione usurpativa, invece, la soluzione del problema della formalizzazione dell'acquisto dell'area da parte della P.A. è agevolmente individuabile nel sistema normativo.

Ed invero, la domanda con cui il proprietario dell'area abusivamente manipolata dall'attività realizzativa della P.A., abdicando al proprio diritto alla *restituito in integrum* del terreno, chiede all'autorità giudiziaria il risarcimento del danno sofferto, si inquadra perfettamente fra quegli atti di rinuncia per i quali l'art. 1350, n. 5, c.c., richiede la forma scritta, ove gli stessi ineriscano a diritti immobiliari.

Ebbene, nulla esclude che la P.A., al fine di formalizzare il proprio acquisto (trascrizione nei registri immobiliari, volturazione catastale) possa utilizzare l'atto di rinuncia, posto in essere dal privato, curandone la trascrizione nei registri immobiliari (come previsto dall'art. 2645, n. 5, c.c.) ed ottenendo, sulla base di esso, la volturazione, in proprio favore, delle risultanze catastali.

Al proposito, deve, tuttavia, evidenziarsi che la Suprema Corte di Cassazione ha, di recente, chiarito che «la dismissione di cui alla domanda di risarcimento del danno per equivalente non necessariamente determina il trasferimento o la acquisizione della proprietà al convenuto occupante, che può pure rifiutare tale acquisizione, anche quando è condannato a risarcire il danno» e che «in caso di rifiuto dell'acquisto della proprietà dall'espropriante spetterà comunque dello Stato *ex art. 827 c.c.*» (così Cass. 24 novembre 2005, n. 24819 e Cass. 3 maggio 2005 n. 9173).

2.3. - *Decreto di acquisizione ex art. 43 del testo unico espropri.*

Come più sopra evidenziato, l'art. 43, comma 2, lett. f) prevede espressamente la trascrizione del decreto di acquisizione nei registri immobiliari.

3. - *Profili fiscali.*

In relazione al problema, concernente la possibilità di concedere l'esenzione dal pagamento dell'imposta di bollo per la trascrizione dell'atto ricognitorio dell'avvenuta occupazione acquisitiva, si ritiene di potere concludere in senso affermativo.

Alla luce del consolidato riconoscimento giurisprudenziale (anche ad opera della Corte Costituzionale) e normativo dell'istituto dell'accessione invertita, come sopra evidenziato, e del diffuso utilizzo che si è avuto di esso nel corso degli anni, appare del tutto formalistico e privo di sostanziale fondamento escludere la suddetta esenzione, solo in forza della mancanza di un formale e conclusivo decreto di esproprio.

La presenza di un'espropriazione c.d. sostanziale estrinsecatasi, comunque, in un procedimento originato da una valida ed efficace dichiarazione di pubblica utilità dell'opera appare condizione sufficiente per operare un'equiparazione, ai fini della concessione dell'esenzione dal pagamento dell'imposta di bollo, tra tale situazione e quella caratterizzata dall'esistenza di una procedura espropriativa regolarmente perfezionatasi con l'emanazione del decreto di esproprio.

Equiparazione, quella di cui sopra, che lo stesso legislatore ha mostrato di condividere, in passato e sempre a fini fiscali; il riferimento va alle disposizioni contenute nell'art. 11 della legge 30 dicembre 1991, n. 413, i cui commi 5 e 7 prevedono che «Per le plusvalenze conseguenti alla percezione, da parte di soggetti che non esercitano imprese commerciali, di *indennità di esproprio o di somme percepite a seguito di cessioni volontarie nel corso di procedimenti espropriativi nonché di somme comunque dovute per effetto di acquisizione coattiva conseguente ad occupazioni di urgenza divenute illegittime* relativamente a terreni destinati ad opere pubbliche o ad infrastrutture urbane all'interno delle zone omogenee di tipo A, B, C, D di cui al decreto ministeriale 2 aprile 1968, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 97 del 16 aprile 1968, definite dagli strumenti urbanistici ovvero ad interventi di edilizia residenziale pubblica ed economica e popolare di cui alla legge 18 aprile 1962, n. 167, e successive modificazioni, si applicano le disposizioni di cui all'art. 81, comma 1, lettera b), ultima parte, del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, e successive modificazioni, introdotta dal comma 1, lettera f), del presente articolo» (comma 5); «Gli enti eroganti, all'atto della corresponsione *delle somme di cui ai commi 5 e 6, comprese le somme per occupazione temporanea, risarcimento danni da occupazione acquisitiva, rivalutazione ed interessi, devono operare una ritenuta a titolo di imposta nella misura del 20 per cento. È facoltà del contribuente optare, in sede di dichiarazione annuale dei redditi, per la tassazione ordinaria, nel qual caso la ritenuta si considera effettuata a titolo di acconto*» (comma 7).

Per quel che attiene, invece, il pagamento delle imposte ipotecarie, la chiara previsione normativa del D.Lgs. n. 347/1990 (peraltro confermata da diverse circolari ministeriali) limita l'esenzione dalle predette imposte solo alle operazioni eseguite nell'interesse dello Stato.

Proprio la precisione di tale individuazione non consente di estendere i favorevoli effetti fiscali a soggetti diversi dallo Stato, siano essi anche altri enti pubblici territoriali.

***Better regulation* e consultazione degli interessati: regole fondamentali per evitare un contenzioso inutile**

di Pasquale Fava ()*

Nel quadro della *multilevel governance*, che oramai caratterizza l'assetto moderno della gerarchia delle fonti di regolazione giuridica unitamente ad un maggiore ricorso al principio di specializzazione e di riserva di materia, gli strumenti di miglioramento della qualità della regolazione (consultazione e AIR) stanno progressivamente acquistando un ruolo centrale per assicurare ai lavoratori, ai consumatori ed agli investitori la protezione dagli stessi domandata senza imporre alle imprese costi di regolazione non necessari, eccessivi e sproporzionati.

Negli ultimi anni le linee di politica legislativa italiana in materia di *better regulation*, sia a livello centrale che regionale, hanno condiviso pienamente gli obiettivi promossi e perseguiti a livello europeo e internazionale come, peraltro, riconosciuto dalla Corte Costituzionale (sentenza 6 dicembre 2004, n. 379 (1)) e dal Consiglio di Stato (Adunanza Generale, Parere 25 ottobre 2004, Sez. 10548 n. 2/04).

A tutti i livelli di *governance* nazionali ed europei, è sempre più radicata la consapevolezza dei costi della regolazione unitamente alla convinzione che la crescita dei livelli occupazionali e produttivi e l'aumento di competitività dipendono anche dalla capacità di implementare una regolazione di qualità che, mantenendo adeguati livelli di protezione, raggiunga gli obiettivi di politica legislativa attraverso gli strumenti più efficaci ed efficienti.

La consultazione è il cuore pulsante delle politiche di miglioramento della qualità della regolazione.

Una buona consultazione presuppone che il regolatore consulti il più ampio numero di interessati (*stakeholders*), destinatari delle nuove disposizioni normative, e, valutando le loro osservazioni, predisponga il nuovo assetto regolatorio anche sulla base delle informazioni in tal modo acquisite.

La consultazione dovrebbe intervenire al momento giusto (*at the right time*), nel modo giusto (*in the right way*) e con le persone giuste (*with the right people*).

In Italia, dopo l'apertura del procedimento amministrativo inaugurata con la legge 241/1990, che ha generalizzato la partecipazione del privato e il diritto di accesso, e la promozione dei diritti informativi dei cittadini in

(*) Procuratore dello Stato presso l'Avvocatura Generale.

(1) Per il primo commento relativo agli aspetti afferenti la *better regulation* affrontati dalla Consulta nella sentenza 6 dicembre 2004, n. 379 cfr. FAVA, *La Consulta e la qualità della regolazione nella multilevel governance: i rischi e i pericoli di un'apertura incondizionata alle procedure di consultazione degli interessati e alla motivazione delle leggi*, in *Corr. Giur.* 2005, 1515-1532.

relazione alla complessiva attività dello Stato (effettuata con la legge 150/2000 in materia di comunicazione istituzionale), il cerchio è destinato a chiudersi con l'implementazione di *consultation procedures* volte ad introdurre un'istruttoria pubblica sui nuovi atti di regolazione destinata a rendere le nuove regole più vicine ai soggetti regolati nonché da questi tendenzialmente condivise.

La consultazione degli interessati è raccomandata dall'OCSE (2) e viene normalmente praticata dalle stesse Istituzioni comunitarie (3) (l'art. I-47 del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa introduce espressamente il principio di *democrazia partecipativa* stabilendo che «*al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell'Unione, la Commissione procede ad ampie consultazioni delle parti interessate*»). Peraltro, le stesse Istituzioni comunitarie sono obbligate, in virtù di espresse previsioni del Trattato istitutivo, anche a dare adeguata giustificazione degli atti di regolazione adottati (l'art. 253 (*ex* 190) del Trattato prevede che «*i regolamenti, le direttive e le decisioni ... sono motivati*»).

La consultazione, strumento di democrazia partecipativa per eccellenza, ove utilizzata propriamente e ampiamente, potrebbe contribuire al miglioramento della qualità della regolazione consentendo non solo di innalzare il livello qualitativo e quantitativo di acquisizione degli elementi di fatto e di diritto su cui si fonda l'istruttoria del Regolatore, che in tal modo adotterà una decisione finale «più informata», ma anche di accrescere la «legittimazione popolare» degli organi titolari del potere regolatorio attraverso la ricerca del più ampio consenso dei soggetti regolati, destinatari finali delle nuove *rules*.

Entrambe le circostanze potrebbero positivamente risolversi nella riduzione del contenzioso avverso i nuovi atti di regolazione.

I menzionati benefici discendenti da una buona attività di consultazione degli interessati sono stati riconosciuti anche in Italia.

(2) OCSE, Raccomandazione del Consiglio *Improving the Quality of Government Regulation* del 9 marzo 1995 (che include una *Reference Checklist* per il *Regulatory Decision Making* articolata in dieci punti), Parigi; Id., *Regulatory Impact Analysis: Best Practices in OECD Countries*, Parigi, 1997; Id., *Flagship Report on Regulatory Quality*, Parigi 2001; Id., *Coivolgere i cittadini nella presa di decisione: informazione, consultazione e partecipazione del pubblico*, Parigi, 2001; Id., *Engaging citizens on line for better policy making*, Parigi 2003.

(3) Commissione europea, Libro bianco *La Governance europea*, del 5 agosto 2001 COM(2001)428; Id., Comunicazione *European Governance: Better Lawmaking* del 5 giugno 2002, COM(2002)275; Id., Comunicazione *Piano d'azione: semplificazione e migliorare la regolamentazione* del 5 giugno 2002, COM(2002)278; Id., Comunicazione *Impact Assessment* del 5 giugno 2002, COM(2002)276; Id., Comunicazione *Verso una cultura di maggiore consultazione e dialogo Principi generali e requisiti minimi per la consultazione delle parti interessate ad opera della Commissione* dell'11 dicembre 2002, COM(2002)704; Id., Comunicazione *Collection and use of expertise by the Commission: principles and guidelines* dell'11 dicembre 2002, COM(2002)713; Id., Comunicazione *Better Regulation for Growth and Jobs in the European Union* del 16 marzo 2005, COM(2005)97; Id., Comunicazione, *Impact Assessment Guidelines* del 15 giugno 2005, SEC(2005)791. Tutte in www.europa.eu.int.

A livello centrale, in attuazione della legge di semplificazione per il 2003 (29 luglio 2003, n. 229), si è avviata la sperimentazione afferente la consultazione degli interessati attraverso al pubblicazione sul sito www.governo.it degli schemi di provvedimenti normativi con facoltà di far pervenire contributi personali (il servizio è destinato ad affiancarsi a quello già operante – trasparenzanormativa@governo.it – che consente di ricevere informazioni sullo stato della procedura di formazione ed adozione degli atti di regolazione governativa).

A ciò si aggiungano le previsioni della legge di semplificazione per il 2005 (legge 28 novembre 2005, n. 246) che rafforzano il ricorso alla consultazione degli interessati nell'ambito dell'analisi di impatto della regolazione.

Le Autorità Amministrative Indipendenti praticano generalmente la consultazione degli interessati. Quelle preposte alla regolazione dei servizi a rete (AEEG e AGCOM) peraltro, lo fanno anche in virtù delle previsioni specifiche delle rispettive leggi istitutive⁽⁴⁾ mentre di recente la legge sulla tutela del risparmio (legge 28 dicembre 2005, n. 262) ha introdotto una previsione che obbliga le Autorità di regolazione interessate (CONSOB, Banca d'Italia, ISVAP, UIC) ad effettuare l'analisi economica e la consultazione degli interessati.

A livello regionale l'esigenza di sperimentare e migliorare il ricorso agli strumenti che accrescono la qualità della regolazione ha prodotto accelerazioni vertiginose nelle politiche di *better regulation* (5).

La riforma del Titolo V, con il consistente aumento delle materie rimesse alla competenza regionale concorrente e residuale, ha stimolato l'interesse verso le procedure di consultazione dei cittadini, anche per accrescere la legittimazione del regolatore regionale.

I nuovi Statuti di «seconda generazione», innovando rispetto al passato, contengono numerose previsioni in materia di consultazione degli interessati (Piemonte – 2, 12, 72 e 86 St.; Calabria 4, 2° co., St.; Toscana 19, 3° co., 72 e 73 St. e Umbria 20 e 21 St.) nonché, più in generale, in materia di qualità della regolazione, introducendo, in taluni casi, persino obblighi di motivazione delle leggi regionali (art. 17 e 19 Statuto Emilia-Romagna, art. 39 Statuto Toscana) e di analisi economica della regolazione (Toscana 45 St.; Marche 34 St. e Umbria 61 St.).

Il Giudice delle Leggi⁽⁶⁾, pur non entrando nel merito dell'organizzazione concreta delle procedure di consultazione degli interessati, proprio in occasione dell'impugnazione degli articoli 17 e 19 dello Statuto dell'Emilia-

(4) Per un'ampia descrizione dello stato della normativa e delle prassi esistenti a livello mondiale e comunitario cfr. FAVA, *La Consulta e la qualità della regolazione nella multilevel governance: i rischi e i pericoli di un'apertura incondizionata alle procedure di consultazione degli interessati e alla motivazione delle leggi*, in *Corr. Giur.* 2005, 1515-1532.

(5) Camera dei Deputati, *Rapporto sullo stato della legislazione 2004-2005 tra Stato, Regioni e Unione Europea (Osservatorio sulla legislazione)*, 11 luglio 2005, 117-133.

(6) Corte Costituzionale, sentenza 6 dicembre 2004, n. 379.

Romagna, ha ritenuto costituzionalmente legittimi gli obblighi di motivazione delle leggi regionali imposti a livello statutario dalle previsioni impugnate, riportandosi all'esperienza maturata in seno alle Istituzioni comunitarie e in alcune delle maggiori democrazie contemporanee.

Dall'esame della normativa e delle prassi esistenti a livello regionale (7) risulta che tutte le Regioni effettuano la consultazione degli interessati anche se talune, poche (Calabria, Campania, Marche e Veneto), lo fanno in virtù di obblighi giuridici specifici. Tutte le altre, la maggioranza, vi procedono facoltativamente in base a valutazioni di opportunità rimesse all'organo politico che assume l'iniziativa legislativa.

Nessuna Regione, tuttavia, pone in essere nel concreto procedure di consultazione rigorosamente aperte alla generalità dei cittadini interessati. Difatti, sono, secondo i casi, consultati obbligatoriamente, facoltativamente, o sulla base di prassi non vincolanti, esclusivamente soggetti istituzionali, associazioni rappresentative degli interessi delle categorie coinvolte dalla regolazione, parti sociali, esperti, testimoni privilegiati, ecc. ... Solo in ipotesi eccezionali e/o in sede di talune sperimentazioni regionali AIR (8) si è proceduto a utilizzare metodi di consultazione aperti.

Di particolare interesse è l'esperienza umbra maturata in seno al servizio *senso@lternato* con il quale si offre al cittadino non solo un'informazione costante via *e-mail* sugli aggiornamenti degli atti consiliari ma anche la possibilità di inoltrare commenti e proposte sui testi in discussione. Analoga possibilità è stata introdotta con il servizio *e-way/e-democracy* del portale dell'Assemblea regionale siciliana (la consultazione, tuttavia, è facoltativa e non riguarda tutte le proposte di legge).

Dalla ricognizione delle prassi esistenti a livello regionale emerge l'eterogeneità dei metodi e delle tecniche di consultazione utilizzati e che il ricorso a procedure aperte alla generalità dei cittadini si è rivelato del tutto eccezionale e sperimentale.

Di norma, per converso, gli assessorati e le commissioni consiliari competenti per materia procedono soprattutto in via informale, in taluni casi anche attraverso il ricorso a specifici gruppi di lavoro e/o istituti di ricerca esterni, a raccogliere osservazioni e commenti attraverso la circolazione di documenti e *feedbacks*, l'organizzazione di incontri più o meno ufficiali e di convegni, nonché attraverso comitati, *panels*, tavoli permanenti specializzati e strutture stabili di consultazione formati da rappresentanti delle organizzazioni interessate, oppure a mezzo *focus groups*. In talune Regioni (per es. Umbria) è previsto che saranno le leggi regionali a dover definire gli ambiti, i limiti e le modalità delle forme di consultazione degli interessati.

(7) Cfr. FAVA, *Consultazione e comunicazione istituzionale*, in F. BASILICA (a cura di) *La qualità della regolazione (Politiche europee e piano d'azione nazionale)*, Maggioli, 2006.

(8) Cfr. CAVATORTO, *La consultazione presso le Regioni*, in *L'Analisi di impatto della regolamentazione (Le esperienze regionali)*, FORMEZ 2005, 71-90.

La rilevata eterogeneità delle tecniche di consultazione, nonché l'assoluta incertezza circa le ipotesi in cui sia necessario o quantomeno opportuno consultare i destinatari della regolazione, imporrebbe di implementare una disciplina generale che fissi principi e regole generalmente condivisi, nel rispetto dell'ontologica flessibilità ed elasticità delle *consultation procedures*, che dovrebbero essere strutturate «su misura», *tailor-made*, adeguandosi alle specificità della realtà da regolare.

Un'armonizzazione generalmente condivisa, da concordarsi con tecniche rispettose del principio di leale collaborazione (per es. mediante intese perfezionate in sede di conferenza unificata Stato-Regioni), consentirebbe di migliorare la qualità della consultazione, anche a beneficio degli stessi destinatari della nuova regolazione che potrebbero esercitare le proprie facoltà partecipative in un contesto più certo e procedimentalizzato.

La menzionata esigenza di armonizzazione, peraltro, è condivisa anche a livello comunitario, prova ne siano le recentissime iniziative promosse sotto la Presidenza inglese dell'Unione europea (ci si riferisce, in particolare, alla proposta inglese contenuta nel *paper* lanciato ad Edimburgo nell'ottobre del 2005 «*Get Connected: Effective Engagement in the EU*»).

Con ciò non si vuol negare che le tecniche di consultazione debbano essere dotate della flessibilità necessaria per consentire gli opportuni adeguamenti alle specificità del caso concreto. Difatti, la rilevata eterogeneità delle prassi seguite a livello regionale dipende anche dalle immancabili diversità nelle realtà e nei contesti da regolare, dal potenziale impatto della proposta di regolazione, oltre che dalla natura e molteplicità dei soggetti regolati.

Sembra, tuttavia, opportuno che, al di là della necessaria elasticità delle procedure, sia doverosa un'operazione di ragionata e motivata standardizzazione delle regole al fine di evitare che la consultazione si risolva in un metodo di accesso privilegiato delle categorie forti che «istituzionalizzando» i loro rapporti con il mondo politico, creerebbero gravi pericoli di *capture* del regolatore, resa possibile dall'ambiguità, l'oscurità e la lacunosità della disciplina procedimentale (all'uopo si richiama un inequivoco passaggio del Libro bianco «*La Governance europea*» del 5 agosto 2001 (9), in cui la Commissione europea afferma che la predisposizione di requisiti minimi in materia di consultazione risponde all'esigenza di evitare «*il rischio che i politici si limitino ad ascoltare argomentazioni unilaterali oppure di determinati gruppi che si assicurino accesso privilegiato in base ad interessi settoriali o alla cittadinanza, il che costituisce un punto debole del metodo attuale delle consultazioni ad hoc*»).

Per evitare i rischi e i pericoli nascenti da una «consultazione senza regole» sarebbe opportuno conformarsi ai principi generali del «modello comunitario» richiamato dalla Consulta proprio per giustificare la legittimità costituzionale dell'obbligo statutario di motivare le leggi regionali (sentenza

(9) COM(2001)428.

6 dicembre 2004, n. 379) e ampiamente delineato soprattutto nella Comunicazione della Commissione europea dell'11 dicembre 2002 in materia di principi generali e requisiti minimi della consultazione (10).

Secondo i menzionati principi comunitari sarebbe importante, in primo luogo, precisare che le procedure di consultazione sono *esterne* al procedimento formale di formazione degli atti di regolazione. La precisazione consentirebbe di evitare impugnazioni dilatorie e defatigatorie fondate su meri vizi di procedimento (si richiama all'uopo la celebre sentenza della Corte Costituzionale spagnola del 29 luglio 1986, n. 108 (11)).

In secondo luogo, sarebbe opportuno chiarire che la consultazione attribuisce ai destinatari della regolazione una mera facoltà partecipativa e non un diritto di voto, essendo la decisione finale comunque rimessa all'organo politico istituzionalmente responsabile ed esclusivamente competente ad esercitare il potere di regolazione. In tal modo, si eviterebbero impugnative di atti di regolazione fondate su vizi motivazionali afferenti il mancato recepimento delle osservazioni pervenute nell'ambito della consultazione o l'erroneo e irragionevole bilanciamento degli interessi coinvolti (per fare due esempi concreti di un contenzioso di tal fatta si richiamano le sentenze del Tribunale europeo di primo grado in materia di limiti dell'obbligo di «giustificazione scientifica» dell'11 settembre 2002 (12)). Ciò è particolarmente rilevante nelle materie ad alto livello di specializzazione e tecnicità ove siano presenti forti interessi economici, in relazione alle quali il regolatore, dovendo pur sempre tutelare «gli assenti» (consumatori, investitori, lavoratori e utenti), cioè coloro che potrebbero non aver partecipato alla consultazione perché non in possesso delle conoscenze specifiche richieste e dei mezzi economici, tecnici e finanziari necessari, ben potrebbe legittimamente adottare una regolazione di contenuto diverso e contrario alla maggioranza delle osservazioni eventualmente pervenute solo dai membri dell'*industry*. La determinazione del punto di equilibrio nel bilanciamento di tutti gli interessi coinvolti costituisce l'essenza della scelta politica rimessa in via esclusiva al regolatore.

Per la predisposizione degli *standards* armonizzati a livello regionale e centrale si potrebbe attingere non solo alle *best practices* diffuse a livello internazionale e alla disciplina già da tempo esistente in alcune delle mag-

(10) COM(2002)704.

(11) Tribunal Constitucional, sentenza 29 luglio 1986, n. 108 in SANTAOLALLA LOPEZ, *Derecho parlamentario español*, Espansa-Calpa, Madrid, 1990, 259.

(12) Tribunale, sentenza 11 settembre 2002 (*Pfizer Animal Health S.A./N.V. c Consiglio*), causa T-13/1999, in *Raccolta* 2002, II, 3305 e Id., sentenza 11 settembre 2002 (*Alpharma Inc. c Consiglio*), causa T-70/1999, in *Raccolta*, 2002, II, 3495.

In senso conforme ESPOSITO, *La delega di poteri dal Consiglio alla Commissione (Profili giuridici della comitologia)*, *La Cittadinanza Europea*, Quaderno n. 2, 2004, 96-105.

Per i possibili riflessi delle pronunce del Tribunale europeo sul contenzioso nazionale in materia di motivazione, anche economica, degli atti di regolazione cfr. FAVA, *La Corte Costituzionale e le politiche comunitarie di better regulation: armonie e dissonanze su consultation e motivazione degli atti di regolazione*, in *Cittadinanza Europea* 2006 in corso di pubblicazione.

giori democrazie contemporanee nonché ai principi generali e ai requisiti minimi in materia di consultazione approvati dalla Commissione europea nel 2002 (13), ma anche alle prassi interne, comunque migliorabili, seguite dalle Autorità Amministrative Indipendenti italiane (14).

Questi atti, peraltro, hanno già formato oggetto di recenti studi e approfondimenti in seno al Dipartimento della Funzione Pubblica in occasione della predisposizione di «linee guida» per la consultazione degli interessati.

In chiusura, si segnala che, pur se molte Regioni hanno compiuto lodevoli progressi verso il miglioramento della qualità della regolazione, specie con l'adozione dei c.d. Statuti «di seconda generazione», appare essenziale che si continui a procedere in questa direzione, anche attraverso l'implementazione di una «regolazione della consultazione» idonea non solo ad evitare taluni rischi e pericoli risultanti da usi impropri e non corretti dello strumento di democrazia partecipativa, ma anche a consentire che il raggiungimento efficiente ed efficace degli stessi obiettivi della consultazione si produca con modelli e tecniche che superino i principali problemi finora emersi nell'ambito delle prassi regionali di consultazione degli interessati (15).

Il potenziamento della base conoscitiva di riferimento per la decisione del regolatore può realizzarsi anche attraverso una maggiore apertura dei processi decisionali che consentano, con il coinvolgimento di tutti i cittadini interessati, di introdurre nuove regole e/o di modificare quelle preesistenti nella misura in cui sia necessario per perseguire gli obiettivi di politica legislativa, ferma restando la salvaguardia delle situazioni soggettive costituzionali e comunitarie nonché degli interessi vitali dello Stato (16).

(13) Per un'ampia descrizione dello stato della normativa e delle prassi esistenti a livello mondiale e comunitario cfr. FAVA, *La Consulta e la qualità della regolazione nella multilevel governance: i rischi e i pericoli di un'apertura incondizionata alle procedure di consultazione degli interessati e alla motivazione delle leggi*, in *Corr. Giur.* 2005, 1515-1532.

(14) Per una dettagliata ricostruzione della regolazione della consultazione e delle prassi seguite presso le Autorità Amministrative Indipendenti dei servizi a rete (AEEG e AGCOM), cfr. FAVA, *Promozione della concorrenza attraverso la regolazione delle Autorità dei servizi a rete (l'AEEG)*, in A.A.V.V. *La concorrenza*, UTET, 2005, 854-914.

(15) L'intemperatività delle consultazioni rispetto alle fasi del processo regolativo, il rischio di esclusione di soggetti rilevanti ma con scarso potere di pressione, la mancanza di trasparenza nel reperimento delle informazioni a sostegno delle preferenze espresse e prese in considerazione dai poteri pubblici, la tendenza a restringere il campo di analisi alle sole posizioni convergenti riducendo il potenziale conflitto tra regolatori e regolati, la distorsione collegata alla generalizzazione di opinioni non rappresentative, la genericità dei dati raccolti e la non pertinenza rispetto alle finalità della consultazione (FAVA, *Consultazione e comunicazione istituzionale*, in F. BASILICA (a cura di), *La qualità della regolazione (Politiche europee e piano d'azione nazionale)*, Maggioli, 2006).

(16) Queste conclusioni, espresse anche il 9 marzo 2006 nell'intervento «*La consultazione nelle Regioni italiane: metodi ed esperienze*» al convegno «*Gli strumenti di qualità della regolazione*» organizzato dal FORMEZ, hanno trovato largo consenso non solo negli stessi relatori ma anche in numerosi Capi Uffici Legislativi di Giunte e Consigli regionali partecipanti.

La rimodulazione normativa in materia di accesso ai documenti amministrativi: la ridefinizione dei limiti e le nuove garanzie in caso di diniego di ostensione degli atti(*).

di Umberto Giovannini()*

SOMMARIO: 1. Note introduttive – 2. Il diritto di accesso quale principio di rango costituzionale – 3. I soggetti titolari del diritto di accesso – 4. I soggetti passivi – 5. Oggetto del diritto di accesso e documenti esclusi – 6. Diritto di accesso e riservatezza – 7. Tutela del diritto di accesso in via amministrativa e in via giurisdizionale.

1. – Note introduttive.

Le rilevanti modificazioni apportate dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15 alla legge fondamentale in materia di procedimento amministrativo, legge n. 241 del 1990, hanno interessato pressoché tutti gli aspetti dell'attività della pubblica amministrazione.

In particolare, per quanto attiene ai principi e criteri generali dell'azione amministrativa, si è assistito ad un ulteriore rafforzamento della loro primaria funzione di tutela del soggetto privato nei confronti dell'*agere* pubblico, che è da attribuirsi, oltre alla confermata vigenza dei tradizionali principi di economicità, efficacia e pubblicità, nonché di quello che garantisce al cittadino un'effettiva partecipazione ai procedimenti amministrativi, anche all'espressa menzione del principio di trasparenza.

La nuova legge, inoltre, recepisce in modo generalizzato e non quindi subordinato ad una norma nazionale *ad hoc* che li richiami e li applichi ad una particolare disciplina, alcuni principi consolidatisi nella normativa comunitaria ma che, fino ad ora, non avevano avuto analoga affermazione nell'ordinamento nazionale, quali il principio di proporzionalità, quello che tutela il legittimo affidamento del cittadino e, infine, il principio di precauzione.

Tale radicale rinnovazione non poteva non riguardare anche il diritto di accesso del soggetto privato agli atti amministrativi, essendo la tutela di tale posizione giuridica concreta e diretta applicazione dei già menzionati principi di trasparenza dell'azione amministrativa e di partecipazione del cittadino ai procedimenti che direttamente lo riguardano e/o interessano.

Per la rimodulazione del quadro normativo in materia di accesso, il legislatore del 2005 ha optato per la totale sostituzione degli originari artt. 22, 24 e 25 della legge n. 241 del 1990, lasciando invece immutato il testo dell'art. 23; disposizione peraltro già oggetto, alcuni anni or sono, di un importante

(*) Testo della relazione tenuta in occasione del convegno su «*La riforma della legge 241/1990 e le nuove regole*», svoltosi presso la Sala delle Conferenze del Comune di Reggio Emilia il 17 giugno 2005.

(*) Magistrato presso il Tribunale Amministrativo Regionale dell'Emilia Romagna, sezione di Parma.

restyling normativo (v. art. 4 della legge 3 agosto 1999 n. 265) e alla quale l'art. 21 della legge n. 15 del 2005 ha solamente apposto la rubrica: «*Ambito di applicazione del diritto di accesso*».

La riforma in materia di accesso si conclude, infine, con la sostituzione dell'originario art. 27 della legge n. 241 del 1990, concernente le norme relative all'istituzione e al funzionamento della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi.

Tali disposizioni contengono vere e proprie novità assolute in materia, tra le quali risulta degna di nota l'introduzione di un'articolata forma di tutela facoltativa in via amministrativa e comunque preventiva rispetto all'azione camerale davanti al giudice amministrativo, che consente al privato a cui è stato negato in modo espresso o tacito di accedere ad atti in possesso di un'amministrazione pubblica di adire o il Difensore Civico o la Commissione per l'accesso di cui all'art. 27 della legge n. 241 del 1990.

In altre parti della legge, invece, come nel caso dell'espressa previsione e definizione dei soggetti «controinteressati» all'esercizio del diritto di accesso da parte di terzi (art. 22, 1 comma lett. c), al legislatore va riconosciuto il merito di avere recepito, trasformandolo in norma positiva, il c.d. «diritto vivente» in materia, costituito, in nuce, dagli indirizzi emersi in seno al dibattito dottrinario accesi e di seguito sviluppatosi con l'entrata in vigore della legge n. 241 del 1990 e che successivamente sono stati recepiti ed ulteriormente affinati negli orientamenti della giurisprudenza amministrativa nel tempo consolidatisi riguardo a diversi aspetti dell'istituto dell'accesso sia a livello di diritto sostanziale sia concernenti l'azione camerale esperibile dinanzi al giudice amministrativo.

In altri casi, infine, le nuove disposizioni sembrano rivelare un'utilità meramente sistematica, in quanto le stesse, come è, ad esempio, per la norma che consente la possibilità – per il titolare del diritto di accesso – di ricorrere al giudice amministrativo e presenziare alla camera di consiglio di discussione della causa personalmente e che, in modo corrispondente, consente all'Amministrazione intimata di resistere e difendersi in sede camerale con un proprio dirigente, rappresentano una mera trasposizione nella legge fondamentale sulla disciplina dell'attività amministrativa di norme già presenti in altri testi normativi, come è avvenuto, nell'esempio fatto, riguardo all'art. 4, ultimo comma, della legge n. 205 del 2000.

2. – Il diritto di accesso quale principio di rango costituzionale.

Già si è accennato al rilievo costituzionale che la dottrina attribuiva alla disciplina in tema di accesso contenuta nel testo della legge n. 241 del 1990 ben prima della recente novella legislativa; rilevanza giustificata dal fatto che, in concreto, l'esercizio del diritto di accesso da parte del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione costituiva una seppure parziale ed indiretta estrinsecazione del principio di «buona amministrazione» di cui all'art. 97 della Carta Costituzionale, specie riguardo ai profili che prescrivono l'efficienza, l'imparzialità e la trasparenza dell'attività della Pubblica Amministrazione.

L'art. 22, 2° comma della legge n. 241 del 1990, nel testo introdotto dall'art. 15 della legge n. 15 del 2005, dispone che: «L'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa, al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e trasparenza, ed attiene ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera *m*) della Costituzione: resta ferma la potestà delle regioni e degli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, di garantire livelli ulteriori di tutela.».

Dalla semplice lettura della norma risulta del tutto evidente il «salto di qualità» che l'istituto dell'accesso ha portato a compimento nell'arco quindicennale di sua vigenza, soprattutto in riferimento alla sua natura, evolutasi da mezzo esclusivamente strumentale e propedeutico all'ottenimento di una più efficace tutela di altre posizioni giuridiche differenziate e qualificate che il cittadino intendeva far valere nei confronti dell'amministrazione, ad istituto giuridico che, pur non perdendo la propria caratteristica di strumentalità, è assunto al rango di «principio generale dell'attività amministrativa», nei riguardi del quale le pubbliche amministrazioni d'ora in poi dovranno apprestare lo stesso livello di tutela riservato agli essenziali diritti civili e sociali dei cittadini.

Secondo chi scrive, diverse disposizioni della novella del 2005 confermano le considerazioni che precedono.

Lo stesso art. 22 della legge n. 241 del 1990, nel comma successivo, risulta rafforzare il principio enunciato nella sopra riportata disposizione, prevedendo che detto livello di tutela debba essere assicurato uniformemente su tutto il territorio nazionale dalle amministrazioni pubbliche, con la conseguenza che, in base all'esplicito richiamo operato dalla disposizione in parola all'art. 117, secondo comma lettera *m*) della Costituzione, la materia dell'accesso appartiene alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, con espressa possibilità, tuttavia, per le Amministrazioni Regionali, in sede legislativa e regolamentare e per le altre amministrazioni locali, ovviamente solo in sede regolamentare, di poter prescrivere livelli di tutela del diritto di accesso più alti e/o aventi maggiore ampiezza di quelli garantiti dalla normativa statale.

In questa direttrice pare destinato ad operare anche il terzo comma del rinnovato art. 22 della legge n. 241 del 1990, laddove, in concreto, si afferma che l'accesso al documento amministrativo costituisce la regola fondamentale che deve essere rispettata e seguita dalle Pubbliche Amministrazioni, mentre il diniego o il differimento dell'ostensione dei documenti richiesti dal privato rappresentano l'eccezione; applicabile esclusivamente alle richieste in riferimento alle quali sussista taluna delle fattispecie preclusive dell'ostensione degli atti previste nel nuovo art. 24 della legge.

Ulteriormente, pare ispirato alla medesima *ratio* il settimo comma di quest'ultima disposizione, laddove il legislatore del 2005 prevede, a chiusura di una pur nutrita elencazione di fattispecie escluse dalla possibilità di accesso, che «comunque» e, quindi, anche in riferimento ai limiti all'accesso

contemplati nei commi precedenti, tale diritto debba essere garantito riguardo a quei documenti la cui conoscenza sia necessaria al soggetto privato per curare o per difendere i propri interessi giuridici e, ancora, di seguito, laddove prevede che tale diritto ugualmente debba essere garantito – a condizione che l'ostensione degli atti sia indispensabile – anche nei casi di documenti contenenti i c.d. «dati sensibili» e cioè relativi a determinati dati personali di terzi che rivestono particolare delicatezza e in quelli inerenti ad un procedimento giudiziario.

3. – *I soggetti titolari del diritto di accesso.*

La recente novella legislativa, sul punto, sembra avere un contenuto più restrittivo rispetto all'originario testo dell'art. 22 della legge n. 241 del 1990, poiché essa qualifica quali soggetti interessati all'accesso coloro che abbiano un interesse diretto concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento del quale è chiesta l'esibizione.

In realtà, la disposizione risulta molto meno innovativa e restrittiva di quello che può sembrare ad una prima lettura della stessa, dato che il concetto di soggetto interessato all'accesso trasfuso nella norma positiva è quello venuto a perfezionarsi, nell'arco di un quindicennio, attraverso il lavoro di interpretazione e affinamento dell'originario testo normativo compiuto in prima battuta in sede di dibattito dottrinario e successivamente emerso in un indirizzo giurisprudenziale che si è poi consolidato nel tempo.

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.

Risulta quindi sufficientemente persuasivo l'argomento secondo il quale, il legislatore del 2005, essendo trascorso un lungo periodo di applicazione pratica dell'istituto ed essendosi riempiti i contenuti volutamente generali della fattispecie normativa originaria con il già ricordato apporto dottrinario e con l'emersione ed il progressivo consolidamento di un indirizzo giurisprudenziale moderatamente restrittivo riguardo alla titolarità del diritto di accesso, abbia inteso riassumere ed avallare detta opera di interpretazione normativa ed affinamento concettuale, conferendo dignità di legge a tale definizione.

D'altra parte, il nuovo art. 22 della legge n. 241 del 1990 non sembra espressione di una volontà legislativa particolarmente restrittiva in tema di

titolarità del diritto di accesso, specie laddove, nel passo immediatamente precedente quello sopra riportato, la norma riconosce tale posizione legittimante anche ai soggetti privati che dimostrino di essere portatori di interessi pubblici o diffusi.

In conclusione dell'argomento, pertanto, ben può affermarsi che la P.A. dovrà continuare a consentire l'accesso agli atti ogniqualvolta essa riscontri che il soggetto privato richiedente sia titolare di una situazione giuridicamente rilevante – non necessariamente rappresentata dalle due categorie del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo che risultano già *pleno iure* tutelate dall'ordinamento – e che questa situazione differenziata del richiedente sia direttamente connessa alla conoscenza dei dati indicati nella motivata richiesta di accesso.

In questo senso, potrà verificarsi un'ammissibilità parziale dell'accesso, qualora non tutti i documenti richiesti a tale fine possano ritenersi collegati direttamente con la situazione (di aspettativa, di interesse diffuso o strumentale) in cui versa il richiedente.

È evidente, al riguardo, che quanto più sarà elevato il numero dei documenti richiesti ed eterogenea la loro natura, tanto più labili e sfumati saranno i legami idonei a collegare in via diretta i dati da esibire a colui che ha richiesto di visionarli e di trarne copia e, ulteriormente, tanto più consistenti saranno anche i dubbi che l'accesso richiesto costituisca, in realtà, uno strumento preordinato ad un controllo generalizzato dell'operato della pubblica amministrazione: comportamento elusivo espressamente ed innovativamente sanzionato dall'art. 24, comma 3, della legge n. 241 del 1990, come sostituito dall'art. 16 della legge n. 15 del 2005 con l'inammissibilità della richiesta di accesso.

4. – *I soggetti passivi.*

In linea di massima, si può sostenere che, riguardo ai soggetti che sono tenuti ad esibire gli atti dagli stessi detenuti, la legge n. 15 del 2005 non sia intervenuta, se non marginalmente, mediante l'apposizione della rubrica all'immutato testo dell'art. 23 della legge n. 241 del 1990, concernente, come si è accennato, l'ambito di applicazione del diritto di accesso, riguardo ai soggetti nei confronti dei quali tale diritto può essere esercitato.

Tuttavia, il nuovo testo dell'art. 22 della legge n. 241 del 1990 – contenente, tra l'altro, secondo un modello legislativo mutuato dalla normativa comunitaria, un'elencazione recante la definizione concettuale dei più importanti termini e locuzioni contenuti nelle varie norme di cui si compone il capo V della legge – spiega che, ai fini della disciplina sull'accesso, devono intendersi compresi nel concetto di «... pubblica amministrazione, tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario».

La norma, pur non proponendo niente di nuovo o di sostanzialmente diverso dai soggetti passivi del diritto di accesso genericamente definiti nell'art. 23 della legge, come sostituito dall'art. 4 della legge 3 agosto 1999 n. 265, pare allo scrivente porre ulteriormente l'accento sulla necessità che

l'estensione della possibilità di accedere agli atti di soggetti privati debba essere effettivamente ed esclusivamente circoscritta alle attività di pubblico interesse – normativamente disciplinate – svolte dagli stessi.

Sotto un profilo più concreto, si ritiene che tale interpretazione «restrittiva» della nuova disposizione – se sarà condivisa in ambito giurisprudenziale – potrà far riprendere nuovo vigore a quell'indirizzo, formatosi con le pronunce di diversi Tribunali Amministrativi Regionali, tra i quali è compreso quello della sede di Parma del T.A.R. Emilia Romagna ma che, allo stato, non è condiviso dai giudici di Palazzo Spada (v. C.d.S. sez. VI, 24 maggio 2002, n. 2855). Detto orientamento dei giudici di primo grado ritiene inammissibili le istanze di accesso presentate da dipendenti di *ex* enti pubblici, assoggettati a privatizzazione, e quindi trasformati in società di capitali (quali le Ferrovie dello Stato e le Poste Italiane), qualora le stesse fossero dirette ad ottenere l'ostensione di documenti inerenti il rapporto di lavoro, anch'esso privatizzato.

In questi casi, secondo detto indirizzo, non è dato riscontrare la sussistenza di quel legame che, come sembra prescrivere la citata disposizione, deve collegare in modo diretto tale categoria di documenti chiesti in visione, all'attività di pubblico interesse svolta dal soggetto privato.

Le considerazioni che precedono valgono, ovviamente, anche per le richieste di accesso dello stesso tipo proposte da dipendenti di *ex* enti pubblici regionali, provinciali e comunali assoggettati a privatizzazione.

5. – *Oggetto del diritto di accesso e documenti esclusi.*

L'art. 22, primo comma, lett. *d*) riporta, tra le altre definizioni in tema di accesso, anche quella di «documento amministrativo».

Peraltro, nel concetto di documento amministrativo ostensibile assunto a dignità normativa è tangibile il contributo fornito dall'elaborazione dottrina e giurisprudenziale, soprattutto in riferimento alla espressa inclusione, tra tali documenti, degli atti interni e di quelli non facenti parte di uno specifico procedimento amministrativo.

Una novità è invece rappresentata dalla necessaria diretta connessione della ostensibilità del documento al fatto che lo stesso sia detenuto dall'amministrazione (primo comma lett. *d*) e che non sia decorso il periodo temporale entro il quale la legge obbliga la stessa a conservare la categoria di atti a cui appartiene quello di cui è richiesta l'esibizione (sesto comma).

Al riguardo, si può notare che, rispetto all'originario testo dell'art. 22, non riveste più alcuna rilevanza, al fine di individuare la P.A. destinataria della richiesta di accesso, il soggetto che forma il documento e che, in riferimento al limite temporale di conservazione dei documenti, sarebbe auspicabile in virtù del particolare *favor* del legislatore nei confronti del privato che intende accedere agli atti di una pubblica amministrazione, un'interpretazione della norma che, comunque, consenta al privato di accedere a quegli atti che – pur essendo spirato il termine entro il quale permaneva l'obbligo di conservarli – siano di fatto ancora detenuti dalla amministrazione.

Il nuovo testo dell'art. 24 della legge n. 241 del 1990 elenca tutte le categorie di atti per i quali è escluso il diritto di accesso e, riguardo ad esse, non risultano esservi novità degne di particolare nota.

Al sesto comma è prevista la facoltà del Governo di procedere con regolamento adottato ai sensi dell'art. 17, secondo comma, della legge n. 400 del 1988 all'individuazione di ulteriori casi di sottrazione dell'accesso di documenti amministrativi la cui esibizione possa comportare una lesione alle più importanti funzioni statali in materia di sicurezza e difesa nazionale, politica estera e rapporti internazionali, politica monetaria e valutaria, ordine pubblico e repressione della criminalità e, ulteriormente, quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi e associazioni o, ancora, in caso di atti che siano direttamente connessi all'attività di contrattazione collettiva nazionale di lavoro in corso.

6. – *Diritto di accesso e riservatezza*

Nella nuova disciplina dell'accesso risultante dalle integrali sostituzioni di quasi tutti i testi delle norme contenute nel Capo V della legge n. 241 del 1990, emerge la nuova statura di livello costituzionale assunta dall'istituto in esame, soprattutto riguardo al nuovo assetto che il legislatore ha inteso conferire al necessario bilanciamento dei contrapposti interessi, entrambi facenti capo a soggetti privati, tra coloro che richiedono determinati documenti ad una pubblica amministrazione e coloro che, dalla ostensione degli stessi, potrebbero essere vulnerati per effetto della divulgazione di dati concernenti la propria persona.

Riguardo a tale assetto, la nuova disciplina prevede, in concreto, una prevalenza dell'accesso rispetto alla tutela della riservatezza, dal momento che, ai sensi dell'art. 24 settimo comma della legge n. 241 del 1990, nel caso che la conoscenza degli atti sia necessaria al richiedente per curare o per difendere i propri interessi giuridici e, quindi, nella maggior parte dei casi che spingono il privato a richiedere alla P.A. di esibire documenti in suo possesso, la P.A. deve comunque garantire ai richiedenti l'esercizio di tale diritto.

Tale prescrizione vale in via generale e, pertanto, attesa anche la sua posizione «di chiusura» nell'ultimo comma dell'articolo, essa deve ritenersi applicabile anche nel caso di esclusione previsto nel precedente comma 1 lett. d) concernente gli atti di procedure selettive contenenti informazioni di carattere psico – attitudinale relative a terzi.

Infine, sempre nell'ultimo comma dell'art. 24 della legge n. 241 del 1990 è regolato l'assetto tra diritto di accesso e diritto alla riservatezza, nei casi in cui i documenti richiesti contengano dati personali di terzi c.d. «sensibili», vale a dire attinenti ad informazioni su particolari aspetti ed interessi della vita personale e sociale di soggetti privati e dati relativi a procedimenti giudiziari e, ancora, nei casi in cui essi contengano dati c.d. «super – sensibili» ovvero sia recanti informazioni idonee a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale di terze persone.

Secondo il legislatore, anche in riferimento al primo dei due gruppi di casi sopra indicati deve prevalere il diritto di accesso, qualora sia accertato che i documenti sono indispensabili al soggetto richiedente per curare o per

difendere i propri interessi giuridici, mentre per i dati c.d. «super – sensibili», a tale condizione si aggiunge l'altra prevista nell'art. 60 del D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196 (decreto meglio conosciuto come *Codice della Privacy*), per la quale tali dati possono essere trattati dall'amministrazione, al fine di corrispondere ad una richiesta di accesso ai documenti, solamente qualora la situazione giuridicamente rilevante che si intende far valere sia di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero quando essa consista in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale o inviolabile.

Spetterà quindi in prima battuta all'Amministrazione ed eventualmente al Difensore Civico o alla Commissione per l'accesso, o direttamente al giudice amministrativo, soppesare e valutare, nel rispetto dei criteri indicati dal legislatore, i contrapposti diritti in gioco e decidere di conseguenza quale dei due debba prevalere.

7. – *Tutela del diritto di accesso in via amministrativa e in via giurisdizionale*

Il nuovo art. 25 della legge n. 241 del 1990 contiene la vera novità in materia di accesso, costituita dal ricorso amministrativo che il soggetto a cui la P.A. ha negato esplicitamente, o con comportamento silente, l'ostensione di documenti o l'ha semplicemente differita, ha facoltà di inoltrare, a seconda che l'Amministrazione che ha negato o differito l'accesso sia locale o statale, rispettivamente al Difensore Civico competente per ambito territoriale o alla Commissione per l'accesso istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, come previsto dal nuovo testo dell'art. 27 della legge n. 241 del 1990.

Tale ulteriore rimedio, tuttavia, così come è stato rimodulato dall'art. 17 della legge n. 15 del 2005 (il semplice ricorso facoltativo al Difensore Civico in materia di accesso era già stato introdotto dall'art. 15 della legge n. 340 del 2000), non solo non sembra idoneo a soddisfare l'aspettativa di massima tutela del diritto di accesso, in cui ha evidentemente confidato il legislatore introducendolo nell'ordinamento, ma risulta in evidente contrasto con l'esigenza di snellezza e celerità, che necessariamente deve connotare ogni procedimento amministrativo o azione giurisdizionale, diretti ad accertare se sussista o no l'obbligo per l'Amministrazione di esibire i documenti alla stessa richiести.

Riguardo a tali concrete esigenze, il ricorso amministrativo previsto dal nuovo art. 25 della legge n. 241 del 1990, risulta inutilmente aggravare la posizione del soggetto che si è visto negare o differire l'accesso e ciò soprattutto avviene, con effetti a dir poco paradossali, proprio nel caso in cui il Difensore Civico o la Commissione si pronuncino, entro i trenta giorni previsti dalla norma, in senso favorevole al richiedente.

Secondo quanto previsto dalla norma in questione, infatti, tale decisione, oltre che al richiedente, deve essere comunicata all'Amministrazione che illegittimamente ha negato l'accesso.

Essa, a sua volta, ha a disposizione ulteriori trenta giorni per confermare, motivandolo, il diniego precedentemente opposto al privato, con conseguente irragionevole perdita di tempo da parte del privato che dovrà

comunque rivolgersi al T.A.R. per chiedere il soddisfacimento della propria pretesa e, ulteriormente, la vanificazione dell'azione amministrativa da questi esperita e poi coronata da un successo rivelatosi poi, a conti fatti, del tutto vano.

Qualora, poi, il diniego di ostensione riguardi documenti contenenti dati personali di soggetti terzi, la norma prevede l'innesto di un sub procedimento che impone alla Commissione per l'accesso o al Difensore Civico (anche se tale istituto non è espressamente menzionato nella norma), di inoltrare richiesta di parere al Garante per la protezione dei dati personali, il quale, a sua volta, dovrà provvedere entro il termine di dieci giorni dalla richiesta.

In conclusione, date le incongruenze rilevate in tale farraginoso procedimento introdotto dalla legge n. 15 del 2005, non può essere certamente positiva la previsione sia riguardo al suo effettivo utilizzo da parte dei privati, sia in merito alla concreta utilità ed idoneità di tale strumento per decongestionare il carico di ricorsi giurisdizionali presentati ai sensi dell'art. 25 legge n. 241 del 1990, pendenti dinanzi ai Tribunali Amministrativi Regionali.

Invece, ben diverso e opposto ragionamento deve essere fatto riguardo alle «novità» concernenti l'azione giurisdizionale disciplinata dall'art. 25 della legge n. 241 del 1990, introdotte con l'art. 17 della legge n. 15 del 2005.

Particolare rilevanza deve annettersi alla conferma della possibilità per il richiedente l'accesso diretto a conoscere il contenuto di documenti rilevanti per una controversia pendente dinanzi al giudice amministrativo, di formulare detta richiesta al Presidente del Tribunale all'interno dello stesso processo principale, senza che il ricorrente sia costretto, come accadeva anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 1 della legge n. 205 del 2000, a presentare un nuovo autonomo ricorso per ottenere l'accesso ad atti relativi ad una causa dal medesimo, già introdotta dinanzi al giudice amministrativo.

Tale possibilità, oltre a dare applicazione concreta al principio di economia dei giudizi, si pone su un piano di assoluta coerenza rispetto alle esigenze, sopra ricordate, di snellezza e rapidità, che necessariamente debbono caratterizzare l'*actio ad exhibendum* ex art. 25 legge n. 241 del 1990.

Parimenti da condividere, è la scelta del legislatore di confermare la possibilità che il richiedente stia in giudizio personalmente e che l'Amministrazione resistente possa essere rappresentata da un proprio dirigente, all'uopo autorizzato dal rappresentante dell'ente, già introdotta nell'ordinamento con l'art. 4 della legge n. 205 del 2000.

Il *favor* del legislatore nei confronti del diritto di accesso e della effettiva possibilità per il privato di instaurare la relativa azione giurisdizionale si manifesta e misura, in questo caso, in termini di abbattimento dei costi processuali, dovuta alla confermata facoltatività per le parti di avvalersi della difesa tecnica.

Nel caso delle Amministrazioni statali, la facoltatività, per le stesse, di farsi patrocinare dall'Avvocatura dello Stato, ha indotto la più recente giurisprudenza amministrativa a ritenere che il ricorso ex art. 25 della legge n. 241 del 1990 debba essere notificato presso la sede dell'amministrazione e non, come di regola, presso gli Uffici dell'Avvocatura erariale.

Il doping negli ordinamenti europei e le iniziative mondiali per combatterlo

di Silvana Pagliara ()*

SOMMARIO: Premessa – 1. La legge francese del 23 marzo 1999, n. 99-223. – 2. La struttura della fattispecie della legge francese e comparazione con quella italiana. Rapporti tra giustizia sportiva e giustizia ordinaria. – 3. La legge svedese del 1° luglio 1992 e l'intervento modificativo del 1° aprile 1999. Breve comparazione con la legislazione italiana e francese. – 4. La tesi conservatrice. – 4.1. Olanda. – 4.2. Germania. – 4.3. Regno Unito. – 5. Le iniziative a livello mondiale per combattere il doping.

Premessa.

Il Consiglio d'Europa il 16 novembre del 1989 ha presentato a Strasburgo la «*Convenzione contro il doping*» per arginare e combattere l'uso indiscriminato di prodotti e metodi dopanti che spesso danneggiano irrimediabilmente la salute degli sportivi.

Alla Convenzione hanno aderito complessivamente 49 Paesi europei, che hanno introdotto sanzioni disciplinari per contrastare l'uso di sostanze dopanti attualmente in vigore.

Nella stessa direzione si è mosso il Parlamento europeo che ha approvato una risoluzione secondo la quale (PE. 205.677, nella seduta del maggio 1994) gli Stati membri vengono direttamente chiamati in causa ed invitati ad «adottare norme giuridiche integrative che vietino il *doping* nello sport e prevedano sanzioni per i singoli atleti, le società e le federazioni sportive internazionali in caso di violazione» ed inoltre «a rifiutare o revocare le sovvenzioni alle società e federazioni che chiaramente eludono le norme e i regolamenti in materia di *doping* nello sport e non combattono il fenomeno nelle attività sportive di cui sono responsabili». Infine, i ministri europei responsabili dello sport nella IX Conferenza, che si è tenuta a Bratislava il 30 e 31 maggio 2000, con la risoluzione n. 1/2000 hanno stabilito i principi essenziali delle politiche comunitarie e, in particolare, hanno previsto che ogni Paese riveda: 1) le misure legislative nel campo del *doping*, con modifiche al codice penale; 2) le leggi e i regolamenti relativi ai prodotti farmaceutici e alla sanità pubblica con riferimento alla protezione dell'infanzia; 3) la normativa che concerne i professionisti sanitari che lavorano nel settore sportivo. Mentre le risoluzioni o le raccomandazioni adottate dal Consiglio d'Europa costituiscono semplici inviti ai Governi degli Stati membri ad adottare misure e comportamenti contro il *doping*, la «Convenzione europea contro

(*) Ricercatrice presso l'Università di Firenze.

il *doping* nello sport» ha vincolato gli Stati firmatari ad adottare le misure necessarie per dare effetto alle disposizioni della convenzione (1).

Tra gli Stati europei che hanno aderito alla Convenzione europea contro il *doping* solo l'Italia, la Francia e la Svezia hanno emanato una legislazione *ad hoc* che considera il *doping* penalmente rilevante, mentre negli altri paesi quali la Germania, l'Olanda ed il Regno Unito vi sono posizioni fortemente critiche all'introduzione di una legge specifica.

1. *La legge francese del 23 marzo 1999, n 99-223.*

Lo scandalo-*doping* che si abbatté sul *Tour de France* del 1998 (2) portò all'estromissione della squadra francese Festina dal *tour*, infatti, otto dei nove corridori confessarono l'uso di sostanze proibite.

Successivamente il processo di Lilla si pronunciò sui fatti di *doping* della Festina ed emanò una sentenza di assoluzione nei confronti dei rei confessi provocando l'indignazione del popolo sportivo. La confessione tardiva di Virenque, uno dei leader degli arrampicatori alla «*Grande Boucle*», ha comportato la condanna a nove mesi di sospensione da parte della federazione cui aderiva con grande disapprovazione di gran parte degli sportivi, in quanto con il suo diniego il francese ha continuato a correre per due anni, vincendo gare e corse che non avrebbe dovuto vincere se squalificato al momento giusto. Bruno Roussel, invece, direttore sportivo e manager della famigerata Festina si assunse senza esitazioni responsabilità e colpe del «sistema» da lui stesso messo a punto per dopare i corridori. Nel suo libro (3) ha spiegato che «il sistema era teso soprattutto a evitare esagerazioni individuali; deprecabile, ovviamente, sia dal punto di vista morale ed etico che sportivo, ma tutto sommato a garanzia dell'uomo: in quegli anni di ricorso selvaggio alla farmacia proibita, per nulla contrastata dall'inedia dei dirigenti mondiali, era forse meno rischioso per un atleta poter contare sull'organizzazione della squadra, che rivolgersi ai trafficanti di turno».

Gli atleti, inoltre, erano a conoscenza delle pratiche *doping* che venivano loro fatte e addirittura si facevano raccomandare per poter avere i «servigi» dei medici dopatori più «à la page».

Roussel, inoltre, non ha mai negato le sue responsabilità, ma ha messo a nudo l'ipocrisia di tutto l'ambiente sottolineando come anche il *doping* possa in qualche occasione diventare, per gli uomini di potere, strumento di ricatto. Il tribunale, infine, ha condannato Bruno Roussel ad un anno di reclusione (con la condizionale) per aver organizzato e finanziato il *doping* di squadra alla Festina.

(1) DE JULIIS A., VITTORIOSO V., *Normative sulla tutela sanitaria delle attività sportive e la lotta al doping*. Organizzazione Editoriale Medico Farmaceutica, edizione seconda, Milano, 1992.

(2) Vedi in www.lanazione.it; www.sportpro.it/doping/archivio1998-2004; www.2raisport.rai.it/news.

(3) BRUNO ROUSSEL: «*Tour de vices*» Hachette Litterature, France.

Questa vicenda scatenò una vera e propria bufera che contribuì notevolmente a sensibilizzare l'opinione pubblica al problema *doping* e soprattutto ne rivelò le reali dimensioni.

Tale problema, infatti, non toccava solo gli atleti professionisti del ciclismo, ma molti giovani atleti e dilettanti che praticavano vari tipi di sport.

Lo stesso tipo di problema si è riproposto in Italia a proposito del maxi controllo antidoping che si è abbattuto sul Giro d'Italia 2004 e che ha preso le mosse proprio dalla morte sospetta di alcuni giovani atleti dilettanti. Fu lo sdegno provocato dallo scandalo del *Tour* sia nel mondo dei tifosi che della stampa a spingere il legislatore francese ad emanare la legge *ad hoc* n. 99-223 del 23 marzo 1999 (4) per regolare il fenomeno *doping*. Una volta esaminati i motivi che hanno determinato la creazione della nuova legge è il caso di analizzarne i caratteri generali (5). Tale legge stabilisce all'art. 17 «che è vietato a chiunque, nel caso di competizioni o manifestazioni sportive organizzate da una federazione sportiva o in vista della partecipazione ad esse di utilizzare sostanze o processi naturali allo scopo di modificare artificialmente le capacità o di mascherare l'impiego di sostanze aventi tali proprietà; di fare ricorso a sostanze o processi la cui legittima utilizzazione è sottoposta a condizioni restrittive allorché tali condizioni non si siano verificate».

Per quanto riguarda l'elenco delle sostanze considerate dopanti l'art. 18 afferma che «è uguale per tutte le discipline ed è stabilito da un atto congiunto dei ministri dello sport e della sanità». L'art. 19 si occupa, invece, della questione di chi fornisce le sostanze e stabilisce che «a chiunque è vietato di prescrivere, salvo nei casi di necessità medica di cui all'art. 10, della stessa legge n. 223 e con le forme previste, nonché di cedere, offrire, somministrare o applicare agli sportivi partecipanti ad una delle competizioni o manifestazioni di cui all'art. 17, una delle sostanze menzionate o di istigare al loro uso o ancora di facilitarne l'uso».

Per quanto riguarda le disposizioni relative ai controlli, oltre agli agenti di polizia giudiziaria che agiscono secondo le disposizioni del codice di procedura penale, l'art. 20 stabilisce che «sono abilitati ad effettuare i controlli stabiliti dal Ministero dello sport o demandati dalle federazioni, nonché ad indagare e constatare le infrazioni, i funzionari del Ministero dello Sport ed i medici incaricati dal Ministero dello Sport». I medici, inoltre, *ex art.* 21 possono procedere ad esami clinici e prelievi destinati ad evidenziare l'utilizzazione delle sostanze proibite o a scoprirne la presenza nell'organismo; di tutto ciò deve esser redatto un verbale da inviare ai Ministeri interessati, alle federazioni competenti ed al Consiglio per la prevenzione e la lotta al *doping*. Infine, i campioni prelevati durante i controlli dovranno essere analizzati nei laboratori incaricati dal Ministero dello sport.

(4) Pubblicata nel «*Journal Officiel.Lois et Decrets*» n. 70 del 24 marzo 1999, p. 4399 e ss.

(5) FORNASARI GABRIELE, *Il doping come problema penalistico nella prospettiva del diritto comparato*, CLUEB, Bologna, 2001.

L'ultimo comma dell'art. 21 dispone che «il solo fatto di non sottoporsi agli esami o ai prelievi comporta l'assoggettamento alle sanzioni amministrative previste dagli articoli 25 e 26».

Le federazioni sportive, infatti, *ex art.* 25 instaurano procedimenti disciplinari al fine di sanzionare i loro tesserati o membri tesserati di gruppi sportivi che sono loro affiliati e che abbiano tenuto le condotte vietate dagli artt. 17, 19 e 21. La massima sanzione disciplinare che può essere decisa dagli organi federali sportivi è l'interdizione perpetua a partecipare a competizioni o manifestazioni sportive. Per quanto riguarda, invece, le sanzioni penali l'art. 27 di detta legge al primo comma prevede «la reclusione di sei mesi (6) e l'ammenda di 50.000 franchi (circa 7.746,85 Euro) per chi si oppone all'esercizio delle funzioni di cui sono incaricati gli agenti ed i medici abilitati ai controlli previsti nell'art. 20 e le stesse pene anche per chi non ottempera agli obblighi interdittivi imposti con le pronunce del Consiglio per la prevenzione e la lotta contro il *doping* applicative dell'articolo 26».

Il secondo comma prevede «la pena della reclusione di cinque anni e dell'ammenda di 500.000 franchi (circa 77.468,53 Euro) per chi prescrive in violazione delle disposizioni dell'art. 10, cede offre, somministra o applica ad uno degli sportivi menzionati dall'art. 17 una delle sostanze menzionate nello stesso articolo, oppure ne facilita l'uso o in qualsiasi modo istiga lo sportivo a farne uso». È prevista, inoltre, una circostanza aggravante che porta la pena a sette anni di reclusione ed a 1.000.000 di franchi (circa 154.937,10 Euro) di ammenda nei casi in cui i fatti siano commessi in banda organizzata oppure nei confronti di un minore.

Il terzo comma, infine, stabilisce che il tentativo di detti delitti è punibile con la medesima pena prevista per la consumazione (7). Sono previste, inoltre, a carico dei soggetti ritenuti colpevoli delle pene accessorie *ex art.* 27 comma 4 che consistono «nella confisca delle sostanze dei procedimenti e degli oggetti o documenti che sono serviti a commettere il fatto o a facilitarne la commissione; nell'affissione o nella diffusione della decisione pronunciata secondo le condizioni previste dall'art. 131-35 del codice penale (8);

(6) Non si tratta di una pena fissa, in quanto, nel nuovo codice francese ogni fattispecie incriminatrice è accompagnata solo dal massimo della pena (detentiva o pecuniaria). Ciò significa che il giudice, con un margine notevole di discrezionalità, applicherà per un determinato fatto una pena che va dal minimo legale (un giorno di reclusione e un franco -euro 0,1549- di ammenda) al *quantum* ogni volta previsto.

(7) Il diritto penale francese in materia di tentativo stabilisce che è punibile sempre in relazione ai crimini, mai in rapporto alle contravvenzioni e solo in caso di espressa menzione quando si tratta, come in questo caso, di delitti, art. 121-4. Applicazione dei principi generali è anche la parificazione di trattamento fra consumazione e tentativo, art. 121-4 del nuovo codice penale.

(8) Nel caso di affissione il giudice deve precisarne il luogo, la durata, senza che quest'ultima possa comunque superare il termine di due mesi; trattandosi di diffusione, questa può essere assicurata dalla pubblicazione nel *Journal Officiel* oppure per mezzo di tutti i vari mezzi di comunicazione, dalla stampa scritta ai mezzi audiovisivi; la pubblicazione avviene a spese del condannato entro i limiti dell'ammontare dell'ammenda inflittagli, altrimenti i costi saranno a carico dello Stato. Riguardo alle modalità del messaggio affisso il giudice dispone di una notevole discrezionalità sia per i contenuti che per gli aspetti della pubblicazione.

nella chiusura per un anno o più di uno o di tutti gli stabilimenti d'impresa che sono serviti a commettere il fatto; nell'interdizione all'esercizio di un'attività professionale o sociale o di una pubblica funzione nel cui esercizio il fatto è stato commesso secondo le condizioni previste *ex art.* 131-27 del codice penale» (9).

Anche le persone giuridiche, infine, possono essere dichiarate penalmente responsabili per le infrazioni previste nel primo e secondo comma, secondo le condizioni previste dall'art. 131-2 del codice penale (10).

2. *La struttura della fattispecie della legge francese e comparazione con quella italiana. Rapporti tra giustizia sportiva e giustizia ordinaria.*

La legge italiana *antidoping* emanata il 14 dicembre 2000 n. 376, ha preso le mosse da quella francese pur differenziandosi per alcuni significativi aspetti.

È opportuno, una volta esaminati gli aspetti principali della legislazione francese *antidoping*, analizzare la struttura della fattispecie comparandola con la legge *antidoping* italiana ed i rapporti che intercorrono tra giustizia ordinaria e giustizia sportiva.

1) *L'oggetto giuridico.*

La legge francese *ex art.* 17 considera *doping* sia «l'utilizzo di sostanze o processi naturali allo scopo di modificare artificialmente le capacità», sia l'utilizzo di dette sostanze allo scopo di «mascherare l'impiego di sostanze aventi tali proprietà».

Il legislatore francese, inoltre, equipara al *doping* «il fare ricorso a sostanze o processi la cui legittima utilizzazione è sottoposta a condizioni restrittive allorché tali condizioni non si siano verificate». Per condizioni restrittive sicuramente deve intendersi l'uso terapeutico di tali sostanze o processi naturali come precisato all'art. 10 di detta legge.

Il legislatore italiano (11), invece, all'art. 1 comma 2 della legge n. 376/2000 dà una precisa definizione di *doping* classificandolo come «la somministrazione o l'assunzione di farmaci o di sostanze biologicamente o farmacologicamente attive e l'adozione o la sottoposizione a pratiche medi-

(9) L'interdizione ad esercitare una attività professionale o sociale può avere carattere perpetuo o temporaneo (in tal caso, deve durare almeno cinque anni); può riferirsi a tutte le attività previste dalla legge che reprime l'infrazione o, come nel nostro caso, soltanto quella nel cui esercizio o in occasione della quale il fatto è stato commesso. L'interdizione all'esercizio di una funzione pubblica segue le medesime regole di principio, con l'eccezione che in relazione ad essa il codice penale stabilisce espressamente i tipi di attività che possono essere interdette, mentre nel caso precedente è pienamente attribuita alla discrezionalità del giudice la scelta del tipo di attività da interdire.

(10) L'ascrizione di una responsabilità penale alle persone giuridiche rappresenta la «riforma simbolo» del Codice penale francese del 1994. Significativo a riguardo il saggio di DE SIMONE, *Il nuovo codice francese e la responsabilità penale delle personnes morales*, RIDPP, 1995, 189 ss.

(11) PAGLIARA SILVANA, *La tutela della salute nelle attività sportive ed il divieto di doping*. (l. 14 dicembre 2000, n.376), in *Giustizia Amministrativa on line*, del maggio 2004, anno I, n 5-2004; in www.GiustAmm.it.

che non giustificate da condizioni patologiche ed idonee a modificare le condizioni psico-fisiche o biologiche dell'organismo al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti»; ovviamente in presenza di patologie dell'atleta documentate dal medico non è vietata l'assunzione di tali farmaci né le pratiche mediche purché siano rispettate le modalità d'uso terapeutiche indicate nel decreto di registrazione europeo o nazionale (art. 2, comma 4).

Ai fini della presente legge l'art. 1 comma 4, inoltre, equipara al *doping* la somministrazione di farmaci o di sostanze biologicamente o farmacologicamente attive e l'adozione di pratiche mediche non giustificate da condizioni patologiche, finalizzate e comunque idonee a modificare i risultati dei controlli sull'uso dei farmaci, delle sostanze e delle pratiche indicati nel comma 2.

Per quanto riguarda l'oggetto giuridico sicuramente la legge italiana presenta una definizione del *doping* molto più precisa ed accurata, escludendo entrambe le leggi l'uso terapeutico di determinati farmaci o pratiche mediche, ma sostanzialmente le due leggi non presentano delle rilevanti differenze.

2) *La condotta e l'evento.*

Il legislatore francese punisce con la reclusione di cinque anni e con l'ammenda di 500.000 franchi (circa 77.468,53 Euro) la condotta di chi fornisce le sostanze e stabilisce all'art. 19 che «a chiunque è vietato di prescrivere, salvo nei casi di necessità medica di cui all'art. 10, della stessa legge n. 223 e con le forme previste, nonché di cedere, offrire, somministrare o applicare agli sportivi partecipanti ad una delle competizioni o manifestazioni di cui all'art. 17, una delle sostanze menzionate o di istigare al loro uso o ancora di facilitarne l'uso».

Inoltre, l'art. 27 di detta legge al primo comma prevede la reclusione di sei mesi e l'ammenda di 50.000 franchi (circa 7.746,85 Euro) sia «per chi si oppone all'esercizio delle funzioni di cui sono incaricati gli agenti ed i medici abilitati ai controlli previsti nell'art. 20», sia «per chi non ottempera agli obblighi interdittivi imposti con le pronunce del Consiglio per la prevenzione e la lotta contro il *doping* applicative dell'articolo 26».

Non è considerata, invece, penalmente rilevante la condotta dell'atleta che assume sostanze proibite o si sottopone a pratiche vietate, in quanto, tale comportamento è punito solo con sanzioni amministrative. L'atleta, pertanto, è considerato più una vittima che un autore del fenomeno *doping*.

Si considera, quindi, *doping* anche il fatto di assumere un prodotto proibito, pur se innocuo e privo di effetti psicologici e fisici sull'atleta. Di conseguenza perché il reato si perfezioni non occorre la lesione del bene salute, ma la semplice messa in pericolo o lesione potenziale del bene, quindi, tale fattispecie è di mero pericolo astratto come le condotte rilevanti di cui all'art. 27.

La novità portante della legge italiana sul *doping* è data dalle disposizioni penali previste dall'art. 9: «1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da tre mesi a tre anni o con la multa da € 2.582 a € 51.645 chiunque procura ad altri, somministra, assume o favorisce

comunque l'utilizzo di farmaci o di sostanze biologicamente o farmacologicamente attive ricompresi nelle classi previste all'art. 2 comma 1 (12), che non siano giustificati da condizioni patologiche e siano idonei a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti, ovvero siano diretti a modificare i risultati dei controlli sull'uso di tali farmaci o sostanze.

La fattispecie italiana a differenza di quella francese sanziona il *doping* autogeno punendo in modo inequivocabile l'atleta che assume sostanze dopanti o si sottopone o adotta tecniche dopanti idonee ad alterare le proprie prestazioni agonistiche e stabilendo pene severe (reclusione da tre mesi a tre anni e multa da € 2.582 a € 51.645). Inoltre, anche chi somministra, procura ad altri o in qualche modo agevola l'utilizzo di tali farmaci o sostanze vietate è severamente punito.

L'abuso di farmaci diventa così un vero e proprio reato (13).

La Cassazione penale (14) con una recente sentenza ha osservato che l'art. 9 comma 1, legge 376/2000 sanziona la condotta di procurare ad altri o di somministrare, assumere o favorire comunque l'utilizzo di farmaci o di sostanze ricompresi nelle classi previste all'art. 2 comma 1, solo se tale condotta specificatamente risponde «al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti, ovvero siano diretti a modificare i risultati dei controlli sull'uso di tali farmaci o sostanze».

Il ricorso, pertanto, è stato ritenuto inammissibile perché il fine specifico non risultava essere stato contestato al soggetto in questione che aveva ceduto al prezzo di £ 45.000 del nandrolone, quindi, mancando un elemento costitutivo della fattispecie criminosa non è configurabile la condotta prevista dall'art. 9 comma 1.

L'assunzione o la somministrazione di farmaci biologicamente o farmacologicamente attivi e l'adozione o la sottoposizione a pratiche mediche dopanti (non giustificate da condizioni patologiche e idonee a modificare le condizioni psicofisiche degli atleti) non produce un'effettiva menomazione del bene, ma semplicemente il pericolo di pregiudizio per il bene stesso che è dato dalle prestazioni agonistiche degli atleti.

Di conseguenza se per il perfezionamento del reato non occorre la lesione del bene, ma la semplice messa in pericolo o lesione potenziale del bene, si tratta di un reato di pericolo e come tale la soglia di punibilità del tentativo si avrà solo in coincidenza con la messa in pericolo del bene protetto.

(12) V. lista delle classi delle sostanze vietate e metodi proibiti del CIO anno 2003, in <http://www.CONI-Antidoping.htm>

(13) FRISONE MARCELLO, *Doping: l'abuso di farmaci viene considerato reato*; in *Il Sole 24 ore* del 18 luglio 2000, pag. 26.

(14) Cass. penale sez.III, 20 marzo 2002, n11277; in *Guida al Diritto (il Sole 24 ore)* del 20 aprile 2002, n.15.

3) *Dolo*.

Per quanto concerne l'elemento soggettivo, le condotte incriminate dalla legge francese per essere punite devono essere dolose, di conseguenza sono esclusi dalla punibilità sia i comportamenti colposi sia quelli riferibili alla responsabilità per rischio introdotta dal nuovo codice penale (15).

Il consenso dello sportivo, inoltre, non scrimina le condotte di somministrazione, prescrizione, cessione o applicazione di sostanze o procedimenti proibiti da parte di medici, allenatori o altri soggetti, in quanto la legge non vi attribuisce espressamente nessuna rilevanza.

Il reato previsto dalla legislazione italiana, invece, è caratterizzato dal dolo specifico, in quanto, la legge esige oltre alla coscienza e volontà del fatto materiale che l'agente agisca per un determinato fine che sta al di là del fatto che costituisce reato, quindi il conseguimento di tale fine non è necessario per la consumazione del reato. Il fine dell'agente in questo caso è dato dall'alterazione delle prestazioni agonistiche degli atleti mediante l'assunzione o la somministrazione di farmaci e la sottoposizione e l'adozione delle pratiche mediche già dette. Questo tipo di dolo specifico è rapportabile alla categoria di dolo specifico di offesa (16), ove la norma fa dipendere l'offesa dall'intenzione dell'agente, svincolato perciò da qualsiasi momento oggettivo, venendosi a punire una condotta di per sé inoffensiva.

Infine, anche secondo la disposizione legislativa italiana il consenso dello sportivo non scrimina, in quanto, la legge mira essenzialmente a tutelare beni indisponibili come l'integrità psicofisica stabilendo che l'attività sportiva non possa essere svolta con l'ausilio di tecniche, metodologie o sostanze che possono mettere in pericolo l'integrità psicofisica degli atleti, alterando la correttezza della gara. Per quanto riguarda, infine, il delicato

(15) Si tratta della « *mise en danger délibérée de la personne d'autrui* » di cui parla il secondo comma dell'art. 121-3; si tratta di una condizione psicologica che ha punti in comune sia con il dolo eventuale che con la colpa cosciente, ma in realtà costituisce una novità non facilmente classificabile secondo gli schemi consueti, di conseguenza la dottrina si divide essenzialmente in due correnti: la prima in DESPORTES-LE GUNEHÉC, *Le nouveau droit pénal*, cit., 364, propende per vedervi una consacrazione normativa del dolo eventuale; mentre la seconda in PRADEL, *Il nuovo codice penale francese. Alcune note sulla sua parte generale*, IP, 1994, 10 s., propende per un *terzium genus* tra dolo e colpa. In Italia la questione è stata affrontata da: FORNASARI, *Introduzione ai sistemi penali europei* in INSOLERA-MAZZACUVA-PAVARINI-ZANOTTI, *Introduzione al sistema penale*, vol.1, Torino, 1997, 64 s.

(16) MANTOVANI, *Diritto Penale*, Padova, 1988, p. 303 ss.; il Mantovani ha distinto tre tipi di reato a dolo specifico:

a) i reati a dolo specifico di offesa, ove la norma fa dipendere l'offesa dall'intenzione dell'agente, svincolata perciò da qualsiasi momento oggettivo, venendosi a punire una condotta di per sé inoffensiva;

b) i reati a dolo specifico di ulteriore offesa, caratterizzati dal fatto che accanto ad un fatto già offensivo e meritevole di pena la norma richiede la necessità di una ulteriore offesa che individuata nell'elemento intenzionale dell'agente, che, pertanto, si pone come momento di delimitazione dell'illiceità penale;

c) i reati a dolo specifico differenziale del trattamento penale, ove la norma individua la differenza tra i vari reati in base all'intenzione dell'agente, la quale diventa arbitro di diversi trattamenti, pur in presenza di fatti di pari gravità oggettiva.

rapporto tra giurisdizione ordinaria e sportiva, la legge francese prevede vari punti di contatto. In primo luogo a proposito dei controlli l'art. 20 stabilisce che questi possono essere stabiliti dal Ministero dello sport o demandati dalle federazioni, conseguentemente l'art. 21 stabilisce che debba essere redatto dai medici un processo verbale contenente i risultati degli esami clinici e dei prelievi destinati ad evidenziare l'utilizzo di sostanze dopanti da inviare ai ministeri interessati, alle federazioni competenti ed al Consiglio per la prevenzione e la lotta contro il *doping*.

D'altra parte ogni volta che la federazione sarà a conoscenza di notizie riguardanti pratiche *doping* dovrà far scattare le proprie procedure disciplinari interne, ma se tali notizie riguarderanno un medico, ci sarà l'obbligo di notificare il tutto all'ordine dei medici nazionale e informare l'autorità giudiziaria per l'apertura obbligatoria di un procedimento penale.

In secondo luogo *ex art. 25* le federazioni sportive instaurano procedimenti disciplinari al fine di sanzionare i loro tesserati o i membri tesserati di gruppi sportivi loro affiliati che abbiano contravvenuto alle disposizioni contenute dalla nuova legge negli artt. 17 e 19 o nell'ultimo comma dell'art. 21. L'art. 26, inoltre, estende tali provvedimenti disciplinari anche alle persone non tesserate partecipanti a competizioni o manifestazioni sportive organizzate dalle federazioni o ad allenamenti in previsione di esse, ed a quelle tesserate nei cui confronti la federazione competente non abbia preso una decisione entro i termini fissati dall'art. 25.

In Italia, invece, l'atleta che assume *doping* viene giudicato sia dalla magistratura ordinaria in base alle disposizioni della legge *ad hoc* già vista, sia da quella sportiva secondo le disposizioni del *Regolamento antidoping* del CONI del 5 giugno 2001 (17) a cui si richiama espressamente il *Codice di Giustizia Sportiva* (18) nell'art. 39. A differenza dal passato, però, sono stati creati dei punti di contatto tra la giurisdizione ordinaria e sportiva che per alcuni aspetti richiamano il sistema francese.

Per quanto riguarda il rapporto tra giurisdizione ordinaria e sportiva è necessario evidenziare che il regolamento del CONI ha istituito un nuovo organo, l'Ufficio di Procura Antidoping, che assume un ruolo quasi di tramite tra le due giurisdizioni, in quanto, provvede a segnalare alle Procure della Repubblica competenti le fattispecie penalmente rilevanti, ai sensi della legge 14 dicembre 2000, n. 376 di cui acquisisce conoscenza. L'art. 4 del regolamento antidoping stabilisce che: «l'Ufficio di Procura Antidoping, istituito presso il C.O.N.I. in posizione di piena autonomia, è competente in via esclusiva a compiere gli atti necessari all'accertamento delle responsabilità di tesserati alle Federazioni Sportive Nazionali o Discipline Associate che abbiano posto in essere i comportamenti vietati dal presente regolamento». Inoltre, detto regolamento stabilisce all'art. 1 comma 4 ed all'art. 11 comma 3 che: «qualora nel corso del procedimento di indagine si rilevino gli estremi di

(17) Vedi: in www.sportpro.it/doping/regolamento.

(18) Vedi: in www.figc.it; www.diritto.it; www.lega-calcio.it.

comportamenti penalmente rilevanti, anche ai sensi della legge 14 dicembre 2000, n. 376, l'Ufficio di Procura Antidoping trasmette gli atti relativi all'Autorità Giudiziaria territorialmente competente, e prosegue le indagini per l'accertamento delle responsabilità ai fini disciplinari e l'eventuale applicazione delle sanzioni stabilite dal CONI dalle Federazioni Sportive Nazionali e dalle Discipline Associate».

Il regolamento antidoping, inoltre, all'art. 1 stabilisce che per *doping* debba intendersi:

«a) la somministrazione, l'assunzione e l'uso di sostanze appartenenti alle classi proibite di agenti farmacologici e l'impiego di metodi proibiti da parte di atleti e di soggetti dell'ordinamento sportivo;

b) il ricorso a sostanze o metodologie potenzialmente pericolose per la salute dell'atleta, o in grado di alterarne artificialmente le prestazioni agonistiche;

c) la presenza nell'organismo dell'atleta di sostanze proibite o l'accertamento del ricorso a metodologie non consentite facendo riferimento all'elenco emanato dal CIO ed ai successivi aggiornamenti. Il *doping* è contrario ai principi di lealtà e correttezza nelle competizioni sportive, ai valori culturali dello sport, alla sua funzione di valorizzazione delle naturali potenzialità fisiche e delle qualità morali degli atleti».

L'art. 13 di detto regolamento ha stabilito le sanzioni applicabili all'atleta responsabile dell'uso di *doping*. In caso di positività al *doping* per la prima volta le sanzioni sono le seguenti:

«a) Qualora la sostanza vietata di cui si è fatto uso sia efedrina, fenilpropanolamina, pseudoefedrina, caffeina, stricnina o sostanze affini per struttura chimica alle suddette:

I) richiamo;

II) divieto a partecipare ad una o più manifestazioni sportive a qualsiasi titolo;

III) multa fino ad un importo massimo pari all'equivalente in lire di 100.000 dollari USA;

IV) sospensione da qualsiasi gara e/o da qualsiasi attività sportiva per un periodo da uno a sei mesi.

b) Qualora la sostanza vietata utilizzata sia diversa rispetto a quelle elencate al precedente paragrafo a):

I) divieto a partecipare ad una o più manifestazioni sportive a qualsiasi titolo;

II) multa fino ad un importo massimo pari all'equivalente in lire di 100.000 dollari USA;

III) sospensione da qualsiasi gara e/o da qualsiasi attività sportiva per un periodo minimo di due anni. Tuttavia, in base a circostanze specifiche, eccezionali, la cui determinazione spetta in prima istanza ai competenti organi federali, potrà essere prevista un'eventuale modifica alla sanzione di due anni.

2. In caso di *doping* intenzionale le sanzioni sono le seguenti:

a) Qualora la sostanza vietata di cui si è fatto uso sia efedrina, fenilpropanolamina, pseudoefedrina, caffeina, stricnina o sostanze affini per struttura chimica alle suddette:

I) divieto a partecipare ad una o più manifestazioni sportive in qualsiasi veste;

II) multa fino ad un importo massimo pari all'equivalente in lire di 100.000 dollari USA;

III) sospensione da qualsiasi gara e/o da qualsiasi attività sportiva per un periodo da due a otto anni.

b) Qualora la sostanza vietata utilizzata sia diversa rispetto a quelle elencate al precedente paragrafo a) oppure si tratti di una reiterazione del medesimo comportamento (per reiterazione si intende un ulteriore fatto di *doping* commesso entro un periodo di tempo di dieci anni successivi al momento in cui la sanzione precedente, in qualsiasi forma e per qualsiasi motivo, è diventata definitiva):

I) sospensione a vita a partecipare a qualsiasi manifestazione sportiva in qualsiasi veste;

II) multa fino ad un importo massimo all'equivalente in lire di 1.000.000 dollari USA;

III) sospensione da qualsiasi gara e/o da qualsiasi attività sportiva (per un periodo da quattro anni alla sospensione a vita).

Eventuali casi di *doping* durante una gara determinano automaticamente l'annullamento del risultato riportato (con tutte le conseguenze del caso, inclusa la rinuncia ad eventuali medaglie o premi), a prescindere da eventuali altre sanzioni che possono essere applicate, fermi restando il disposto di cui al punto 4 del presente articolo. In caso di positività al controllo antidoping di un atleta componente di una squadra, è prevista l'applicazione delle disposizioni in materia stabilite dalla Federazione Sportiva e Disciplina Associata interessata. La sanzione per un fatto di *doping* commesso da un atleta e rilevato in occasione di un controllo fuori gara dovrà essere analoga a quelle previste nei commi 1 e 2 del presente articolo». Il regolamento stabilisce al comma 8, inoltre, che il *doping* intenzionale può essere dimostrato in qualsiasi modo, inclusa la presunzione.

Anche il traffico di sostanze vietate o il tentativo è punito con la sospensione a vita dalla partecipazione a qualsiasi organizzazione, ente, attività o manifestazione sportiva a qualsiasi titolo.

Si applicano le sanzioni di cui al precedente punto 2, lettera a) per le condotte di: uso di un agente mascherante; una manovra o manipolazione che possa impedire o falsare qualsiasi controllo; rifiuto di sottoporsi a qualsiasi controllo; caso di *doping* la cui responsabilità sia imputabile ad un dirigente oppure all'*entourage* dell'atleta; complicità oppure altre forme di coinvolgimento in un'azione di *doping* da parte di coloro che esercitano una professione medica, farmaceutica o connessa; possesso o la detenzione senza giustificato motivo delle sostanze vietate dal presente regolamento.

In caso di reiterazione (per reiterazione si intende un ulteriore fatto di *doping* commesso entro un periodo di tempo di dieci anni successivi al

momento in cui la sanzione precedente, in qualsiasi forma e per qualsiasi motivo, è diventata definitiva) si applicano le sanzioni di cui al punto 2, lettera b).

3. *La legge svedese del 1 luglio 1992 e l'intervento modificativo del 1 aprile 1999. Breve comparazione con la legislazione italiana e francese.*

I casi eclatanti di *doping* di atleti svedesi di fama mondiale come il lottatore Thomas Johansson, che dovette restituire la medaglia d'argento vinta alle Olimpiadi di Los Angeles del 1984 ed il tennista Mats Wilander che assunse cocaina ai Campionati Internazionali di Parigi del 1995, suscitavano un forte sdegno nell'opinione pubblica svedese e nella stessa Federazione nazionale sportiva (19).

Lo scandalo, pertanto, portò alla luce le reali dimensioni del problema *doping* che colpiva non solo gli atleti professionisti, ma anche gli sportivi amatoriali ed i più giovani che assumevano sostanze dopanti in maniera incontrollata.

Il forte senso di lealtà sportiva insita negli Svedesi e l'esigenza di tutela della salute degli sportivi professionisti ed amatoriali furono determinanti per l'emanazione di una legge *ad hoc* antidoping che entrò in vigore nel 1992. Ora passiamo ad esaminare gli aspetti principali e gli elementi costitutivi della fattispecie di detta «legge sul divieto di determinate sostanze dopanti (20)» n. 1969.

Il paragrafo 1 elenca tassativamente le sostanze la cui assunzione è vietata: «steroidi anabolizzanti sintetici, testosterone e suoi derivati, ormoni della crescita e sostanze chimiche, che aumentino la produzione e l'espansione di testosterone e di suoi derivati o di ormoni della crescita».

Il paragrafo 2 considera punibili le condotte:

«di introdurre nel territorio dello Stato, oppure di cedere, di produrre, acquistare con il fine di alienare, mettere in commercio od utilizzare le sostanze tassativamente vietate, salvo il caso di fini medici o scientifici». Dal testo della legge svedese si evince la punibilità del *doping* autogeno, infatti, tra le condotte punibili include l'utilizzo di sostanze dopanti salvo il caso di uso terapeutico di dette sostanze. Come già analizzato precedentemente la legge italiana sul *doping* ha sanzionato il *doping* autogeno prevedendo pene molto severe, invece, la legge francese non ha considerato penalmente rilevante l'assunzione da parte dell'atleta di sostanze dopanti, ma ha punito tale condotta solo con sanzioni amministrative.

Successivamente è stata introdotta una «legge di modifica alla legge sul divieto di determinate sostanze dopanti» (21) precisamente la n. 44 del 25 febbraio 1999 che aggiunge a dette condotte «il possesso delle sostanze vietate».

(19) FORNASARI GABRIELE, *op.cit.*, pag.355 e ss.

(20) *Lag om forbud mot vissa dopningsmedel.*

(21) *Lag om andring i lagen om forbud mot vissa dopningsmedel.*

Per quanto riguarda, invece, l'elemento soggettivo le fattispecie sono di tipo doloso e per la loro integrazione non è richiesta alcuna specifica intenzionalità.

Anche la legge svedese come quella francese richiede il dolo semplice a differenza della legge italiana che richiede il dolo specifico in quanto l'agente deve agire per un fine determinato e cioè l'alterazione delle prestazioni agonistiche mediante l'uso di sostanze o di pratiche mediche dopanti.

Il consenso dello sportivo, inoltre, non scrimina, in quanto, non è sufficiente a coprire delle conseguenze socialmente inaccettabili in considerazione del danno, dell'offesa o della messa in pericolo che il fatto comporta e del suo scopo. Del resto questa via è stata seguita anche dalle legislazioni francese ed italiana, in quanto, in vista dell'importanza dei valori messi in pericolo il consenso non scrimina.

Il paragrafo 3, invece, contiene le sanzioni. Il primo comma stabilisce «la pena massima di due anni di reclusione per chi dolosamente tiene una delle condotte punibili di cui al paragrafo 2 eccetto la prima e cioè l'introduzione delle sostanze vietate nel territorio dello Stato alla quale si applicano le sanzioni previste dalla legge sul contrabbando delle merci». Il secondo comma stabilisce che «la pena è ridotta ad un massimo di mesi sei di reclusione, con la possibilità alternativa di una pena pecuniaria, se oggetto della commissione del fatto è una quantità scarsamente rilevante di sostanze dopanti o se vi sono altre circostanze attenuanti».

Il paragrafo 3a, introdotto dalla legge modifica del 1999, fissa le circostanze aggravanti e di conseguenza la pena va da un minimo di sei mesi ad un massimo di quattro anni di reclusione con l'imputazione di *doping* aggravato.

Il giudice per stabilire se si tratta di un'ipotesi aggravata deve valutare essenzialmente tre elementi:

1. se la condotta costituisce parte di una attività che viene esercitata su larga scala e con il carattere della professionalità;
2. se essa ha riguardato quantità notevoli di sostanze dopanti;
3. se è risultata per altre ragioni particolarmente pericolosa o inco-sciente.

Dai lavori preparatori emerge che le prime due aggravanti legate rispettivamente all'attività professionale ed alla quantità di sostanze debbano essere riferite ai casi in cui il soggetto agisca per un mero fine di guadagno o mediante lo sfruttamento di altre persone.

Per quanto riguarda la terza aggravante il requisito dell'incoscienza deve essere riferito ai casi in cui il soggetto approfitta dell'inesperienza di minori.

La legge italiana e quella francese non prevedono alcuna ipotesi attenuata o aggravata in relazione al quantitativo delle sostanze dopanti, prevedono invece la circostanza aggravante solo se i fatti sono commessi nei confronti di un minore.

Il paragrafo 4, infine, prevede che la punibilità del tentativo è ammessa solo in base al principio di esiguità e cioè se il fatto non appare di scarsa rilevanza.

Il tentativo è configurato solo per le condotte di cessione, produzione, acquisto a fine di alienazione e messa in commercio e non per il tentativo di possesso e di consumo.

Il secondo comma del paragrafo 4 prevede che la mera partecipazione cioè l'istigazione o complicità è assoggettabile alla pena prevista dal cap.3 del codice penale solo per le condotte per le quali è ammesso il tentativo restando esclusi il possesso ed il consumo.

Tuttavia, dai dati statistici, risulta che la durata delle pene detentive inflitte va da un minimo di quattro mesi ad un massimo di dodici mesi e da ciò si deduce che le Corti svedesi abbiano fatto un uso abbastanza moderato delle pene a loro disposizione applicando a mala pena la metà del massimo previsto e non utilizzando l'applicazione delle aggravanti.

Per quanto riguarda la giustizia sportiva è la stessa Commissione *doping* della Federazione sportiva nazionale che ordina ogni anno circa 2300 controlli sugli atleti sia in occasione di gare che degli allenamenti. Il riscontro della positività degli atleti ed il rifiuto di sottoporsi ai detti controlli comporta l'istaurazione del procedimento dinnanzi all'organo di giustizia sportiva.

Le sanzioni applicabili sono: l'ammonizione, l'ammenda fino a 25000 corone (30.987,00 Euro circa) e la squalifica fino a due anni.

4. La tesi conservatrice.

Passiamo ora ad esaminare i paesi nei quali vi è una posizione fortemente critica all'introduzione di una legge *ex novo* per regolare il fenomeno *doping* (22).

La tesi conservatrice sostiene che non sia necessaria una legge *ad hoc*, in quanto per regolare il fenomeno del *doping* è sufficiente il diritto vigente per la tutela di beni come la salute, l'integrità fisica e la stessa vita.

Sarebbe, invece, di competenza della giustizia sportiva l'irrogazione di procedimenti disciplinari e di pesanti sanzioni come la sottrazione dei titoli conquistati o le squalifiche anche a vita dalle competizioni. Ovviamente questi provvedimenti avrebbero una forza deterrente maggiore, in quanto colpirebbero l'onore degli atleti ed in particolare la possibilità di proseguire la carriera.

Per quanto riguarda, invece, la punibilità dell'atleta che fa uso di *doping* la tesi conservatrice a riguardo afferma che lo Stato non ha nessuna ragione di rilevanza pubblica idonea a giustificare una penalizzazione di tale comportamento, in quanto, l'atleta mette in pericolo solo la propria salute e non la salute pubblica. La non punibilità dell'atleta, però, non si estende ai soggetti che distribuiscono le sostanze o inducono alla pratica del *doping*, quindi, il consenso dell'atleta scrimina le loro condotte solo nei limiti in cui è efficace.

A questo punto si deve verificare l'attendibilità della tesi conservatrice esaminando brevemente alcuni ordinamenti europei che l'hanno adottata.

4.1. L'Olanda.

La legislazione olandese non persegue penalmente l'assunzione di sostanze dopanti da parte sia degli sportivi che dei praticanti di palestre.

(22) FORNASARI GABRIELE, *op.cit.*, pag.367 e ss.

È colpito solo il commercio di sostanze secondo le disposizioni della legge sugli stupefacenti o di quella sui medicinali. Conseguentemente le condotte penalmente rilevanti si riferiscono alle sostanze vietate dalla legge e non a quelle contenute nell'elenco del Comitato Olimpico Internazionale. I soggetti puniti, quindi, sono i trafficanti, i produttori, i medici, gli allenatori, ma non gli atleti.

Analizzando i principi generali delle leggi sugli stupefacenti gli aspetti più interessanti ai fini del *doping* sono dati da alcune disposizioni; innanzi tutto, l'effettivo utilizzo da parte dell'atleta delle sostanze di cui si fa commercio non è condizione obiettiva per la punibilità del traffico; costituiscono, invece, circostanze aggravanti sia il traffico avente come destinatari i minori, sia il carattere professionale dell'attività di smercio se è svolto da un'organizzazione criminale.

Per quanto riguarda l'applicazione di altre fattispecie al fenomeno *doping* si deve rilevare che la truffa non è applicabile perché l'assunzione di *doping* non è ritenuto punibile ed in relazione ai delitti di omicidio e lesioni non vi sono specifici richiami al *doping*.

La Commissione del Ministero per la salute e lo sport nel 1999 ha evidenziato l'inidoneità dell'attuale legislazione a perseguire le condotte dei produttori e dei trafficanti di sostanze dopanti.

Fino ad ora, però, non è stata attuata nessuna riforma, ma se ci dovesse essere sicuramente non riguarderà la condotta di consumo di sostanze dopanti altrimenti contrasterebbe con la politica seguita dal governo olandese riguardo agli stupefacenti.

In definitiva, l'utilizzo delle sostanze dopanti da parte dell'atleta è una condotta che viene regolata solo ed esclusivamente dagli organi delle federazioni sportive.

4.2. Il Regno Unito.

In Gran Bretagna il fenomeno del *doping* è strettamente regolato dalle organizzazioni sportive in collaborazione con un organismo indipendente per le politiche d'intervento contro il *doping* (*United Kingdom Sports Council Doping Control Unit*).

Le federazioni sportive non sono enti pubblici, ma organizzazioni autonome che dettano le loro regole e la relative sanzioni in caso di trasgressione basandosi sul potere loro conferito dal consenso dei tesserati.

Il giudizio disciplinare delle federazioni sulla responsabilità per *doping* di atleti, allenatori o proprietari di animali (23) è soggetto a rimedi giurisdizionali sia di diritto pubblico che di diritto privato.

Per quanto riguarda il diritto pubblico è possibile un ricorso al *Judicial Review* da parte della *English High Court*, mediante il quale l'Alta Corte esercita una supervisione su tribunali od organismi che emettono giudizi imponendo obblighi.

(23) In Britannia i primi casi eclatanti di *doping* riguardavano le corse truccate di cavalli e levrieri drogati dai loro proprietari.

Bisogna prendere atto, però, del fatto che l'Alta Corte quando il rimedio è stato esperito per questioni riguardanti la giustizia sportiva ed il *doping* abbia negato la propria competenza a riesaminare gli aspetti giuridici della decisione (24).

Probabilmente si vuole scoraggiare il ricorso alle corti ordinarie per evitare conseguenze indesiderate quali contenziosi incontrollabili che renderebbero difficoltosa sia l'amministrazione dello sport che quella della giustizia ordinaria.

Per quanto riguarda, invece, il diritto privato (25) la giurisdizione dell'Alta Corte ha titolo per intervenire nel caso di danno civilmente rilevante causato per esempio da controlli antidoping effettuati con colpevole negligenza o al di fuori dei termini contrattualmente pattuiti tra federazioni ed affiliati.

Infine, riguardo i ricorsi fondati sul diritto comunitario non vi sono orientamenti univoci, ma la decisione più recente (26) che riguardava la squalifica per quattro anni di un atleta in cui si contrapponevano le federazioni britannica ed internazionale di atletica leggera, non riconosce l'applicabilità dell'art. 59 del Trattato di Roma a casi di squalifica sportiva.

Ancora una volta si è deciso, però, per la legittimità delle misure antidoping adottate dalla federazione di atletica leggera perché sono rivolte a dettare i principi sulla leale partecipazione degli atleti alle gare.

4.3. La Germania.

I numerosi scandali (27) che si verificarono specie nella Repubblica democratica tedesca indussero alcuni politici ad elaborare un progetto di legge volto ad regolare il fenomeno *doping* anche con disposizioni penali.

La dottrina tedesca da anni discute sull'opportunità di introdurre una legge *ad hoc* per regolare il *doping*, ma l'orientamento prevalente è contrario.

La dottrina contraria in primo luogo parte dal presupposto della non punibilità dello sportivo che assume sostanze dopanti violando le regole di lealtà sportiva, in quanto, molte persone (manager) tentano di incrementare le proprie capacità di prestazione mediante preparati di vario genere, ottenendo in modo sleale dei vantaggi, ma non per questo sono puniti penalmente.

(24) I casi più noti hanno avuto come protagonista la federazione sportiva che organizza in Gran Bretagna le corse dei levrieri (*National Greyhound Racing Club Limited*) e l'associazione ippica (*Disciplinary Committee del Jockey Club*) e risalgono rispettivamente al 1983 ed al 1993. I casi più recenti, invece, riguardano Wilander e Novacek del 1997 per i quali l'Alta Corte ha affermato che la federazione tennistica non è sottoponibile a *judicial review* perché non è un ente pubblico.

(25) Per approfondimenti vedi BAILEY, *Doping Control in the United Kingdom. The Regulatory and Legal Framework*, in VIEWEG, *Doping. Recht und Realität*, cit., 338 ss.

(26) Riportata in *The Times*, 30 June 1997.

(27) La vicenda riguarda tre atlete di alto livello (Kristin Krabbe, Grit Breuer e Silke Moller) che furono assolte dalla Commissione giuridica della federazione di atletica leggera nel 1992 evidenziando la mancata intenzione di perseguire sospette vittorie.

In secondo luogo la dottrina afferma che la condotta dell'atleta che metta in pericolo la propria salute o vita mediante l'uso di sostanze vietate non sia da ritenersi punibile, in quanto, non è sanzionabile il soggetto che decide di autodanneggiarsi (come chi fuma o beve) a meno che non siano coinvolti gli interessi della collettività.

Per quanto riguarda, invece, persone diverse dall'atleta la dottrina sostiene che: se il terzo è un medico, che indicando o prescrivendo pratiche dopanti viola i propri doveri professionali di tutelare la vita, deve essere sottoposto alle sanzioni stabilite dagli ordini professionali; se il terzo, invece, non è un medico incorre nelle sanzioni stabilite dall'ordinamento in caso di lesione dell'incolumità dell'atleta. Secondo detta dottrina la lotta contro il *doping* deve essere regolata essenzialmente dalle organizzazioni sportive, in quanto, sono in grado di mettere in atto gli strumenti deterrenti nell'ambito della pratica sportiva (28).

L'ordinamento giuridico tedesco al paragrafo 25 del codice civile riconosce il diritto di autodeterminazione delle società ed in particolare conferisce ampia autonomia alle organizzazioni sportive.

Pertanto, le associazioni sportive e le federazioni stabiliscono i metodi dopanti vietati per i loro affiliati, istituiscono i controlli per far rispettare i divieti fissati e prevedono le sanzioni per gli eventuali violatori.

L'ampia autonomia concessa incontra, però, i limiti sia del controllo statale per verificare la compatibilità dei regolamenti antidoping con le leggi generali, sia di un eventuale riesame in sede giurisdizionale delle misure sanzionatorie adottate dalle federazioni.

Le normative antidoping delle varie federazioni sono talvolta diverse tra di loro, ma hanno in comune delle «linee direttive per la lotta al *doping*» stabilite dall'Associazione Sportiva Federale (*Deutscher Sportbund-DSB* 1992) (29) quali la necessità di definire il *doping*, la formazione di liste di sostanze proibite, le modalità dei controlli e le relative sanzioni per i trasgressori.

Il paragrafo 2 comma 1 di dette linee direttive definisce «*doping* il tentativo di conseguire un incremento non fisiologico delle capacità di prestazione dello sportivo attraverso l'impiego (assunzione, iniezione o somministrazione) di sostanze dopanti da parte dello stesso sportivo o mediante una terza persona (direttori di squadra, direttori, medici sportivi, massaggiatori, ecc.) nel corso di una gara o prima di essa e nel caso di anabolizzanti ed ormoni peptidi anche al di fuori dell'ambito di una gara».

Nel secondo comma sono indicati alcuni gruppi di sostanze dopanti che le singole federazioni possono a loro volta integrare con altre sostanze.

L'Associazione Sportiva Federale ha accolto in linea di massima la lista del CIO e distingue tra gruppi di sostanze assolutamente vietate (steroidi

(28) Vedi LINCK, *Doping aus juristischer Sicht*, cit., 62.

(29) Risalgono al 30 maggio 1992, data non del tutto causale, perché successiva ad una assoluzione di tre atlete che suscitò scandalo; vedi nota n 39.

anabolizzanti, ormoni della crescita narcotici ecc.), metodi vietati (*doping* del sangue e manipolazione farmacologica delle urine) e sostanze ammesse con restrizioni (alcool, anestetizzanti locali ecc.).

I paragrafi da 6 a 15 stabiliscono le modalità relative ai controlli sia durante le competizioni che durante gli allenamenti.

Le linee guida stabiliscono al paragrafo 8 comma 2, inoltre, le stesse sanzioni sia per chi fa utilizzo di sostanze o metodi proibiti sia per chi rifiuta di sottoporsi ai controlli.

Nel caso di prima violazione agli atleti è impedito di partecipare alle gare per dodici mesi; nel caso di prima recidiva la squalifica dalle gare va da un anno a due anni e sei mesi; nel caso di seconda recidiva la squalifica può essere temporanea, superiore a due anni e sei mesi oppure definitiva.

Ci sono, inoltre, ulteriori sanzioni come il disconoscimento dei titoli conquistati e la squalifica dalla competizione nel corso della quale l'atleta ha fatto uso di sostanze vietate.

5. *Le iniziative a livello mondiale per combattere il doping*

L'Agenzia mondiale antidoping (WADA-AMA), fondazione istituita dal Comitato olimpico internazionale (CIO) il 10 dicembre 1999 con sede a Montreal (Canada), ha lo scopo di promuovere e coordinare la lotta contro il *doping* nello sport in collaborazione con le organizzazioni intergovernative, i Governi e le autorità pubbliche dei Paesi aderenti.

L'Agenzia ha stabilito che dal 1 gennaio 2002, alle spese di funzionamento dell'Agenzia, nonché alla realizzazione delle attività di contrasto al *doping* e di ricerca sulle sostanze dopanti, provvedono per il 50 per cento il CIO e per l'altro 50 per cento i Governi dei Paesi rappresentati nel CIO.

Inoltre, al fine di coordinare a livello internazionale la lotta al *doping* la Wada-Ama ha approvato il Codice mondiale antidoping e la lista delle sostanze e dei metodi vietati.

Tale Codice prevede che, a partire dai Giochi olimpici di Atene 2004 o dalle Olimpiadi invernali di Torino 2006, i Comitati olimpici nazionali ed i Governi che non siano in regola con l'adesione e il conseguente versamento del contributo annuo non potranno ospitare i Giochi olimpici, i Giochi olimpici invernali o i Campionati del Mondo, né proporre la candidatura.

A tal proposito il disegno di legge n 3918(30) all'art. 1 prevede l'impegno da parte del Governo italiano di corrispondere il contributo annuale all'Agenzia mondiale costituita dal Comitato olimpico internazionale, al fine di non mettere a rischio lo svolgimento delle competizioni già assegnate (Giochi olimpici invernali del 2006, Universiadi della neve nel 2007), nonché le future assegnazioni all'Italia di altre competizioni sportive internazionali (candidatura per i Giochi olimpici estivi del 2012 e per i mondiali di nuoto del 2005). L'Italia, inoltre, il 12 settembre 2002 ha sottoscritto il Protocollo aggiuntivo alla Convenzione europea antidoping, impegnandosi in tale modo a riconoscere i controlli effettuati sugli atleti italiani, anche fuori dalle com-

(30) Vedi Disegni di legge e relazioni in <http://www.camera.it>.

petizioni sportive, dall'Agencia e per conto della stessa. Con il recente caso Balco(31), però, si è aperto un altro inquietante scenario a proposito del *doping*.

Nel giugno scorso l'allenatore Trevor Graham ha inviato in forma anonima all'agenzia antidoping statunitense (USADA) una siringa usata con resti di uno steroide anabolizzante non rintracciabile. Nella lettera allegata alla siringa Graham spiega che la sostanza era stata prodotta dal laboratorio Balco di San Francisco e distribuita a vari atleti di fama internazionale.

Gli esami condotti presso il laboratorio di analisi sul *doping* di Los Angeles hanno mostrato che si trattava di tetraidrogestrinone (THG)(32), uno steroide fino ad allora sconosciuto derivato dal gestrinone. Il laboratorio ha messo a punto un test in grado di rintracciare la sostanza ed ha avvisato l'agenzia antidoping statunitense (USADA).

Ancora non stati effettuati studi scientifici per rilevare gli effetti del THG sull'aumento delle prestazioni degli atleti, ma partendo dal meccanismo d'azione del gestrinone si può supporre che il THG abbia un notevole effetto anabolizzante.

Il gestrinone è stato inserito fra gli steroidi anabolizzanti androgeni (AAS) nella lista dell'agenzia mondiale antidoping (ADA) per il 2004. Il THG, invece, non è citato, ma rientra fra le cosiddette sostanze analoghe. Si tratta di uno steroide definito di «*design*» perché viene prodotto mediante la riduzione della sostanza di base (gestrinone) in modo che l'effetto resti simile o venga migliorato, senza che la sostanza venga rilevata con i normali metodi di *screening*.

Per rilevare che vi è stato l'uso di uno steroide di «*design*» esistono due vie: la prima su segnalazione di qualcuno che invii il prodotto ad un laboratorio consentendo di adeguare il sistema di analisi alla sostanza nuova; la seconda sulla base di voci su una nuova sostanza o di sospetti che il laboratorio ha su di un prodotto, in questi casi i campioni di urina vengono sottoposti a controlli più accurati per scoprire il motivo delle irregolarità.

Nonostante la difficoltà di individuare le nuove sostanze create in laboratorio nel caso Balco i contatti fra il laboratorio di Los Angeles, l'USADA e la WADA hanno funzionato in modo rapido ed efficace.

La WADA, infatti, ha invitato tutte le organizzazioni antidoping ad esaminare i campioni B disponibili nei laboratori alla ricerca del THG.

La commissione per la lotta al *doping* di Swiss Olympic, in primo luogo ha deciso di eseguire esami successivi mirati su tutti i campioni A conservati congelati presso il laboratorio di Losanna. In secondo luogo, in tutti i campioni che vengono esaminati si cercherà di scoprire se c'è la presenza di THG.

(31) Vedi in: www.tgcom.it/sport; www.gazzetta.it; www.corriere.it; <http://it.sports.yahoo.com>; <http://ilrestodelcarlino.quotidiano.net>; <http://atletica.datasport.it>.

(32) Dr. PHIL. NAT. MATTHIAS KAMBER e Dr. med. BRUNO MULLER, *Quello che si conosce sul tetraidrogestrinone (THG)*; in <http://www.dopininfo.ch>.

Bisogna, inoltre, sottolineare che nonostante ci siano grosse difficoltà per individuare le nuove sostanze dopanti create in laboratorio ed un dispendio economico maggiore, da una parte in tutto il mondo è cresciuta notevolmente la pressione dell'opinione pubblica sugli atleti colpevoli e sulle loro federazioni, dall'altra lo stesso CIO ha un ruolo molto più attivo rispetto al passato e con la creazione della WADA-AMA che coinvolge direttamente i governi dei vari paesi partecipanti ha dato una forte impulso alla lotta contro il *doping*.

È palese, pertanto, che in tutte le parti è maturata una forte volontà di uno sport pulito e leale facendo ciò ben sperare per il futuro.

Le riserve dell'appaltatore e le determinazioni del committente (*)

di Carmela Pluchino

SOMMARIO: 1. *L'attività di ingerenza e cooperazione del Committente.* – 2. *Le riserve: natura giuridica, profili formali, tipologia e disciplina del d.P.R. 554/1999.* – 3. *Le determinazioni del Committente: oneri della direzione lavori e del responsabile del procedimento.* – 4. *I modi di estinzione del contratto di appalto di opere pubbliche: la risoluzione del contratto per gli inadempimenti dell'appaltatore o del Committente e la revoca del contratto da parte della stazione appaltante.* – 5. *Il procedimento ex art. 31-bis della legge n. 109/1994: l'accordo bonario sulle riserve; la decisione sulle riserve in sede di collaudo e l'azione giudiziale.* – 6. *Esplicazione di caso concreto.*

1. *L'attività di ingerenza e cooperazione del Committente.*

L'intera fase dell'esecuzione dei lavori è caratterizzata, oltre che dai generali poteri di vigilanza e di controllo dell'Amministrazione, soprattutto dal suo potere di ingerenza nei riguardi dell'appaltatore. In particolare, questo potere qualifica il ruolo del «Responsabile del Procedimento» e i compiti dell'ufficio della «Direzione dei Lavori», esplicandosi nei momenti della consegna dei lavori, della loro eventuale sospensione, delle variazioni al progetto, incidendo sulla contabilità e giungendo fino alla fase del collaudo.

Innanzitutto è bene evidenziare che l'«ingerenza che l'Amministrazione esercita nell'esecuzione dell'opera, pur essendo particolarmente intensa e penetrante, non deve, tuttavia, essere tale da annullare ogni funzione dell'appaltatore e quindi quel nucleo essenziale della sua autonomia senza il quale non può esservi appalto né responsabilità dell'appaltatore per la regolare e tempestiva esecuzione dell'opera» (cfr. CIANFLONE-GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, 673).

Il potere di ingerenza di cui si discute, sotto il profilo dei contenuti, consiste in una condotta attiva e mai in un *non facere* e, come ogni altro potere pubblico, non è libero nei fini, essendo funzionalizzato allo scopo di assicurare la corrispondenza dell'opera al progetto, al contratto e alle regole dell'arte.

L'atto formale di ingerenza dell'Amministrazione, il c.d. «ordine di servizio», è lo strumento con il quale la Committente impartisce le disposizioni e le istruzioni cui l'appaltatore deve attenersi e attraverso il quale è garantita la regolarità dei lavori nonché fissato l'ordine di esecuzione degli stessi, quando questo non sia regolato dal contratto (cfr. art. 128 d.P.R.

(*) Relazione in occasione del Convegno IGOP tenutosi a Venezia in data 26 maggio 2005.

n. 554/1999). Dunque, la presenza dell'Amministrazione è diversamente calibrata a seconda che il «programma dei lavori» sia o meno stato predeterminato in via negoziale dalle parti (nel contratto o nel capitolato speciale).

L'Amministrazione non ha il potere di ingerirsi *tout court* nell'organizzazione materiale né dell'impresa, né del cantiere, né del lavoro, se non per garantire la sicurezza degli operai o dei terzi o in presenza di scelte organizzative inadeguate o irrazionali destinate a compromettere la bontà del risultato finale. In definitiva, l'esecuzione dell'opera deve trovare di volta in volta il punto di equilibrio fra i due opposti principi dell'«autonomia organizzativa» dell'appaltatore e del «potere di ingerenza» dell'Amministrazione, con la precisazione che l'autonomia non può andare disgiunta dalla responsabilità contrattuale per l'adempimento non conforme al contratto e alle regole dell'arte, mentre l'ingerenza non può prescindere dall'interesse pubblico alla cui tutela è deputata.

Secondo tali parametri andranno valutate le condotte dell'Amministrazione che si ingerisce o rifiuta di collaborare e dell'appaltatore che pretende di resistere all'ingerenza o non agisce in buona fede: risponderà l'Amministrazione che avrà insistito per la realizzazione di un progetto tecnicamente viziato o per l'esecuzione di un ordine irragionevole; viceversa dovrà rispondere l'appaltatore se avrà eseguito il progetto convenuto o le istruzioni dell'Amministrazione senza segnalare a quest'ultima tempestivamente i vizi dell'uno o delle altre rilevabili secondo l'ordinaria diligenza (cfr. R. VILLATA, *L'appalto di opere pubbliche*).

Al riguardo la Corte di Cassazione ha in più occasioni rilevato che *«in tema di appalto di opere pubbliche, i limiti dell'autonomia dell'appaltatore, derivanti dall'obbligatorietà della nomina del direttore dei lavori, nonché dalla intensa e continua ingerenza dell'Amministrazione appaltante, non fanno venir meno il dovere dell'appaltatore medesimo di prendere tutte le iniziative necessarie per la corretta attuazione del contratto anche a tutela dei diritti dei terzi, né il dovere di controllare gli atti attraverso i quali si esplica detta ingerenza, contestando, sotto il profilo amministrativo o tecnico, quelli che potrebbero comportare una sua responsabilità per inadempimento degli obblighi assunti o per i danni arrecati a terzi. Ne consegue che anche per detto appalto trovano applicazione i principi generali sulla responsabilità dell'appaltatore, che vedono costui, di regola, unico responsabile dei danni cagionati a terzi nell'esecuzione dell'opera, potendosi a questa aggiungere quella dell'Amministrazione solo qualora il fatto dannoso sia stato posto in essere in esecuzione del progetto o di direttive impartite dall'Amministrazione committente, mentre una responsabilità esclusiva di quest'ultima resta configurabile solo allorquando essa abbia rigidamente vincolato l'attività dell'appaltatore, così da neutralizzare completamente la sua libertà di decisione»* (cfr. Corte di Cassazione, sez. II, 20 agosto 1999, n. 8802; conformi Corte di Cassazione, sez. III, 9 dicembre 1997, n. 12449; sez. I, 25 febbraio 1993, n. 2328; sez. I, 21 gennaio 1992 n. 1346).

2. *Le riserve: natura giuridica, profili formali, tipologia e disciplina del d.P.R. 554/1999.*

Durante l'esecuzione dell'opera possono insorgere controversie tra appaltatore e Amministrazione. L'appaltatore, in linea di principio, per far

valere le sue pretese, è tenuto ad iscrivere apposita domanda nei documenti contabili nel termine, nella forma e nei modi tassativamente previsti dalla normativa che disciplina la materia.

Come evidenziato da autorevole dottrina (R. VILLATA, *L'appalto di opere pubbliche*) l'istituto delle riserve, già previsto nel Regolamento 350/1895 e ridisegnato nel nuovo Regolamento adottato con d.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 (*Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994 n. 109, e successive modificazioni*), mantiene le sostanziali connotazioni che lo caratterizzavano come onere dell'Appaltatore, inteso ad escludere ogni sua acquiescenza ai dati emersi nel corso del rapporto e finalizzato a quantificare le pretese, motivandone il relativo fondamento.

Quest'onere investe ogni pretesa di maggiori compensi, rimborsi o indennizzi, a qualunque titolo, in aggiunta ai corrispettivi contabilizzati dall'Amministrazione; non investe invece quelle pretese che riguardano la sorte del contratto (nullità, risoluzione, etc.).

Al riguardo la Corte di Cassazione (sentenza n. 18070 dell'8 settembre 2004) ha statuito che «*in tema di appalto pubblico, dal combinato disposto degli artt. 53, 54 e 64 del R.D. n. 350 del 1895 (applicabile "ratione temporis") si ricava la regola secondo cui l'appaltatore, ove intenda contestare la contabilizzazione dei corrispettivi effettuata dall'Amministrazione e avanzare pretese a maggiori compensi o indennizzi e danni, a qualsiasi titolo, è tenuto a iscrivere tempestivamente apposita riserva nel registro di contabilità o in altri documenti e ad esporre, nel modo e nei termini indicati dalla legge, gli elementi atti a individuare la sua pretesa nel titolo e nelle somme e, infine, a confermare la riserva all'atto della sottoscrizione del conto finale. Inoltre, poiché l'attuazione dell'opera pubblica, dalla gara di appalto alla consegna dei lavori, fino alla loro esecuzione ed al collaudo, si articola in fasi successive, attraverso un procedimento formale e vincolato, svolgentesi in una serie di registrazioni e certificazioni, alla cui formazione l'appaltatore è chiamato di volta in volta a partecipare, allo stesso è imposto l'onere di contestare immediatamente tutte le circostanze che riguardano le prestazioni (eseguite o non), e che siano suscettibili di produrre un incremento delle spese previste, attraverso un atto, pure esso a forma vincolata, e sotto la comminatoria della decadenza, nell'interesse pubblico alla tempestiva verifica delle contestazioni e alla continua evidenza della spesa dell'opera, in funzione della corretta utilizzazione ed eventuale integrazione dei mezzi finanziari per essa predisposti.*

Caratteristica delle riserve è che possono essere proposte soltanto per iscritto e sui documenti contabili dell'appalto: altra forma, per esempio una richiesta verbale o scritta a mezzo di lettera, non sarebbe idonea.

Come chiarito dalla giurisprudenza in materia (cfr. Corte di Cassazione, sentenza n. 3525 del 24 marzo 2000) «*nell'appalto di opere pubbliche, registro di contabilità è solo il documento le cui pagine sono preventivamente numerate e firmate dall'ingegnere capo e dall'appaltatore e nel quale le singole partite siano iscritte rigorosamente in ordine cronologico (art. 52 R.D. 350/1895), per cui esso non può identificarsi con il "libretto delle misure", sul quale si annotano la misura e la classificazione dei lavori, né con il "giornale dei lavori" di cui*

all'art. 40 del cit. R.D., in cui si registrano settimanalmente i progressi dei lavori. In realtà, il registro di contabilità è l'unico documento non tenuto sul luogo dei lavori da cui emerge una visione d'insieme o unitaria dell'esecuzione dell'appalto; solo in esso si ha il dovere o onere di iscrivere le richieste dell'appaltatore a pena di decadenza, perché da esso solo è rilevabile l'incidenza che le varie vicende potranno avere sui costi dell'appalto e per il committente e per l'appaltatore, che, in applicazione di regole di diligenza e buona fede, deve iscrivere immediatamente in esso i fatti che può prevedersi incideranno sulla contabilità dei lavori. È evidente quindi che un documento a fogli scomposti non può integrare il registro neppure provvisoriamente. In assenza del registro, l'appaltatore avrà la facoltà e non l'onere all'atto della firma di inscrivere in succinto in quei documenti contabili che devono essere da lui firmati le riserve e le domande che riterrà, e in tal caso le riserve e le domande non avranno efficacia e saranno considerate come non avvenute ove non siano ripetute nel registro di contabilità nei termini e nei modi indicati, una volta che lo stesso sia stato istituito. Solo con l'istituzione del registro sorge il dovere di iscrivere le riserve relative ai lavori eseguiti in precedenza».

Se l'appaltatore sottoscrive i documenti contabili *sic et simpliciter*, si avranno come accertati gli elementi registrati, con la conseguente decadenza dal diritto di far valere pretese eventuali che ad essi si riferiscono.

Giova sottolineare che le registrazioni contabili di per sé non sono delle dichiarazioni di volontà negoziale, ma di conoscenza o rappresentazione, limitandosi ad esprimere l'accadimento e la valutazione quantitativa di certi fatti.

La riserva non è la domanda, ma un espediente tecnico che consente all'appaltatore di firmare il registro di contabilità facendo salvo per un breve lasso di tempo (quindici giorni) il diritto di contestazione e di proposizione delle proprie domande. Si configurano dunque due diversi oneri funzionalmente collegati, l'«onere della proposizione della riserva» e l'«onere dell'esplicazione della riserva».

La domanda è quindi di norma preceduta dalla «riserva» ma vi possono essere pure dei casi in cui le domande siano proposte immediatamente e contestualmente alla sottoscrizione del registro di contabilità. Anche alla luce della nuova normativa le riserve configurano una «fattispecie a formazione progressiva», risultando complete ed efficaci soltanto dopo che l'Appaltatore le abbia ritualmente esplicate.

L'art. 165 del Regolamento stabilisce la procedura di iscrizione delle riserve, prescrivendo che debbano essere formulate nel Registro di Contabilità in occasione di ogni sottoscrizione del Registro stesso da parte dell'appaltatore, con facoltà di iscrivere immediatamente soltanto riserve generiche, «qualora l'applicazione e la quantificazione non siano possibili al momento della formulazione della riserva» (art. 31, comma 3, Cap. Gen.); con obbligo, in tal caso, di esplicazione, a pena di decadenza, nel termine dei successivi quindici giorni e con la conseguenza che l'esplicazione delle riserve contestualmente alla sottoscrizione del Registro di Contabilità avrà l'effetto di renderle complete ed efficaci in unica soluzione.

La riserva esplicata si sostanzia, dunque, in una richiesta dell'appaltatore di esame, o riesame, della posizione assunta dal Committente, senza ancora

dar luogo ad alcuna fase contenziosa, che potrà emergere nel prosieguo del rapporto, a seguito del mancato componimento, in via amministrativa, dei contrasti (come previsto dall'art. 31-*bis* della legge n. 109/1994, ai sensi dell'art. 149 del Regolamento e degli artt. 32 e 33 del Capitolato Generale).

Se l'appaltatore non iscrive rituale riserva decade dal diritto di far valere, in qualunque termine e modo, le proprie pretese relative ai dati registrati. Per converso, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 32 del Capitolato Generale, una volta che le riserve sono compiutamente formulate, le domande dell'appaltatore che ad esse sottendono non possono più essere aggiornate, o incrementate, con successive richieste di importi maggiori rispetto a quelli quantificati nelle riserve stesse.

Specifica la Corte di Cassazione (sentenza n. 13500 del 21 luglio 2004) *«in tema di appalto di opere pubbliche, con riguardo alle pretese ricollegabili all'esecuzione dell'opera che comportino anche un aumento della somma dovuta dall'Amministrazione in corrispettivo della detta esecuzione, l'appaltatore deve proporre riserva, nella forma vincolata imposta dalla legge, non appena è possibile, atteso che l'Amministrazione committente deve conoscere, tempestivamente e costantemente, tutti i fattori che siano suscettibili di aggravare il costo dell'opera. Infatti l'onere della riserva ha la sua ragione d'essere nella tutela della P.A. che, nell'esercizio della sua attività discrezionale, deve essere posta in grado di esercitare prontamente ogni necessaria verifica e deve, inoltre, poter valutare, in ogni momento l'opportunità del mantenimento ovvero del recesso dal rapporto di appalto, in relazione ai fini di interesse pubblico»* (in applicazione di tale principio la Corte ha confermato la sentenza di merito che ha ritenuto tardiva la riserva, per fatti già noti, iscritta solo nel primo stato di avanzamento dei lavori, ma non anche nel verbale di consegna dei lavori, o in quello di ripresa degli stessi).

In caso di «sospensione dei lavori», già in precedenza si riteneva ed è ora espressamente previsto dall'art. 133, comma 8, del d.P.R. n. 554/1999 che le contestazioni dell'appaltatore in merito debbono essere iscritte, a pena di decadenza, nei verbali di sospensione e di ripresa dei lavori.

Invero *«l'impossibilità di esattamente quantificare l'ammontare del danno cagionato dalla sospensione dei lavori non esonera l'appaltatore dall'onere di iscrivere a verbale la riserva, ai sensi dell'art. 54 del R.D. 25 maggio 1895, n. 350, dovendosi al riguardo distinguere il momento nel quale il danno sia presumibilmente configurabile dal momento nel quale esso sia precisamente quantificabile, sorgendo l'onere di iscrivere la riserva sin dal primo momento e potendo la quantificazione operarsi nelle successive registrazioni. Da tanto deriva che, ove il danno sia correlato ai maggiori oneri della prolungata sospensione, è nel verbale di ripresa che deve essere formulata la riserva, salvo ad esplicitare nelle successive registrazioni la sua entità»* (cfr. Corte di Cassazione, sentenza n. 14110 del 23 settembre 2003).

Sia nel caso di sospensione inizialmente illegittima che nel caso di sospensione legittima ma divenuta successivamente illegittima, l'appaltatore acquista anche il diritto — ove ne ricorrano i presupposti — alla risoluzione

del contratto per inadempimento della Pubblica Amministrazione, senza necessità di preventiva riserva, in ossequio ai principi generali in materia di contratti.

Inoltre, «in relazione ai fatti produttivi di danno continuativo, la riserva va iscritta contestualmente o immediatamente dopo l'insorgenza del fatto lesivo, percepibile con la normale diligenza, mentre il quantum può essere successivamente indicato» (cfr. Corte di Cassazione, sentenza n. 5540 del 19 marzo 2004).

Non si può pretendere la formulazione di riserve nel caso di mancanza di rituale contabilità o di contabilità gravemente lacunosa, in quanto l'appaltatore non è posto in condizione di conoscere le registrazioni che, in ipotesi, siano lesive dei suoi diritti; senza dire che non avrebbe a sua disposizione neppure l'atto su cui iscrivere le proprie riserve. Né vi è onere di formulare riserve quando la pretesa dell'appaltatore tende alla «rettifica di errori materiali» contenuti nel registro di contabilità, emendabili in base a semplici verificazioni.

A ciò aggiungasi che, secondo la giurisprudenza, non sussiste l'onere di iscrivere apposita riserva per tutti i fatti che investano globalmente la sorte del rapporto, ossia le cause di risoluzione, di invalidità etc. (cfr. Corte di Cassazione, 13 luglio 1983, n. 4760, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1984, 193; 17 marzo 1982, n. 1728, *ibidem*, 1982, II, 48).

Nella giurisprudenza arbitrale è stato negato l'onere della riserva: *a*) per la risoluzione del contratto (*ex plurimis* lodo arbitrale 9 marzo 1999, n. 18, *ibidem*, 2001, 62); *b*) per la corresponsione degli interessi dovuti in ragione del ritardo nel pagamento dei corrispettivi in acconto o in saldo (*ex plurimis* lodo arbitrale 27 gennaio 1998 n. 6, *ibidem*, 2000, 8); *c*) per le somme dovute a titolo di revisione dei prezzi (lodo arbitrale 21 dicembre 1996, n. 194, *ibidem*, 1998, 1159); *d*) in genere per tutti i fatti estranei all'oggetto dell'appalto o alla finalità di documentazione dell'*iter* esecutivo dell'opera (lodo arbitrale 12 febbraio 1998, n. 13, *ibidem*, 2000, 75); *e*) per i comportamenti dolosi o gravemente colposi del Committente non incidenti direttamente sull'esecuzione dell'opera (lodo arbitrale 7 aprile 1998, n. 30, *ibidem*, 2000, 188).

In alcuni casi l'ordinamento impone specifici adempimenti all'appaltatore per far valere le sue pretese al di fuori del sistema delle riserve: si pensi al caso di danni causati da forza maggiore; secondo quanto disposto dall'art. 139 del Regolamento «*l'Appaltatore deve farne denuncia al Direttore dei lavori nei termini stabiliti dai capitoli speciali o, in difetto, entro tre giorni da quello dell'evento, a pena di decadenza dal diritto al risarcimento*».

Per ciò che concerne i casi in cui le controversie attengono all'intero oggetto contrattuale, le cd. «riserve generali», vigente il precedente Regolamento, si riteneva che l'onere di iscrivere le corrispondenti riserve potesse essere ritardato fino all'emissione dello Stato Finale, essendo consentito all'appaltatore di trarre da tale atto — e solo da tale atto — la valutazione conclusiva delle proprie pretese, mettendole a confronto con il quadro completo della contabilità; si riteneva quindi che in sede di Stato Finale l'Appaltatore potesse iscrivere nuove riserve o, quantomeno, esplicitare quelle iscritte in precedenza, allorché riguardassero le generalità dell'opera.

L'art. 174, comma 2, del Regolamento prevede ora che «*L'appaltatore all'atto della firma dello Stato Finale non può iscrivere domande per oggetto o per importo diverse da quelle formulate nel Registro di Contabilità durante lo svolgimento dei lavori e deve confermare le riserve già iscritte sino a quel momento negli atti contabili per le quali non sia intervenuto l'accordo bonario di cui all'art. 149, eventualmente aggiornandone l'importo*».

Si deve osservare che mentre il succitato art. 174, comma 2, prevede la possibilità di aggiornare in sede di Stato Finale l'importo delle precedenti riserve iscritte in contabilità, al contrario l'art. 31, comma 4, del Capitolato Generale prescrive che «*la quantificazione delle riserve deve intendersi effettuata in via definitiva, senza possibilità di successive integrazioni o incrementi all'importo iscritto*».

Come correttamente rilevato dalla dottrina (cfr. RICCARDO VILLATA, *L'appalto di opere pubbliche*, II edizione, 954) «pur dovendo ritenere prevalenti, in caso di contrasto, le disposizioni del Regolamento su quelle del Capitolato Generale, sembra più consona al clima di rigore che traspare dall'impostazione del nuovo Regolamento, l'interpretazione prudenziale che, ravvisando nella norma inserita nel Capitolato Generale una integrazione del principio stabilito nel Regolamento, porta alla necessità di tempestiva iscrizione delle riserve negli atti contabili ed in Registro di Contabilità, in relazione al progressivo avveramento dei fatti causativi di danno, ancorché di rilevanza generale. In altri termini, ancorché non sia consentita la valutazione complessiva del *petitum*, è d'uopo che l'appaltatore iscriva in riserva il *quantum* maturato e, successivamente, aggiunga, con altre autonome riserve, le rispettive pretese, così da poter richiamare in Stato Finale, le stesse riserve, con le stesse quantità, già iscritte in precedenza».

Nei casi di esclusione dall'onere di riserva rientrano tutte le controversie che non sono in correlazione con le registrazioni contabili; si pensi ai provvedimenti assunti dall'Amministrazione in via di autotutela (recesso, esecuzione d'ufficio, risoluzione del rapporto) ovvero alle azioni mirate alla interpretazione del contratto o ai fatti accaduti successivamente all'ultima registrazione contabile e allo stesso Stato Finale. L'onere di iscrizione delle riserve, in relazione ai descritti provvedimenti dell'Amministrazione, si manifesta soltanto quando le conseguenze di tali atti confluiscono nelle registrazioni contabili; nell'immediato resta garantito il diritto dell'appaltatore di ricorrere ai mezzi ordinari di tutela giurisdizionale, per opporsi ai provvedimenti lesivi che assume adottati dall'Amministrazione in via di autotutela.

Le riserve si atteggiano dunque a domande dell'impresa intese ad ottenere una decisione da parte del Committente; questi è tenuto a pronunciarsi, tramite il proprio organo deliberante, sia in corso dei lavori, quando l'entità delle riserve eccede il 10% dell'importo contrattuale, sia alla fine del rapporto, scaduto il termine indicato dall'art. 204, comma 3, del Regolamento: 60 giorni dalla trasmissione del collaudo al Responsabile del Procedimento.

Si evidenzia che le riserve non possono considerarsi nemmeno in senso lato «ricorsi amministrativi», in quanto non sono rivolte alla P.A. come

Autorità ma nella veste di contraente, anche se la loro istruttoria e decisione ha luogo all'interno di un «procedimento amministrativo», in ossequio ai principi di diritto pubblico.

Né, d'altra parte, le riserve integrano un'«intimazione al pagamento», «essendo un rimedio cautelativo diretto solo a far salvi i diritti dell'appaltatore dalla decadenza da cui verrebbero altrimenti colpiti; non valgono a costituire in mora l'Amministrazione né varrebbe rilevare che le riserve costituiscono delle richieste fatte per iscritto (art. 1219 cod. civ.), e ciò sia per la loro sopraccennata finalità ed anche perché esse non implicano un loro soddisfacimento immediato, essendo condizionate dalla consapevole esigenza dello svolgimento di apposito procedimento dopo la ultimazione dell'opera e il collaudo nonché dopo l'audizione dei pareri necessari da parte dell'Amministrazione» (cfr. CIANFLONE-GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, p. 1272).

L'art. 165 del Regolamento prevede le conseguenze della mancanza di sottoscrizione del Registro di Contabilità e della mancata, o intempestiva, esplicitazione delle riserve iscritte in modo generico: per tali evenienze «*i fatti registrati si intendono definitivamente accertati e l'appaltatore decade dal diritto di far valere in qualunque termine e modo le riserve o le domande che ad essi si riferiscono*».

Nel comma 2 dello stesso articolo si aggiunge che «*nel caso in cui l'appaltatore non firmi il Registro è invitato a farlo entro il termine perentorio di quindici giorni e, qualora persista nel rifiuto, se ne fa espressa menzione nel Registro*».

Così come l'appaltatore può omettere di iscrivere alcuna riserva sugli atti contabili, con gli stessi effetti può rinunciare alle riserve ritualmente iscritte. La rinuncia alle riserve è atto unilaterale non recettizio dell'appaltatore e, perciò, non occorre che sia accettata dall'Amministrazione. Poiché la mancata conferma delle riserve nello Stato Finale ne comporta la caducazione, con tale omissione si realizzano gli stessi effetti di una esplicita rinuncia.

Non ci si può esimere dal rilevare che tra omissione di riserve (come fatto obiettivo) e rinuncia espressa alle riserve (come manifestazione di volontà) sussistono notevoli differenze, soprattutto sotto l'aspetto dell'invalidazione, che è propria solo di quest'ultimo atto volontario: per esempio non sarebbe idonea a conseguire gli effetti abdicativi una rinuncia dell'appaltatore non spontanea, ma estorta; tanto non vale per l'omissione di riserve che, invece, opera in via soltanto oggettiva.

D'altra parte, per quanto riguarda la possibilità dell'Amministrazione di rinunciare a valersi dell'eccezione di decadenza, gli artt. 2968 e 2969 c.c. dispongono che la decadenza opera di diritto, ma deve essere eccepita dalla controparte. Ciò significa che non è disponibile la procedura, disciplinata dal Regolamento, che, in caso di omissioni dell'appaltatore, porta alla decadenza, mentre sono disponibili gli effetti della decadenza, dopo che è venuta in essere: in altri termini, una volta che l'appaltatore è decaduto dall'iscrivere riserva per contestare una registrazione contabile, l'Amministrazione può

rinunciare a valersi della decadenza, sia con specifico riconoscimento della riserva tardiva, sia modificando le registrazioni contabili contestate in senso conforme ai rilievi dell'appaltatore.

Tale facoltà dell'Amministrazione risulta, peraltro, in sintonia con il potere alla stessa riconosciuto di rivedere unilateralmente la contabilità, anche quando sia diventata «definitiva» per l'appaltatore, sia in senso positivo che in senso negativo per lo stesso.

In proposito la Corte di Cassazione ha stabilito che *«in tema di appalto di opere pubbliche l'intempestiva iscrizione nell'apposito registro delle riserve formulate dall'appaltatore ne comporta la decadenza a condizione che l'Amministrazione abbia regolarmente rilevato e contestato detta intempestività e, con essa, abbia nel processo eccepito l'avvenuta decadenza, atteso che la previsione di cui all'art. 54 del R.D. 350/1895 attiene a materia di diritti patrimoniali disponibili, quali non possono che essere quelli disciplinanti il momento contrattuale del rapporto tra appaltatore e stazione appaltante negli appalti di opere pubbliche»* (Corte di Cassazione, sentenza n. 3824 del 14 marzo 2003).

Ed ancora, *«l'onere della prova di avere tempestivamente iscritto riserve nel registro di contabilità (o nel verbale di sospensione dei lavori) grava sull'appaltatore che intenda avanzare pretese per compensi ed indennizzi aggiuntivi rispetto al corrispettivo originariamente pattuito nel contratto. Tuttavia, vertendosi in materia di diritti patrimoniali disponibili dell'Amministrazione, detto onere diviene concretamente operante solo ove la controparte abbia eccepito la decadenza dalle riserve, equivalendo il comportamento contrario a rinuncia al diritto di farle valere. Ne consegue che, in mancanza della contestazione, da parte del committente convenuto, della avvenuta rituale formulazione delle riserve, al giudice è preclusa ogni indagine sulla osservanza delle prescrizioni dettate in proposito dal R.D. n. 350 del 1895 e dal d.P.R. n. 1063 del 1962, ai fini della dichiarazione di decadenza dell'appaltatore dal diritto ai maggiori compensi»* (cfr. Corte di Cassazione, sentenza n. 14361 del 3 novembre 2000).

Innovazione importante è contenuta nel comma 4 dell'art. 165 del Regolamento, in cui viene disposto, come in precedenza, che *«il direttore dei lavori, nei successivi quindici giorni, espone nel registro le sue motivate deduzioni»* relative alle domande apposte dall'appaltatore; e innovativamente viene stabilito che *«se il direttore dei lavori omette di motivare in modo esauriente le proprie deduzioni e non consente alla stazione appaltante la percezione delle ragioni ostative al riconoscimento delle pretese dell'appaltatore, incorre in responsabilità per le somme che, per tale negligenza, l'amministrazione dovesse essere tenuta a sborsare»*.

Si tratta di una norma che cerca innanzitutto di ovviare alla prassi per la quale il direttore dei lavori succintamente, o meglio in modo meramente formale, è solito rispondere alle domande dell'appaltatore limitandosi alla rituale affermazione che *«le stesse sono da intendersi respinte in fatto ed in diritto»*.

Nell'ultimo comma dell'art. 165 viene introdotta una ulteriore innovazione, nel senso che, in caso di legittimo impedimento, il direttore dei lavori

può registrare provvisoriamente le partite contabili e, in tal caso, l'onere per l'appaltatore di iscrivere la riserva decorre solamente in sede di contabilizzazione definitiva nel registro di contabilità delle partite provvisorie.

L'appaltatore, ogni qualvolta il registro di contabilità viene allo stesso sottoposto per la firma, deve proporre le sue domande — o iscrivere riserva da esplicitare poi tempestivamente — ove intenda contestare la contabilizzazione delle partite di lavoro cui la firma si riferisce (misurazione e classificazione dei lavori, applicazione delle voci di tariffa, necessità che una determinata partita di lavoro sia retribuita con un prezzo nuovo o con un sopra-prezzo, maggiori oneri che l'appaltatore abbia sopportato nell'esecuzione delle singole partite di lavoro e ai quali egli non si ritenga tenuto, etc.).

In particolare, l'art. 131, comma 3, del Regolamento stabilisce espressamente che *«qualora l'appaltatore intenda far valere pretese derivanti dalla riscontrata difformità dello stato dei luoghi rispetto a quello previsto, deve formulare riserva sul verbale di consegna con le modalità e con gli effetti dell'art. 165»*.

L'inottemperanza dell'appaltatore, che non si presenti nel giorno indicato per sottoscrivere il verbale di consegna, neppure dopo il secondo invito del Direttore lavori, è sanzionata dall'art. 129, comma 7, che per tale ipotesi attribuisce all'Amministrazione *«la facoltà di risolvere il contratto e di incamerare la cauzione»*.

Avverso l'atto di risoluzione del rapporto, l'appaltatore ha a sua disposizione l'immediato ricorso agli ordinari mezzi di tutela giurisdizionale.

Se l'appaltatore ha sottoscritto il verbale di consegna dei lavori senza formulare riserve, si hanno per accertate ed accettate le circostanze e le difformità annotate nel verbale, restando, tuttavia, impregiudicato il diritto dell'appaltatore di iscrivere tempestiva riserva negli atti contabili, qualora l'Amministrazione tragga, dalla situazione riscontrata in luogo, indebite ulteriori conseguenze nelle successive annotazioni contabili.

Se, invece, l'appaltatore intende contestare, come a sé pregiudizievole, la situazione riscontrata in luogo, deve formulare immediata riserva nel relativo verbale, con l'evidenziata facoltà di esplicitazione differita nei successivi quindici giorni; ove all'atto dell'esplicitazione non siano ancora esattamente quantificabili e definibili il *«petitum»* e la *«causa petendi»*, si ritiene necessario che venga iscritta ed esplicitata tempestiva riserva, sia pure limitata alla valutazione quantitativa delle conseguenze, allo stato cognitive, dei fatti e delle circostanze dannose; le successive occasioni di firma degli atti contabili saranno sede di nuove, autonome riserve relative al periodo in considerazione.

Per il ritardo nella consegna dei lavori, o la sospensione della consegna iniziata, l'art. 129, commi 8, 9 e 10 del Regolamento, detta una minuta disciplina, finalizzata a delimitare l'entità dei danni che l'Amministrazione deve risarcire.

Come evidenziato dalla dottrina, da quanto detto si può trarre conferma della regola — già enunciata con le segnalate eccezioni — per cui, allorché le contestazioni dell'appaltatore riguardano provvedimenti dell'Amministrazione estranei alle registrazioni contabili, ovvero assoggettati a specifici mezzi di tutela, resta escluso ogni onere di riserva in capo all'appaltatore;

in assenza di difformi previsioni, vale, perciò, il principio generale di iscrizione tempestiva delle riserve, allorché le pretese dell'appaltatore risultano implicate nei dati contabili sottoposti alla sua firma.

Altro caso è costituito dalle riserve contro le risultanze contabili, in particolare sui «nuovi prezzi» non accettati dall'appaltatore.

Al riguardo l'art. 31 del Capitolato Generale stabilisce che le riserve dell'appaltatore contro le registrazioni contabili *«devono essere iscritte, a pena di decadenza, sul primo atto dell'appalto idoneo a riceverle, successivo all'insorgenza o alla cessazione del fatto che ha determinato il pregiudizio all'appaltatore»*. Quale sia l'atto dell'appalto idoneo a riceverle, la norma in esame non lo dice, ma si evince *aliunde*, avendo presente che si deve trattare, per esclusione, di quelli — tra i documenti amministrativi e contabili elencati dall'art. 156 del Regolamento — che contengono le registrazioni contabili da contestare, ossia i libretti delle misure e le liste settimanali; su tali atti contabili è previsto, rispettivamente dagli artt. 160 e 162 del Regolamento, che l'appaltatore apponga la propria firma.

Sul punto, fermo restando l'obbligo di sottoscrizione da parte dell'appaltatore dei libretti delle misure e delle liste settimanali, la tempestiva iscrizione di riserva su tali atti serve ad evitare che risultino accertate le quantità ivi indicate; mentre l'omissione di riserve non comporta anche la preclusione di contestare nel merito, con motivate riserve, le successive registrazioni riportate nel Registro di contabilità.

Anche per tali casi si tratta di applicare la regola generale, restando confermato che l'onere di iscrizione ed esplicazione delle riserve — con l'effetto, in caso di omissione, di preclusione totale di ogni pretesa dell'appaltatore — è espressamente previsto soltanto in relazione ai dati del Registro di contabilità.

Un'eccezione riguarda la procedura per la determinazione di «nuovi prezzi», allorché si renda necessario introdurli nell'economia dell'appalto. L'art. 136, comma 5, del Regolamento stabilisce che *«se l'appaltatore non accetta i nuovi prezzi così determinati ed approvati, la stazione appaltante può ingiungergli l'esecuzione delle lavorazioni o la somministrazione dei materiali sulla base di detti prezzi, comunque ammessi nella contabilità; ove l'appaltatore non iscriva riserva negli atti contabili nei modi previsti dal presente Regolamento, i prezzi s'intendono definitivamente accettati»*.

Quindi, per la fattispecie in esame, si configura una preclusione totale, conseguente all'omissione di riserva sugli atti contabili — anche sui libretti delle misure e sulle liste settimanali — giustificata dal fatto che la procedura dettata dall'art. 136 per la determinazione dei nuovi prezzi si svolge in contraddittorio tra le parti e, solo in assenza di intesa, sfocia nell'ingiunzione di eseguire i lavori ai prezzi imposti dall'Amministrazione.

Occorre anche considerare il caso di «protrazione del termine contrattuale». Il termine di ultimazione stabilito nel contratto può subire, per cause varie, modificazioni anche notevoli:

a) in primo luogo, a seguito di un accordo successivo al contratto, ad esempio un «atto aggiuntivo», che determina un nuovo termine contrattuale in sostituzione del precedente (novazione del termine). In tal caso, in conse-

guenza della prolungata durata dei lavori, né l'appaltatore può avanzare pretese per particolari compensi o indennizzi, né l'Amministrazione può applicare le penalità per il ritardo. Qualunque possa esserne stata la ragione effettiva (colpa dell'Amministrazione, colpa dell'appaltatore, fatti obiettivi), la consensualità del prolungamento del termine fa sì che nessuna pretesa possa farsi valere dall'una parte né dall'altra;

b) in secondo luogo, può verificarsi l'ipotesi che il prolungamento del termine di ultimazione si renda necessario a causa dell'impossibilità ad osservarlo in cui l'appaltatore si trovi, o per fatto della P.A. (aumento dell'importo dei lavori, variazioni, ritardo nel compimento di uno degli atti di cooperazione indispensabili per l'inizio o per la prosecuzione dei lavori) ovvero per fatto a lui non imputabile (caso di forza maggiore, difficoltà impreviste ed imprevedibili, etc.). In tali casi la fissazione del nuovo termine avviene, spesso, sotto forma di «proroga»; ma non si tratta di proroga vera e propria poiché, per questa, l'Amministrazione ha un potere discrezionale nel concederla; nell'ipotesi qui considerata non può invece rifiutarla. In questi casi è più corretto parlare di «termine suppletivo», che non pregiudica il diritto a particolari compensi in dipendenza della maggiore durata dei lavori. Inoltre, l'appaltatore può far valere il suo diritto al prolungamento del termine in sede di disapplicazione delle penali o di risoluzione delle riserve iscritte per i danni connessi alla maggiore durata dei lavori. A tal fine non è necessario che abbia presentato a suo tempo domanda di proroga;

c) si versa, invece, nell'ipotesi di «proroga del termine» nei casi in cui il fatto o la circostanza sopraggiunta o la difficoltà imprevedibile in corso di esecuzione non sia tale da esonerare l'appaltatore dalla responsabilità per il ritardo nell'ultimazione dell'opera, ma tuttavia si presti, nel complesso ed in quanto incolpevole, ad un apprezzamento equitativo da parte dell'Amministrazione. La concessione della proroga dipende in tal caso da una valutazione dell'Amministrazione e funziona come temperamento alla disposizione che sancisce l'applicazione di penali per il ritardo nell'ultimazione dell'opera.

La possibilità di una proroga del termine di ultimazione è prevista dall'art. 26 del decreto ministeriale n. 145/2000 che dispone che l'appaltatore, qualora per cause a lui non imputabili non sia in grado di ultimare i lavori nel termine fissato, può richiederne la proroga (analogamente disponeva, in precedenza, l'art. 31 cap. gen. Min. ll. pp. del 1962).

Ove la maggiore durata del rapporto contrattuale sia imputabile alla stazione appaltante, l'art. 26, comma 2, seconda parte, del decreto ministeriale n. 145 del 2000 stabilisce che in ogni caso la concessione della proroga da parte della stazione non pregiudica i diritti spettanti all'appaltatore. La richiesta deve essere presentata prima della scadenza del termine di ultimazione dell'opera e non pregiudica il diritto dell'appaltatore di far valere le cause del ritardo e le conseguenze dannose di questo (cfr. art. 26 del decreto ministeriale n. 145 del 2000).

Diversa è l'ipotesi di ritardato pagamento della Pubblica Amministrazione. Principio generale è che il pagamento del corrispettivo da parte dell'Amministrazione, come da parte di ogni altro committente, è dovuto solo

dopo ultimata, collaudata ed accettata l'opera («principio della postnumerazione del corrispettivo», *ex art.* 1665, ultimo comma, c.c.). Su questo principio nessuna influenza esercita il modo di determinazione del prezzo, sia questo stabilito per l'intera opera ovvero ad unità di misura dell'opera finita ovvero ad unità di misura delle categorie di lavoro necessarie per compierla. Solo quando l'opera va eseguita per partite (*art.* 1666 c.c.) il diritto al prezzo si perfeziona con la esecuzione, verifica ed accettazione della singola partita compiuta.

Il principio della postnumerazione del corrispettivo spiega efficacia anche nell'appalto di opere pubbliche; tuttavia è temperato dal versamento di acconti in corso d'opera. Il pagamento degli acconti non è definitivo e non importa accettazione dei lavori eseguiti, costituendo una semplice anticipazione sul credito finale dell'appaltatore e non determinando alcuna preclusione per l'Amministrazione.

Anche quando è prescritto che gli acconti siano versati a misura dell'avanzamento dei lavori regolarmente eseguiti (*art.* 114, comma 1, d.P.R. n. 554/1999), resta salvo per la P.A. il diritto di controllare, a ultimazione avvenuta, la conformità dell'opera alle pattuizioni contrattuali e alle regole dell'arte e quindi il diritto di rifiutarla ove non sia conforme ai requisiti richiesti, senza che sia necessario che l'Amministrazione ne faccia riserva al momento del pagamento degli acconti.

I criteri per il pagamento sono due. Il primo, adottato negli appalti di esecuzione, consiste nel procedere a versamenti parziali a misura dell'avanzamento dei lavori; il secondo, proprio degli appalti di manutenzione, stabilendo il pagamento degli acconti allo scadere di determinati periodi di tempo (ogni mese, ogni semestre, etc.). L'importo dei lavori, sul quale deve essere corrisposto l'acconto, è quello che risulta dal registro di contabilità. Il principio è che deve trattarsi di lavori eseguiti e regolarmente contabilizzati; solo quando ricorrano lavorazioni e somministrazioni giustificate mediante fattura di cui all'*art.* 161 del d.P.R. n. 554/1999, lo stato di avanzamento può essere redatto, sotto la responsabilità del D.L., in base a misure ed a computi provvisori (*art.* 168 d.P.R. citato).

Nessuna influenza ha la circostanza che l'appaltatore abbia firmato il registro di contabilità con riserva e, quindi, contestandone le risultanze: la liquidazione dell'acconto avviene sempre sulla base degli elementi iscritti sul registro dell'Amministrazione.

Il pagamento delle rate di acconto è disposto sulla base di certificati emessi dal responsabile del procedimento (*art.* 169 d.P.R. citato e *art.* 29, comma 1, decreto ministeriale 145/2000) che devono basarsi sullo «stato di avanzamento dei lavori», redatto dal direttore dei lavori, nel quale sono riasunte tutte le lavorazioni e le somministrazioni eseguite dal principio dell'appalto sino ad allora ed al quale è unita una copia degli eventuali elenchi dei nuovi prezzi. Sulla base di questi due documenti, certificato per il pagamento della rata e stato d'avanzamento dei lavori, l'organo competente della stazione appaltante procederà all'emissione del titolo di spesa, secondo l'ordinamento della stazione appaltante. Sull'importo delle rate di acconto vengono effettuate le «ritenute di garanzia».

L'ipotesi del ritardo nel pagamento di ciascuna rata di acconto trova la sua disciplina di principio nell'art. 26, comma 1, prima parte, della legge n. 109 del 1994, secondo cui «*in caso di ritardo nella emissione dei certificati di pagamento o dei titoli di spesa relativi agli acconti, rispetto alle condizioni e ai termini stabiliti dal capitolato speciale, che non devono comunque superare quelli fissati dal capitolato generale, spettano all'esecutore dei lavori gli interessi, legali e moratori, questi ultimi nella misura accertata annualmente con decreto del Ministro dei lavori pubblici, di concerto con il ministro del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione economica*».

La normativa di dettaglio è stata poi posta dagli artt. 29 e 30 del decreto ministeriale n. 145 del 2000 che contemplano, separatamente, l'ipotesi del «ritardo nell'emissione del certificato di pagamento della rata di acconto» e quella del «ritardo nella emissione del titolo di spesa a favore dell'appaltatore». Degna di rilievo è la disposizione di cui al comma 4, ultima parte, dell'art. 30, per la quale la misura degli interessi moratori è comprensiva del maggior danno ai sensi dell'art. 1224, secondo comma, c.c..

Il ritardo nel pagamento degli acconti produce l'obbligo della corresponsione degli interessi senza necessità di un preventivo atto di messa in mora e legittima l'appaltatore all'esperimento dell'azione per il relativo pagamento.

Può l'appaltatore chiedere, oltre agli interessi, anche il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno? Tale possibilità non è espressamente esclusa dal decreto ministeriale n. 145/2000. Alla questione sembra doversi dare risposta affermativa quanto meno allorché l'Amministrazione dissimula una interruzione nella corresponsione degli acconti. In vigenza del precedente ordinamento, è stato perciò ritenuto che le limitazioni alla risarcibilità dell'ulteriore danno non trovano applicazione in caso di inadempimento volontario (dolo) o gravemente colposo degli organi dell'Amministrazione; in queste ipotesi l'obbligo del risarcimento del danno da ritardo è regolato dalle norme comuni (artt. 1224 e 1282 c.c.) sull'adempimento delle obbligazioni pecuniarie, ma con esclusione della presunzione di colpa della parte debitrice e con il trasferimento dell'onere della prova del dolo o della colpa grave alla parte creditrice. In ogni caso non è necessaria l'iscrizione di riserva per far valere il relativo diritto. Lo dispone l'art. 116, comma 4, d.P.R. n. 554 del 1999.

L'art. 26, comma 1, seconda parte, della legge n. 109/1994 consente all'appaltatore di agire per la risoluzione del contratto previa costituzione in mora dell'Amministrazione e trascorsi 60 giorni dalla costituzione stessa. Per conseguire il pagamento degli acconti dovuti in corso d'opera, scaduti e non pagati, l'appaltatore può agire in giudizio. Ad una siffatta azione non osta la disciplina *ex art. 31-bis* della legge n. 109/1994, che concerne le pretese dell'appaltatore nei cui riguardi sussiste l'onere della riserva, onere che è escluso nella materia in questione.

A più rigorose formalità è subordinato il pagamento della rata di saldo. Questo pagamento è infatti condizionato a tutti quegli adempimenti necessari affinché, ad opera ultimata, possa dirsi che l'appaltatore ha adempiuto al contratto (art. 28, comma 1 e 3 della legge n. 109/1994): effettuazione del

collaudo, approvazione del collaudo da parte dell'Amministrazione, esecuzione da parte dell'appaltatore di quegli obblighi di natura accessoria a cui è condizionato il pagamento della rata di saldo.

3. *Le determinazioni del Committente: oneri della direzione lavori e del responsabile del procedimento.*

Occorre a questo punto esaminare l'attività di ingerenza e di cooperazione dell'Amministrazione sotto il profilo dell'Ufficio che la svolge, ossia la «Direzione dei lavori», con cui s'intende far riferimento ai funzionari tecnici che, secondo l'ordinamento di ciascuna Amministrazione, sono deputati allo svolgimento delle suddette attività.

La presenza di una direzione lavori non esclude (ed è con essa compatibile) la presenza di un direttore tecnico che per conto dell'appaltatore abbia il compito di dirigere i lavori (cfr. Corte di Cassazione, sentenza 9 maggio 1980 n. 3051).

Principio generale è che il compito dell'ingerenza e della cooperazione è affidato a funzionari tecnici della stessa Amministrazione. In passato, l'art. 1, comma 2, R.D. 8 febbraio 1923, n. 422, prevedeva la possibilità di conferire al professionista privato, al quale fosse stata affidata la compilazione del progetto dell'opera, anche la direzione dei relativi lavori (cd. direzione lavori esterna).

L'attuale art. 27 della legge n. 109/1994 impone alle Amministrazioni aggiudicatrici l'obbligo di istituire per ogni appalto un ufficio di direzione dei lavori costituito da un direttore dei lavori ed eventualmente da assistenti. Qualora le Amministrazioni non possano espletare, nei casi di cui al comma 4 dell'art. 17, l'attività di direzione lavori, essa è affidata ad altri soggetti secondo l'ordine stabilito dalla norma.

A sua volta, l'art. 123 del d.P.R. n. 554/1999, nel confermare la necessaria istituzione da parte delle stazioni appaltanti di un ufficio di direzione dei lavori costituito da un direttore dei lavori ed eventualmente, in relazione alla dimensione e tipologia dell'intervento, da uno o più assistenti con funzioni di direttore operativo o di ispettore di cantiere, precisa che l'istituzione stessa deve avvenire «prima della gara», per il coordinamento, la direzione ed il controllo tecnico-contabile dell'esecuzione di ogni singolo intervento.

A ciò si aggiunga che, ai sensi dell'art. 7, comma 4, del d.P.R. citato, il Responsabile del procedimento può svolgere per uno o più interventi, nei limiti delle proprie competenze professionali, anche le funzioni di progettista o di direttore dei lavori, ma tali funzioni non possono coincidere nel caso di interventi di cui all'art. 2, comma 1, lett. *h*) ed *i*) (opere ed impianti di speciale complessità; progetti integrali) e di interventi di importo superiore a 500.000 euro.

Dal punto di vista organizzativo, particolare rilievo assume, nell'ambito dell'Amministrazione committente, la figura del Responsabile del procedimento.

Disciplinata con portata generale dagli artt. 5 e ss. della legge n. 241/1990, tale figura, relativamente al settore dei lavori pubblici, è specificatamente regolamentata dall'art. 7 della legge n. 109/1994 e ss. modifiche,

nonché dagli artt. 7 e 8 del d.P.R. n. 554/1999 (cfr. CIANFLONE-GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, 133 e ss.; Franco I., *Il responsabile del procedimento con particolare riguardo alla realizzazione delle opere pubbliche*, in *Il Consiglio di stato*, 1995, II, 141; ANGELETTI C., *Il responsabile del procedimento*, in *legge quadro sui lavori pubblici (Merloni-ter)*, 162; D'AMBROSIO F., *Responsabile unico e direzione lavori nell'appalto di opere pubbliche*, Milano 2001; BANDINI ZAGNINI S., *Il responsabile del procedimento negli appalti di opere pubbliche*, in *Riv. trim. appalti*, 2002).

La funzione del responsabile del procedimento è quella di assicurare la trasparenza e l'efficacia dell'azione amministrativa ai fini dell'impulso, dello sviluppo e di una sollecita conclusione del procedimento stesso. Nell'ambito del settore dei lavori pubblici l'art. 7, comma 2, del Regolamento specifica che il Responsabile del procedimento provvede a creare le condizioni affinché il processo realizzativo dell'intervento risulti condotto in modo unitario in relazione ai tempi ed ai costi preventivati, alla manutenzione programmata, alla sicurezza e alla salute dei lavoratori ed in conformità a qualsiasi altra disposizione di legge in materia.

Il responsabile del procedimento è nominato dal dirigente dell'unità organizzativa competente (art. 5 della legge n. 241/1990), esclusivamente nell'ambito del personale dell'amministrazione aggiudicatrice (art. 7, comma 1, del regolamento n. 554/1999) ed è unico per tutte le fasi (progettazione, affidamento ed esecuzione) volte alla realizzazione degli interventi. Soltanto per l'Amministrazione della Difesa, in considerazione della struttura gerarchica dei propri organi tecnici, è consentita la nomina di un responsabile del procedimento per ogni singola fase di svolgimento del processo attuativo, progettazione, affidamento ed esecuzione (art. 7, comma 2 della legge). Le Amministrazioni nominano, inoltre, un unico responsabile per tutti i lavori in economia di loro competenza (art. 142 del Regolamento).

Il Responsabile del procedimento interviene nella fase antecedente alla formazione del progetto preliminare, onde verificare la fattibilità tecnica, economica ed amministrativa dei lavori, anche sotto il profilo ambientale, paesistico, territoriale ed urbanistico, provvedendo alla redazione del documento preliminare di progettazione (art. 8, comma 1, lett. *a*, *b* e *c*, nonché art. 15, comma 4, del Regolamento), coordina la fase successiva di redazione dei progetti (preliminare, definitivo, esecutivo); riguardo alla fase di affidamento dei lavori, verifica i presupposti di fattibilità dei lavori alla luce della situazione in atto (art. 71 del Regolamento); riguardo alla fase di esecuzione dei lavori, promuove la istituzione dell'ufficio di Direzione dei lavori (art. 8, comma 1, lett. *l* del Regolamento), ordina la sospensione dei lavori per ragioni di pubblico interesse o necessità (artt. 133 del Regolamento e 24 del Capitolato generale) e dispone la proroga del termine fissato per l'ultimazione dei lavori, provvede all'istruttoria per la verifica dei presupposti per l'introduzione di eventuali varianti, decide sulle contestazioni dell'appaltatore circa aspetti di natura tecnica (art. 137 del Regolamento), promuove la costituzione della commissione ai fini dell'accordo bonario, irroga le penali per ritardato adempimento degli obblighi contrattuali, propone alla stazione appaltante la risoluzione del contratto nei casi previsti (artt. 8, 118 e 119 del

Regolamento), sottoscrive i certificati di pagamento per l'erogazione delle rate d'acconto nonché la relazione sul conto finale (artt. 156 e 175 del Regolamento); partecipa sotto varie forme alla tenuta della contabilità (artt. 152 e ss. del Regolamento); svolge attività preparatoria e strumentale per il collaudo dei lavori.

In conclusione, come evidenziato dalla dottrina (cfr. CIANFLONE-GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, 260) «il responsabile del procedimento è la figura centrale del nuovo sistema di realizzazione dei lavori pubblici, ... il vero *dominus*, il vero centro unitario di imputazione delle funzioni di scelta, controllo e vigilanza, titolare dei compiti di un vero e proprio *project manager*, sull'esempio del modulo organizzativo che è più diffuso all'estero».

4. *I modi di estinzione del contratto di appalto di opere pubbliche: la risoluzione del contratto per gli inadempimenti dell'appaltatore o del Committente e la revoca del contratto da parte della stazione appaltante.*

Il modo naturale di estinzione del contratto di appalto di opere pubbliche, comune agli altri contratti sinallagmatici, è l'«adempimento delle prestazioni reciproche» (cd. modo di estinzione soddisfacente).

Altra ipotesi, comune ai contratti a prestazioni corrispettive, è la «risoluzione del contratto per mutuo consenso», da non confondere con lo scioglimento per recesso dell'Amministrazione (art. 345 legge ll. pp.) di cui si dirà oltre, in quanto, a differenza di quest'ultimo caso, si basa sulla volontà di entrambe le parti.

Altra causa di estinzione comune è la «risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione» gravante sull'appaltatore (cfr. VITA LEVI, *Appalto*, n. 482). Perché si possa configurare tale ipotesi è necessario che l'impossibilità non sia esistente già al momento della stipula del contratto (il che ne determinerebbe la nullità per impossibilità dell'oggetto), che non sia imputabile né all'una né all'altra parte (diversamente il contratto si risolverebbe ugualmente ma per inadempimento) e che sia assoluta (salvo il caso di apportare varianti che potrebbero rendere l'opera eseguibile) e definitiva (in caso contrario si verificherebbe una «sospensione» temporanea dell'esecuzione).

Il contratto di appalto può anche risolversi per «inadempimento dell'appaltatore o dell'Amministrazione». Per conseguire la risoluzione del contratto per inadempimento dell'appaltatore l'Amministrazione può ricorrere all'azione di risoluzione propria di ogni contratto a prestazioni corrispettive (le norme generali di cui agli artt. 1453 e 1455 cod. civ. sono però derogate, in tema di appalto, dall'art. 1662, comma 2, cod. civ. che prevede la previa diffida e la successiva verifica dell'inadempimento in corso d'opera: cfr. Corte di Cassazione, 26 marzo 1983, n. 2153) o esercitare il potere di autotutela (art. 340 legge ll. pp.), risolvendo il contratto con propria determinazione unilaterale.

Le condizioni legittimanti tale ultima ipotesi sono previste dall'art. 340 della legge ll. pp. del 1865 e dall'art. 119 del d.P.R. n. 554/1999 e consistono nel «grave inadempimento alle obbligazioni di contratto tale da compromet-

tere la buona riuscita dei lavori», ovvero nel ritardo rispetto alle previsioni del programma, imputabile a negligenza dell'appaltatore, non sanato nemmeno a seguito di apposita intimazione della stazione appaltante.

L'*iter* da seguire è dettagliatamente disciplinato dall'art. 119 del d.P.R. n. 554/1999, secondo cui, quando il direttore dei lavori accerta che l'appaltatore ha posto in essere comportamenti integranti grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali e tali da compromettere la buona riuscita dell'opera, invia al responsabile del procedimento una relazione particolareggiata supportata dai relativi documenti. Su indicazione del responsabile del procedimento, il direttore dei lavori procede alla contestazione degli addebiti all'appaltatore, assegnandogli un termine non inferiore a quindici giorni per la presentazione delle proprie controdeduzioni al responsabile del procedimento. Acquisite e valutate negativamente tali controdeduzioni o in mancanza di esse, la stazione appaltante, su proposta del responsabile del procedimento, dispone la risoluzione del contratto.

Per il caso di ritardo dovuto a negligenza dell'appaltatore rispetto al programma, il direttore dei lavori assegna all'appaltatore un termine che, salvo i casi d'urgenza, non può essere inferiore a dieci giorni, per compiere i lavori in ritardo, con le opportune prescrizioni. Scaduto il termine, il direttore dei lavori verifica, in contraddittorio con l'appaltatore, lo stato dei lavori, compilando apposito processo verbale che viene trasmesso al responsabile del procedimento. Sulla base del processo verbale, qualora l'inadempimento permanga, la stazione appaltante, su proposta del responsabile del procedimento, delibera la risoluzione del contratto.

L'atto di risoluzione, previo parere dei competenti organi di ciascuna stazione appaltante, deve essere comunicato all'appaltatore a cura del responsabile del procedimento (art. 121, comma 1, del d.P.R. n. 554/1999), nelle forme di cui al capitolato generale (art. 2, comma 2, del decreto ministeriale n. 145/2000).

Alla risoluzione, pronunciata dal Giudice o dall'Amministrazione, si riconnette l'obbligo di risarcimento dei danni, secondo le norme comuni. L'Amministrazione — come osservato dalla giurisprudenza (Corte di Cassazione, S.U., 5 novembre 1973, n. 2856) — non può però, per il solo fatto dell'inadempimento dell'appaltatore, incamerare la cauzione, per cui occorre la prova dell'inadempimento colposo da parte dell'appaltatore, dal quale siano derivati concreti danni alla P.A.. Un voce specifica di risarcimento è prevista dall'art. 121, comma 2, del d.P.R. n. 554/1999, secondo cui, in sede di liquidazione finale dei lavori dell'appalto risolto, è determinato l'onere a carico dell'appaltatore inadempiente in relazione alla maggiore spesa sostenuta per affidare ad altra impresa i lavori, ove la stazione appaltante non si sia avvalsa della facoltà di cui all'art. 10, comma 1-*ter*, della legge n. 109/1994 e ss. mm..

Ulteriore effetto della risoluzione di cui si discute è la possibile esclusione da una gara successiva ai sensi dell'art. 75, comma 1, lett. *f*, del d.P.R. n. 554/1999, nel testo introdotto dal d.P.R. n. 412/2000. La risoluzione può influire anche sulla qualificazione dell'impresa, in relazione a quanto previsto

dall'art. 17, comma 1, lett. *i* del d.P.R. n. 34/2000, che indica tra i requisiti d'ordine generale richiesti «l'inesistenza di errore grave nell'esecuzione di lavori pubblici».

Come evidenziato da autorevole dottrina (CIANFLONE-GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, 1175 e ss.), il provvedimento di risoluzione può essere illegittimo, ad es. perché pronunciato fuori dei casi previsti o per inadempienze tali da non giustificare la grave misura, perché manca la colpa dell'appaltatore, perché non sussistono le inadempienze, per inosservanza delle forme previste a tutela dell'appaltatore. In questi casi l'appaltatore può far valere l'illegittimità del provvedimento di risoluzione del contratto solo innanzi al giudice ordinario o arbitrale, in quanto implica la soluzione di questioni relative a diritti subiettivi di origine contrattuale e di contenuto patrimoniale affidate alla cognizione dell'autorità giudiziaria ordinaria e non amministrativa, la quale — ove investita — ha sempre declinato la propria competenza (cfr. Consiglio di Stato, V, 30 gennaio 2002, n. 515; Cassazione, S.U., 19 novembre 2001; Cassazione 16 febbraio 1998, n. 1642; Consiglio di Stato IV, 9 gennaio 1996, n. 41; Cassazione, 11 novembre 1994, n. 9409; Consiglio di Stato, IV, 2 settembre 1992, n. 718; Cassazione, S.U., 19 maggio 1972, n. 1531).

In particolare la Corte di Cassazione ha chiarito (sentenza n. 95 del 7 marzo 2001) che «*il contratto di appalto di opere pubbliche è un contratto di diritto privato dal quale, una volta esaurita la procedura di affidamento dei lavori, sorgono diritti ed obblighi a carico di entrambi i contraenti. Da ciò consegue che gli atti con i quali l'Amministrazione esercita la facoltà di recedere dal contratto o di risolverlo unilateralmente con prosecuzione d'ufficio dei lavori in danno dell'appaltatore inadempiente non hanno natura provvedimento e non debbono essere sottoposti all'esame del giudice amministrativo allorquando se ne contesti la legittimità, poiché la relativa controversia investe posizioni di diritto soggettivo, avendo ad oggetto il corretto esercizio di una facoltà accordata dalla legge ad uno dei contraenti in vista dell'interesse alla sollecita esecuzione dell'opera pubblica*».

In tali casi l'appaltatore potrà conseguire dall'Autorità giudiziaria ordinaria non l'annullamento del provvedimento, ma soltanto il risarcimento dei danni che sarà integrale, non potendo in questa ipotesi trovare applicazione l'art. 345 legge ll. pp..

Il contratto di appalto può anche risolversi, ad istanza dell'appaltatore, «per inadempienza dell'Amministrazione», pur nel silenzio della legislazione speciale; alla stregua dei principi generali bisogna dunque determinare i presupposti per l'esperibilità della suddetta azione e le conseguenze. L'inadempimento dell'Amministrazione, affinché possa condurre alla risoluzione del contratto, deve rivestire una certa gravità, avuto riguardo all'interesse dell'appaltatore (art. 1455 c.c.); in caso contrario, quest'ultimo ha soltanto diritto a particolari indennizzi. Ad ogni modo è necessario un preventivo atto di messa in mora dell'Amministrazione, mentre, per alcune ipotesi di inadempienze, disposizioni speciali fissano delle particolari condizioni.

Si consideri il caso di cui all'art. 26, comma 1, della legge n. 109/1994, nel testo sostituito dall'art. 9, comma 44 della legge n. 415/1998, a mente

del quale in caso di ritardo nell'emissione dei certificati di pagamento o dei titoli di spesa relativi agli acconti, ovvero nel caso in cui l'ammontare delle rate di acconto, per le quali non sia stato tempestivamente emesso il certificato o il titolo di spesa, raggiunga il quarto dell'importo netto contrattuale, è dato all'appaltatore promuovere il giudizio arbitrale (o ordinario) per la dichiarazione della risoluzione del contratto. Anche in tale ultima ipotesi l'azione è esperibile previa costituzione in mora dell'Amministrazione e decorsi 60 giorni dalla costituzione stessa.

Al riguardo la Corte di Cassazione (sentenza n. 13901 del 19 settembre 2003) ha precisato che «*In tema di appalto di opere pubbliche, l'esercizio, in favore dell'appaltatore, del rimedio della risoluzione del contratto, di cui all'art. 35 del d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063, è previsto, non con riferimento all'inadempimento di qualunque obbligazione gravante sulla stazione appaltante o di qualsiasi corrispettivo da essa dovuto all'impresa in esecuzione del contratto di appalto, ma soltanto con riferimento al mancato pagamento delle rate di acconto, e sempre che l'importo delle somme effettivamente dovute a tale titolo raggiunga il quarto dell'importo netto contrattuale; pertanto, ai fini dell'esperibilità del detto rimedio, non rileva l'esistenza di altri crediti che pure il giudice abbia accertato spettare all'appaltatore a titolo diverso*».

La risoluzione del contratto per inadempimento dell'Amministrazione è un rimedio «estremo», trovando l'appaltatore più opportuno richiedere gli indennizzi previsti.

Anche tale azione di risoluzione è affidata alla cognizione dell'autorità giudiziaria ordinaria o arbitrale, con esclusione della giurisdizione amministrativa (cfr. Cassazione, 4 febbraio 2000, n. 1217; S.U., 17 aprile 1985, n. 2536), e rientra nel novero delle azioni che possono essere proposte prima del collaudo. Le conseguenze che derivano dall'accoglimento di tale azione vanno determinate alla stregua dei principi generali, non dei criteri stabiliti dall'art. 345 della legge ll. pp..

L'Amministrazione inadempiente potrebbe neutralizzare l'azione di risoluzione già promossa dall'appaltatore esercitando il diritto potestativo di recedere dal contratto ai sensi del succitato art. 345: in tal caso, pur prevalendo l'atto di recesso sull'azione di risoluzione, resterebbe sempre salvo il diritto dell'appaltatore all'integrale risarcimento dei danni (cfr. Cassazione, S.U., 22 giugno 1978, n. 3069).

D'altra parte, non costituisce ostacolo all'accoglimento della domanda di risoluzione per inadempimento del committente l'eventuale provvedimento con cui la stazione appaltante rescinda il contratto ai sensi dell'art. 340 della legge ll. pp. del 1865 (nonché dell'art. 119 del d.P.R. n. 554/1999), tanto se sia intervenuto successivamente che anteriormente alla domanda di risoluzione, spettando in entrambi i casi al giudice ordinario vagliarne la legittimità.

Al riguardo la Corte di Cassazione (sentenza del 4 febbraio 2000, n. 1217) ha statuito che «*In tema di appalti di opere pubbliche, l'appaltatore può del tutto legittimamente invocare la risoluzione del contratto stipulato con l'Ente committente in base alle regole generali dettate per l'inadempimento contrattuale, senza che l'eventuale provvedimento di rescissione adottato successiva-*

mente dall'Amministrazione sia di ostacolo all'esame (ed all'eventuale accoglimento) della domanda risolutoria, atteso che la giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie inerenti ai diritti ed agli obblighi scaturenti da un contratto di appalto di opere pubbliche non resta esclusa per il fatto che il committente si sia avvalso della facoltà di rescindere il rapporto con proprio atto amministrativo ai sensi dell'art. 340 della legge 20 marzo 1865 n. 2248 all. f — stante l'inedoneità dell'atto autoritativo ad incidere sulle suddette posizioni soggettive, inerenti ad un contratto di natura privatistica —. Ne consegue che il giudice ordinario adito ben può accertare l'effettiva esistenza delle condizioni di legittimità della pronunciata rescissione, sia pur al limitato scopo (e nel rispetto dei limiti interni delle proprie attribuzioni giurisdizionali) della disapplicazione, in via incidentale, del provvedimento amministrativo — se «*contra legem*» — onde statuire sulla domanda di risoluzione preventivamente introdotta dall'appaltatore» (nell'affermare il principio di diritto che precede, la S.C. ha, ancora, specificato che, nella valutazione del provvedimento amministrativo di rescissione del contratto, il giudice deve valutare le situazioni soggettive nascenti dal contratto stesso alla luce della loro natura paritaria — tale, cioè, da non consentirne la degradazione ad interesse legittimo — ed attraverso un'indagine globale ed unitaria, coinvolgente il comportamento di ciascuna delle parti e l'influenza che questo ha dispiegato su quello dell'altra, non tollerando l'unitarietà del rapporto obbligatorio una valutazione frammentaria e settoriale dell'agire dei singoli contraenti).

L'inadempimento dell'Amministrazione può anche essere fatto valere dall'appaltatore in via d'«eccezione»; mentre non può agire per l'esecuzione del contratto, ossia per il compimento dell'opera, potendo soltanto agire in risoluzione.

Una causa di scioglimento del contratto di appalto di opere pubbliche è prevista — come già accennato — dall'art. 340, legge ll. pp., al lume del quale l'Amministrazione ha il diritto di rescindere il contratto se l'appaltatore si rende colpevole di frode o di grave negligenza e contravvenga ai doveri ed alle condizioni previste dal contratto stesso.

La giurisprudenza ha riconosciuto come fattispecie di «grave negligenza» il mancato pagamento delle maestranze (Cassazione, 20 marzo 1987, n. 2769, *AGOP*, 1987, 770); il mancato inizio dei lavori (Cassazione, 26 luglio 1985, *AGOP*, 1985, 1499); la mancata stipulazione del contratto, l'abbandono dei lavori, la mancata ripresa dei lavori nel termine assegnato dall'Amministrazione Pubblica.

Inoltre l'art. 341, legge ll. pp., dispone che, se per negligenza dell'appaltatore, il progresso dei lavori non è tale da assicurare il compimento nel termine pattuito, dopo un'ingiunzione formale data senza effetto alcuno, l'Amministrazione pubblica committente ha il diritto di fare eseguire tutte le opere o parte di esse *ex officio*, in economia o per cottimi, a maggiori spese dell'appaltatore.

Gli artt. 340 e 341 succitati costituiscono applicazione dei poteri di autonomia e autotutela conferiti dall'ordinamento alla P.A. (cfr. Corte di Cassazione, 19 maggio 1972 n. 1531). L'esecuzione in danno è diretta a far conseguire all'Amministrazione la medesima utilità dell'obbligazione primaria ed

ha struttura di esecuzione forzata (in via amministrativa) in forma specifica: è in tal caso l'Amministrazione che, a spese dell'appaltatore, esegue le opere o mediante il sistema in economia ovvero mediante altro appalto (riaffidamento dei lavori).

L'art. 341 della legge sui ll. pp. del 1865 (v. anche, in passato, l'art. 28 del r.d. n. 350/1895) ricollega il provvedimento dell'esecuzione d'ufficio all'ipotesi che, per negligenza dell'appaltatore, il progresso dei lavori non sia tale da assicurarne il compimento nel termine stabilito. Parrebbe da ciò che il provvedimento sia diretto esclusivamente ad evitare ritardi nell'ultimazione dell'opera. Tuttavia, come risulta dall'art. 340, ultimo comma, della legge citata, l'esecuzione d'ufficio può essere disposta in ogni caso di negligenza dell'appaltatore o comunque d'inadempimento degli obblighi o delle condizioni stipulate, tali, però, da ripercuotersi negativamente sul risultato promesso.

Non ogni ritardo o negligenza può legittimare il ricorso alla grave misura: non il ritardo recuperabile, o il comportamento dell'appaltatore tale da non compromettere la buona riuscita dell'opera. L'esecuzione dei singoli lavori non conforme alle prescrizioni capitolari potrà legittimare l'esecuzione d'ufficio solo qualora ciò influisca sulla bontà dell'intera opera; altrimenti troverà applicazione l'art. 18 del decreto ministeriale n. 145 del 2000 (in precedenza art. 23 cap. gen. Min. ll. pp. del 1962). E cioè il comportamento dell'appaltatore va valutato, quando i lavori sono in corso, in funzione del risultato finale che forma oggetto del contratto.

Un'altra causa di scioglimento tipica del contratto di appalto di opere pubbliche è il «recesso per volontà unilaterale dell'Amministrazione» (art. 345 legge ll. pp.), che con una sua determinazione di volontà pone fine al rapporto contrattuale (si parla anche di «revoca» dell'atto, ossia del contratto). L'Amministrazione può avvalersi di tale strumento per qualsiasi ragione; l'esercizio di questo diritto potestativo di scioglimento *ad nutum* non è subordinato alla prova di circostanze o di fatti sopraggiunti né comunque deve essere motivato o giustificato. Il recesso integra un atto negoziale di diritto privato, non un provvedimento autoritativo; non richiede accettazione da parte dell'altro contraente (l'appaltatore), anche se si perfeziona nel momento in cui sia portato a conoscenza di quest'ultimo, trattandosi di atto recettizio.

Circa il tempo in cui tale diritto di recesso può essere esercitato, l'art. 345 succitato concede alla P.A. la facoltà di «risolvere in qualunque tempo il contratto, mediante il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere, oltre al decimo dell'importo delle opere non eseguite» (così anche l'art. 122, comma 1, del d.P.R. n. 554/1999) e cioè subito dopo il perfezionamento del vincolo contrattuale (con l'approvazione del contratto o dell'aggiudicazione) e fino all'ultimazione dell'opera. Prima del perfezionamento del vincolo contrattuale non può parlarsi di recesso, in quanto quest'ultimo presuppone un contratto perfetto ed efficace: in tal caso l'Amministrazione può impedire che acquisti efficacia rifiutandone l'approvazione. Dopo che l'opera è stata compiuta, anche se non ancora collaudata ed accettata, il recesso perde ogni ragion d'essere e cessa per la P.A. anche la convenienza pratica di avvalersene.

L'Amministrazione può infine avvalersi di tale diritto potestativo anche quando l'appaltatore avesse fatto valere il suo diritto alla risoluzione del contratto per inadempienza dell'Amministrazione: in tal caso resterebbe integro il diritto dell'appaltatore a conseguire l'integrale risarcimento dei danni, come pure il diritto della committente per i danni da inadempienze dell'appaltatore anteriori al recesso.

Competente all'adozione del provvedimento di scioglimento del vincolo contrattuale da parte dell'Amministrazione è l'organo competente a stipulare e la forma richiesta è quella scritta. Inoltre, a norma dell'art. 122, comma 3, del d.P.R. n. 554/1999, l'esercizio del diritto di recesso deve essere preceduto da formale comunicazione all'appaltatore, con un preavviso non inferiore a venti giorni, decorsi i quali la stazione appaltante prende in consegna i lavori ed effettua il collaudo definitivo.

Non è riconosciuta una forma tacita di recesso unilaterale dal contratto, e cioè deducibile dal comportamento dell'Amministrazione che, ad esempio, non presta la necessaria cooperazione; in tali casi all'appaltatore non resta che agire, previa diffida, per la risoluzione del contratto per inadempimento dell'Amministrazione.

Non è mancato chi ha attribuito al diritto di recesso di cui si discute natura e fondamento pubblicistici; ma occorre evidenziare che le considerazioni attinenti all'interesse pubblico importano solo che l'appalto di opere pubbliche abbia di fatto una maggiore stabilità, in quanto la sua sorte è meno legata a determinazioni arbitrarie, ma non implicano una diversità basilare tra l'atto di recesso ai sensi dell'art. 1671 c.c. e l'atto di recesso ai sensi dell'art. 345 legge ll. pp., che differiscono essenzialmente per ciò che concerne la disciplina delle conseguenze economiche che ne derivano (precisate nell'art. 345 legge ll. pp. e nell'art. 122 del d.P.R. n. 554/1999).

È sorta questione se, a seguito del recesso, possano spettare all'appaltatore ulteriori indennizzi oltre quelli previsti dalla normativa citata da ultimo. È fuori di dubbio che competeranno i compensi per le prestazioni accessorie che egli avesse eseguito, in ossequio alle previsioni contrattuali o sulla base di ordini dell'Amministrazione, nonché per i lavori compiuti al di fuori degli obblighi contrattuali e per le richieste proposte mediante iscrizione di riserve; mentre si riconosce carattere «tassativo» ai compensi previsti dall'art. 345 legge ll. pp..

Infine, altra forma di scioglimento tipica del contratto di appalto di opere pubbliche è quella prevista dall'art. 344 legge ll. pp., per l'ipotesi in cui l'aumento o la diminuzione nell'importo delle opere appaltate, anche in dipendenza di variazioni disposte dall'Amministrazione, superi il quinto d'obbligo. In tali ipotesi è riconosciuto all'appaltatore il diritto potestativo di recedere che — nel caso in cui se ne avvalga — comporterà il pagamento dei lavori eseguiti da valutarsi secondo contratto, senza diritto ad alcuna indennità né al rilievo dei materiali da parte dell'Amministrazione.

5. Il procedimento ex art. 31 bis della legge n. 109/1994: l'accordo bonario sulle riserve; la decisione sulle riserve in sede di collaudo e l'azione giudiziale.

Tra le norme in materia di contenzioso inserite nella legge quadro, così come modificata dalla legge n. 166/2002, sono ricomprese quelle mirate ad

evitare l'insorgenza delle liti attraverso un tentativo obbligatorio di componimento bonario delle più rilevanti controversie insorte dopo la stipulazione del contratto e formalizzate con l'iscrizione delle riserve.

L'art. 31-*bis* comma 1 della legge Merloni (legge n. 109/1994) — introdotto dall'art. 9, d.l. n. 101/1995, convertito nella legge n. 216/1995, cd. Merloni-*bis*, rimasto invariato a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 415/1998, cd. Merloni-*ter*, e novellato dalla legge n. 166/2002, cd. Merloni-*quater* — dispone infatti una forma di definizione precontenziosa delle controversie che insorgano in sede di esecuzione dei lavori pubblici, mediante una procedura volta al raggiungimento di accordo bonario tra stazione appaltante e imprenditore esecutore dei lavori; tale procedura, in forma sostanzialmente transattiva, riguarda peraltro solo le controversie di natura economica che insorgano in sede di esecuzione dell'appalto (e non qualsivoglia controversia in materia di appalti) e presuppone l'iscrizione di riserve sui documenti contabili. Le controversie economiche devono essere tali da far variare l'importo dell'opera in misura sostanziale, e comunque non inferiore al 10 per cento dell'importo contrattuale.

Nel testo originario della Merloni, era previsto un tentativo obbligatorio di conciliazione ad opera del responsabile del procedimento in relazione a qualsiasi tipo di controversie relative ai lavori pubblici (art. 32, co. 1). La norma — come evidenziato da autorevole dottrina (cfr. R. DE NICTOLIS, *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici*, 2003) — aveva dato luogo a notevoli perplessità nella parte in cui si riferiva non solo a controversie di carattere patrimoniale, aventi natura disponibile, ma anche a controversie sulla legittimità di atti amministrativi, che in quanto tali non hanno carattere disponibile e non sono perciò suscettibili di conciliazione; inoltre i tempi della definizione apparivano incompatibili con i brevi termini di decadenza previsti per il ricorso avverso gli atti amministrativi (cfr. SANINO, *La nuova disciplina del contenzioso tra Amministrazione committente e appaltatore in materia di opere pubbliche*, in *Riv. amm. app.*, 1996, 125 ss.).

Tutt'al più la procedura conciliativa poteva suggerire la correzione dell'atto illegittimo in via di autotutela da parte dell'Amministrazione.

L'art. 9 d.l. n. 101/1995, convertito nella legge n. 216/1995, recante «Norme urgenti in materia di lavori pubblici» ha inserito nella legge n. 109/1994 l'art. 31-*bis*, recante «norme acceleratorie in materia di contenzioso». Tale articolo è stato ulteriormente novellato nel 2002. La novella contenuta nella legge n. 166/2002 ha modificato la disposizione sottraendo al responsabile del procedimento il compito di formulare la proposta di accordo bonario, e affidandolo ad apposita commissione, nonché trasformando l'accordo bonario in un atto consensuale di natura transattiva, sicché non occorre più la deliberazione della stazione appaltante con provvedimento motivato, con conseguente parziale modifica del procedimento (cfr. MANZI A., *Commento all'art. 31-bis, l. Merloni*, in AA.VV., *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni-quater)*, 2003, 806-852).

La definizione delle controversie sulle riserve non è rimessa ad una determinazione unilaterale dell'Amministrazione, ma ad un accordo; né occorre attendere l'approvazione del collaudo, essendo possibile già in

corso d'opera il raggiungimento dell'accordo. Ove poi il tentativo fallisca, è da ritenere che l'appaltatore possa adire il giudice o il collegio arbitrale già in corso d'opera, senza dover attendere l'approvazione del collaudo (cfr. CARBONE, *La disciplina delle controversie nella legge 109/1994 e successive modifiche (d.l. 101/1995 e l. di conversione n. 216/1995)* in *Riv. trim. app.*, 1996, 159).

Il tentativo di accordo bonario è previsto dall'art. 31-bis come obbligatorio e, in caso di inerzia dell'Amministrazione o di rifiuto di avviare il relativo procedimento, l'appaltatore potrà adire il giudice amministrativo; mentre non è sindacabile l'eventuale rifiuto dell'Amministrazione di raggiungere l'accordo nei termini pretesi dall'appaltatore.

Secondo altra opinione, il caso in cui l'Amministrazione ometta il tentativo di accordo bonario sarebbe da equiparare a quello, normativamente regolato, in cui il tentativo di accordo fallisca: omissis il tentativo di accordo, si dovrebbe considerare verificata la condizione di procedibilità per l'esperimento dell'azione giudiziaria o dell'arbitrato (cfr. DE LISE, *Commento all'art. 31-bis, legge Merloni*, in AA.VV., *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici fino alla Merloni-ter*, a cura di Giampaolino, Sandulli e Stancanelli, 1999, 529).

Bisogna però replicare con altra dottrina che se, a fronte dell'omissione del tentativo di accordo, non viene ritenuto sussistente un interesse legittimo pretensivo, lo strumento dell'accordo bonario rischia di restare lettera morta.

Sotto il profilo soggettivo, la norma in esame si riferisce sia ai soggetti di cui all'art. 2, lett. a), sia a quelli di cui all'art. 2, lett. b), e dunque anche ai privati concessionari di opera pubblica e alle società con capitale pubblico anche non prevalente.

La Merloni-bis prevedeva l'iter dinanzi al responsabile del procedimento, mentre la Merloni-quater fa riferimento ad apposita commissione; per gli appalti inferiori a 10 milioni di euro la costituzione della commissione è solo facoltativa, sicché ove le parti non ritengano di costituirla, potranno avvalersi del procedimento di accordo bonario davanti al responsabile. Inoltre, è previsto anche per gli appalti superiori a 10 milioni di euro che, se l'impresa non designa il componente della commissione di sua scelta, il procedimento di accordo bonario prosegue a cura del responsabile del procedimento.

Nella nuova disciplina il responsabile del procedimento si limita a promuovere la costituzione di apposita commissione cui spetta di formulare proposta motivata di accordo bonario, nel termine di 90 giorni dall'apposizione dell'ultima delle riserve. Sempre nel termine di novanta giorni, la commissione deve acquisire la relazione del direttore dei lavori (che non è più qualificata come «riservata») e, ove costituito, dell'organo di collaudo. Entro tale termine non va invece sentito l'appaltatore, il quale si pronuncia (come anche la stazione committente) *ex post* sulla proposta già formulata, nei successivi 30 giorni. Decorso tale termine, l'appaltatore ha la facoltà di ricorrere all'arbitrato (art. 31-bis, comma 1), se non viene raggiunto l'accordo. Se l'accordo bonario viene raggiunto lo stesso assume natura di transazione.

I termini suindicati sono da ritenere non perentori, per cui il loro decorso produce solo l'effetto di consentire all'appaltatore di adire il giudice ordinario o il collegio arbitrale, ma non priva le parti della possibilità di concludere il procedimento con un accordo bonario sia pur tardivo.

La disciplina di cui alla Merloni-*quater* prevede, in alternativa alla transazione, che le parti conferiscano alla commissione (sembra da escludere al responsabile del procedimento nei casi di sua competenza) la facoltà di assumere decisioni vincolanti per le parti, perfezionando, per conto delle stesse, l'accordo bonario risolutivo delle riserve (art. 31-*bis*, comma 1-*ter*), così configurando una fattispecie di «arbitraggio».

In caso di accordo bonario promosso d'ufficio, a seguito del collaudo, per le riserve residue, la commissione si pronuncia entro 90 giorni dal ricevimento del certificato di collaudo o di regolare esecuzione.

Quanto alla natura giuridica dell'accordo bonario, la Merloni-*quater* risolve *expressis verbis* la questione, disponendo che, ove la proposta di accordo bonario venga accettata sia dall'appaltatore che dalla stazione appaltante, l'atto ha natura transattiva (art. 31-*bis*, comma 1-*ter*). Si tratta dunque di un contratto privatistico, pienamente ammissibile, posto che le controversie sulle riserve sorgono nella fase di esecuzione dell'appalto, in cui vi sono situazioni di diritto soggettivo, e non di interesse legittimo (cfr. MORMANDI, *I profili processuali della nuova disciplina sui lavori pubblici (art. 31-*bis* e art. 32 della legge 11 febbraio 1994 n. 109, come modificata dalla legge 2 giugno 1995, n. 216)* in *Riv. trim. app.*, 1995, 408 ss.).

Invero, l'Amministrazione, allo scopo di evitare un prevedibile lungo contenzioso giurisdizionale con l'appaltatore, può ritenere opportuno concedere alla controparte importi che non ritenga pienamente provati.

L'art. 149 del regolamento di attuazione della legge Merloni, approvato con d.P.R. n. 554/1999, dà attuazione all'art. 31-*bis*, comma 1, che disciplina il procedimento di definizione bonaria delle controversie derivanti dalla iscrizione di riserve sui documenti contabili, che possano determinare una variazione dell'importo economico dell'opera in misura sostanziale, e comunque non inferiore al dieci per cento dell'importo contrattuale. Il comma 1 dell'art. 149 succitato, colmando una lacuna della norma primaria, stabilisce che in caso di iscrizione delle riserve il cui importo complessivo superi i limiti di cui all'art. 31-*bis*, comma 1, legge Merloni, il direttore dei lavori ne dà immediata comunicazione al responsabile del procedimento.

Rispetto alla norma primaria, il regolamento impone al responsabile di valutare l'ammissibilità e la non manifesta infondatezza delle riserve ai fini dell'effettivo raggiungimento del limite di valore, allo scopo di evitare che il valore delle riserve venga artatamente «gonfiato» per raggiungere il suddetto limite necessario per attivare il procedimento di definizione bonaria.

I commi 3 e 4 dell'art. 149 del regolamento specificano, con maggiore dettaglio, gli adempimenti a carico della stazione appaltante, una volta ricevuta la proposta di accordo bonario da parte del responsabile del procedimento, e gli ulteriori adempimenti a carico di quest'ultimo.

La stazione appaltante comunica all'appaltatore le proprie determinazioni sulla proposta di soluzione bonaria; se l'appaltatore aderisce a tali determinazioni, il responsabile del procedimento convoca le parti per la sottoscrizione — per la stazione appaltante ad opera non del responsabile del procedimento ma del suo organo fornito della relativa legittimazione — del verbale di accordo bonario che definisce «ogni contestazione sino a quel momento insorta», così integrando una sorta di transazione generale (ai sensi dell'art. 1975 c.c.).

Invero tale interpretazione non sembra condivisibile, in quanto il verbale non può che riferirsi alle sole controversie che hanno formato oggetto di soluzione bonaria, e non anche ad altre contestazioni rimaste alla stessa estranee, a meno che non risulti in maniera inequivoca l'intento delle parti di voler porre fine a tutte le contestazioni relative all'appalto sino a quel momento insorte.

A supporto di quanto affermato si osserva che il procedimento di accordo bonario è previsto solo con riferimento alle riserve aventi un certo importo economico, e non già con riferimento alla generalità delle riserve, per cui la sottoscrizione dell'accordo bonario non può comportare la definizione di contestazioni che hanno comportato l'iscrizione di riserve diverse da quelle che possono formare per legge oggetto di definizione bonaria.

Per quanto riguarda la reiterabilità del procedimento di accordo bonario, l'art. 149, comma 7, prevede che tale procedura è ripetibile se le riserve iscritte dall'appaltatore, ulteriori e diverse rispetto a quelle già precedentemente esaminate, raggiungono, cumulate tra loro, nuovamente l'importo fissato dalla legge. Ora il nuovo testo dell'art. 31-*bis* dispone che in ogni caso la procedura per la definizione dell'accordo può essere reiterata per una sola volta.

Una recente innovazione è contenuta nell'art. 15, d.lgs. n. 190/2002, «Attuazione della legge 21 dicembre 2001, n. 443, per la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale», che delega il Governo a modificare e integrare il regolamento generale di attuazione della legge Merloni, con le ulteriori disposizioni necessarie alla migliore realizzazione delle infrastrutture. È in particolare previsto che con le modifiche potranno essere dettate, tra l'altro, le norme procedurali per la risoluzione in via bonaria o contenziosa delle vertenze, anche in deroga agli articoli 31-*bis* e 32 della legge quadro.

In ordine alle riserve non assoggettate alla procedura immediata di accordo bonario e comunque ancora da definirsi — indipendentemente dal valore — alla conclusione dei lavori, la decisione è rimessa, come per il passato, alla fase di collaudo dell'opera. È previsto che, in corrispondenza con l'apposizione da parte dell'appaltatore di ciascuna riserva sul registro di contabilità e della sua esplicazione, il direttore dei lavori, nei successivi quindici giorni, deve esporre nel registro stesso le proprie motivate deduzioni (art. 165, comma 4, del d.P.R. n. 554/1999). Se il direttore dei lavori omette di motivare in modo esauriente le proprie deduzioni e non consente alla stazione appaltante di percepire le ragioni ostative al riconoscimento delle pretese dell'appaltatore, incorre in responsabilità per le somme che, per tale negligenza, l'Amministrazione dovesse essere tenuta a sborsare. Lo stesso

direttore dei lavori tornerà, poi, a considerare le riserve e domande dell'appaltatore nella relazione redatta ai sensi dell'art. 173 del d.P.R. citato sul conto finale dei lavori.

Per le ipotesi di appalti e concessioni di importo inferiore a 10 milioni di euro, una volta che le riserve siano state confermate in sede di sottoscrizione del conto finale o per quelle ivi inserite per la prima volta, sulle stesse è chiamato a pronunciarsi il responsabile del procedimento nella relazione finale riservata di cui all'art. 175 del d.P.R. citato. Sulle riserve pronuncia poi il proprio parere l'organo di collaudo con relazione separata e riservata (art. 196, comma 2, del d.P.R. citato). Il medesimo organo riferisce, inoltre, al responsabile del procedimento in ordine alle singole osservazioni fatte dall'appaltatore al certificato di collaudo.

L'art. 32, comma 1, del decreto ministeriale n. 145/2000 precisa che le riserve e le pretese dell'appaltatore, che non sono state oggetto della procedura di accordo bonario, sono esaminate e valutate dalla stazione appaltante entro 90 giorni dalla trasmissione degli atti di collaudo effettuata ai sensi dell'art. 204 del Regolamento. Inoltre, qualora siano decorsi i termini previsti dall'art. 28 della legge senza che la stazione appaltante abbia effettuato il collaudo o senza che sia stato emesso il certificato di regolare esecuzione dei lavori, l'appaltatore può chiedere che siano comunque definite le proprie riserve e richieste notificando apposita istanza. La stazione appaltante deve in tal caso pronunciarsi entro i successivi 90 giorni. Nulla è previsto per l'eventuale infruttuoso decorso del suddetto termine, ma non è dubbio che in tal caso l'appaltatore potrà direttamente adire l'autorità giudiziaria ordinaria o arbitrale.

Per le ipotesi di appalti e concessioni non rientranti nella categoria suddetta, ivi compresi quelli di importo inferiore a 10 milioni di euro per cui sia stata esercitata dalla stazione appaltante la facoltà della costituzione della commissione, il nuovo testo dell'art. 31-*bis*, comma 1, introdotto dall'art. 7, comma 1, lett. *u*) della legge n. 166/2002, dispone che il responsabile del procedimento promuove la costituzione della commissione al ricevimento del certificato di collaudo o di regolare esecuzione. La proposta motivata della commissione è formulata entro 90 giorni dal predetto ricevimento. Occorre evidenziare che la relazione del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo, che la commissione è chiamata ad acquisire, sono atti diversi dalle relazioni «riservate» di competenza dei medesimi soggetti, destinate queste, insieme alla relazione riservata del responsabile del procedimento, alla sola stazione appaltante ai fini della definizione della sua posizione rispetto alle domande dell'appaltatore.

La disciplina di cui all'art. 31-*bis*, comma 1, è completata dall'art. 32, comma 1, secondo cui, se l'accordo non viene raggiunto, la definizione della controversia può essere devoluta al giudice ordinario o ad un arbitrato volontario. Il tentativo di accordo bonario risulta dunque pregiudiziale per poter dare avvio al giudizio arbitrale (in tal senso M. GENTILE e A.V. SINISI, *Il procedimento di accordo bonario ex art. 31-bis della legge 109/1994 come condizione di procedibilità della domanda di arbitrato in corso d'opera*, in *Urb. e app.*, 2001, 817 ss.).

La facoltà di avvalersi del disposto dell'art. 32 succitato — e dunque di avviare la controversia giudiziale o arbitrale — può esercitarsi solo una volta spirato il termine di trenta giorni assegnato alle parti per pronunciarsi in ordine alla proposta di accordo bonario; con ciò configurando una condizione di procedibilità dell'azione giudiziale che tuttavia — come osservato da condivisibile dottrina (cfr. AA.VV., *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni-quater)*, Giuffrè, 2003, 813 ss.) non può di certo essere intesa nel senso di preclusione della possibilità di ricorrere alla tutela in via giurisdizionale in difetto di attivazione *tout court* della procedura di cui al comma 1, se non altro in quanto si porrebbero seri problemi di compatibilità con i basilari principi costituzionali sulla tutela giurisdizionale dei diritti, ed in particolare con l'art. 24 della Costituzione. Appare opportuno quindi temperare il principio con la necessità quanto meno del decorso dei tempi di legge per poter passare all'azione.

6. *Esplicazione di caso concreto.*

In un caso sottoposto di recente alla cognizione del Tribunale di Milano (sez. VII, G. dott.ssa N. Ongania, sentenza n. 7690/2004, depositata il 21 giugno 2004), un'impresa ha convenuto in giudizio la committente pubblica, chiedendone la condanna al pagamento di una certa somma, quale importo della riserva finale iscritta sui registri di contabilità, in relazione ad un contratto di appalto per l'esecuzione dei lavori di realizzazione di una struttura pubblica.

L'Amministrazione si è costituita eccependo, tra l'altro, la decadenza dell'attrice dal diritto a far valere la riserva genericamente motivata con riferimento «*alle numerose sospensioni di lavoro, di fasi di lavoro, di varianti in corso d'opera ... Tali sospensioni e varianti sono state autorizzate dalla direzione dei lavori tramite gli ordini di servizio nn. ...*».

Secondo la difesa erariale tale riserva iscritta in calce al registro di contabilità deve considerarsi «tardiva». Come è noto, la materia è oggi disciplinata dall'art. 165 d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, il quale sotto la rubrica «*Eccezioni e riserve dell'appaltatore sul registro di contabilità*» statuisce che «*il registro di contabilità è firmato dall'appaltatore con o senza riserve nel giorno in cui gli viene presentato. Nel caso in cui l'appaltatore non firmi il registro, è invitato a farlo entro il termine perentorio di quindici giorni e, qualora persista nell'astensione o nel rifiuto, se ne fa espressa menzione nel registro. Se l'appaltatore ha firmato con riserva egli deve a pena di decadenza, nel termine di 15 giorni, esplicitare le sue riserve, scrivendo e firmando nel registro le corrispondenti domande di indennità e indicando con precisione le cifre di compenso cui crede di avere diritto, e le ragioni di ciascuna domanda. Il direttore dei lavori dovrà, nei successivi quindici giorni, esporre nel registro le sue motivate deduzioni. Se il direttore omette di motivare in modo esauriente le proprie deduzioni e non consente alla stazione appaltante la percezione delle ragioni ostative al riconoscimento delle pretese dell'appaltatore, incorre in responsabilità per le somme che, per tale negligenza, l'amministrazione dovesse essere tenuta a sborsare. Nel caso in cui l'appaltatore non ha firmato il registro, nel termine di cui al secondo comma, oppure lo ha fatto con riserva, ma senza esplicitare le sue*

riserve nel modo e nei termini sopraindicati, i fatti registrati si intendono definitivamente accertati, e l'appaltatore decade dal diritto di far valere, in qualunque termine e modo, le riserve e le domande che ad essi si riferiscono ...».

In virtù di tale norma rileva l'onere di immediata contestazione mediante tempestiva riserva — a pena di decadenza — da parte dell'appaltatore, con l'iscrizione e l'esplicazione delle circostanze che riguardano le sue prestazioni e siano suscettibili di produrre un incremento della spesa prevista. Tale onere di tempestiva riserva in relazione ad ogni fatto produttivo di conseguenze patrimoniali sfavorevoli, idoneo a risolversi in una maggiore spesa per l'appaltatore, è espressione di un principio generale nell'ambito del sistema delle norme regolatrici del contratto di appalto per la costruzione di opere pubbliche, così come generalmente affermato da costante giurisprudenza (cfr. Cassazione, sez. I, 2 ottobre 2001, n. 12203; 3 novembre 2000, n. 14361; 20 gennaio 1981, n. 476).

Nel caso in esame la riserva è stata iscritta a notevole distanza dalla conoscenza della situazione pregiudizievole: l'impresa appaltatrice avrebbe dovuto segnalare la situazione pregiudizievole, indicando l'onere economico consequenziale alle sospensioni dei lavori al momento della ripresa degli stessi lavori, sottoscrivendo con riserva l'ordine di servizio di ripresa dei lavori sospesi.

Parte attrice ha basato la motivazione a sostegno della tempestività della riserva sul fatto che le disposizioni del direttore dei lavori sarebbero state impartite in modo difforme dalla legge, e che la mancanza dei verbali di sospensione e di ripresa, che a suo dire avrebbero dovuto essere emanati al posto degli ordini di servizio, avevano impedito all'impresa di formulare la riserva al momento dovuto.

Il Tribunale, con la sentenza suindicata, ha osservato che *«in primo luogo la riserva deduce a fondamento della richiesta le numerose sospensioni di lavori o fasi di lavoro, nonché le varianti intervenute in corso d'opera con specifico riferimento agli O.d.S.. Per altro, anche a ritenere con il ctu che l'appaltatore non possa esprimere su quest'ultimo, quale atto unilaterale, le proprie riserve, non era per questo preclusa all'impresa la possibilità di formularle ugualmente, proprio in forza della giurisprudenza citata dal ctu, con comunicazione scritta da ritenere idonea se tempestiva e seguita da regolare iscrizione della riserva nel registro di contabilità, in occasione della sua prima successiva sottoscrizione, nonché da adeguata esplicazione. Tali requisiti non sono individuabili nella specie, posto che, avuto riguardo alla cronologia dei fatti, non solo la comunicazione ... è tardiva relativamente agli ordini di servizio nn. ..., ma ad essa non ha fatto seguito alcuna iscrizione nel registro di contabilità in occasione della sottoscrizione dei successivi SAL ..., venendo formalizzata solo alla chiusura della contabilità, come si evince dal relativo registro, sebbene le circostanze cui essa si riferisce fossero intervenute da tempo e le loro conseguenze in termini di maggiori oneri da sopportare fossero state individuate parimenti da tempo dall'appaltatrice, come evidenza la stessa comunicazione ... La riserva in esame deve, quindi, ritenersi tardiva e ciò dispensa dall'esame della sua fondatezza e congruità».*

Tale interpretazione appare ampiamente condivisibile ed in linea con i principi giuridici disciplinanti la materia.

Accertamento tecnico preventivo e tutela cautelare nell'arbitrato irrituale: il dibattito dottrinale e le novità normative

di Emanuela Rosano'

SOMMARIO: – 1. *Accertamento tecnico preventivo: evoluzione dottrinale e giurisprudenziale.* – 1.1. *Accertamento tecnico preventivo e ispezione giudiziale sulla persona dell'istante.* – 1.2. *I limiti dell'accertamento tecnico preventivo.* – 1.3. *L'accertamento tecnico preventivo alla luce della legge n. 80/05.* – 2. *Arbitrato irrituale e tutela cautelare.* – 2.1. *Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale.* – 2.2. *L'arbitrato nella riforma del diritto societario (D.lgs. 5/03).* – 2.3. *Le nuove norme del procedimento cautelare uniforme alla luce della legge 80/05.*

1. Accertamento tecnico preventivo: evoluzione dottrinale e giurisprudenziale.

I procedimenti di istruzione preventiva sono disciplinati dagli articoli 692-696 c.p.c: si tratta di provvedimenti istruttori che vengono assunti prima della fase probatoria di un procedimento non ancora instaurato, oppure già pendente, al fine di evitare il pericolo che quegli stessi mezzi non possano successivamente essere assunti. (1)

I presupposti per l'emanazione dei provvedimenti di istruzione preventiva sono, come per tutte le misure cautelari, l'esistenza del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris*. Il primo è tipicamente descritto nelle norme relative ai procedimenti in esame quale «*urgenza di far verificare, prima del giudizio, lo stato dei luoghi o la qualità o la condizione di cose*» con riferimento all'art. 696 c.p.c. (accertamento tecnico ed ispezione giudiziale). Il pericolo si identifica con la possibilità che nel periodo occorrente per l'assunzione della prova in via ordinaria venga meno, o risulti comunque alterato, l'oggetto della prova stessa. Per quanto concerne il requisito del «*fumus*», posto che l'istruzione preventiva è preordinata non alla tutela del diritto sostanziale ma solo alla tutela del diritto alla prova, il giudice della cautela è chiamato a verificare, sulla base di un esame sommario se il mezzo di prova richiesto si presenti ammissibile e rilevante con riferimento alle domande o alle eccezioni alle quali la prova è preordinata (2).

1.1. Accertamento tecnico preventivo e ispezione giudiziale sulla persona dell'istante.

L'art. 696 c.p.c identifica l'oggetto dell'accertamento tecnico e dell'ispezione giudiziale nella verifica dello «*stato dei luoghi*» o della «*qualità o condizione di cose*». La lettera della disposizione sembra quindi rendere inammissibile l'ispezione o l'accertamento tecnico che abbiano ad oggetto la per-

(1) Cfr. TRISORIO LIUZZI, voce *Istruzione preventiva*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., X, 242 ss.

(2) *Ivi*, 247 ss.

sona. Sul punto la Consulta ha avuto modo di pronunciarsi ben tre volte ritenendo, da prima, inammissibile la questione(3), ma dichiarando, successivamente, l'illegittimità costituzionale dell'art. 696, comma 1, c.p.c. nella parte in cui non consente di disporre l'accertamento tecnico o l'ispezione giudiziale sulla persona dell'istante(4). In questa occasione il Supremo Collegio ha espressamente sottolineato la differenza tra il caso esaminato ed il proprio precedente in materia dichiarando che, nel primo caso, si trattava di richiesta da parte del datore di lavoro di accertamento tecnico preventivo delle condizioni fisiche dei dipendenti mentre, nel secondo caso, l'istante chiedeva un accertamento tecnico preventivo da svolgersi sulla propria persona. Questa differenziazione operata dalla Corte (in base alla quale la misura cautelare è ammessa solo se oggetto dell'indagine è la persona dell'istante e non anche la persona nei cui confronti l'istanza è proposta) lasciava adito a qualche perplessità, soprattutto con riferimento all'ipotesi in cui vi fosse il consenso del soggetto su cui si sarebbe dovuto esperire il mezzo di istruzione preventiva. Sollevata nuovamente questione di legittimità costituzionale della norma con particolare riferimento a quest'ultimo profilo, la Consulta ha nuovamente dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 696 c.p.c. nella parte in cui non prevede che il giudice possa disporre accertamento tecnico preventivo o ispezione giudiziale anche sulla persona nei cui confronti l'istanza è proposta, dopo averne acquisito il consenso(5).

1.2. I limiti dell'accertamento tecnico preventivo.

L'art. 696 c.p.c. nel disporre che «*chi ha urgenza di far verificare, prima del giudizio, lo stato dei luoghi o la qualità o la condizione di cose, può chiedere che sia disposto un accertamento tecnico o un'ispezione giudiziale*» ha da sempre posto il dubbio se vi siano dei limiti che il perito non possa superare. La dottrina tradizionalmente distingue tra attività meramente descrittiva, da svolgersi in sede cautelare e attività valutativa da svolgersi in sede di giudizio di merito: in altri termini, in sede preventiva il consulente non può effettuare alcuna attività valutativa, come ad esempio quella mirante a determinare le cause e l'entità del danno lamentato(6). La giurisprudenza ha, invece, assunto un atteggiamento non particolarmente rigoroso sul tema dei limiti

(3) Cfr. Corte Cost., 30 gennaio 1986, n. 18, in *Foro It.*, 1986, I, 1783 con osservazioni di Romboli.

(4) Cfr. Corte Cost., 22 ottobre 1990, n. 471, in *Foro It.*, 1991, I, 14, con nota di Romboli.

(5) Cfr. Corte Cost., 19 luglio 1996, n. 257 in *Giust. Civ.*, 1996, I, 2807 con nota critica di Luiso secondo cui, sulla base del principio affermato dalla Corte Costituzionale, si viene a determinare uno squilibrio di poteri fra le parti che non garantisce l'esercizio del diritto alla prova in condizioni di uguaglianza: la controparte che sa o teme che dall'assunzione preventiva potrà derivare una prova a suo sfavore e al tempo stesso è sicura che dal proprio rifiuto a permettere l'ispezione o l'accertamento non potrà derivare alcuna conseguenza a sé sfavorevole ben difficilmente darà il suo consenso.

(6) Cfr. SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1968, rist., IV, 1, 262; BALENA, *Istruzione, II. Procedimento di istruzione preventiva*, voce dell' *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1990, XVIII, 2.

dell'accertamento tecnico preventivo: da un lato, ha sostenuto che l'individuazione delle cause, o la determinazione dell'entità del danno, disposta in sede di accertamento tecnico preventivo *contra legem* dal giudice o effettuata di sua iniziativa dal consulente tecnico deve considerarsi «*tamquam non esset*» in quanto siffatto sconfinamento integra una violazione del principio del contraddittorio (7); dall'altro ha ammesso la possibilità di sanatoria del vizio purché sia rispettato il principio del contraddittorio, attraverso, ad esempio, la rituale acquisizione al giudizio di merito della relazione del consulente senza opposizione delle parti ovvero, ai sensi dell'art. 157, comma 3, c.p.c., ove la relativa nullità non sia stata eccepita nel corso del procedimento cautelare (8).

Il limite delle attività esperibili in via preventiva dal consulente tecnico è stato portato due volte all'esame della Corte Costituzionale. Con sentenza 20 febbraio 1997, n. 46 (9) la Corte ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 696 c.p.c. sollevata in relazione all'art. 24 Cost., in quanto il diritto di agire in giudizio, se implica la possibilità di raccogliere gli elementi di prova per i quali sussista il rischio di dispersione, non deve tuttavia estendersi sino a comprendere le ulteriori valutazioni tecniche che possono essere svolte nel successivo giudizio di merito. A distanza di soli due anni la questione è stata riproposta all'esame del giudice delle leggi sotto il profilo della violazione degli artt. 24 e 11 Cost. (quest'ultimo in relazione all'art. 6, par. 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali). Nell'ottica del giudice remittente l'attuale formulazione dell'art. 696 c.p.c., rendendo necessaria un'ulteriore consulenza tecnica nel successivo giudizio di merito, da un lato vanificherebbe la piena esplicazione e l'effettività della tutela giurisdizionale e, dall'altro, violerebbe il diritto ad ottenere un giudizio entro un termine ragionevole. Anche in questa occasione la Corte ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale della norma denunciata ritenendo che l'accertamento tecnico preventivo giustificato da finalità cautelari non deve necessariamente trasformarsi, perché si realizzi la garanzia del diritto a ottenere in tempi ragionevoli una decisione di merito, da atto di istruzione preventiva in «*sostanziale anticipazione del giudizio, che verrebbe così ricondotto sino ad esaurirsi nella fase del procedimento sommario*». L'attuale formulazione dell'art. 696 c.p.c non viola poi il diritto di azione in quanto – qui la Corte si rifà alla propria pronuncia del 1997 – l'accertamento tecnico preventivo comprende «*tutti gli elementi conoscitivi considerati necessari per le valutazioni che dovranno essere effettuate nel giudizio di merito*» (10). Nello stesso senso si è espressa Cass., 8 agosto 2002 n. 12007 *cit.*, secondo cui «*deve ritenersi*

(7) Cfr. Cass., 17 novembre 1999, n. 12748, in *Foro It., Rep.*, 1999, *Istruzione preventiva*, n. 7.

(8) Cfr. in tal senso, Cass., sez. III, 1 aprile 2004, n. 6390, in *Foro It., Rep.* 2004, *Istruzione preventiva*, n. 1; *Id.*, 8 agosto 2002, n. 12007, *ivi*, 2002, n. 1; *Id.*, 3 agosto 2000, n. 10201, *ivi*, 2000, n. 7.

(9) *Giust. Civ.*, 1997, I, 880.

(10) Cfr. Corte Cost., 22 ottobre 1999, n. 388, in *Foro It.*, 2000, 1072 con nota di Ilaria Pagni.

consentito al giudice, in sede di accertamento tecnico preventivo, demandare al consulente indagini anche concernenti cause ed entità del danno lamentato, purchè dette indagini risultino compatibili con le finalità cautelari del provvedimento».

1.3. L'accertamento tecnico preventivo alla luce della legge n. 80/05.

La legge n. 80/05 di conversione del d.l. n. 35/05 (c.d. decreto sulla competitività), recependo gli orientamenti provenienti dalla giurisprudenza della Cassazione, anche per effetto delle diverse pronunce della Corte Costituzionale, è intervenuta sugli istituti dell'accertamento tecnico preventivo e dell'ispezione giudiziale integrandone la disciplina codicistica. Il nuovo articolo 696 c.p.c. dispone ora che *«Chi ha urgenza di far verificare, prima del giudizio, lo stato dei luoghi o la qualità o la condizione di cose, può chiedere a norma degli artt. 692 e seguenti, che sia disposto un accertamento tecnico o un'ispezione giudiziale. L'accertamento tecnico e l'ispezione giudiziale, se ne ricorrere l'urgenza, possono essere disposti anche sulla persona dell'istante e, se questa vi consente, sulla persona nei cui confronti l'istanza è proposta. L'accertamento tecnico di cui al primo comma può comprendere anche valutazioni in ordine alle cause e ai danni relativi all'oggetto della verifica».* Il successivo articolo 696-bis introdotto dalla legge 80/05 e rubricato (*consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*) stabilisce che *«L'espletamento di una consulenza tecnica, in via preventiva, può essere richiesto anche al di fuori delle condizioni di cui al primo comma dell'art. 696, ai fini dell'accertamento e della relativa determinazione dei crediti derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito. Il giudice procede a norma del terzo comma del medesimo art. 696. Il consulente, prima di provvedere al deposito della relazione, tenta, ove possibile, la conciliazione delle parti. Se le parti si sono conciliate, si forma processo verbale della conciliazione. Il giudice attribuisce con decreto efficacia di titolo esecutivo al processo verbale, ai fini dell'espropriazione e dell'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale. Il processo verbale è esente dall'imposta di registro. Se la conciliazione non riesce, ciascuna parte può chiedere che la relazione depositata dal consulente sia acquisita agli atti del successivo giudizio di merito. Si applicano gli articoli da 191 a 197, in quanto compatibili».*

L'attribuzione di una funzione conciliativa all'istituto dell'accertamento tecnico preventivo e, soprattutto, lo sganciamento del mezzo istruttorio dai presupposti del *periculum* e del *fumus* prescritti dall'art. 696 c.p.c., costituiscono un'assoluta novità nel nostro ordinamento processuale e recepiscono sostanzialmente la disciplina in materia di prove contenuta nelle proposte elaborate dalla commissione presieduta da Vaccarella per la riforma del codice di procedura civile. In particolare l'art. 49 del progetto di legge dispone *«la possibilità di utilizzare i procedimenti di istruzione preventiva anche in assenza di periculum in mora»* e di *«generalizzare la consulenza tecnica ante causam».* Secondo la relazione *«l'esperienza mostra che, spesso, il contrasto fra le parti riguarda la quaestio facti, di tal che, una volta effettuata l'istruttoria e beninteso se non vi sono ragioni di conte-*

stazione sul modo con cui l'istruttoria si è svolta – la controversia viene conciliata. Se, dunque, si riesce ad anticipare la formazione della prova rispetto all'inizio del processo, le controversie caratterizzate da un contrasto in punto di fatto presumibilmente non verranno portate dinanzi al giudice». «Inoltre – prosegue la relazione –, un difetto dell'attuale sistema riguarda l'ambito eccessivamente ristretto degli accertamenti tecnici preventivi che debbano limitarsi a «fotografare» la situazione esistente. Essi non sono dunque esauritivi, e pertanto non sono idonei a definire la quaestio facti. Si propone, quindi, di eliminare tali limiti, e di consentire l'espletamento ante causam di una consulenza tecnica che abbia le stesse caratteristiche di quella disposta in corso di causa».

Il nuovo articolo 696-bis c.p.c. recepisce il contenuto dell'art. 49 del progetto di legge consentendo di utilizzare l'accertamento tecnico preventivo (anche) quale strumento di conciliazione della controversia tra le parti (oltre che quale strumento di formazione preventiva della prova prima del processo di merito) (11).

Dal combinato disposto degli artt. 696 e 696-bis c.p.c. emergono, quindi, due figure di a.t.p. distinte tra loro quanto ad oggetto, struttura e funzione:

1) l'art. 696 c.p.c. prevede quale oggetto dell'a.t.p. «*lo stato dei luoghi o la qualità o la condizione di cose*» e mantiene per struttura e funzione il ruolo «classico» dell'a.t.p. di strumento di formazione preventiva della prova prima del processo sul presupposto della sussistenza dei requisiti del «*periculum*» e del «*fumus*»;

2) il nuovo art. 696-bis c.p.c. individua e limita l'oggetto della verifica alla «*determinazione dei crediti derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito*», è completamente sganciato dai presupposti del *fumus* e del *periculum* prevalendo il fine conciliativo su qualunque finalità istruttoria-cautelare e legittima l'interessato a richiedere l'accertamento senza dovere prospettare alcun pericolo di dispersione della prova, ma solo per l'esigenza di tutelare un proprio diritto alla formazione della prova medesima.

L'intervento operato dal legislatore in materia di istruzione preventiva, ed in particolare, la valorizzazione della funzione conciliativa dell'istituto dell'a.t.p. per effetto dell'introduzione nel codice del nuovo art. 696-bis, è stato salutato con favore dalla dottrina la quale ne ha apprezzato l'intento deflativo del contenzioso alla luce del principio della ragionevole durata del processo sancito dall'art. 111 della nostra Costituzione nonché della disciplina comunitaria che afferma l'importanza di tale principio per ogni ordinamento moderno ed efficiente (12).

(11) Cfr. GIULIO NICOLA NARDO, *La nuova funzione conciliativa dell'accertamento tecnico preventivo alla luce della recente legge n. 80/05*, in www.judicium.it.

(12) Cfr. G.N. NARDO, *Contributo allo studio della istruzione preventiva*, Napoli, 2005; REMO CAPONI, *Le modifiche al codice di procedura civile previste dalla l. n. 80 del 2005 - Provvedimenti cautelari e azioni possessorie*, in *Foro It.*, 2005, V, 135.

2. Arbitrato irrituale e tutela cautelare.

2.1. Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

Il tema dell'ammissibilità della tutela cautelare in presenza di una clausola per arbitrato irrituale costituisce ormai da anni un argomento al centro di un ampio dibattito sia dottrinale che giurisprudenziale.

L'indirizzo giurisprudenziale prevalente è da tempo ancorato alla tesi secondo la quale la clausola compromissoria per arbitrato irrituale, nel demandare agli arbitri l'espletamento di un'attività negoziale in sostituzione delle parti, determina l'improcedibilità del ricorso alla tutela cautelare per rinuncia convenzionale all'azione. La ricostruzione si basa sull'orientamento che ravvisa nella sottoscrizione della clausola per arbitrato irrituale una rinuncia alla tutela in sede giurisdizionale, e dunque, anche a quella particolare forma di tutela giurisdizionale rappresentata dalla tutela cautelare. Inoltre, si sostiene l'impossibilità di configurare, sotto un profilo di tecnica processuale, l'arbitrato libero come un processo in senso stretto; ciò che – attesa la rigorosa strumentalità delle misure in discorso, nel senso che per la loro efficacia debba pendere o possa comunque instaurarsi il processo di merito relativo al cautelando diritto – porta ad escludere l'ammissibilità di provvedimenti cautelari. In tal senso esaustiva appare Cass., sez. III, 7 dicembre 2000, n. 15524(13) secondo cui la clausola compromissoria per arbitrato libero o irrituale si sostanzia «*in una rinuncia dei contraenti alla tutela giurisdizionale dei diritti relativi al rapporto controverso che, in quanto tale, non può che riferirsi anche alle misure cautelari, che sono preordinate al giudizio ordinario davanti agli organi investiti del potere giurisdizionale*». La rinuncia alla giurisdizione che la Suprema Corte ritiene insita nella sottoscrizione di una clausola per arbitrato irrituale, conduce poi il Collegio a ritenere che la decisione, la quale dichiara la improponibilità della domanda cautelare, non risolve una questione di competenza ma di merito; di conseguenza essa non è impugnabile con regolamento di competenza, ma con gli ordinari mezzi di impugnazione. Tra le pronunce dei giudici di merito che hanno sostenuto l'incompatibilità tra tutela cautelare e arbitrato irrituale si segnalano Trib. Verona, 18 ottobre 1993(14), Trib. Bologna, 23 giugno 1997(15), Trib. Napoli, 7 agosto 1997(16) e Trib. Torino, 14 aprile 1997(17), secondo cui «*in presenza di clausola per arbitrato libero, nessuna forma di tutela cautelare può essere richiesta dalle parti, se non prospettando, in funzione del futuro giudizio di merito, la «caducazione» della clausola medesima in ragione di motivate ipotesi di risoluzione*». Da ultimo si veda anche Trib. Catania, 13 settembre

(13) *Giur. It.*, 2001, 1107 con osservazioni di Canale. V anche Trib. Modena, 15 dicembre 2003, in *Giur. It.*, 2003, 1628 con nota di Corsini.

(14) *Giur. It.*, 1995, parte I, sez. II, pag. 441, con nota di LEVONI, *Arbitrato libero e misure cautelari, ovvero la capra e i cavoli*.

(15) *Foro It.*, 1997, I, 3020.

(16) *Giur. It.*, 1998, 2070.

(17) *Giur. It.*, 1997, I, 2, 555 con nota di Chiarloni.

1999 (18), che ha eluso la possibilità di configurare un coordinamento tra fase cautelare e fase di merito dinanzi al collegio arbitrale (irrituale) «*sulla base della considerazione che la fase cautelare ha natura giudiziale mentre la fase di merito ha natura tipicamente negoziale*».

Ad ulteriore conferma dell'inammissibilità della tutela cautelare in presenza di una clausola per arbitrato irrituale, sono state evocate, ad opera della dottrina, le norme che disciplinano il rito cautelare uniforme: l'art. 669 *novies*, comma 1, c.p.c., in base al quale il provvedimento cautelare perde efficacia se entro trenta giorni non ha inizio il procedimento di merito e, il comma 4 del medesimo articolo, nella parte in cui prevedeva che il provvedimento cautelare perdesse efficacia ove la parte non avesse domandato l'esecutorietà del lodo arbitrale nel termine di trenta giorni dalla sua pronuncia (obiezione oggi venuta meno a seguito della modifica dell'art. 825 c.p.c. ad opera della legge 25/1994 v. oltre). Poiché il lodo arbitrale non avrebbe mai potuto essere oggetto di *exequatur* si rinveniva nella norma un'ulteriore conferma della inammissibilità della tutela cautelare in presenza di un arbitrato irrituale.

Negli ultimi anni una parte della dottrina, seguita anche da alcuni giudici, ha ritenuto, pur con diverse motivazioni, compatibili arbitrato libero e tutela cautelare. In un primo momento si è sostenuto che il comportamento del soggetto, nei confronti del quale si chiede la misura cautelare avrebbe efficacia caducante sulla validità del patto arbitrale; si è affermato, in buona sostanza, che i gravi inadempimenti di una parte, oltre a costituire il fondamento della pretesa cautelare dell'altra, avrebbero anche l'automatico effetto di liberare la controparte dal vincolo derivante dalla sottoscrizione dell'accordo arbitrale (a questo fine si è invocato, da un lato, l'istituto dell'impossibilità sopravvenuta quale causa di risoluzione della convenzione arbitrale, secondo la ricostruzione proposta da Arieta (19) e, dall'altro, quello della risoluzione per inadempimento, secondo la ricostruzione proposta da Levoni (20)). In un secondo momento si è cercato di risolvere il problema derivante dal tenore dell'art. 669 *novies*, comma 1, c.p.c. (vale a dire la necessità di promuovere l'azione di merito entro trenta giorni), sostenendo che l'inizio del procedimento di merito dovrebbe essere inteso anche come esercizio della domanda di arbitrato libero (21). Si sono poi sostenute due diverse soluzioni che prendono origine dalle critiche svolte nei confronti delle tesi succitate. Da un lato si è affermato che in caso di arbitrato irrituale gli arbitri non hanno il potere di decidere la controversia, bensì quello negoziale di comporla; e di conseguenza non vi sarebbe spazio per la rinuncia alla tutela giurisdizionale. Si è così ritenuto che la parte possa introdurre un giudizio ordinario per il merito contemporanea-

(18) *Giur. comm.*, 2000, II, 507, con nota di Mirone.

(19) G. ARIETA, *Note in tema di rapporti tra arbitrato rituale ed irrituale e tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 745 ss.

(20) A. LEVONI, *Arbitrato libero e misure cautelari, ovvero la capra e i cavoli*, *op. cit.*, 441 ss.

(21) Cfr. SASSANI, *Intorno alla compatibilità tra tutela cautelare e arbitrato irrituale*, in *Riv. Arb.*, 1995, 709.

mente alla pendenza dell'arbitrato irrituale, applicando alla fattispecie il medesimo schema individuato per le ipotesi nelle quali il credito oggetto di cautela è sottoposto a condizione. La parte a favore della quale la misura è stata emessa, proponendo nei trenta giorni la domanda di condanna della controparte all'adempimento dell'obbligo risultante dalla decisione arbitrale, rispetterebbe il termine di cui all'art. 669 *novies*, comma 1, c.p.c. (22). Dall'altro lato si è, invece, sostenuta la possibilità di ricondurre la fattispecie dell'arbitrato irrituale alle varie ipotesi presenti nel nostro ordinamento nelle quali l'accesso alla giurisdizione è mediato da un preventivo filtro (*c.d.* «giurisdizione condizionata»). In questa prospettiva l'esperienza della procedura arbitrale irrituale rappresenta una condizione necessaria per avere accesso alla giurisdizione. Ed in pendenza della procedura preventiva sono sospesi i termini di esercizio dell'azione di merito (23).

Le varie tesi prospettate hanno trovato eco nella giurisprudenza che, negli ultimi tempi, ha ribaltato il «granitico» indirizzo giurisprudenziale degli anni precedenti per intraprendere la svolta auspicata dalla dottrina. Tra le pronunce più recenti che hanno ritenuto ammissibile il ricorso alla tutela cautelare anche in presenza di una clausola compromissoria per arbitramento irrituale si ricordano Trib. Milano, 9 aprile 2002 (24), *id.* Lanciano, 29 novembre 2001 (25), *id.* Catania 16 ottobre 2001 (26), *id.* Monza, 26 maggio 2001 (27), *id.* Isernia, 23 settembre 1999 (28), *id.* Milano 8 marzo 1999 (29), *id.* Roma 24 luglio 1997 (30). In particolare l'ultima decisione citata ribalta i capisaldi della dominante tesi negativa circa la compatibilità tra tutela cautelare ed arbitramento irrituale: l'assunto dogmatico della rinuncia preventiva alla giurisdizione e l'incompatibilità tecnica dell'arbitramento libero con il procedimento cautelare uniforme. Quanto al primo dei profili evidenziati si riconosce che «*in realtà, non vi è alcuna relazione di consequenzialità necessaria fra la rinuncia all'azione ordinaria di cognizione e la c.d. rinuncia alla tutela cautelare*». Ed, infatti, «*chi stipula un negozio con una clausola compromissoria intende conseguire il soddisfacimento più rapido, e magari più equo; e non certo la frustrazione totale del suo diritto*». Quanto al secondo profilo, tradizionalmente ritenuto ostativo, della incompatibilità tecnica dell'arbitramento libero con il procedimento cautelare uniforme i giudici romani hanno sottoli-

(22) Cfr. CANALE, *Tutela cautelare e arbitramento irrituale*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1997, 941.

(23) Cfr. CHIARLONI, *Davvero incompatibili tutela cautelare e clausola compromissoria per arbitramento libero?*, in *Giur. It.*, 1997, I, 2, 555; CANALE, *Tutela cautelare e arbitramento irrituale*, *op. cit.*, 941; GRASSO, *Tutela cautelare e arbitramento irrituale*, in *Giur. It.*, 1997, IV, 179; ARIETA, *Note in tema di rapporti tra arbitramento rituale ed irrituale e tutela cautelare*, *op. cit.*, 745.

(24) *Giur. It.*, 2002, 1657, con nota di Spiotta.

(25) *Foro It., Rep.* 2002, *Arbitramento*, n. 102.

(26) *Società*, 2002, 63, con nota di Colla.

(27) *Dir. ind.*, 2002, 249, con nota di Stabile.

(28) *Foro It., Rep.* 2001, *Arbitramento*, n. 89.

(29) *Giur. It.*, 1999, 1447.

(30) *Foro It.*, 1998, I, 3669 con nota di Grasso.

neato, aderendo alla linea di pensiero di recente emersa in dottrina, che «*il riferimento all'instaurazione della successiva causa di merito (art. 660 octies) ben potrebbe essere compatibile con l'introduzione di un procedimento pregiudiziale preliminare, analogo alle fattispecie-filtro, a fini di conciliazione, già presenti nell'ordinamento (come ad esempio in tema di lavoro subordinato: art. 410 c.p.c.) e de iure condendo auspicata in forma ancora più ampia*». Anche il Tribunale di Pistoia (31) ha ritenuto sussistente la sua giurisdizione in merito ad un ricorso per accertamento tecnico preventivo, pur in presenza di clausola di arbitrato irrituale, ritenendo applicabile in via estensiva, o quanto meno analogica, l'art. 669 *quinquies* c.p.c. (nello stesso senso già Trib. Catania, 23 gennaio 1995 (32)). In particolare il giudice toscano, nell'ottica di una «*progressiva procedimentalizzazione dell'arbitrato libero*», ha ritenuto «*inadeguata ogni ricostruzione del fenomeno in termini di rigida contrapposizione fra arbitrato rituale ed irrituale*»; ciò soprattutto dopo la riforma introdotta dalla legge n. 125/1994 che, eliminando il termine perentorio per la richiesta dell'esecutorietà dell'arbitrato irrituale stabilito dall'art. 825 c.p.c., ha rimosso uno dei motivi base dell'incompatibilità delle norme sul procedimento cautelare rispetto all'arbitrato irrituale. La somiglianza strutturale e funzionale dei due istituti è stata, infine, ribadita da Cass., sez. I., 30 agosto 2002, n. 12714 (33) che, confermando l'orientamento già espresso da Cass., sez. un. 3 agosto 2000, n. 527 (34), ha ritenuto la natura privatistica-negoziale (anche) dell'arbitrato rituale. Ne deriva quale diretto corollario che la (sola) differenza tra arbitrato rituale e arbitrato irrituale deve ravvisarsi sul piano degli effetti e, cioè, nella circostanza che «*nell'arbitrato rituale, le parti stesse intendono pervenire alla pronuncia di un lodo suscettibile di esecutività onde produrre gli effetti di cui all'art. 825 c.p.c., con l'osservanza del regime formale del procedimento arbitrale, in quello irrituale, invece, esse intendono affidare all'arbitro la soluzione della controversia attraverso uno strumento strettamente negoziale – mediante, cioè, una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibili alla loro volontà – impegnandosi, per l'effetto, a considerare la decisione degli «arbitri» come espressione, appunto, di tale, personale volontà*». La sentenza si pone in linea con l'orientamento dottrinale dominante che, nell'ottica di una sostanziale omogeneizzazione dell'arbitro irrituale a quello rituale, ne ha sottolineato l'identità di fonte (sempre e comunque negoziale) e di funzione, sottoponendo l'intero fenomeno arbitrale ai principi che informano l'ordinamento oltre che alle norme del codice di procedura (segnatamente quelle di cui al libro IV, Titolo VIII, Capi I, II, III, IV e V).

(31) Trib. Pistoia, 28 aprile 2000 in www.altalex.it.

(32) *Giur. It.*, 1995, I, 2, 820 con nota di Puleo.

(33) *Corr. Giur.*, 2003, 632.

(34) *Riv. Dir. proc.*, 2001, 259 con nota contraria di Ricci e in *Giur. It.*, 2001, 1107 con nota di Canale.

La problematica relativa alla compatibilità tra tutela cautelare ed arbitrato irrituale è tornata, infine, sui banchi dei giudici della Suprema Corte dinanzi alla quale il Tribunale di Torino ha sollevato questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 2 e 24 Cost., dell'art. 669-*quinquies* c.p.c nella parte in cui non prevede la competenza del giudice ordinario ad emettere il provvedimento cautelare e non stabilisce i termini per promuovere il procedimento arbitrale anche nel caso in cui la controversia sia oggetto di clausola compromissoria di arbitrato irrituale. Con ordinanza 5 luglio 2002, n. 320 (35) la Corte Costituzionale ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione, anzitutto sul rilievo secondo cui le norme in censura non precludono affatto la tutela cautelare in presenza di arbitrato irrituale, ma si limitano a regolare, data l'insussistenza della potestà cautelare in capo all'arbitro ex art. 818 c.p.c., la competenza cautelare del giudice ordinario e il suo raccordarsi al giudizio arbitrale. Ad avviso dei giudici di legittimità la questione sollevata, ben lungi dall'implicare dubbi di legittimità delle norme denunciate con i principi costituzionali, involge solo problemi di «*interpretazione del sistema normativo e della volontà contrattuale delle parti la cui soluzione spetta alla giurisprudenza comune, alla luce dei principi di inviolabilità del diritto costituzionale alla tutela giudiziaria e di disponibilità, entro i limiti delle norme imperative, dei diritti spettanti alle parti in relazione a vicende in cui si estrinseca la loro autonomia contrattuale*». La motivazione della Consulta sembrerebbe sgombrare il campo da ogni dubbio circa la compatibilità tra arbitrato irrituale e misure cautelari. Essendo, infatti, la tutela cautelare una componente essenziale del diritto di difesa, come del resto già riconosciuto da Corte cost. 28 giugno 1985, n. 190 (36) e da varie pronunce della Corte di giustizia europea, risulta quanto meno arduo (continuare a) sostenere che le parti possano pattiziamente rinunciare tramite la sottoscrizione di una clausola per arbitrato irrituale, stante l'impossibilità per gli arbitri (rituali e non) di concedere provvedimenti urgenti.

2.2. *L'arbitrato nella riforma del diritto societario (D.lgs. 5/03).*

Un ulteriore indice interpretativo nel senso dell'ammissibilità della tutela cautelare nell'arbitrato libero giunge poi da un recente provvedimento legislativo, il D.lgs. 5/03, con cui il Parlamento ha definitivamente approvato la c.d. riforma delle società. L'art. 35, comma 5 del decreto stabilisce che «*la devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare a norma dell'art. 669 quinquies del Codice di procedura civile, ma se la clausola compromissoria consente la devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari agli arbitri compete sempre il potere di disporre, con ordinanza non reclamabile la sospensione dell'efficacia della delibera*». La disposizione ammette, accanto al potere cautelare del giudice ordinario, una potestà cautelare integrativa del-

(35) *Giur. It.*, 2002, 633 con nota di Canale e in *Riv. Arb.* 2002, 502 con nota di Sassani.

(36) *Foro It.*, 1985, I, 1881 con nota adesiva di PROTO PISANI, *Rilevanza costituzionale del trincio secondo cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione*.

l'arbitro. Ed apre un'ulteriore netta possibilità di assicurare la tutela cautelare nonostante il patto per arbitrato libero(37). Nella relazione collegata alla legge si sottolinea proprio come questa innovazione si ponga in linea con l'ordinanza della Corte costituzionale 320/02. Il medesimo modello di disciplina autonoma della tutela cautelare nell'arbitrato libero si ritrova nel Progetto di legge delega elaborato dalla commissione Vaccarella per la riforma del codice di procedura civile. In particolare l'art. 63 del Progetto dispone testualmente di «*prevedere che le norme in materia di arbitrato trovino sempre applicazione in presenza di un patto compromissorio comunque denominato, salva la diversa ed espressa volontà delle parti di derogare alla disciplina legale, fermi in ogni caso il rispetto del principio del contraddittorio, la sindacabilità in via di azione o di eccezione per vizi del procedimento e la possibilità di fruire della tutela cautelare*». Dello stesso tenore è la relazione che accompagna il testo di legge: «*La commissione ritiene indispensabile, anche a seguito delle controversie sorte, in dottrina e giurisprudenza, a proposito dell'arbitrato irrituale – e soprattutto a proposito di quale parte della normativa del codice sia applicabile anche all'arbitrato irrituale – l'introduzione di una norma di chiusura, che preveda l'applicazione delle norme sull'arbitrato a tutte le ipotesi di patto compromissorio, ove non sussista una volontà espressa delle parti in senso contrario. In ogni caso, la volontà delle parti non può escludere il rispetto del principio del contraddittorio, la sindacabilità in via di azione o di eccezione della decisione per vizi del procedimento, e nota bene la possibilità di fruire della tutela cautelare*». Alla luce di tali principi una parte della dottrina ha sostenuto che la norma in esame sia dotata di *vis expansiva* e si applichi anche a liti diverse da quelle societarie (38).

Sancita la compatibilità teorica dell'arbitrato libero con la tutela cautelare si è tentato di risolvere il problema della strumentalità, cioè a dire della compatibilità fra i provvedimenti (ordinanza cautelare e lodo) e i relativi effetti. Diverse le soluzioni proposte dalla dottrina: vi è chi ha ritenuto che sussista l'obbligo di instaurare prima l'arbitrato e poi il giudizio ordinario (39), chi, invece, che debba essere cominciato l'arbitrato irrituale, essendo questo oramai proceduralizzato (40). C'è, infine, chi ha sostenuto che sia necessario iniziare contestualmente sia l'arbitrato che il giudizio ordinario: nel primo verrà esaminato il merito della controversia, mentre nel secondo si proporrà una domanda condizionata per ottenere l'adempimento dell'obbligo che risulterà dalla decisione arbitrale in via di formazione. Per questa

(37) Cfr. BRIGUGLIO, *Conciliazione ed arbitrato nella controversie societarie*, in *www.judicium.it*, News, per il quale è, in tal modo, scalfito il dogma della ineluttabile carenza di potestà cautelare in capo agli arbitri.

(38) Cfr. LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2003, 723; GIORGETTI, *Una possibile disciplina della tutela cautelare nell'arbitrato libero*, in *www.judicium.it*; CORSINI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2003, 1296; MICCOLIS, *Arbitrato e conciliazione nella riforma del processo societario*, in *www.judicium.it*.

(39) Cfr. GRASSO, *Tutela cautelare ed arbitrato irrituale op. cit.*, 179.

(40) Cfr. AULETTA, *Contro il divieto di assistenza giurisdizionale (cautelare) per i compromettenti in arbitrato libero*, in *Riv. Arb.*, 1999, 88.

via, la misura cautelare si salda con un atto introduttivo di un procedimento idoneo a concludersi con una pronuncia avente efficacia esecutiva, che tuttavia rispecchierà integralmente il contenuto del lodo reso dagli arbitri(41).

2.3. *Le nuove norme del procedimento cautelare uniforme alla luce della legge 80/05*

La legge 80/05, di conversione del d.l. 14 marzo 2005, n. 35 ha introdotto importanti novità in tema di procedimento cautelare(42).

In particolare, ha modificato l'art. 669 *quinquies* c.p.c. rendendo espressamente ammissibile la domanda cautelare anche se la controversia è devoluta ad un arbitrato irrituale. Così, infatti, il nuovo art. 669-*quinquies*: «*Se la controversia è oggetto di clausola compromissoria o è compromessa in arbitri anche non rituali o se è pendente il giudizio arbitrale, la domanda si propone al giudice che sarebbe stato competente a conoscere del merito*». L'ultimo intervento del legislatore pare, dunque, avere risolto definitivamente (e nel senso più corretto), il dibattuto problema della compatibilità tra tutela cautelare ed arbitrato irrituale (già risolto – come visto – in senso positivo dall'art. 35, comma 5 D.lgs. 5/03 riguardo all'arbitrato societario).

L'estensione della tutela cautelare anche per le controversie deferite ad arbitri irrituali ha riproposto il problema della necessità di assicurare il rispetto del principio della strumentalità. Confermando l'orientamento già espresso in passato è stato sostenuto che la strumentalità del provvedimento cautelare si può realizzare ove la parte che abbia ottenuto il provvedimento cautelare – entro il termine (non già di trenta giorni secondo la previgente disciplina dell'art. 669-*octies*, 1 e 2 comma c.p.c, bensì) di sessanta giorni – intraprenda il giudizio di merito davanti al collegio arbitrale: nella pratica il problema è poi semplificato essendo noto che la forma introduttiva (anche) dell'arbitrato irrituale è di solito costituita dalla notificazione della domanda(43).

I recenti interventi del legislatore rappresentano la svolta auspicata dalla migliore dottrina e si pongono in linea con il prevalente orientamento della giurisprudenza che ritiene ormai ammissibile la tutela cautelare in sede di arbitrato irrituale alla luce dei principi di inviolabilità del diritto costituzionale alla tutela giudiziaria e di disponibilità, entro i limiti delle norme imperative, dei diritti spettanti alle parti in relazione a vicende in cui si estrinseca la loro autonomia contrattuale.

(41) Cfr. CORSINI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, op. cit., 1296; CHIARLONI, *Davvero incompatibili tutela cautelare e clausola compromissoria per arbitrato libero*, op. cit., 555.

(42) Tra i primissimi commenti si segnalano R. CAPONI, *Le modifiche al codice di procedura civile previste dalla legge n. 80 del 2005 – Provvedimenti cautelari e azioni possessorie*, op. cit., 89; GIOVANNI VERDE, *Note a prima lettura sulla legge di conversione n. 80 del 14 maggio 2005*, in www.judicium.it; GIUSEPPE OLIVIERI, *Brevi considerazioni sulle nuove norme del procedimento cautelare uniforme*, ivi; CIAVOLA, *Il processo di cognizione dopo la L. 80/2005 e dopo la proroga del DL. n. 115*, in www.altalex.it.

(43) Cfr. GIUSEPPE OLIVIERI, *Brevi considerazioni sulle nuove norme del procedimento cautelare uniforme*, op. cit.

Sport e diritti dei consumatori. *Contributo ad una Carta dei diritti dello spettatore* (*)

di Vittorio Russo

Presentazione.

Viene innanzitutto inquadrato lo spettacolo agonistico dal punto di vista del *co-protagonista spettatore*, il quale vi cerca il *bene emozionale* del prodursi di un risultato *secondo le regole*. Nel che probabilmente si proietta quell'ansia esistenziale di fondo, della migliore gestione possibile delle energie psico-fisiche disponibili (par. 1).

Il messaggio educativo del *successo sportivo come esaltazione dell'impegno individuale*, con i suoi risvolti sociali, anima la normativa del C.I.O. del C.O.N.I. e delle Federazioni Sportive nazionali, e soprattutto la nuova cultura comune europea ed il suo nascente ordinamento giuridico (par. 2).

V'è un *contratto* fra organizzatore dell'evento agonistico e spettatore pagante che, in base alle leggi vigenti ed alle acquisizioni della recente giurisprudenza comunitaria e nazionale sulla diligenza nell'adempimento, deve appunto garantirgli, oltre alla possibilità di assistervi fisicamente e moralmente incolume, la spettacolarizzazione di un *giusto risultato*. Il che vale anche per il *telespettatore* (par. 3).

I fatti che lo «falsano» — essenzialmente la *frode sportiva*, il *doping* ed il *grave errore arbitrale* — costituiscono dunque la «patologia» di tale contratto, *ledendo* il detto ultimo *diritto*, anche dello *scommettitore*, del *detentore di azioni* della società sportiva e del *tifoso* — interpreti altrettanto importanti sulla scena dello sport — giusta le apposite norme di protezione, civili e penali, generali e di settore, direttamente tutelabili *davanti al giudice* e *senza «vincoli di giustizia»*, i quali valgono invece per i «tesserati» e fuori del campo dei *diritti soggettivi* (par. 4).

Quanto in particolare all'*errore*, non intercorrendo con l'arbitro il contratto in questione, la pretesa dello spettatore di decisioni sostanzialmente regolari si dirigerà piuttosto verso l'apparato organizzativo della gara, ove questo *ingiustificatamente* non adempia all'«obbligo», *strumentale*, di fornire all'arbitro ogni affidabile mezzo tecnico disponibile per rivedere, *a sua discrezione*, le azioni più importanti e «dubbie», onde non *falsare* il risultato con decisioni sbagliate (par. 5-7).

Sgombrato il campo da obiezioni tanto diffuse quanto ingiustificate, tale contributo di studio si conclude con l'esame delle principali fonti normative del *gioco del calcio*, internazionali ed interne, le quali non impedirebbero in

(*) Relazione dell'Avvocato dello Stato Vittorio Russo per il 19° Congresso Annuale dell'Unione degli Avvocati europei su *Europa, sport e diritto*, svoltosi a Roma il 7, 8 e 9 luglio 2005.

alcun modo — e dunque non vi sarebbe bisogno di alcuna loro modifica — di avvalersi della *moviola in campo*, ormai affermatasi, nella positiva esperienza di altri sport, come strumento molto affidabile e spesso irrinunciabile, per decisioni rapide sì, ma soprattutto corrette e ponderate (par. 8).

1. - *Lo spettatore co-protagonista dell'evento sportivo.*

Per «*consumatore*» si intenderà, in questo contesto, il consumatore *dello sport* in sé e non, come potrebbero far pensare i clamori degli sports di più larga diffusione, il consumatore oggetto dei richiami commerciali *veicolati* dallo sport. Epurato così il discorso dall'«*indotto*» economico del fatto sportivo, la posizione del consumatore dello Sport, ossia dell'appassionato che investe interesse e risorse economiche nell'evento agonistico, è invariabilmente la stessa, sia di fronte ad uno sport di larga diffusione, o ad un evento del massimo livello, e sia di uno sport c.d. *minore*: ci si riferisce naturalmente ad eventi agonistici ufficiali organizzati sotto l'egida di una federazione sportiva nazionale, e non a quelli di ambito amatoriale.

Lo sport così inteso, come fatto *lato sensu* socio-economico, ha due interpreti fondamentali: l'*atleta*, termine che nel significato più moderno sta ad indicare il competitore di qualsiasi sport, ed anche di minor impegno muscolare, e lo *spettatore*. Si tratta com'è evidente di un binomio inscindibile: l'uno non può esistere senza l'altro.

Ci si vorrebbe qui occupare proprio di quest'ultimo *protagonista* dello sport, la cui importanza è speculare a quella del primo, sol che si consideri che ogni sport è tenuto in vita, direttamente o indirettamente, dal suo interesse ... e dal suo portafogli!

Circoscritto in questi termini l'argomento di questa relazione, occorre innanzitutto indagare su un dato *pre-giuridico* di fondo.

L'*interesse* dello spettatore per l'evento sportivo si dirige fundamentalmente verso un'esperienza psichica, e questo bene della vita costituisce l'*oggetto* del diritto che si acquista col biglietto. Tralasciando le caratteristiche strettamente individuali del piacere, questa esperienza passa attraverso operazioni mentali di *autoidentificazione* in un'atleta o in un gruppo — discorsi che lasceremo però nel loro sviluppo alla psicologia dello sport — per situarsi nella nostra sfera emozionale, che viene generalmente *esaltata dallo spettacolo del conseguimento di una performance psico-fisica*, in termini *assoluti* di risultato fisico misurabile, o *relativi*, di prevalenza di un'atleta o di una squadra nei confronti di altre.

2. - *Il successo sportivo come esaltazione dell'impegno individuale.*

Molti rinvergono in quest'oggetto un substrato *morale*, e precisamente in quel messaggio fondamentale del successo sportivo frutto del massimo impegno, e dunque lo sport come *esaltazione dell'impegno individuale*.

Quest'ordine di idee è posto dalla Corte Suprema di Cassazione alla base di una recentissima sentenza che ci dice di una «funzione altamente educativa dello sport, soprattutto agonistico, sotto forma non solo di cultura fisica, ma di educazione del giovane praticante al rispetto delle norme ed all'acquisizione della regola della vita secondo cui il conseguimento di determinati obiettivi ... è possibile solo attraverso l'applicazione, il sacrificio e l'al-

lenamento ... senza callide o pericolose scorciatoie. E in tale prospettiva, lo sport diventa anche formidabile *palestra di vita*, preparando i giovani ad affrontare, con lo spirito giusto, la *grande competizione della vita* che li attende ... La valenza positiva dello sport la si coglie, in modo ancora più vistoso, in chiave sociale, con riferimento alle discipline di squadra ... Senza dire, poi ... che lo sport può aiutare ... a distogliere i giovani da pericolose forme di devianza. Funzionale al perseguimento di questi valori è il principio di lealtà e di rispetto dell'avversario, codificato mediante regole ... che devono essere osservate nell'agone sportivo» (1).

Ed intorno a valori *etici* di questo tipo si situa l'interesse pubblico verso lo sport.

Detta infatti l'art. 1 del Nuovo Statuto del Comitato Olimpico Nazionale Italiano (2), che il C.O.N.I. «è autorità di disciplina, regolazione e gestione delle attività sportive, intese come elemento essenziale della formazione fisica e morale dell'individuo e parte integrante dell'educazione e della cultura nazionale». Ed il successivo art. 36 dispone che «fino all'emanazione dei nuovi principi fondamentali degli statuti federali continuano ad applicarsi i vigenti principi informatori, in quanto compatibili con le norme del d.lgs. 23 luglio 1999, n. 242 e del presente statuto».

Nell'attuale Progetto costituzionale europeo, lo Sport è inserito nell'art. III-282, nella Sezione 5, che salda insieme «istruzione, gioventù, sport e formazione professionale» e, ripetendo l'art. 149 del Trattato istitutivo delle Comunità Europee, fissa il principio che «l'azione dell'Unione è intesa ... a sviluppare la dimensione europea dello sport, promuovendo l'imparzialità e l'apertura nelle competizioni sportive e la cooperazione tra gli organismi responsabili dello sport e proteggendo l'integrità fisica e morale degli sportivi, in particolare dei giovani sportivi».

È dunque i termini del presente discorso appaiono in linea con *la più alta idea europea*.

E neppure sfuggirà la fondamentale importanza di questo fenomeno sul piano etologico-umano generale: la ricerca della *performance* sportiva costituisce infatti momento decisivo di conservazione e sviluppo della stessa specie umana, intuizione certo non estranea alle tregue delle guerre durante le olimpiadi dell'antica Grecia; ed assurge così a momento etico universale, essenzialmente rivolto ai giovani.

3. - I diritti dello spettatore.

1. A tutto questo fanno capo *diritti* dello spettatore?

Se questi è il primo, e più importante, consumatore dello sport, se intorno a lui ed ai soldi che egli spende ruota tutto il fenomeno sportivo, una risposta affermativa parrebbe addirittura lapalissiana.

2. Ma qual'è la fonte di questi diritti?

(1) Cass., Sez. VI pen., 23 maggio 2005, n. 19473.

(2) delib. Cons. Naz. del C.O.N.I. del 15 novembre 2000 ai sensi del d.lgs. 23 luglio 1999, n. 242.

Gli oneri dell'organizzatore dell'evento agonistico, che ne percepisce gli introiti, discendono evidentemente da un *impegno contrattuale*, con lo spettatore che paga per assistervi.

Del che si rinvergono conferme in giurisprudenza, ad esempio nella sentenza della Corte d'appello di Milano, del 30 marzo 1990, che occupandosi di danni riportati da uno spettatore, in seguito a percosse, subite da parte di altri tifosi, ma dopo terminata la partita ed in luogo distante dallo stadio, nega la sussistenza di responsabilità contrattuale dell'organizzazione di una partita di calcio in relazione a tali danni, ma perché appunto, una volta «esaurito lo spettacolo, gli spettatori che abbiano lasciato il luogo in cui esso si è svolto, non possono vantare alcuna pretesa in ordine ad un *contratto esaurito in ogni prestazione da entrambi i contraenti*» (3). Significativa poi, per novità della questione, una recente sentenza del Giudice di pace di Roma, che condanna un gestore televisivo al risarcimento dei danni verso un telespettatore, per «interruzione di fatto, della fornitura del servizio di trasmissione, regolarmente acquistata, della gara di calcio ...», della quale un problema tecnico aveva impedito la visione del primo gol: poiché il gestore ha dovuto rispondere dei diritti d'immagine cedutigli dalla società organizzatrice dell'incontro, la pronuncia deve far registrare, ai fini che qui interessano, soltanto uno spostamento *soggettivo* della responsabilità in questione (4).

Alcune altre sentenze, sia pur di qualche anno fa, affermano il principio che l'organizzazione di alcuni eventi sportivi costituisca esercizio di ATTIVITÀ PERICOLOSA, ai sensi dell'art. 2050 C.C. («*Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di aver adottato tutte le misure idonee a evitare il danno*»), come ad es. il Tribunale di Milano, del 21 settembre 1998 (5); Corte d'appello di Milano, 18 maggio 2001: «Essendo le partite di calcio professionistico attività divenute pericolose per gli spettatori, l'organizzatore sportivo è tenuto — per evitare la responsabilità per i danni — a provare di avere adottato misure idonee ad evitarli ed, in difetto, è responsabile per il danno» (6). Un'altra fa invece riferimento alla responsabilità *ex art. 2051* («*Danno cagionato da cose in custodia. - Ciascuno è responsabile del danno cagionato dalle cose che ha in custodia, salvo che provi il caso fortuito*»): «Sussiste la *responsabilità della società di calcio organizzatrice* di

(3) Massima in *F.I.*, Zanichelli *on l.*, Resp. civ. [5760] – Responsabilità civile, in genere – Responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale – Sport – App. Milano, 30 marzo 1990. Parti: Wanninger c. Soc. Internazionale Milano. Fonti: *Resp. civ.*, 1990, 590, *Riv. dir. sport.*, 1990, 495. Nel *Repertorio*: 1991, Responsabilità civile [5760], n. 78.

(4) G.P. Roma, Sez. VI, 16 marzo 2004, n. 13690 – Rienzi c. Telepiù – Atena Servizi.

(5) Massima in *F.I.* Zanichelli *on l.* Resp. civ. [5760] – Attività pericolose – Sport, Berutti c. Soc. Associaz. Calcio Milan Fonti: *Danno e resp.*, 1999, 234, n. DE MARZO, in *Repertorio*: 1999, Responsabilità civile [5760], n. 303 Riferimenti legislativi: c.c., art. 2050.

(6) Massima in *F.I.* Zanichelli *on l.* Resp. civ. [5760] – Responsabilità civile, in genere – Sport, Parti: Soc. associaz. calcio Milan c. Berutti Fonti: *Foro pad.*, 2001, I, 369 Nel *Repertorio*: 2002, Responsabilità civile [5760], n. 220.

un incontro di campionato, in concorso con il danneggiato, per le *lesioni* riportate da uno *spettatore* in seguito alla caduta determinata dalla presenza sulle gradinate di frammenti di vetro e di altri rifiuti» (7).

E, poiché queste figure particolari di responsabilità civile sono poste nel Titolo IX, intitolato «*Dei fatti illeciti*» del capo IV, Libro IV del Codice Civile, fra le fonti di responsabilità extracontrattuale *ex delicto*, le pronunce accennate parrebbero per tal verso negare la provenienza *ex pacto*, qui invece sostenuta.

Ma, a parte il fatto che, se non vi fosse un contratto, resterebbe da spiegare la natura del prezzo del biglietto, queste sentenze dovettero essere probabilmente animate da una preoccupazione di *tutela* della posizione dello spettatore, e in relazione ai danni *imprevedibili* coperti solo dalla tutela aquiliana, essendo il risarcimento di area *contrattuale* limitato, dall'art. 1225 C.C., al solo «*danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione*» e, presumibilmente, di sgravare gli spettatori infortunati da un'impegnativo onere della prova, del fatto doloso o colposo dell'organizzazione, cui le disposizioni codicistiche sopra richiamate pongono invece la *probatio*, pressoché *diabolica*, del fortuito e/o di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno.

Tali soluzioni non devono aver tenuto nel debito conto le teorie dei c.d. «*obblighi strumentali*» e, in particolare, di quelli «*protettivi* o «*di vigilanza*», diffuse negli ultimi anni nel campo dei contratti non tipizzati, o «*atipici*», che devono rispondere ad un criterio di meritevolezza sociale, e la cui esecuzione dev'essere improntata ad un concetto espanso di buona fede. Questa connota e comprende doveri di *protezione* elaborati dalla dottrina tedesca, e da ritenersi automaticamente dedotti in contratto, anche se non richiamati specificatamente, giusta l'esigenza di tutelare il «*più debole*» contraente-fruitor di certi beni o servizi, contro tecniche commerciali potenzialmente lesive della sua sfera personale. Il loro ingresso nell'ordinamento giuridico, accelerato da alcune direttive comunitarie, introduce *nell'intera area contrattuale* un nuovo e più ampio concetto di *diligenza adempitiva*, anche fuori dai casi disciplinati espressamente dal legislatore ordinario o comunitario (8). La casistica in materia riguarda proprio attività, ad esempio terapeutiche da strutture sanitarie, *lato sensu* «*pericolose*», e che richiedono speciale attenzione per l'incolumità dell'altro contraente, e la cui diligenza adempitiva è in qualche modo assimilabile a quella dovuta dall'organizzatore di una manifestazione sportiva verso gli spettatori.

E conclusivamente sul punto, sulla «*natura contrattuale*» del rapporto che lega questi due soggetti, non sembra potersi dubitare.

(7) *Ibid.*, Resp. civ. [5760] – Colpa del danneggiato – Responsabilità civile, in genere – Sport, Trib. Roma, 5 febbraio 1992; Scamolla c. Soc. Sportiva Lazio, Fonti: *Riv. dir. sport.*, 1992, 90, n. BELLANTUONO; in *Repert.* 1992, Responsabilità civile [5760], n. 105, Riferimenti legislativi: c.c., art. 2043 c.c., art. 2049 c.c., art. 2051.

(8) v. Cass. civ., Sez. II, 4 marzo 2003, n. 3185; 18 febbraio 1986, n. 960.

3. Ma qual'è il *contenuto* di questi diritti? Ossia i beni della vita che acquistiamo col biglietto che ci assegna un posto, ossia la possibilità fisica di assistere allo spettacolo? Cui oggi potremmo aggiungere la *pay per view*, il canone «*sky*», o in generale lo strumento elettronico per decodificare in simultanea la relativa trasmissione televisiva, di solito con l'aggiunta del mezzo giornalistico della telecronaca.

Certo, per partire da un'impostazione «classica», non si può dire che, acquistando il biglietto per lo stadio, si sta semplicemente prendendo in *locazione* un posto o un sedile per la durata dell'evento.

Anche alla tradizionale giurisprudenza del «palco a teatro» è apparso sempre chiaro che il relativo diritto, reale o relativo che sia, nelle sue concrete evenienze di fatto, si *patrimonializza* in relazione alla *funzione* cui quello spazio e/o quelle sedie sono destinati: la possibilità di assistere, in certe condizioni, ad uno o più eventi teatrali (9). Ed è chiaro che, quando non si programmassero più spettacoli, quel diritto si svuoterebbe sostanzialmente di contenuto. Pressoché nessun valore economico avrebbe la possibilità, indisturbata che sia, di vederci davanti ad un sipario chiuso!

Si può dunque concludere, tornando allo sport, che col biglietto dello stadio si acquista sì la *possibilità di accedervi*, e sia pure a costi differenziati dal *comfort* e dalla localizzazione del posto, ma sul *presupposto*, che lo patrimonializza, dello svolgimento dell'evento agonistico in calendario a quell'ora ed in quel luogo.

4. Ma questo, come meglio vedremo, non esaurisce il contenuto della posizione giuridica soggettiva in esame.

L'art. 2 dello Statuto del C.O.N.I., detta *principi fondamentali*:

«per la disciplina delle attività sportive e ... la tutela della salute degli atleti, anche al fine di garantire il *regolare e corretto* svolgimento delle gare, delle competizioni e dei campionati».

«... per promuovere la *massima diffusione* della pratica sportiva in ogni fascia di età e di popolazione ...».

«... la lotta dello sport *contro* l'esclusione, le diseguaglianze, il razzismo, la xenofobia e ogni forma di violenza».

«... per conciliare la *dimensione economica* dello sport con la sua *inalienabile dimensione popolare, sociale, educativa e culturale*».

«... per prevenire e reprimere l'uso di *sostanze* o di metodi che *alterano* le naturali prestazioni fisiche degli atleti nelle attività agonistico-sportive».

Proprio queste disposizioni potrebbero costituire la «*falsariga*» di una vera e propria *Carta dei diritti dello spettatore*.

5. Seguendo dunque questa traccia, e restando all'impostazione giuridica di cui al precedente punto 3, la diligenza adempitiva minima della «fornitura» dell'*evento-spettacolo* dovrebbe, innanzitutto, rivolgersi alla salvaguardia dell'*incolumità fisica degli spettatori*.

(9) v., da ult., Cass., Sez. II civ., 4 febbraio 2004, n. 2100.

Del che si rinvengono diverse conferme nel panorama giurisprudenziale, come la sentenza della Corte d'appello di Ancona del 21 maggio 1990 («Nel caso in cui si verifichi, in occasione di una partita di calcio, la morte di alcuni spettatori ustionati per un incendio sviluppatosi all'interno dello stadio a seguito dell'accensione di fumogeni e di materiale cartaceo, il presidente della società di calcio è penalmente e civilmente responsabile di tali fatti se non dimostri di avere predisposto una rigorosa, specifica e puntuale divisione di mansioni e di avere delegato la vigilanza ed il controllo sugli impianti sportivi a persone idonee a svolgere detti compiti» (10); o dal Tribunale di Roma, del 5 febbraio 1992, dove si precisa che «lo spettatore di un incontro di calcio che riporti lesioni a causa di una caduta all'interno dello stadio è legittimato ad agire solo nei confronti della società sportiva organizzatrice dell'incontro e non nei confronti della società assicuratrice della responsabilità civile verso terzi» (11).

6. Dev'essere altresì *protetta l'integrità morale* dello spettatore, nei suoi sentimenti di ordine umanitario, civico, religioso, come ad esempio dimostrato dalle severe sanzioni che vengono puntualmente irrogate dagli Organi federali alle società cui appartengono i sostenitori che espongano «striscioni» o inscenino «cori» offensivi, xenofobi, razzisti o inneggianti alla violenza, su segnalazione dell'arbitro o, nel caso del calcio, da inviati dell'Ufficio Indagini.

7. Nel dichiarato scopo del medesimo Statuto del C.O.N.I. «di garantire il regolare e corretto svolgimento delle gare, delle competizioni e dei campionati» e nel riferimento alle «attività agonistico-sportive» si rinviene poi, per così dire, un ... oggetto (solo apparentemente) «nascosto».

Lo spettatore è infatti disposto, normalmente, a pagare il biglietto per assistere, nelle dette condizioni di incolumità fisica e morale, non ad un evento semplicemente «sportivo», ma che sia anche *agonistico*.

Che cosa si vuol dire con questo? Si immagini che, per un guasto all'automobile che sta portando la terna arbitrale, magari insieme al quarto ufficiale di gara verso la località dell'incontro, e con la concomitanza di qualche altro contrattempo, all'inizio della gara si resti senza arbitri, e non se ne reperiscano altri *in loco*. Si provi a questo punto anche ad immaginare che ... per salvare spettacolo e incasso, le due squadre ed i ventidue calciatori decidano, visto che ormai sono là, di disputare lo stesso la partita, senza arbitri, e di conseguenza senza alcun valore del risultato per la classifica. Si tratterebbe di quell'evento *agonistico*? Certamente no. Anche se tale *partitella* resterebbe comunque un evento *sportivo*.

Ma non ancora un evento *agonistico*. E difatti avremmo diritto a riavere il prezzo del biglietto, sia pure nel *tantundem* costituito dal perdurante valore di quello originario senza doverne comprare un altro, per assistere, quando ci sarà, al nuovo incontro *valido*.

(10) Massima in *F.I. Zanichelli on l.*, Omicidio e lesioni personali colpose [4560] – Colpa, in genere – Lesioni in genere – Varie – Zoboletti – Fonti: *Società*, 1990, 1625, n. VIDIRI, Nel *Repertorio*: 1990, Omicidio e lesioni personali colpose [4560], n. 9.

(11) Massima in *F.I. Zanichelli on l.*, Resp. civ. [5760] – in genere – Sport: Scamolla c. Soc. Sportiva Lazio – Fonti: *Riv. dir. sport.*, 1992, 90, n. BELLANTUONO – in *Rep.* 1992, Resp. civ. [5760], n. 106 – Riferimenti legislativi: c.c., art. 1917.

Ma che cosa differenzia lo spettacolo di ventidue calciatori che corrono dietro ad un pallone, sia pure con appropriate casacche ed equipaggiamento, ed un vero incontro di calcio?

Un fatto sportivo diventa evento «agonistico», *agon*, e riesce a darci quelle emozioni cui si accennava, in quanto, e *solo in quanto*, esso si svolge e *produce un risultato* in un'*impalcatura di regole!* ed è per questo che siamo disposti, per assistervi da vicino, ad affrontare costi anche molto ... salati.

L'osservanza delle regole del gioco finisce così per costituire elemento stesso di valorizzazione del mero fatto sportivo sul piano giuridico-contrattuale, ed anzi proprio di *riconoscibilità*, anche economica, dell'evento agonistico.

Al che va aggiunta l'ulteriore riflessione che è la produzione *legale* del risultato a produrre anche il *fatto emozionale*, che è poi, come s'è visto, essenzialmente quel che si compra insieme al biglietto!

E per entrare in quest'ordine di idee, basti fare qualche esempio opposto a quello tracciato prima, della partita senza arbitro e senza valore ai fini del risultato e della classifica.

Si immagini che una delle due squadre *non si presenti in campo*: il Regolamento assegna la vittoria all'altra. Oppure, un incontro venga interrotto per *invasione di campo*, oppure *l'arbitro è stato ferito da uno spettatore* (12). Anche qui, vittoria a tavolino, come si suol dire e ... nulla è dovuto agli spettatori che se ne sono tornati a casa prima. In questo caso, al contrario di prima, si è prodotto un risultato agonistico, anche senza il compimento dell'incontro fisico-sportivo delle squadre, ma, per così dire, *ope legis*. Ma nulla evidentemente potrebbe pretendere in restituzione lo spettatore, per la conclusiva ragione che *un risultato comunque si è prodotto*, e ... *secundum jus*.

E dunque si può ora aggiungere, nel novero dei diritti dello spettatore, quello *al giusto risultato* della gara cui assiste.

8. Non meritevole di minori attenzioni è la sfera giuridica del *tifoso*, il quale investe interesse e soldi nello sport ... più dei cd. «sportivi puri» ... alla ricerca anche lui una contropartita *psichica*, che egli però maggiormente ricava dalle fortune della squadra da lui «amata»; il che costituisce davvero una peculiarità della psicologia umana (l'attaccamento ad una squadra parrebbe l'unico «sentimento» che non muore mai ...).

4. - *Patologia del contratto e tutelabilità delle relative posizioni giuridiche soggettive.*

1. S'è detto fin ora delle lesioni del tessuto fisico e morale dello spettatore, che attengono per così dire alla godibilità dello spettacolo agonistico-sportivo; e che, appartenendo un po' alla percezione classica di un problema, non sembrano dar luogo a molti dibattiti.

Le cronache sportive, e talvolta giudiziarie, ci parlano poi di altre patologie dell'evento agonistico, le quali *viziano il prodotto psichico-emozionale*

(12) Basti ricordare la vicenda dell'arbitro Anders Frisk nella partita di *Champion League* Roma-Dinamo Kiev del 15 settembre 2004.

oggetto del contratto con lo spettatore. Ossia di fatti che *falsano* quel risultato che le forze in campo, *in una corretta cornice regolamentare*, avrebbero invece assegnato all'evento agonistico.

Ci si riferisce alla *frode sportiva*, al *doping*, ed all'*errore arbitrale*.

2. Fin ora queste vere e proprie *inadempienze* del contratto con gli spettatori sono state oggetto per lo più soltanto di *sanzioni sportive*.

Com'è noto, anche l'ordinamento italiano, come pressoché tutti gli Stati, osserva il c.d. «*vincolo di giustizia*» che affida ad arbitrato la risoluzione di controversie concernenti l'applicazione di norme rilevanti nella sfera sportiva, nascente dalla doppia esigenza di tutte le Federazioni Sportive Nazionali, da una parte di «fare i conti» con le relative Federazioni Sportive internazionali cui sono *affiliate*, le quali devono uniformare la normazione a livello mondiale di quella *specialità* sportiva, dal che dipende la sua stessa conservazione, oltre alla ragionevole possibilità di competizioni internazionali; e dall'altra con i precetti, quasi sempre di estrazione costituzionale, dei rispettivi ordinamenti statali, che tendono ad assicurare la giurisdizione «comune» alle *posizioni giuridiche soggettive* dei cittadini e degli altri soggetti statali.

Questa ormai lunga *storia di tensioni* fra ... «*giurisdizioni concorrenti*», ha fatto fin ora registrare dei precedenti clamorosi.

Basti pensare al caso del Catania Calcio del 1993, che non era stato ammesso al campionato di calcio di serie C1 per problemi economico-finanziari. Si protrasse per oltre due anni un conflitto fra gli organi di giustizia amministrativa (TAR Sicilia, Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia, TAR Lazio, VI Sezione del Consiglio di Stato) e la F.I.G.C. la quale, per non «ribellarsi» ai giudici nazionali, venne pressata dalla F.I.F.A., con il Presidente Blatter che ingiunse al Presidente Matarrese di non eseguire quei provvedimenti, prospettando altrimenti addirittura l'esclusione della nostra nazionale di calcio dai Mondiali del '94.

O il caso di Butch Reynolds, pluricampione olimpionico dei 400 metri, nel 1990 squalificato per due anni per assunzione di *nandrolone* dalla I.A.A.F. - Federazione Internazionale di Atletica Leggera, e che vide contrapposto il *The Athletic Congress of U.S.A.*, la Corte distrettuale meridionale dell'OHIO, la Corte d'Appello del VI Circuito U.S.A., la Corte Suprema degli Stati Uniti, e conclusosi con 27 milioni di dollari a favore dell'atleta (13).

3. Con la sentenza delle SS.UU. civili 26 ottobre 1989 n. 4399, la nostra Corte di Cassazione affermò il principio del *difetto assoluto di giurisdizione* avverso le decisioni prese da una Federazione Sportiva appartenente al C.O.N.I. (nella specie *pallacanestro*), *fin quando* queste, appunto, *non ledano posizioni giuridiche soggettive*. La giurisprudenza amministrativa ha per parte sua affermato il difetto di giurisdizione amministrativa nella controversia che si esaurisca all'interno dell'ordinamento sportivo, in quanto con il ricorso

(13) riferimenti tratti dall'articolo sul tema «*La giurisdizione amministrativa in materia sportiva dopo la legge 17 ottobre 2003, n. 280*» dell'Avv. Enrico Lubrano.

sia contestata la legittimità del risultato *agonistico* conseguito, mediante l'impugnazione di provvedimenti esclusivamente di carattere sportivo (quali la squalifica del campo di gioco e di giocatori), sottratti a valutazioni di organi diversi da quelli deputati dall'ordinamento sportivo a tali compiti (14). E spostandoci in un altro Paese europeo, il Landesgericht di Monaco (di Baviera), con pronuncia del 17 maggio 1995 stabiliva che il *vincolo di giustizia* va inteso, a pena di nullità, solo come divieto a rivolgersi all'autorità giurisdizionale ordinaria prima di aver esaurito tutte le istanze giurisdizionali interne alla federazione (15).

4. Si era dunque venuto definendo il seguente quadro giurisprudenziale: l'ordinamento sportivo nazionale, pur dotato di ampi poteri di autonomia, autarchia e autodichia, deriva da quello generale dello Stato; di conseguenza mentre gli atti a contenuto strettamente tecnico-sportivo, irrilevanti per l'ordinamento statale, e quelli che incidono su diritti disponibili non sono soggetti al controllo giurisdizionale, gli altri provvedimenti suscettibili di ledere posizioni di diritto soggettivo o di interesse legittimo sono soggetti a tutela dinanzi al giudice ordinario o al giudice amministrativo (16). E ciò fin quando, per uscire dalla «bufera estiva» di un nuovo «*caso Catania*» del 2003, a seguito delle alterne decisioni sul risultato del campo e quello «a tavolino» della partita Catania-Siena, che vedevano il Catania in bilico fra serie B e C1, con conseguenze a catena che coinvolgevano altre squadre, gironi e calendari ormai varati, in una situazione altrimenti insolubile, dovette intervenire il legislatore col decreto legge 19 agosto 2003 n. 220, poi convertito con modifiche con la legge 17 ottobre 2003 n. 280.

5. Si tratta di una legge importantissima, perché il suo pur breve testo sancisce principi importanti in termini di autonomia del diritto sportivo, ma nello stesso tempo, ne segna il confine, rispetto all'ordinamento statale.

Sembra intanto di grande rilievo, per quanto qui interessa, l'enunciazione dell'art. 1 comma 2, giusta la quale «i rapporti tra l'ordinamento spor-

(14) Zanichelli *on l.*, Consiglio di Stato Sez. VI, 19 giugno 2001, n. 3235 (Sport [6450] – Campionati e gare – Giurisdizione civile – Soc. Hockey Club Milano c. Federaz. It. Sport Ghiaccio, *Foro amm.*, 2001, 1624 In *Rep.* 2002, Sport [6450], n. 56). V. anche, per altri aspetti della questione, Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz. [ord.], 9 ottobre 1993, n. 536 (Sport [6450] Parti: Federaz. It. Giuoco Calcio c. Soc. Club Calcio Catania Fonti: *Giur. amm. sic.*, 1993, 681 Cons. Stato, 1993, I, 1339 Nel *Repertorio*: 1993, Sport [6450], n. 23 Rif. Legisl.: cost., art. 113) T.A.R. Lazio, sez. III, 8 febbraio 1988, n. 135 (Sport [6450] Parti: Tonini c. Federaz. It. Baseball Softball – Trib. amm. reg., 1988, I, 762 – *Riv. dir. sport.*, 1988, 250 In *Rep.* 1988, Sport [6450], n. 52), T.A.R. Emilia-Romagna, sez. I, 4 maggio 1998, n. 178 (Giuoco e scommessa [3310] – Giurisdizione civile – Sport – Parti: Madonia c. Ente Naz. Corse al Trotto – Trib. amm. reg., 1998, I, 2519 – In *Rep.* 1998, Giuoco e scommessa [3310], n. 9).

(15) Zanichelli *on l.*, Dir. comp. [2250] – Giurisdizione – Giurisdizione civile – Sport, Parti: Zimmermann c. Deutscher Leichtathletik Verband, Fonti: *Riv. dir. sport.*, 1996, 833, n. DE CRISTOFARO. In *Rep.* 1997, Diritto comparato [2250], n. 34.

(16) Zanichelli *on l.*, T.A.R. Sicilia, sez. Catania, sez. II, 13 agosto 2003, n. 1290 – Sport [6450] – Giurisdiz. Civ. – Soc. Scpv c. Fipav – Trib. amm. reg., 2003, I, 2458 In *Rep.* 2003, Sport [6450], n. 64.

tivo e l'ordinamento della Repubblica sono regolati in base al principio di autonomia, *salvi i casi di rilevanza per l'ordinamento giuridico di situazioni giuridiche soggettive*, connesse con l'ordinamento sportivo». Norma questa che costituisce una chiave di lettura fondamentale del successivo art. 2, su cui poggia l'argomento centrale di questo contributo alla definizione dei *diritti dello spettatore* di fonte *all'apparato organizzatore* dell'evento agonistico. Recita infatti quest'ultima disposizione che «*in applicazione dei principi di cui all'art. 1, è riservata all'ordinamento sportivo la disciplina delle questioni aventi ad oggetto: a) l'osservanza e l'applicazione delle norme regolamentari, organizzative e statutarie dell'ordinamento sportivo nazionale e delle sue articolazioni al fine di garantire il corretto svolgimento delle attività sportive ed agonistiche ...*

Orbene, se si considera che la legge di conversione ha:

— soppresso all'art. 1 comma 1 l'aggettivazione dell'«*effettiva rilevanza ... di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo*», con ciò quindi restringendo in qualche modo i limiti della «riserva di giustizia» in favore degli ordinamenti sportivi di settore;

— indi, alla lettera *a* del comma 1 dell'art. 2, la medesima riserva è stata ulteriormente circoscritta all'«*osservanza e l'applicazione delle norme regolamentari, organizzative e statutarie dell'ordinamento sportivo nazionale e delle sue articolazioni al fine di garantire* — parole aggiunte davanti all'originario puro e semplice riferimento al «*corretto svolgimento delle attività sportive ed agonistiche*», che poteva altrimenti sembrare attributivo di una sorta di onnicomprensiva «competenza per materia» rispetto a tutto quanto riguardasse «il corretto svolgimento» delle gare.

Con la riserva di normazione e giurisdizione statale in ordine ad *ogni possibile* connessione di una situazione giuridica soggettiva col fenomeno sportivo, il legislatore in sede di conversione ha inteso codificare un segnale garantistico proprio verso le situazioni giuridiche degli utenti dello sport *non tesserati*, ossia che non appartenenti all'ordinamento sportivo, e fra i quali vanno certamente annoverati gli spettatori, nell'esercizio dei loro diritti!

Sul piano strettamente processuale viene opportunamente introdotta poi dall'art. 3 una giurisdizione esclusiva del g.a., peraltro adottando la soluzione del sistema tedesco, della *condizione di proponibilità* della previa adizione dei gradi di giustizia sportiva nelle materie non riservate all'A.G.O., per «ogni altra controversia avente ad oggetto atti del C.O.N.I. o delle Federazioni sportive, non riservata agli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo» e fatte salve le clausole compromissorie ed altre eccezioni ... Non è questa la sede per addentrarsi nel (complesso) discorso, nel quale una cosa appare subito chiara: la tutela delle posizioni giuridiche soggettive resta fuori da questo quadro giurisdizionale, e, allorquando si tratti di diritti soggettivi, dalle pastoie del previo esaurimento dei rimedi in sede sportiva.

6. Vero è che, almeno fin ora, nello specifico dei rapporti fra mondo dello sport ed i suoi utenti, qui da noi la giurisprudenza non è ancora intervenuta pressoché mai, salvo i casi che si son visti di risarcimenti da morte o

da lesioni come nei casi già accennati; e forse la semplice spiegazione risiede nel fatto che è estremamente antieconomico per lo spettatore *uti singulus*, imbarcarsi in azioni legali, il cui costo decisamente trascenderebbe il prezzo del biglietto, e lo *stress* psicologico della lite quello della falsificazione del risultato.

I pur pochi e piccoli segnali di favore, fin ora registratisi nel panorama giurisprudenziale, verso il riconoscimento di «diritti» dello spettatore, sono stati infatti ottenuti da iniziative di associazioni di consumatori, o comunque enti collettivi (17). È comunque ferma opinione, o quanto meno aspirazione profonda di chi vi parla, che un *diritto* ben possa definirsi anche davanti ad uno scenario contenzioso ancora vuoto, e specie in un *mercato*, come quello dello SPORT che, almeno agli spettatori, «vende» beni psichici, essenzialmente costituiti, come si è visto, da *stimoli emozionali ed ideali*.

7. Ma non solo e non sempre.

E mi riferisco ad aspetti ... più prosaici del mondo dello sport, ma non di minor valore giuridico, sol che si consideri il ruolo delle risorse finanziarie nella diffusione di ogni sport.

Lo sport è anche, infatti, oggetto di consumo. Anche, e forse soprattutto, i giovani sono spesso grandi ... *consumisti* dello sport: sia dei grandi eventi ne costituiscono la vetrina, e sia di tutto l'indotto commerciale che ruota intorno al risultato sportivo. Sono oggi sotto gli occhi di tutti ripercussioni economiche delle vicende agonistiche nel campo degli sports cd. di massa. Il conseguimento o lo sfumare di titoli sportivi determinano spesso fortune e dissesti di società sportive. Basti considerare gli incassi derivanti dalla partecipazione ad un torneo internazionale, ed i diritti televisivi.

Si hanno così altri *consumatori* dello sport, che non solo e non necessariamente cercano il diletto spirituale della sana competizione sportiva, ossia quel bene *emozionale* di cui s'è parlato; ma, non meno lecitamente e con altrettanto beneficio dello sport, vi puntano il loro denaro, sia in *partecipazioni azionarie* o sia, più frequentemente, in *scommesse*: basti pensare che oltre il 60% delle giocate dei *concorsi a pronostici* va a rimpinguare le finanze erariali e del CONI.

Tornando ora alle anomalie che *falsifichino* il risultato, che una competizione *regolare* avrebbe invece assegnato al rendimento delle forze in campo, *viziando* così quel peculiare bene psichico che s'è individuato come controprestazione del *contratto* con lo spettatore, la (supplementare) delusione delle aspettative economiche di chi aveva altresì investito o «puntato» sul risultato poi falsato, e/o delle speranze — quasi tutti ne sappiamo qualcosa (...) — del tifoso, produrrà evidentemente un'ulteriore e distinta lacerazione nella sfera patrimoniale e/o nel tessuto psichico di quest'altro *utente* dello sport. E dunque un *altro* danno.

(17) Corre obbligo di ringraziare l'Avv. Rienzi, e l'*entourage* del suo Studio, oltre che della Segreteria del Codacons, per l'interessante materiale fornito alla presente ricerca.

Alimentando anche essi lo sport, questi particolari tipi di interesse verso il fatto agonistico meritano infatti tutela, ed avrebbero dunque pieno titolo per essere accolti fra i «*diritti soggettivi*» dello spettatore. Ed anzi è proprio questo, come noterete, l'unico campo in cui il legislatore statale si è direttamente affacciato all'interno del fenomeno, con norme di diritto positivo e del massimo rango precettivo, ossia quello penale.

8. Ci si riferisce all'art. 1, legge 13 dicembre 1989, n. 401 (*G.U.*, 18 dicembre 1989, n. 294), che all'art. 1 così dispone, in materia di «*Frode in competizioni sportive. - 1. Chiunque offre o promette denaro o altra utilità o vantaggio a taluno dei partecipanti ad una competizione sportiva organizzata dalle federazioni riconosciute dal Comitato olimpico nazionale italiano (CONI), dall'Unione italiana per l'incremento delle razze equine (UNIRE) o da altri enti sportivi riconosciuti dallo Stato e dalle associazioni ad essi aderenti, al fine di raggiungere un risultato diverso da quello conseguente al corretto e leale svolgimento della competizione, ovvero compie altri atti fraudolenti volti al medesimo scopo, è punito con la reclusione da un mese ad un anno e con la multa da euro 258 a euro 1.032. Nei casi di lieve entità si applica la sola pena della multa.*

2. *Le stesse pene si applicano al partecipante alla competizione che accetta il denaro o altra utilità o vantaggio, o ne accoglie la promessa.*

3. *Se il risultato della competizione è influente ai fini dello svolgimento di concorsi pronostici e scommesse regolarmente esercitati, i fatti di cui ai commi 1 e 2 sono puniti con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da euro 2.582 a euro 25.822.*

Questa disposizione evidentemente sancisce, insieme ai beni giuridici oggetto della sanzione penale, proprio i (corrispondenti) *diritti soggettivi* che si stanno cercando, *sub specie* di «beni giuridici protetti» dalle disposizioni penali, ossia il legittimo affidamento di ogni consumatore dello sport verso il prodursi appunto di un «*risultato conseguente al corretto e leale svolgimento della competizione*».

Prescindendo da una «*lettura*» penalistica della disposizione, forse poco interessante in questo contesto, parrebbe più utile soffermarsi sul concetto di «*corretto e leale svolgimento della competizione*», prendendo spunto da alcuni clamorosi episodi. Come quello accaduto il 12 maggio 2002, in occasione del «Gran Premio automobilistico di Austria», svoltosi sul circuito di Zeltweg ed utile per l'aggiudicazione del titolo mondiale della «formula uno».

Tutti ricorderanno che il pilota Ruben Barrichello, alla guida di una Ferrari, dopo aver mantenuto il comando per tutta la gara (oltre ad aver dominato le prove il giorno precedente), raggiunto da una comunicazione radio mentre si apprestava ormai indisturbato a vincere — si era al 71° giro — rallentava vistosamente per lasciarsi superare dal compagno di scuderia Michel Schumacher, il quale lo precedeva vittorioso al traguardo. In precedenza le telecamere avevano ripreso in diretta il passaggio di un foglietto da parte del responsabile tecnico della scuderia di appartenenza del pilota brasiliano.

A gara conclusa, il responsabile della medesima squadra Jean Todt confermava ai cronisti che la vittoria di Schumacher era stata imposta dal *team* automobilistico di Maranello (18).

Nel trambusto che ne seguì, si registrarono anche delle iniziative giudiziarie da parte del CODACONS, che in una denuncia alla Procura della Repubblica di Roma contro il «poco sportivo» scambio di posizioni tra Barrichello e Schumacher, addirittura chiese alla magistratura di identificare tutti coloro che avevano effettuato scommesse in tutto il mondo sul Gran Premio d'Austria di Formula 1, ponendo problemi connessi alla spettanza della «vincita» agli scommettitori.

All'incirca negli stessi termini, venne altresì proposto un ricorso al T.A.R. del Lazio, col quale, facendosi leva su quella che poteva effettivamente considerarsi, a prima vista, un'anomalia nella produzione del giusto risultato, si chiedeva in sostanza il congelamento delle scommesse.

La Sezione II del T.A.R. Lazio negava la sospensiva rilevando «*con riferimento alla legittimazione attiva di parte ricorrente, che la categoria dei soggetti, i quali partecipano a concorsi-pronostici relativi a manifestazioni sportive nazionali ed internazionali, non appare riconducibile ad un ambito omogeneo di "consumatori ed utenti", di cui il Codacons rivendica la tutela nell'odierna sede giurisdizionale, atteso che al suo interno risultano ravvisabili posizioni giuridiche soggettive differenziate e perfino contrapposte*» (19).

A meno di due settimane di distanza — e si dice che la giustizia italiana è lenta ... — la IV Sezione del Consiglio di Stato rigettava l'appello, condividendo tale motivazione (20).

La doppia pronuncia, sia pur soltanto cautelare, appare interessante perché parrebbe ammettere, sia pur *a contrario*, una generale *legittimazione dell'unione consumatori*, nella specie negata per non avere essa espresso, in concreto, gli interessi di «*un ambito omogeneo di consumatori ed utenti*» dello sport, fornendo poi una soluzione equilibrata e salomonica, di un caso sicuramente spinoso nel merito.

Nel merito, la pretesa di parte ricorrente avrebbe però dovuto fare i conti con la considerazione che la Formula Uno è anche uno sport «*di squadra*»: tant'è vero che viene stilata una classifica costruttori, e viene dunque premiata una squadra! Vero è che, anche senza l'incriminato «sorpasso», i punti assegnati alla Ferrari sarebbero stati gli stessi, ma l'imprescindibilità comunque di una strategia e di un discorso tecnico *di squadra* — si pensi alla figura di antica letteratura, del «gregario» nel ciclismo, che dopo aver «tirato» la volata, si erge sulla sella per far passare il suo caposquadra —

(18) Da un passo di un'intervista al d.t. della Ferrari, su «*Repubblica*» del 13 maggio 2002, pag. 44: «Sì, l'ordine l'ho dato io e il sorpasso doveva avvenire prima dell'ultima curva, invece è andata così. Io rappresento una azienda e di questa azienda devo difendere gli interessi. L'obiettivo della Ferrari è far vincere questo mondiale anche a Schumacher».

(19) Ord. del 5 giugno 2002.

(20) Ord. 18 giugno 2002, n. 2544.

parrebbe in definitiva escludere, al di là della vistosità del ... gesto tecnico, un'ipotesi di scorrettezza o slealtà nello svolgimento della competizione, e dunque l'elemento oggettivo della «*frode sportiva*».

Anche il caso, pure clamoroso, dell'ultimo *derby* calcistico Lazio-Roma del 15 maggio scorso, si impone all'attenzione di questa indagine, più per vistosità che per illiceità di un gesto ... *tecnico* dello stesso tipo, per il vittorioso ... obiettivo di entrambi i contendenti, in questo caso, della permanenza in serie A.

In un comunicato stampa all'indomani dell'incontro, lo stesso CODA-CONS chiedeva un'indagine della CONSOB, Istituto che com'è noto vigila sulle società quotate in Borsa, «*perché ... si legge oggi sui giornali di dubbi su possibili accordi tra le due squadre per arrivare a fine partita con un pareggio. Una circostanza che, se veritiera, falserebbe il valore delle azioni di Roma e Lazio, attraverso risultati sportivi truccati*».

Pur apparendo comprensibile e forse condivisibile il giudizio *sportivo*, non ci sembra però che possa parlarsi, sul piano tecnico-giuridico, di «risultato truccato».

Ben sono possibili, infatti, e di norma anche produttivi di veri e propri effetti negoziali, le «manifestazioni tacite» di volontà, i *facta concludentia* ... e dunque, a parte naturalmente il caso dei veri e propri accordi di manipolazione del risultato, risulta per lo più difficile se non impossibile obiettivare il substrato psicologico di quelle forme di gestione economica delle risorse, imprescindibili in ogni strategia vincente, che si manifesta in messaggi taciti sia al compagno che all'avversario. Il ritenere «competizione leale e corretta» solo quella caratterizzata *in ogni momento* dallo scontro più duro, generoso ed imponderato fisico, sconfinerebbe in una visione ... puramente romantica dello sport agonistico, e comunque in una negazione della realtà dell'agone. Nemmeno occorrendo aggiungere che la «*gestione dell'energia*» è il problema più generale e basilare dell'esistenza stessa. E lo sport, non dimentichiamolo mai, attrae proprio perché ripropone esperienze fondamentali della vita.

Se dunque alcuni *riti* di ... non belligeranza», cui i «fine campionato» ci hanno purtroppo abituati ad assistere, parrebbero in effetti contraddire l'idea stessa del *match* e del divertimento degli spettatori, in questa sede d'analisi appare conclusivo il rilievo che non quest'ultimo è, almeno in via diretta, l'oggetto del *contratto*, ma piuttosto, come finora s'è visto, il *giusto risultato secondo corretta applicazione del regolamento*; e dunque appare giuridicamente arduo, almeno fin quando è attribuito un punteggio al risultato di parità, considerare un pareggio di questo tipo «risultato *diverso* da quello conseguente ad un *corretto e leale* svolgimento della competizione». E lo stesso valga anche per una squadra che esca dal campo di buon grado sconfitta, quando sul piano aritmetico-regolamentare ne derivasse un qualsiasi vantaggio nella sua posizione di classifica. Salvo naturalmente che altri elementi forniscano la prova di «*combines*», preordinate al conseguimento di vantaggi di altro tipo.

9. Quanto al fenomeno del *doping*, questo costituisce forse la scena più drammatica dello spettacolo dello sport, sol che si pensi alle vite bruciate dai tanti «additivi» del motore umano, circolanti in un triste sottomercato che guarda più alle *performances* che alla salute dell'atleta.

Sul piano del «diritto dello spettatore al giusto risultato», ci si limiterà all'evidenza del fatto che anche l'atleta «dopato» ne costituisce un'anomalia, un vizio della controprestazione, potenzialmente falsata da componenti ignote ed estranee all'arengo sportivo.

E nemmeno occorre spendere parole sull'aspetto fraudolento del *doping*, che si coglie con particolare evidenza sul piano dello *scommettitore*.

A questi aspetti è dedicata un'intera sessione del convegno, e dunque lascerò la parola agli oratori che mi seguiranno.

5. - *L'errore arbitrale.*

1. L'errore dell'arbitro, o del giudice di gara, può rappresentare un'altra perturbazione, talvolta clamorosa, del regolare evento agonistico, e dunque del *contratto* con lo spettatore.

Va subito chiarito che non si vuole qui accreditare un diritto dello spettatore all'arbitraggio perfetto, ma piuttosto alla doverosa adozione, da parte degli apparati e degli enti organizzatori delle competizioni, di misure atte ad evitare le conseguenze di quegli errori che, bastando da soli a «scollare» il risultato della competizione dai valori espressi in campo, comporti inadempimento della prestazione dedotta nel contratto, che dinanzi s'è visto, fra spettatore e fornitore dello spettacolo agonistico.

Il discorso deve limitarsi a questo, per due ordini di considerazioni, che risiedono:

a) nella comune esperienza del fatto che i piccoli errori sono complessivamente ininfluenti per il risultato, anche perché normalmente tendono ad equidistribuirsi e dunque a compensarsi;

b) nella naturale ed inevitabile fallibilità dell'agire umano, la quale cresce con la difficoltà dell'opera. Il che peraltro costituisce, com'è noto, il dato pre-normativo dell'art. 2236 c.c.: «*Se la prestazione implica la soluzione di problemi di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o colpa grave*».

Solo in questi termini, ed in questi limiti, può accettarsi la comune affermazione che «*l'arbitro fa parte del gioco*». Arbitro in quanto personificazione appunto, in questo contesto, dell'inevitabile fallibilità delle valutazioni umane, specie se adottate ... correndo insieme ai giocatori!

Per il resto egli affatto *non fa parte* del gioco, almeno non nel senso di costituirne una variabile; per la semplice e conclusiva considerazione che non gioca ... non vince e non perde, ma piuttosto il suo ruolo è *strumentale* al gioco; o per meglio dire, alla sua regolarità. Il che, come già s'è visto e meglio si vedrà più avanti, lo pone, insieme a tutti gli altri «tesserati», al servizio dello spettatore.

Si tratta di un «*professionista*», cui l'organizzazione della gara affida il compito di garantirne, attraverso una serie di poteri, *direttivi*, *certificativi*, *repressivi* ed *espulsivi*, il corretto *svolgimento secondo il regolamento* di quella Specialità sportiva, e secondo i principi dettati, come visto fin qui, dal C.I.O., dal C.O.N.I., dalla Federazione sportiva e dalla legge .

2. Non v'è dubbio che i casi, tutt'altro che infrequenti, di decisioni erronee che falsano irrimediabilmente il risultato di importanti gare, deludono le legittime aspettative dello spettatore, di un *risultato* coerente con quello che ha visto in campo.

In questi casi la lesione del comune sentimento di giustizia, che a dispetto della trita frase «è solo un gioco», affonda le sue radici anche nell'esperienza dello sport, arreca una lacerazione nella sfera psichica di ogni *spettatore*, e non solo quando il «torto» danneggi l'atleta o la squadra di cui egli sia *tifoso*. S'è visto d'altra parte come lo sport riproduce ed esalta, soprattutto agli occhi dei più giovani, l'intera costellazione dei valori sociali. Fra questi, in primo piano, il comune *sentimento di giustizia*: l'art. 107 del citato Progetto costituzionale europeo, che racchiude i principi proprio della *Giustizia*, si situa infatti nel Titolo VI della parte II, fra i *valori fondamentali* dell'Unione.

Fra i «danneggiati», non v'è ragione di negare cittadinanza ai *tifosi*, giusta quanto s'è dinanzi osservato *sub III*, 8 (v. pag. 9-10). E lo stesso dicasi per gli *investitori* finanziari, ossia i titolari di partecipazioni azionarie nella società danneggiata, e gli *scommettitori* (v. *sub IV*, 7, a pag. 15).

3. Se d'altra parte gli errori arbitrari, giusta l'intrinseca fallibilità dell'agire umano, non possono eliminarsi del tutto, ed il male inevitabile non è nemmeno sussumibile nella sfera del diritto, il discrimine fra «puntuale adempimento» e *inadempimento* dell'organizzatore «professionale» della gara, andrebbe in concreto ricercato non nella qualità dell'*opus* arbitrale, ma dei mezzi per minimizzare le possibilità di errori *nella decisione* dell'arbitro. Più avanti si vedrà come questa si situi in un momento *successivo* alla percezione psichico-sensoriale dell'episodio, e non necessariamente la sua correttezza dipende da questa. Nel senso che ben può l'arbitro o il giudice aver visto male ma ... decidere bene, se, opportunamente sollecitato da soggetti a ciò legittimati o dal suo stesso dubbio, senta l'esigenza di ricorrere ai mezzi ragionevolmente disponibili per obiettivare l'accaduto.

Tutte le professioni si sono del resto sempre avvalse di strumenti tecnici o, per usare termini più attuali, di supporti tecnologici, ed il corretto uso di questi da parte dell'arbitro o del giudice di gara, per evitare l'errore, dovrebbe entrare a far parte della sua tecnica professionale.

Il dotare l'arbitro dei supporti tecnici a ciò necessari concorrerà dunque alla realizzazione del contenuto minimo di un diligente adempimento dell'*obbligo* di fornire un *regolare* spettacolo agonistico. Ossia quello in cui si produca, in condizioni di sicurezza psico-fisica dello spettatore, un risultato agonistico *secondo regolamento*. Nel concetto di «fornitore» dello spettacolo dovrebbe naturalmente intendersi non solo la società sportiva che ospita e gestisce l'evento, ma tutti gli operatori «professionali» (enti pubblici e privati) che gravitano nella relativa cornice organizzativa, che saranno tenuti ad una diligenza adempitiva che, in quanto «attività professionale» dovrà sì «valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata» a norma dell'art. 1176 c.c., ma anche e soprattutto in aderenza a quel nuovo sentire degli «*obblighi strumentali*» recentemente affiorato nella giurisprudenza comunitaria.

Vero è che l'evento agonistico può anche prescindere dall'acquirente del biglietto, o dei diritti TV, potendo esso disputarsi anche a porte chiuse, o comunque in assenza di spettatori o di telecamere, e dunque ha una sua organizzazione autonoma dall'ordinamento giuridico generale; ma, a parte la considerazione che nessun fenomeno sportivo-agonistico nel suo complesso sopravviverebbe senza una sua diffusione, l'evenienza di spalti deserti

non toglie che, quando lo spettacolo venga offerto al pubblico dietro corrispettivo, e di fronte allo spettatore pagante, esso assurga *anche* a contenuto contrattuale.

D'altra parte, anche guardando fuori dallo sport, nessun *opus* professionale può ormai prescindere dai mezzi che il progresso tecnologico le fornisce. Basti pensare al campo medico-diagnostico, dove l'individuazione e la cura di patologie molto difficili da diagnosticare appena qualche decennio fa, è oggi di *routine* grazie a mezzi ormai di uso comune, come le radiografie, la risonanza magnetica, la TAC, ecc.. E ciò senza che a nessuno venga in mente di dire che «la medicina è sempre stata così ... l'errore medico fa parte della vita, che è bella proprio per questo! ... E comunque questi mezzi non risolverebbero tutti i casi ... vi sarebbero sempre delle discussioni ... le diagnosi durerebbero chissà quanto tempo ...».

E su questo scenario, ed in questi termini, potrebbe definirsi un vero e proprio diritto soggettivo dello spettatore, che travalicando il dato meramente esteriore dello spettacolo sportivo, penetri nei contenuti minimi che si sono visti, con tutte le implicazioni giuridiche qui in rassegna.

4. Esula da questa sede, e dalla competenze di chi vi parla, un'analisi tecnica degli strumenti di controllo delle gare, a disposizione degli arbitri e giudici dei vari sports per assicurare il rispetto dei relativi regolamenti, ma può affermarsi con sicurezza che essi continuamente «si superano» per affidabilità, praticità, e sempre maggiore raggiungibilità economica.

È proprio di questi giorni la novità dell'imminente introduzione nel calcio dell'ormai noto congegno di appositi sensori nel pallone e sui pali della porta, per stabilire al di là di ogni dubbio quando il pallone abbia completamente superato la relativa linea bianca (21).

Ma la possibilità di rivedere le immagini di un'azione di gioco costituisce senza dubbio, già in molti sports, un mezzo straordinario a disposizione dell'arbitro, ed anche degli spettatori (ove la presenza di grandi schermi lo renda possibile), e dei telespettatori quale risorsa spettacolare in più, per rivedere azioni o gesti atletici.

La Lega Basket di serie A ha varato l'uso della moviola a partire dalla Supercoppa TIM 2004 (22). Non s'è ancora spenta l'eco dello scudetto conquistato, il 16 giugno u.s. dalla *Fortitudo Climamio* di Bologna contro l'*Armani jeans* di Milano, su tiro all'ultimo secondo (23): l'arbitro, che pur aveva visto bene, aveva chiesto lui stesso l'aiuto della tv.

(21) Fa parte degli annali del calcio l'episodio accaduto il 12 gennaio 1975, in Ascoli--Bologna (1-3), quando il raccattapalle respinse fuori, ingannando l'arbitro e di fatto «annullando» il regolarissimo quarto gol del Bologna (di Savoldi).

(22) Partita Montepaschi Siena-Benetton Treviso. L'«*istant replay*» consente di utilizzare l'immagine tv in sei situazioni: canestro in prossimità di fine quarto, infrazione di ritorno in difesa, fallo in prossimità di fine quarto, rimessa contesa, tiri da tre punti, rissa in campo.

(23) Di Douglas da 8 metri. Arbitro il Sig. Laconica.

Nelle gare internazionali di *Rugby* la moviola è adottata da circa un decennio: la prima volta fu usata negli anni '90 nel super 12. Ma, a differenza della pallacanestro, è il quarto uomo, in cabina di regia, che interviene su richiesta dell'arbitro, vede al *rallenty* la sequenza contestata, comunica l'esito all'arbitro via auricolare.

Nell'*hockey su ghiaccio* la moviola è invece una pratica di routine: collegato al telefono con la regia, l'arbitro può chiedere delucidazioni su azioni poco chiare.

Nel *football americano* è invece l'allenatore a chiedere di usare l'*istant replay*: Ogni squadra può richiederne due a partita, però solo per alcune azioni e mai negli ultimi minuti di gioco.

Nel *tennis* spetta al «Ciclope» sedare le contestazioni: è un sistema di sensori piazzato sulle linee del campo, con il quale si verifica se il servizio è valido o no. Misura inoltre la velocità delle battute.

Nella *scherma* il presidente della F.I.A. - Federazione Internazionale Scherma (24), si è espresso favorevolmente sull'introduzione della moviola, per dirimere le controversie arbitrali. Si tratta di un sostegno tecnologico in più che si aggiungerebbe al dispositivo elettrico che segnala le stoccate.

A questa piccola rassegna vorrei aggiungere la personale esperienza di uno «sport minore», ma non per bellezza e spettacolarità: l'*acrobazia con alianti*, il cui regolamento, attualmente in vigore, prevede la dotazione di una telecamera e di un apposito operatore, quale indispensabile supporto del «pannello-giudici» e *condicio sine qua non* per il regolare svolgimento della gara. Posso testimoniare che, lungi dal farci sentire in qualche modo «diminuiti» la presenza dell'occhio artificiale ci tranquillizzava, ed una volta condusse, a seguito di reclamo e revisione delle immagini, alla riassegnazione di un titolo italiano (25).

Questa breve e rapida carrellata ci mostra moduli sportivi che si evolvono, e che talvolta potrebbero assurgere a modelli di una competitività leale e pacifica molto desiderabile nel contesto generale della vita, e deve farci ancora riflettere sulla larga diffusione dell'universale aspirazione di giustizia anche nella dimensione ludico-sportiva. Il che rafforza l'idea dello sport come metafora e modello della società.

6. Definizione della vicenda giuridica.

1. S'impone a questo punto qualche precisazione.

S'è avuto modo di ricordare che la responsabilità c.d. professionale, e dunque anche, in astratto, quella dell'arbitro o del componente di una giuria, è configurabile soltanto di fronte al dolo o alla colpa grave (*culpa gravis proxima dolo* ... - art. 2236 C.C.).

E ciò intanto perché è sommamente difficile, per non dire *probatio diabolica*, l'obiettivare i contorni di una «colpa» di «non aver visto bene». Se

(24) Sig. René Roch.

(25) Lo stesso autore di questa relazione, giudice *acro-glider* oltre che pilota acrobatico, ebbe il privilegio di collaborare alla stesura del relativo Regolamento.

infatti colpa vuol dire «negligenza o imprudenza o imperizia ovvero inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline» (art. 43 comma IV c.p.) occorrerebbe riferire la svista arbitrale ad una di queste patologie comportamentali, il che non sempre è facile. Non è facile, ad esempio, stabilire che, in quel frangente, l'arbitro o il giudice di gara si sia posizionato male, e neppure è agevole stabilire dove doveva essere posizionato.

Quanto alla «perizia», questa viene continuamente monitorata da appositi organi, ad esempio l'A.I.A. nel Calcio, ed è difficile metterla in discussione.

Circa la «negligenza», questa si risolverebbe, a ben riflettere, nel difetto di attenzione. Ma essa potrebbe essere distratta da molte cose, e dalle molte cui l'arbitro deve badare.

E senza parlare della concomitanza di agenti esterni, che per un uomo che corre per un'ora e mezza in mezzo a molti giocatori che pure corrono in ogni direzione — ci si riferisce ovviamente all'arbitro del gioco del calcio — varrebbero il più delle volte ad escludere del tutto ogni colpa e conseguente responsabilità: il moscerino nell'occhio, un cd. riflesso automatico, involontario, ecc.

Ma, quand'anche taluna o alcuna di queste cose fossero obiettivamente dimostrabili, resterebbe il discorso del grado della colpa che, come s'è visto, dovrebbe essere «grave».

Senonché, non necessariamente la gravità *della colpa* si pone in correlazione con la gravità *del danno*. Grandi danni possono essere provocati da colpe *lievi*, che come s'è visto non comportano alcuna responsabilità dell'arbitro o giudice di gara (al pari di ogni altro professionista); così come, al contrario, si può essere chiamati a rispondere di danni di contenuta entità, derivanti da «colpa grave», consistente nel *non intelligere quod omnes intelligunt*.

2. Sulla scorta di queste osservazioni, dovremmo piuttosto andare a cercare l'elemento soggettivo della colpa grave non tanto nel momento dell'eventuale «svista», e dunque sulla congruità psicofisica e psicometrica della percezione ma, come già detto (*sub V*, 3) nel successivo *momento della decisione* arbitrale, indagando sulla correttezza e sulla ponderazione o meno di questa, la cui esigenza andrà a correlarsi con l'importanza della decisione. L'arbitro, alla stessa stregua del giudice di gara, potrebbe così, ipoteticamente, essere chiamato a rispondere a titolo di responsabilità *professionale*, ogni qual volta egli adotti una decisione incongrua, senza ingiustificatamente aver fatto uso di tutti i mezzi a sua disposizione per pervenire invece ad una decisione corretta. E ci si riferisce all'impiego dei supporti tecnici, *ove normativamente e materialmente disponibili*, che potrebbero essere utilizzati per rivedere le azioni di gioco o sequenze della gara.

E dunque gravità *del danno* e *della colpa* finiranno, almeno in linea tendenziale, col coincidere. Ne discenderà a corollario che la *culpa levis*, comunque non idonea a fondare una responsabilità professionale, non interesserà nemmeno sul piano agonistico sportivo, non falsando essa il risultato.

3. Ma non è qui, ad avviso di chi vi parla, la chiave della posizione giuridica dello spettatore, che si va cercando. Non sembra infatti praticabile, almeno sul piano concreto, un discorso di *responsabilità diretta* dell'arbitro o del giudice di gara.

Se è innegabile che, nella maggior parte dei casi proprio l'arbitro, i suoi collaboratori o i giudici di gara sono i soggetti responsabili della regolarità dell'evento, chi mai, d'altra parte, o a qual prezzo sarebbe più disposto a ricoprire questo ruolo, se poi dovesse rispondere, economicamente e in proprio, di aver *falsato* e dunque rovinato lo spettacolo a migliaia di spettatori, o milioni di telespettatori, paganti ...? Né con l'arbitro lo spettatore ha concluso il contratto. Ed anzi, il più delle volte quest'ultimo non sa nemmeno chi siano gli arbitri, gli assistenti o i giudici di gara — cosa che può non interessarlo affatto, o solo marginalmente — quando acquista il biglietto o il diritto di assistere allo spettacolo. E ciò senza considerare che la designazione e la preparazione di questi dipendono da altri soggetti (la federazione sportiva, l'associazione arbitrale di appartenenza, ecc.).

Giusta le premesse svolte nel capitolo precedente, e tornando nell'ambito dei nuovi principi affermatasi nella giurisprudenza europea, in tema di diligenza adempitiva (*supra*, *sub* V, 3), una più realistica ed effettiva tutela dello spettatore potrebbe piuttosto esser collegata a questa peculiare responsabilità, derivante dalla mancanza o dalle disfunzioni, sul piano tecnico-normativo, organizzativo e/o materiale della relativa disciplina sportiva, dei più idonei strumenti tecnologici di supporto al compito arbitrale, cui sopra s'è accennato (*sub* 3).

E del resto, a norma dell'art. 40 c.p., applicabile, come tutte le norme di responsabilità penale, al campo della responsabilità civile per fatto illecito, il «non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo». E tanto più che è ormai pacifico nella giurisprudenza della Corte Suprema, che un tale obbligo può derivare non soltanto dalla legge o comunque da fatti normativi, ma anche dalle sue concrete circostanze.

7. - *Il soggetto passivo dell'obbligazione.*

Questo «elementare» diritto dello spettatore, al quanto più possibile *regolare* svolgimento della competizione, al pari degli altri e più ... classici diritti che si son visti, troverebbe il suo soggetto passivo e in chi, direttamente e/o avvalendosi di altri, appresti l'evento agonistico e/o ne percepisca la controprestazione economica, *sub specie* di biglietto, diritti televisivi, ecc.; ed anche, eventualmente, nei «plessi organizzativi» cui fanno capo la disciplina e l'organizzazione della disciplina sportiva, oltre che la concreta realizzazione delle gare. E ciò, per scolpire il concetto, alla stessa stregua della responsabilità «sanitaria», nella quale, alla responsabilità del medico che non abbia usato i mezzi diagnostici occorrenti per individuare e curare una patologia, si sovrappone quella della struttura sanitaria che non gliel'abbia messi a disposizione, e/o dell'autorità sanitaria che avesse in qualche modo ostacolato il più idoneo utilizzo delle risorse disponibili. Col che violando elementari *diritti* del paziente!

Se, come d'altra parte s'è visto, la *spettacolarizzazione di un risultato agonistico che si produca secondo le regole* si propone come momento sinallagmatico rispetto al prezzo del biglietto, non sembra potersi contestare che proprio il soggetto che lo percepisca debba, per ciò stesso, assumersi ad altra «parte» del relativo contratto. E che, a norma dell'art. 1218 c.c., se non «ese-

gue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile».

E peraltro, una volta ricondotta la fattispecie nella sua più appropriata collocazione, nell'ambito delle obbligazioni *ex contractu*, ne scaturirà l'importante effetto che non sarà più lo spettatore a doversi imbarcare nella (onerosa) prova di una colpa *grave* dell'arbitro — giusta i principi della responsabilità «aquiliana», non essendo quest'ultimo contrattualmente legato con lo spettatore — ma piuttosto, una volta provata la *falsificazione del risultato* a causa dell'errore, graverebbe sull'apparato «fornitore» dell'evento agonistico l'onere della prova liberatoria, della sua responsabilità per non aver consentito una regolare produzione del risultato agonistico. Né questo stesso soggetto potrebbe cavarsela allegando l'errore arbitrale, giusta il disposto dell'art. 1228 C.C. («*Salva diversa volontà delle parti, il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si vale dell'opera di terzi, risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro*»).

8. - Il calcio e «la moviola in campo».

1. Su queste premesse, i cui termini paradigmatici sono naturalmente validi per ogni sport, potrebbe essere interessante affrontare brevemente un tema di cui si sente sempre più spesso: la *moviola* sui campi di calcio.

Questa non deve e non può esser vista come strumento *di controllo*, o una specie di *sostituzione* dell'arbitro — cosa che, a tacere di altre scontate considerazioni, ci avvicinerrebbe alla visione umanamente inaccettabile del dominio delle macchine ... dei *robots* sull'uomo — ma più semplicemente, *strumento di valutazione* in più, *a disposizione* dell'arbitro.

E questo nel senso che rientrerebbe nelle *facoltà* di quest'ultimo l'utilizzo di tale strumento, in quanto messogli a disposizione, alla stessa stregua delle consultazioni con i suoi assistenti, o della consultazione del suo orologio e/o cronometro pur avendo egli la più ampia discrezionalità nello stabilire l'entità del tempo da recuperare. Il concetto viene qui volutamente semplificato e forse banalizzato, ma con ciò volendosi «marcare» una visione antitetica a quella tabuizzazione del problema che, francamente, non è facile capire.

Personalmente, sarei favorevole ad un impiego non facoltativo di questa risorsa, ma con un vero e proprio *obbligo* dell'arbitro di servirsene — collegialmente, perché no, con agli altri componenti della terna arbitrale — su richiesta di uno degli assistenti, o del quarto ufficiale, o del capitano o dell'allenatore di una delle squadre, con prefissazione di limiti e presupposti di ammissibilità delle richieste, ed un sistema di penalizzazioni di quelle defatiganti o temerarie. Ma un congegno di questo tipo richiederebbe più o meno incisive modifiche regolamentari, il cui percorso sarebbe piuttosto impervio, come tutto lascia pensare, e comunque esulerebbero da questa sede giuridica, per investire il piano delle scelte *politiche* dello sport.

2. Le più modeste prospettive che ci si accinge a visitare, parrebbero invece indicare un'utilizzabilità immediata di questo mezzo, sia pur nei limiti che ora si vedranno.

Intanto l'esperienza di altri sports non sembra lasciar dubbi sulla grande utilità di quei mezzi televisivi, sempre più sofisticati ed «informatizzati», che

si ricomprendono comunemente nella denominazione di «moviola»: il livello tecnico ormai raggiunto, la rendono in grado di scandagliare con affidabilità quasi ogni azione di gioco.

Ed anche una semplice utilizzabilità *discrezionale*, del tipo di quella qui sostenuta, potrebbe sedare la maggior parte, se non praticamente tutto, di quel «contenzioso in campo» che agita ormai quasi tutte le partite (ed inoltre a servire da laboratorio di esperienze in vista di un'introduzione a livello regolamentare che non si farà attendere ancora per molto ...).

In presenza di un tale strumento, infatti, un rifiuto di avvalersene prima di assumere decisioni importanti, oppure l'adozione di una decisione sbagliata dopo aver visto le immagini, beninteso *in caso di errore evidente*, potrebbero realizzare una *colpa professionale grave*, con tutte le conseguenze del caso. E pure d'altra parte s'è visto, come un'errore *evitabile* attraverso l'impiego di idonei mezzi, che falsi il risultato della competizione, ben possa denotare una colpa grave, e dunque comportare un *danno*, oltre che alla credibilità dei valori sportivi, anche e soprattutto nella sfera giuridica individuale dello spettatore.

3. Se si è fin qui d'accordo, può passarsi a vedere *se e che cosa* ostacoli il ricorso a questo strumento.

A norma del vigente regolamento dell'International Football Association Board, «nessuna confederazione o associazione membro potrà applicare alcuna modificazione nelle regole di gioco fino a che non sia stata approvata dal board», e parrebbe che soprattutto la F.I.F.A., o meglio alcuni dei suoi più autorevoli esponenti, siano contrari all'uso della moviola in campo (26). Né sfugge il grande peso di queste opinioni, in un'ipotesi di modifica del regolamento internazionale. Ma, ci sarebbe davvero bisogno, sul piano strettamente tecnico normativo, di modificare i regolamenti, per consentire all'arbitro di avvalersi *discrezionalmente* della moviola?

Nel regolamento F.I.F.A. del gioco del calcio, non sembra di rinvenire divieti dell'uso di supporti visivi.

La «regola 5», dedicata all'«*autorità dell'arbitro*», stabilisce che «ogni partita sarà controllata da un arbitro, che avrà la piena autorità per far rispettare le Regole di Gioco nella partita per la quale è stato designato». E correlativamente, fra i successivi «*poteri e doveri*», quello di far appunto «rispettare le Regole di Gioco»; di «controllare la partita in cooperazione con gli arbitri assistenti e, sempre che il caso lo richieda, col quarto arbitro» e di interromperla, sospenderla o porvi fine «quando lo giudichi opportuno, in caso che si contravvenga alle Regole del Gioco»

A proposito delle sue «*decisioni*» viene stabilito che:

«- Le decisioni dell'arbitro su fatti relativi al giuoco sono definitive».

(26) Sono note le posizioni del presidente Joseph Blatter, così come di altri esponenti, anche dell'I.F.A.B., non favorevoli all'uso di tale strumento. È peraltro da notare come, nella maggioranza dei circa duecento Paesi ad essa affiliati, il calcio sia comunque vissuto a livello amatoriale, e dunque l'importanza dell'argomento non è sentita come da noi.

«- L'arbitro potrà modificare la sua decisione unicamente se si rende conto che non è corretta o, se lo giudichi necessario, conforme a un'indicazione da parte di un arbitro assistente, sempre che non abbia fatto riprendere ancora il gioco».

Può dunque rilevarsi *l'assenza di una norma del regolamento che limiti gli strumenti di cui l'arbitro possa avvalersi, naturalmente se ed ove disponibili*. Già in base al vigente regolamento internazionale del Gioco del Calcio, la moviola parrebbe dunque utilizzabile, come ulteriore risorsa, nel corretto assolvimento del compito dell'arbitro di obiettivare quel che deve valutare. Il che, alla stessa stregua della consultazione degli assistenti o del quarto ufficiale di gara, lungi dal costituire una *deminutio*, valorizzerebbe anzi la *funzione essenziale* dell'arbitro, di *assicurare il rispetto delle regole di gioco*, come risulta chiaro dalle norme sopra riportate: esigenza in vista della quale egli già può, come s'è visto *«modificare la sua decisione ... se si rende conto che non è corretta»*.

Se già può, ed anzi *«deve»* rivolgersi ai suoi collaboratori ogni qual volta non abbia visto o non ha visto bene, che senso avrebbe il precludere all'arbitro *anche* quest'altro (e ancor più sicuro) ausilio? Sarebbe un po' come impedirgli l'uso dell'orologio-cronometro, in considerazione della *discrezionalità* del tempo effettivo da recuperare ...

La stessa *discrezionalità* del ricorso a tale mezzo potrebbe peraltro far cadere quelle opinioni contrarie (27), basate sul timore che essa interromperebbe la fluidità del gioco: ma che dire, allora, delle interminabili e spesso esagitate discussioni, cui ad ogni momento di ogni partita attualmente si assiste ...?

Quanto al Regolamento del Gioco del Calcio della F.I.G.C., questo ripete pressoché letteralmente le su riportate norme F.I.F.A. (28).

4. L'enunciato che l'arbitro può sempre tornare sulle sue decisioni fin quando non sia ripreso il gioco, sembra dunque costituire una vera e propria *«codificazione»* del principio che l'arbitro *non deve decidere subito, ma deve decidere bene, ed a ragion veduta!*

(27) Fra cui quella, pur autorevolissima, del presidente dell'I.F.A.B. Volker Roth.

(28) «Regola 5:

Ogni gara si disputa sotto il controllo di un arbitro, al quale è conferita tutta l'autorità necessaria per vigilare sul rispetto delle Regole del Giuoco nell'ambito della gara che è chiamato a dirigere.

Poteri e doveri

- vigilare sul rispetto delle Regole del Giuoco;
- assicurare il controllo della gara in collaborazione con gli assistenti dell'arbitro e, occorrendo, con il quarto ufficiale di gara;
- ...interrompere temporaneamente la gara, sospenderla o interromperla definitivamente, a sua discrezione, al verificarsi di ogni infrazione alle regole.

Decisioni dell'arbitro;

Le decisioni dell'arbitro su fatti relativi al giuoco sono inappellabili.

L'arbitro può ritornare su una sua decisione soltanto se ritiene che la stessa sia errata o, a sua discrezione, a seguito della segnalazione di un assistente dell'arbitro, sempre che il giuoco non sia stato ripreso.».

Né si è rinvenuta alcuna norma di divieto, per l'arbitro, di attingere elementi *ulteriori* rispetto alla consultazione dei suoi assistenti, per una corretta decisione!

Per persuadersene, ove non bastassero i pur semplici argomenti testuali passati in rassegna, si considerino i casi, sempre meno rari e che onorano lo sport, di ... confessione del giocatore che rifiuta di trarre vantaggio dall'errore, e conseguente modifica della decisione arbitrale!

E dunque, per concludere sul punto, nei limiti e secondo le modalità che si stanno vedendo, l'uso della moviola non sembra richiedere, allo stato, alcun cambiamento o aggiunta ai regolamenti.

5. Ma, quand'anche fossero necessarie delle modifiche, queste non consisterebbero in «*modifiche delle regole del gioco*».

Soltanto di queste, infatti, è vietata la «non uniformità», a termini del regolamento dell'I.F.A.B.

Sembra indubbio, infatti, che *altro* sono le regole *di gioco*, ed *altro* quelle *di giudizio*, ossia *come* vanno fatte rispettare; alla stessa stregua, negli ordinamenti generali, delle regole sostanziali e processuali.

È lo stesso regolamento internazionale (se pur ve ne fosse bisogno), a dettare questa *alterità*, col conferire all'arbitro la funzione e la «*piena autorità per far rispettare le regole di gioco nella partita per la quale è stato nominato*»; ed il far «*rispettare le regole di gioco*» costituisce, come s'è visto, il primo fra i suoi «*doveri*»: il che esprime, per l'appunto, una posizione essenzialmente strumentale della sua funzione, riguardo alle regole del gioco.

6. Sul piano dello *status* professionale dell'arbitro, quanto precede collima perfettamente, poi, con le prescrizioni del punto 37.1 del Regolamento dell'Associazione Italiana Arbitri (29), i quali «sono tenuti a svolgere le proprie funzioni con lealtà sportiva, in osservanza dei principi di terzietà, imparzialità ed indipendenza di giudizio ...».

Anzi questo viene assunto dal successivo art. 33 a «principio generale» per tutti gli «ufficiali di gara», i quali «svolgono le proprie funzioni con lealtà sportiva, in osservanza dei principi di terzietà, imparzialità e indipendenza di giudizio».

7. Ma, qualora pure divieti di questo tipo fossero rinvenibili a livello normativo sovranazionale, sarebbero essi vincolanti per la Federazione sportiva nazionale?

Parrebbe proprio di no.

Anzi un recepimento di questo genere di limitazioni nel nostro ordinamento sportivo, provenienti da fonti sopranazionali, sembrerebbe escluso dai principi generali dell'ordinamento interno. Ed anche su un piano più strettamente formale, lungi dal rinvenirsi fonti testuali di questa vincolatività (se non, s'è visto, per le «regole del gioco» in senso stretto), si rinvengono anzi norme espresse che escludono la possibilità, per le federazioni sportive

(29) Appr. con decreto ministeriale per i Beni e le Attività Culturali di concerto con il Ministro del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione Economica, il 28 dicembre 2000.

nazionali, di armonizzarsi con le deliberazioni e gli indirizzi della rispettiva federazione internazionale, ove queste si pongano in contrasto con le deliberazioni e gli indirizzi del C.I.O. e del C.O.N.I. Stabilisce infatti l'art. 20 del relativo Ordinamento delle Federazioni Sportive Nazionali, al punto 4, che «*Le Federazioni Sportive Nazionali svolgono l'attività sportiva e le relative attività di promozione, in armonia con le deliberazioni e gli indirizzi del C.I.O. e del C.O.N.I., anche in considerazione della rilevanza pubblicistica di specifici aspetti di tale attività. Nell'ambito dell'ordinamento sportivo, alle Federazioni Sportive Nazionali è riconosciuta l'autonomia tecnica, organizzativa e di gestione, sotto la vigilanza del C.O.N.I.*». Mentre al successivo punto 5, si dice che «*Le Federazioni Sportive Nazionali svolgono l'attività sportiva in armonia con le deliberazioni e gli indirizzi della rispettiva federazione internazionale, purché non siano in contrasto con le deliberazioni e gli indirizzi del C.I.O. e del C.O.N.I.*».

8. All'opposto dunque, di quel che in altri contesti verrebbe definito un «regime di prova legale», sia il C.I.O. che il C.O.N.I. (che «presiede, cura e coordina l'organizzazione delle attività sportive sul territorio nazionale» — art. 2 n. 1 Stat.) dettano invece «*principi fondamentali ... per garantire il regolare e corretto svolgimento delle gare, delle competizioni e dei campionati*» (punto 2).

A tali norme, che potrebbero definirsi di vincolo etico-morale, fanno riscontro altre, che anche sul piano formale direttamente vincolano all'osservanza di questi principi, sia gli arbitri (che sono altresì obbligati «*ad osservare lo statuto e le altre norme della F.I.G.C., il presente regolamento e l'atto costitutivo dell'A.I.A., nonché ogni altra norma, circolare e disposizione emanata dalla Federazione e dall'A.I.A.*» — art. 32 Reg. A.I.A. cit.), e sia gli altri ufficiali di gara (che «*partecipano, nella qualifica loro attribuita dalla competente federazione sportiva nazionale e senza vincolo di subordinazione, allo svolgimento delle manifestazioni sportive per assicurarne la regolarità*» — art. 33); mentre all'art. 29 dello statuto della F.I.G.C. si rinviene l'aggancio di tali funzioni ai principi C.O.N.I.-C.I.O.: «*la regolarità tecnica e sportiva delle gare, nella osservanza delle regole del gioco del calcio e disciplinari vigenti, è affidata agli ufficiali di gara, in conformità ai principi stabiliti dallo statuto del C.O.N.I.*».

Il che sembra offrire ulteriore conferma dei principi giuridici che si stanno cercando, ed una piena armonia fra le fonti di diritto *comune* e quelle di «diritto sportivo».

9. Potrebbero, supporti visivi di questo tipo, essere messi *sic et simpliciter* a disposizione dell'arbitro, tutte le volte che egli voglia rivedere l'azione, e senza nulla togliere alle sue prerogative di valutazione e giudizio?

Non si vedrebbero grandi ostacoli in questa direzione.

Intanto il ruolo ed i compiti assegnati alle società sportive dallo Statuto del C.O.N.I., nell'organizzazione e nella gestione dell'evento sportivo, consentirebbero appieno le innovazioni di cui si sta discutendo.

Questi sono fondamentalmente definiti dall'art. 29 («*ordinamento e riconoscimento delle società ed associazioni sportive*»), a norma del quale «*le società e le associazioni sportive sono soggetti dell'ordinamento sportivo e*

devono esercitare con lealtà sportiva le loro attività, osservando i principi, le norme e le consuetudini sportive, nonché salvaguardando la funzione popolare, educativa, sociale e culturale dello sport».

E d'altronde, proprio le società, anche attraverso le relative «leghe», hanno i compiti organizzativi e le responsabilità dell'evento agonistico e, giusta l'impostazione di questo discorso, sono i soggetti contrattualmente obbligati verso lo spettatore, nei termini che si sono venuti man mano precisando (30). Su di esse graverà dunque, come già visto in precedenza (*sub V*) anche l'onere di apprestare l'occorrente logistico, al pari di tutte le altre condizioni tecnico-ambientali atte a garantire un regolare svolgimento della competizione. Il che è confermato dall'apparato di sanzioni cui la società ospitante va soggetta, in caso di mancanze, anche e soprattutto da parte dell'ordinamento sportivo di appartenenza, anche a titolo, come si suol dire, di responsabilità oggettiva.

Oltre che a tutela e supporto dell'evento agonistico in sé, i relativi obblighi (campo di gioco, attrezzi sportivi, dotazioni dell'arbitro, sicurezza di questi e delle squadre), sono infatti apprestati anche e principalmente a tutela dei diritti degli spettatori, cui l'evento viene offerto dietro corrispettivo: in posizione centrale, fra questi, quelli rivolti a garantire quel contenuto minimo dello spettacolo, che si è essenzialmente definito in termini di *regolare produzione del risultato agonistico*. E dunque la predisposizione di tutti quegli strumenti, ivi compresi i supporti tecnici al compito dell'arbitro, che appunto assicurino lo svolgimento della gara nel rispetto del regolamento.

Considerazioni conclusive.

Si è cercato, attraverso percorsi giuridici praticabili nell'attuale cornice normativa europea ed italiana, di definire un diritto, quello dello spettatore che paga per assistere ad un evento agonistico, molto importante nella nostra vita, specialmente emozionale. Il che potrebbe rappresentare un contributo, di questo importante consesso di avvocati europei, ad un'ancor non enunciata «carta» dei diritti dello spettatore, per uno sport più godibile e socializzante.

Un mondo dello sport che esprima modelli di giustizia, antidoti della violenza, è l'idea portante del discorso che precede. L'intuitiva contiguità di questo tema col dilagante fenomeno della violenza negli ed *intorno* agli stadi, impone peraltro qualche precisazione.

Il fenomeno *ultras* ha altre radici psicodinamiche, e vive purtroppo «di vita propria», per lo più indipendente da quel che avviene nei campi di gioco, *intorno* ai quali la moltitudine parrebbe solo un elemento di copertura, di *mimesi*, di fenomeni essenzialmente teppistici, rivolti in qualche modo a «controllare il territorio». Non può tuttavia negarsi una qualche connessione,

(30) «Titolare esclusivo dello spettacolo sportivo, e quindi della sua utilizzabilità economica, è la società che organizza l'incontro medesimo, e nel caso di un incontro di calcio, la squadra nel cui campo ha luogo la competizione» – Trib. Catania, 20 ottobre 1988, Soc. Calcio Catania c. soc. Telecolor International; in *Riv. dir. comm.*, 1990, II, 249, n. STELLA, in *Rep.* 1990, sport [6450], n. 27.

diretta o indiretta, fra «torti», presunti o reali che frustino i sentimenti di giustizia dello spettatore, anche quando si «travestano» con questi piuttosto le speranze deluse del *tifoso* — distinzioni che appaiono tuttavia delicate e di dubbia importanza, di fronte all'*esigenza fondamentale di una giustizia che convinca tutti* — con alcuni episodi di perturbazione dell'ordine pubblico, che possono ledere anche altri diritti dello spettatore, legati alla sua incolumità psico-fisica. Ma non è qui la maggior importanza del discorso.

Il messaggio della *competizione sportiva che sia anche e fondamentale modello di giustizia*, trascende infatti il singolo evento, dalla cui attrattiva esso è veicolato verso l'intera esperienza esistenziale.

Quando infatti gli odierni mezzi d'informazione visiva mostrano, al di là di ogni ragionevole dubbio, che è stato espulso il giocatore che non ha commesso l'azione fallosa o addirittura l'ha subita, il quale, nonostante la raggiunta certezza dell'errore, sconterà anche un'ulteriore squalifica, con le correlate altrettanto ingiuste penalizzazioni della sua squadra, dei sentimenti di coloro che la seguono, del patrimonio di chi abbia investito e/o scommesso su di essa, e della stessa credibilità dei valori sportivi, si lancia ai giovani il pessimo messaggio di un successo immeritato in danno di altri il cui impegno è stato sconfitto solo dall'ingiustizia.

Anziché «demonizzare» allora questi mezzi, potrebbe rivelarsi più saggio cercare in essi dei formidabili alleati, anche nei contesti regolamentari, per uno sport ancora più bello e spettacolare!

Ed insieme, una più diffusa presa di coscienza dei *diritti dello spettatore* potrebbe segnare un altro passo della Cultura europea — il codice etico dello sport appare da sempre l'unico in grado di unire *tutti* i popoli — verso una comune «civiltà delle regole».

INDICI SISTEMATICI

ANNO 2005

1 - ARTICOLI, NOTE, DOTTRINA, RECENSIONI

- SANDRO AMOROSINO, *Il problema della «ripartizione del carico» delle normative tecniche ambientali* pag. II, 89
- PIERO ANGELINI, *I punti critici nelle bozze dei decreti delegati* » II, 68
- MASSIMO BACHETTI, CARMELA PLUCHINO, *Costituzione di parte civile dei familiari di un agente della Polizia di Stato deceduto in un conflitto a fuoco con i terroristi. Questioni sulla legittimazione rispetto al reato associativo* » I, 316
- GIUSEPPE BALDANZA, *I comportamenti amministrativi e le controversie in tema di occupazione appropriativa ed usurpativa* » IV, 176
- GIUSEPPE BALDANZA, *Sulla risarcibilità del c.d. danno da ritardo: diritto soggettivo o interesse procedimentale del privato* » IV, 190
- VALERIO BALSAMO, *Esclusione del diritto di accesso per gli atti politici* » I, 320
- VALERIO BALSAMO, *Giurisdizione ordinaria per concorsi «interni» nella P.A.* » IV, 125
- SILVIO BERLUSCONI, *Discorso all'insediamento dell'Avvocato Generale dello Stato Oscar Fiumara* » II, 3
- BARBARA BOMBACI, *Azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di una società a responsabilità illimitata* » I, 326
- MAURIZIO BORGIO, *Occupazione acquisitiva, occupazione usurpativa, acquisizione coattiva sanante ex art. 43 Testo Unico. L'evoluzione giurisprudenziale sull'espropriazione* » IV, 271
- EVA CALVI, *Rapporto in materia di controllo giurisdizionale delle sanzioni irrogate dal Ministero dell'Economia e delle Finanze in tema di banca e borsa* » IV, 130
- VINCENZO CAPUTI JAMBRENGHI, *Profili della nuova disciplina del danno ambientale* » II, 39
- IGNAZIO FRANCESCO CARAMAZZA, *Funzione pubblica e giurisdizione* » III, 280
- IGNAZIO FRANCESCO CARAMAZZA, *Intervento al Premio Antonio Sorrentino 2005* » I, VII
- BENIAMINO CARAVITA DI TORITTO, *La tutela dell'ambiente come valore fondamentale della legittimazione politica* » II, 130
- SOLVEIG COGLIANI, *Alcuni spunti di riflessione ad una prima lettura dei decreti legislativi in materia ambientale* » II, 81
- GIAMPAOLO MARIA COGO, *La messa a regime delle autorizzazioni alle emissioni in atmosfera* » II, 47

ROBERTO DE FELICE (dossier), <i>Trattamento tributario delle «concessioni» di arenile comunale</i>	pag. IV, 164
ROBERTO DE FELICE, CINZIA MELILLO (dossier), <i>In morte di un curatore fallimentare</i>	» III, 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>	» III, 139
PAOLO DELL'ANNO, <i>Perché non fare un unico codice ambientale?</i>	» II, 101
MARIO DI CARLO, <i>Giurisdizione del giudice amministrativo in pubblici concorsi riservati a dipendenti interni, fuori ruolo e comandati</i>	» I, 239
PIERLUIGI DI PALMA, <i>La difesa in giudizio delle amministrazioni trasformate in società per azioni</i>	» III, 11
PIERLUIGI DI PALMA, <i>Il diritto degli aeroporti nel nuovo codice della navigazione: le concessioni aeroportuali</i>	» III, 295
PIERLUIGI DI PALMA, <i>La liberalizzazione dei diritti di traffico per le compagnie comunitarie all'interno dell'Unione</i>	» I, 9
PIERLUIGI DI PALMA, <i>Il parere del Consiglio di Stato in materia di affidamento in concessione delle gestioni totali aeroportuali</i>	» IV, 254
<i>Diritto nazionale e diritto comunitario nella dinamica del giudizio di costituzionalità (art. 117, 1° co., Cost. e questione comunitaria)</i>	» III, 121
CHIARA DI SERI, <i>La proporzionalità nell'adozione di misure a tutela dell'ambiente: il divieto di circolazione nel Land Tirolo</i>	» IV, 16
ENNIO FANO, <i>Il riordino della normativa ambientale: un passo avanti per un nuovo codice dell'ambiente</i>	» II, 160
PASQUALE FAVA, <i>Better regulation e consultazione degli interessati: regole fondamentali per evitare un contenzioso inutile</i>	» IV, 292
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>	» III, 168
FABRIZIO FEDELI, <i>L'omissione di pronuncia come errore di fatto revocatorio delle sentenze del Consiglio di Stato</i>	» I, 245
WALLY FERRANTE, <i>La direttiva 2004/18/CE e la giurisprudenza comunitaria in materia di appalti e concessioni</i>	» III, 68
GIUSEPPE FIENGO (dossier), <i>Ulteriori sviluppi sull'in house providing</i>	» III, 44
GIUSEPPE FIENGO, <i>La voglia di aprire subito il confronto</i>	» II, 24
ROSA FILIPPINI, <i>Serve un mandato politico sul tema dell'esportazione dei rifiuti urbani</i>	» II, 142
SERGIO FIORENTINO, <i>Le sentenze della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europee dell'anno 2005 emesse in cause cui ha partecipato l'Italia</i>	» IV, 1
OSCAR FIUMARA, <i>Un convegno all'insegna dello «spirito di servizio»</i>	» II, 22
OSCAR FIUMARA, <i>Discorso alla cerimonia di insediamento</i>	» II, 8
OSCAR FIUMARA, <i>Pratiche di conciliazione nel sistema federale italiano</i>	» I, 311
OSCAR FIUMARA, <i>Il saluto al nuovo Presidente della Corte Costituzionale Annibale Marini ed ai Giudici Sabino Cassese, Maria Rita Saulle e Giuseppe Tesaurò</i>	» II, 18

- OSCAR FIUMARA, *Il saluto al Presidente ed ai Vice Presidenti uscenti della Corte Costituzionale* Piero Alberto Capotosti, Guido Neppi Modona e Fernanda Contri pag. II, 15
- OSCAR FIUMARA, GLAUCO NORI, *Applicazione retroattiva della pena più mite e limiti all'efficacia verticale delle Direttive comunitarie*. » I, 63
- FRANCO GIAMPIETRO, *Bonifica dei siti inquinati e disciplina del danno ambientale* » II, 92
- UMBERTO GIOVANNINI, *La rimodulazione normativa in materia di accesso ai documenti amministrativi: la ridefinizione dei limiti e le nuove garanzie in caso di diniego di ostensione degli atti* » IV, 299
- STEFANO GRASSI, *La razionalizzazione ed il riordino della disciplina in funzione dei principi comunitari e della trasversalità degli interessi ambientali* » II, 132
- SERENA IANNICELLI, *La «longa manus» della modernizzazione del diritto antitrust europeo* » I, 218
- LUIGI LEPRI GALLERANO, *Storia di un silenzio. Le recenti sentenze sull'ammissibilità dei referendum sulla procreazione medicalmente assistita alla luce della precedente giurisprudenza della Corte Costituzionale. Dossier a cura di Ignazio Francesco Caramazza* » I, 105
- FRANCESCO LETTERA, *I molti problemi del testo sulle acque e la difesa del suolo* » II, 106
- MARIA VITTORIA LUMETTI, *Autorizzazione al lavoro e distacco di lavoratori stranieri*. » I, 263
- MARIA VITTORIA LUMETTI, *La nuova analisi della validità dell'atto: l'irregolarità per omessa comunicazione dell'avvio del procedimento* » I, 330
- MARIA VITTORIA LUMETTI, *Silenzio inadempimento, denuncia di inizio attività, silenzio assenso, accesso: le novità della legge 80/05*. » III, 304
- MARIA VITTORIA LUMETTI, *Il sindacato del Giudice Amministrativo sul giudizio di non ammissione alla classe successiva*. » I, 251
- MARIA VITTORIA LUMETTI, *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.*. » III, 208
- GIOVANNI MAGARÒ, *La necessità di riferimenti precisi per le opere pubbliche* » II, 163
- PAOLO MARCHINI, *La manutenzione ordinaria e straordinaria in materia di opere idrauliche e la tutela penale del paesaggio: una interpretazione estensiva?*. » III, 315
- PAOLO MARCHINI, *Nuova distribuzione delle competenze e foro erariale*. » I, 1
- ALFONSO MEZZOTERO, LUCA MATARESE, *L'ammissibilità della costituzione di parte civile nell'interesse dello Stato nei processi di mafia. Alla ricerca del bene giuridico oggetto della pretesa risarcitoria*. » IV, 145
- GLAUCO NORI, *Sul potere sanzionatorio della Corte di giustizia* » III, 22
- SILVANA PAGLIARA, *Il doping negli ordinamenti europei e le iniziative mondiali per combatterlo*. » IV, 308
- CESARE PAGOTTO, *Cittadinanza italiana a matre e retroattività delle norme costituzionali: amministrazione e giurisprudenza in trincea* » III, 322
- ROBERTO PALASCIANO, *Ancora sul tema della responsabilità civile per i danni da fumo c.d. attivo*. » III, 197
- ANTONIO PALATIELLO, *Il principio dell'esaurimento dei rimedi interni quale condizione di ammissibilità del ricorso alla CEDU, e i criteri di calcolo del danno non patrimoniale*. » I, 55

MICHELE PALLOTTINO, <i>Alcune conclusioni</i>	pag.	II, 154
GABRIELLA PALMIERI, <i>Indirizzo di saluto</i>	»	II, 21
GIANCARLO PAMPANELLI, <i>Opposizione tardiva a decreto ingiuntivo e «caso fortuito» ai sensi dell'art. 650 cod. proc. civ.</i>	»	IV, 137
ROBERTO PASSINO, <i>Una riforma che tenga conto del quadro istituzionale esistente</i>	»	II, 65
MARIKA PISCITELLI, <i>Carteggio Mussolini-Petacci: l'intera vicenda. Consultazione dei documenti conservati negli archivi di Stato alla luce della nuova disciplina - Segretezza della corrispondenza e diritto alla riservatezza</i>	»	IV, 242
MARIKA PISCITELLI, <i>La tutela della biodiversità</i>	»	IV, 121
CARMELA PLUCHINO, <i>Criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa: i confini della discrezionalità tecnica della Commissione di gara</i>	»	IV, 196
CARMELA PLUCHINO, <i>Le riserve dell'appaltatore e le determinazioni del committente</i>	»	IV, 328
GIANPAOLO POLIZZI, <i>I problemi applicativi delle ordinanze ministeriali sul danno</i>	»	II, 146
ARMANDO POZZI, <i>I principi ed i criteri direttivi contenuti nella legge delega n. 308/2004 in materia di rifiuti</i>	»	II, 50
<i>La produzione di nuovi documenti nel processo civile ordinario e del lavoro</i>	»	I, 224
VINCENZO RAGO, <i>La legge sulla fecondazione medicalmente assistita ha aperto la possibilità per le coppie sterili di avere un figlio. Progresso scientifico e questioni giuridiche. Tutela dell'embrione, tra libertà di ricerca scientifica e diritto alla salute della donna: tre interessanti pronunce del T.A.R. Lazio</i>	»	I, 172
VINCENZO RAGO, <i>Il patrocinio delle Amministrazioni Statali da parte dell'Avvocatura Generale dello Stato</i>	»	III, 1
ALBERTO ROMANO, <i>Verso il recupero di competenze generali dell'amministrazione centrale</i>	»	II, 30
EMANUELA ROSANÒ, <i>Accertamento tecnico preventivo e tutela cautelare nell'arbitrato irrituale: il dibattito dottrinale e le novità normative</i>	»	IV, 358
STEFANO ROSATI (dossier), <i>Opposizione tardiva; opposizione intempestiva a seguito di nullità della notifica del decreto ingiuntivo</i>	»	III, 150
MARINA RUSSO, <i>Legittimazione in giudizio in tema di danni da emoderivati</i>	»	III, 13
VITTORIO RUSSO, <i>Sport e diritti dei consumatori. Contributo ad una Carta dei diritti dello spettatore</i>	»	IV, 370
GIACOMO SANTI, <i>I criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici tra direttive comunitarie e legislazione nazionale</i>	»	I, 15
GIAMPAOLO SCHIESARO, <i>I primi interventi specifici della legge nazionale sul risarcimento del danno all'ambiente</i>	»	II, 122
SALVATORE SFRECOLA, <i>L'efficacia del sistema sanzionatorio nel suo complesso è condizione essenziale per la tutela ambientale</i>	»	II, 150
GIUSEPPE STIPO, <i>Il regime d'invalidità del provvedimento amministrativo nel nuovo sistema delineato dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15</i>	»	III, 253
PAOLO TOGNI, <i>Il percorso normativo della delega ambientale</i>	»	II, 26
PAOLO TOGNI, <i>Risposte, replica e prospettive</i>	»	II, 156
DIEGO TOMMASI, <i>Il risentimento delle Regioni sulle procedure e sui contenuti</i>	»	II, 171
FRANCESCO VIGNOLI, <i>Ragionevole durata del processo e decisione definitiva</i>	»	III, 133

2 - INDICE DELLE SENTENZE**CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO**

Sez. 1,21 ottobre 2004	<i>pag.</i>	I, 56
Sez.1,10 novembre 2004	»	I, 61
Sez.3, 2 dicembre 2004	»	I, 57

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE

Grande Sezione, 3 maggio 2005, nelle cause riun. C-387/02, C-391/02, C-403/02	»	I, 71
Grande Sezione, 12 luglio 2005, nella causa C-304/02	»	III, 29
Grande Sezione, 21 luglio 2005 nella causa C-231/03	»	III, 51
Sez.1, 13 ottobre 2005 nella causa C-458/03.	»	III, 54
Sez.2, 27 ottobre 2005 nelle cause riun.C-187/04 e C-188/04.	»	III,71
Grande Sezione, 15 novembre 2005 nella causa C-320	»	IV, 18

CORTE COSTITUZIONALE

Sent. 13 28 gennaio 2005, n. 45	»	I, 143
Sent. 13 28 gennaio 2005, n. 46	»	I, 151
Sent. 13 28 gennaio 2005, n. 47	»	I, 154
Sent. 13 28 gennaio 2005, n. 48	»	I, 160
Sent. 13 28 gennaio 2005, n. 49	»	I, 167
Sent. 29 gennaio 2005 n. 62	»	III, 124
Ord. 7-11 febbraio 2005, n. 74	»	III, 136

CORTE DI CASSAZIONE

Sez. 5, sent.9 marzo 2004 n. 4769	»	IV, 166
Sez. Unite, 4 febbraio 2005 n. 2207	»	I, 220
Sez.1,ord.9 febbraio -19 aprile 2005 n. 8187	»	I, 2
Sez. Unite, 20 aprile 2005 n. 8202	»	I, 224
Sez. Unite, 20 aprile 2005 n. 8203	»	I, 231
Sez. 1 penale, sent. 28 aprile-17 maggio 2004 n. 23181	»	III, 146
Sez.Unite, 3 marzo-12 maggio 2005 n. 9938	»	III, 156
Sez. Un., sent. 7 luglio 2005 n. 14259	»	IV, 127
Sez.Unite, 13 luglio 2005, n. 14698	»	III, 176
Sez. trib., 29 agosto 2005 n. 1746	»	III, 194

CORTE D'APPELLO DI GENOVA

Sez. 2, ord.24 25 marzo 2005	»	III, 138
--	---	----------

CORTE D'APPELLO DI ROMA

Sez.lav., 26 gennaio-22 marzo 2005, n. 639	»	I, 241
Sez. 1, 26 settembre 2005	»	IV, 135

TRIBUNALE CIVILE DI NAPOLI

Sent. 15 dicembre 2004, n. 12729.	»	III, 204
---	---	----------

TRIBUNALE CIVILE DI ROMA

Trib. Civ. di Roma, sez. seconda, sent. 10 ottobre 2005 n. 21512	»	IV, 143
--	---	---------

TRIBUNALE DI PAOLA

Sede penale, ord. 13 dicembre 2005. pag. IV, 160

CONSIGLIO DI STATO

Ad. Plen., sent. 29 aprile 2005 n. 2. » IV, 179

Sent. 3 maggio 2005, n. 2138. » I, 246

Ad. Plen., sent. 30 agosto 2005 n. 4. » IV, 184

Sez. 5, sent. 29 novembre 2005 n. 6759 » IV, 202

Ad. Plen., dec. 15 settembre 2005 n. 7 » IV, 193

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER L'EMILIA ROMAGNA

Parma, sez. unica, ord. 18 ottobre 2005. » III, 214

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO

Sez. 3ter, cam. cons. 7 aprile – 5 maggio, 2005 n. 3452 » I, 198

Sez. 3ter, cam. cons. 7 aprile – 5 maggio, 2005 n. 4046 » I, 208

Sez. 3ter, cam. cons. 7 aprile – 5 maggio, 2005 n. 4047 » I, 211

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA TOSCANA

Sez.1, sent. 21 dicembre 2004, n. 6555 » I, 260

Sez.1, sent.19 gennaio 2005, n. 171. » I, 267

COMMISSIONE TRIBUTARIA REGIONALE DI FIRENZE

Sez. 5, sent. 26 settembre 2005 n. 66 » IV, 164

3 - INDICE DEGLI ARGOMENTI

APPALTI PUBBLICI – Appalto-concorso – Valutazione discrezionale e comparativa della P.A. – Criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – Discrezionalità tecnica della Commissione di gara – Limiti – Sindacato del G.A. sul giudizio tecnico-specialistico dell'organo amministrativo (*C.d.S., sez. 5°, sent. 29 novembre 2005 n. 6759*) pag. IV, 202

AZIONI RAPPRESENTATIVE – Ammissibilità in Italia – Efficientismo processuale – Aumento di competitività – Giusto processo – Potenzialità risolutive del contenzioso seriale – Sussistono (*Cassaz., Sez. Un. Civ., sent. 13 luglio 2005, n. 14698*) » III, 176

BANCA CREDITO E RISPARMIO – Vigilanza della Banca d'Italia – Procedimento amministrativo (termini) – Motivazione *per relationem* del decreto ministeriale – Contraddittorio – Fonti normative – Misura della sanzione (*Corte d'Appello di Roma, sez.1, sent. 26 settembre 2005*) » IV, 135

BENI PUBBLICI – Arenile – Patrimonio comunale – Concessione – Creazione di diritti reali parziali e trasferibili in capo al concessionario – Possibilità (*Cassaz., sez. 5°, sent. 9 marzo 2004 n. 4769; C.T.R. di Firenze, sez. 5°, sent. 26 settembre 2005 n. 66*) » IV, 164

CLASS ACTIONS – Ammissibilità in Italia – Efficientismo processuale – Aumento di competitività – Giusto processo – Potenzialità risolutive del contenzioso seriale – Sussistono (*Cassaz., Sez. Un. Civ., sent. 13 luglio 2005, n. 14698*) » III, 176

- COMPETENZA PER TERRITORIO – Foro della P.A. – Giudizio davanti al tribunale in composizione monocratica originariamente spettante alla competenza ordinaria del pretore ed instaurato dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 51/1998 – Sussistenza. (*Cassaz., sez.1^o, ord. 9 febbraio – 19 aprile 2005 n. 8187*). pag. I, 2
- COMUNITÀ EUROPEE – Appalti pubblici di servizi – Appalti *in house* – Concessione di servizio pubblico. Compatibilità con il diritto comunitario (*Corte di giustizia CE, Grande Sezione, sent. 21 luglio 2005 nella causa C-231/03; sez.1^o, sent.13 ottobre 2005 nella causa C-458/03*). » III, 51
- COMUNITÀ EUROPEE – Diritto societario – Conti annuali – Principio del quadro fedele – Sanzioni previste per il caso di false comunicazioni sociali – Adeguatezza della sanzione – Successione di leggi nel tempo – Applicazione della pena più favorevole. (*Corte di Giustizia CE, Grande Sez., sent. 3 maggio 2005, nelle cause riun. C-387/02, C-391/02, C-403/02*). » I, 71
- COMUNITÀ EUROPEE – Inadempimento da parte di uno Stato – Artt. 28 CE – 30 CE – Libera circolazione delle merci – Artt. 1 e 3 del regolamento (CEE) n. 881/1992 – Artt.1 e 6 del regolamento (CEE) n. 3118/1993 – Trasporti – Divieto settoriale di circolazione dei camion di più di di 7,5 tonnellate che trasportano determinate merci – Qualità dell'aria – Tutela della salute e dell'ambiente – Principio di proporzionalità (*Corte di Giustizia CE, Grande Sez., sent. 15 novembre 2005 nella causa C-320*) » IV, 18
- COMUNITÀ EUROPEE – Inadempimento da parte di uno Stato – Direttiva 93/37/CEE – Appalti pubblici di lavori – Concessioni di lavori pubblici – Norme di pubblicità (*Corte di Giustizia CE, sez. 2^o, sent. 27 ottobre 2005 nelle cause riun. C-187/04 e C-188/04*). » III, 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 forfetaria – Imposizione di una penalità (*Corte di Giustizia CE, Grande Sezione, sent. 12 luglio 2005, nella causa C-304/02*). » III, 29
- CONCORRENZA – Antitrust – Divieto di intese restrittive della concorrenza – *Ratio* della legge – Conseguenze – Legittimazione ad agire *ex art.* 33, co. 2 L.287/1990 – Consumatori che subiscano pregiudizio dall'intesa (*Cassaz., S.U., sent. 4 febbraio 2005 n. 2207*). » I, 220
- CONTENZIOSO SERIALE – Pluralità di parti – Serialità – Questioni di fatto e di diritto comuni – Gestione efficiente del contenzioso – Strumenti processuali risolutivi – *Class actions* e azioni rappresentative – Potenziale rilevanza (*Cassaz., Sez. Un. Civ., sent. 13 luglio 2005, n. 14698*) » III, 176
- CORTE COSTITUZIONALE – Diritto nazionale e diritto comunitario – Denuclearizzazione del territorio – Illegittimità costituzionale di norme regionali – Regioni Sardegna, Basilicata, Calabria (*Corte Cost.le, sent. 29 gennaio 2005 n. 62*). » III, 124
- CORTE COSTITUZIONALE – Diritto nazionale e diritto comunitario – Raccolta e smaltimento di rifiuti radioattivi – Partecipazione della Regione interessata (*Corte Cost.le, sent. 29 gennaio 2005 n. 62*). » III, 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. (*Corte Cost., ord. 7-11 febbraio 2005, n. 74*). pag. III, 136
- CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO – Ammissibilità del ricorso – Principio di esaurimento dei rimedi interni – legge Pinto (*CEDU, sez. 1°, sent. 21 ottobre 2004; sez. 3°, sent. 2 dicembre 2004; sez. 1°, sent. 10 novembre 2004*). » I, 56
- COSTITUZIONE DI PARTE CIVILE nell'interesse dello Stato – Ammissibilità nei processi di mafia (*Tribunale di Paola, sede penale, ord. 13 dicembre 2005*). . . . » IV, 160
- DIRITTI REALI – Demanio – Arenile comunale – Non vi appartiene (*Cassaz., sez. 5°, sent. 9 marzo 2004 n. 4769; C.T.R. di Firenze, sez. 5°, sent. 26 settembre 2005 n. 66*) » IV, 164
- DIRITTO PROCESSUALE AMMINISTRATIVO – Revocazione delle sentenze del Consiglio di Stato per errore di fatto, *ex art. 395 n. 4 c.p.c.* – Omesso esame di un'eccezione – Rilevanza – Inammissibilità (*C.d.S., sent. 3 maggio 2005, n. 2138*). » I, 246
- EXTRACOMUNITARI – Autorizzazione al lavoro – Art.27, co.1, l. i D.lgs.286/1998 – Lavoratori dipendenti residenti all'estero trasferiti temporaneamente in Italia – Prestazioni determinate di contratti di appalto stipulati tra società estere e italiane (*T.A.R. Toscana, sez. 1°, sent. 19 gennaio 2005, n. 171*). » I, 267
- FECONDAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA – Legge 40/2004 – Decreto del Ministero della Salute del 21 luglio 2004 recante «Linee guida sulla procreazione medicalmente assistita» – Ricorsi (*T.A.R. Lazio, sez. 3° ter, sentt. cam. cons. 7 aprile – 5 maggio, nn. 2005 3452, 4046, 4047*). » I, 188
- GIURISDIZIONE E COMPETENZA – Azione di nullità di un'intesa restrittiva della concorrenza – Competenza del giudice d'appello – Sussiste – Conseguenze (*Cassaz., Sez. Un. civ., sent. 4 febbraio 2005 n. 2207*) » I, 220
- GIURISDIZIONE E COMPETENZA – Concorsi interni alla P.A. – Controversie – Prove selettive interne alla stessa area: giurisdizione del Giudice ordinario – Prove volte all'ingresso in area diversa: giurisdizione del Giudice amministrativo (*Cassaz., Sez. Un., sent. 7 luglio 2005 n. 14259*) » IV, 127
- INDENNITÀ DI AMMINISTRAZIONE – Nozione – Caratteri – Natura giuridica – Rilevanza per la tredicesima – Esclusione – Principio di omnicomprensività – Si applica (*Cassaz., Sez. Un. civ., sent. 13 luglio 2005, n. 14698*). » III, 176
- ISTRUZIONE E SCUOLE – Giudizio di non ammissione alla classe successiva – Inammissibilità del sindacato del giudice sui giudizi valutativi – Discrezionalità tecnica dell'amministrazione scolastica – Non necessità di valutazioni dettagliate – Inammissibilità della media aritmetica del tempo complessivo degli scrutini e del loro numero (*T.A.R. Toscana, sez. 1°, sent. 21 dicembre 2004, n. 6555*). » I, 260
- ISTRUZIONE E SCUOLE – Punteggio S.I.S.S. – Valutazione ad incremento dei titoli relativi a graduatoria di diversa classe di concorso – Inammissibilità (*T.A.R. Emilia Romagna, Parma, sez. unica, ord. nella cam. Cons. del 18 ottobre 2005*). » III, 214

- OCCUPAZIONE APPROPRIATIVA ED USURPATIVA – Comportamenti amministrativi – Controversie – Strumenti di tutela del privato – Poteri della P.A. (*C.d.S., Ad. Plen., 29 aprile 2005 n. 2 e 30 agosto 2005, n. 4*) pag. IV, 179
- OPPOSIZIONE A DECRETO INGIUNTIVO – Smarrimento da parte dell'ufficiale giudiziario di opposizione tempestivamente consegnata per la notifica – Caso fortuito *ex art. 650 c.p.c.* – Sussiste (*Trib. Civ. di Roma, sez. seconda, sent. 10 ottobre 2005 n. 21512*). » IV, 143
- PROCEDIMENTO CIVILE – Impugnazione – Termini – Morte del legale rappresentante – Proroga semestrale (*Cassaz., Sez. trib., sent. 29 agosto 2005 n. 17461*). » III, 194
- PROCEDIMENTO CIVILE – Procedimenti speciali – Opposizione tardiva – Nullità della notifica del decreto opposto – Effetti in ordine all'ammissibilità (*Cassaz., Sez. Un., sent. 3 marzo-12 maggio 2005 n. 9938*). » III, 156
- PROCEDIMENTO CIVILE – Ricorso per Cassazione – Revocazione – Circostanza rilevante emergente dalla relata di notifica – Omessa percezione – Ammissibilità – (art. 391 *bis* c.p.c.) (*Cassaz., Sez. trib., sent. 29 agosto 2005 n. 17461*). » III, 194
- PROCEDIMENTO PENALE – Processo celebrato in Italia sui *desaparecidos* – 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 (*Cassaz., 1° sez. penale, sent. 17 maggio 2004 n. 23181*) » III, 146
- PROCEDIMENTO PENALE – Processo celebrato in Italia sui *desaparecidos* – Costituzione del rapporto processuale – Assenza in giudizio dell'imputato – Validità dell'instaurazione del rapporto processuale (*Cassaz., 1° sez. penale, sent. 17 maggio 2004 n. 23181*). » III, 146
- PROCESSO CIVILE – Rito ordinario e rito del lavoro – Produzione di nuovi documenti (*Cassaz., S.U., sentt. 20 aprile 2005 nn.8202 e 8203*) » I, 224
- PUBBLICI CONCORSI (procedura di riqualificazione) – Riparto di giurisdizione – Concorso riservato – Presenza di fuori ruolo e comandati – Giurisdizione amministrativa (*Corte d'appello di Roma, sez. lav., sent. 26 gennaio-22 marzo 2005, n. 639*). » I, 241
- REFERENDUM ABROGATIVI – Proposta di abrogazione integrale della legge 19 febbraio 2004 n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) – Inammissibilità – Legge costituzionale necessaria (*Corte Cost., sent. 13-28 gennaio 2005, n. 45*) » I, 143
- REFERENDUM ABROGATIVI – Proposta di abrogazione integrale della legge 19 febbraio 2004 n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) – Incostituzionalità delle norme abrogate – Irrilevanza – Incostituzionalità della normativa di risulta – Irrilevanza (*Corte Cost., sent. 13-28 gennaio 2005, n. 45*). » I, 143
- REFERENDUM ABROGATIVI – Proposta di abrogazione parziale della legge 19 febbraio 2004 n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) (artt. 12, 13 e 14) – Ammissibilità (*Corte Cost., sent. 13-28 gennaio 2005, n. 46*) » I, 151

- REFERENDUM ABROGATIVI – Proposta di abrogazione parziale della legge 19 febbraio 2004 n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) (artt. 1 (in parte), 4, 5, 6, 13 e 14) – Ammissibilità (*Corte Cost., sent. 13-28 gennaio 2005, n. 47*) pag. I, 154
- REFERENDUM ABROGATIVI – Proposta di abrogazione parziale della legge 19 febbraio 2004 n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) (artt. 1 (integralmente), 4, 5, 6, 13 e 14) – Ammissibilità (*Corte Cost., sent. 13-28 gennaio 2005, n. 48*) » I, 160
- REFERENDUM ABROGATIVI – Proposta di abrogazione parziale della legge 19 febbraio 2004 n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) (artt. 1 (in parte), 4, 5, 6, 13 e 14) – Ammissibilità – Incostituzionalità delle norme abrogate – Irrilevanza – Incostituzionalità della normativa di risulta – Irrilevanza (*Corte Cost., sent. 13-28 gennaio 2005, n. 47*) » I, 151
- REFERENDUM ABROGATIVI – Proposta di abrogazione parziale della legge 19 febbraio 2004 n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) (artt. 1 (integralmente), 4, 5, 6, 13 e 14) – Ammissibilità – Incostituzionalità delle norme abrogande – Irrilevanza – Incostituzionalità della normativa di risulta – Irrilevanza (*Corte Cost., sent. 13-28 gennaio 2005, n. 49*) » I, 167
- REFERENDUM ABROGATIVI – Proposta di abrogazione parziale della legge 19 febbraio 2004 n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) (artt. 4, 9 e 12) – Ammissibilità – Tecniche di fecondazione di tipo eterologo – Eliminazione della Tutela minima costituzionalmente necessaria – Esclusione (*Corte Cost., sent. 13-28 gennaio 2005, n. 49*) » I, 167
- REFERENDUM ABROGATIVI – Proposta di abrogazione parziale della legge 19 febbraio 2004 n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) (artt. 12, 13 e 14) – Incostituzionalità delle norme abrogande – Irrilevanza – Incostituzionalità della normativa di risulta – Irrilevanza (*Corte Cost., sent. 13-28 gennaio 2005, n. 46*) » I, 151
- REFERENDUM ABROGATIVI – Soggetti diversi dai presentatori dei referendum e dal governo – Scritti – Ammissibili – Potere di partecipare al procedimento – Esclusione – Integrazioni orali – Rimesse al giudizio di opportunità della Corte Costituzionale (*Corte Cost., sent. 13-28 gennaio 2005, n. 45*) » I, 143
- RESPONSABILITÀ CIVILE – Danni da fumo attivo – Responsabilità del Ministero della Salute e delle imprese produttrici e distributrici dei tabacchi lavorati – Esclusione (*Trib. Napoli, sent. 15 dicembre 2004, n. 12729*) » III, 204
- RISARCIMENTO DANNO – Responsabilità della P.A. – Danno da provvedimento amministrativo illegittimo e danno da comportamento illecito – Danno da ritardo (*C.d.S., Ad. Plen., dec. 15 settembre 2005 n. 7*) » IV, 193
- TREDICESIMA MENSILITÀ – Principio di omnicomprensività – Si applica indennità di amministrazione – Rilevanza per la tredicesima Esclusione (*Cassaz., Sez. Un. Civ., sent. 13 luglio 2005, n. 14698*) » III, 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 (*Cassaz., Sez. trib., sent. 29 agosto 2005 n. 17461*) » III, 194

4 - PARERI, COMUNICAZIONI, CIRCOLARI

A.G.S. – Parere del 3 novembre 2003, n. 121359.

Rappresentanza in giudizio del Commissario delegato per l'emergenza ambientale – Patrocinio *ex lege* dell'Avvocatura dello Stato (*contenzioso n. 5756/03, avvocato G. Zotta*) pag. IV, 228

Consiglio di Stato, Sezione Seconda, parere del 20 ottobre 2004 n. 9032.

Ministero delle Politiche Agricole e forestali – Applicazione dell'art. 13 del decreto legislativo 30 aprile 1998 n. 173 – Erogazione di aiuti alle imprese che operano nel settore agroalimentare. » I, 5

A.G.S. – Parere del 17 novembre 2004, n. 150347.

Domini Internet – Disciplina dell'uso di indirizzi Internet – I poteri di usurpazione – Possibile tutela (*consultivo n. 12111/04, avvocato P. Cosentino*) . . . » I, 269

A.G.S. – Parere del 4 febbraio 2005.

Cause ostative al rilascio della certificazione antimafia *ex art. 3, d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252. (Consultivo n. 33356/04, avvocato L. D'Ascia)* » I, 272

A.G.S. – Parere del 4 febbraio 2005, n. 14621.

Usucapibilità delle Chiese del Fondo Edifici di Culto (*consultivo n. 37825/04, avvocato L. D'Ascia*) » I, 276

A.G.S. – Parere del 9 febbraio 2005, n. 17408.

Autonomia statutaria delle Accademie statali di Belle Arti e Conservatori di Musica (*consultivo 52040/04, avvocato G. Fiengo*) » I, 281

A.G.S. – Parere del 14 febbraio 2005, n. 20140.

Sequestro conservativo disposto dalla Corte dei conti. Sentenza di condanna della Corte dei Conti. Se i conseguenti adempimenti procedurali o processuali competano all'Amministrazione creditrice, all'Avvocatura dello Stato, al concessionario del servizio di riscossione (*consultivo n. 18748/04, avvocato C. Sica*). » I, 282

A.G.S. – Parere del 18 febbraio 2005, n. 22683.

Art. 22-bis d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327: occupazione d'urgenza preordinata all'esproprio; determinazione provvisoria dell'indennità, mancata condivisione – Seguio della procedura (*consultivo n. 57921/04, avvocato S. Laporta*). » I, 284

A.G.S. – Parere del 1° marzo 2005, n. 28113.

Procedura di designazione e nomina del Presidente dell'Autorità Portuale ai sensi dell'art. 8, comma 1-bis, legge n. 84/1994 (legislazione quadro in materia portuale) (*consultivo n. 46579/04, avvocato Clemente*) » I, 287

A.G.S. – Parere del 4 marzo 2005, n. 30282.

Natura delle istituzioni scolastiche – Riflessi sul patrocinio dell'Avvocatura dello Stato (*consultivo n. 37017/04, avvocato E. Figliolia*) » I, 290

A.G.S. – Parere del 18 marzo 2005, n. 38166.

Sentenza di improcedibilità per assenza di querela – Rimborso spese legali ai sensi dell'art. 18. D.L. n. 67/1997. (*consultivo n. 36026/04, avvocato Fedeli*) » I, 290

A.G.S. – Parere del 1° aprile 2005, n. 44524.

Affidamento gestioni aeroportuali – Effetti abrogazione – Atto di indirizzo 30 novembre 2000, n. 141 – T. Contrasto interpretativo natura dei termini del procedimento (*AL 26896/04, avvocato P.L. Di Palma*) » I, 291

A.G.S. – Parere del 5 aprile 2005, n. 46776.

Procedure di alienazione degli immobili di proprietà del Fondo A.F. (*consultivo 2382/05, avvocato F. Greco*) pag. I, 295

A.G.S. – Parere del 12 aprile 2005, n. 50308.

Se l'art. 18 del D.L. n. 67 del 1997 come convertito riguarda anche i giudizi tra il dipendente e l'Amministrazione di appartenenza. In particolare, la fase del giudizio di Cassazione promosso con ricorso dell'Amministrazione. (*contenzioso 4368/05, avvocato C. Sica*) » I, 301

A.G.S. – Parere del 14 aprile 2005, n. 51463.

Possibilità di estendere al prodotto «biodiesel» ed alle emulsioni di gasolio e acqua le agevolazioni fiscali a regime operanti per il gasolio per autotrazione; in particolare, se, dopo la Dec. del Consiglio UE 3/5/2002, l'Agenzia possa direttamente, in via interpretativa, applicare quel regime agevolativo o debba attendere una prescrizione normativa. (*consultivo 57670/04, avvocato G. Albenzio*) » I, 301

A.G.S. – Parere del 14 aprile 2005, n. 51472.

Modalità di applicazione alle persone giuridiche delle sanzioni amministrative in materia doganale, ai sensi dell'art. 7 del D.L. n. 269/03, convertito in legge n. 326/03, con particolare riferimento al principio della responsabilità personale degli amministratori e legali rappresentanti (art. 11 D.Lgs.vo n. 472/97) ed al principio di consapevolezza (art. 5, 6 e 7 del D.Lgs.vo n. 472/97). (*consultivo 6135/05, avvocato G. Albenzio*) » I, 304

A.G.S. – Parere del 15 aprile 2005, n. 52626

Giudizi di opposizione contro verbali di constatazione redatti a cura dell'Arma dei Carabinieri. 1) quale sia l'Amministrazione competente e sia legittimata passiva: il Ministero della Difesa, nella cui struttura è inserita l'Arma, ovvero il Ministero dell'Interno, per conto del quale vengono eseguiti i controlli; 2) a chi spetta la legittimazione processuale e quale sia la conseguenza se l'opposizione sia stata notificata direttamente ed unicamente all'Arma dei Carabinieri; 3) quale difesa debba essere sostenuta nel giudizio da parte dell'Arma dei Carabinieri. (*consultivo 13512/05, avvocato V. Rago*) » I, 306

A.G.S. – Parere del 15 aprile 2005, n. 52646.

Art. 1 comma 2, legge 966/65 e istituti scolastici autonomi. Patrocinio dell'Avvocatura dello Stato: natura. (*consultivo 48693/05, avvocato E. Figliolia*) » I, 309

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

Patrocinio dell'Avvocatura dello Stato (*consultivo n. 38033 e 31094/04, avvocato V. Rago*) » III, 2

A.G.S. – Parere del 12 maggio 2005, n. 66429.

Risposta al Ministero per i Beni e le Attività Culturali in merito al carteggio Petacci-Mussolini (*consultivo n. 202544/03, avvocato S. Sabelli*) » IV, 249

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

Azione di risarcimento danni – Recupero crediti. (*Consultivo n. 6612/03, avvocato P. Di Palma*) » III, 11

A.G.S. – Parere del 14 maggio 2005, n. 67615.

Momento di efficacia della determinazione della rendita catastale – Configurabilità di autotutela (*consultivo n. 18721/04, avvocato L. Caputi Iambrenghi*) » III, 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. (*consultivo n. 11396/05, avvocato G. Albenzio*) pag. III, 216
- A.G.S. – Circolare del 27 maggio 2005, n. 15.**
 Patrocinio dell'Avvocatura dello Stato alle Università degli Studi. » III, 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 (*consultivo n. 49194/04, avvocato M. Russo*) » III, 13
- A.G.S. – Parere del 31 maggio 2005, n. 75722.**
 Affidamento diretto di impianto (*consultivo n. 14148/05, avvocato W. Ferrante*) » III, 220
- A.G.S. – Parere del 1° giugno 2005, n. 76835.**
 Debiti dei Concessionari del servizio di raccolta delle scommesse ippiche. Escussione della garanzia ex art. 7 della convenzione accessiva alla concessione (*consultivo n. 31086/04, avvocato G. Fiengo*) » IV, 207
- 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 n. 24104/04, avvocato P. Cosentino*) » III, 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*) » III, 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*) » III, 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*) » III, 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*) » III, 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. » III, 249
- A.G.S. – Parere del 21 luglio 2005, n. 98434.**
 Art. 7 legge 241/1990 – Funzioni – Sua applicabilità al provvedimento di revoca/annullamento della delibera adottata dal Comitato di solidarietà per le vittime dell'estorsione e dell'usura (*consultivo 40027/04, avvocato S. Sabelli*) » IV, 208

A.G.S. – Parere del 3 agosto 2005, n. 103941.

Se gli oneri relativi all'acquisto del materiale di pulizia nelle scuole elementari e quelle relative all'uso di internet spettino all'Amministrazione scolastica o ai Comuni. (*consultivo n. 12767/05, avvocato A. Palatiello*). pag. IV, 213

A.G.S. – Parere del 4 agosto 2005, n. 104813.

Se il regime fiscale agevolato di cui all'art. 15 del d.P.R. n. 601/1973 sia applicabile ad un'apertura di credito successivamente convertita in mutuo fondiario frazionato con annotazione di conferma ipotecaria a garanzia (*consultivo 18420/05, avvocato M. Mari*). » IV, 215

A.G.S. – Parere dell'8 agosto 2005, n. 105874.

Possibilità per l'Amministrazione di pagare la sanzione amministrativa irrogata a dirigente individuato come datore di lavoro *ex* L. 626/1994, ma oggettivamente incolpevole (*consultivo 36588/05, avvocato G. Albenzio*). » IV, 218

A.G.S. – Parere del 17 settembre 2005, n. 122372.

Individuazione dell'autorità competente al pagamento delle spese di custodia di beni sottoposti a sequestro penale in relazione a reati di natura finanziaria (*consultivo n. 22827/05, avvocato G. Albenzio*). » IV, 219

A.G.S. – Parere del 21 settembre 2005, n. 123915.

Ministero dell'Istruzione (*consultivo n. 30001/05, avvocato dello Stato G. D'Avanzo*). » IV, 241

A.G.S. – Parere dell'11 ottobre 2005, n. 134424.

Art. 97 Testo Unico 3 gennaio 1957, n. 3: sua applicabilità alle ipotesi di sospensione obbligatoria per il periodo di detenzione (*consultivo n. 8716/1994, avvocato D. Del Gaizo*). » IV, 221

A.G.S. – Parere del 20 ottobre 2005, n. 139269.

Appalto di servizi – Fallimento di mandante – Sorte del contratto di appalto: prosecuzione con la mandataria. Rilevanza di conoscenza di fatti incidenti sulla capacità economico-finanziario della mandataria. (*consultivo n. 39622/05, avvocato S. Sabelli*). » IV, 223

A.G.S. – Parere del 5 novembre 2005, n. 146884.

Istanza definizione liti fiscali *ex* art. 16 legge 289/02 – Perfezionamento in caso di pagamento rateizzato (*consultivo n. 39402/05, avvocato G. Albenzio*). » IV, 224

Consiglio di Stato – Adunanza della Sezione Seconda – Parere 9 novembre 2005, n. 1281.

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Problematiche varie concernenti l'affidamento in concessione delle gestioni totali aeroportuali. » IV, 259

A.G.S. – Parere dell'11 novembre 2005, n. 150328.

Militare – Degradazione in conseguenza di condanna a pena della reclusione superiore a cinque anni – Omessa menzione nella sentenza – Conseguenziali provvedimenti da parte dell'Amministrazione (*contenzioso n. 38233/05, avvocato M. Salvatorelli*). » IV, 225

A.G.S. – Parere del 14 novembre 2005, n. 151497.

Patrocinio Avvocatura dello Stato – Commissario Azienda Universitaria (*contenzioso n. 29466/03, avvocato E. Figliolia*). » IV, 227

A.G.S. – Parere del 18 novembre 2005, n. 154235.

Corte dei Conti. Sequestro conservativo e susseguente sentenza definitiva di condanna. Adempimenti successivi (*consultivo n. 18748/04, avvocato C. Sica*). » IV, 229

A.G.S. – Parere del 28 novembre 2005, n. 158901.

Indennizzo per la riparazione dell'ingiusta detenzione – Assoggettabilità all'imposta sui redditi (*consultivo 50518/05, avvocato E. Figliolia*).. pag. IV, 230

A.G.S. – Parere del 28 novembre 2005, n. 158910.

(*consultivo n. 26458/05, avvocato A. Volpe*). » IV, 231

A.G.S. – Parere del 22 dicembre 2005, n. 172244.

Determinazione dei canoni per alloggi di servizio detenuti da utenti *sine titulo ex lege 724/1994* (*consultivo 18789/02, avvocato M. Russo*).. » IV, 234

A.G.S. – Parere del 22 dicembre 2005, n. 172246.

Art. 208, d.P.R. 18/1967 (*consultivo n. 36357/05, avvocato M. Russo*). » IV, 238

A.G.S. – Comunicazione di servizio del 7 novembre 2005, n. 151 – Circolare n. 46/2005.

Rimborso spese legali a favore dei docenti universitari. » IV, 241